

هَذَا كِتَابُ

الْحَقِ

شَرْحِ الْمَكَايِبِ

تَأَلَّفَ

سَيِّدُ آيَةِ اللَّهِ

السَّيِّدُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ

أَجْرُهُ الْأَوَّلُ

الطَّابَعُ

مُطْبَعَةُ مَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْعَرَبِيَّةِ

بِيْرُوت - لِيَانِي

# هَدَايَا لَطَائِبِ

إِلَى

شَرَحِ الْمَكَائِبِ

تَأليفُ

سَمَاةِ آيَةِ اللَّهِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدِ جَعْفَرِ الْخَزَائِمِيِّ الرَّوَّاحِ



الجزء الأول

الناشر

مؤسسة الفكر العربي  
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

**THE ARABIC HISTORY**

Publishing & Distributing

**مؤسسة التاريخ العربي**

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس ٨٥٠٧١٧ - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440 - 455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الانبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين سيما الامام المبين وغيث المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف، واللعن على أعدائهم أجمعين الى يوم الدين.

و بعد غير خفي على أهل العلم والفضل أن كتاب «المتاجر» الذي صنّفه فخر الطائفة، تاج الفقهاء والمجتهدين، علم العلم والتقى، شيخنا المرتضى الأنصاري «نور الله مضجعه» من خير ما ألفه فقهاؤنا الأبرار في قسم المعاملات من الفقه الشريف، لما أودع فيه - بفكره الناقب - من آراء بديعة وأنظار دقيقة وتحقيقات شاححة جعلته محورا للدراسات العليا في الحوزات العلمية، وأقبل عليه جهابذة الفقه بالبحث والتدريس، والشرح والتعليق.

وقد كان من فضل الله عليّ أن وفقني لشرح شطرٍ وافٍ من هذا الكتاب الشريف أثناء اشتغالي ببحثه حينما كنت متشرّفاً بمجوار باب مدينة علم الرسول «صلّى الله عليها وآلها» ولم يتيسر نشره إلا في هذا الأوان، فأعدتُ النظر فيه - على ما أنا عليه من ضعف الحسال وانحراف المزاج - ونهجتُ فيه منهجٍ شرحي على الكفاية من الفصل بين توضيح المتن والتعليق عليه، عسى أن يكون عوناً لإخواني المحصلين في اتقان مطالبه وتفهم نكاته. وأسأله سبحانه وتعالى التوفيق لإتمامه، وأن يتقبل هذا الجهد بقبولٍ حسن، وأن يجعله خير الزاد ليوم المعاد.

محمد جعفر الموسوي الجزائري

قم المقدسة - ١٧ ربيع الأول ١٤١٦

المروج



### لفت نظر

كان المأمول العثور على مصورة النسخة الأصلية من كتاب «المكاسب» بخط شيخنا الأعظم ليعول عليها في الشرح ولئلا يتكلف التليق بين الطبعات المختلفة، إلا أنه لم يتيسر لنا - مع الأسف - ذلك رغم الفحص عنها، و السؤال ممن له خبرة بالمخطوطات. ولكن حصلنا - والحمد لله - على مصورة نسخة معتبرة، وهي المطبوعة عام ١٢٨٦، وبها مشها تصحيحات بخط سيدنا الاستاذ العلامة الورع آية الله السيد علي التوري تمده الله برحمته، كان يعتمد عليها في التدريس، قائلًا: انها مصححة على نسخة المؤلف بواسطة واحدة أو بدونها - و التردد لبعده العهد - فاعتمدناها دون الطبعات الأخرى. هذا بالنسبة الى ما عدا الأخبار وكلمات الأصحاب، و أما هما فقد راجعنا المصادر و نتبنا غالباً على موارد الاختلاف.

بسم الله الرحمن الرحيم  
الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين، و لعنة الله  
على أعدائهم إلى يوم الدين.  
كتاب البيع<sup>١)</sup>

---

١) الذي هو من كتب ثاني الأقسام الأربعة المنقسم إليها الفقه الشريف، و لعلّ التعرض  
له دون غيره من سائر العقود المعاوضية لأجل كثرة الإبتلاء به و دورانه بين الناس، و وقوع  
أكثر المعاوضات و المبادلات المالية به.

و كيف كان فلا بأس قبل الخوض في تعريف البيع بتقديم أمور:  
الأول: أنّ العقد عبارة عن الربط الخاص الحاصل بين التزامين، مثلاً إذا قال أحد  
المتعاقدين: «بعثُ كتابي بدينار» و قال الآخر: «قبلتُ» فهنا أمور ثلاثة:  
أحدها: إلتزام كل منهما بمبادلة الكتاب بالدينار إعتباراً، و هذان الإلتزامان قائمان بهما،  
و كلُّ منهما أمرٌ خارجي حقيقي يتعلق به الإرادة تارةً و الكراهة أخرى، و يكون الإلتزام الأول  
إحداثاً، و الثاني إمضاء، نظير الإعطاء و الأخذ، و الإقباض و القبض، فالإلتزام الثاني منفعل  
بالإلتزام الأول، و الأول فاعل له. و هذا الربط الخاص بين الإلتزامين يُسمّى عقداً، فلو لم يكن  
هذا الربط الخاص بين إلتزامين كما إذا إلتزم أحدهما ببيع الكتاب بدينار، و إلتزم الآخر بشراء  
دفتر بدرهم لم يكن ذلك عقداً، لعدم الربط بينهما، بل كل منهما أجنبي عن صاحبه.  
و بالجملة: فالعقد هو الربط الخاص المتحقق بين إلتزامين، لا الإيجاب و القبول، لأنّها

موضوعان للعقد أي الربط، بإطلاق العقد عليها مسامحة. والوجه في هذا الإطلاق المسامحي هو قيام الربط بها.

فلخص هذا الأمر: أنّ العقد حقيقة هو نفس الربط المحاصل بين الالتزامين لانفسهما وإن أُطلق عليهما مسامحةً.

ثانيها: الأمر الاعتباري الذي هو إضافة محضة قائمة بالكتاب والدينار، المعبر عنه بمبادلة مالٍ بمالٍ، ولا وجود له في الخارج، والالتزام - الذي هو الأمر الأوّل - يتعلق بهذه الإضافة، فكل من الالتزامين متعلق بها، فهذه الإضافة مُلتزمٌ بها، وهي الأمر المعهود به.

ثالثها: الصيغة المحاكية عن الإيجاب والقبول، فإنّ قوله: «بعث الكتاب بدينارٍ» حاكٍ بالمطابقة عن الأثر - أعني به الأمر الاعتباري - المترتب على البيع، وبالالتزام عن الالتزام النفساني، بقرينة وروده في مقام الانشاء، وقول الآخر: «قبلتُ» حاكٍ بالمطابقة عن الالتزام النفساني، وبالالتزام عن الأمر الاعتباري، فالقبول - من هذه الهيئة - عكس الإيجاب، إذ مدلول «بعثتُ» مطابقةٌ مدلول إلتزامي لـ «قبلتُ» وبالعكس.

وقد ظهر مما بيّناه في هذا الأمر: أنّ البيع القابل للإنشاء بقوله: «بعثتُ» هو الأمر الاعتباري أعني به المبادلة. وأمّا الإلتزام النفساني فهو أمر حقيقي خارجي قائم بالنفس، نظير الطلب الحقيقي القائم بها غير القابل للإنشاء. وكذا الصيغة من الإيجاب والقبول، فإنّها أمر خارجي متصرّم الوجود. وعليه ففهوم البيع هو الإضافة الاعتبارية المحضة أي المبادلة بين المالين، إذ هي القابلة للاعتبار والانشاء سواء قلنا بمقالة المشهور من كون الانشاء - قولاً أو فعلاً - إيجاداً للأمر الاعتباري، أم كونه إبرازاً له كما اختاره بعض الأجلة.

هذا ما يتعلق بأصل العقد من غير فرق بين اللازم والجائز، وأما كونه مطلق المهد أو خصوص الموثق منه فلا علاقة له بما ذكرناه، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

الثاني: أنّ العقد الذي يتوقف على إنشاءين يكون على ثلاثة أقسام:

أولها: العقود الإذنية كمقد الوكالة، و تسمية هذا القسم بالعقد إنما هي باصطلاح خاص، و هو اصطلاح الفقهاء، إذ العقد بالمعنى اللغوي و العرفي - كما أُفيد - هو العهد المؤكد و الالتزام المشدّد، و هذا المعنى مفقود في العقود الإذنية، لأنّ حقيقتها الإذن و الرضا بالتصرف في مائة ولاية التصرف فيه، و ليس فيها إزام و إلتزام. و لعلّ وجه التسمية بالعقد هو كونه مرتبطاً بشخصين كارتباط العقد بهما.

و كيف كان فليس هذا عقداً حقيقةً، فلا يشملُه قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فعدم شمول «العقود» لهذا القسم يكون من باب التخصص، لا التخصيص حتى يلزم تخصيص الأكثر.

ثانيها: العقود المهدية التعليقية، و هي التي يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء بـ «إن» و نحوها من أدوات التعليق، كالسبق و الرماية و الجمالة، بناءً على كونها عقداً منوطاً بالقبول و إن كان فعلاً، و كالوصية التمليلية بناءً على المشهور، فإنّ المنشأ فيها - أعني به الملكية - معلق على موت الموصي. و على هذا فالعقود المهدية التعليقية عقود حقيقةً، لما فيها من الإلزام و الإلتزام المنوطين بشيء يتوقّع حصوله.

ثالثها: العقود المهدية التنجزية، و هي التي لا يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء، كالبيع و الاجارة و النكاح، فإنّ المنشأ في الأوّل - على المشهور - تمليك العين، و في الثاني تمليك المنفعة، و في الثالث التزويج، و لا تعليق فيما يُنشأ في هذه العقود أصلاً. و تنقسم العقود المهدية إلى معاوضية مالية و غير معاوضية، فالبيع عقد عهدي تنجززي معاوضي مالي. و يمتاز عن سائر العقود المالية كالصلح و الهبة بما سيأتي في تعريفه قريباً إن شاء الله تعالى.

الثالث: أنّ الأسباب المملّكة - الموجبة لحصول علقه الملكية بين المال و الشخص - تنحصر في ثلاثة أقسام، إذ السبب إما أن يكون قهرياً كالإرث، و إما أن يكون إختيارياً، و السبب الإختياري إما أن يكون من الامور الاعتبارية الإنشائية كالبيع و الاجارة و الهبة، و إما أن يكون فعلاً خارجياً كالحيازة و إحياء الموات، و لا ترتب بين هذه الأقسام، بل هي في

رتبة واحدة، و البيع من القسم الثاني، فإنه من العقود المعاوضة المالية (\*).

(\*) خلافاً لما يظهر من المحقق الأيرواني رحمته من إرجاع جميع النواقل الى حيازة المباحات، و ترتب سائر الأسباب عليها، و قد أفاد ذلك في تعليقه مفضلة لا بأس بالتعرض لجملة منها:

**أولها:** أن أم الأسباب المملّكة هي حيازة المباحات، و كل ما عداها من المعاملات الاختيارية و النواقل القهرية - كالإرث - متفرّع عليها و ارد في موضوعها، لأنّها أسباب في عرضها و رتبها، فكلّ الأموال كانت أجنبية عن الأشخاص، و كانت نسبتها الى الكل نسبة واحدة، و بالحيازة صارت مرتبطة بالأشخاص، و وردت في سلطانها، و مملوكة لها، فالحيازة هي السبب الوحيد في حدوث الملك، و سائر النواقل تنتهي إليها ولو بوسائط، فإن ملكنا شيئاً بالشراء فقد ملكناه بحيازتنا للثمن ولو بوسائط، و ان ملكنا شيئاً بالهبه أو بالإرث فقد ملكناه بحيازة من إنتقل عنه المألّ إلينا بما أنّ حيازته حيازتنا كما في الارث، أو بتفويض منه حقّ حيازته إلينا كما في الهبة.

مثلاً إذا حاز بالصيد طائراً، و باعه، فالمنتقل الى المشتري - بحسب اللب و الواقع - هو سلطة الحائز، فكان المشتري صار مالكاً بالحيازة. هذا إذا لم تكن واسطة بين الحائز و المشتري، و كذا الحال مع فرض الوسطة، كما إذا مات الحائز و إنتقل المألّ الى وارثه فباعه، فإن المشتري صار مالكاً بالحيازة بواسطة قيام الوارث مقام مؤرّثه.

و على هذا لا ينبغي جعل الناقل القهري و المعاملات الاختيارية المملّكة في رتبة الحيازة، بل هما متأخران عنها و متفرّعان عليها.

**ثانيها:** أنّ الملكية كما تحصل بالحيازة تزول بالإعراض عن المال و صرف النظر عنه، فالحيازة و الإعراض متقابلان، كالنكاح و الطلاق بالنسبة الى علقه الزوجية إيجاباً و إعداماً.

و قد فَصَّلَ المحقق الايرواني الكلام في مسألة زوال الملك بالاعراض في رسالة «جمان السلك» المطبوعة مع حاشية المكاسب، فلاحظها.

**ثالثها:** أن المعاملات الموجبة لنقل الربط و تحويل السلطان من شخص الى آخر تنقسم الى أقسام، لكون إختلاف بعضها مع بعض تارة في مجرد العبارة و الألفاظ المنشأة بها، مع إتحاد الواقع و الحقيقة، و أخرى بحسب المتعلق، و ثالثة في كون بعضها لنقل ربط خاص، و بعضها لنقل ربط آخر.

**أما القسم الأول -** و هو الاختلاف في مجرد العبارة مع وحدتها جوهرأ و حقيقة -

فكالبيع و الهبة و الصلح، فكل منها يقوم مقام الآخر، إذ كان المؤدّي واحداً، و الاختلاف في مجرد التعبير، فإذا أراد نقل كتابه إلى زيد بمبلغ كذا جاز له تأدية مقصوده بما يدل على كل واحد من هذه العقود، لاشتراكها في نقل الملك بالعوض.

نعم تختلف في أن الهبة تدل على نقل الملك بالمطابقة، سواء عثر بها بلفظ التملك أم الهبة، و البيع يدل أن عليه بالكناية و الالتزام. أما البيع فلأن حقيقته تبديل طرف الاضافة، و لازم هذا التبديل الخاص نقل الملك. و أما الصلح فلأن حقيقته التسالم، فمعنى قوله: «صالحتك عن هذا بكذا هو: أنني مسألمك غير مُنازِعك في هذا، و لئن بسطت يدك لأخذ هذا ما أنا بياسط يدي إليك لأمنعك» و هذه العبارة إذا أتى بها في مقام التملك أفادته بنحو أبلغ. و على هذا فاختلاف ألفاظ العقود الثلاثة في تأدية نقل الملك بالعوض يكون بالصراحة و الظهور، نظير تأدية معنى واحد بعبارات متفاوتة، كقولك: «زيد جواد، و مهزول الفصيل، و كثير الرماد» إذ المراد الجدي هو الإخبار عن كرم زيد و سخائه، و هو مدلول مطابق للجملة الأولى، و كنانتي للأخيرتين.

و مقتضى إتحاد البيع و أخويه حقيقة إشتراكها في الآثار و الشرائط، لكن إختلاف التعبيرات المؤدية إليها صار منشأ لاختلاف الآثار. و لا غرو في ذلك، فإذا أنشأ إعطاء سلطانه



لآخر بعوض بلسان التبدل بين الأصل و العوض كان بيعاً، و جرى فيه خيار المجلس، و اعتُبر فيه معلومية العوضين، و غير ذلك. و إذا أنشأ بلسان التصالح أو بنفس إعطاء السلطنة - لا بلسان آخر - لم يجز فيه أحكام البيع.

**و أما القسم الثاني -** و هو الاختلاف في المتعلق - فيمكن التنظير له بالبيع و الوديعة مثلاً، لكون المقصود بالأول نقل الملك، و بالثاني الاستيمان في الحفظ.

**و أما القسم الثالث -** و هو كون بعض العقود لنقل ربط خاص غير ما ينقله الآخر - فكالبيع و الاجارة، فإن نَقَلَ المنفعة بالبيع و الهبة و الصلح و إن كان صحيحاً، و لا يختص البيع بنقل الأعيان كما توهم، إلا أن الفارق بين الاجارة و البيع هو عموم الثاني لنقل العين و المنفعة و الحق، و إختصاص الأول - إذا تعلق بالعين - بنقل المنفعة، فإذا أراد نقل رقبة الدار تعين التعبير بالبيع، و إذا أراد نقل سكنها تعين التعبير بلفظ الاجارة، فالاجارة شأنها نقل ربط خاص غير ما هو شأن البيع، فصَحَّ أن الفرق بين الاجارة و البيع معنوي، لا في مجرد العبارة كما في الفرق بين البيع و أخواته. أ. هذا محصل جملة مما أفاده **تَبَيُّرُ** في المطالب الثلاثة، و تركنا جملة أخرى من إفاداته خوفاً من الإطالة.

**لكن في كلماته **تَبَيُّرُ** مواقع للنظر ينبغي ذكر بعضها:**

**فمنها:** ما أفاده في المطالب الأول من إنتهاء جميع النواقل الى حيازة المباحات، و واقفه بعض الأجلة كالسيد المحقق الخوئي **تَبَيُّرُ** على ما في تقرير بحثه الشريف <sup>ب</sup>.  
إذ فيه: أن الظاهر عدم إنتهاء النواقل الى الحيازة خاصة، لا إختصاص مملكية الحيازة بالمنقول، مثل ما يُحَاز بالاحتطاب، أو بالصيد أو بالغوص، و أما غير المنقول - كالأرض - فالظاهر توقف ملكيتها على الإحياء، و عدم كفاية التحجير و إن أوجب حقاً. بل لا يتم ذلك

أ : حاشية المكاسب . ج . ١ ص ٧١ . لاحظ رسالة «جمان السلك في أحكام الملك» ص ٢١٦

ب : مصباح الفقاهة . ج . ٢ ص ٥ الى ٧ . مستند العروة الوثقى . كتاب الاجارة . ص ٣٥٨

حتى في المنقول كَلَيْتَةً، كما في بيع الحُرِّ عملَه للغير، لتصريح المحقق الايرواني رحمته بجوازه، لكونه من شؤون سلطته على نفسه، و لا معنى لمالكِيته بالحيازة. وكذا في تملك غنائم الحرب، واسترقاق العبيد و الاماء، لأجنبية ذلك كُلِّه عن الحيازة المصطلحة.

هذا إذا كان المقصود من كون الحيازة أم الاسباب هو الملكيات المتعارفة بين العقلاء. ولو كان مقصوده رحمته إنهاء جميع النواقل اليها حتى ما ليس متداولاً فعلاً كان أوضح منعاً، فإن ملكية النبي و الامام «صلى الله عليها و آلهما» للأفعال - كرؤوس الجبال و المعادن و الأرض الميتة التي لا رب لها - بالملكية الاعتبارية ابتدائية بتفضله تعالى، و غير مسبوقه بحيازة و لا بسبب آخر، و من المعلوم أن الملكيات المتأخرة بهمة الامام عليه السلام و بيعه و وقفه و تحليله لا تنتهي الى الحيازة التي جعلها المحقق الايرواني رحمته أم الاسباب المملوكة.

ولو سلمُ انتهاء جميع النواقل الى الحيازة لم يكن ذلك مصححاً لقيام المنتقل اليه مقام الحائز، على ما صرح به في آخر كلامه بقوله: «فان ملكنا شيئاً بالشراء فقد ملكناه بحيازتنا للشن ولو بوسائط، أو ملكنا شيئاً بالهبة أو بالارث فقد ملكناه بحيازة من انتقل المال منه إلينا بما أن حيازته حيازتنا...» و ذلك لتوقف مملوكة الحيازة التي هي فعل إختياري على التصدي لها مباشرة أو تسيباً بالاستنابة. و أما مجرد الشراء من الحائز الفاقد لكل من المباشرة، و التسيب فلا يوجب صدق الحيازة عليه قطعاً خصوصاً مع كثرة الوسائط.

**ومنها:** ما أفاده في المطلب الثاني من تقابل الحيازة و الإعراض. إذ فيه: عدم كون الإعراض بنفسه مزيلاً لعلقة الملكية الحادثة بالحيازة، و ليس كالطلاق الرافع لعلقة الزوجية الحادثة بالنكاح، بل الظاهر كون الاعراض رافعاً للمانع عن تملك الغير بالأخذ و وضع اليد على ما أعرض عنه مالكه، فلو لم يأخذه الغير كان باقياً على ملك المُعْرِض، لوضوح توقف زوال الملك - كإحداثه - على جعل الشرعي ولو بامضاء سيرة العقلاء الحاكمة بإباحة تملك الغير لا بزوال ملك المُعْرِض بمجرد الإعراض.

ولو شك في ذلك كان مقتضى إطلاق دليل السبب المملك - أحوالاً وأزمانياً - بقاء سلطنة المعروض إلا ما أخرجه الدليل، ومن المعلوم أن المتيقن من السيرة في باب الإعراض هو رفع المانع عن تملك الغير، لا كونه بنفسه مزبلاً للعلاقة والربط.

ولو فرض كون دليل السبب المملك لبيئاً لا لفظياً حتى تجري المقدمات فيه كان مقتضى إستصحاب الملكية بقاءها وعدم زوالها بالإعراض.

**ومنها:** ما أفاده تتبع في المطلب الثالث من إشتراك البيع والصلح والهبة المعوضة في جامع التملك بالعوض، وافتراقها في مجرد التعبير. وهو كما ترى غير متضح المراد، فان كان مقصوده إتحاد النتائج المترتبة على كل منها - وإن تعددت المنشآت حقيقة - كان متيناً، إذ لا ريب في حصول هذا النقل الخاص.. أعني به نقل الملك بعوض - سواء أنشئ به بعنوان البيع أم الهبة أم الصلح. ولا ينافيه إختلاف الآثار والأحكام بتبع إختلاف المضمون المؤدي الى ذلك النقل الخاص.

وإن كان مقصوده تتبع وحدة هذه العناوين الثلاثة ماهيةً وحقيقةً - فضلاً عن إتحاد نتائجها - وكون الإختلاف بينها في مجرد العبارة كما ربما يستفاد من تنظيرها في إفادة التملك بعوض بباب الحقيقة والكناية فهو غير ظاهر، لوضوح مغايرة البيع والصلح والهبة مفهوماً، فالبيع في حد ذاته متقوم بالمبادلة بين مالين كما سيأتي نقله عن المصباح ومصطلح الفقهاء. والهبة هي العطية الخالية عن الأعراض والأغراض كما في عدة من كتب اللغة، فالمجانبة مأخوذة في حقيقتها، ولذا كان العوض - في الهبة المعوضة - في قبال الفعل لا العين، ولازم ذلك صدق العنوان حتى مع تخلف الموهوب له عن الوفاء بالشرط. فيستند إستحقاق رد العين الى تخلف الشرط، لا الى انتفاء العنوان. وهذا بخلاف المبادلة في باب البيع، فإنه لولا العوضان لم يصدق العنوان قطعاً.

و أما الصلح فمفهومه - كما قالوا - التراضي والتسالم بين المتنازعين، وهو عقد شُرِع

لقطع المنازعة، فالمُنشأ فيه هو التسالم على مبادلة مالين أو على أمرٍ آخر، ولا ربط له بنفس المبادلة.

والحاصل: أن البيع والهبة والصلح أمورٌ إعتبارية متميزة حقيقةً، ولذا يعتبر في تحقق كل منها في وعاء الاعتبار إنشاؤه بما يصلح عرفاً للدلالة عليه صراحةً أو ظهوراً ولو بمعونة القرينة. ولعلَّ إختلاف حقانيتها منشأ إختلاف أحكامها كاشتراط الهبة بالقبض، وإختصاص البيع بخيار المجلس ونحوه، ومن المعلوم أجنبية هذا المعنى عن إفادة مقصود وحداني بالمطابقة تارةً وباللزوم أخرى، كما في الإخبار عن جود زيدٍ بعبارات متفاوتة صراحةً و ظهوراً.

و وجه الفرق كون المخبر به في المعاني الكنائية واحداً حقيقةً، بحيث يكون مدار صدق الخبر وكذبه هو نفس المخبر به كالجود، لا هزال الفصيل ولا كثرة الرماد، وهذا أجنبي عن التملك المشترك بين البيع وأخويه.

**ومنها:** ما أفاده من تعلق البيع والهبة والصلح بكل من العين والمنفعة والحق. إذ فيه: أنه مخالف للمشهور - بل لما تسالما عليه - من إعتبار كون المعوض عيناً، وإن أصرَّ هذا المحقق رحمته على الأعمية و ادعى القطع بها.

**ومنها:** ما أفاده من «أنَّ النسبة بين البيع والإجارة العموم المطلق، لكون البيع ناقلاً للعين والمنفعة، والإجارة للمنفعة خاصة» وهو لا يخلو من تهافت لكلامه الآتي بعد أسطر من: أنه لو أراد نقل العين تعين الإنشاء بعنوان البيع، ولو أراد تملك المنفعة تعين الإنشاء بعنوان الإجارة. ووجه التنافي ظاهر، إذ بناءً على صدق البيع على نقل متعلق السلطان - عيناً كان أو منفعة أو حقاً - بعوض لا وجه لتعين نقل المنفعة بعنوان الإجارة، لاقتضاء هذا التعيين عدم أعمية البيع وإختصاصه بنقل الأعيان.

هذا بعض ما يتعلق بكلام المحقق الإيرواني رحمته وإن أمكن التأمل في بعض آخر من

وهو<sup>(١)</sup> في

(١) هذا الضمير راجع إلى البيع في قوله: «كتاب البيع» وليس المراد به فعل البائع. توضيحه: أن «البيع» يطلق على معانٍ ثلاثة:

الأول: فعل البائع - وهو باذل السلعة غالباً - سواء كان بالإنشاء القولي مثل «بعث الكتاب بدينار» أم الفعلي باعطاء المثمن وأخذ الثمن. والبيع بهذا المعنى يقابل الشراء الذي هو فعل المشتري القابل. وإطلاق البيع على إنشاء الموجب شائع، بل هو المتبادر منه.

الثاني: فعل القابل، وهو معنى حقيقي للبيع أيضاً، لكونه من الأضداد كما صرح به ابن منظور وغيره. واستشهد على إرادة الشراء من البيع بما رواه عن النبي ﷺ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه، قال أبو عبيد: كان أبو عبيدة وأبو زيد وغيرهما من أهل العلم يقولون: إنما النهي في قوله: لا يبيع على بيع أخيه إنما هو لا يشتري على شراء أخيه، فإنما وقع النهي على المشتري لا على البائع... الخ»<sup>٢</sup>.

الثالث: المعاملة البيعية المعدودة من العقود المعاوضية، وهي في قبال سائر المعاملات من الصلح والاجارة. وهذا المعنى شائع في الأدلة وفي الكتب الفقهية، وهو المراد في قوله تعالى: ﴿أحلّ الله البيع﴾ و ﴿ذرّوا البيع﴾ وفي قوله ﷺ في دليل خيار المجلس: «وجب البيع» وفي قول الفقهاء: «كتاب البيع، أحكام البيع» ونحوها.

والظاهر أن مقصود المصنف من التعرض لكلام المصباح هو بيان معنى المعاملة البيعية المقابلة لسائر المعاملات كالاجارة والهبة والصلح، فلذا يكون المناسب إرجاع ضمير «هو» إلى البيع بهذا المعنى، لا بمعنى فعل البائع أو المشتري.

إفادته كجعل مآل عقد النكاح والمزارعة والمساقاة إلى الاجارة، وجعل القرض هبةً واستيماناً، فراجع كلامه بتمامه زيد في علو مقامه.

## الأصل كما عن المصباح<sup>١)</sup>

### تعريف البيع لغةً

١) قال في المصباح: «و الأصل في البيع مبادلة مال بمال، لقولهم: بيع رابع و بيع خاسر، و ذلك حقيقة في وصف الأعيان، لكنه أُطلق على العقد مجازاً، لأنه سبب التملك و التملك، و قولهم: صح البيع أو بطل و نحوه: أي صيغة البيع، لكن لما حذف المضاف و أُقيم المضاف إليه مقامه - و هو مذكر - أسند الفعل إليه بلفظ التذكير» أ.

و يستفاد من كلامه: أن كلمة «البيع» تُطلق على أمرين، أحدهما حقيقي، و هو المبادلة بين المالين، و ثانيها مجازي، و هو العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، من باب إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على سببه. و على هذا فالمراد بالأصل بقريئة قوله: «أطلق على العقد مجازاً» هو المعنى اللغوي الحقيقي الذي كان متداولاً في الأيام السالفة بين عامة الناس. و لعل الوجه في التنبيه على مجازية إطلاقه على العقد هو شيوخ هذا الاطلاق بحيث ربما يتوهم كون البيع مشتركاً بين المبادلة و العقد، أو كونه منقولاً عن المعنى الأول إلى الثاني (\*).

(\*) و قد يقال: بإمكان إرادة معنى آخر من الأصل «و هو ما كان متعارفاً في الأيام السالفة من كون البيع عبارة عن مطلق المبادلة بين الأموال، بديهية أنه لو كان غرض الفيتومي من هذه الكلمة هو اللغة لوجب أن يُصدّر كلامه بلفظ الأصل عند شرح كل مادة ترد عليه. و قد وقع التصريح بما ذكرناه في لسان العرب و مجمع البحرين في مادة المال» ب.

لكن قد يُشكل بأن كون البيع في الأيام السالفة عبارة عن مطلق المبادلة بين المالين لا يتنافي إرادة الموضوع له من «الأصل» بعد مقابلته للمعنى المجازي بقوله: «ثم أُطلق على العقد مجازاً» لصلاحيه هذه المقابلة للقريئة على إرادة المعنى بحسب الوضع الأولي من كلمة

أ: المصباح المنير، ج ١، ص ٦٩

ب: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٠



«الأصل» بناءً على تسليم كون اللغوي من أهل الخبرة بالأوضاع لا بمجرد موارد الاستعمال، كما هو غير بعيد بالنسبة إلى أئمة اللغة الذين كان دأبهم إستكشاف معاني الألفاظ من تتبع موارد الاستعمال و استعلامها من محاورات أهل البوادي و القرى بلا إعمال نظرٍ من أنفسهم حتى يكون إخبارهم حديثاً.

و أما الاستشهاد بما في لسان العرب و المجمع فلم يظهر صراحة كلاميها في أنّ المراد بالأصل هو المعنى المتعارف في الأيام السالفة - لا المعنى الحقيقي اللغوي - قال في اللسان: «قال ابن الأثير: المال في الأصل: ما يملك من الذهب و الفضة، ثم أطلق على كل ما يُقتنى و يملك من الأعيان، و أكثر ما يُطلق المال عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم». إذ المذكور في هذه العبارة معانٍ ثلاثة للمال، أحدها الذهب و الفضة، ثانيها كل عين متمولة. ثالثها الإبل. و حيث إن إطلاق المال على الأخيرين حَدَث في عصر متأخر بمقتضى قوله: «ثم أطلق» كان مقصوده من الأصل هو المعنى الحقيقي الموضوع له اللفظ أولاً، ثم نُقل إلى وضع تعيني ثانياً و هو مطلق الأعيان المتمولة.

و على هذا فلا يبعد أن يراد بالأصل في كلام المصباح و اللسان معنى واحد، و هو الموضوع له، و النكتة في تصدير الكلام بالأصل هو التنبيه على أنّ الموضوع له أولاً مغاير لما يستعمل فيه اللفظ في عهد متأخر، و أنّ هذا المعنى الحادث إمّا مجاز بعلاقة السببية و المسببية كما في استعمال البيع في العقد، و إمّا حقيقي أيضاً من باب النقل أو الاشتراك كما في إطلاق المال على كل عين متمولة. فلو لم يكن للفظ معانٍ متعددة لم يكن وجه لتصدير المعنى بالأصل، كما لم نظفر بذلك في موارد وحدة المعنى. نعم عبارة المصباح لا تخلو من مسامحة سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

«مبادلة<sup>(١)</sup> مال بمال»<sup>(٢)</sup>.

(١) فالبيع اسم للمبادلة التي هي الملتزم بها، لا للعقد الذي هو نفس الإلتزامين المرتبطين، ومن المعلوم مغايرة الإلتزام للتمتزم به، لكون الثاني نتيجة للأول، بإطلاق البيع على العقد مجاز بعلاقة النسب، كما تقدم في كلام المصباح بقوله: «ثم أطلق على العقد مجازاً». (٢) قد تقدم أنفأ كلام ابن الأثير في معنى المال، ونحوه عبارة بمجمع البحرين، لكن فتره في القاموس بأن «المال ما ملكته من كل شيء»<sup>(٣)</sup> أو يحتمل التعميم لغير الأعيان، من المنافع والحقوق، فيكون مخالفاً لمن خصه بالأعيان، كما يحتمل إرادة عدم اختصاص المال بالذهب والفضة، وشموله لكل عين متحوّلة، بلا نظر إلى إطلاقه على المنافع، وعلى هذا الاحتمال الثاني لا يختلف معنى «المال» بحسب اللغة، لكون «الأعيان» هي القدر المتيقن من «المال». ثم إن مقتضى الجمود على تعريف المصباح إعتبار عينية كلا العوضين في صدق مفهوم البيع.

لكن الظاهر إطلاق المال على ما هو أعم من الأعيان، وصدقه على المنافع أيضاً، ولو لم يكن المال حقيقة في الأعم فلا أقل من إستقرار إصطلاح الفقهاء عليه، كما يظهر بمراجعة كلماتهم، ولذا حكّم المصنف رحمته بوجوه وقوع المنافع عوضاً في البيع، وهو كاشف عن إطلاق المال عليها حقيقة بإطلاقه على الأعيان المتمولة. وكذا لا ريب في كون الاجارة من نواقل الملك، مع أن العوضين أو أحدهما من المنافع.

نعم تفرق الاجارة عن البيع من جهة المتعلق، فالبيع تمليك عين بعوض، والاجارة تمليك منفعة كذلك. وسيأتي في المتن إعتبار عينية المبيع (\*).

(\* بقيت أمور تتعلق بتعريف المصباح:

**الأول:** أن المبادلة بين المالكين قد تكون خارجية بحسب المكان والزمان ونحوهما كجعل شيء مكان آخر كتبديل ثوب برداء، وقد تكون إعتبارية. ولما كان البيع من نواقل الملك تعين إرادة المبادلة الاعتبارية في الاضافة القائمة بالمالكين، لما أفيد من أنها من سنخ

المعاني التي لا استقلال لها في التحصّل، بل لا بدّ أن تكون بلحاظ أمرٍ كالحكومة و الرياضة و الملكية، و حيث كانت مضافةً هنا إلى المال - بما هو مألّ - عُلِمَ منها إرادة التبدل المعاملي، و التسبب الى جعل شيء مكان شيء في الملكية أو الحقبة أو المصرفية، و إن كان أظهر خواص البيع التملك كما لا يخفى.

ثم إنّه بناءً على كون الملكية إضافةً إعتبارية، تتحقّق أمور ثلاثة، الأوّل: المضاف إليه، و هو المالك، الثاني: المضاف و هو المال، الثالث: نفس النسبة الخاصة و الاضافة المتحققة بين المالك و المملوك، المعبر عنها بالملكية.

### البيع تبديل الاضافة و طرفها

و لا ريب في إقتضاء البيع - و سائر النواقل - التبدل في المضاف أعني به المالكين و المملوكين، فكلٌّ من المتعاملين يخلع يده عن ماله و يحلُّ ربطه به و يشدُّه بعوضه، إنما الكلام في أنّ البيع هل يقتضي بدلية إحدى الإضافتين عن الأخرى بعد الفراغ عن إقتضائه بدلية المضاف، أم يؤثّر في بدلية المضاف خاصة و بقاء الإضافة على حالها؟ ذهب شيخ مشايخنا المحقق الثاني رحمته إلى الثاني، و لأجله فسّر تعريف البيع «بالمبادلة بين مالين» بأنّه: تبديل أحد طرفي الاضافة بطرف إضافة أخرى، لا نفس تبديل إضافة باضافة أخرى.

و محصل كلامه رحمته: أنّ التبدل إما أن يكون بين المالكين أو بين المملوكين، و لا معنى للتبدل بين الملكيتين، فالملكية الإعتبارية تكون كالخيوط الذي أحد طرفيه بيد المالك، و طرفه الآخر بالمملوك، ففي باب الارث يحلُّ الربط الملكي عن المورث و يُشدُّ بالوارث مع بقاء الربط و المال على حالهما، و لذا لو كان المال متعلق حق الغير إنتقل الى الوارث كذلك.

و في العقود المعاوضية - و كذا الخالية عن العوض كالهبة - يحدث التغيير في الطرف الآخر و هو المملوك، فيحلُّ ربط المالك عن ماله و يُشدُّ بالعوض، و لا يحدث تغيير في المالكين و لا الملكيتين. و هذا هو المقصود من إقتضاء البيع بدلية أحد المضافين عن الآخر،

لا بدلية إحدى الملكيتين عن الأخرى.

و يدل عليه أمران، أحدهما: أن نفوذ تصرف المالك في ماله بالتصرفات المشروعة يستند إلى قاعدة السلطنة، ومن المعلوم أن المجموع هو السلطنة على الأموال لا على الملكية الاعتبارية الكائنة بين الملاك وأموالهم، فلو اقتضى البيع تبديل ملكية بملكية أخرى - لا تبديل مملوكٍ بمثله - لزم إثبات سلطنة المالك على ملكيته، و الملكية هي السلطنة على أنحاء التصرفات في المال، و لا معنى للسلطنة على السلطنة، لما عرفت من أن موضوع مثل «الناس مسلطون على أموالهم» هو الأموال لا الأحكام. ولعلّه لهذا يقال بعدم زوال الملكية بالإعراض، إذ لا دليل على ثبوت سلطنة المالك على إزالة ملكيته عن ملكه، و لذا لم يبين الجدل لولا الكلل على مشرعية قاعدة السلطنة.

ثانيهما: أن الوجدان حاكم بأن فعل المتبايعين نقل الأموال، لا نقل الملكية القائمة بها، فالبايع يُعطي المثل، لا أنه يعطي واجديته له، و المشتري أيضاً يعطي الثمن لا واجديته له. و كذا الحال في الهبة الخالية عن العوض، فإن الواهب ينقل ماله إلى المتهب في عالم الاعتبار، و لازمه إنعدام الإضافة الاعتبارية، و حدوث إضافة أخرى بين المتهب و العين الموهوبة، لا أن فعل الواهب - ابتداءً - نقل اضافته إلى المتهب. هذا محصل ما أفاده مقرر بحثه الشريفاً.

و اليراد عليه بالنقص «تارة ببيع الكلي الذي لا ريب في صحته مع أنه لا نقل فيه من طرف إضافة البائع إلى طرف إضافة أخرى، لعدم كونه مملوكاً له. و أخرى ببيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه، لعدم خروج شيء عن طرف إضافة ملكية إلى طرف إضافة ملكية أخرى» لعلّه نشأ من عدم ملاحظة تمام كلامه، و أن تعريف البيع بتبديل طرفي الأضافة مخصوص بالبيع المتعارفة بين الملاك، و مورده الأعيان الخارجية، فمورداً النقض خارجان عن حدّ التعريف المتقدم. أما بيع الكلي فقد قال فيه المحقق الثاني: «ليس المعتبر في البيع إلا كون

المبيع منتقلاً عن البائع الى المشتري، و هو حاصل بالبيع، و لا يكون لاعتبار الأزيد منه دليل حتى يكون الإلتزام به موجباً للاشكال<sup>٤</sup>، نعم في تملك البائع للكلي بنفس البيع أو قبله أناماً كلامٌ لعله سيأتي التعرض له في إعتبار عينية المبيع.

و أما بيع ولي الموقوفة فقد أفاد في حلّه بقوله: «إنّ الملكية المعتبرة في البيع عبارة عن السلطنة على البيع، و لذا يصح بيع الولي لعله الولاية على بيعه، مع أنه ليس ملكاً له، و المراد بالملك في قوله: - لا بيع إلا في ملك - هو السلطنة على البيع...»<sup>٥</sup>.

نعم يشكل المساعدة على جملة مما أفاده الميرزا قاضي<sup>٦</sup>.

منها: «جعل البيع تبديل طرفي الاضافتين، على خلاف باب الارث الذي يتبدل فيه المضاف إليه بمضاف إليه آخر، مع بقاء نفس الإضافة و المضاف و هو المال على حالهما، فالبايع يحلّ ربطه بالثمن و يتخذ بالثمن<sup>٤</sup>، و وجه الاشكال فيه: أنّ القابل للنقل و إن كان هو المضاف لا الاضافة القائمة به، إلا أنها تزول قطعاً بزوال أحد طرفيها، إذ الإضافات تتشخص بأطرافها، فحلّ الإضافة من طرف المملوك - و هو المبيع - مع بقائها في طرف المالك - أعني به البائع - محال، ضرورة امتناع بقاء الاضافة المتقومة بطرفين بعد إرتفاع أحدهما، فإذا خرّج المبيع عن ملك البائع فلا محالة تزول الاضافة عن البائع أيضاً، لتقومها به و بالمبيع، فتحدث إضافة أخرى قائمة بالبائع و بالثمن. و كذا الحال في المشتري. و ذلك لتضاياف المالكية و المملوكية، و هما متكافئتان في القوة و الفعل. فكما لا يعقل بقاء المملوك بلا مالك - ولو كان كلياً، كما في مالكية السادة للخمسة، و الفقراء للزكاة - فكذا لا يعقل بقاء المالك بلا مملوك، فكيف تبقى إضافة المالكية للبائع بعد زوال إضافة المملوكية عن المبيع؟ و عليه فلا بد من الإلتزام بتبدل نفس الاضافة القائمة بالبائع و المبيع أيضاً، و حدوث إضافة مثلها قائمة بالبائع و الثمن.

و منه يظهر حكم باب الارث، لاستحالة بقاء المملوكية و الملكية مع إنخلاع يد

المورث و قيام الوارث مقامه، فلا بد من حدوث إضافة جديدة أيضاً بين الوارث و مال المورث.

**ومنها:** «الاستدلال على مدّعاء بقاعدة السلطنة و كون الملكية هي السلطنة».

و وجه غموضه أولاً: منّح كون الملك سلطنة، بل هي من لوازمه و آثاره، كما ثبتت في غير الملك أيضاً على ما سيأتي إن شاء الله تعالى في بحث الحقوق من إفتراق أحدهما عن الآخر كما في ملك الصبي المحجور عن التصرف في ماله، و سلطنة ولي الموقوفة على التصرف الناقل عند طروء المسوّغ. و كذا عدّ الماتن **قَبُولُ** بعض الحقوق سلطنةً، مع إختلاف إضافتي الملكية و الحقيقة سنخاً. و الاستشهاد بحديث السلطنة غير ظاهر، إذ لو كانت الملكية هي السلطنة - كما تكرر في كلماته - كان الحديث مسوقاً لتوضيح الواضح أعنى به «الناس مالكون لأموالهم». و هو مما يباهه الذوق السليم. مضافاً الى عدم إلتزامهم به كما سيأتي تفصيله في أدلة مملكية المعاطاة إن شاء الله تعالى. فالصحيح أنّ السلطنة من أحكام الملك لا نفسه، لأنّ المسلّط عليه ليست المباحات الأصليّة، بل بقرينة إضافتها الى المُلَاك هي الأموال المملوكة لهم، فالمقصود كون المالك سلطاناً على أنحاء التصرفات المشروعة في ماله ولو بإخراجه عن الملك ببيع أو هبة أو إعراض.

**و ثانياً:** أنّ المحذور الذي ألجأ هذا المحقق الى جعل البيع تبديل طرفي الاضافة - لعدم سلطنة الناس على الملكية التي هي السلطنة، بل متعلقها الاموال - يترتب على كلامه أيضاً، و ذلك لأنّ مقتضى تفسير الملكية بالسلطنة إثبات طرفيها و هما السلطان و المسلّط عليه أي المالك و المملوك، فخلع المال عن طرفية السلطنة تضرّف في موضوعها، و المفروض أن الناس مسلّطون على أموالهم لا على سلطانهم، فلا يتكفل الحديث التصرّف في نفس السلطنة القائمة بطرفين، و المفروض ارتكاب التصرف قهراً بإخراج المسلّط عليه عن طرفية السلطنة، و لازمه كما مرّ أنفاً إنتفاء أصل السلطنة، مع أن إعدام السلطنة ليس مدلول الحديث كما اعترف به.



**ومنها:** تفسير الملكية تارةً بالجدة كما في قوله: «فالبائع يُعطي المثلن لا واجديته له» وأخرى بالإضافة مكرراً. والتنافي بين الجدة الاعتبارية و الإضافة الاعتبارية واضح، فإما أن تكون الملكية إعتبار مقولة الجدة تنزلاً لها منزلة الملكية الحقيقية المفسرة في كلمات بعضهم بالجدة و بـ«له»، وإما تكون إعتبار مقولة الإضافة كما مأل إليها بعض المحققين تتبعاً.

**وقد تحصل:** أن البيع يفيد بدلية المضاف و المضاف إليه و الإضافة، لما عرفت من أن الملكية - و نحوها - من البسائط المتقومة بطرفها، و يستحيل تبدل الطرف و بقاء الإضافة. و الامور الاعتبارية و ان اُفترقت عن المقولات و الحقائق المتأصلة، إلا أنها مشاركة لها في جملة من الأحكام كما لا يخفى، و لا فرق في إستحالة بقاء الإضافة بدون المضاف بين المقولية و الاعتبارية.

### المبادلة بين المالين تحصل بانشاء البائع

**الأمر الثاني:** أن المبادلة - التي هي البيع حقيقةً - هل تتحقق بفعل البائع أم تتوقف على فعل المشتري أيضاً؟ الظاهر ذلك، لأن ما يُنشؤه البائع هو المبادلة، غاية الأمر أن تأثير إنشائه منوط بقبول المشتري.

و بعبارة أخرى: جعل كل من المالين قائماً مقام الآخر و تلون كل منهما بلون الآخر يتحقق بايجاب البائع، لأن تبدل المبيع بالمثلن يستلزم العكس، لكون البدلية من المتضائفات، فصيرورة المبيع بدلاً توجب بدلية الثمن أيضاً عن المبيع، فإنشاء البائع يوجب إتصاف كل من المالين بالبدلية. لكن تعارف التعبير عن أحدهما بالمعوض و عن الآخر بالمعوض، من جهة أن الملحوظ في إنشاء البيع - غالباً - مبدلية المبيع و أصلته، و بدلية الثمن عنه، كما يدل عليه دخول الباء في الثمن في قول البائع: بعتك هذا بدينار مثلاً.

و الحاصل: أن عنوان المبادلة و المعاوضة يقتضي إتصاف كل منهما بالبدلية. فباب المعاوضة يكون نظير الأبدال العرضية، كخصال الكفارة المخيرة، لا الأبدال الطولية كالكفارة

المرتبة، والأبدال الاضطرارية كالصلوات العذرية، فإنها وإن اتصفت بالبدلية، لكن لا تتصف مُبدلاتها - وهي الصلوات الاختيارية - بالبدلية، لأنها واجبات أولية، وليست هي أبداً عن الصلوات الإضطرارية التي هي واجبات ثانوية كما لا يخفى.

### لا يختص المبادلة في البيع بالإضافة الملكية

**الأمر الثالث:** قد ظهر أن المبادلة البيعية تكون في الإضافة المالكية غالباً، و هل يتوقف صدق مفهوم البيع على هذه المبادلة الخاصة بحيث لولاها لم يكن المنشأ بيعاً بل معاملة أخرى، أم أنها غير دخيلة في تحقق العنوان؟ الظاهر عدم اعتبار وقوع المبادلة في خصوص إضافة الملكية، لصدق مفهوم البيع على نقل الأعيان الموقوفة العامة بعوض - عند طروء المسوّغ لبيعها - لعدم كون الوقف العام ملكاً لأحد، والمتولي الخاص أو الحاكم الشرعي وإن كان سلطاناً على البيع، إلا أنه لا مالك في البين. وكذا في بيع الحاكم الأجناس الزكوية أو حق الامام عليه السلام، أو اشترى به شيئاً - بناءً على عدم صيرورته ملكاً لأحد، بل جعل لمصرف خاص، فالمبادلة تكون بين إضافة مصرفية من طرف، وإضافة ملكية أو غيرها من طرف آخر. و عليه فأخذ التمليك في حد البيع منزّل على الغالب، وليس لحصر المفهوم فيه.

### اعتبار مالية العوضين

وكيف كان فهل يعتبر مالية العوضين في صدق البيع عرفاً أم لا؟ و على الأول فهل اللازم الاتصاف بها قبل إنشاء المعاملة أم يصح البيع ولو صار مالاً بنفس البيع كما هو مبنى التشكيك في مالية عمل الحر قبل المعاوضة عليه، و عدم وقوعه ثمناً في البيع أم تكفي ماليته مطلقاً؟ الظاهر اعتبار مالية العوضين و إن كان الاتصاف بها بعد البيع، لصدق المبادلة بين مال و مال، فليتأمل.

و أما إنكار أصل المالية بدعوى: «أن المدار على صدق المعاوضة بين شيئين سواء أكانا

مألاً عند العقلاء أم لا كالحشرات، فإذا لم يكن المبيع مما يرغب فيه النوع الذي هو المناط في مالية الأشياء لا الرغبات الشخصية و اشتراه بأغلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع. كما إذا اشترى أحد تصوير جدّه أو خطّه لرغبته في حفظه، و لم يكن بنظر العقلاء يُساوي فليسا صحّ شراؤه. و المعاملة و إن كانت سفهية، إلاّ أنّه لا دليل على بطلانها، بعد ما شملتها أدلة الامضاء، و الفاسد شرعاً معاملة السفه من جهة الحجر لا المعاملة السفهية. و عليه فأخذ المال في تعريف المصباح مبني على المسامحة، إذ لا تعتبر المالية فيه عرفاً و شرعاً، ولو سلّم قيام الدليل الشرعي على اعتبار المالية فيه كان ذلك حكماً تعديداً غير مرتبط بمفهوم البيع حتى يؤخذ في تعريفه. أ.

فلا يخلو من غموض، و دعوى دخل المالية في مفهوم البيع عرفاً قريبة جداً، و دخلها شرعاً في الصحة و النفوذ ليس لتعبد خاص، بل لتوقف صدقه على ذلك، لأنّ المقصود بالبيع هو المعاملة الاعتبارية التي يتداولها العقلاء لغرض تسديد حوائجهم و تمشية أمورهم، و هذا هو موضوع أدلة الإمضاء، و من المعلوم أنّ ما لا يتنافس العقلاء على إقتنائه و لا يرغبون في تحصيله لعدم ترتب فائدة عليه لا يتعاملون عليه، إذ لا غرض يتعلق بالمبادلة بين ما يكون فاقداً لمناط المالية، فيصح سلب عنوان البيع عن تبديل مقدار من الثلج بمثله في فصل الشتاء في منطقة جليدية، و عن تبديل كأس من ماء النهر بمثله على الشاطئ، و نحو ذلك، بل نفس هذا التبديل لغوٌ بحيث لو صدر من بعضهم كان سفهياً.

و الحاصل: أنّ البيع ماهية اعتبارية تدور في كل مورد مدارّ إعتبار العقلاء و تباينهم، و ليس التبديل بين ما لا يتعلّق غرضهم بتحصيله بيعاً. و حيث إعتبر مالية العوضين في صدق مفهومه فدخلها في البيع النافذ شرعاً أمر مفروغ عنه. و لا أقل من كون الشبهة مفهومية، و لا مجال حينئذٍ للتمسك بالاطلاقات.

هذا بحسب الكبرى. و أما خصوص المثال المذكور في كلامه بَيِّنٌ من بذل الثمن بإزاء

إقتناء خط الجَدِّ ونحوه فيمكن أن يقال: بكونه بيعاً، لوجود مناط المالية - وهو الرغبة النوعية - فيه، إذ من المتعارف - لا سيما في هذا العصر - بذل المال الكثير لإقتناء آثار السلف كتراث يُتَحَفَّظ عليه، فشرء شخص خطَّ جدّه لا يعدّ بنظر العقلاء سفهتاً بل هو أمر جَرَّت سيرتهم عليه، لما عرفت من أن ما يوجب إنحفاظ الخصوصية و صفات الأب و الجد أو غيرهما - ممّن له عُلقة طبيعية أو معنوية بمن يطلب تصويره أو خطّه أو سائر آثاره - مال قطعاً. ولو نوقش في صدق البيع عليه أمكن جعلها معاملة مستقلة.

و عليه فتعريف المصباح من جهة أخذ المال فيه سليم عن المناقشة.  
نعم نوقش فيه بوجوه أخرى:

### مناقشات في تعريف البيع بالمبادلة بين المالين

#### أ - أعمية المال من العين والمنفعة

**منها:** ما في حاشية السيد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من قوله: «ثم لا يخفى ما في تعريف المصباح من المسامحة، لأنّ مطلق مبادلة مال بمال لا يكون بيعاً، وإلّا فالصلح والإجارة ونحوهما كذلك. و أيضاً البيع ليس مبادلة بل تمليك عين بعوض... و أيضاً يعتبر أن يكون المبيع عيناً، و المال أعم، فيُعلم من هذه أنه ليس بصدد بيان الحقيقة إلا في الجملة...»<sup>أ</sup>.

أقول: لا ريب في عدم كون شأن اللغوي تحديد المفهوم من جميع الجهات، خصوصاً في الأمور الاعتبارية التي هي من البسائط الفاقدة للجنس والفصل ونحوهما ممّا يُبَيِّن حقيقة الشيء و يكشف عنه، كما اعترف السيد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بذلك في آخر كلامه.

لكن لو فرض كون تعريف المصباح لفظياً لم يرد عليه بعض ما أورده السيد عليه.  
أما الاشكال الأول فلا يخلو من تهافت مع الثالث، و ذلك لابتناء النقض بالاجارة على فرض أعمية المال من العين، فلو قيل باختصاصه بها - كما هو مبنى الاشكال الثالث - لم ينتقض

تعريف المصباح بالاجارة، لفرض عدم كونها مفيدة لتمليك العين سواء قبل في تعريفها بأنها تمليك منفعة بعوض، أم بأنها التسليط على العين لاستيفاء منفعتها كما اختاره السيد في العروة. وعلى كل لا تقع العين طرفاً للتمليك إلا بناءً على جعل حقيقة الاجارة «تمليك العين في جهة خاصة» في قبال البيع المفيد لملك العين من جميع الجهات، لكنه لا يخلو من بحث سيأتي التعرض له إن شاء الله تعالى.

والحاصل: أن النقص بالاجارة موقوف على اعمية المال من العين، كما هو مبني الاشكال الأول، فلو قيل باعتبار كون المبيع عيناً وهو الصحيح - كما أفاده في الاشكال الثالث - لم يبق مجال للنقص بالاجارة كما هو واضح.

وأما النقص بالصلح فغير ظاهر أيضاً، لما تقدم في ما يتعلق بكلام المحقق الإيرواني رحمته من أن المناط في العناوين المعاملية القصدية هو المنشآت لا النتائج المترتبة عليها، ولما كان المنشأ بعقد الصلح نفس التسالم - مهما كان المتسالم عليه - لم يتنقض تعريف البيع به.

وأما الاشكال الثاني - وهو كون البيع تمليكاً لا مبادلة - فنوقش فيه بظهور التمليك في المقابلة بين التسليطين لا المالكين، وحيث إن السلطنة حكم شرعي موضوعه الأملاك لا الأحكام، فإن الناس مسلطون على أموالهم لا على أحكامهم، لم تكن قابلةً للنقل الى الغير حتى يكون البيع نقلاً لها، وإنما القابل له طرف الاضافة وهو المال، وإلا فالسلطنة والملكية كجواز شرب الماء أحكام شرعية ليست مما يتعلق به السلطان حتى تنتقل إلى الغير. هذا محصل ما في تقرير بحث المحقق النائيني رحمته.

لكن يمكن أن يقال: بأنه إن أريد بالتمليك إحداث السلطنة التي هي حكم شرعي، إتجه الاشكال عليه، لكونه نظير إحداث جواز شرب الماء، وهو غير قابل للنقل إلى الغير. وإن أريد به الإضافة الاعتبارية المعبر عنها بالملكية فالظاهر جواز نقلها إلى الغير بما جعله الشارع ناقلاً لها، كما لا مانع من سلبها عن نفسه بالإعراض بناءً على زوال الملك به. والمبادلة البيعية وإن

كانت بين المالين، إلا أن أشخاص الملكيات والإضافات تتغير أيضاً بعد ما تقدم من شخص كل إضافة بطرفيها، ومن عدم كون السلطنة هي الملكية بل من آثارها. نعم يمكن منع إشكال السيد عليه السلام بعدم كون إنشاء التمليك جامعاً لجزئيات البيع، لاختصاصه بما إذا نُقل الملك. و أما في مثل بيع العبد تحت الشدة و بيع آلات البناء لتعمير القناطر و الخانات و المساجد بسهم سبيل الله من الزكاة، فلا تمليك في البين إلا على توجيه لا يخلو من تكلف.

و على هذا فلو كان مقصود الفئومي من تعريف البيع بالمبادلة خصوصاً التبديل الملكي كان إشكال عدم جامعية التعريف باقياً عليه. ولو كان مراده ما هو أعم من ذلك، أي قيام كل منهما مقام الآخر فيما له من الأوصاف - نظير التنزيلات الشرعية كتنزيل الطواف منزلة الصلاة في مألها من الأحكام و الآثار - كان متيناً. كما لو باع المتولّي العين الموقوفة - عند طروء مؤخ بيعها - فإنها تصير ملكاً للمشتري و تكتسب لون الثمن و هو الملكية، كما يكتسب الثمن لون المبيع و بصير وقفاً، و من المعلوم كون المبادلة حيثيةً و إضافة قائمة بالمالين، و هذه الحيثية دعت الى تفسير البيع بالمبادلة. هذا إذا كان مقصود السيد عليه السلام أخذ التمليك في مفهوم البيع من جهة كونه من العقود المعاوضة الناقلة للملك.

و إن كان مقصوده لحاظ حيثية إضافة الفعل الى فاعله و مبدأ صدوره و هو البائع المتصدّي لتبديل الإضافة الإعتبارية من دون دخل لقبول المشتري إلا في التنفيذ و الإمضاء - و هذا يناسبه التعبير بالتبديل دون المبادلة - فسيأتي بيانه في إشكال صاحب الكفاية إن شاء الله تعالى .

### ب - البيع تبديل بين مالين لا مبادلة بينهما

ومنها: ما أورده المحقق الخراساني عليه السلام على تعريف المصباح بقوله: «التعبير بالمبادلة لا يخلو من مسامحة، و حقه أن يقال: تبديل مال بمال، فانه من فعل الواحد، لا الاثنين،



فافهم، أ.

و محصله: أن المنسوب إلى مشهور علماء العربية في الفرق بين بابي المفاعلة و التفعيل دلالة الأول على قيام المبدأ بآئنين و اشتراكهما في صدور الفعل كما هو ظاهر مثل «ضارب زيد عمرو» و تلبسهما بالضرب معاً، بخلاف الفعل الثلاثي المجرد من هذه المادة مثل «صَرَبَ زيد عمرو» الظاهر في قيام المبدأ صدوراً بزيد و وقوعاً بعمر و. و دلالة الثاني - و هو التفعيل - على قيام الفعل بالفاعل مع لحاظ حيثية التعدية الى الغير. و حيث إن إنشاء البيع يكون بيد البائع فقط و لا دخالة للمشتري فيه سوى الإمضاء كان المناسب التعبير بالتبديل لا المبادلة الظاهرة في تصدّي كل من الموجب و القابل لها، هذا.

و إعرض عليه تلميذه المحقق الاصفهاني رحمته بوجهين، يبتني أحدهما على تصحيح التعبير بالمبادلة على مختار مشهور علماء الأدب، و ثانيهما على مبنى آخر ابتكره في مدلول هيئة المفاعلة و التفاعل.

و محصل هذا الوجه الثاني: أن باب المفاعلة وُضِعَ للدلالة على مجرد تعدية المادة و إنهائها الى الغير من غير فرق بين الأفعال اللازمة و المتعدية، فإن صوغها من باب المفاعلة يدل على أن حيثية إنهاء المادة الى شخص آخر ملحوظة فيها. و استشهد على مدعاه بعدد من إستعمالات هذه الهيئة في الكتاب العزيز و غيره مع عدم صحة إفادة الاشتراك في المبدأ، أو عدم إرادته، و قد تصدى رحمته لإثبات مراده ببيان أوفى في تعليقه الأنيقة على الكفاية <sup>٣</sup> و قد تعرضنا له و لما يتعلق به في رسالة لا ضرر، فراجع <sup>٤</sup>.

و لهذا فالأولى الإقتصار هنا على ما أفاده في الوجه الأول من الاشكال قال رحمته : «و يمكن أن يقال: ان التبديل مجرد جعل شيء ذا بدل، سواء كان له مساس بالغير أم لا، و المبادلة

أ : حاشية المكاسب ، ص ٣

ب: نهاية الدراية ، ج ٢ ، ص ٣١٧ ، الطبعة الحجرية .

ج : منتهى الدراية ، ج ٦ ، ص ٥٦٦ الى ٥٧٣

تكون بهذا المعنى مع المساس بالغير، و ينسب الفعل المشتق منها إلى من هو الأصل في التبديل كالموجب في البيع، و مع الأصالة في الطرفين يُنسب إليهما التبادل كما هو الفارق بين المفاعلة و التفاعل في فنّ الأدبية، فتبين وجه التعبير عن البيع بالمبادلة دون التبديل... أ.

**أقول:** الظاهر أولوية تعريف البيع بالمبادلة سواء أريد به المعاملة البيعية أم فعل البائع وإنشأؤه. أما على الأول - كما هو الظاهر، إذ المقصود تعريف البيع و تمييز حقيقته عن سائر العقود المالية - فواضح، لقيام هذه الماهية الاعتبارية بطرفين و بمالين ولو كان قبول المشتري مجرد إمضاء و مطاوعة لإيجاب البائع.

و أما على الثاني فلأنه لا بد من وفاء التعريف بما يكون دخیلاً في المعرف، و هو في المقام أمران، أولهما: أن الملحوظ حين إنشاء البيع - غالباً - هو مبدلية المبيع و أصلته، و بدلية الثمن عنه، حيث يعتني المشتري بخصوصية المبيع. لا مجرد ماليته، بخلاف البائع الذي لا يهتمه إلا حفظ مالية ماله. فالبيع يمتاز عن سائر المعاوزات بهذه الجهة.

ثانيهما: أن البيع وإن كان من العقود القائمة بطرفين، إلا أن إنشاء ماهيته يكون بيد البائع، و شأن المشتري المطاوعة و الإمضاء، لا إحداث فرد آخر من المبادلة الاعتبارية.

و المتكفل لهذين الأمرين هيئة المفاعلة لا التفعيل، فإنها تدل على قيام المبدأ بطرفين مع حيضية أخرى لا تتكفلها هيئة التفاعل بعد تضمن كلا البابين للاشتراك في المادة، و الفارق - كما نُسب الي مشهور علماء الأدب - دلالة المفاعلة على إنتساب المادة إلى أحدهما بالأصالة و إلى الآخر بالتبع، كما في «ضارب زيد عمرواً». و دلالة التفاعل على إستواء نسبتها إليها بلا أصالة من أحدهما و تبعية من الآخر كما في: تضارب زيد و عمرو.

و عليه فتعريف البيع بالمبادلة يدل على أن الأصل في التبديل هو البائع، و يكون قبول

المشتري تبديلاً ضمنياً تبعياً، فحيثية الأصالة و التبعية الملحوظة في الايجاب و القبول مدلول عليها بهيئة المبادلة.

و من المعلوم قصور «التبديل» عن إفادة دخل هذه الحيثية في البيع، لما أفاده المحقق الاصفهاني - و يظهر بمراجعة اللغة - من أن التبديل مجرد جعل الشيء ذا بدلٍ ولو بتغيير هيئته كتغيير صورة الخاتم بالحلقة، و تغيير صورة الثوب بالرداء، و هذا لا ربط له بالبيع القائم بطرفين. قال في لسان العرب: «و تبديل الشيء تغييره و إن لم تأتِ ببدلٍ. و الأصل في التبديل: تغيير الشيء عن حاله. و الأصل في الإبدال: جعل شيء مكان شيء آخر... و باذل الرجل مبادلةً و بدلاً: أعطاه مثل ما أخذ منه...» أ.

و على هذا فالبيع و إن كان فعلاً البائع، لكن المفروض مسائمه بالغير و هو المشتري، و الدال على هذه الحيثية - مع الأصالة و التبعية - هي هيئة المفاعلة لا التبديل.

كما أنه تستفاد حيثية كون المبيع أصلاً و الثمن بدلاً من حرف الجر في «بمالٍ» فإنها للعوض، فتدل على مبدلية المال الأوّل و بدلية المال الثاني عنه. هذا لو لم يدل نفس هيئة المبادلة على لحاظ معوضيّة المبيع و عوضيّة الثمن، و إلا كان الدال على هذه الحيثية أمرين أحدهما هيئة المبادلة و ثانيهما حرف الجرّ.

و الحاصل: أنّ تعريف المصباح يتكفل الأمور المعتبرة في البيع من قيامه بطرفين، و كون إنشائه بيد البائع، و من ملاحظة المبيع أصلاً و الثمن بدلاً، كما ظهر قصور تعريفه بالتبديل عن إفادتها.

و لا فرق فيما ذكرناه - من أولوية المبادلة من التبديل - بين المصير الى ما هو المشهور بين علماء العربية من دلالة المفاعلة على نسبة المادة إلى أحد الطرفين أصالةً و إلى الآخر تبعاً،

## و الظاهر<sup>(١)</sup> إختصاص المعوّض

### إختصاص المبيع بالأعيان

(١) أي: الظاهر من إطلاق «البيع» إختصاصُ المعوّض بالعين، و مقصوده تصحيح تعريف المصباح و عدم كون مطلق مبادلة مال بمالٍ آخر بيعاً، بل البيع مبادلة عينٍ متمولة بمالٍ آخر، و يستفاد إعتبار عينية المبيع من نفس عنوان البيع، بحيث لو قال المتكلم: «بعثُ» استفيد منه نقل عينٍ، ولو قال: «بعثُ عيناً» كان تأكيداً لما دلّ عليه مادة البيع. ولو قال: «بعثُ كتاباً» كان ذكر المبيع لأجل تعيينه، لا لتوقف صحة إطلاق البيع على ذكره حتى يتوهم أعمية المفهوم من تمليك العين و المنفعة.

و الغرض من هذا البحث تحديد موضوع الأدلة المتكفلة لإمضاء البيع و أحكامه و شرائطه، مثل «البيعُ حلالٌ» و «وَجَبَ البيعُ» إذ يحتمل إرادة المعاوضة التي يكون العوضان عينين، كما يحتمل إرادة ما يكون المعوّض فيه عيناً سواء أكان العوض عيناً أم منفعةً أم حقاً قابلاً للنقل إلى الغير.

و توضيح ما أفاده المصنف رحمته: أن «المال» إما أن يختص بالأعيان ذوات المنافع كما تقدم عن ابن الأثير، و يترتب عليه إعتبار عينية كلا العوضين كما ذهب إليه الوحيد البهبهاني رحمته لعدم صدق المال على المنافع، و لا أقلّ من الشك فيه. و إمّا أن يعمّ المنافع كسكنى الدار و ركوب الدابة و خياطة الثوب. و على هذا الاحتمال الثاني يبتنى إستظهارُ

و بين ما اختاره نجم الأئمة في شرح الشافية من إنكار هذه الدلالة رأساً، و ظهورها في مجرد المشاركة في المبدأ. و ذلك لدلالة الباء الجارة على حيثية معوّضية المبيع و أصلته، و بدلية الثمن و عوضيته عنه.

المصنف رحمته إختصاص المعوض بالعين، لتصريحه بمجاوز وقوع المنفعة عوضاً في البيع، مع وضوح اعتبار المالية في كل من الثمن والمثمن.

ولأجل صدق المال على المنافع تصدّى لتمييز البيع - من ناحية المتعلق - عن الاجارة ونحوها من العقود المالية، و قال باعتبار كون المعوض عيناً.

وهذه الدعوى تتوقف على أمرين مسلمين:

أحدهما: أنّ المتبادر الى الأذهان في هذه الأعصار من «البيع» هو تملك العين لا مطلق

المال.

ثانيها: إحراز ذلك في عصر التشريع حتى يُحمل إطلاق «البيع» في الأدلة على تملك

خصوص العين، و عدم إطلاقه على تملك المنافع إلا بالمساحة.

و كلا الأمرين مسلمٌ. أما الأول فلوجهين: التبادر و صحة السلب، و هما من علائم

الحقيقة و المجاز. أما التبادر فلأنّ المنسب من إطلاق «البيع» و مشتقاته هو مبادلة عين

بمال، و يكفيه شاهداً تعريفه في كتب الفقهاء بذلك، و جلّهم من أهل اللسان. و أما

صحة السلب، فلاعترافهم بمجازية إستعمال البيع في تملك المنافع، كما إذا أنشأ

تمليك سكنى الدار بقوله: «بعتك سكنها سنةً بكذا» و هذا كاشف عن صحة سلب عنوان

«البيع» عن تملك غير الأعيان من الأموال، و عن مجازية إطلاق البيع على تملك غير

الأعيان.

و أما الثاني - أعني به إحراز كون معنى البيع في عصر التشريع تملك الأعيان -

فلأصالة عدم النقل المجارية في معاني اللغات عند الشك في الموضوع له سابقاً، و أنّه هل هو

المعنى المتبادر من اللفظ فعلاً أم أنّه نُقل المعنى الفعلي عن الوضع الأولي؟ فبناؤهم على

التمسك بأصالة عدم النقل لإثبات وحدة المعنى. و عليه يُجرز كون معنى «البيع» الوارد في

الأدلة الشرعية هو المنسب الى أذهاننا من تملك خصوص العين، لا كل ما يملك و إن لم يكن

عيناً.

هذا منشأ إستظهار المصنف **بَيِّنُهُ** إختصاص المعوض بالعين، وقد ظهرت المسامحة في تعريف الصباح، حيث أطلق كلمة «المال» ولم يُقَيِّده - في جانب المعوض - بالعين.

(١) قد تُطلق «العين» ويراد بها ما يقابل الكلّي، أي الأعيان الخارجيّة، وقد تُطلق ويراد بها ما يقابل المنفعة والحق، والمراد بها هنا المعنى الثاني، سواء أكانت موجودة بالفعل أم مما يمكن أن يوجد في المستقبل، فالعين في المقام هي ما إذا وُجدت خارجاً كانت جسماً، وفي قبالتها المنفعة التي هي غرض قائم بالعين، وحيثية فيها توجب بذل المال بازائها كسكنى الدار وخطاطة الثوب وبناء الدار ونحوها.

و الدليل على عموم «العين» للشخصية و الكلية و عدم إختصاصها بالجزئيات الخارجية هو تسالمهم على جواز كون المبيع كلياً في موارد:

الأول: بيع الكلّي في المعين، كصاع من صيعان صبرة الحنطة بدينار، فإنّ الصاع منتشر في الصبرة، و يتعين بعد البيع في مقام الوفاء بالعقد.

الثاني: بيع الكلّي المشاع، كبيع نصف الدار بمائة دينار، إذ لا تعين للنصف قبل الإفراز والتقسيم، و يتعين بالتقسيم.

الثالث: بيع الكلّي الدمي، و هو على أنحاء، فتارة يكون المبيع كلياً ثابتاً في ذمة غير البائع، كما إذا كان زيد مالكاً لمرء من الحنطة في ذمة عمرو، فيبيعه زيد من بكر، فتشتغل ذمة عمرو لبكر بعد ما كانت مشغولة لزيد. وأخرى يثبت الكلّي في ذمة البائع، إمّا بأنّ يُسَلِّم المبيع حالاً، كم إذا باع زيد متاً من الحنطة، الموصوفة بكذا من عمرو، و يُسَلِّمه بعد العقد. وإمّا بأنّ يُسَلِّم المبيع بعد مضيّ زمان، كما هو الحال في بيع السلف، كما إذا باع زيد في ذمة نفسه متاً من الحنطة على أن يُسَلِّمها بعد ستة أشهر مثلاً.

و صحة البيع في هذه الموارد كاشفة عن عدم إعتبار كون المبيع عيناً خارجية متشخصة، بل يكفي وجودها في المستقبل، ولو وُجد كان عيناً لا غرضاً لعين.

فلا يعم<sup>(١)</sup> إبدال المنافع بغيرها<sup>(٢)</sup>، و عليه<sup>(٣)</sup> إستقرّ إصطلاح الفقهاء<sup>(٤)</sup>.

(١) هذا متفرّع على إختصاص المبيع بالعين، يعني: أنّ إبدال المنافع وتملكها ليس بيعاً، بل هو إجارة، فتتمليك منفعة الدار - وهي سكناها مدّة عامٍ مثلاً سواء أكان العوض عيناً كالدينار و الكتاب، أم منفعةً كخياطة الثوب - ليس بيعاً، بل لا بد من إنشائه بما يدل على نقل المنفعة، مثل «آجرتك الدار، أو ملكتك سكناها، أو أكرمتك الدار» ولا يصحّ إنشاؤه بمثل «بعتك منفعة الدار أو سكناها مدّة عامٍ مثلاً» سواء أكان العوض عيناً كالدينار و الكتاب، أم منفعةً كخياطة الثوب، لعدم تعلّق البيع بما عدا العين. نعم لو قصّد الإجارة و قيل بصحة إنشاء العقود بالمجازات جاز ذلك، كما سيأتي بيانه في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(٢) أي: بغير المنافع، وهذا الغير هو العوض سواء أكان عيناً أم منفعةً أم حقاً.

(٣) يعني: إستقرّ إصطلاح الفقهاء على إختصاص الم عوض بالعين، حيث جعلوا البيع في قبال الاجارة، و قالوا: البيع لتمليك الأعيان، و الاجارة لتمليك المنافع. و المائز بينهما تعلق البيع بالعين، و الاجارة بالمنافع. و يترتب عليه أنه لو شكّ في صدق عنوان البيع على تمليك غير الأعيان كفى في عدم جواز التمسك بأدلة نفوذ البيع، لكون الشبهة مفهومية، فلا وجه لترتيب الأحكام المختصة به عليه.

(٤) كما يظهر بمراجعة كلماتهم في تعريف البيع، و سيأتي طائفة منها في المتن، و هي وإن اختلفت مضامينها من الانتقال و النقل و المقد الدال على الانتقال أو على النقل و غير ذلك، إلا أنّها تطابقت على أخذ «العين» و اعتبارها في المبيع، فمنها قول شيخ الطائفة رحمته: «إنّقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي»<sup>أ</sup> و إختاره ابن إدريس و العلامة في كثير من كتبه كالتذكرة و التحرير و القواعد و النهاية<sup>ب</sup>.

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ٧٦

ب: السرائر، ج ٢، ص ٢٤٠؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢؛ تحرير الأحكام، ج ١، ص ١٦٤؛

قواعد الأحكام، ص ٤٧؛ نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٧

نعم<sup>١</sup> ربما يستعمل في

و منها: قول ابن حمزة: «البيع عقد على إنتقال عين مملوكة أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدر على جهة [ وجه ] التراضي»<sup>أ</sup> و إختاره العلامة في المختلف<sup>ب</sup>.  
و منها: قول المحقق: «أما البيع فهو الإيجاب و القبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك إلى غيره بعوضٍ مقدر»<sup>ج</sup>.

و منها: قول المحقق الثاني: «نقل العين بالصيغة المخصوصة»<sup>د</sup>.  
و عليه فإختصاص «البيع» بتملك الأعيان كآته من المسلمات، و لعله لذا قال في الجواهر: «ثم لا خلاف و لا إشكال في إعتبار كون المبيع عيناً»<sup>هـ</sup>.  
نعم و ردّ تعريفه في بعض الكلمات بنقل الملك: كما في الشرائع و اللعة، إلا أن المراد بالملك هو العين لا ما يعمّ المنفعة، كما ستقف عليه في التعليقة.

#### استعمال البيع في نقل المنافع

(١) هذا إستدراك على ما نسبته الى الفقهاء من إعتبار كون المبيع عيناً. و حاصل الاستدراك: منع إختصاص البيع بكون المعوض عيناً، و منع إستقرار إصطلاح الفقهاء على إعتبار عينية المبيع، و ذلك لما يترأى من استعمال «البيع» في نقل المنافع و بعض الحقوق على حدّ استعماله في تملك الأعيان، و لا قرينة في ذلك الاستعمال حتى يدعى مجازيته. فالظاهر كون الجميع معنى حقيقياً للبيع، و معه لا وجه لدعوى إختصاص المعوض بالعين.  
و قد ورد إستعمال البيع في تملك ما عدا الأعيان في موضعين:

- أ: الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٧٤٠  
ب: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٦  
ج: المختصر النافع، ص ١١٨  
د: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٥  
ه: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٨



كلمات بعضهم في نقل غيرها<sup>(١)</sup>، بل<sup>(٢)</sup>

الأول: في كلام غير واحد من الفقهاء كالشيخ والإسكافي، والثاني في عدة نصوص.  
أما الأول فقد عبر شيخ الطائفة رحمته عن تملك منفعة العبد المدبر بالبيع، فقال في  
المبسوط في مسألة «عدم جواز بيع رقبة العبد المدبر إلا إذا أراد نقض تديره» ما لفظه: «لأن  
عندنا يصح بيع خدمته دون رقبته مدة حياته»<sup>أ</sup>. وقال في النهاية - في بطلان بيع رقبته: - «إلا  
أن يعلم المتبايع أنه يبيعه خدمته»<sup>ب</sup>.

وحكي نحو ذلك عن ابن الجنيدي، من أنه «تبايع خدمته مدة حياة السيد»<sup>ج</sup>.  
وأما الثاني، فقد إستعمل «البيع» في روايات متعددة وأريد منه نقل غير العين، كما  
سنذكرها إن شاء الله تعالى.

(١) أي: تملك غير الأعيان، وهذا الغير هو المنفعة وبعض الحقوق.  
(٢) هذا إشارة الى الموضوع الثاني - وهو استعمال البيع في النصوص في إبدال غير  
الأعيان - والأتیان بأداة الإضراب لأجل التنبيه على أن استعمال البيع في كلام بعض الفقهاء  
في إبدال المنافع يمكن توجيهه بكونه مسامحياً غير منافٍ لاستقرار ظهور اللفظ في تملك  
الأعيان خاصة، إذ التنافي يترتب على إشتراك المادة لفظاً بتعدد الوضع، أو معنى بالوضع لجامع  
نقل الملك، وأما إذا كان اللفظ حقيقة في حصّة من طبيعي النقل ومجازاً في حصّة أخرى منه  
بمعونة القرينة لم يكن بأس بكلا الاستعمالين.

وهذا التوجيه - لو تم - لا يجري بالنسبة إلى استعمال «البيع» في الكتاب والسنة في غير  
نقل العين مجرداً عن قرينة المجاز، ضرورة وروده في الأخبار في نقل الأعيان والمنافع وبعض  
الحقوق بوزان واحد. ومع ذلك يشكل ما استظهره المصنف رحمته من إختصاص المعوض بالعين  
وإستقرار الاصطلاح الفقهي عليه.

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٦، ص ١٧

ب: النهاية، ص ٥٥٢

ج: الحاكي هو الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٣٣

يظهر ذلك<sup>(١)</sup> من كثير من الأخبار، كالحبر<sup>(٢)</sup> الدال على جواز بيع خدمة العبد المدبر<sup>(٣)</sup>، وبيع<sup>(٤)</sup> سكنى الدار التي لا يُعلم صاحبها.

(١) أي: إستعمال البيع في إبدال المنافع.

(٢) المراد به الجنس لا الواحد الشخصي، لتعدد الأخبار الدالة على جواز بيع خدمة العبد المدبر، وهو المملوك المعلق عتقه على موت مولاه.

(٣) كصحيح أبي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «سئل عن رجل يُعتق جاريته عن ذبر، أبطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياتها؟ فقال: أي ذلك شاء فقل». أ. والشاهد في تقرير الامام عليه السلام لسؤال الراوي من إطلاق البيع على تملك خدمة الأمة و عملها، ولا قرينة في الكلام على مجازية هذا الإطلاق.

و نحوه خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام، قال: «باع رسول الله ﷺ خدمة المدبر، ولم يبيع رقبته». و نحوه ما غيرهما. والتقريب كما تقدم آنفاً.

(٤) معطوف على «بيع خدمة» وهذا إشارة إلى المورد الثاني من موارد إستعمال البيع في الأخبار في تملك غير الأعيان، ولا قرينة على مجازية الاستعمال، كمعتبرة إسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام، قال: «سألته عن رجل في يده دارٌ ليست له، ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضي من آبائه أنها ليست لهم، ولا يدرون لمن هي، فيبيعهما يأخذ ثمنها؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنه يجيء لها ربُّ أبداً؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنائها أو مكانها في يده، فيقول: أبيعك سكنائي، وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم، يبيعهما على هذا». ح.

ودلالاتها على المدعى أوضح مما تقدم، لإطلاق الامام عليه السلام على تملك السكنى

أ: وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٧٤، الباب ٣ من أبواب التدبير، الحديث: ١

ب: المصدر، الحديث: ٤

ج: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٥٠، كتاب البيع، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث: ٥

وكأخبار<sup>١</sup> بيع الأرض الخراجية و شرائها.

بعد كراهته عليه السلام بيع الرقبة، ولا قرينة في الكلام على كون الإطلاق بالعناية والمساحة.  
 (١) معطوف على «كالخبر الدال ...» وهذا إشارة الى المورد الثالث مما استعمل فيه  
 البيع في إبدال غير الأعيان، كاستعماله في نقل حقه من الأرض الخراجية، كما في خبر أبي بردة  
 بن رجاء، قال: «قلت: لأبي عبدالله عليه السلام: كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: ومن يبيع  
 ذلك؟ هي أرض المسلمين. قال: قلت: يبيعهما الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين  
 ماذا؟ ثم قال: لا بأس، إشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها  
 وأملئ بخراجهم منه»<sup>أ</sup>.

و تقريب الاستدلال: أن الامام عليه السلام أفاد في جواب السائل حكيمين، أحدهما: النهي  
 عن بيع رقبة الأرض، لكونها ملكاً لكافة المسلمين، وليس لأحد منهم أن يبيعهما.  
 ثانيهما: جواز بيع الحق و شرائه، لقوله عليه السلام: «لا بأس، إشتري حقه منها» والمراد  
 بالحق هو ماله من جواز التصرف، دون ملكية رقبة الأرض، قال شيخ الطائفة عليه السلام: «إن أهل  
 الذمة لا يخلو ما في أيديهم من الأرضين من أن يكون فتحت عنوة أو صلحوها عليه؛ فإن كانت  
 مفتوحة عنوة فهي أرض المسلمين قاطبة، ولهم أن يبيعوها إذا كانت في أيديهم بحق التصرف،  
 دون أصل الملك، ويكون على المشتري ما كان عليهم من الخراج كما كانت خبير مع اليهود،  
 وإن كانت أرضاً صلحوها عليها فهي أرض الجزية يجوز شراؤها منهم إذا إنتقل ما  
 عليها إلى جزية رؤوسهم، أو يقبل عليها المشتري ما كانوا قبلوه من الصلح، وتكون الأرض  
 ملكاً يصلح التصرف فيه على كل حال»<sup>ب</sup>.

و على هذا فلما كانت ولاية التصرف من منافع الأرض الخراجية وهي مما يُبذل المال  
 بازائها صحّ المعاوضة عليها بتفويض حق الانتفاع الى الغير. وهذا يثبت إستعمال البيع

أ: وسائل الشيعة، ج ١١، ص ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث: ١، ونحوه أخبار أخر

وردت في ج ١٢، ص ٢٧٤ و ٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع.

ب: الاستبصار، ج ٣، ص ١١١

والشراء في إبدال المنافع والحقوق، وعدم إختصاص إستعماله بما كان المعوض عيناً.  
 هذا ما أشار إليه المصنف عليه السلام من الموارد الثلاثة، وكذا ورد إطلاق البيع والشراء على  
 غير تملك العين، في مواضع أخرى:

منها: جواز نظر مُريد التزويج إلى وجه المرأة ومحاسنها، كما في معتبرة محمد بن مسلم،  
 قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجلٍ يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها؟ قال: نعم، إنَّما  
 يشتريها بأغلى الثمن»<sup>أ</sup>.

ودلالتهما على المدعى ظاهرة، إذ ليس المقصود شراء الرقية، بل إستيفاء منفعة خاصة،  
 فأطلق الشراء - المقابل للبيع - على بذل المال بازاء التمتع الخاص.

ومنها: جواز أخذ الزوجة مالا على إسقاط حقِّ القسم، كما في معتبرة علي بن جعفر  
 عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن رجلٍ له امرأتان، قالت إحداهما: ليلتي و  
 يومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها  
 فلا بأس»<sup>ب</sup>.

وهي كالرواية السابقة في إطلاق الشراء على نقل غير العين، كرفع اليد عن حقِّ  
 القسم.

والحاصل: أن شيوع إستعمال البيع والشراء في الأخبار في غير تملك الأعيان مانع  
 عن إستقرار ظهور «البيع» في الأدلة المتكفلة لأحكامه - كأدلة خيار المجلس - في خصوص  
 مبادلة الأعيان، بل مقتضى القاعدة تعميم المعوض لطلق ما يبذل بازائه المال عيناً كان أو  
 منفعةً أو حقاً.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩، الباب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الحديث: ١

ب: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٨٥، الباب ٦ من أبواب القسم و النشوز، الحديث: ٢

و الظاهر<sup>(١)</sup> أنها مسامحة في التعبير، كما<sup>(٢)</sup> أن لفظ الإجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان

(١) غرضه **يُبيِّنُ** منع الإستدراك المتقدم بقوله: «نعم ربما يستعمل ...» و توجيه إستعمال البيع في الروايات و كلمات بعض الفقهاء في إبدال غير الأعيان. و محصل التوجيه: أن التناهي بين ما ذكرناه من إختصاص البيع بنقل العين و بين إستعماله في الكلمات في الأعم من ذلك مبنى على كونه حقيقياً في كلا المقامين، لصيرورة «البيع» مشتركاً بين معنيين أحدهما أخص و هو ما يعتبر فيه عينية المعوض، و ثانيها أعم و هو كفاية كونه مالاً سواء أكان عيناً أم منفعة أم حقاً، و نتيجة الاشتراك إجمال موضوع الأدلة، لدورانه بين الخاص و العام.

لكنك عرفت أنفاً أمارية التبادر و صحة السلب على كون البيع حقيقة في خصوص مبادلة الأعيان بعوض، و هو الذي إستقرّ عليه إصطلاح الفقهاء، كاستقرار إصطلاحهم على إختصاص الإجارة بنقل المنافع بعوض. و على هذا يكون إستعمال البيع في غير تملك الأعيان مسامحياً، كالمسامحة في إطلاق «الإجارة» في بعض الأخبار على تملك العين. و عليه يتعين حمل «البيع» في الأدلة على معناه الحقيقي، إلا مع قيام قرينة على إرادة المعنى المجازي. و بالجملة: لا منافاة بين الاصطلاح المزبور و بين إستعمال البيع في نقل غير العين، إذ المفروض كون الاستعمال المذكور مبنياً على العناية و المسامحة، و هو غير قادح في حمل «البيع» على نقل الأعيان خاصة.

(٢) غرضه إقامة الشاهد على أن الإستعمال المسامحي غير قادح فيما استقرّ عليه الإصطلاح، و حاصله: أن البيع الموضوع لنقل العين كما يستعمل مجازاً في نقل المنفعة، كذلك الإجارة - التي إستقرّ إصطلاح الفقهاء على كونها حقيقة في نقل المنفعة - قد تستعمل مجازاً في «تبديل العين بعوض» الذي هو معنى حقيقي للبيع، و لما كان الاستعمال في المقامين مبنياً على العناية و المسامحة، لم يلزم إجمال في أدلة كلا البابين، فيحمل «البيع» بدون القرينة على تملك العين، و الاجارة كذلك على تملك المنفعة مع بقاء العين على ملك الموجر.

## كالثمره على الشجرة<sup>(١)</sup>.

(١) مقصوده يُرَى أَنْ الْإِجَارَةَ تَطْلُقُ مَسَامِحَةً عَلَى نَقْلِ الثَّمَرَةِ حَالِ كَوْنِهَا عَلَى الشَّجَرَةِ. مَعَ أَنَّ الثَّمَرَ عَيْنٌ. فَلَا يَدْرُغُ مِنْ نَقْلِهَا بِالْبَيْعِ لَا بِالْإِجَارَةِ. فَإِنَّ مَقْتَضَى الْمَقَابِلَةِ لِلْبَيْعِ هُوَ إِرَادَةُ إِطْلَاقِ لَفْظِ الْإِجَارَةِ عَلَى نَقْلِ الْعَيْنِ. كإِطْلَاقِ لَفْظِ الْبَيْعِ عَلَى نَقْلِ الْمَنْفَعَةِ فِي رَوَايَاتِ بَيْعِ خِدْمَةِ الْعَبْدِ الْمُدَبَّرِ وَبَيْعِ سَكْنَى الدَّارِ الْمَجْهُولِ مَالِكِهَا وَبَيْعِ الْأَرْضِ الْخُرَاجِيَةِ. وَ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْ إِسْتِعْمَالِ الْإِجَارَةِ فِي تَمْلِيكِ الْعَيْنِ إِجَارَةَ الشَّجَرَةِ لِلانْتِفَاعِ بِثَمَرَتِهَا أَوْ إِجَارَةَ الدَّارِ لِلانْتِفَاعِ بِسَكْنَاهَا. وَ ذَلِكَ لِوُضُوحِ كَوْنِ الْمَقْصُودِ تَمْلِيكَ مَنْفَعَةِ الشَّجَرَةِ وَ الدَّارِ. وَ هَذَا هُوَ مُورِدُ الْإِجَارَةِ.

وَ كَيْفَ كَانَ فَقَدْ وَرَدَ إِسْتِعْمَالُ الْإِجَارَةِ - مَسَامِحَةً - فِي تَمْلِيكِ الْعَيْنِ فِي مَعْتَبَرَةِ عِبِيدِ اللَّهِ الْحَلْبِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ. قَالَ: «تَقْبَلُ الثَّمَارَ إِذَا تَبَيَّنَ لَكَ بَعْضُ سَهْمِهَا سَنَةً. وَ إِنْ شَتَّتَ أَكْثَرَ. وَ إِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ لَكَ ثَمَرُهَا فَلَا تَسْتَأْجِرُ» أ. وَ الشَّاهِدُ إِتْمَانُ هُوَ فِي إِسْتِعْمَالِ الْإِجَارَةِ فِي تَمْلِيكِ الْعَيْنِ. إِذِ الْمُرَادُ بِالتَّجَبُّلِ بَقْرِيْنَةَ الذَّيْلِ - أَعْنَى بِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فَلَا تَسْتَأْجِرُ - هُوَ الْإِجَارَةُ. فَحَصَلَ مَعْنَى الرَّوَايَةِ - وَ اللَّهِ الْعَالِمُ - هُوَ: أَنَّ الثَّمَارَ إِذَا ظَهَرَ بَعْضُهَا جَازَ بِسَهْمِهَا سَنَةً أَوْ أَزِيدَ. وَ إِنْ لَمْ تَظْهَرْ - وَ لَوْ بَعْضُهَا - لَمْ يَجِزْ بِسَهْمِهَا. وَ قَدْ عَبَّرَ بِالْإِجَارَةِ عَنِ نَقْلِ الْعَيْنِ مَسَامِحَةً. هَذَا (\*).

(\*) وَ عَلَى هَذَا فَلَا وَجْهَ لِلشَّكَاكِ عَلَى الْمَتْنِ «بِعَدَمِ الْعُتُورِ عَلَى إِطْلَاقِ الْإِجَارَةِ عَلَى نَقْلِ الثَّمَرَةِ. لَا فِي الْأَخْبَارِ وَ لَا فِي كَلِمَاتِ الْفُقَهَاءِ»<sup>ب</sup> وَ ذَلِكَ لِكِفَايَةِ رَوَايَةِ الْحَلْبِيِّ لِإثْبَاتِ مَا أَفَادَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ إِسْتِعْمَالِ الْإِجَارَةِ فِي نَقْلِ الْعَيْنِ مَسَامِحَةً.

ثُمَّ إِنَّ لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَلَاماً فِي الْحَاشِيَةِ وَ الْعُرُودِ يَنْبَغِي التَّعْرُضُ لَهُ. قَالَ فِي حَاشِيَتِهِ عَلَى الْمَتْنِ: «الظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ إِذَا أَجَرَ الشَّجَرَةَ لِثَمَرَتِهَا قَبْلَ وَجُودِهَا. لَا بَعْدَهَا. فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِجَارَةُ حِينَئِذٍ. وَ لَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ أَيْضاً لَفْظُهَا لَوْ مَلَكَهَا بِعَنْوَانِ الْبَيْعِ مِثْلاً. وَ أَمَّا الْأَوَّلُ فَصَحِيحٌ. وَ لَا يَصْرُحُ كَوْنُهُ نَقْلاً لِلْعَيْنِ. لِأَنَّهَا تُعَدُّ مَنْفَعَةً لِلشَّجَرِ عَرَفَاءً. كَمَا فِي إِجَارَةِ الْحَمَامِ الْمَسْتَلْرَمِ لِإِهْرَاقِ الْمَاءِ.

أ: وسائل الشيعة. ج ١٣. ص ٨٠. الباب ٢ من أبواب بيع الثمار. الحديث: ٤

ب: محاضرات في الفقه الجعفري. ج ٢. ص ١٥

وإجارة الشاة للبينها، وإجارة المرضعة كذلك، فإنَّ الإجارة في جميع ذلك صحيحة<sup>أ</sup>.  
 و قال في إجارة العروة: «يجوز إستيجار المرنة للإرضاع، بل للرضاع بمعنى الانتفاع  
 بلبنها - وإن لم يكن منها فعل - مدة معيّنة... الخ»<sup>ب</sup>.  
 و قال فيها أيضاً: «يجوز إستيجار الشاة للبينها، و الأشجار للانتفاع بأثمارها، و الآبار  
 للإستقاء، و نحو ذلك، و لا يضر كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، لأنَّ المناطق في المنفعة هو  
 العرف، و عندهم يُعدّ اللبنُ منفعةً للشاة، و الثمرُ منفعةً للشجر، و هكذا. و لذا قلنا بصحة  
 إستيجار المرأة للرضاع و إن لم يكن منها فعلٌ بأن إنتفع بلبنها في حال نومها، أو بوضع الولد في  
 حجرها، و جعل ثديها في فم الولد من دون مباشرتها لذلك، فما عن بعض العلماء من إشكال  
 الإجارة في المذكورات - لأنَّ الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، و هو خلاف وضع الإجارة -  
 لا وجه له<sup>ج</sup>.

**أقول:** فيما أفاده <sup>ب</sup>مواقع للنظر:

**منها:** قوله في الحاشية: «الظاهر أن المراد إذا أجر الشجر لثمرتها...» إذ فيه: أن مراد  
 الشيخ الأعظم - كما تقدم في التوضيح - هو إطلاق لفظ الإجارة على نقل نفس الثمرة، لا إطلاقها  
 على الشجرة لملكية ثمرتها كما هو صريح كلام السيد في الحاشية، فليس هذا بياناً لمقصود  
 الشيخ، مع أن ظاهره بيان مراده و توضيح مرامه.

**ومنها:** قوله: «لأنها تعدّ منفعة... الخ» إذ فيه: أن للمنفعة إطلاقين:

أحدهما: ما يتولّد و يتكوّن من شيء، كاللبن و الثمرة المتولدين من الشاة و الشجر،  
 و نحو ذلك من موارد التولّد.

أ: حاشية المكاسب، ص ٥٤

ب: العروة الوثقى، كتاب الإجارة، الفصل السادس، المسألة السابعة، ص ٦١٨ من العروة المحشاة المطبوعة  
 في مجلدين.

ج: المصدر، ص ٦٢٠، المسألة ١٢ من الفصل السادس.

ثانيهما: ما يقابل العين من الحيثية القائمة بها التي تُستوفى تارة ولا تُستوفى أخرى، كالسكنى القائمة بالدار، والإستغلال القائم بالأشجار، والتزهُء القائم بالبستان، ونحو ذلك من الحيثيات القائمة بالأعيان.

ولا ينبغي الإشكال في تعلق الإجارة بالمنفعة بهذا المعنى، وإلا لكانت جُلُّ الأعيان - بل كلها - منافع، وجازت إجارة الحيوانات لتملُّك نتاجها، والجارية لتملك ولدها، ضرورة كونها منافع لأمتها، لتولدها منها، فإن الولد واللبن والتمر والسُخال ونحوها - ممَّا يتكوَّن من الأعيان - أعيانٌ في أنفسها ومنافع لغيرها، فالبيع الذي هو تملك الأعيان يوجب نقلها، والإجارة التي هي تملك المنافع توجب نقل الحيثيات القائمة بها، فكما لا يصح تملك الدار والدكان بلفظ الإجارة فكذلك لا يصح تملك التمرة واللبن ونحوهما ممَّا يتكوَّن من الأعيان بلفظ الإجارة.

**ومنها:** قوله: «كما في إجارة الحمام المستلزم لإهراق الماء» إذ فيه: أن ظاهره كون الماء منفعَةً للحمام، كاللبن والتمر اللذين هما منفعتا الشاة والشجرة. وهو كما ترى، لعدم صدق المنفعة - بشيءٍ من معنيها المتقدمين - على الماء. أمَّا معناها الأول فواضح، لعدم تكوُّن الماء من الحمام ليكون كاللبن المتكوَّن من الشاة.

وأمَّا معناها الثاني فلعدم كون الماء عَرَضاً قائماً بالحمام وحيثيةً عارضةً له، كسائر منافع الأعيان التي هي أعراض قائمة بمعروضاتها. بل الماء جوهر قائم بنفسه، وليس عَرَضاً متقوماً بغيره، فلا يعدُّ منفعَةً للحمام، فجعل ماء الحمام كلبن الشاة وتمر الشجرة في غير محله، لصدق المنفعة بمعناها الأول عليهما، بخلاف ماء الحمام، فإنه لا يصدق عليه المنفعة بشيءٍ من معنيها، هذا.

**ومنها:** قوله: «فإن الإجارة في جميع ذلك صحيحة» إذ فيه: أن ظاهره التسالم أو الشهرة على صحة الإجارة في الجميع، مع عدم كونه كذلك، إذ المشهور - كما قيل - المنع عن إجارة الشاة للبهن. وفي إجارة الشجرة للتمر قيل بعدم الخلاف في فسادها. وفي إستيجار البشر



للإستقاء قد حُكي أن العلامة في القواعد و موضع من التذكرة، و المحقق الثاني في جامع المقاصد إختار المنع.

**و منها:** قوله: «بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها و إن لم يكن منها فعل . . .» إذ فيه: أن الانتفاع تارة يكون بنحو الإرتضاع، فتصير المرأة كالدار و غيرها من الأعيان ذوات المنافع، في مقابل الإرضاع، الذي تكون الإجارة له كإجارة العامل للعمل. و أخرى لا يكون بنحو الارتضاع، بأن يحلب في إناء ليشربه الطفل، كحلب لبن البقر و الشاة في إناء ليشرب. و الإجارة صحيحة في الأولي دون الثانية، لكون اللبن بعد الحلب كالخيز و غيره من الأعيان التي لا يجوز إستيجارها، لتلفها بالانتفاع بها، فلا يجوز إجارة الخبز للأكل، و اللبن للشرب، و الحطب و الشمع للإشعال.

و عليه فلا بد من تقييد الانتفاع باللبن بأن يكون بنحو الارتضاع كما هو الحال في التقام الطفل ثدي المرأة و إمتصاصه، الذي هو إستيفاء لمنفعة المرأة مع بقاء عينها، كاستيفاء سكني الدار مع بقائها على حالها. فمجرد إطلاق الانتفاع باللبن لا يُصحح الإجارة، لصدق التبعية للعين على اللبن مادام في الثدي، و كونه منفعة لها، و عدم صدقها على اللبن المحلوب في الإناء، و كذا على الثمرة المقطفة من الشجرة، مع أن الإجارة تتعلق بالعين ذات المنفعة، و لا بد من بقاء العين التي تعلقت الإجارة بها، و عدم تلفها بالاستيفاء.

و لعل ما عن جامع المقاصد - من تعليل بطلان الإجارة للرضاع «بأن الإجارة مشروعة لنقل المنافع لا الأعيان، و اللبن من الثانية» بل قيل: أنه يظهر من محكي التذكرة: «الاجماع على الفساد فيه، و أنه يتم على قول المخالفين من أن الإجارة قد تكون لنقل الأعيان» - ناظر إلى اللبن المنفصل عنها بالحلب في إناء ثم شرب الطفل منه، لا إلى صورة إمتصاص المرضع ثدي المرضعة، لصدق تبعية اللبن للمرأة، فلا مانع من إستيجار المرأة لذلك، لأنها حينئذ بمنزلة الدار و نحوها من الأعيان ذوات المنافع، و لذا يكون الإرتضاع مغايراً حكماً لشرب لبن المرأة من الإناء، لانتشار الحرمة بالأول دون الثاني. و لو كانت الشاة كذلك جاز إستيجارها للإنتفاع بها

بامتصاص ثديها.

**وبالجملة:** الانتفاع بالعين المستأجرة إن لم يكن مُتْلِفاً لنفس تلك العين جاز الاستيجار له وإن استلزم الانتفاع بها إتلاف عينٍ أُخرى، كالاتيجار على الخياطة المنوطة بإتلاف الخيط، و الاستيجار على إيجاد السرير أو الباب أو غيرهما مما يتوقف العمل على إتلاف عين من الخشب و المسمار، و نحو ذلك.

### تحقيق إختصاص المبيع بالأعيان

ثم إن تحقيق ما في المتن من إختصاص المعروض بالعين يستدعي بسط الكلام في مقامين، أحدهما: في أصل اعتبار عينية المبيع، و ثانيهما في عدم الفرق بين الأعيان الشخصية و الكلّية.

**أما المقام الأول،** فمحصّله: أنه لا ريب في اعتبار عينية المبيع عند المشهور، كما يشهد به تعريفهم للبيع بنقل العين و نحوه، بل لا يبعد دعوى تسالمهم عليه. و الظاهر تقوّم صدقه العرفي بذلك، بمعنى عدم إطلاق «البيع» على تملك غير العين إلا بالعناية و المسامحة، فيكون أخذها في التعريف ناظراً الى دخلها في المفهوم العرفي الموضوع لأحكام خاصة، لا للتعبد الشرعي، خصوصاً مع ما تقدم عن ابن الأثير من عدم إطلاق المال على غير الأعيان المتمولة. لكن أنكر المحقق الايرواني رحمته ذلك، و ادعى القطع بصدق البيع على إبدال المنافع و غيرها، و أنّ معناه نقل متعلق السلطان عيناً كان أو منفعةً أو حقاً، و لأجله جاز للانسان أن يبيع نفسه لولا التعبد الشرعي على المنع، و أن يبيع منفعته و عملّه، كما جاز أن يشتري نفسه إذا كان مملوكاً للغير<sup>أ</sup>.

و تظهر ثمرة النزاع في إنشاء تملك المنافع بعنوان البيع، كأن يقول: «بعتك سكنى الدار بكذا» فبناء على المشهور لا يتعقد بيعاً، و لا تجري فيه أحكامه المختصة به كخيار المجلس.

وصحته بعنوان الاجارة منوطة بدلالة البيع على نقل المنفعة، وعلى جواز إنشاء العقود اللازمة بالكناية والمجاز كما سيأتي تفصيله في بحث ألفاظ العقود إن شاء الله تعالى. وبناءً على مختار المحقق الايرواني رحمته يصح الانشاء المزبور بعنوان البيع، لصدق «نقل متعلق السلطان بعوض» عليه.

ولما كان «البيع» موضوعاً لأحكام خاصة تعين تحديده و تمييزه عن سائر العناوين المعاملية، فنقول وبه نستعين:

قد أُستدِلُّ للمشهور بالتبادر عند أهل اللسان، وصحة سلب العنوان عن تملك ما عدا الأعيان، بضميمة أصالة عدم النقل عن معناه العرفي. ومما اشتهر بين الفقهاء جعل الفارق بين البيع والاجارة كونَ الأول تملك الأعيان، والثاني تملك المنافع.

ويمكن إستظهار هذا المعنى من كلماتهم في بابي البيع والاجارة، أمّا في البيع فلما تقدّم في التوضيح من تعريفه بنقل العين أو بانتقالها أو بالعقد الدال على النقل أو على الانتقال، مضافاً إلى تصريح بعضهم كالعلامة بعدم إنعقاده على المنافع. وإشتهارُ المعنى بين الأصحاب من عصر شيخ الطائفة الى المتأخرين كافٍ لإثبات معناه العرفي، ولا يقلّ عن إخبار اللغوي بما استعمل فيه اللفظ. ولعله لهذا نفى صاحبُ الجواهر رحمته الخلاف في المسألة، بل إدعى الاجماع صريحاً الشيخ الفقيه كاشف الغطاء في شرحه على القواعد معلّقاً على قول العلامة «فلا ينعقد على المنافع» بما لفظه: «للأصل، مع القطع بعدم صدق الإسم، لما مرّ، أو الشك فيه، وللإجماع».

و أما في الإجارة فيكفي تصريح العلامة بذلك، حيث قال: «الإجارة عقدٌ يتعلّق بنقل المنافع، وليست بيعاً عندنا. وقال الشافعي وأحمد: الإجارة نوع من البيع، لأنها تملك من كل واحد منهما لصاحبه... وهو غلط، لأنّ البيع مختص بنقل الأعيان. إذا ثبت هذا فلو قال في الإيجاب: بعتك منفعةً هذه الدار شهراً بكذا، لم يصح عندنا، لما بيّننا من إختصاص لفظ البيع

بنقل الأعيان<sup>أ</sup>. وكلمة «عندنا» لا تخلو من ظهور في الاجماع بل هي من ألفاظه. ولا وجه للجدشة فيه بأنه إجماع منقول لا يعتمد عليه، إذ المقصود إستكشاف معنى اللفظ عند أهل اللسان، ومثله يثبت بدعوى الاتفاق على مدلول اللفظ.

**فإن قلت:** لم يثبت الاتفاق على إختصاص البيع بتملك الأعيان، بل ثبت الخلاف فيه كما يظهر من كلام بعضهم في البيع والاجارة. أما في البيع فقد عرّفه المحقّق في الشرائع بأنه «العقد الدال على نقل الملك»<sup>ب</sup>، وتبعه في ذلك جماعة من أساطين الفقه كالمحقّق الثاني والشهيد والفاضل السبزواري، والفاضل التراقي<sup>ج</sup>. وحيث إنّ الملك أعم من العين، فدعوى إختصاصه بالعين كما ترى.

و أما في كتاب الإجارة فقد تردّد المحقّق في إنشاء الاجارة بلفظ البيع ولم يحكم ببطلانه، قال: «ولو قال: بعتك هذه الدار ونوى الاجارة لم يصح، وكذا لو قال بعتك سكتاها، لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان. وفيه تردّد»<sup>د</sup>. كما تردّد الشهيد أيضاً في المسألة، ومعه لا سبيل لاستكشاف مدلول اللفظ بالاتفاق، بعد وقوع الخلاف فيه بين الفقهاء.

**قلت:** كلمات هؤلاء الأجلّة - في الموضوعين - غير قادحة في دعوى الاجماع على إختصاص البيع بتملك الأعيان، وإطلاقه على نقل المنافع مجازاً. أمّا تعريف البيع بنقل الملك فلا يدلّ على صدق البيع على تملك المنفعة حقيقة، لكون مرادهم بالملك العين لا ما يعمّ المنفعة، فالمحقّق عرّف البيع في المختصر النافع «بالعقد الناقل للعين المملوكة»<sup>هـ</sup>.

أ : تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٩١

ب: شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٧

ج : لاحظ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٥؛ الروضة البهية في شرح اللمعة، ج ٣، ص ٢٢١؛ كفاية الأحكام،

ص ٨٨، مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٦٠

د : شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٤٠؛ الروضة البهية في شرح اللمعة، ج ٤، ص ٣٢٨

هـ : المختصر النافع، ص ١١٨

والمحقق الثاني صرح بمجازية البيع في تملك المنفعة<sup>أ</sup> كما سيأتي نقل كلامه. و الشهيد عزفه في الدروس بأنه «نقل العين»<sup>ب</sup>، و صرح في رهنه أيضاً «ببطلان رهن المنفعة، لعدم إمكان بيعها»<sup>ج</sup>، و الفاضل التراقي اعتبر في شرائط العوضين «أن يكونا عينين، فلو كانا منفعة كسكنى الدار مدة لم ينعد للاجماع»<sup>د</sup>.

و لأجل تسالمهم على الاختصاص و عدم كون المسألة خلافية أورد الشهيد الثاني في المسالك على تعريف المحقق بما لفظه: «أن الملك يشمل الأعيان و المنافع، فيستتص في طرده أيضاً بالإجارة، فإن عقدها أيضاً لفظ دال على نقل الملك - و هو المنفعة - بعوض معلوم»<sup>هـ</sup> و بمثله أورد في الروضة على تعريف الشهيد في اللعة.

و عليه فما ذكروه في تعريف البيع بنقل الملك لا ينافي تسالمهم على اعتبار عينية المبيع.

و أما ما ذكروه في الاجارة من التردد في بطلان إنشائها ببيع السكنى فلا يصادم الاختصاص المزبور، و ذلك لعدم كون منشأ التردد احتمالاً لإطلاق البيع على نقل الملك عيناً أو منفعة، بل منشؤه الاختلاف في إعتبر الصراحة و الظهور الوضعي في ألفاظ العقود مطلقاً أو خصوص اللازمة منها، و عدم تحققها بالمجاز و الكناية و المشترك. و يشهد له بيان الشهيد الثاني في المنع عن إنشاء الاجارة بلفظ العارية، حيث قال: «و لا يخفى أن التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة»<sup>و</sup>.

أ : جامع المقاصد، ج ٧، ص ٨٣

ب : الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩١

ج : المصدر، ص ٣٨٧

د : مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٧١

هـ : مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٤٦

و : مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٧٣

و قال في الجواهر في جواز إنشاء البيع بلفظ السلم: «قولان أشبههما العدم، لأنه مجاز في مطلق البيع، و العقود اللازمة لاتعقد بالمجازات كما صرحوا به»<sup>أ</sup>. و قال المحقق الثاني: «و اذا قال: بعثك سكتها سنة فقد تجوز في السنة، فإن السكتى لايقع عليها البيع إلا مجازاً»<sup>ب</sup>. و الحاصل: أن إختصاص البيع عندهم بنقل الأعيان و مجازيته في نقل المنافع من الواضحات. و مقصودهم بيان المتفاهم العرفي بما أنهم من أهل اللسان، و لذا استند بعضهم إلى التبادر، و عليه فلا وجه لإشكال بعض الأعظم على الاستناد إلى كلمات الأصحاب «بأن غرضهم بيان موضوع الأثر شرعاً، مع أن الكلام في تحديد المعنى عرفاً» و ذلك لأن الاستشهاد بكلماتهم ناظرٌ إلى كونهم من أهل اللسان، لا إلى كونهم فقهاء حتى يكونوا بصدد بيان المعنى الشرعي. بل صرح بعضهم بأن المعرف هو المعنى العرفي لكونه المتبادر من اللفظ عند الاطلاق. و احتمال إستناده الى القران لا إلى حاقُ اللفظ مندفعُ بأن الحجة على الوضع عندهم أحد أمرين، تنصيص الواضع، و إنسباق المعنى الى الذهن عند سماع اللفظ مجرداً عن القرينة. و قد تحصل مما ذكرناه: أن مستند الفقهاء في أخذ العين في البيع هو التبادر عند أهل اللسان، و ليس الغرض تحديد ما هو موضوع الأثر شرعاً، بل تحديد معناه العرفي. هذا ما يتعلق بالقول المشهور.

**وأما القول الثاني** - و هو عدم إعتبار عينية المبيع - كما اختاره المحقق الايرواني و غيره فيستدل له باطلاق البيع في الاستعمالات الفصيحة على غير نقل الأعيان بلا قرينة، كما في مثل قوله تعالى: ﴿ أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى ﴾<sup>ج</sup>. فإن المقابلة بين البيع و الشراء تقتضي كون المبيع هي الهداية التي ليست من سنخ الأعيان و المنافع التي يبذل بازاؤها المال.

أ: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٨

ب: جامع المقاصد، ج ٧، ص ٨٣

ج: معارج الاصول، ص ٥٠ للمحقق الحلي.

د: البقرة، الآية: ١٦

و قوله تعالى: ﴿ و لبس ما شروا به أنفسهم لو كانوا يعلمون ﴾<sup>أ</sup>.  
 و قوله تعالى: ﴿ و لا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً ﴾<sup>ب</sup> و غير ذلك من الآيات التي أطلق فيها  
 البيع و الشراء على غير نقل العين، على حدّ إطلاقهما عليها في قوله تعالى: ﴿ و شروه بثمان  
 بخيس دراهم معدودة ﴾<sup>ج</sup>.

و تقدمت روياًتُ بيع خدمة العبد المدبّر و سكنى الدار و نحوهما من إطلاق البيع على  
 نقل المنفعة و الحق بلا عناية. كما تعارف في هذه الأزمنة إطلاق البيع على نقل بعض الحقوق  
 كالسرقفلية، و غيرها. و لا ريب في أن كثرة موارد الاستعمال - المجرّدة عن قرينة المجاز -  
 كاشفة عن أعمية الموضوع له، أو المتفاهم من اللفظ، و أنّ البيع بمعنى نقل خصوص العين  
 صنف خاص من طبيعي النقل المستفاد من إطلاقاته في الكتاب و السنة و المحاورات العرفية.  
 و لعلّه لهذا ذهب المحقق الاصفهاني رحمته الله إلى أنّ البيع العرفي بمعنى نقل العين صنفٌ  
 من مفهومه العام، حيث قال في التسبب الى حقيقة الاجارة بالاعارة و البيع ما لفظه: «فإن أخبار  
 بيع خدمة المدبّر و الإطلاقات الشائعة القرآنية و غيرها من دون عناية أصدق شاهد على أنّ  
 مفهوم البيع عرفاً غير مقصورٍ على تملك العين بعوض، و إن كان البيع المقابل للإجارة  
 المحكوم بأحكام خاصّةٍ صنفاً مخصوصاً من طبيعي معناه اللغوي و العرفي»<sup>د</sup>.

لكنك خبير بأنّ مجرّد شيوع استعمال البيع في غير نقل الأعيان لا يكشف عن أعمية  
 الموضوع له بعد ما عرفت من تبادل صنف خاص الى الذهن، و هو من أمارات الوضع. و يؤيدّه  
 تصريح مثل المحقق الثاني بمجازية البيع في تملك المنفعة.

و عليه فالوضع للأعم أو وضعه تارة للصنف و أخرى لطبيعي النقل منوط بقيام إحدى

أ: البقرة، الآية: ٩٦

ب: المائدة، الآية: ٤٨

ج: يوسف، الآية: ٢٠

د: كتاب الاجارة، ص ٨

أماراته عليه، ولا يكفي نفس الاستعمال، لما تقرّر من كون أصالة الحقيقة من الأصول المرادية التي يعول عليها عند الشك في مراد المتكلم بعد إحراز الحقيقة و المجاز.

و ما نسبته المحقّق الاصفهاني الى اللغة و العرف محل تأمل، إذ لم أقف على معنى آخر في اللغة أعم من «مبادلة مال بمال» و ظهوره في حصر المعنى فيه لا كونه صنفاً من معناه العام ممّا لا ينكر. و كذا في العرف كما تقدم.

مع أنّ لازم وضع البيع لطبيعي التبديل لغةً و عرفاً إجمالاً الأدلة المتكفلة لأحكام البيع كآية حلّ البيع و دليل خيار المجلس و نحوهما، لعدم إحراز الموضوع. حيث لا قرينة معيّنة على موضوعية الصنف أو الطبيعي.

و دعوى حمل البيع المقابل للإجارة على نقل العين غير ظاهرة، لفرض تردّد الموضوع في مثل «البيعان بالخيار» بين كون المعوض عيناً و ما يعمّ المنفعة، لفرض صدق البيع على بيع سكنى الدار حقيقةً، و يلزمه إجراء أحكامه عليه، و لأقلّ من كون الشبهة مفهوميةً، مع تسالمهم على مرجعية تلك الأدلة بلا فحص عن قرينة تُعيّن المراد من البيع، و هذا كافٍ في إستقرار ظهور اللفظ عندهم في ما كان المعوض عيناً:

و الحاصل: أنّ ما ذهب إليه المشهور من إختصاص البيع بتمليك الأعيان و نقلها هو المتيقن من مفهومه العرفي.

ولو شكّ في شموله لنقل المنافع إمتنع التمسك بالاطلاقات لتصحّحه، للشك في الموضوع حسب الفرض، كما أفاده المحقّق النائيني رحمته. و مجرد «صدق العقد العرفي على إنشاء نقل المنفعة بعنوان البيع فيحكم بصحته للأمر بالوفاء بالعقود و تنفيذها» لا يقتضي ترتيب الأحكام المختصة بالبيع عليه. بل يُشكل ترتيب آثار الاجارة عليه أيضاً، إلّا بناءً على دلالة البيع - ولو بمعونة القرينة - على تمليك المنفعة، و على كفاية الانشاء بالمجازات، و تحقيقه موكول الى بحث ألفاظ العقود.



هذه جملة من الكلام في المقام الأول و هو أصل إعتبار العينية في المبيع.

### لا فرق في المبيع بين الأعيان الشخصية و الكلية بأقسامها

**وأما المقام الثاني** - و هو عدم الفرق في العين بين الشخصية و الكلية بأقسامها - فنخبة الكلام فيه: أن الظاهر عدم إختصاص المبيع بالعين الشخصية، فتعم الكلية بأقسامها من المشاع و المعين و الدين و الذمي، لصدق العين المقابل للمنفعة و الحق على جميع ذلك، و ادعى السيد الطباطبائي رحمته «الاجماع على الصحة» أ.

و ربما يُشكل إنطباق مفهوم البيع على الكلّي الذمي، و منشأ الاشكال أمران، أحدهما: إنتفاء الملكية، و هو مشترك بين قسمي الذمي من الدين و الحال، و ثانيهما: إنتفاء المالية، و هو مختص ببيع الكلبي في ذمة نفسه. من دون أن يكون ديناً على غيره.

و تقريب الاشكال، المشترك هو: إنتفاء الملكية مع أن البيع تمليك عين بعوض، و بيانه: أن الملكية تكون من قبيل الأعراض التي لا تتحقق في دار الوجود إلا في موضوع محقق، نظير السواد و البياض اللذين يكون وجودهما المحمولي وجوداً نعتياً لمعروض فعلي. و حيث إنّ الكلّي الذمي معدوم إمتنع إتصافه بالمملوكية، و من المعلوم عدم صدق البيع بانتفاء الملكية التي تقع المبادلة فيها. و لا فرق في هذه الجهة بين الدين و غيره، لأنّ مناط الإشكال إمتناع قيام الملكية بالمعدوم، نعم ببيع الكلبي المشاع و المعين سليم عن هذا المحذور، لكون معروض الملكية موجوداً بالفعل.

و تقريب الاشكال الثاني - المختص بالكلبي الذمي غير الدين - هو: أن البيع مبادلة مال بمال، و ظاهره إعتبار مالية العوضين مع الغض عن تعلق العقد بهما، و من المعلوم أنّ الكلّي الذمي لا يعدّ مالاً قبل البيع، فلا يقال لمن ليس له حنطة: انه ذو مال بالنسبة الى ألف من منها، نعم بعد تمليك كلّي الحنطة للغير يكون المشتري ذا مال في ذمة البائع، لكن المناطق في صدق البيع

كون كل من العوضين في حد نفسه مالا.

هكذا قرّر السيد فقيه الاشكاليين، و جفّل مصتبهما الكليّ الذميّ ديناً أو غيره، ثم أجاب عنهما بما سيأتي.

لكن الظاهر أنّ إشكال ملكية المعدوم جارٍ في القسمين الآخرين أعني بهما: المشاع والمعين. أمّا في المشاع كيبيع نصف الدار فلما قبل من أنّ الوجود مساوق للتعين، و لا تعين للكسر المشاع قبل الإفراز، إذ الموجود هو الدار، و النصف بعد التقسيم موجود مستقل لا يصدق عليه النصف. فصحّ أن يقال: الكسر المشاع معدوم فلا ملك حينئذ.

و أمّا في الكلي في المعين كصاعٍ من صبرة فكذلك، فإنّ الشيء ما لم يوجد لم يتشخص، فالوجود مساوق للتشخص، و الصاع بوصف كليته الصادق على كل واحد من صيعان الصبرة غير موجود بالفعل، لأنّ الموجود أبعاض الصبرة و أحادها، و الواحد الشخصي غير قابل الصدق على الكثير، مع أنّ المبيع حسب الفرض هو الصاع بوصف قابلية الانطباق على كل واحد من الصيعان، و ليس صاعاً شخصياً، و لذا لا يملكه المشتري قبل التقسيم و الإفراز.

و الحاصل: أن محذور بيع الكليّ الذمي - أعني به إستثناء معروض الملكية - جارٍ في المشاع و المعين، و إن كان الفارق تقيّد المبيع بصنف من الطبيعي و هو المحصور في الدار و الصبرة، و عدم تقيّد الذمي به، لكن هذا المقدار من الفرق غير رافع للإشكال. و الفرض الإشارة الى عموم المحذور، و تحقيقه موكول الى مسألة بيع نصف الدار و بيع الصاع.

و كيف كان فيندفع إشكال عدم كون الكليّ الذمي مملوكاً بأنّ الملكية تطلق تارة على الملكية الحقيقية التي يراد بها الإحاطة القيومية المعبّر عنها بالإضافة الأشرافية التي هي إفاضة الوجود على الممكنات، و هذه الإحاطة نظير إحاطة النفس بالصور المخلوقة لها. و الملكية بهذا المعنى ليست من المقولات، بل هي عين الإيجاد.

و أخرى على الملكية المقولية المعبر عنها بالجدة، التي هي هيئة حاصلة من إحاطة جسم بجسم، كإحاطة العمامة بالرأس، و القميص بالبدن، و الملكية بهذا المعنى عَرَضَ مقولي يتوقف على محيط و محاط خارجيين.

و ثالثاً على الملكية الاعتبارية، و هي الاضافة الخاصة بين شيئين لوحظ فيها تبعية أحدهما للآخر، كما في قولنا: «الدار لزيد» فإنَّ الألام تحكي عن كون الدار مضافةً بالاضافة الملكية التي روعي فيها حيثية التابعية و المتبوعية، فلو كان طرفا هذه الاضافة من سنخ واحد كما اذا كانا جمادين غير صالحين لمتبوعية أحدهما للآخر إمتنع اعتبار الملكية، لأنَّ جعل أحدهما تابعاً للآخر ترجيح بلا مرجح و خالٍ عن المقتضي.

و عليه فالملكية الاعتبارية - التي هي مدار المعاملات - ليست من الأعراض المقولية المنوطة بوجود موضوعاتها خارجاً، فلا تتوقف على وجود معروضها كذلك، بل يكفي في اعتبارها وجود محلها اعتباراً بلحاظ ترُقُب حصوله، فيكون كل من الملكية و المملوك - بل وكذا المالك في بعض الموارد ككَلْبِي السيد و الفقير - أمراً اعتبارياً، و من المعلوم أنَّ العقلاء يعتبرون الملكية للكَلْبِي الذمي - بقسميه - خصوصاً الدين، كما يعتبرونها للثمرة المتجددة فيما بعد، و للمنفعة المعدومة، و للأعيان الشخصية الموجودة بالفعل.

و الحاصل: أنَّ الملكية الاعتبارية تابعة لاعتبار العقلاء و الشارع، سواء أكان المملوك فعلياً أم مما يتوقع وجوده، و يكفي شاهداً عليه تعارف بيع السلف عندهم بعد إحراز أهلية المتعمد، فالبايع مالكٌ لألف من الحنطة في ذمة نفسه و إن لم تكن موجودة بالفعل.

و دعوى: أن الملكية الاعتبارية محققة في بيع دين على ذمة الغير، و أما «بيع السلم و نحوه فيشكل، إذ لا مملوك لا خارجاً و لا في الذمة. أما انتفاؤه في الخارج فواضح، و أمّا في الذمة فلأنه لا ملك قبل العقد حسب الفرض، فإن لم يعتبر مالكية نفسه للمبيع لم يكن بيعاً، و إن اعتبرها بنفس إنشائه لزم إيجاد موضوع المبادلة بمحموله المتأخر عنه، و من المعلوم إستحالة إيجاد المتقدم بالرتبة بما هو متأخر عنه كذلك» غير مسموعة، لكفاية اعتبار مالكية المبيع أناماً

قبل الإنشاء كما التزموا بها في موارد المعاوضة بناءً على الإباحة، و شراء العمودين ونحوهما ممن ينعق عليه بمجرد الشراء قهراً.

و ما أفاده بعض الأجلة رحمته من تصحيح بيع الكلي الذمي «بالملكية الرُتبية، نظير فسخ ذي الخيار»<sup>أ</sup> فإن كان مراده بالرتبة الملكية الزمانية الآتية - حيث لا إعتبار للملكية في غير وعاء الزمان - فهو متين، و لعلّ تنظيره يعود المال الى ملك ذي الخيار بمجرد فسخه الفعلي شاهد على إرادة الملكية الآتية. و إن كان مراده بالرتبة ما يصطلح عليها في باب العلة و المعلول، مع وحدة وجودهما زماناً بمقتضى تكافؤ المتضايفين فغير ظاهر، إذ لا عِلَّةَ بين إعتبار ملكية الكلي و بين إنشاء البيع عليه.

هذا كله في حلّ الاشكال عن بيع الكلي الذمي من جهة اعتبار ملكية المبيع.

وأما الاشكال الثاني - وهو إنتفاء المالية المعتبرة في البيع - فقد أجاب عنه السيد رحمته بما لفظه: «ان المعتبر في البيع بل ساير التمليكات ليس إلا كون المتعلق ممّا يتموّل في حدّ نفسه و إن لم يُمدّ كونه مالاً عرفياً للممّلك، و من المعلوم أن ألف من من الحنطة مال بهذا المعنى»<sup>ب</sup>. و ببيان المحقق الاصفهاني رحمته: ان المالية صفة ثبوتية تنتزع من الشيء بملاحظة كونه في حد ذاته مما يميل إليه النوع، كالممن من الحنطة، فإنّه ليس في حدّ نفسه كالممن من التراب. إلا أنّ المالية كالملكية صفة إعتبارية، و ليست كالأعراض المقولية المنوطة بوجود معروضاتها خارجاً، فنشأ الانتزاع موجود خارجاً تارةً، و إعتباراً أخرى. و المال بهذا المعنى صادق على الكليات الذمية بلحاظ توقُّع وجودها، و لذا يتنافس العقلاء على شرائها سلماً.

أ: جامع المدارك، ج ٣، ص ٦٩

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٤

ج: حاشية المكاسب، ص ٣

ولو قيل بأنَّ عدم مآلية الكلي الذمي ينشأ من تقيده بالذمة المانع عن قابلية وجوده خارجاً، و مثله يمتنع إتيافه بالمآلية، قلنا: أنَّ العهدة ظرف للكلي لا قيده حتى يمتنع وجوده العيني، و من المعلوم عدم إقتضاء الظرفية المنع عن قابلية الانطباق على ما في الخارج، و المآلية تتوقف على هذه القابلية كما لا يخفى.

وقد تحصل إندفاع إشكال بيع الكلي من ناحيتي الملكية و المآلية معاً، هذا مضافاً إلى الاجماع المدعى في كلام صاحب العروة توحيه.

وقد أجب عن إشكال الملكية بوجه أخرى تعرض السئد لها و لما فيها، و نحن نقتصر على بيان وجهين منها:

**الأول:** ما أفاده الفاضل النراقي توحيه في تصوير بيع المعدوم كالتسلم بقوله: «قلت: اللآزم في البيع تحقق النقل حال البيع، لا تحقق الملك حينئذ، لجواز نقل الملك المتحقق غداً أو بعد شهر اليوم، كما في نقل المنفعة في الأآارة، سيما إذا لم يكن مبدؤها متصلاً بالعقد...» أ.

و محصله: أنَّ محذور بيع الكلي يتوقف على كون البيع نقلاً للملك الفعلي، فيشكل حينئذ بامتناع التملك مع انتفاء المملوك. ولكن البيع نقل الملك، و لا مانع من فعلية النقل و إستقبالية المملوك، لعدم كون النقل عرضاً حتى تتوقف فعليته على فعلية معروضه و هو الملك، هذا.

ولكنك خبير بأنَّه لا وجه للتصرف في معنى البيع يجعله نقلاً فعلياً و إن كان المنقول معدوماً حين النقل، بل يمكن تصحيحه حتى بناء على كون البيع نقلاً للملك الفعلي، و ذلك لأنَّ الملكية و الزوجية - كما صرح به الفاضل النراقي بعد أسطر<sup>ب</sup> - من الأحكام الوضعية، و من المعلوم أنها أمور إعتبارية لا ثبوت لها إلا في أفق الاعتبار بعد تحقق مصحح الاعتبار عند

أ: عوائد الأيام، ص ٣٨

ب: المصدر، ص ٣٩

العقلاء و الشرع، و ليست من الأعراض المقولية التابعة لمعروضاتها قوّة و فعلاً. و لا ريب في إعتبارهم مملوكية المعدوم بعد تعارف بيع السلم عندهم، و هو كاشف عن كفاية فرض الوجود لطرف إضافة الملكية في المعاملة عليه، و عدم إعتبار وجوده العيضي، و على هذا لم يتوقف تصحيح بيع الكليّ على التصرف فيه بما أفاده الفاضل رحمته من كون الملكية حكماً وضعياً دائراً مدار الاعتبار، و ليست عرضاً مقولياً حتى يتخيل إمتناع قيامها بالمعدوم.

مع أنّ عدوله الى جعل البيع نقلاً فعلياً - و إن كان المنقول إستقبالياً - غير مجدٍ، أمّا أوّلاً: فلأنّ النقل و إن لم يكن عَرَضاً مصطلحاً، إلاّ أنّه من المعاني التي لا إستقلال لها في التحصّل، بل لا بد أن يكون بلحاظ مكانٍ أو إضافة، فإذا لم تكن إضافة الملكية الى المعدوم معقولةً فالنقل بلحاظها غير معقول أيضاً، فكما أنّ الملكية غير فعلية فكذا النقل غير فعلي، و إنّما هو معلق على أمر متأخر، و من المعلوم مبطلية التعليق إجماعاً.

ولو قيل: بأنّ الملكية فعلية، و الموجود بالقوّة هو المملوك فنقل الملكية فعليّ و لا يربط له بالتعليق، قلنا: إنّ الملكية نسبة خاصة بين المالك و المملوك، و مع إنتفاء المملوك حسب الفرض لا يعقل وجود الملكية فعلاً، و هذا كثر على ما فرّ منه.

هذا ما أفاده السيد و المحقق الاصفهاني رحمتهما بتوضيح منّا.

و أمّا ثانياً: فللنقص بما في كلام السيد أيضاً من: أن لازم كلام الفاضل رحمته بطلان البيع إذا تعذّر بعد ذلك تسليم الكليّ، أو أمكن و لم يحصل للبائع، لكونه كاشفاً عن أنه باع ما ليس له، و من المعلوم أنّه لا يكون باطلاً، بل له خيار تعذر التسليم ج.

أ: حاشية المكاسب، ص ٥٤

ب: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٣

ج: حاشية المكاسب، ص ٥٤

إلا أنه يمكن ذبه بتصريح الفاضل بدلالة الأخبار على إشتراط المملوكية حال البيع، وإنما يخرج عنه بدليل كما في بيع السلم وبيع المعدوم مع الضميمة. ومقتضى هذا البيان الالتزام بصحة بيع الكلبي سلماً، وتعذر التسليم لا يستلزم البطلان بل يوجب الخيار.

**الوجه الثاني:** ما أفاده السيد، رحمته ومحصله: أن الملكية وإن كانت من الأعراض الخارجية، إلا أن حقيقتها عين إعتبار العقلاء أو الشارع، فيمكن أن يكون محلها موجوداً في وعاء الاعتبار كالكلي الذي والمنفعة المعدومة والثمرة المتجددة، نظير الوجوب والحرمة، فإيهما وإن كانا عرضيين إلا أنهما يتعلقان بكلّي الصلاة والشرب قبل وجودهما في الخارج. أقول: إن كان مراده رحمته من كون الملكية عرضاً خارجياً ما اصطلاح عليه أهل المعقول -أي الماهية التي لو وجدت ووجدت في موضوع- في قبال الجوهر توجه عليه ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من إمتناع الجمع بين كونها عرضاً وإعتباراً عقلياً، لما بينهما من التقابل، فالعرض المقولي أمر واقعي، والاعتبار المقابل للمقولات لا ثبوت له إلا في أفق الاعتبار، فعدها من الأعراض معناه توقف فعليتها على فعلية معروضها أي المملوك، كما أنها إن كانت من الاعتبارات المغايرة سنخاً للمقولات كان نفس إعتبارها منشأ لترتيب الآثار عليها. وكان المناسب أن يقتصر السيد رحمته على أن حقيقتها عين إعتبار العقلاء.

وإن كان مراده من العرض معناه اللغوي وهو اللحق لا العرض المقولي فما أفاده متين، فالمملوكية نسبة بين المالك والمملوك ويتصف بها المال، ومعنى خارجيتها عدم كونها مجرد تخيل كأنياب الأغوال. ولا تنافي حينئذ بين توصيف الملكية بالعرض الخارجي وبالأمري الاعتباري، هذا.

وإلّا ينصاف أن ما ألزمه به المحقق الاصفهاني في محله، لكونه أخذاً بظاهر الكلام. هذا تمام الكلام فيما يتعلق بالمعوض.

## و أما العوض<sup>(١)</sup> فلا إشكال<sup>(٢)</sup> في جواز

### التمن في البيع أعم من العين والمنفعة

(١) قد عرفت إختصاص المَوْض بالعين، وأما العوض فلا يعتبر فيه ذلك، بل يكفي كونه مالا يُرغب فيه ويتنافس عليه، سواء أكان عيناً أم منفعةً أم حقاً. وحيث إن صدق البيع على ما إذا كان كلا العوضين عيناً من المسلمات لم يتعرض له المصنف رحمته، وإنما عَقَدَ الكلام في مقامات ثلاثة، أحدها: في كفاية كون العوض منفعةً، وثانيها: في حكم عمل الحُر. وثالثها: في جواز جعل بعض الحقوق عوضاً، وسيأتي تفصيل الكلام فيها عند تعرض المصنف له إن شاء الله تعالى.

أما إذا كان العوض عيناً فيجري فيه ما تقدّم في المَوْض من الأقسام، من الشخصية والكلية بأنواعها.

(٢) من هنا شرّح المصنف في بيان المائزين التمن والمتمن، وهو إشارة إلى المورد الأول أعني به البحث عن جواز كون التمن منفعةً، خلافاً للوحيد البهبهاني رحمته القائل باعتبار عينية العوضين معاً.

ثم إن المنفعة تطلق على معنيين:

الأول: ما يقابل العين، وهي حيشية قائمة بالعين، سواء أكانت منفعة الأعيان الجامدة كسكنى الدار، أم منفعة الأعيان الناطقة كالأعمال المحترمة التي يعملها الكسوب - حُرّاً كان أو عبداً - كالخياطة والطبابة والنجارة.

الثاني: ما يشمل العين، فيكون بمعنى الرّبح والفائدة، فكما يقال: إستفادَ بتجارته عشرة دنانير مثلاً أو رزحَ فيها، فكذا يقال: إنه إنتفع فيها بعشرة، ومن المعلوم أن المنفعة بهذا المعنى أعم من العين الخارجية ومن الحيشية القائمة بالعين.

والمقصود بالمنفعة هنا هو المعنى الأول أي ما يقابل العين، كما لا يخفى.

ثم إن المصنّف رحمته حكّم بجواز وقوع المنافع تمناً في البيع سواء أكانت كسكنى الدار أم



كونها<sup>(١)</sup> منفعة، كما في غير موضع من القواعد<sup>(٢)</sup> و عن التذكرة<sup>(٣)</sup> و جامع المقاصد، ولا يبعد عدم الخلاف فيه<sup>(٤)</sup>.

خدمة العبد أم عمل الحرّ. و فَصَّلَ في الأخير بين وقوع معاوضة عليه قبل جعله ثمناً في البيع، و بين عدم وقوع المعاوضة عليه قبله، بالجواز في الأوّل و التأمّل في الثاني كما سيظهر.

(١) تأنيث الضمير باعتبار الخبر.

(٢) قد ظفرتُ بتصريح العلامة بجواز كون العوض منفعةً في موضعين من القواعد، أوّلها بيع السلف، حيث قال فيه: «ولو كان الثمن خدمة عبدٍ أو سكنى دارٍ مدّةً معيّنةً صحّ»<sup>أ</sup> و من المعلوم عدم الفرق بين بيع السلف و غيره في الحكم.

و ثانيها: عوض الإجارة، حيث قال: «وكلّما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون عوضاً، عينا كان أو منفعةً، ماثلت أو خالفت»<sup>ب</sup>.

(٣) قال في إجارة التذكرة: «مسألة: كلّما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون عوضاً في الإجارة، لما بينها من التناسب حتى ظننا واحداً. فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا أو منفعةً»<sup>ج</sup>.

(٤) أي: في جواز كون العوض منفعةً، قال في الجواهر: «وأمّا الثمن فالظاهر من إطلاق الأدلّة و الفتاوى و ما صرّح به في المصابيح من أنّه مطلق المقابل، فيدخل فيه الشخصي والكليّ، و العين و المنفعة، فيكون البيع بالنسبة إلى ذلك كالإجارة و الصلح يقع بكلّ منهما، و لا فرق بينها من هذه الجهة»<sup>د</sup>.

أ: قواعد الأحكام، ص ٥٢

ب: قواعد الأحكام، ص ٨٩

ج: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٩٢، و لاحظ كلام المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٧، ص ١٠٣

د: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٩

نعم<sup>(١)</sup> نُسِبَ<sup>(٢)</sup> إلى بعض الأعيان<sup>(٣)</sup> الخلاف فيه<sup>(٤)</sup>.  
ولعله<sup>(٥)</sup> لما اشتهر في كلامهم من «أن البيع لنقل الأعيان».

(١) إستدراك على نبي البُعد عن تحقق الاجماع على وقوع المنفعة تمناً في البيع، وحاصله: أنه نُسِبَ الى بعض الأعيان إعتباراً كون العوض عيناً كالمعوض، ومع وجود المخالف في المسألة لا تتجه دعوى نفي الخلاف.

(٢) المناسب هو الفقيه الكبير الشيخ جعفر النجفي في شرحه على بيع القواعد، قال فيه: «و منع بعض الأعيان ناشئ من قول بعض الفقهاء: انه موضوع لنقل الأعيان. وليس إلا نظير قولهم: الإجارة موضوعة لنقل المنافع».

(٣) وهو الوحيد البهبهاني رحمته في رسالته الفارسية في المعاملات، قال فيها ما ترجمته: «و من شرائط البيع كون المبيع والتمن عيناً لا منفعة، إذ البيع إنتقال عين بازاء إنتقال عين. وأما المنفعة فيمكن إنتقالها بعنوان اللزوم بعقد إجارة أو صلح». و وافقه الفاضل الزاقي رحمته.  
(٤) أي: في جواز كون العوض منفعةً.

(٥) أي: ولعلّ خلاف بعض الأعيان، ومقصوده رحمته توجيه فتوى الوحيد البهبهاني رحمته من إعتبار عينية كلا العوضين، وهذا التوجيه مذكور في مفتاح الكرامة والجواهر، وسبقها في التنبيه عليه الفقيه الكبير كاشف الغطاء رحمته. و توضيحه: أنه يمكن أن يكون خلاف بعض الأعيان ناظراً إلى ما اشتهر في كلمات الفقهاء «رضوان الله عليهم» في مقام الفرق بين البيع والاجارة «أن البيع نقل الأعيان، والاجارة نقل المنافع» وعليه لا يصدق مفهوم البيع

أ: آداب التجارة، ص ٢٥. وهذا نصّ كلامه: و أز جمله شرائط بيع أنتسكه مبيع و تمن عين باشندنه منفعت، چه بيع انتقال عين بازاء انتقال عين است. و أما منفعت پس انتقال آن بعنوان لزوم بعقد إجارة ميشود يا صلح.

ب: مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٧١

ج: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٤٨؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٩

و الظاهر<sup>(١)</sup> إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إن الإجارة لنقل المنافع.

إلا إذا كان كلا العوضين عيناً، فمثل «تملك كتاب سكنى دارٍ شهرًا» ليس بيعاً.  
 (١) هذا ردُّ التوجيه المزبور، وحاصله: أن المراد بهذه الجملة المعروفة بين الفقهاء تعيين حال المعوض خاصة، سواء في باب البيع والاجارة، فرادهم بوضع البيع لنقل الأعيان هو إعتبار عينية المبيع، كما أن مقصودهم بوضع الإجارة لتمليك المنافع هو إعتبار كون المعوض منفعةً، من دون نظرٍ الى بيان حال العوض. والشاهد على هذه الدعوى تصريحُ بعضهم - كما تقدم في عبارة قواعد العلامة - بجواز كون عوض الإجارة عيناً ومنفعةً، فإذا أجر دازه سنةً للسكنى جاز أن يجعل الأجرة مائة دينار، كما جاز أن يجعلها خياطةً ثوب أو بناءً غرفةً، ونحوهما. وهذا كاشف عن كون قولهم: «الاجارة لنقل المنافع» ناظرًا إلى المعوض خاصة، بلا نظرٍ الى العوض، فبتعيين حينئذٍ أن يراد بقولهم: «البيع لنقل الأعيان» إختصاصُ المعوض بالعين، فالعوض إنما تعتبر ماليته سواء أكان عيناً أم منفعةً أم حقًا، على خلاف في الأخير سيأتي بيانه.

هذا تمام ما أفاده المصنف في المقام الأول مما يتعلق بالعوض، و صار حاصله: جواز كون المنافع ثمنًا في البيع، إلا صنفًا خاصًا منها وهو عمل الحر كما سيأتي (\*).

(\* ما أفاده المصنف رحمته من نفي الاشكال عن كون العوض منفعةً لا بد أن يكون لصدق «المال» عليها حتى ينطبق عنوان البيع أي «مبادلة مال بمال» على تملك عين بمنفعة. ولكنه ينافيه تردده في مالية المنافع فيما يتعلق بالمقبوض بالعقد الفاسد من قوله تارة: «بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقةً» وأخرى: «بناءً على صدق المال على المنفعة» وإن كان الصحيح ما اختاره هنا، من كفاية كون الثمن منفعةً، إذ لا وجه لتخصيص الأموال بالأعيان كما هو ظاهر.

وكيف كان فيمكن الانتصار لمذهب الوحيد البهبهاني رحمته بوجوه أخرى غير ما تقدم

في كلامه من كون البيع لنقل الأعيان.

**الأول:** انصراف أدلة البيع الى المتعارف من البيوع المتداولة بين الناس، من كون الأثمان

أعياناً كالدرهم و الدينار، لا منافع وإن كانت أموالاً حقيقية.

و فيه: أن الموجب لانصراف الاطلاق الى حصة من الطبيعي هو التشكيك في الصدق،

لا مجرد غلبة الوجود. فمع الاعتراف بمالية المنافع كأعيان - و صدق «مبادلة مال بمال»

حقيقةً على تملك عين بمنفعة - لا وجه للشك في شمول الأدلة له كما هو واضح. نعم لا بأس

بهذا الانصراف في مثل أدلة مانعة لبس ما لا يؤكل في الصلاة عن أجزاء الإنسان مع كونه

من أفراد.

**الثاني:** التردد في صدق «المال» على المنفعة، إما للجمود على ظاهر كلام ابن الأثير

و غيره من عدم تسلّم صدقه على المنفعة، فيتوقف صدق البيع على كون العوضين من الأعيان.

وإما لأنّ المنافع معدومة حال العقد، و لا مالية للمعدوم، كما لعله يستفاد من كلام

الشهيد رحمته في قواعده من أنّ «مورد الاجارة العين لاستيفاء المنفعة، لأنّ المنافع

معدومة».

و فيه: أنّ المال صادق عرفاً على المنافع بل الحقوق أيضاً، فلو شكّ في سعة مفهومه لها

لغة كفى التعويل على معناه لدى العرف العام، مع أنّ ظاهر القاموس تعميم المال للمنافع، لقوله:

«ما ملكته من جميع الأشياء» إلا أن يدعى عدم إطلاق الشيء إلا على الأعيان، فليتنامل.

و أمّا مجرد كون المنفعة معدومة فلا يقتضي سلبّ المالية عنها، لما تقدم في بيع الكلي

من أن المناط في الملكية و المالية وجود مصحح الاعتبار العرفي أو الشرعي، لا وجود ذات

المال و الملك خارجاً. و عليه فسكنى الدار مثلاً مما يبذل بازائه المال و يُرغب فيه، و معه

لا وجه لنفي مالية المعدوم و لا ملكيته بقول مطلق.

**الثالث:** أن المنافع غير مملوكة، و هو إشكالٌ حكاه المحقق الاصفهاني رحمته في

بيعه وإجارته عن بعض أهل الدقة - و وافقه بعض الأجلة - من المنع عن جعل المتعلق في إجارة الأعيان هو المنفعة، بل لابد أن يكون تملك العين في جهة خاصة. ومحصل الاشكال: أن المقصود من تملك المنفعة تسليط الطرف المقابل على حيثية من حيثيات العين ذات المنفعة كالدار للسكنى فيها، والدابة للركوب عليها. وهذا مما يمتنع تحققه، لعدم كون السكنى من أعراض الدار حتى تكون مملوكة لمالك الدار بتبعها، بل هي عَرَض قائم بالسكن، و عَرَض الساكن لو كان مملوكاً لكان لموضوعه لا لغيره، و إذا لم يملكه الموجر فكيف يملكه المستأجر؟

و لأجله لابد من تعريف الاجارة بأنها «تمليك العين في جهة خاصة في مدة مخصوصة» في قبال البيع الذي هو تملك العين من جميع الجهات بلا تقييد بجهة ولا مدة. وهذا الاشكال - لو تم - مَنَع عن تملك المنفعة وحدها، بل يتعين تملك العين في جهة إستيفاء منفعتها، و لا فرق في كون الاستيفاء عَرَضاً قائماً بمن يستوفئها - لا بالعين التي تقع مورداً للاجارة - بين جعل المنفعة معوضاً كما في باب الاجارة، و بين جعلها عوضاً كما في البيع. و لا يقدح إختلافهما في قصر السلطنة في الأزل على حيثية معينة من العين، و شمولها في الثاني لجميع شؤونها، و وجه عدم الفرق إستحالة تملك المنفعة وحدها.

و أجاب عنه المحقق الاصفهاني رحمته بمنع مبنى العدول عن تعريف المشهور للإجارة إلى تعريفها بتمليك العين في جهة خاصة. و محصل ما أفاده: - بتوضيح منّا - أن سكنى الدار ليست عَرَضاً قائماً بالمستأجر خاصة حتى يتوهم عدم مملوكيتها للموَجِر حتى يمتنع تملكها للمستأجر، بل سكنى الدار كما هي مبدأً لعنوان الساكنية المنتزعة من ذات الساكن - أي المستأجر - كذلك هي مبدأً لعنوان المسكونية المنتزعة من الدار، كما هو حال كل عنوانين متضايفين، فما هو من شؤون الدار و حيثياتها هي حيثية المسكونية، لا حيثية

السكانية التي هي عَرَض قائم بالمستأجر. غاية الأمر أن حيثية المسكونية لها نحوان من الوجود.

أحدهما: وجودها الاستعدادي القائم بالدار على حدّ وجود المقبول بوجود القابل كالنطفة والطفل، وهو في الدار قابليتها للسكنى، وهذا أمر قارٌّ غير متدرج في الوجود، وبقا ما دامت الدار باقية على حالها ولم تسقط عن قابلية السكنى فيها.

و ثانيهما: وجودها الفعلي أي المنفعة التدريجية، حيث إنّ فعليتها تكون بفعلية مضايها القائم بالمستأجر في مقام الاستيفاء، ومن المعلوم أنّ متعلق الإجارة هو هذه الحيثية التي تكون من شؤون الدار، ولا ريب في أن شؤون العين قابلة لعروض الملكية لها بتبع مملوكية العين.

والحاصل: أنّ مورد الإجارة هو حيثية المسكونية الفعلية المضايفة للسكانية الفعلية، وما هو من أعراض المستأجر حيثية السكانية، وليست هي محطّ النظر.

هذا مضافاً إلى: أن حقيقة السكنى - التي هي مبدأ عنواني السكانية و المسكونية - وإن كانت هي عين الكون في الدار، وهو عرض لذات الكائن لا للدار، إلا أنّ هذا العرض حيث إنه من الأعراض النسبية التي لها نسبة إلى غير موضوعاتها - في قبال الأعراض غير النسبية - جاز أن يكون زمام أمره بيد مالك الدار، ولا نعني بالملكية إلّا ذلك.

**فتحصل:** أن منافع الأعيان مملوكة بتبع الأعيان، لكونها من شؤونها وحيثياتها. وعليه فلا وجه للتحاشي عن تعريف الإجارة بتمليك المنفعة.

ولو فرض تسليم الاشكال فتعريفها «بتمليك العين من جهة» لا يُجدي في دفع الغائلة، إذ لو كان معروض الملكية نفس تلك الجهة - كالسكنى في الدار - لا العين عاذاً محذور تعلق الملكية بالمنفعة. ولو كان معروضها نفس العين المخصّصة بجهة بما هي مقيدة بها لزم اجتماع ملكين إستقلايين على عين واحدة. و تقيدُ مملوكيتها للمستأجر بجهة، و إطلاقها للموَجِر لا يوجب تعدد الموضوع. و دعوى خروجها عن ملك المَوَجِر مؤقتاً، و صيرورتها ملك

المستأجر خاصة فلا يلزم إجتماع مالكين على عينٍ واحدة، ممنوعة، للقطع بمشروعية التصرفات المالكية فيها للموَجِر من بيعها و هبتها و سائر الآثار المترتبة على ملك المَوجِر لها غير المزاحمة لانتفاع المستأجر بها. و كُلُّ ذلك دليل على بقاء الرقبة على ملك المَوجِر أ.

و نتيجة هذا البحث: أنَّ المنع عن وقوع المنافع عوضاً في البيع و معوضاً في الاجارة مَمَّا لا وجه له، لا من جهة التشكيك في ملكية المَعْدوم، و لا في مسالية المنفعة.

ولو إنتهى البحث الى الشك في صدق المال على المنفعة لزم الاقتصار على القدر المتيقن من مفهوم البيع و هو عينية كلا العوضين، لكون الشبهة مفهومية، و في مثلها لا مجال للتمسك لنفيه باطلاق ما دلَّ على حلية البيع - كما في بعض الكلمات - لكون الشك في موضوع الدليل حسب الفرض.

نعم لا بأس بالتمسك لصحة هذه المعاوضة بما دلَّ على وجوب الوفاء بالعقود، و بحليَّة الأكل بالتجارة عن تراخٍ و نحوهما من العمومات، وإن لم يترتب عليها الأحكام المختصة بالبيع.

هذا بناءً على عدم كون عنوان «العقد» مشيراً إلى خصوص العقود المتعارفة في عصر التشريع، و إلاً امتنع التمسك بالآية أيضاً لمشروعية تعليق العين بالمنفعة ما لم يحرز التعارف في ذلك العصر. إلا أنَّ الحمل على المشيرية مخالف لظهور العناوين المأخوذة في الخطابات في الموضوعية، كما هو ظاهر.

هذا كله فيما يتعلق بجعل المنفعة عوضاً، و سيأتي الكلام في المقام الثاني و هو عمل الحر.

## وَأَمَّا<sup>١</sup> عَمَلُ الْحُرِّ

### جواز وقوع عمل الحرّ ثمناً في البيع

١) إستدراك على قوله: «وَأَمَّا الْعَوْضُ فَلَا إِشْكَالَ فِي جَوَازِ كَوْنِهِ مُنْفَعَةً» وعمل الحرّ وإن كان صنفاً من طبيعِي المنفعة، إلاّ أنّ وجه إفراده بالبحث هو الشبهة في ماليته، بخلاف سائر المنافع التي لا ريب في ماليتها. وقد أشرنا إلى أنّ الثمن إمّا أن يكون عيناً أو منفعةً أو عمل حرّ أو حقاً، وتقدم الكلام في مطلق المنفعة، وجواز وقوعه عوضاً، ويقع الكلام في المقام الثاني وهو إستثناء عمل الحرّ عن حكم كُلِّي المنفعة، للشك في صدق مفهوم «المال» عليه.

وتوضيح ما أفاده المصنف رحمته: أنّ منفعة الآدمي - التي يُقصد جعلها ثمناً في البيع - إمّا أن تكون خدمةً مملوكٍ، وإمّا أن تكون عمل حرّ، والثاني إمّا أن تقع المعاوضة عليه قبل البيع، وإمّا لا، فالأقسام ثلاثة:

الأول: أن تكون المنفعة عمل مملوكٍ كما إذا أراد السيد شراء كتابٍ وجعل ثمنه خدمةً مملوكه يوماً، ولا شبهة في صحة هذا البيع، لكون الثمن مالاً مملوكاً بتبع ملك رقبته، ومن المعلوم سلطنة السيد على أنحاء التصرفات المشروعة في ماله، ومنها جعل عمل عبده أو أمته ثمناً في شراء سلعة.

الثاني: أن تكون المنفعة عمل حرّ قد عومل بها، كما إذا أجر زيد نفسه لخياطة ثوب عمرو ودينار، وصارت الخياطة مملوكةً للمستأجر في ذمة أجيّره، فإذا اشتريّ المستأجر كتاباً من بكرٍ صحّ جعل عوضه الخياطة التي يملكها في ذمة زيد، وتصير مشفولةً حينئذٍ لبكرٍ بعد ما كانت مشفولةً لعمرو. والوجه في الصحة كون هذه المنفعة الخاصة مالاً مملوكاً للمستأجر، ولا يعتبر في البيع إلاّ صدق «مبادلة مال بمال» والمفروض تحقّقه في عمل الحرّ بعد وقوع معاوضة عليه بإجارة أو صلح.

الثالث: أن تكون المنفعة عمل حرّ وأريد جعله ثمناً في البيع ابتداءً من دون سبق معاوضةٍ عليه، وهذا هو مورد البحث فعلاً، كما إذا اشتريّ الحرّ الكسوب كتاباً وجعل ثمنه



خياطة ثوب، بأن يقول البائع: «بعثك كتابي بخياطة هذا الثوب» وقبَّله المشتري. وفي صحة هذا البيع وجهان أحدهما الصحة، والآخر البطلان.

وجه الأول: إنطباق تعريف البيع عليه، إذ المراد بالمال كل ما يتنافس العقلاء عليه ويبدلون بازائه شيئاً، عيناً أم منفعةً أم عملٌ حرٌّ أم خدمةً عبد، ومن الواضح صدق المال على عمل الحرِّ كخياطته ونجارته سواء وقعت معاوضة عليه أم لم تقع، فالمناط كون العمل في حدِّ نفسه مما يرغب فيه النوع. ولولا لزم بطلان إجارة عمل الحرِّ، لوضوح إعتبار مالية المنفعة في باب الاجارة أيضاً، مع أنه لا ريب في صحتها. ومن المعلوم أن وزان الاجارة وزان البيع في مبادلة الأموال، غابته أن هذا يفيد تمليك الأعيان، وتلك تفيد تمليك المنافع.

وجه الثاني: - وهو البطلان - إحتالٌ إعتبار مالية العوضين - في حدِّ ذاتهما - قبل ورود البيع عليهما، لظهور تعريف المصباح في وقوع المبادلة بين شيئين إتصفاً بالمالية مع الغض عن المعاوضة، ومن المعلوم أن عمل الحرِّ - قبل المعاوضة عليه باجارة أو صلح - ليس مالاً، بل مالته تتوقف على المعاوضة عليه، فالخياط بمجرد معرفته بالخياطة ليس ذا مال، وإنما يصير كذلك إذا ملكه عمله للغير بعوض.

ويكشف عن عدم مالية عمل الحرِّ - في حد ذاته - ما ذكرناه في مسائل:

الأولى: في الاستطاعة المالية للحج، حيث لا يُعدُّ الكسبُ المحترِفُ مستطعاً من ناحية كسبه و صنعته، و تتوقف استطاعته المالية على أن يؤجر نفسه للغير - قبل الحج - بما يفي بمؤونة حجه، فلو خرَّج مع الرُّفقة ولا يجد ما يبيع به لا يجب عليه أن يؤجر نفسه في الطريق بما يكفي لنفقته، لأنه تحصيل للاستطاعة، ومن المعلوم عدم وجوب تحصيلها. ولو كان نفس عمل الحر وصنعته مالاً - سواء آجر نفسه للغير أم لا - لكان مستطعاً قبل الاجارة و واجداً لما يبيع به، وَ وَجَبَ عليه إجارة نفسه مقدّمةً لأداء الحج الواجب عليه.

فان قلنا<sup>(١)</sup>: إنه قبل المعاوضة عليه<sup>(٢)</sup> من الأموال فلا إشكال، وإلا<sup>(٣)</sup>

الثانية: في ضمان حابس الحرّ الكسوب لمنافعه الفائتة منه في الحبس، حيث فضلوا بين كون المحبوس أجيراً لغيره - قبل الحبس - فيضمنها الحابس، وبين عدم كونه أجيراً فلا يضمنها. ولو كان ذاتُ عمله ومنفعته متصفّةً بالمالية لزم تغريم الحابس مطلقاً، ولم يبق وجه للتفصيل المزبور.

الثالثة: في حجر المفلس، حيث إنه محجور بالنسبة إلى أمواله، لتعلق حق الغرماء بها، وليس محجوراً بالنسبة إلى أعماله. ولو كانت أعماله أموالاً لكان محجوراً بالنسبة إليها أيضاً. والمحاصل: أن التردد في صدق المال على عمل الحرّ - قبل المعاوضة عليه - يكتفي في المنع عن جعله عوضاً في البيع، ولا يلزم الجزم بعدم ماليته، لوضوح مانعية الشك في المالية عن التمسك باطلاق أدلة الامضاء، لكونه من الشك في موضوع الدليل. هذا توضيح كلام المصنف رحمته في عمل الحرّ، ومحصله: عدم صلاحية عمل الحرّ لوقوعه ثمناً في البيع، وذلك لمقدّمتين:

الأولى: عدم كون عمله في حدّ نفسه مالاً، و البيع مبادلة بين مالين. ثانياً: أنه يعتبر مالية العوضين قبل البيع، ولا يكتفي إتصاف عمل الحرّ بالمالية بنفس البيع.

وقد ظهر مما ذكرناه وجهٌ تقييد العمل بكونه عمل الحرّ، وهو الاحتراز عن عمل العبد، فإنه مالٌ مملوكٌ لمولاه بلا ريب كما تقدم.

(١) هذا وجه تصحيح جعل عمل الحرّ - كسائر المنافع - ثمناً في البيع، وكأنه قال: «و أما عمل الحر ففيه وجهان فان قلنا . . .» وكيف كان فقد عرفت توضيح وجه الصحة بقولنا: «و وجه الأول إنطباق تعريف البيع عليه . . . الخ».

(٢) هذا الضمير و ضمير «انه» راجعان الى عمل الحرّ.

(٣) أي: وإن لم نقل بكون عمل الحر مالاً في حد نفسه - بل تتوقف ماليته على المعاوضة عليه - أشكّل وقوعه ثمناً في البيع. وقد عرفت وجه الاشكال بقولنا: «و وجه الثاني -

ففيه<sup>(١)</sup> إشكال، من حيث إحتال إعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة<sup>(٢)</sup>، كما يدلّ عليه<sup>(٣)</sup> ما تقدّم عن المصباح (\*).

وهو البطلان - إحتال اعتبار...».

(١) أي: ففي جواز كون عمل الحُرّ عوضاً في البيع إشكال، منشؤه إحتال إشتراط البيع بمالية العوضين ذاتاً، لا حدوث المالية لهما أو لأحدهما بالبيع.

(٢) أي: قبل المعاوضة البيعية، يعني: سواء استؤجر على عمله قبل البيع أم لم يُستؤجر عليه، فليس المراد بكلمة «المعاوضة» هنا مطلق المعاملة، إذ لو أجز الحُرّ نفسه لخياطة ثوبٍ فقد صحّ أنه عاوضَ على عمله، فيقع عمله المملوك للمستأجر عوضاً عن المبيع.

(٣) أي: على إعتبار كون العوضين مالاً قبل إنشاء البيع. ووجه دلالة تعريف المصباح عليه هو: أن «مبادلة مال بمال» مؤلّفة من موضوع ومحمول، فالموضوع هو المالان، والمحمول هو المبادلة بينهما، ولا ريب في ظهور التعريف في وقوع المبادلة بين المالين الفعليين، لا بين ما سيصير مالاً بنفس البيع، ولو فرض عدم هذا الظهور كان نفس الشك في الموضوع كالقطع بانتفائه في عدم جواز التمسك بدليل الامضاء.

(\*): لا يخفى ظهور المتن في أن المراد بعمل الحُرّ هو فعله بمعناه المصدرى كما مثلنا له بالخياطة ونحوها من الحُرّف، كما أنّ منشأ تردّد المصنف رحمته في كونه عوضاً في البيع هو عدم إتصافه بالمالية قبل المعاوضة عليه، لا عدم كونه ملكاً.

وقد يقال: إنّ المقصود من العمل معناه الاسم المصدرى، وهو أثره ككون الثوب مخيطاً، وتوضيحه: أن المالية صفة وجودية تنتزع من الموجود، و فعلية الأمر الانتزاعي وشأنية منشئه غير معقولة، والعمل المتصف بالمالية بعد المعاوضة عليه هو الأثر، ضرورة كون العمل قبل الشروع فيه وبعد الفراغ منه معدوماً، وهو في حال التلبس به معدوم أيضاً بمقتضى تدرجه في الوجود وعدم كونه قازاً، والمعدوم ليس بمالٍ. فما يقبل الانصاف بالمالية

هو أثره المحسوس كالخياطة والصباغة، وهذا بخلاف ما لا يبقى أثره كصلاة الأجير و صومه، فإن صدق المال عليه مشكل، هذا ما قيل.

لكنك خبير بإمكان إتصاف المعدوم بالمالية والمملوكية، كما في الكلي المبيع، والتمن في النسيئة، والمنفعة المتدرجة الوجود في باب الاجارة. ولو سلم قيامهما بالموجود العيني لا الاعتباري لم يكن وجه لصرف العمل عن معناه الخدثي الى أثره بعد ظهور الكلام بل صراحته في إرادة جعل العمل - بما هو صنف من طبيعي المنافع - عوضاً في البيع، ومن المعلوم كون المنفعة متصرمة الوجود لا قرار لها، ولازمه الالتزام بمنع مالية مطلق المنافع، لا خصوص عمل الخُرّ، وهو كما ترى.

ثم إن الاشكال في عمل الخُرّ كما ينشأ من التردد في ماليته أو الجزم بعدمها، فكذا ينشأ من إنتفاء ملكيته، لعدم كونه مضافاً إليه بإضافة الملكية الاعتبارية، مع أن البيع مبادلة المالكين في الملكية، ويظهر من بعض أهل النظر حمل المتن - من الشك في المالية - على إنتفاء الملكية بين الخُرّ وعمله، وإن كان هذا التنزيل خلاف الظاهر جداً.

**وكيف كان فالمسألة ذات وجوه:**

أحدها: كون عمله مالاً مطلقاً سواء أكان قبل المعاوضة عليه أم بعدها، كما يظهر من تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته أ. ثانياً: عدمه كذلك.

ثالثها: التفصيل بين وقوع المعاوضة عليه وعدمه كما في المتن.

رابعها: التفصيل بين عمل الكسوب وغيره كما مال إليه السيد رحمته ب.

ولا يبعد أن يقال بمالية عمله مطلقاً، لصدق حدّ المال عليه من «كونه شيئاً يبذل بازائه المال» أو «شيئاً يذخر لوقت الضرورة والحاجة» أو «شيئاً يجري فيه الشح» فعمل الخُرّ كعمل

أ: المكاسب والبيع، ج ١، ص ٩٢

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٥

العبد في الرغبة والنفعة والأثر، فكما لا تكون المعاملة على خدمة العبد سفهية، فكذا على عمل الخبز، ولذا يصح جعله صداقاً في النكاح، وأخذ العوض بازائه في الاجارة والصلح. والجزم بعدم ماليته قبل المعاوضة عليه أو الشك فيها إما أن يكون لاختصاص المال بالأعيان ذوات المنافع، وإما أن يكون لتقوم مالية الشيء بوجوده فعلاً لا قوة. وكلاهما ممنوع كما مرّ آنفاً، وفي بحث جعل مطلق المنفعة عوضاً في البيع. بل يمكن الالتزام بصحة وقوعه عوضاً في البيع - قبل المعاوضة عليه - مع اعتبار مالية العوضين، لكفاية ماليته بنفس البيع كما تقدّم في تصوير الملكية الأناثانية في بيع الكلّي سلفاً ونحوه.

وأما إشكال عدم تملك الانسان لعمل نفسه بالملكية الاعتبارية فيه: - بعد تسليم إعتبار الملكية بهذا المعنى في صحة المعاوضة - أن البيع مبادلة مال بمال، لا مبادلة مال مملوك بمثلته، بشهادة جواز بيع الوقف عند طرء المسوغ، و شراء الحاكم الشرعي آلات البناء للمساجد مثلاً بسهم سبيل الله، مع أنه ليس ملكاً لأحد.

و عليه فلا مانع من جعل عمل الخبز عوضاً في البيع بعد صدق المال عليه عرفاً. وأما ما تقدم في التوضيح - من الاستشهاد على عدم مالية عمله قبل المعاوضة عليه بمسألة الاستطاعة و ضمان الحابس و نحوهما - فلا ينفي ماليته، بل مالكيته لعمله بالملكية الاعتبارية العقلانية.

توضيحه: أما الاستطاعة فلأنها - كما يظهر من أخبارها - منوطة بوجودان نفقة الحج فعلاً من الزاد والراحلة و نحوهما من المؤن، و عدم كفاية مجرد التمكّن من تحصيلها، ففي معتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام تفسير السبيل بقوله عليه السلام: «أن يكون له ما يحجّ به» و في معتبرة هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام في تفسير آية الاستطاعة: «من كان صحيحاً في بدنه

مخلى سربه، له زاد وراحلة<sup>١</sup> وأحدهما غيرهما<sup>٢</sup>، و ظهور اللام في الملك مما لا يُنكر، و من المعلوم أنه لا يصدق على أرباب الأعمال - قبل المعاوضة عليها - أنهم مالكون للأموال. وإضافة العمل الى الخُر ليست كإضافة الكتاب الى زيد إعتباراً في «كتاب زيد» بل من إضافة الغرض الى موضوعه في القيام به تكويناً. نعم للخُر سلطنة على تمليك عمله للغير، لكونها - كما أفيد - من مراتب سلطانه على النفس بجمع شؤونها.

فان قلت: إن مقتضى نصوص الاستطاعة و إن كان ملك الزاد و الراحلة فعلاً، و عدم كفاية القدرة على تحصيلها في وجوب الحج، إلا أن الخُر الكسوب و ذا الصنعة ممن يستطيع الحج أيضاً، و ذلك لأن الأخبار المفسرة للاستطاعة كما ورد فيها ما يكون ظاهراً في ملك النفقة فعلاً كقوله عليه السلام: «له ما يحج به» كذلك ورد فيها كفاية وجدان المؤمن، كما في رواية حذيفة بن منصور عن أبي عبدالله عليه السلام: «ان الله عز وجل فرّض الحج على أهل الجدة...»<sup>٣</sup>.

و مادة الوجود و الوجدان و إن كانت ظاهرة في حصول الشيء فعلاً، فهي مساوقة لقوله عليه السلام: «له ما يحج به». إلا أن هذا المضمون ورد أيضاً في نصوص زكاة الفطرة الظاهرة في حصر المكلفين في صنفين، أحدهما من يجب عليه أن يزكي و هو «الواجد و الغني و ذو المِرَّة»، و ثانيهما من لا يجب عليه ذلك، و هو «الفقير و من لا يجد».

ففي رواية عبيدالله بن ميمون عن أبي عبدالله عن أبيه عليه السلام: «قال: ليس على من لا يجد ما يتصدق به حرج»<sup>٤</sup>. و في رواية الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: قلت له: لمن تحل

أ: وسائل الشريعة، ج ٨، ص ٢٣، الباب ٨ من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الحديث: ٧

ب: المصدر، الحديث: ١ و ٤ و ٩

ج: وسائل الشريعة، ج ٨، ص ١١، الباب ٢ من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الحديث: ٢، و نحوه الحديث

٤ و ٥

د: وسائل الشريعة، ج ٦، ص ٢٢٢، الباب ٢ من أبواب زكاة الفطرة، الحديث: ٢

الفترة؟ قال: لمن لا يجد، و من حلت له لا تحلّ عليه، و من حلّ عليه، لم تحلّ له<sup>أ</sup>.  
 و ظاهرهم حمل الوجدان على التمكن و القدرة على تحصيل المال، لا مالكته فعلاً،  
 قال السيد عليه السلام في العروة: «و كذا لا يجوز - يعني أخذ الزكاة - لمن كان ذا صنعة أو كسب يحصل  
 منهما مقدار مؤونته»<sup>ب</sup> و مقتضاه عدم كون الخبز المحترف فقيراً مستحقاً للزكاة، بل هو غني  
 بمجزّد تمكنه من الكسب و إعمال صنعته، و أنّ فقده للنقد ليلة العيد لا يقدر في غناه  
 و واجديته لما يتصدّق به، و لا يوجب فقره و إستحقاقه للزكاة.

و عليه فليكن المراد من الوجدان في نصوص الاستطاعة المالية مجزّد القدرة على  
 تحصيل الزاد و الراحة، لا مالكيتها فعلاً بملك النقد و الثمن.  
 و الحاصل: أنه لا وجه للتفكيك بين الاستطاعة و الزكاة، فإما أن يراد من كلمة «يجد» في  
 المقامين فعلية المال، التي مقتضاها عدم وجوب الزكاة على الكسوب، بل هو مستحق لها، و إما  
 أن يراد منها في المقامين ما يعمّ القدرة على التحصيل، و لازمه وجوب الحجّ على الكسوب  
 الفاقد للنقود، القادر على تحصيلها بالعمل في الطريق.

قلت: لا منافاة بين المقامين، لأنّ «الجدة و الوجود و الوجدان» و ما يشتق منها غير  
 ظاهرة في الغنى و إصابة المال فعلاً، بل قد يراد بها ذلك و قد يراد بها اليسار و التمكن، و التعيين  
 منوط بالقرينة. و كذلك وردت في اللغة، ففي اللسان: «التهديب: يقال: وَجَدْتُ في المال -  
 وَجَدًا وَ وَجَدًا وَ وَجَدًا وَ وَجَدًا وَ وَجَدًا وَ وَجَدًا أَي: صرْتُ ذَا مَالٍ... وَ وَجَدًا... اليسار و السعة...»<sup>ج</sup> و في  
 المفردات: «و يُعْتَبَرُ عَنِ التَّمَكُّنِ مِنَ الشَّيْءِ بِالْوُجُودِ، نَحْوُ: أَقْتَلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ،  
 أَي: حَيْثُ رَأَيْتُمُوهُمْ... فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً، فَمَعْنَاهُ: فَلَمْ تَقْدِرُوا عَلَى الْمَاءِ، وَقَوْلُهُ: مَنْ وَجَدَكُمْ أَي:

أ: وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٢٢٤، الحديث ٩

ب: العروة الوثقى، ج ٢، ص ٣٠٦، كتاب الزكاة، الفصل السادس في أصناف المستحقين.

ج: لسان العرب، ج ٣، ص ٤٤٥

تمكنكم و قدر غناكم، و يعتبر عن الغنى بالوجدان و الجدة، و عن الضالة بالوجود...<sup>أ</sup>.  
 و في بعض أخبار التيمم تفسير وجدان الماء بالتمكن منه ولو بالشراء مع عدم إصابته  
 فعلاً، كرواية الحسين بن أبي طلحة عن العبد الصالح عليه السلام : «قال: فإن لم تجدوا بشراء و بغير  
 شراء»<sup>ب</sup> فالقدرة على تحصيل الماء بالشراء وجدانه حقيقة.  
 و الحاصل: أن هذا المبدأ يستعمل تارة في حضور الشيء فعلاً و القدرة الفعلية على  
 التصرف فيه، و أخرى في التمكن من تحصيله مع فقدته فعلاً. و يتوقف إستظهار كل منهما على  
 قرينة معينة.

و عليه فلا وجه لجعل نصوص الاستطاعة و زكاة الفطرة من باب واحد، لفرض إجمال  
 مادة الوجدان و الوجود، و احتمال إرادة اليسار و الغنى الفعلين، و إرادة القدرة على تحصيله.  
 و من المعلوم أن النصوص المشتملة على «لام» الملك كقوله عليه السلام : «له ما يحج به» ظاهرة جداً  
 في إصابة المال و القدرة الفعلية على التصرف فيه، و عدم كفاية التمكن من تحصيله، فتكون  
 قرينة على المراد من «الجدّة» في الأخبار المشتملة عليها. و لذا قال السيد تتبع في باب  
 الاستطاعة: «إذا لم يكن عنده الزاد، ولكن كان كسوباً يمكنه تحصيله بالكسب في الطريق لأكله  
 و شربه و غيرهما من بعض حوائجه هل يجب عليه أو لا؟ الأقوى عدمه، و إن كان أحوط مع.  
 و هذا بخلاف باب زكاة الفطرة، إذ لم يرد فيها ما يصرف اللفظ عن ظهوره في التمكن  
 من التحصيل، و لذا أفتوا بعدم كون الكسوب مستحقاً للزكاة لكونه ممن يجد المال.  
 و الحاصل: أن عمل الحرّ و إن كان مالاً عرفاً، إلا أنه لا يوجب الإستطاعة، من جهة إعتبار  
 وجدان المال فعلاً فيها، إتما بملك أو باباحة كما في الحج البذلي.

**وأما فرع ضمان حابس الحرّ ظلماً لما فات من منافعه عنه في الحبس، فتفصيله: أن في**

أ: مفردات ألفاظ القرآن، ص ٥١٣

ب: وسائل الشيعة، ج ٢، ص ٩٩٨، الباب ٢٦ من أبواب التيمم، الحديث: ٢

ج: العروة الوثقى، ج ٢، ص ٤٣٠، كتاب الحج، الفصل ٢ (شرائط وجوب الحج) الشرط الثالث، المسألة: ٥



## المسألة قولين:

أحدهما: - وهو المشهور بل المدعى عليه الإجماع - عدم ضمان منافعه .  
 و ثانيهما: الضمان، ذهب إليه المحقق الأردبيلي<sup>١</sup>، و وافقه جمع من أعيان الفقه الكالوحيد  
 البهبهاني و السيد الطباطبائي.

قال في الشرائع: «ولو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به، لأنّ منافعه في قبضته»<sup>٢</sup>. و علّق عليه صاحب الجواهر<sup>٣</sup> بقوله: «فضلاً عن غير الصانع، بلا خلاف أجده فيه. بل في الكفاية: هو مقطوع به في كلام الأصحاب، و إن عبّر في التذكرة بلفظ الأقوى مُشعراً باحتمال الضمان فيه. بل في مجمع البرهان: قوة ذلك، لقاعدة نفي الضرر مع كونه ظالماً و عادياً، فيندرج في قوله تعالى: ﴿من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ و ﴿جزاء سيئة سيئة مثلها﴾ و غيرها مما دلّ على المقاصة و العقاب بمثل ما عوقب به، فالضمان حينئذٍ لذلك، لالغصب الذي لا يقتضيه باعتبار عدم كون المغصوب مالاً تتبعه منافعه ولو شرعاً في الدخول تحت اليد و إسم الغصب و غيرها. و حكاة في الرياض عن خاله العلامة في حواشيه عليه، حيث قال: إن ثبت إجماعٌ على ما ذكره الأصحاب، و إلا فالأمر كما ذكره الشارح، و مال إليه في الرياض، حيث يكون الحابس سبباً مفوّتاً لمنافع المحبوس ... الخ»<sup>٤</sup>.

و المستفاد منه أنّ في المسألة قولين كما تقدم بيانه. و المهمّ صرف النظر الى أدلتهم،  
 فنقول: يمكن أن يستدل على الضمان بوجوده:

**الأول:** ما في كلام المحقق الأردبيلي<sup>٥</sup> من الآيات الدالة على جواز الاعتداء بمثل ما اعتدى، و جواز سيئة سيئة مثلها، و جواز القصاص بالعقاب بمثل ما عوقب به، بتقريب: أن

أ: مجمع الفائدة و البرهان، ج ١٠، ص ٥١٣

ب: شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٨٥

ج: جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٣٩

حبس الحُرِّ ظلماً إعتداءً عليه و عقابٌ و سبئةٌ، فيجوز المقاصَّةُ و العقابُ بمثل ما عوقب به أ. هذا.

لكن الظاهر أنَّ الحكم الوضعي - أعني به الضمان - أجنبني عن مساق الآيات، لكون العقاب بالمثل عبارة عن إيجاد عملٍ مماثلٍ لما عوقب به، و من المعلوم أنَّ العقاب بالمثل هو الحبس و نحوه من الاعتداء الذي وقع عليه.

إلَّا أن يقال: بصحة إطلاق العقاب و السبئة على كلِّ من الحرمة الوضعية و التكليفية، لأنَّ كلاً منهما سبئةٌ و إعتداءٌ، و عليه فالحبس ضامن، لكون ضمانه مماثلاً لحبسه.

**الثاني:** ما في كلامه أيضاً من الاستناد الى قاعدة نفي الضرر، فإنَّ نفويت المنفعة بلا تداركٍ ضررٌ منفيٌّ في الشريعة المقدَّسة، و هو أيضاً مفروض فيما إذا كان الضرر مسبباً عن الحبس، كتسبب الضرر عن استعمال الماء في الوضوء.

إلَّا أن يقال: إنَّ المقام من عدم النفع، لا الضرر الذي هو النقص، فلا يصح التمسك بقاعدة الضرر لإثبات الضمان.

و أمَّا منع جريانها في أمثال المقام بدعوى: «أنَّها نافية للأحكام التي ينشأ منها الضرر كوجوب الوضوء و لزوم العقد، و عدم الضمان ليس حكماً شرعياً حتى تجري فيه القاعدة» فغير مسموع، لأنَّ العدم غير القابل للرفع بالقاعدة هو العدم الواقعي كعدم الوجوب و عدم الحرمة، لانقضاء الجعل الشرعي، و أمَّا عدم الحكم بإنشاء كأن يقول الشارع: «لا يجب أو لا يحرم» فهو لكونه مجعولاً شرعياً تجري فيه الأحكام الثانوية، لوضوح كون الأعدام بعد التشريع مجعولةً ولو بالإمضاء، فإبقاء الشارع لها جعلها بقاءً لا إخبار ببقاء الأعدام الواقعية على حالها كما زعمه بعض. و هذا المقدار من الجعل كافٍ في نفيها بالقاعدة الامتثالية التي تقتضي حكومتها تقييد إطلاق كل ما يصح أن يُنسب الى الشارع. و من المعلوم أنَّ الحكم بعدم ضمان المنافع الفائتة في الحبس ضررٌ على الحُرِّ الكسوب الذي لولا حبسه لكان يُعوَّضها بالمال.

و عليه فالشبهة المانعة عن جريان القاعدة هنا هو كون الفائت منفعَةً، و لا يصدق «النقص» الذي هو المناط في جريانها.

وإن أمكن الخدشة فيه باختلاف الموارد، فقد يكون المحبوس ثرياً بحيث يُعدّ الفائت منه مدة حبسه منفعَةً، و لا يبدو نقص في أمواله أصلاً. و قد لا يكون كذلك، بل عليه العمل في كل يوم لإعاشة عياله بحيث يلزمه الإستدانة مدة حبسه للإئناق عليهم، فإنه لا ريب في صدق النقص عليه حينئذٍ، و لا مانع من جريان القاعدة في حقه.

**الثالث:** قاعدة التفويت أعني بها المنع عن الوجود، فإنّ الحبس يمنع عن وجود المنفعة، فيضمنها الحابس. و هذا يُفرض فيما لو كان فواتُ المنفعة مسبباً عن الحبس، لا عن تساهل المحبوس، كما إذا حبسه الظالم في مكان يمكنه العمل فيه، لكنه أهمل و لم يعمل باختياره و إرادته، لا لمناعية الحبس عن عمله، لأنّ التفويت إيجاد المانع عن الوجود، و عنوان المانع لا يصدق إلا بعد وجود المقتضي - و هو إرادة الوجود - إذ العدم يستند إلى أسبق علله أعني به عدم المقتضي، لا إلى وجود المانع، و لذا لا يصحّ أن يستند عدم إحتراق الثوب مثلاً إلى الرطوبة مع عدم وجود النار، بل يستند إلى عدم المقتضي له كما لا يخفى.

و قد ظهر أنّ المناط في ضمان المنافع الفائتة هو صدق التفويت أي المنع عن الوجود، في قبال قاعدتي الاستيفاء الذي هو إستخراج المنافع من القوة الى الفعل، و الائلاف الذي هو إعدام الموجود، هذا.

و لا يخفى أنّهم عبّروا - في قبال فوت منفعه في الحبس - تارةً بالانتفاع كما في الشرائع، و أخرى بالاستخدام كما في الارشاد، و ثالثةً بالاستعمال كما في شرحه للمحقق الأردبيلي<sup>أ</sup>، و رابعةً بالاستيفاء كما في التذكرة، و الكل صحيح.

لكن في عبارة التذكرة مسامحة، حيث قال: «منفعة الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات...»<sup>ب</sup> ثم فسّر التفويت بالاستيفاء و الاستعمال، و الفوات بمجرد عدم تحقق المنفعة.

أ: مجمع الفائدة والبرهان، ج ١٠، ص ٥١٣

ب: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٢

و الظاهر أنّ هذا مجرد اصطلاح، وإلا فظاهر التفويت هو الفوت المستند الى قاهر خارجي، بخلاف الفوت الظاهر في عدم المقتضي لوجود المنفعة، والأمر سهل.

**الرابع:** ما أفاده سيّدنا الخوئي رحمته من السيرة العقلانية القطعية على تضمين مانع الحرّ الكسوب عن عمله بحيث لولا منعه عنه لكان يكتسب المال<sup>أ</sup>.

و الظاهر إستقرار سيرتهم على التّغريم و عدم إقتصارهم على مجرّد اللّوم و التوبيخ، فالمنافسة في أصل السيرة لا تخلو من مكابرة. إنّما الكلام في الإمضاء. و لا يبعد كونها من السّير المرتكزة عندهم مرّ الأعصار، من حيث كون الانسان مدنيّاً بالطبع مع الغضّ عن تدبّئه بشريّة، و ليست من السّير الحادثة بعد عصر التشريع حتى يدعّى توقّفها على الإمضاء، بل الردع عنها منوط بالبيان، و حيث لا رادع شرعاً عنها فهي ممضأة، مضافاً الى وفاء الأدلة المتقدمة بامضاءها.

نعم لو نوقش في الأدلة المتقدمة و تمّ الاجماع المتضافر نقله في الكلمات على عدم الضمان أمكن جعله رادعاً عن هذا البناء العملي. لكن الاعتماد عليه مشكل كما سيأتي.

هذا كله في أدلة الضمان، و قد ظهرت تماميتها في نفسها لولا وجود المعارض و هو الدليل النافي للضمان.

و يستدل على عدم الضمان - كما في الجواهر - تارةً بنفي الخلاف، بل دعوى قطع الأصحاب بذلك كما في كفاية الفاضل السبزواري رحمته من قوله: «و المقطوع به في كلام الأصحاب أنّه لو حبس صانعاً حرّاً مدّة لها أجره لم يضمن أجره ما لم يستعمله، لأنّ منافعه في قبضته»<sup>ب</sup>. و نحوه كلام العلامة في التذكرة.

و أخرى: بأن منافعه تابعة لما لا يصحّ غصبه، فأشبهت ثيابه و أطرافه. و ثالثاً: بأنّ منافعه في قبضته، لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد المضمّنة، فمناफعه تفوت

أ: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٣٦

ب: كفاية الأحكام، ص ٢٥٥؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٢

تحت يده، فلم يجب ضمانها، بخلاف الأموال، هذا.

و الظاهر رجوع هذا الوجه الى سابقه، لأن تبعية المنافع لما لا يصح غصبه - كالحُرّ - تستلزم كون المنافع تحت قبضة نفس الحُرّ، هذا.

**وكيف كان** ففي الوجوه المتقدمة ما لا يخفى. أما الاجماع ففيه: أنه لا عبرة به حتى لو سُلم إتياف الكُلّ على الفتوى، لكونه معلوم المدرك، وذلك لتعليل عدم الضمان في كلام المجمعين بمثل «لأن منفعه في قبضته» أو «لأن الحُرّ لا يدخل تحت اليد». ومن المعلوم ظهور التعليل في أنّ المتفق عليه ليس عدم ضمان منافع الحُرّ بعنوانه، بل المجمع عليه كبرى عدم ضمان ما لم يقع تحت اليد، فطُبق هذا العموم على منافع الحُرّ. ولا ريب في أنّ مثله غير مجد، إذ لا يستند القائل بالضمان الى قاعدة اليد حتى توجب المناقشة في الضمان اليدي إنكار أصل الضمان المستند إلى وجوه أخرى. ولذا ذهب المحقق الأردبيلي رحمته إلى الضمان، لجواز الإعتداء على الظالم بمثل ما اعتدى، ولدفع الضرر ونحوهما، مع إطلاعه على كون المسألة إتفاقية بينهم، لقوله: «و لعلهم ليس لهم خلاف فيه».

و الحاصل: أنّ حجية الاجماع تتوقف على كشفه عن رأي المعصوم عليه السلام أو عن حجة معتبرة، و المفروض إستناد المجمعين في المقام الى قصور حديث «على اليد» عن شموله للمنافع، و من المعلوم عدم منافاته لما إذا قيل بالضمان بدليل آخر غير اليد.

و أما الوجه الثاني - و هو تبعية المنافع لما لا يصح غصبه - ففيه: أنّ الضمان المدعى ليس لتبعية المنافع للمغصوب حتى يقال: إن الحُرّ لا يصح غصبه، بل لقاعدة التفويت و غيرها مما دُكر.

و أما الوجه الثالث - و هو أن منفعه في قبضته - ففيه: أن منفعه تفوت بالتفويت الذي هو من موجبات الضمان، و هذا أجنبى عن التعليل بعدم دخول الحر تحت اليد، إذ ليس الإشكال في الضمان من ناحية دخول المنافع تحت اليد و عدمه حتى يقال: بعدم دخولها تحتها

تبعاً لعدم وقوع نفس الخُرّ تحت اليد.

والاشكال على ضمان المنافع الفاتنة بغير إستيفاء تارة بعدم كونها مالاً، لأنّ المالية صفة وجودية ولو بوجود منشأ إنتزاعها، فلا تنتزع من المعدوم. وأخرى بعدم صدق المال عرفاً على عمل الحر، ولذا لا يقال: إنه ذو مال، ولأجله لا يصدق عليه المستطيع حتى يجب عليه الحج، ولا يضمن عمله إذا حبسه الظالم، إلا إذا قُدّر بمال كما اذا صار أجيراً للغير، فإنّ عمله حينئذ مال له كما لا يخفى.

مندفع، إذ في الأول: أنّ الوجود ليس مقوّمًا لمالية المال، ولذا يحمل عليه الوجود تارة والعدم أخرى، فيقال: المَنّ من الحنطة مثلاً موجود أو معدوم، فلو كان الوجود مقوّمًا لها لم يصح حمل الوجود والعدم على الشيء المتصف بالمالية كالمَنّ من الحنطة، وعليه فالمقوّم للمالية هو الوجود الاعتباري لا الخارجي.

والحاصل: أنّ الذمة أو الخارج ظرف لوجود المال لا مقوّم لمالته.

وفي الثاني: بعد النقص بالمبيع والتمن الكليين الذميين والمنافع العملية في الاجارة - أنّ غاية ما يقتضيه هذا الوجه هو نفي إضافة الملكية الاعتبارية، وعدم كونه ذا مال، لا نفي المالية. وذلك لأنّ المالية والملكية إعتباران عقلانيان، تنتزع الأولي من الشيء باعتبار ما فيه من الخصوصية الذاتية الموجبة لميل الناس إليه وتنافس العقلاء عليه، وبذلهم الأموال بازائه، فإنّ المَنّ من الحنطة في حدّ نفسه ليس كالمَنّ من التراب في إنتزاع إعتبار المالية عن الأول باعتبار ما فيه من الخصوصية، دون الثاني. والمالية وإن كانت صفةً وجوديةً، لكنّها إعتبارية، والشيء المتصف بالمالية الذاتية يكون موجوداً تارةً، ومعدوماً أخرى.

نعم فعليه بذل العقلاء مالاً بازائه موقوفة على تقدير وجوده في الذمة، أو تقدير وجوده بوجود العين كالمنفعة التي هي من حيثيات العين وشؤونها.

وتنتزع الثانية - أعني بها إضافة الملكية الاعتبارية - من كون الشيء المسمّى بالمال مضافاً إلى شخص بالأصالة كمالكية السيد لرقبة مملوكه، أو بالتبع كمالكيته لمنفعة عبده بتبع

رقبته. فالمن من الحنطة قبل التعهد، والمباحات قبل الحيازة وعمل الخبز قبل المعاوضة عليه أموالاً، وليست أملاكاً بالملكية الاعتبارية، وإن كان بعضها كعمل الخبز مضافاً إلى صاحبه بالملكية الذاتية التكوينية، فإن عمل كل شخص ونفسه ودمته مملوكة له ملكية ذاتية، وهذه المرتبة من الملكية فوق الملكية الاعتبارية ودون الملكية الحقيقية التي هي له تعالى بما أنه فاعل ما منه الوجود، ولأوليائه عَلَيْهِ السَّلَامُ بما أنهم فاعل ما به الوجود.

والمراد بالملكية الذاتية السلطنة على التصرف في نفسه وشؤونها، لحكم الوجدان والضرورة والسيرة العقلانية بتسلط كل أحد على عمل نفسه وما في ذمته، وأن له السلطنة على تملك عمله بالابحاد وغيره، وبيع ما في ذمته، وهذه السلطنة ممضاة شرعاً وغير مردوع عنها. فالسلطنة الذاتية موضوع للسلطنة على إيجاد الملكية الاعتبارية إلا ما خرج بالدليل، كعدم سلطنته شرعاً على التملك الاعتباري بالنسبة إلى بعض المملوك الذاتي كالخمر المصنوع له، وآلات اللهب التي صنَّعها، فإن الشارع ألغى الملكية الاعتبارية فيها. وبالجملة: فالملكية الذاتية لعمل الحر ثابتة، ودون الملكية الاعتبارية، إذ لا مجال لها مع الملكية الحقيقية، للغيريتها وكونها من تحصيل الحاصل.

وقد تحصل مما ذكرناه أمور:

**الأول:** أن عمل الخبز مال عرفي مملوك له بالملكية الذاتية التكوينية التي هي السلطنة على النفس والذمة بتملك عمله وما في ذمته للغير، وليس مملوكاً له بالملكية الاعتبارية. فيشترك عمل الخبز والعبد في المالية والملكية الذاتية، ويفترقان في إضافة الملكية الاعتبارية، حيث إن عمل العبد مع كونه مملوكاً لنفسه ذاتاً - مملوك لسيدته تبعاً لرقبته بالملكية الاعتبارية، كسائر الأعيان المملوكة له كالدار والذابة ونحوهما. بخلاف عمل الخبز، فإنه مملوك له بالملكية الذاتية دون الاعتبارية، إلا بعد تملكه للغير بإجارة أو غيرها، فإنه يصير حينئذ مملوكاً للمستأجر كملوكية عمل العبد لمولاه. ومقتضى مملوكية عمل العبد لمولاه وجوب الحج على المولى إن كان عمله مساوياً لمال يفي بالحج، واجتمع سائر شرائط وجوبه.

**الثاني:** أن عمل الحُرّ مال عرفاً، فلا مانع من جعله ثمناً في البيع الذي هو مبادلة مالٍ بمالٍ، إذ ليست الملكية الاعتبارية شرطاً في صحة البيع العرفي ولا الشرعي، فليس البيع مبادلة مالٍ بمملوكٍ بالملكية الاعتبارية بمالٍ كذلك، بل هو مبادلة المالين العرفيين.

**الثالث:** أن عدم حصول الاستطاعة - التي يترتب عليها وجوب الحج - بعمل الحُرّ إنما هو لأجل دخل الملكية الاعتبارية أو الإباحة في حصول الاستطاعة، وعدم كفاية الملكية الذاتية في حصولها، فراجع نصوص الاستطاعة كما أشرنا إلى بعضها.

**الرابع:** أن مقتضى مالية عمل الحُرّ عرفاً ضمانه بالتفويت، إلا أنه قد ادّعى ظهور أدلة الضمان في إعتبار إضافة الملكية الاعتبارية فيه، ولذا قال في الشرائع في عبارته المتقدمة: «لو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به... الخ». لكنه يشكل المساعدة عليه، لأن حكمه بالضمان في صورة إنتفاع الحابس به إن كان لأجل كون المنفعة ملكاً إعتبارياً للحُرّ، ففيه ما لا يخفى، لما عرفت من أن مالكية الشخص لعمله ذاتية لإعتبارية.

وإن كان لأجل كفاية الملكية الذاتية في الضمان وعدم إناطته بالملكية الاعتبارية فقد ثبت المطلوب.

و الحاصل: أن قاعدة اليد أو الاتلاف أو الاحترام أو غيرها من موجبات الضمان - لو سلّم دلالتها على إعتبار الملكية الاعتبارية في الضمان - يمكن أن يقال: إن مقتضى الجمع بينها وبين ما دلّ على جواز الاعتداء بالمعاملات والتفاسد به ونحوه مما يدل على الضمان من دون تقييد بالملكية الاعتبارية هو: أن المضمون لا بد أن يكون مضافاً إلى شخص أو هيئة حتى تقوم تلك الإضافة بالمضمون به، فإذا أنفقت الزكاة أو الخمس أو عوائد الوقف الخاص - كالوقف على الذرية، ومثله الوقف على العناوين كالفقراء والزوّار والعلماء - قامت إضافة الوقفية ببديل التالف، ويتصف البديل بالعنوان الذي كان قائماً بالمبدل التالف.

و لا فرق بين كون الإضافة ذاتية وإعتبارية، إلا إذا ألغى الشارع مالية المملوك الذاتي كالخمر، فإن المسلم إذا صنعه كان مالاً لها بالملكية الذاتية، لكن الشارع أسقط ماليّتها المعترية



في الضمان، فلا يضمنها المسلم إذا غصبها من مسلم. فالملكية الذاتية توجب الضمان ما لم يبلغ الشارع مآلته المملوك الذاتي. ولذا نقول بضممان منافع الخبز إذا استوفاهما الحابس، مع أن عمل الخبز قبل وقوع المعاوضة عليه - مع كونه مالاً - ليس ملكاً لأحدٍ بالملكية الاعتبارية.

ولو كان الضمان منوطاً بالملكية الاعتبارية لزم الاقتصار في ضمان الحابس على ما إذا قُدِّر عمله بأجارة أو صلح، وعدم تضمينه بمجرد الاستيفاء. مع أن ضمانه في مورد الانتفاع به لعله إجماعي عندهم، مستدلّين عليه «بأنه أخذَ منه ماله بلا عوض، فكأنه غَصَبَ منه مالاً وحقاً أو أتلّفه، فيضمن».

مع أن الضمان لو كان دائراً مدار غصب المال المضاف إلى ملكه بالملكية الاعتبارية أو إتلافه توجّه سؤال الفرق بين استخدام الخبز قهراً واستعماله و بين منعه عن العمل، إذ المفروض عدم كون عمله ملكه بالملكية الاعتبارية ما لم تقع معاوضة عليه، بل هو مملوك له ذاتاً، فكيف يحكم بضممان الحابس لو استعمل الخبز؟

وقد مرّ أن سبب الضمان غير منحصر في اليد حتى يوجّه ضمان الحابس في صورة الاستخدام بوضع اليد العادية عليه، دون ما إذا منعه عن العمل، لعدم صدق وضع اليد عليه. هذا.

**الخامس:** أن عمل الخبز الصانع المحبوس مضمونٌ على الحابس إذا لم يكن مانع عن وجود عمله إلا الحبس، بمعنى أن يكون المقتضي لوجوده - وهو إرادة الخبز لايجاد العمل - موجوداً، ولم يكن مانع عن وجوده إلا الحبس بحيث يتصف الحبس بالمانعية والتفويت، ويستند العدم إليه لا إلى عدم المقتضي.

ولا فرق في ذلك بين الحبس والمنع، لوحدة المناط وهو المانعية.

وعليه فما في الجواهر من قوله: «أما لو منعه من العمل من غير حبس، فإنه لا يضمن منافعه وجهاً واحداً، لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالخبر أولي». وكذا ما ذكره بقوله: «على أن التسبب الذي ذكره - يعني صاحب الرياض - إنما يقتضي الضمان إذا تعلق بتلف الأموال، و منفعة الخبز معدومة، فلا يتصور التسبب لتلفها». إلى أن قال ما محصله: «أنه لو بُني

على شمول قاعدة الضرر و غيرها من الآيات للفرض و هو ضمان عمل الحُرّ المحبوس لأثبتت فقهاً جديداً، لاقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله، و غير ذلك مما عرفت عدم القول به من العامة الذين مبنى فقههم على القياس و الاستحسان، فضلاً عن الامامية الَّذِينَ مبنى فقههم على القواعد المقررة الثابتة من أهل بيت العصمة عَلَيْهِ السَّلَامُ، فلا وجه للضمان في الفرض كما قطع به الأصحاب، لأنَّ الحُرّ لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعاً، بل منافعه في قبضته ككتابه باقية على أصالة عدم الضمان و ان ظلم و أثم بحبسه أو منعه أ في غاية الاشكال، لعدم إستلزام القول بالضمان فقهاً جديداً، فإنَّ التفويت من موجبات الضمان. و معدومية عمل الحر لا تقتضي سقوطها عن المالية كما مرّ مفصلاً، و الاجماع المدعى على نفي الضمان في الحبس و المنع معلوم المدرك، فلا يصلح للاعتماد عليه و لالردع السيرة العقلانية على تغريم المانع عن الكسب و العمل.

كما أنّ تخصيص السيرة - في كلام السيد الخوئي رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِ - بالمنع دون الحبس لم يظهر له وجه، إذ لا فرق في بنائهم على التغريم بين الحبس و مجرد المنع عن العمل. ولو أريد رعاية الاجماع المنقول على عدم الضمان في الحبس فقبل بالضمان في المنع خاصة دون الحبس ففيه ما لا يخفى، ضرورة ظهور كلام العلامة رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِ في التذكرة «بعدم الضمان وجهاً واحداً» - مع تعبيره بالأقوى في الحبس - في إتفاق عامّة المسلمين على نفي الضمان في المنع دون الحبس، و مثله أولن بالرعاية في الفتوى، و عدم مخالفته.

و لعل مقصوده رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِ من المنع عن العمل ما يشمل الحبس، أي تفويت المنافع عليه قهراً، و هو مورد بناء العقلاء على الضمان، و قد أمضاه الشارع ولو بعدم الردع، بعد ما عرفت من قصور ما استدل به على نفي الضمان.

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بعمل الحر.

وَأَمَّا الْحَقُوقُ<sup>(١)</sup> [ الأخر ]

## أقسام الحقوق ووقوعها عوضاً في البيع

(١) معطوف على قوله: «وَأَمَّا عَمَلُ الْحُرِّ» ومقصوده تَبَيُّرُ تحقيق حال الحقوق من حيث قابليتها لوقوعها عوضاً في البيع وعدمها. وقد أشرنا في شرح قوله: «وَأَمَّا الْعَوْضُ» الى: أَنَّ الثمن في البيع - بعد عدم اشتراطه بكونه عيناً - يجوز أن يكون منفعةً، و وَقَعَ الخلافُ بينهم في عمل الحُرِّ والحقوق، وقلنا: إِنَّ البحث يقع في مقامات ثلاثة، و تقدّم الكلام في مقامين هو هما كون العوض منفعةً وحكم عمل الحر، وانتهى البحث الى المقام الثالث، وهو ما عنونه بقوله: «وَأَمَّا الْحَقُوقُ».

ثم إنه ينبغي بيان أمور ثلاثة قبل شرح المتن، فنقول وبه نستعين:

الأمر الأول: أَنَّ كلمة «الأخر» موجودة في بعض النسخ المصححة دون جميعها، والأولى حذفها، لعدم سبق ذكر لبعض الحقوق حتى يحرز بها عن سائر الحقوق. وعلى فرض وجودها في النسخة الأصلية بقلم المصنف أعلى الله مقامه لا بد من توجيهها إما بالإحتراز عن العين والمنفعة، لكونها من الحقوق بالمعنى الأعم حيث يقال: يحقُّ للمالك أن ينتفع، وللحرِّ المختار أن يعمل، فالمراد بالحق هو الفبوت. وإما بالإحتراز عن خصوص عمل الحُرِّ: إِذَا اسْتَحَقَّهُ شَخْصٌ بِالْإِجَارَةِ وَنَحْوِهَا مِنَ الْمَمْلُكَاتِ، فَيَكُونُ عَمَلُ الْحُرِّ بَعْدَ تَمَلُّكِ الْغَيْرِ لَهُ مِنَ الْحَقُوقِ، يَعْنِي يَسْتَحَقُّهُ الْمُسْتَأْجِرُ.

وكلا الأمرين لا يخلو من تكلف. واحتمل بعض الأجلة تَبَيُّرُ أن كلمة «الأخر» لم تذكر هنا، وإِنَّمَا يُنَاسِبُ وَقُوعُهَا أَوَّلَ الْقِسْمِ الثَّلَاثِ، بِأَنَّ كَانَتْ الْعِبَارَةُ هَكَذَا...: «وَأَمَّا الْحَقُوقُ فَان لَمْ تَقْبَلِ الْمَاعِوِضَةَ... وَأَمَّا الْحَقُوقُ الْآخِرُ الْقَابِلَةُ لِلانْتِقَالِ كَحَقِّ التَّجْمِيرِ...» والأمر سهل بعد وضوح المطلب.

الأمر الثاني: في معنى الحق، ولم يظهر من المتن تعريف عام لكافة الحقوق، لكنه في القسم الثاني منها جَعَلَ الْحَقَّ سُلْطَنَةً فَعَلِيَّةً، فَبِنَاءٍ عَلَى هَذَا التَّفْسِيرِ يَكُونُ ذُو الْحَقِّ سُلْطَانًا عَلَى الْمُتَعَلِّقِ، وَأَدْنَى مَرَاتِبِ السُّلْطَنَةِ هُوَ جَوَازُ إِسْقَاطِ حَقِّهِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ تَبَيُّرُ فِي الْخِيَارَاتِ. كَمَا فِي

مثل حق الخيار في العقود اللازمة أو الجائزة، فإنَّ ذا الخيار إما مالك لأمر العقد من حيث الفسخ والإمضاء، وإما لمتعلقه من حيث الرد والإسترداد.

والحق - بناءً على كونه سلطنةً - يُشارك الحكم المصطلح من التكليفي والوضعي في كونه مجعولاً شرعياً تأسيساً أو إمضاءً، ويُفارقُه في أنَّ الملاحظ في المحقوق نوع سلطنةً على المتعلق، بخلافه في الحكم، حيث لا يعتبر فيه إلا الرخصة وعدم المنع من الشيء، مثلاً يُطلق على جواز فسخ العقد بالخيار: أنه حقٌّ، وعلى جواز الرجوع في الهبة: أنه حكم.

و الوجه فيه أنَّ ذا الخيار إعتبره الشارع مسلطاً على أمر العقد، ومن آثار سلطنته جواز إسقاطه ورفع اليد عنه، ولكن الجواز في الهبة حكمي، بمعنى أنَّ الشارع رخص للواهب في الرجوع عن هبته، كترخيصه في سائر المباحات، ولم يعتبر سلطنةً على الرجوع، ولذا لا يرتفع هذا الجواز الحكمي بإسقاط الواهب، بل يبقى ما دامت العين الموهوبة باقيةً بعينها.

هذا معنى الحق، وقد ذكرناه بنحو الإجمال والإشارة، وإن شئت الوقوف على أنظار الأعلام في تعريفه فلاحظ التعليقة الآتية إن شاء الله تعالى بعد الفراغ من توضيح المتن.

الأمر الثالث: في ما هو المقصود من جعل الحق ثمناً في البيع، إذ يحتمل فيه وجهان: أحدهما: أن يراد بالحق نفس الإضافة الاعتبارية المعبر عن بعض أقسامها في المتن بالسلطنة الفعلية، ومعنى وقوع الحق عوضاً في البيع تفويض هذه السلطنة الاعتبارية إلى البائع بدلاً عن سلطنته على المبيع، فإذا باع زيد كتاباً من عمرو و جعلَ عمرو ثمنه حق الخيار الثابت له في معاملة أخرى، إنتقل حق الخيار إلى زيد، وصار كتابه ملكاً لعمرو.

ثانيهما: أن يراد بالحق متعلقه، بدعوى عدم قابلية نفس الحق - بمعنى الإضافة والسلطنة - للنقل إلى الغير، لأنَّ الإضافة نسبة قائمة بين طرفيها - وهما من له الحق، وما يتعلق به الحق - سواء أكان عيناً كالأرض المحجرة التي هي متعلق حق المحجر، أم منفعة أم عمل حرٌّ. هذا.

والظاهر أن مقصود المصنف رحمته من البحث عن حكم جعل المحقوق عوضاً هو

الإحتمال الأول، وذلك لوجهين:

الأول: أنه **يَبْرُكُ** تعرّض لحكم العوض في البيع، وأفاد جواز كونه عيناً - كالمعوض - ومنفعة - عدا عمل الحر - ثم تعرّض للبحث عن قابلية الحقوق لوقوعها عوضاً وعدمها. وهذا يقتضي أن يكون مراده من الحق نفس الإضافة أي السلطنة، إذ لو كان مقصوده منه متعلقه لما كان وجهاً لإفراد الحقوق بالبحث، فإن متعلق الحق إما عين كما في مثل حق التحجير والرّهانة، وإما منفعة كما في مثل حق الإستمتاع بالزوجة، وإما عمل حر كما في مثل حق الولاية وحق الحضانة، وليس متعلق الحق أمراً خارجاً عن هذه الأقسام حتى يختص بالبحث والنظر. وعليه فعقد أحكام الحقوق على حدة كاشف عن أن المبحوث عنه قابلية نفس الحق لوقوعه عوضاً، لا متعلقه.

الثاني: أن المصنف **يَبْرُكُ** إستشكل في وقوع الحقوق عوضاً في البيع - حتى ما يقابل بالمال في الصلح كحق التحجير - بدعوى إعتبار المالية في العوضين، وهي مشكوكة الصدق على الحقوق. ولو كان محطُّ البحث والنزاع متعلق الحق لما كان وجهاً للتشكيك في ماليّة حق التحجير، إذ لا ريب في ماليّة الأرض المحجّرة وتنافس العقلاء عليها، فلا بد أن يكون المقصود من الحق المشكوك ماليته هو نفس الإضافة الإعتبارية لا متعلقه.

وبهذا ظهر غموض ما في بعض الكلمات من «أن المراد عوضية متعلقات الحقوق بدعوى عدم قابلية نفس الحق للعوضية والمعوّضية» وذلك لآته على فرض تسليمه ليس بياناً لما أفاده المصنف كما تقدم.

إذا عرفت ما ذكرناه فنقول: إختلف الفقهاء **يَبْرُكُ** في صحة جعل الحقوق عوضاً في البيع، فذهب الشيخ الفقيه كاشف الغطاء **يَبْرُكُ** الى المنع مطلقاً، واختار صاحب الجواهر **يَبْرُكُ** الجواز كذلك. وفصل المصنف بين أقسام الحقوق فجزّم بالمنع في قسمين منها - وهما ما لا يقبل المعاوضة وما لا يقبل النقل - وتردّد في القسم الثالث وهو ما يقبل الإنتقال القهري والنقل بالصلح، وإن كان مآله الى عدم وقوعه عوضاً كالقسمين الأولين:

كما أنه **يَبْرُكُ** تعرّض في القسم الثاني للفرق بين بيع الدين ممن هو عليه وبين نقل الحق

فإن لم تقبل<sup>(١)</sup> المعاوضة<sup>(٢)</sup> بالمال كحَقِّ الحضانة والولاية<sup>(٣)</sup> فلا إشكال<sup>(٤)</sup>.

الى من عليه الحق، بجواز الأول دون الثاني، و سيأتي توضيح تمام ما أفاده بعونه تعالى.

### القسم الأول: الحقوق غير القابلة للإسقاط

(١) هذا هو القسم الأول من التقسيم الثلاثي للحقوق بنظر المصنف، وضابطه - على ما قيل - كل حق روعي فيه مصلحة غير من قام به الحق كحَقِّ الحضانة التي لوحظ فيه مصلحة الطفل من حيث تربيته وإصلاح شأنه، و كحَقِّ الولاية المراعى فيه مصلحة المولى عليه و غبطته، فليس زمام الحق في هذين الموردين بيد من له الحق وهو الأمّ والولي كالأب والجد حتى يجوز لكل منها التصرف فيه بنقله الى الغير أو إسقاطه للتخلص من تبعاته. فإذا اشترت الأمّ سلمة لم يميز لها جعل الثمن حق حضانتها لولدها، وكذا لا يجوز للولي جعل حق ولايته ثمنًا لمتاع يشتره من المولى عليه.

و الوجه في عدم جواز جعل هذا القسم عوضاً هو: أن البيع مبادلة مال بمال، وتمليك للغير، وهو غير محقق فيما كان الثمن هذا الصنّف من الحقوق، لفرض قيامه بذوي الحق و عدم إنفكاكه عنه، فهو غير قابل للإسقاط عمن عليه الحق فضلاً عن أن ينتقل الى غيره.

(٢) ظاهر كلمة «المعاوضة» هو المبادلة بين المبيع وبين الحق، لكنه غير مراد هنا بقريئة ما سيأتي في القسم الثاني من الحق غير القابل للنقل، فيكون المقصود بالمعاوضة هو إسقاط الحق، وإطلاق المعاوضة عليه من جهة وقوع إسقاط الحق عوضاً عن المبيع.

(٣) أي: حق الولاية للحاكم الشرعي و لساير الأولياء كالأب و الجدّ له.

(٤) يعني: فلا إشكال في عدم وقوع هذا القسم عوضاً في البيع، لعدم دخول شيء في ملك البائع الذي خرج المعوض عن ملكه.

وكذا<sup>(١)</sup> لو لم تقبل النقل

### القسم الثاني: الحقوق غير القابلة للنقل

(١) معنى: وكذا لا إشكال في عدم وقوع القسم الثاني من الحقوق عوضاً في البيع. والمقصود بهذا القسم هو الحق الذي استفيد من دليله جواز إسقاطه مجاناً ومع العوض، لكنه لا يقبل الانتقال الى الغير بحيث يقوم الحق بالمنتقل إليه على نحو قيامه بالمنتقل عنه.

ومثل المصنف رحمته له بحق الخيار وحق الشفعة، كما إذا باع زيد كتابه من عمرو بدينار على أن يكون له الخيار إلى شهر مثلاً، ثم أراد شراء سلعة من عمرو - وهو من عليه الخيار - يجعل الثمن حق الخيار الذي كان له في بيع الكتاب بدينار.

و الوجه في عدم قابلية هذا القسم من الحقوق لوقوعه عوضاً هو: تقوّم مفهوم البيع بالتملك من الطرفين، و حيث إن مثل حق الخيار لا ينتقل الى الغير، لامتناع إتحاد المسلط والمسلط عليه - كما سيأتي توضيحه - لم يصح جعله عوضاً. نعم لا بأس بأخذ المال بازاء إسقاطه عن عليه الخيار، لكونه قابلاً للإسقاط، بخلاف القسم الأوّل الذي دلّ دليله على عدم سقوطه عن يقوم به فضلاً عن إنتقاله الى الغير.

فإن قلت: لا وجه لجعل القسم الأوّل مقابلاً للقسم الثاني، فإن ما لا يقبل المعاوضة لا يقبل النقل المعاوضي الى الغير. و عليه فكل حق استفيد من دليله عدم قابليته لأخذ العوض بازائه كان غير قابل للنقل أيضاً، وكل حق دلّ دليله تشريعه على عدم نقله عن له الحق فهو غير قابل للمعاوضة عليه. و عليه ينبغي جمع القسمين تحت عنوان واحد، وهو ما لا يقبل المعاوضة و النقل.

قلت: قد أفاد بعض أجلة المحشين رحمته - و تقدمت الإشارة اليه - أن المعاوضة أعم من النقل، فالمراد بالحق غير القابل للمعاوضة هو ما لا ينتقل الى الغير، و لا يجوز إسقاطه أصلاً سواء أكان الإسقاط مجاناً أم بازاء عوض. و المراد بالحق غير القابل للنقل هو القابل لأخذ العوض بازاء إسقاطه.

و عليه فحصل الفرق هو قابلية القسم الثاني للإسقاط مطلقاً، و عدم قابلية القسم الأوّل له كذلك، فلا تداخل بين القسمين. كما أن القسم الثالث في كلام

كحق الشفعة<sup>(١)</sup> وحق الخيار، لأن<sup>(٢)</sup> البيع تمليك الغير.  
ولا ينتقض<sup>(٣)</sup> ببيع الدين

المصنف رحمته هو القابل للإسقاط وللانتقال القهري بالإرث، وللنقل الإختياري ببعض وجوهه كالصلح، ولكن يشكل جملة ثمناً في البيع.

(١) وهو إستحقاق الشريك الحصّة المبيعة في شركته، كما إذا كانت الدار مشتركة بين زيد و عمرو، فباع زيد حصّته من بكر، فيحدث لعمرو حقّ على البيع الواقع بين زيد و بكر، ويجوز له دفع الثمن الى بكر و ضمّ الحصّة المبيعة الى حصته. فلو اشترى عمرو من بكر كتاباً فهل يجوز له جعل ثمنه حقّ شفيعته من الدار حتى لا يتمكن من فسخ العقد الواقع بين زيد و بكر أم لا؟ قد أفاد المصنف رحمته عدم جوازه، لما تقدم من إناطة البيع بانتقال كل من العوضين الى ملك الآخر، و حيث كان الحق قائماً بصاحبه بحيث لا ينتقل الى غيره - وإن جاز إسقاطه - لم يتحقق الإنتقال الملكي.

(٢) هذا تعليل لعدم قابلية وقوع مثل حقّ الشفعة و الخيار - مما يقبل الإسقاط ولا يقبل النقل الى الغير - عوضاً في البيع، و محصله: كون البيع من نواقل الأملاك، فإذا تعذّر إنتقال الحق الى غير من له الحق لزم كون المبيع بلا عوض، و من المعلوم عدم صدق مفهوم البيع عليه حينئذ.

### الفرق بين إسقاط الحق و بيع الدين

(٣) يعني: ولا ينتقض عموم قولنا: «لأن البيع تمليك الغير» - في مقام تعليل عدم قابلية القسم الثاني من الحقوق لوقوعه عوضاً - ببيع الدين بمن هو عليه، إذ لا تمليك فيه، بل هو إسقاط لما في ذمة المديون.

و لا يخفى أن كلام المصنف هنا إلى آخر القسم الثاني من الحقوق تعريض بما أفاده صاحب الجواهر رحمته من تصحيح جعل الحقوق عوضاً في البيع، خلافاً لشيخه الفقيه كاشف الغطاء، و لمسيس الحاجة الى توضيح الأمر لا مناص من بيان مرام كل منهم قدس الله أسرارهم الزكيّة، فنقول و به نستعين: إن هنا مطالب ثلاثة، أولها كلام كاشف الغطاء، ثانيها مناقشة



صاحب الجواهر فيه، ثالثها تحقيق المصنف.

أما الأول، فقد ذكر فيه الفقيه الكبير في شرحه على القواعد ما لفظه: «و أما الحقوق فالظاهر أنّها لا تقع ثمناً ولا مثنياً» ومقتضى إطلاقه عدم قابلية شيء من الحقوق لوقوعها ثمناً في البيع. و أما عدم كونها مثنياً فمن مسلماتهم، لاختصاص العوض بالعين، فليس نقل المنفعة و الحق بيعاً عندهم.

و اما الثاني، فقد قال فيه في الجواهر: «نعم في شرح الأستاذ إعتبار عدم كونه - أي الثمن - حقاً، مع أنه لا يخلو من منع، كما عرفته من الإطلاق المزبور المقتضي لكونه كالصلح الذي لا إشكال في وقوعه على الحقوق، فلا يبعد صحة وقوعها ثمناً في البيع وغيره، من غير فرق بين إقتضاء ذلك سقوطها كبيع العين بحق الخيار و الشفعة على معنى سقوطها، و بين إقتضائه نقلها كحق التحجير و نحوه. و كأنّ نظره في المنع الى الأول، باعتبار كون البيع من النواقل لا من المسقطات، بخلاف الصلح. و فيه: أنّ من البيع بيع الدين على من هو عليه، و لاريب في إقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أن الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه، الذي بعينه يُقرّر في نحو حق الخيار و الشفعة، و الله أعلم».

و لا بأس بتوضيحه، فنقول: قد أفاد صاحب الجواهر رحمته أنّ المراد بالثمن في باب البيع - على ما صرح به السيد بحر العلوم رحمته في مصابحه - هو مطلق المقابل للثمن، لا خصوص العين الشخصية، و لذا جاز أن يكون العوض عيناً كليّةً و منفعةً. و كذا يجوز كونه حقاً سواء أكان قابلاً للنقل الى الغير كحق التحجير، أم لا و لكن جاز إسقاطه كحق الشفعة. و الدليل على جواز كون الحقوق ثمناً وجوه ثلاثة:

أحدها: إطلاق أدلة صحة البيع كقوله تعالى: ﴿ أحل الله البيع ﴾ لاقتضائه حلّيّة كل ما صدق عليه البيع عرفاً، و لم ينهض دليل على تقييد الحلية و الصحة بما إذا لم يكن العوض

حقاً حتى يدعى بطلان عوضية الحقوق.

نانيتها: إطلاق الفتاوى بصحة البيع سواء كان العوض عيناً أم منفعةً أم حقاً. و ظاهره دعوى إنفاق الفقهاء على ذلك.

ثالثها: الإستشهاد بما ذكروه من جواز الصلح على العين بحق النظار و الشفعة والتجوير، وإن كانت ثمرة الصلح على الحقوق مختلفة، فإذا صالح الكتاب على حق التجوير إنتقل الحق من المتصالح الى المصالح، وإذا صالح الكتاب على حق الخيار سقط الحق و لم ينتقل الى المصالح. و لما كان الصلح على الحقوق نافذاً شرعاً فليكن بيع الأعيان بالحقوق صحيحاً أيضاً. و لعل نظراً كاشف الفطاء - المانع من جعل الحقوق عوضاً في البيع - الى خصوص الحقوق التي لا تنتقل الى الغير كحق الشفعة القائم بشخص الشريك، لا إلى مطلق الحقوق حتى ما كان قابلاً للنقل الى الغير كحق التجوير.

و الفارق بين البيع و الصلح بنظره بَيِّنَةٌ - حيث يجوز الصلح على مطلق الحقوق سواء القابل منها للإسقاط فقط أم القابل له و للنقل الى الغير، و لا يجوز جعلها ثمناً في البيع - هو كون البيع من نواقل الملك، و هو غير صادق على ما إذا كان العوض حقاً لا يقبل النقل إلى الغير كحق الخيار، إذ لا يتحقق النقل الملكي من الجانيين. و هذا بخلاف الصلح، فإنه من المسقطات، لا من النواقل، فيجوز جعل الحق غير القابل للنقل عوضاً عن المتصالح عليه، و يكون أثره سقوط الحق عمن عليه الحق و هو المصالح.

كما إذا صالح من عليه حق الشفعة مع من له الحق على كتاب بعوض حق الشفعة، فإنه صلح نافذ، و أثره سقوط حق الشريك، و زوال سلطنته على حل عقد شريكه مع المشتري. ثم أورد صاحب الجواهر على شيخه الفقيه بَيِّنَةٌ بالنقض عليه ببيع الدين، حيث يظهر به عدم كون الفارق المذكور بين البيع و الصلح مانعاً عن جعل الحقوق عوضاً في البيع.

و تقريب النقض: أنه إذا كان زيد مديوناً لعمرو بمائة من من الحنطة جاز لعمرو أن يبيع هذا المملوك الذمي من زيد، بأن يقول له عمرو: «بعتك ما أملكه في عهدتك بدينار» و يقول

زيد: «قبلت» ولا ريب في صحة بيع الدين بمن هو عليه، مع عدم ترتب النقل من طرف البائع الى المشتري، لعدم إعطائه إياه شيئاً، وإنما أسقط دينه المستقر على عهدة زيد، وفرغت ذمته عما اشتغلت به لعمره.

و عليه فإذا كان أثر البيع في بعض الموارد إسقاط الدين كان كالصلح في إفادته النقل تارةً وإسقاط أخرى. وهذا النقض كاشف عن بطلان عموم التعليل المتقدم في المتن من «أن البيع بتلك الغير» لما عرفت من صحة بيع الدين، مع أن التملك يكون بدينار من طرف المشتري فقط - وهو المديون - لا من الجانبين. هذا توضيح ما أفاده صاحب الجواهر في تصحيح جعل الحق القابل للإسقاط عوضاً في البيع.

و نتيجة هذا البيان: أن القسم الثاني من الحقوق يجوز كونه ثمناً في البيع، وليس البيع منوطاً بالمبادلة الملكية من الطرفين، بل يكفي تملك أحدهما، وإسقاط الآخر لحقه، بشهادة مشروعية بيع الدين بمن هو عليه، مع إحصار أثره في السقوط وفراغ ذمة المديون.

وأما الثالث: وهو إشكال المصنف على صاحب الجواهر تتبعاً فحصله: أن النقض ببيع الدين بمن هو عليه ممنوع، للفرق بينه وبين وقوع الحق عوضاً، وبيانه: أن تحقق عنوان البيع في جميع الموارد منوط بالانتقال الملكي من الجانبين، وهذا المعنى حاصل أيضاً في بيع الدين من المديون، وذلك لأن الدائن يملك دينه للمديون، ويملك المديون لما في ذمة نفسه، لكن لما لم يعتبر العقلاء مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه دائماً فلذا يملك المديون دينه أناماً، ثم يسقط عما في ذمته. لا أن البيع يفيد سقوط الدين كما زعمه صاحب الجواهر. بل المديون يملك الدين ثم يسقط عن عهده.

و عليه فالتعليل المتقدم وهو «أن البيع تملك الغير» كبرى تامة لم يرد عليها تخصيص، لا ببيع الدين ولا بغيره. وهذا بخلاف الصلح على الحق الذي أثره سقوطه عن من عليه الحق، لعدم توقف الصلح على النقل والانتقال الملكي، بل يكفي نفس الصلح في ترتب السقوط عليه. و بعبارة أخرى: الذي يقتضيه البيع في جميع الموارد حدوث تملك الغير لا بقاءه.

مَنْ<sup>(١)</sup> هو عليه، لأنَّه<sup>(٢)</sup> لا مانع من كونه<sup>(٣)</sup> تملكاً، فيسقط<sup>(٤)</sup>، ولذا<sup>(٥)</sup> جعل الشهيد

و الذي يقتضيه نقضُ صاحب الجواهر بيع الدين هو إمتناع بقاء تملك الإنسان لما في ذمة نفسه، لا حدوثه. ومع إختلاف الإقتضاءين لا مانع من الإلتزام بصحة بيع الدين مَنْ هو عليه، لكونه كسائر أفراد البيع تملكاً من الطرفين هذا.

وقد ظهر الفرق بين المقيس - أعني به الحق القابل للإسقاط دون النقل - وبين المقيس عليه أعني به بيع الدين، فإنَّ الدين قابل لدخوله في ملك المديون أناماً - أي حدوثاً - وإن إمتنع بقاءه على ملكه، بخلاف الحق غير القابل للنقل، فإنَّ عدم قابليته للدخول في ملك من عليه الحق حدوثاً و بقاءً مانعٌ عن جعله عوضاً في البيع المتوقف على التملك من الجانبين. و عليه فقياس الحق بالدين مع الفارق. هذا توضيح ما أجمله المصنف رحمته في المتن من النقض ببيع الدين و الجواب عنه.

(١) يعنى: المديون.

(٢) الضمير للشأن، و هذا لتعليل لقوله: «و لا ينتقض» و قد تقدم تقريب عدم ورود النقض بقولنا: «ان تحقق عنوان البيع في جميع الموارد منوط بالانتقال الملكي . . الخ». ومحصله: أن المعتبر في البيع - سواء أكان المبيع عيناً شخصية أم كلية - هو حدوث ملكية العوضين للمتبايعين، و أما بقاءها فغير معتبر فيه، و من المعلوم حدوث تملك المديون لما في ذمة نفسه أناماً، و سقوطه في الآن اللاحق غير قادم في تحقق عنوان البيع. و هذا المناط غير محقق في نقل الحق الى من عليه الحق، لاستحالة إجتماع المتقابلين - ولو أناماً - و هما من له الحق و من عليه الحق.

(٣) أي: كون بيع الدين من المديون تملكاً للمديون، و أثره فراغ الذمة.

(٤) الفاء تدل على ترتب سقوط الدين - عن الذمة - على تملكه فوراً، و هذا النحو من الملك يعبر عنه بالملكية الآتية.

(٥) يعنى: و لأجل أنه لا مانع من كون بيع الدين مفيداً للملكية الآتية جعل الشهيد،

في قواعده<sup>(١)</sup> الإبراء مرددًا بين الإسقاط والتملك.  
والمحاصل<sup>(٢)</sup>: أنه يعقل أن يكون مالكمًا لما في ذمته، فيؤثر

و غرض المصنف تأييد ما ذكره - في جواب صاحب الجواهر رحمته - من أن مالكية المديون لما في ذمة نفسه آناً وسقوط الدين بعده ليست محالاً بل ممكنة، فإن الشهيد رحمته جعل إبراء الدائن لما يملكه في ذمة مديونه مرددًا بين كونه إسقاطاً لما في ذمته ابتداءً، أو تملكاً له، ثم سقوط الدين عن الذمة في الآن الثاني. ولولم يكن أصل تملك المديون لما في ذمة نفسه ممكنًا لم يكن وجه هذا التردد، إذ لا يعقل التردد بين ما هو ممتنع وما هو ممكن، فالترديد بين شيئين كاشف عن إمكان كليهما، وعدم كونها من المحالات. وعليه فيبيع الدين من المديون يفيد الملكية آناً فيسقط، وليس أثر البيع هو السقوط من أول الأمر كما زعمه صاحب الجواهر رحمته حتى يكون إسقاط الحق مثل بيع الدين.

(١) ذكر الشهيد ذلك في قاعدة عنوانها بقوله: «قد تردد الشيء بين أصلين يختلف الحكم فيه بحسب دليل الأصلين، منه الإقالة... ومن المتردد بين الأصلين: الإبراء، هل هو إسقاط أو تملك؟».

(٢) هذا تقرير آخر لما أفاده من عدم جواز جعل القسم الثاني من الحقوق ثمنًا في البيع، وجواز بيع الدين بمن هو عليه، توضيحه: أن الفرق بين الحق والملك ينشأ من مغايرتها جوهرًا وذاتًا، ولذا يترتب عليه استحالة انتقال الحق بمن له الحق إلى من هو عليه، وإمكان مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه آناً.

و الدليل على الفرق ما أفاده بقوله: «و السّر» و بيانه: أن هذا القسم من الحقوق نوع من أنواع السلطنة الاعتبارية، وهذا المبدأ لا يتعدى بنفسه بل بحرف الاستعلاء، كما ورد في النبوي: «الناس مسلطون على أموالهم» و مقتضى هذه التعدية تقوّم السلطنة بطرفين، أحدهما سلطان و الآخر مسلط عليه، و هما متقابلان يستحيل إجتماعهما في شخص واحد.

و على هذا فلو صحَّ وقوع مثل حق الخيار عوضاً في البيع بأن ينتقل الى من عليه الخيار لَزِمَ كون شخص واحد مجعماً لعنوانين متقابلين «و هما المسلط و المسلط عليه» و إستحالاته من الواضحات. مثلاً: حقُّ الخيار سلطنة على من عليه الحق بمحلِّ عقده، كما إذا تباع زيد و عمرو داراً بألف دينار، و شرَطَ زيد لنفسه الخيار، أي السلطنة على إقرار العقد و فسخه، فإذا اشترى من عمرو كتاباً و جعل ثمنه الخيار - الثابت له في بيع الدار بالألف - لزم صيرورة عمرو - و هو من عليه الحق - مجعماً لعنوانين متقابلين أنأماً أي كونه من له الحق و من عليه الحق، أو السلطان و المسلط عليه، و قد تقرَّر إستحالة إجتماع المتقابلين في واحد شخصي ولو في لحظة واحدة.

و هكذا الكلام في حق الشفعة، إذ مناط الإستحالة في المقام كون هذا الحق سلطنة، و السلطنة بحسب طبيعتها تقوم بطرفين، و يمنع قيامها بواحد ولو أنأماً.

و هذا بخلاف الملكية، فإنها تتعدى بنفسها الى المملوك، و لا تتعدى بحرف الإستعلاء، فيقال: «ملك زيد الدار» فهي إضافة إعتبارية - لا مقولية - و علاقة يعتبرها العقلاء و الشارع بين المالك و المملوك، و لا يتوقف وجودها في وعاء الإعتبار على قيام المبدأ - أي الملكية - بشيء آخر يكون هو المملوك عليه. و حيث كانت الملكية ربطاً و نسبةً صحَّ إعتبارها في شخص واحد بأن يكون هو من له الملك و من عليه الملك - أي مالكاً و مملوكاً -.

و عليه لا مانع من مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه، لتحقق المغايرة المعتبرة بين المالك و المملوك، لكون المالك نفسه، و المملوك المأل الذي في ذمته، و هما متغايران.

و بهذا البيان يظهر غموض تنظير صاحب الجواهر «أعلى الله مقامه» جواز جعل الحق القابل للإسقاط عوضاً في البيع - ببيع الدين لمن هو عليه - لما عرفت من أنه يعتبر في البيع حصول التملك من الطرفين سواء أكان مستمراً أم زائلاً كما في بيع الدين للمديون، و هذا التملك الآتي لا يتحقق في نقل الحق إلى من عليه الحق، لاستحالة إجتماع المتقابلين ولو أنأماً، فإن إجتماع المسلط و المسلط عليه في شخص واحد يرجع الى التناقض و هو كونه سلطاناً و غير سلطان، و هو كما ترى.

تمليك<sup>(١)</sup> السقوط، ولا يُعقل<sup>(٢)</sup> أن يتسلط على نفسه.  
والسر<sup>(٣)</sup>: «أن مثل هذا الحق<sup>(٤)</sup> سلطنة فعلية<sup>(٥)</sup> لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد<sup>(٦)</sup>، بخلاف الملك، فإنه نسبة بين المالك والمملوك<sup>(٧)</sup>،

(١) يعني: أن تملك البائع دينه للمديون أثره سقوط الدين عن ذمة المديون.  
(٢) يعني: أن ما ذكرناه - من حدوث الملكية في بيع الدين ثم سقوطه - غير جارٍ في القسم الثاني من الحقوق، لأن انتقال الحق الى من عليه الحق - ولو حدوثاً - يستلزم صيرورة شخص واحد سلطاناً ومسلطاً عليه، ومن المعلوم عدم الفرق في استحالة إجتماع المتقابلين بين الحدوث والبقاء.

(٣) قد عرفت أنه تعليل للفرق بين بيع الدين وبين عوضية الحق، وقد أوضحناه آنفاً بقولنا: «والدليل على الفرق ما أفاده بقوله: والسر... الخ».

(٤) أي: القسم الثاني من الحقوق، كحق الخيار والشفعة مما يقبل الإسقاط دون النقل.  
هذا بناءً على النسخة المصححة المعتمد عليها.

وإن كانت العبارة: «أن الحق سلطنة...» فلا بد أن يكون اللام للمعهد الى قسم خاص من الحقوق، وهو الذي يكون محل النزاع بين صاحب الجواهر والمصنف تتبعاً، كالقسم الثاني من الحقوق، وليس مقصوده تفسير مطلق الحقوق بالسلطنة الفعلية المتقومة بتعدد طرفيها، لوضوح أن حق التحجير لا يقوم بشخصين.

(٥) التقييد بالفعلية في قبال السلطنة الشأنية الموجودة في الملك كما في موارد الحجر، فإن الصبي والسفيه مالكان لأموالهما بالملكية الاعتبارية، إلا أنه لا قدرة لهما - فعلاً - شرعاً على التصرف فيها، للحجر. وعليه فالسلطنة وإن كانت أثرًا مشتركاً بين الحق والملك، إلا أنها في الحق فعلية وتتقوم بطرفين، وفي الملك أعم من الشأنية والفعلية، فيصح إعتبار الملكية ولو لم تحدث قدرة فعلية على التليب والتقلب في المملوك.

(٦) لما عرفت من استحالة إجتماع المتقابلين.

(٧) وهذه النسبة الإعتبارية مغايرة طبعاً للحق، فيصح إعتبارها بين المالك والمملوك

وإن إجتماعها في شخص واحد.

صحة بيع الدين ممن هو عليه..... ٩٩  
ولا يحتاج<sup>(١)</sup> إلى من يملك عليه حتى يستحيل<sup>(٢)</sup> إتحاد المالك والمملوك عليه،  
فافهم<sup>(٣)</sup> .

(١) يعني: لا يتوقف إعتبار الملكية - في جميع مواردنا - على وجود مملوك عليه،  
وان احتياج اليه أحياناً، وهذا في قبال الحق المتوقف - بحسب طبعه - على وجود مسلط عليه.  
ففي المقام إذا باع الدائن دينه من المديون لا تتوقف مالكية المديون لما في ذمة نفسه على وجود  
مملوك عليه، بل يكفي وجود طرفين أحدهما المالك، والآخر المال المملوك، وسيأتي مزيد  
توضيح له في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(٢) إذ لو توقفت الملكية على وجود المملوك عليه إستحال بيع الدين من المديون، كما  
إستحال إنتقال حق الشفعة ممن له الحق إلى من عليه الحق، لوحدة المحذور - أعني به إجتماع  
المتقابلين في واحد - في كلا المقامين.

(٣) لعلّه إشارة إلى: أن إستحالة قيام طرفي السلطنة بشخص واحد إنما تلزم إذا لم يكن  
نقل الحق إلى من هو عليه إسقاطاً له، إذ بناء عليه لا يلزم إمتناع إتحاد السلطان والمسلط عليه.  
نعم يلزم إشكال إتحداهما بناء على كون نقل الحق الى من هو عليه تملكاً له.

إلّا أن يقال: إن لزومه مبني على بقاء الحق بعد إنتقاله إلى من عليه الحق، وأما بناء على  
سقوطه عنه بالتملك كترتب سقوط الدين عن المديون على مجرد تملكه - كما أفاده  
المصنف رحمته - فلا يلزم محذور الإتحاد أصلاً.

أو إشارة إلى: أن الحق هو الملك، والسلطنة تكون من أحكامه، لا أن الحق نفس  
السلطنة، كما سيأتي في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(\*) ما أفاده المصنف رحمته في القسم الثاني من الحقوق - وهو ما لا يقبل النقل الى الغير -  
قد ناقشه المحققون من المحشين بوجوه، بعضها ناظرٌ إلى تنظير الحق ببيع الدين، وبعضها إلى  
منع إطلاق قيام الحق بطرفين، وبعضها إلى توقف بيع الدين على وجود من يملك عليه، فيكون  
كالحق، وبعضها إلى أصل تصوير الملكية - ولو أناماً - في بيع الدين حتى يترتب عليه السقوط.  
فمنها: ما أفاده السيد رحمته تارة: بأن تعليل إمتناع جعل الحق عوضاً بمحذور إستحالة



المتقابلين أخص من المدعى: الذي هو عدم قابلية الحقوق لوقوعها نمناً في البيع سواء أكان البائع من عليه الحق أم غيره، و محذور الاتحاد يقتضي تخصيص المنع بما إذا إنتقل الحق إلى من عليه الحق، لا إلى غيره.

وأخرى: بعدم لزوم محذور اتحاد المتقابلين لو إنتقل الحق إلى من هو عليه، لعدم قيامه بشخصين في مثل حقّي الخيار و الشفعة، لكون متعلق الحق في الشفعة عقد الشريك مع المشتري لحصته، و في حقّي الخيار عقد من عليه الخيار، و عليه فلا موضوع لإستحالة إجتماع المتقابلين في شخص واحد.

و ثالثة: بأن التفرقة بين الملك و الحق يجعل الأول نسبةً و الثاني سلطنةً غير مُجدي في تصحيح بيع الدين ممن هو عليه مع إعتبار ترتب الملك على البيع، و ذلك لتوقف الملك في بيع ما في الذمم على مملوك عليه، إذ لا بدّ من إلتزام الذمة القابلة للتعهد بالوفاء بالكلي، و يعود حينئذ محذور إجتماع المسلط و المسلط عليه في واحد، لفرض لزوم مغايرة المالك للمملوك عليه و تعددهما. و عليه فجعل الملك نسبةً إعتبارية غير نافع لحلّ الاشكال في بيع الدين ممن هو عليه. هذا.

**أقول:** أما الاشكال الأول فتفصيله: أنه إن كان مقصود المصنف رحمته منع جعل الحق عوضاً في البيع مطلقاً سواء أكان ممن هو عليه أم من غيره تمّ ما أفاده السيد رحمته من الأخصية. وإن كان مقصوده البحث مع صاحب الجواهر - القائل بجعل الحق عوضاً عن مبيع يبذله من عليه الحق على وجه الاسقاط - لم يتجه عليه هذا الاشكال، لكون النظر حينئذ مقصوراً على ردّ مقالة الجواهر، فالنقض على المصنف - بما إذا كان المبيع من غير من عليه الحق - في غير محلّه، لكونه أجنبياً عن مورد كلام الجواهر، و إن كان أصل المطلب حقاً.

و بعبارة أخرى: محط الاستدلال باستحالة إجتماع المسلط و المسلط عليه هو صورة

إنتقال الحق الى من هو عليه، وليس إنتقاله الى الأجنبي مورداً للبحث حتى يُورد على المصنف بالأخصية. نعم عدم جواز جعل الحق عوضاً لغير من عليه الحق وإن كان صحيحاً، لكنه لا يمتنع اتحاد من له الحق و هو من عليه، بل يمتنع عدم قابلية الحق للنقل والتملك إلى الغير.

**وأما الاشكال الثاني** - وهو تعلق حقّي الخيار و الشفعة بالعقد لا بمن هو عليه - فبهي: أن مثل حقّي الشفعة و الخيار وإن لم يكن كحق القصاص في تعلقه بشخصين، فطرف الحق هو العقد كما صرح به المصنف في الخيارات. لا السلطنة على إسترداد العين، إلا أن السلطنة على فسخ عقد الغير سلطنة عليه حقيقةً، لاستلزام الاستيلاء على حل العقد - و هو الإلتزام المرتبطان - للسلطنة على المتلزم و العاقد، و معه يعود محذور إتحاد المسلط و المسلط عليه عند نقل مثل حق الخيار الى من هو عليه. وكذا الحال في حق الشفعة، فإن السلطنة على عقد الشريك مع المشتري سلطنة على المشتري حقيقةً و بلا عناية، فتأمل.

**وأما الاشكال الثالث** - وهو توقف ملك الكلي على من يملك عليه - فيمكن أن يقال: إن توقف الملك في الكليات الذمية على مفايرة المالك للمملوك عليه و إن كان صحيحاً، لكن الظاهر أن مقصود المصنف من نفي الحاجة الى المملوك عليه في المقام هو ملاحظة واقع الامر بعد إنتقال الدين إلى المديون، لا قبله، و المتوقف على المملوك عليه هو الدين كما إذا تعهد البائع بالكلي سلفاً أو حالاً لغيره، فالمالك هو المشتري و المملوك هو الحنطة مثلاً، و المملوك عليه هو البائع، و هذا مسلم. لكن إذا باع المشتري ما يملكه في ذمة البائع من نفس البائع لا من الأجنبي لا تتوقف مالكية المديون لما في ذمة نفسه أناماً - ثم سقوطه - على طرف آخر.

و بهذا يسلم كلام المصنف عن الاشكال، و لا مجال لتظيره ببيع الحق ممن هو عليه في إستلزامه الاستحالة. إلا أن يناقش في أصل تصوير مالكية الانسان لما في ذمة نفسه بالملكية الاعتبارية.

**ومنها:** ما أفاده المحقق الخراساني رحمته الله - مضافاً إلى إشكال الأخصية المتقدم في كلام

صاحب العروة - من وجهين:

أحدهما: أن مورد الكلام هو عدم صحة جعل الحق عوضاً في البيع، فلا يناسبه التعليل

بقوله: «لأن البيع تملك الغير» لعدم دلالة على لزوم النقل من طرف الثمن أيضاً، كما لا يناسبه النقض ببيع الدين أصلاً، لعدم كونه بصدد بيان عدم وقوعه عوضاً، إذ المفروض كون الدين مبيعاً لا ثمناً.

و ثانيهما: أن الحق ليس بنفسه سلطنة، بل هي من آثاره، كما تكون لازمة للملك أيضاً، فلو امتنع إتحد طرفي الحق لاستحالة إجتماع المتقابلين لزم في بيع الدين ممن هو عليه أحد محذورين، إما إتحد المسلط و المسلط عليه لو حصلت السلطنة للمديون بصيرورته مالكاً لما في ذمته، وإما تفكيك الملكية عن السلطنة التي هي أثرها لو قبل بأنّ الحاصل في بيع الدين من المديون هو مجرد الملكية و السقوط، لا السلطنة على نفسه حتى يترتب عليه إجتماع المتقابلين المحالاً.

**أقول:** أما الاشكال الأول فالظاهر عدم وروده على المتن بناءً على مبناء من أن إنشاء التملك في البيع يكون من الطرفين، وإن كان من طرف المشتري ضمناً كما صرح به المصنف في الجواب عن النقض الرابع على تعريف البيع بانشاء تملك عين بمال. و عليه يكون تعليل عدم وقوع الحق - غير القابل للنقل عوضاً في البيع بقوله: «لأنّ البيع تملك الغير» في محله، لعدم تمكن المشتري من تملك الثمن - و هو الحق - للبائع، لفرض عدم قابليته للنقل، فلا يتحقق مفهوم المبادلة المأخوذة في تعريف المصباح.

و أمّا نقض عدم وقوع الحق ثمناً ببيع الدين ممن هو عليه فالمقصود منه النقض بالأولوية، لأنّ كل من اكتفى بالإسقاط في ناحية المعوض الذي هو المبيع الملحوظ فيه الأصلة فقد إكتفى بالإسقاط في طرف العوض الذي - هو مورد البحث - بطريق أولى، فتأمل.

مضافاً إلى: أن مقصوده منع تنظير صاحب الجواهر سقوط الحق ببيع الدين.  
و أما الاشكال الثاني فالظاهر، وروده على المتن، فإن الملك الاعتباري - بأي معنى فُسر -

موضوع للسلطنة كما يقتضيه مثل ما روي عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ من قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» فلو إمتنع قيام طرفي السلطنة الفعلية - في الحق - بواحد من جهة إستحالة إجتماع المتقابلين لزم إمتناعه في الملك أيضاً، كما أنه لو أمكن تصوير قيامه بشخص واحد - كما سيأتي في كلام المحقق الاصفهاني - جرى ذلك في الملك أيضاً.

و الحاصل: أن الحق و الملك بوزان واحد إمكاناً و إمتناعاً.

و منه يظهر أن المناقشة فيه «بأن الحق سلطنة إعتبارية هي من الأحكام الوضعية كاعتبار الملكية، و جواز التصرف تكليفاً و وضعاً يعبر عنه بعنوان السلطنة، لأنه هناك سلطنة إعتبارية حتى يكون في كل ملك إعتبار الملكية و اعتبار السلطنة» غير ظاهرة، لكون المجعول نفس السلطنة في مورد الملاك بالنسبة إلى أموالهم، ولو كانت عنواناً مشيراً إلى مشروعية التصرفات تكليفاً و وضعاً كانت حكماً مشتركاً بين الملك و الحق، إذ لا يراد من كون الحق سلطنة الأجواز تصرف في الحق في حقه.

و الحاصل: أن السلطنة أثر مشترك بين الملك و الحق، و هي إما إعتبار و ضعي، و إما عنوان جامع بين أنحاء التصرفات، فلا وجه للتفكيك بين الملك و الحق بجعل السلطنة في الملك نفس الجواز تكليفاً و وضعاً، و في الحق إعتبار السلطنة.

هذا بناءً على الاقتصار على ما في المتن من كون الملك نسبة إعتبارية منتزعة من جواز التصرف و نحوه من الأحكام التكليفية كما هو مبناه المصرح به في باب الاستصحاب و غيره من إنتزاع الأحكام الوضعية من التكليفات، و ليست مستقلة بالجعل، كما أن الملكية ليست عنده كالطهارة و النجاسة من الامور الواقعية التي كشف عنها الشارع - على ما نسبته السيد إليه - فعلى كل تكون السلطنة على التقلب و التقلب من آثار الملك و أحكامه.

و أما بناءً على ما أفاده المصنف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في رسالة قاعدة «من ملك» من التصريح بكون الملكية سلطنة فعلية، فالاشكال أكد، لمساوقة إعتبار الملكية لاعتبار السلطنة على المملوك،

ولذا تكون سلطنة الصبي والمحجور على ماله شأنية لفعلية، وحينئذ يكون محذور إستحالة قيام طرفي الملك بواحد - كما في مالكية المديون لما في ذمة نفسه أنامًا - محذور إجتماع المسلط والمسلط عليه في واحد.

و على كل حال فالسلطنة ملحوظة في الملك سواء أكان حقيقته إضافة إعتبارية أثرها السلطنة، أم كانت نفس السلطنة الاعترافية، هذا.

والحاصل: أن إشكال المحقق الخراساني وارد على المتن ولا دافع له.

هذا مضافاً الى ما في تفسير مثل حق الخيار بالسلطنة الفعلية من إشكال آخر، وهو: أنه لا خلاف في كونه موروثاً، فلو ورثه الصبي كان كسائر ما يرثه ماله سلطنة إقتضائية عليه لافعلية، وسلطنة وليه الفعلية لا ربط لها به. و دعوى إنتزاع سلطته من جواز تصرف الولي ممنوعة، إذ لا معنى لقيام الأمر الانتزاعي بالصبي ونحوه من القصر، وقيام منشأ الانتزاع بمن له الولاية.

**ومنها:** ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من وجهين:

أحدهما - بتوضيح منّا -: أن منشأ إستحالة إنتقال الحق إلى من هو عليه تضايّف عنواني السلطان والمسلط عليه، والمتضايّفان متقابلان لا يجتمعان في واحد. لكنه ممنوع، لعدم إقتضاء مطلق التضايّف للتقابل، بل إنّما هو شأن قسم خاص منه، وهو المتضايّفان المتغايران وجوداً كالعلة والمعلول والتقدم والتأخر، وأما العالمية والمعلومية والمحبية والمجوبية فيقومان بوجود واحد بلا ريب.

وحقيقة السلطنة - كالملكية الحقيقية - تكاد أن تكون من القسم الثاني، إذ ليست حقيقة السلطنة إلا كون الشخص قاهراً على شخص، وكون الغير طوعاً وإرادته في حركاته وسكناته، ومن المعلوم أن أولي الأشخاص بهذا المعنى هو الانسان بنفسه، فإنه لا يتحرك إلا بإرادة نفسه، فهو مسلط على نفسه حقيقةً. ولا محذور في ذلك بعد كون مرتبة من النفس قاهرة على مرتبة أخرى منها، كما هو المشاهد في أصحاب الرياضات والمجاهدين بالجهاد الأكبر لأجل قهر

النفس وجعل زمامها بأيديهم و طوع إرادتهم.

و عليه فالسلطنة الحقيقية - فضلاً عن الاعتبارية - لا تتوقف على تعدد الطرف حتى يلزم المحال من إجتماعهما في شخص واحد.

و دعوى توقف السلطنة على تعدد الوجود - و إمتناع قيامها بواحد - لأنَّ خصوصية الاستعلاء المقتضية لكون السلطان فوقاً على المسلط عليه موجبةً لمغايرتهما وجوداً، لاستحالة كون الشخص فوق نفسه، فينتج كلام الماتن من عدم معقولية قيام طرفي الحق بواحد (ممنوعة) بأنَّ السلطنة هي القهر و الاستيلاء، و لا تتوقف بحسب طبعها على تعدد الوجود، و إن كانت كذلك في بعض الموارد كما في السلطان و رعيته، ولكن لا تتوقف عليه في مثل كون النفس بمرتبة مريدتها قاهرةً على مرتبة إنفعالها و إطاعتها.

ثانيهما: أنَّ محذور الاستحالة - على فرض ثبوته - إنما هو في السلطنة الحقيقية، لا الاعتبارية التابعة للأثر المصحح للاعتبار، فكما يعقل مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه، و أثرها السقوط، فكذا في السلطنة الاعتبارية. و كما أنَّ إعتبار هذا المعنى لغو في السلطنة بدون أثر السقوط كذلك في الملكية.

و عليه لا مانع من أنَّ يعتبر الشارع من عليه الخيار مسلطاً و مسلطاً عليه، إذ الكلام في السلطنة الاعتبارية. و إمتناع إجتماع طرفي السلطنة الحقيقية في واحد لا يقتضي إمتناعه في أمثال المقام، لكون التضاييف و التقابل من خصوصيات دار الوجود لا المفاهيم الاعتبارية.

نعم يشكل أصل إعتبار الملكية في بيع الدين كي يترتب عليه السقوط من جهة أنَّ سقوط ملكية ما في الذمة إن كان لعدم أثر إعتبار كون الإنسان مالكاً لما في ذمته فلا يبقى، ففيه: أنَّ الحدوث كالبقاء في الإمتناع و الامكان. و إن كان السقوط بنفسه أثر الملكية ففيه: أنه لا يعقل أن يكون الشيء علّة لعدم نفسه.

و الظاهر ورود هذين الإشكاليين على المتن من عدم معقولية إتّحاد طرفي السلطنة. و دعوى أجنبية بيع الحق ممن هو عليه عن سلطنة مرتبة النفس على مرتبة أخرى، لأنَّ

مقتضى سلطته على العقد تمكُّنه من حلِّه وإقراره، ومقتضى كونه مَمَّن عليه الحق عدم نفوذ تصرفه فيه، ولا معنى لاعتبار قبض اليد وبسطها معاً، (غير مسموعة) بما تقدم في بيان المحقق الاصفهاني قده من دوران الامور الاعتبارية مدار الأثر المصحح، وحيث إنَّ التزم شيخنا الأعظم بمالكية المديون لما في ذمة نفسه أناماً فليكن الأمر كذلك في إنتقال الحق إلى من هو عليه.

**ومنها:** ما أفاده العلامة الشيخ البلاغي قده من منع تصوير مالكية الانسان لما في ذمة نفسه أناماً، وذلك لأنَّ المقصود بها هنا هي الملكية الاعتبارية التي يكون المرجع في سعة دائرة اعتبارها وضيقتها العقلاء، ومن المعلوم أنَّ الذمَّة بنفسها ليست وعاءً تميِّز حصَّةً من الكلِّي للأغراض والأحكام من دون سائر حصصه، وإنَّما يكون منشأً إعتبار مملوكية ما في الذمة إنَّ التزم صاحب الذمة به، وإستحقاق الغير لأدائه. وهذا المعنى غير محقق في مالكية الانسان لما في ذمة نفسه، إذ لا يستحقه الغير، ولا إنَّ التزم بأدائه له. وعليه فلا منشأً لانتزاع ملك الدين عند العقلاء، ولا لما يترتب عليه من السقوط.

وهذا الاشكال لا يخلو من وجه، ولأجله يتفصّل عنه في مسألة بيع الدين تارةً بالالتزام بالإبراء بالعوض دون التملك، وكفاية هذا المقدار في صدق مفهوم البيع. وأخرى بأنَّ الملكية الحاصلة في بيع الدين هي الذاتية لا الاعتبارية، فالانسان كما يملك نفسه وأعماله ومنافعه كذلك يملك ما في ذمة نفسه حقيقةً لا إعتباراً. وثالثةً بالتهاتر، وسيأتي تحقيق الكلام عند تعرض المصنف للنقض الثاني على تعريف البيع إن شاء الله تعالى، فانظر.

لكن تنزيل قول الماتن هنا: «لا مانع من كونه تملكاً فيسقط» على الملكية الذاتية - كما في تقرير بعض الأعاظم قده - لا يخلو من نظر، لأنَّ شيخنا الأعظم قده جعل الفارق بين الملك والحق كونَ الأوّل نسبةً والثاني سلطنةً فعليةً، وهذه المقابلة تقتضي إرادة الاضافة

أ: التليقة على المكاسب، ص ٤

ب: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٣٩

## وَأَمَّا<sup>(١)</sup> الحقوق القابلة

### القسم الثالث: الحقوق القابلة للانتقال

(١) هذا بيان حكم القسم الثالث من الحقوق من حيث وقوعها ثمناً في البيع و عدمه. وقد أشرنا إلى أن المصنف رحمته لم يجزم ببطلان ذلك، بل تردّد فيه و إن كان مآله إلى عدم جواز جعله عوضاً.

و محصل ما أفاده في الإشكال على وقوعه عوضاً هو: أن مثل حق التحجير و إن كان قائماً بشخص المحجّر كسائر الحقوق القائمة بذويها، إلا أنه يجوز نقله إلى الغير بصلح و نحوه و يصحّ أخذ المال بازائه، فالمحذور المتقدم في القسمين الأولين - من عدم قابليتها في حد ذاتيها للنقل إلى الغير - غير جارٍ في هذا القسم. إلا أن المانع من جعله عوضاً في البيع هو الخصوصية الملحوظة في مفهوم البيع لغةً و عرفاً، و هي وقوع المبادلة بين مالين، و صدق «المال» على الحقوق غير ظاهر لو لم يكن ظاهر العدم، و عليه فلا يجوز جعلها عوضاً في البيع.

أما أخذ «المال» في معنى البيع لغةً فلما تقدم في تعريف المصباح له بقوله: «مبادلة مال بـمال» فلو لم تحرز مالية العوضين لم تكن المبادلة بينها بيعاً.

و أما أخذه في مفهومه عرفاً - مضافاً إلى إستكشافه بقول اللغوي - فلما يظهر من تعريف الفقهاء للبيع العرفي، كما تقدّمت جملة منها عند البحث عن إعتبار عينية المبيع، و قد

الاعتبارية التي تكون بين الملاك و أموالهم سواء أكانت فعليّة كما في ملك غير المحجور عن التصرف، أم إقتضائية كما في ملك القَصْر ممن لا سلطنة له فعلاً على التصرف في ماله. و عليه فيكون مقصود الشيخ رحمته من مالكية المديون لما في ذمة نفسه هو الملكية الاعتبارية لا الذاتية، فتوجيه معقولة ملك المديون للدين «بأنه من شؤون سلطنة النفس على ذمته و عمله ذاتاً لا إعتباراً» لعله من التوجيه الذي لا يرضى به صاحبه.

و أما أصل تصوير مالكية الشخص لما في ذمة نفسه فسيأتي في نقوض تعريف المصنف للبيع إن شاء الله تعالى.



## للانتقال<sup>(١)</sup> - كحقّ التحجير<sup>(٢)</sup> ونحوه<sup>(٣)</sup> - فهي وإن قبلت

عرفت أيضاً أن الموضوع للأدلة المتكفلة لأحكامه هو ما يصدق عليه البيع عرفاً، إذ لا حقيقة شرعية ولا متشرعية له.

و يدلّ على اعتبار مالية العوضين أيضاً ما أفاده الفقهاء (قُدّست أسرارهم) في موضعين: أحدهما: في شرائط العوضين من البيع، و ثانيها: في شرائط الأجرة في كتاب الإجارة.

و عليه فلا يجوز جعل هذا القسم من الحقوق أيضاً عوضاً في البيع.

ثم إنّ المصنّف رحمته لم يتعرّض لوجه جواز جعل هذا القسم ثمناً، ولعلّه لكون «المال» المأخوذ في تعريف البيع و سائر العقود المعاوضيّة عبارةً عن مطلق ما يتنافس عليه العقلاء وإن لم يكن عيناً و لا منفعةً، و من المعلوم كون الحقّ مما يبذلون شيئاً بازاء نقله و إسقاطه و إراحة أنفسهم عنه، كم يبذلونه بازاء ما اشتغلت ذمهم به من أموال الناس عيناً و معنىً.

و بعبارة أخرى: يكون أخذ «المال» في تعريف البيع منزلاً على الغالب من البيوع المتعارفة بين الناس، و مثلاً لكل ما للشخص سلطنة عليه، و هذا المعنى العام صادق على الحقوق أيضاً، لأنّها أموال عرفاً.

(١) قد يراد بالانتقال ما يعم النقل الإختياري بالبيع و الشراء، و القهري بالإرث و قد يراد به ما يختصّ النقل القهري، كما يختصّ النقل بالإختياري و مقصود المصنّف رحمته من الإنتقال هو الأوّل، لقوله بعده: «قبلت النقل و قبولت بالمال في الصلح».

هذا بيان المراد، ولكن الانصاف مقابلة الإنتقال للنقل، لا اختصاصه بالنقل القهري كاختصاص النقل بالإختياري.

(٢) فيجوز للمحجّر نقل حقّه إلى الغير، و يصير المنقل إليه - كالأصيل - أوّلى من غيره في تملك الأرض بالإحياء، و لا يجوز للأجنبي مزاحمته فيه.

(٣) كحق الرهانة و القصاص و الشرط كما قيل أ.

النقل<sup>(١)</sup> و قوبلت بالمال في الصلح<sup>(٢)</sup>، إلا<sup>(٣)</sup> أن في جواز وقوعها<sup>(٤)</sup> عوضاً للبيع إشكالاً، من<sup>(٥)</sup> أخذ المال في عوضي المبايعة لفة<sup>(٦)</sup> و عرفاً<sup>(٧)</sup>، مع<sup>(٨)</sup> ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض

(١) يعني: فلا يرد الإشكال على هذا القسم بما أورد على القسمين المتقدمين من قوله: «لأن البيع تملك الغير» إذ المفروض قابلية قيام القسم الثالث - من الحقوق - بالغير، فالإشكال في عوضية هذا القسم من الحقوق لا بد أن يكون من ناحية الشك في صدق «المال» عليه. (٢) قال في الجواهر - في مسألة جواز الصلح على عين بعين أو بمنفعة، وبالعكس - ما لفظه: «للعومات المقتضية لذلك، ولغيره من الصلح عن الحق إسقاطاً أو نقلاً، كحق الخيار وحق التحجير وحق الشفعة، بل الظاهر أنها - أي عمومات الصلح - تقتضي صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعاً».

(٣) هذا إستدراك على قوله: «وإن قبلت النقل و قوبلت بالمال في الصلح» و محصله: التفرقة بين باب البيع و الصلح، للاغتفار فيه بما لا يعتفر في البيع، فجواز الصلح عن الحقوق لا يقتضي جواز وقوعها عوضاً في البيع.

(٤) أي: وقوع الحقوق القابلة للانتقال.

(٥) هذا وجه عدم الجواز، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «و محصل ما أفاده في الإشكال على وقوعها عوضاً في البيع... الخ».

و وجه الاشكال أمران. أحدهما: دخل مالية العوضين في مفهوم البيع العرفي و اللغوي، و ثانيهما: ظهور كلمات الفقهاء في ذلك في موضعين.

(٦) فإن ظهور تعريف المصباح للبيع - بالمبادلة بين مالين - في اعتبار المجانسة بين العوضين في المآلية مما لا يُنكر.

(٧) لتسالمهم على دخل مآلية العوضين في مفهوم البيع عرفاً.

(٨) هذا هو المنشأ الثاني للإشكال في وقوع الحقوق عوضاً في البيع، وهو الإستشهاد بكلمات الفقهاء في موضعين.

لشروط العوضين<sup>(١)</sup>، ولما<sup>(٢)</sup> يصح أن يكون أجره في الإجارة في<sup>(٣)</sup> حصر الثمن في المال.

(١) هذا هو الموضع الأول من كلمات الفقهاء، وهو بحث شرائط العوضين في البيع.  
 (٢) عطف على 'لشروط' أي: عند التعرض لما يصح أجره في باب الإجارة، وهو الموضع الثاني من كلمات الفقهاء.

(٣) متعلق بـ«ظهور كلمات الفقهاء» أي: أن الكلمات ظاهرة في إحصار ثمن البيع وأجرة الإجارة في المال، وهو مشكوك الصدق على الحقوق القابلة للانتقال.  
 وقد تحصل: أن المصنف **يُفَضِّلُ** فصل في جعل الحقوق عوضاً في البيع بين صورٍ تقتصر على ذكر مهماتها:

**الأولى:** إن لا يكون الحق قابلاً للمعاوضة - بمعنى عدم كونه مما يقبل الإسقاط والنقل الاختياري والانتقال القهري، إذ المعاوضة لا بدّ وأن تكون بازاء النقل أو الإسقاط - كولاية الأب والجدّ والحاكم على ما قيل، وحكم هذه الصورة أنه لا يصح جعله عوضاً في البيع، لكون البيع من النواقل المعاوضية.

والظاهر أنّ هذه الصورة خارجة عن مورد النزاع بين المصنف وبين صاحب الجواهر **تَيْبِطُ** القائل بمجواز جعل الحقوق عوضاً في البيع، كما لا يخفى وجهه.

**الثانية:** أن يكون الحق قابلاً للإسقاط دون النقل كحق الشفعة، فجعله عوضاً عن المبيع قد يكون بنحو النقل إلى من عليه الحق، كأن يقول البائع: «بعثك هذا الكتاب بحق الشفعة الذي لك عليّ». أو إلى غير من عليه الحق، كأن يقول البائع: «بعثك هذا الكتاب بحق الشفعة الذي لك عليّ زيد عليّ أن ينتقل الحق إليّ». وقد يكون بنحو الإسقاط.

فإن كان بنحو النقل لم يصح جعله عوضاً في البيع مطلقاً - سواء أكان البائع من عليه الحق أم غيره - إذ المفروض عدم قبوله للنقل، و البيع من النواقل، فجعله عوضاً بنحو النقل مساوق لكون البيع بلا ثمن، فلا بد أن تكون هذه الصورة أيضاً خارجة عن مورد كلام الجواهر بمجواز جعل الحق عوضاً في البيع .

وإن كان بنحو الإسقاط، فتارة يكون البائع من عليه الحق كأن يقول البائع: «بعثك

هذا الكتاب بأن يسقط ما لك من حقّ الشفعة عليّ». وأخرى يكون أجنبيّاً، كأن يقول البائع لصاحب الحق: «بعْتُك هذا الكتاب بأن يسقط ما لك على زيد من حقّ الشفعة».

فإن كان البائع من عليه الحق ففساد البيع فيه مبيئٌ على كون البيع هو النقل من الطرفين، كما هو مقتضى تعليل المصنف رحمته لذلك بقوله: «لأن البيع تمليك الغير». وأما بناءً على عدم إعتبار النقل من الطرفين في البيع وكفاية مطلق إنتفاع المتبايعين بالعوضين - أو إنتفاع أحدهما بأحد العوضين - في تحقق البيع ولو بنحو الإسقاط و تخليص نفسه عن حق الغير، حيث إنّه إنتفاع عقلائي مرغوب فيه عندهم، فلا مانع من صحته.

و حيث إن المصنف إعتبر في البيع النقل من الطرفين إلترزم بالفساد، و صاحب الجواهر لما لم يعتبر النقل من الطرفين - و اكتفى في تحقق البيع بمطلق الإنتفاع بالعوضين، أو أحدهما وإن لم يكن بنحو الإنتقال - حكّم بالصحة، هذا.

وإن كان البائع أجنبيّاً عمّن عليه الحق، ففساده مبيئٌ على إعتبار أحد أمرين في صحة البيع، إمّا النقل من الطرفين كما هو مذهب المصنف رحمته، و إمّا الإنتفاع بالعوضين ولو بغير النقل كما هو مذهب الجواهر. وكلاهما مفقود فيما إذا كان البائع أجنبيّاً عمّن عليه الحق، ضرورة عدم نقل المشتري شيئاً إلى البائع، إذ المفروض كون العوض إسقاط الحق لا نقله، و من المعلوم أن البائع الأجنبي عمّن عليه الحق لا ينتفع بإسقاطه، فالبايع لا ينتقل إليه الحق، و لا ينتفع أيضاً بإذابه، فلا يصح البيع.

و عليه ينبغي إخراج هذه الصورة أيضاً عن مورد نزاع صاحب الجواهر و المصنف، لاقتضاء مذهب كل منهما بطلانه، لفقدان شرط صحته من النقل من الطرفين، أو الإنتفاع بالعوضين ولو بغير الإنتقال فيما إذا كان البائع غير من عليه الحق، هذا.

**الثالثة:** أن يكون الحق قابلاً للنقل و مقابلته بالمال في الصلح، لأجل قابليته لكل من النقل و الإسقاط، كحق التحجير، فإن جُعِل عوضاً عن المبيع على وجه الإسقاط، جرى فيه ما تقدم من بطلان البيع على مذاق المصنف، لفقدان النقل من الطرفين المعتبر في البيع

سواء أكان البائع من عليه الحق أم غيره. و صحته على مذاق صاحب الجواهر القائل بكفاية إنتفاع كل من المتبايعين بالعوضين ولو بغير الإنتقال إن كان البائع من عليه الحق. و بطلانه إن كان البائع أجنبياً، إذ لا ينتفع البائع بشيء من أنحاء الإنتفاعات بإسقاط الحق عمن هو عليه. و إن جعل الحقَّ عوضاً عن المبيع على وجه النقل - سواء أكان البائع من عليه الحق أم أجنبياً - فقد إستشكل فيه المصنف رحمته بعدم وضوح صدق المال على الحق، مع لزوم اعتبار مالية كلا العوضين في البيع، فقتضى أصالة الفساد في العقود فساد البيع.

ولو كان البائع أجنبياً ففي صحة البيع إشكال آخر، و هو عدم إنتفاع البائع بعوض المبيع بنحو من الأنحاء. إلا أن يكون في إنتقال حق التحجير الى الغير - بهذا البيع - غرض عقلائي، فلا مانع من صحته حينئذ.

فاتضح من جميع ما ذكرناه: أن المصنف رحمته يمنع جعلَ الحقوق بأسرها عوضاً عن المبيع، للاشكال في صدق المال على الحقوق، و لكون البيع من النواقل، و الأول جارٍ في جميع الحقوق، و الثاني في خصوص الحقوق غير القابلة للنقل، فلاحظ و تأمل.

### نظرة في الحقوق، أقسامها وأحكامها

قد يعدُّ الحق عند جمع من الأعظم نوعاً من الملك أو مرتبة منه، فينبغي البحث أولاً في تعريف الملك، ثم في ماهية الحق وأقسامه وأحكامه، فيقع الكلام في موضعين:

#### الموضع الأول: في الملك

اختلفت كلماتهم في تعريف الملكية الاعتبارية المنشأة في المعاملات على أقوال. **منها:** ما اختاره المصنف رحمته في المتن من أنها نسبة بين المالك والمملوك. و ينبغي أن تكون منتزعة من الحكم التكليفي كجواز التصرف، بناءً على ما حققه في الأصول من عدم تأصل الأحكام الوضعية في الجعل. **ومنها:** ما اختاره في رسالة «من ملك» في من يصح منه الإقرار بالملك من: أنها سلطنة فعلية كما تقتضيه اللغة، واحترز بها عن إقرار الصبي بما يملكه، إذ ليست سلطته إلا بالإنقضاء، فراجع أ.

**ومنها:** أنها سلطنة، ولعل المراد بها ما يعم الفعلية والشأنية، إختاره جمع، منهم السيد رحمته حيث قال تارة في تفسير الحق: «سواء جعلناه إضافةً ونسبةً بين الطرفين، أم سلطنةً كما في الملك» وأخرى في تعريف الملكية: «و يمكن أن يقال: إن الملكية هي نفس السلطنة الخاصة لا المُلقمة الملزومة لها»<sup>ب</sup>.

أ: رسالة «من ملك» المطبوعة مع عدة رسائل فقهية أخرى، ص ١٨٤

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٧ (آخر الصفحة) و ص ٥٨

**و منها:** أنها مرتبة من مقولة الجدة، كما في تقرير بحث شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته من: «أن الملكية في باب الأموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، أي: إعتبار كون شيء لشيء آخر»<sup>أ</sup>.

**و منها:** أنها إضافة، كما ربما يظهر من المحقق الخراساني في باب الأحكام الوضعية، حيث قال: «ان الملك يقال بالاشتراك على ذلك - أي الجدة المقولية - و على اختصاص شيء بشيء خاص»<sup>ب</sup>.

**و منها:** أنها برزخ بين الإعتبارات الذهنية الصرفة و هي الوجودات الإذعائية كأنياب الأفعال العارية عن الحقيقة، الزائلة بالغفلة و ذهول النفس، و بين الإضافات المقولية و النسب الخارجية، كما في تقرير شيخنا المحقق العراقي رحمته ج.

**و منها:** أنها تساق الإحتواء و الوجدان تقريباً، كما مال إليه المحقق الإصفهاني رحمته د.

**و منها:** أنها إحاطة و سلطنة، كما في تقرير السيد الخوئي رحمته هـ.

**و منها:** غير ذلك مما يقف عليه المتتبع.

و الظاهر أن التعاريف المذكورة تقريبية، لوحظ في كل منها حيثية من حيثيات الملك و أثر من آثاره. و لعل الأقرب - بالنظر إلى ورود هذه المادة في الإستعمالات الفصيحة هو الوجدان، فإنه المنسب منه الى الذهن سواء في الملك الحقيقي و الإعتباري الذي هو مورد البحث، فقد تكرر في الذكر الحكيم التعبير بعدم الوجدان فيمن لا يستطيع الهدى، و في الكفارة المرتبة، قال عز من قائل: ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾<sup>و</sup>. و ﴿ فمن لم

أ: المكاسب و البيع، ج ١، ص ٨٤

ب: كفاية الاصول، ج ٢، ص ٣٠٧، المطبوعة مع حواشي العلامة المشكيني.

ج: نهاية الافكار، ج ٤، ص ١٠٢

د: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧

ه: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٤

و: البقرة، الآية: ١٩٦

يُجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴿١﴾. و ﴿٢﴾ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم ﴿٣﴾.

و روي عنه عليه السلام: «لِي الْوَالِدِ بِالذِّينِ يُحَلُّ عَرَضُهُ وَعَقُوبَتُهُ»<sup>٤</sup> و المقصود به الماطلة بالدين مع القدرة على أدائه. و وَرَدَ فِي النُّصُوصِ الْمَفْسُورَةِ لِلإِسْتِطَاعَةِ الْعَالِيَةِ التَّعْبِيرُ بِالْوَالِدِ وَأَهْلِ الْجِدَةِ. كَمَا أُرِيدَ بِهَا الْفَنَى وَالْيَسَارَ فَيَمُنْ عَلَيْهِ زَكَاةَ الْفِطْرَةِ، وَ قَدْ تَقَدَّمَ جَمَلَةٌ مِنْهَا<sup>٥</sup>.

و عَرَّفَهُ اللَّغَوِيُّونَ بِالِإِحْتَوَاءِ، وَهُوَ إِحْرَازُ الشَّيْءِ بِحَيْثُ يَتِمَكَّنُ الْمَالِكُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَلِكِهِ. فَفِي اللِّسَانِ نَقْلًا عَنْ ابْنِ سَيِّدَةَ: «الْمَلِكُ وَالْمُلْكُ وَالْمِلْكُ: إِحْتَوَاءُ الشَّيْءِ»، وَ الْقُدْرَةُ عَلَى الْإِسْتِبْدَادِ بِهِ<sup>٦</sup> وَ نَحْوَهُ فِي الْقَامُوسِ وَ غَيْرِهِ. وَ الْإِحْتَوَاءُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِنَفْسِهِ مُنْسَبِقًا إِلَى الذَّهْنِ، لَكِنْ تَقْيِيدَ الْمَفْهُومِ «بِالْقُدْرَةِ عَلَى الْإِسْتِبْدَادِ بِهِ فِي التَّصَرُّفِ» يَجْعَلُهُ بِمَعْنَى الْوَجْدَانِ تَقْرِيْبًا. وَ يَدُلُّ عَلَى أَخْذِ خُصُوصِيَّةٍ فِي الْمَلِكِ بِهَا تَكُونُ أَضْيَقَ مَفْهُومًا مِنَ الْوَجْدَانِ، وَ هِيَ كَوْنُ الْمَالِكِ مُتَبَوِّعًا وَ مِنْ ذَوِي الْإِرَادَةِ وَ الْعَقْلِ، فَلَا يُقَالُ لِلدَّارِ الْوَاحِدَةِ لِلبِّيوتِ: «أَنَّهَا مَالِكَةٌ لِلبِّيوتِ خَمْسَةٌ» وَ إِنَّمَا يَقْتَصِرُ عَلَى التَّعْبِيرِ عَنْهَا بِالْوَجْدَانِ.

وَ لَا فَرْقَ فِي دَخَلِ هَذِهِ الْحَبِيْثَةِ فِي مَفْهُومِ الْمَلِكِ بَيْنَ مُطَابَقَاتِهِ التَّكْوِينِيَّةِ وَ الْإِعْتِبَارِيَّةِ، كَمَا سَيُظْهِرُ.

كَمَا أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَنْزِيلِ كَلَامِ اللَّغَوِيِّ عَلَى الْغَالِبِ، لظهوره في دوران صدق الملك مدار سلطنة المالك فعلاً على التصرف في مملوكه، و عدم كفاية السلطنة الشأنية فيه، و من المعلوم أن لازم هذه صحة سلب الملك عن القاصر المحجور عن التصرف في ماله، مع أنه لا ريب في صدق الملك عليه حقيقة عرفاً و شرعاً. أما عرفاً فلأن المحاكم العرفية المانعة عن تصرف

أ: النساء. الآية: ٩٢.

ب: المائدة. الآية: ٥.

ج: وسائل الشريعة، ج ١٣، ص ٩٠، الباب ٨ من أبواب الدين و القرض، الحديث: ٤.

د: راجع الصفحة: ٧٣.

ه: لسان العرب، ج ١٠، ص ٤٩٢.



الأطفال في أموالهم قبل بلوغ الثامنة عشر من العمر تلتزم بمالكيتهم لما يرثونه من الأموال وأما شرعاً فلوضوح حكمه بمالكية الصبي - بل الجنين - لحصته من تركة مورثه.

والمستفاد مما ذكرناه: كفاية السلطنة الإقتضائية في الملك وإن كانت السلطنة الفعلية للولي، وبطلان تعريفه بها.

بل قد يقال: بأجنبية مفهوم الملك عن السلطنة حتى الشأنية، إذ الملك يتعدى بنفسه، والسلطنة تتعدى بحرف الاستعلاء، فلا ترادف بين مفهوميهما. وعليه فالملك الإعتباري أمر آخر، ومن أحكامه - عرفاً وشرعاً - السلطنة على أنحاء التصرفات.

**وبساجملة:** فالملك العقلائي والشرعي هو الوجدان كما مال إليه المحقق الإصفهاني رحمته. وليكن المراد به إعتبار الواجدية، لوضوح كون الملك مفهومًا عامًا له مطابقات حقيقية وجعلية. والمقصود بالبحث هنا وإن كان تعريف الملك الإعتباري، إلا أنه لما كان وجوداً إذعائياً للملك الحقيقي كان المناسب الإشارة إلى مطابقاته، فنقول: يطلق الملك على معان:

### إطلاق الملك على معانٍ أربع

**الأول:** الملكية الحقيقية والإضافة الإشراقية، حيث يكون المالك قيوماً على مملوكه بحسب ذاته وجميع شؤونه، وله السلطنة الحقيقية عليه، والإحاطة التامة به، كما في ملك الباري جلّت عظمته لما سواه، قال عزّ من قائل: ﴿وَعَنَتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا﴾<sup>أ</sup>، والقَيُّوم هو القائم الحافظ لكل شيء، والمعطي له ما به قوامه، وذلك هو المعنى المذكور في قوله تعالى: ﴿الَّذِي أُعْطِيَ كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى﴾<sup>ب</sup>.

ومثلوا للملك بهذا المعنى في عالم الممكنات بوجدان النفس الناطقة للصور الادراكية المرتسمة في صقعها، حيث إن النفس واحدة لها حقيقة، وهي قيوماً، بحيث تمنحها عنها

أ: طه، الآية: ١١١

ب: مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص ٤١٧

بالغفلة والذهول. والنفس وإن كانت جوهرًا موجودة لنفسها في نفسها، لكنها قائمة بغيرها - أي بارتباطها - فلذا كانت الصور قائمة بذلك الغير.

وكيف كان فالملك بمعنى الإضافة الإشراقية مخصوص بالباري جلّ وعلا، وهو أمر تكويني خارج عن أفق المقولات فضلاً عن الإعتبار. ويثبت بالتبع وفي مرتبة تالية لأوليائه من النبي ﷺ والأئمة المعصومين عليهم أفضل الصلاة والسلام، لكونهم مجاري فيضه ومجالي نوره، فلهم السلطنة المعنوية على جميع الموجودات، وبهذا الإعتبار بهم تتحرك المتحركات وتسكن السواكن، قال المحقق الإصفهاني: «فإن الممكنات كما أنها مملوكة له تعالى بإحاطته الوجودية على جميع الموجودات بأفضل أنحاء الإحاطة الحقيقية، كذلك النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام لكونهم عليهم السلام من وسائط فيض الوجود، فلهم الجاعلية والإحاطة بذلك الوجه، بمعنى فاعل ما به الوجود، لا منه الوجود، فإنه مختص بواجب الوجود، ولا بأس بأن تكون الأملاك وملاكها مملوكة لهم بهذا الوجه، كما في قولهم عليهم السلام: الأرض كلها لنا، وإن لم تكن مملوكة لهم بالملك الإعتباري الذي هو موضوع الأحكام الشرعية».

**الثاني:** الملك الذاتي، وهو حيثية وجودية هي قيام وجود شيء بشيء بحيث يختص به في التصرف فيه كيف شاء، ومثلوا له بمالكية الإنسان لنفسه وأعضائه ومنافعه وأعماله. أما مالكيته لنفسه فلأنّ وجدان كل موجود لنفسه ضروري الثبوت له، كوجدان كل ماهية لنفسها. وأما مالكيته لفعله فلأنّ زمامه بيده، لصدور عنه بإرادته وإختياره، فهو أملك بفعله من غيره، لأنّ سلطنته على فعله من شؤون سلطنته على نفسه.

وهذا النحو من الملكية قد يتحقق بين شخصين إذا كان أحدهما طوع إرادة الآخر في حركته وسكونه، كما حكاها تعالى عن الكليم بالنسبة الى هارون «علي نبينا وآله وعليها الصلاة والسلام» بقوله: ﴿ لا أملك إلا نفسي وأخي ﴾ إذ لا يراد به الإضافة الإعتبارية بين السيد والعبد، بل المراد به إتيان هارون له بحيث تكون أفعاله بإرادة أخيه عليه السلام. والملكية بهذا المعنى حقيقية لا إعتبارية ولا مقولية، وتسميتها بالذاتية دون الحقيقية لأجل إختصاص الملك

الحقيقي بالإشراق والإيجاد.

**الثالث:** الملك المقولي، أي ما يُعدّ في فنّ المعقول من الأعراض النسبية، المعبر عنه بالجدّة أيضاً، قال في الأسفار: «وَمَا عَدَّ من المقولات: الجدّة والملك، و هو هيئة تحصل بسبب كون جسم في محيط بكلّه أو بعضه، بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط، مثل التسلّح و التقمص و التعمم و التختمّ و التنقل، و ينقسم الى طبيعي كحال الحيوان بالنسبة إلى إهابه، و غير طبيعي كالتسلّح و التقمص... الخ»!

و جعل في شرح الهداية ملكية الباري تعالى من الإختصاص الطبيعي، ككون القوي للنفس ب.

و إدراج ملك الباري تعالى في الجدّة مجرّد إصطلاح، لا بمعنى إنقسام الملك المقولي الى الطبيعي و الإعتباري، لوضوح أن المبدأ الأعلى «جلّ و علا» و فعله الإطلاقي المعبر عنه بالإضافة الإشراقية جلّ أن يندرج تحت المقولات التي هي أجناس الماهيات الامكانية من الجواهر و الأعراض. بل الأمر كذلك في ملك النفس لقواها، فإنّه حيثية وجودية، و الوجود مطلقاً ليس بجوهر و لا عرض إلا بالعرض. و التفصيل في محله.

و المقصود: أن بعض الأمثلة المذكورة في مقولة الجدّة - بمعنى الهيئة التكوينية الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم آخر به - أجنبي عنها، فمالكية النفس للقوي مثلاً مصداق للملكية الحقيقية، كما أنّ مالكية زيد للفرس إعتباري، لا ربط لها بالموجودات الحقيقية المنحصرة في الجواهر و الأعراض. إلا أن يراد من مالكية زيد للفرس الهيئة الحاصلة من ركوبه عليه.

**الرابع:** الملك الإعتباري و هو وجود إدعائي تنزيلي للملك الحقيقي أو المقولي. و ليس المراد بالإعتبار هنا ما يصطلح عليه في فنّ المعقول من إطلاقه تارةً على الإعتبارات الذهنية، سواء أكان ظرف العروض و الإنصاف الذهن كالكلية و الجنسية، فإنهما مفهومان

أ: الأسفار الأربعة، ج ٤، ص ٢٢٣

ب: شرح الهداية الأثيرية، ص ٢٧٤

عارضان لمعروض ذهني، أم كان ظرف العروض الذهن و ظرف الإتصاف الخارج كالوجوب والإمكان، و هما من المعقولات الثانية في قبال المعقولات الأولى كالانسان والحجر من المفاهيم الماهوية.

و أخرى على الأصالة و الاعتبارية في بحث أصالة الوجود أو الماهية، حيث إن مفصودهم بالإعتبارية تحقق الشيء بالعروض في قبال ما يكون تحققه بالذات، فبناءً على أصالة الوجود تُنسب الآثار الخارجية الى الوجود حقيقةً و أصالةً، و إلى الماهية بالعروض. و ينعكس الأمر بناءً على أصالة الماهية و إعتبارية الوجود. و على كُُلِّ فإعتبارية الوجود أو الماهية تغاير الإعتبارية بالمعنى الأول. فإن الماهيات أمور حقيقية، وليست كالوجوب و الإمكان المنتزعين من ذات الممكن و الواجب.

بل المراد بالاعتبار هنا هو الغرض و التنزيل، أي: جعل ما ليس مصداقاً حقيقياً لمفهوم مصداقاً له إدعاءً و تنزيلاً، ثم استعمال اللفظ فيه، نظير المجاز العقلي و الحقيقة الإدعائية في كلام السكّاكي، و يترتب عليه كون استعمال اللفظ في الفرد الإدعائي حقيقةً لا بالعبارة، فيقال: ان «الأسد» موضوع للحيوان الشجاع، إلا أن له مصداقين أحدهما حقيقي، و الآخر فرضي تنزيلي و هو الرجل الشجاع، و استعمال اللفظ في الفرد الإدعائي أجنبي عن إستعماله في غير ما وضع له، لكونه إستعمالاً في ما ينطبق عليه المفهوم، و إن كانت مصداقته له إدعائية لأجل ترتيب آثار المصداق الحقيقي الواقعي - أو أظهر خواصه - على الفرد التنزيلي.

**والحاصل:** أن الملكية العقلانية تكون من سنخ المعاني الإدعائية التي يعتبرها العقلاء لنظم شؤونهم الإجتماعية إقتصادياً و سياسياً كالزوجية و الحرية و الرئاسة و الحكومة و نحوها، و يكون وعاء تقرُّرها الإعتبار الذي هو برزخ بين الوجودين الذهني و العيني، و يترتب على وجودها في ذلك الصُّقع أحكام و آثار .

و حقيقة الإعتبار توسعه في المفاهيم الحقيقية و إعطاء حكم المعترّ عنه للمعتبر له، كاعتبار زيد رئيساً على قومه، فإن معناه تنزله منزلة الرأس من الجسد، فالملكية الإعتبارية إعتبار للملك الحقيقي أو لمقولة الجدة كما سيظهر، يعني: أنه لو وجد في الخارج لكان مصداقاً لمقولة الجوهر أو الكيف أو الجدة، أو الإضافة، لكنه لا حظ له من الوجود الخارجي حتى

يكون مصداقاً حقيقياً للمقولة.

و الإعتبار بهذا المعنى يسري الى سائر المقولات أيضاً، «فالأسد» مثلاً مُطابَقه الحقيقي هو الحيوان المفترس، الذي هو نوع من الجسم النامي، الذي هو نوع لمطلق الجسم، و هو نوع من مقولة الجوهر. و مُطابَقه الإعتباري هو الرجل الشجاع كزبد، مع أنه مباين له حقيقةً، لكونه نوعاً آخر من الحيوان. و كذا البياض فإنه عرض متأصل. و مطابَقه الحقيقي نوع من مقولة الكيف المبصر المفرق للبصر، و يعتبر و نه لغير الجسم، فيقال: «قلبه أبيض» و المقصود منه بيان أمر معنوي.

و الفوقية مثلاً إضافة حقيقية في مقولة الاين عند كون جسم في آين بالنسبة الى جسم آخر بينه و بين الأرض. ولكنها تطلق على المجردات تنزيلاً و إدعاءً، فيقال: «علم زيد فوق علم عمرو» و هكذا في سائر المقولات. فالعمى مثلاً هو عدم البصر في المحل القابل له، مع إطلاقه في الذكر الحكيم على الضلال المقابل للهداية و الرشد.

و الغرض من ذكر المعاني الإعتبارية هو النظر في ما ذهب إليه شيخنا الأعظم رحمته و من تبعه من دعوى إنتزاع الملكية من التكليف، لكونها من الإعتبارات الذهنية التي يمتنع جعلها إستقلالاً كما سيأتي بيانه.

ثم إنه ينبغي تميم البحث في الملكية بالتعرض إجمالاً لأمر:

**الأمر الأول:** أن إطلاق الملك على الموارد الأربعة المتقدمة حقيقي لا عناية فيه أصلاً، ولكنه ليس من إطلاق الكلّي المشكك على جزئياته، إذ التشكيك صدق طبيعة واحدة على أفرادها بالتفاوت بأولّيّة و شبهها، و ليس مطلق عموم المفهوم من التشكيك، إذ لاجماع أصيل بين كل ما ينطبق عليه الملك حتى يكون صدقه على بعض أولى من صدقه على غيره، و ذلك لأنّ مطابقات الملك أمور متباينة بالذات لا تدرج تحت طبيعة واحدة، فمالكية الباري تعالى بإضافته الإشرافية و إحاطته الوجودية في مرحلة فعله بايجاد الممكنات، و من المعلوم أن الوجود مطلقاً ليس بجوهر و لا عرض إلا بالعرض، فكيف بالوجود المطلق؟

و الملك بمعنى الجدة عرض نسبي، و هو وإن كان موجوداً خارجاً بوجود ناعتي، إلا أن الماهيات أمور عدمية و إن لم تكن أعداماً.

و الملكية الاعتبارية لا خارجية لها أصلاً، و لذا عدّوها دون مرتبة المقولات التي هي أجناس للموجودات الإمكانية؟ و مع تباين هذه المطابقات لا وجه لدعوى صدق الملكية عليها بالتشكيك.

ولا ينافي تباين هذه الموارد سنخاً صدق المفهوم عليها حقيقةً، بلحاظ سعتة و عمومته لمراتب الموجودات، فينطبق على الموجود في وعاء الإعتبار و على المقولة، و على ما هو خارج عن أفق المقولات طُراً. «و نظيره العلم، فإنه بمعنى الحضور، و هو مفهوم عام صادق على مقولات مختلفة و على ما هو خارج عن حدود المقولة، فحضور الصورة المجردة للجوهر العاقل من مقولة الكيف على المشهور، و علم الجوهر النفساني بذاته من مقولة الجوهر النفساني، و علم العقل بذاته من مقولة الجوهر العقلاني، و علمه تعالى بذاته و بمصنوعاته في مقام ذاته وجود واجبي خارج عن أفق المقولات، بل علمه الفعلي في مقام الإيجاد يعين الوجود المنبسط، و هو لا جوهر و لا عرض»<sup>أ</sup>.

و بهذا يظهر غموض ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق الثاني رحمته و تقرير السيد المحقق الخوئي رحمته «من كون الملكية ذات مراتب أربع أطلق عليها بالتشكيك»<sup>ب</sup> لما تقدم من أن الحقائق المتباينة بالذات لا تندرج تحت جامع أصيل. مع أن جعلها مراتب لمقولة الجدة لا يخلو من تأمل آخر، إذ ليست مالكية الباري تعالى للعالم إلا بالإشراق، مع أن الجدة المقولية هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم آخر بكله أو بعضه. كما أن كون الملكية الاعتبارية مرتبة لمقولة الجدة محل بحث كما سيأتي.

**الأمر الثاني:** قد تقدم أن الملكية العقلانية و الشرعية ليست من الأمور الاعتبارية بحسب اصطلاح أهل المعقول، كالكلية و الجنسية لأنها عوارض ذهنية لمعروضات ذهنية، و الملكية الشرعية و العرفية من عوارض الموجودات الخارجية سواء وجدت بالفعل أم بالقوة، إذ الموصوف بالمالكية زيد الخارجي لا الذهني، و الموصوف بالمملوكية هو العين

أ: نهاية الداربية، ج ٥، ص ١١٦

ب: المكاسب و البيع، ج ١، ص ٨٤؛ مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٢٠ و ٤٤

الخارجية أو المنفعة المتدرجة في الوجود.

وكذا ليست من سنخ المقولات العرضية سواء الموجود بوجود ما بحذائه أو الموجود بوجود منشأ إنتزاعه كمقولة الإضافة، وذلك لأن الأعراض المقولية برمتها يتوقف وجودها الناعتي على وجود معروضاتها خارجاً. والملكية الإعتبارية لا تتوقف فعليتها على موضوع محقق، فقد يعتبرها المعبر في ظرف عدم أحد طرفي الاضافة أو كليهما، فتتعلق الملكية بالمعنى المفعولي - أي المملوكية - بالكلية الذمي في بيع السلف، للاجماع على صحته. وكذا تتعلق في أبواب الضمانات بالمثل أو القيمة، وربما لا يكون له وجود خارجي. كما أن الملكية بالمعنى الفاعلي - أي المالكية - تتعلق بطبيعي السيد و الفقير في بابي الخمس و الزكاة.

وعليه: فتمام المناط في الاعترافات الوضعية التي منها الملكية هو اعتبار من بيده الأمر عند تحقق الجهة المقتضية للاعتبار و الجعل من عقد أو حيازة مباح أو إحياء موات أو موت مورث و نحوها. و لا يعتبر فعلية طرفي إضافة الواجدية في جعلها كما عرفت.

و حيث كانت الملكية الادعائية التنزيلية خارجة عن حدود المقولات العرضية فهل هي اعتبار لمقولة الكيف أو الاضافة أو الجدة أو غيرها؟ لا يبعد أن تكون إعتبار الواجدية، من جهة تبعية المملوك للمالك و كون زمامه بيده، و بهذا للحاظ لا مانع من جعلها إضافة إعتبارية لما بينهما من الربط. و التفصيل في محلّه.

### الأحكام الوضعية مجعولة بالأصالة أم منتزعة من التكليف

**الأمر الثالث:** في أن الأحكام الوضعية كالملكية و الزوجية و الحرية هل هي منتزعة من الأحكام التكليفية في مواردها، أم هي بأنفسها قابلة للجعل؟ نُسب إلى شيخنا الأعظم رحمته إمتناع تأصلها في الجعل، و كونها منتزعة من التكليف، و الأولى نقل كلامه، قال في بحث الإستصحاب عند التعرض لكلام الفاضل التونسي في الأحكام الوضعية ما لفظه: «فان لوحظت المعاملة سبباً لحكم تكليفي كالبيع لإباحة التصرفات، و النكاح لإباحة الإستمتاع، فالكلام فيهما يعرف ممّا سبق في السببية و أخواتها. و إن لوحظت لأمر آخر كسببية البيع للملكية و النكاح للزوجية و العتق للحرية، و سببية الفُسل للطهارة، فهذه الأمور بنفسها ليست أحكاماً

الملكية الاعتبارية متأصلة في الجعل أو منتزعة ..... ١٢٣

شرعية. نعم الحكم بثبوتها شرعي، وحقانقتها أمور اعتبارية منتزعة من الأحكام التكليفية، كما يقال: الملكية كون الشيء بحيث يجوز الانتفاع به وبعوضه... وإما أمور واقعية كشف عنها الشارع، فأسابها على الأول في الحقيقة أسباب للتكليف، فيصير سببية تلك الأسباب في العادة كمسبباتها أموراً إنتزاعية<sup>أ</sup>.

و ظاهره التردد في كون الملكية و نحوها من الوضعيات اعتباراً ذهنياً منتزعة من التكليف، أو أمراً واقعياً كشف عنه الشارع بما أنه محيط بحقائق الأمور، كإخباره عن الطهارة و النجاسة اللتين هما حالتان في الجسم الطاهر و النجس.

و بناء على كلا شقّي التردد يتعيّن صرف الأدلة المتكفلة لترتيب أحكام تكليفية على الملكية - بمجرد إنشائها - عن ظاهرها إلى أنّ المجهول بها نفس التكليف التي هي منشأ الإنتزاع. لفرض عدم قابلية الإعتبارات الوضعية للجعل الإستقلالي.

و اختار هذا المسلّم جمع من الإعيان كالمحققين الميرزا الآشتياني و الإيرواني <sup>تتبعاً</sup> بل إستدل عليه و شيّد أركانه الميرزا الآشتياني بتمهيد أمور ستة مدّعياً أنّها مجموع إفادات شيخنا الأعظم في مجلس الدرس و الكتاب، و ملخصه: أن الأحكام الوضعية كالسببية و الشرطية و الملكية إعتبارات منتزعة من التكليف، إذ الأمر الإعتباري لا يقبل الوجود الخارجي. و إنّما يكون وجوده باعتبار المعبر، بحيث لو لم يعتبره لم يكن شيئاً مذكوراً، مع أنّ الحكم الذي يُنشؤه الحاكم موجود خارجي، فكيف يوجد بالإعتبار بعد وضح تباين الوجودات؟<sup>ب</sup>

و كذا الحال لو كانت الأحكام الوضعية من الامور الواقعية التي كشف عنها الشارع، كالملكية التي هي غلقة واقعية بين المالك و المملوك، و كالطهارة و النجاسة اللتين هما حالتان في الطاهر و النجس، لما عرفت من أنّ الحكم الشرعي فعل قائم بالحاكم، و هذه الأمور - على التقدير المذكور - من الاوصاف الكامنة في متعلقاتها واقعاً، فيستحيل قيامها بالحاكم. نعم قد

أ: الرسائل، ص ٦٠٣، طبعة مؤسسة النشر الاسلامي بقم المقدسة.

ب: راجع بحر الفوائد، ج ٣، ص ٦٥ الى ٦٩، و نهاية النهاية للمحقق الايرواني، ج ٢، ص ١٨٨ - ١٨٩



يصير الحكم كاشفاً عن وجودها الواقعي بمقتضى علمه، فهو إخبار حينئذٍ عن وجودها، لا جعل له بالجعل الشرعي، هذا.

و بناءً على مسلك الإنتزاع فالمجْعول بالأصالة هو التكلِيف كجواز أنحاء التصرفات في المال حيث ينتزع منه الملكية، وكحلية النظر والإستمتاع المنتزع منها الزوجية، وهكذا. و يكفي في الإنتزاع وجود حكم تكلِيفي في المورد سواء أكان منجزاً أم معلقاً على أمر غير حاصل فعلاً، فتنتزع ملكية البالغ من خطابه الفعلي بجواز التصرف، و تنتزع ملكية القاصر كالصبي من خطاب تعليقي كقول الشارع: «إذا بلغت جاز لك التصرف» و لا منافاة بين فعلية الامر الإنتزاعي و تعليقية منشئه، إذ المهم وجود الحكم التكلِيفي القابل لأن ينتزع منه الإعتبار الوضعي سواء أكان منجزاً أم معلقاً.

هذا محصل ما أفاده شيخنا الأعظم، و قرره عليه تلميذه الأجل رحمته بل زاد الميرزا الأشتياني: إنتزاع ضمان الصبي بالإتلاف من خطاب و ليّه فعلاً بدفع غرامة ما أتلفه المولى عليه، حتى لا يلزم التفكيك بين الأمر الإنتزاعي و منشئه بجعل الأوّل فعلياً تنجيزياً، و الثاني تقديرياً، هذا.

أقول: الظاهر أن منشأ إنكار قابلية الأحكام الوضعية للجعل الاستقلالي هو مقايستها بالإعتبارات الذهنية باصطلاح أهل المعقول، كما يشهد بها تنظير الملكية بالسببية و الشرطية، مع وضوح الفرق بين الإعتبار باصطلاح الأصولي بينه باصطلاح غيره، فالمقصود بالإعتباريات التي منها الأحكام الشرعية هو الوجود الإذعائي التنزيلي.

و عليه فالحق هنا ما صنعه المحقق الخراساني رحمته من التفصيل بين ما عدّ من الوضعيات، بأن بعضها وجودات ذهنية تنقزم بالتصور و تنعدم بالغفلة و الذهول، و بعضها إعتبارات عقلانية و شرعية موطنها وعاء الإعتبار. و ليست الملكية و الزوجية من قبيل السببية حتى يحكم عليهما بعدم قابليتهما للجعل.

**وكيف كان فقد أورد على مسلك الإنتزاع بوجوه:**

**الأول:** ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته في مواضع من كلماته، و محصله - بتوضيح مئتا - أن الحكم التكلِيفي ليس عين الحكم الوضعي و لا منشأ إنتزاعه، و لا مصحح إنتزاعه. فلا معنى

للقول بالإنتراع.

أما عدم كون الحكم التكليفي - كإباحة التصرف في المال - عينَ الحكم الوضعي كالملكية، فلأنَّ حقيقة الملكية إمَّا النسبة بين المالك والمملوك وإمَّا الإحتواء أو السلطنة أو الواجدية، وليس شيءٌ منها عين مفهوم إباحة التصرف كما لا يخفى.

و أما عدم كون التكليف منشأ الإنتراع، فلو جهين أحدهما: أن الأمر الإنتراعي كالفوقية ليس إلا حيشية القبول القائمة بالمتحيث، ولازمها صحة حمل العنوان الإشتقائي - المأخوذ من الأمر الانتزاعي - على المتحيث بها أعني به منشأ إنتراعه، بلحاظ تلك الحيشية، كصحة حمل عنوان «الفوق» على السقف لأجل قيام مبدئه - أي الفوقية القائمة بقيام إنتراعي - بالسقف.

و من المعلوم عدم تحقق هذا الملاك في المقام، لأنَّ الحكم التكليفي - مثل جواز التصرف الذي فُرض كونه منشأ الإنتراع - لا يحمل عليه عنوان المالك والمملوك. ويستكشف من عدم صحة الحمل أن مبدأ العنوانين المتضابفين غير قائم بجواز التصرف بقيام إنتراعي.

و دعوى كون الملكية جواز التصرف، و المالك من يجوز له التصرف و المملوك ما يجوز فيه التصرف، فينتزع الملك بتبع إنشاء التكليف، ممنوعة بأنَّ الملكية لو كانت إباحة التصرف كان ذلك عدولاً عن الإنتراع الى دعوى العينية، و هو ممنوع، بعدم الترادف، مضافاً الى كونه خلاف الفرض.

ثانيهما: أنَّ الأمر الإنتراعي تابع لمنشأ إنتراعه فعليَّةً و قوَّةً، و من البديهي اعتبار الملكية و الزوجية للمصغير مع ارتفاع قلم التكليف عنه. و جعل منشأ الإنتراع خطابه التعليقي المتوقف فعليته على البلوغ كما ترى، لامتناع إنتراع الملكية و الزوجية الفعليتين - لترتيب آثارهما عليهما - من الخطاب التقديري الذي لاحظ له من الوجود الفعلي.

كما أنَّ تصحيحه بما أفاده المحقق الأشثباني رحمته من «انتزاع ملكية الصبي من خطاب وليه بإباحة التصرف فيه، و إنتراع ضمانه لما أتلفه من خطاب الولي فعلاً بالتغريم» غير ظاهر، إذ لا يعقل قيام الحيشية المصححة للانتراع بشيء، و الإنتراع من شيء آخر.

و توجيه كلام الشيخ الأعظم رحمته من قابلية الخطاب التعليقي لانتراع الملكية فعلاً للصبي منه «للفرق بين الأضافة المقولية و بين الاعتبارات الشرعية، فلا مانع من صحة إنتراع

الملكية والزوجية من التكليف المتوقف فعليته على البلوغ، فإن للحكم التعليقي حظاً من الوجود في صقع الإنشاء، فلا بأس بانتزاع ضمان الصبي فعلاً لما أتلفه من خطاب الشارع بعد بلوغه: «أغرم ما أتلفته حين صباك» ممنوع، فإن تبعية الأمر الانتزاعي لمنشئه حكم عقلي لمطلق وجود الإضافة، فالإضافة المقولية تتوقف على منشأ متأصل، والإضافة الإعتبارية على منشأ إعتباري، و ليس قيام الأمر الانتزاعي بمنشئه من أحكام الوجود الحقيقي حتى يتوهم إمتناع تسريته الى الإعتباريات.

هذا مضافاً إلى إباء صراحة ما قرره الميرزا الأشثاني رحمته عن هذا الحمل، فإنه جعل الملكية والسببية والشرطية من وإد واحد وقال بأنها اعتبارات ذهنية.

هذا كله في إستحالة كون التكليف منشأ الإنتزاع.

و أما عدم كون الحكم التكليفي مصحح الإختراع فلأن لازمه كون الملكية مثلاً من المقولات الواقعية الموجودة في جميع الأنظار كسائر المقولات التي لاخلاف فيها بين نظير ونظير آخر، ومن المعلوم توقف العرّض المقولي على معروض موجود، مع أنه لا شبهة في قيام الملكية العرفية والشرعية بالمعدوم كما تقدم.

و على هذا فإن أراد شيخنا الأعظم رحمته بقوله: «الملكية كون الشيء بحيث يجوز الإنتفاع به وبعوضه» وحدتهما مفهوماً، وحكايتهما عن حقيقة واحدة، فقد عرفت منعه، فإن الملكية عنده هي النسبة أو السلطنة، وهما غير إباحة التصرف. مع أنه رجوع عن دعوى الإنتزاع الى العينية.

و إن أراد كون التكليف منشأ الإنتزاع كما هو ظاهره، فالمفهومان متباينان، ولكنهما متصادقان في الوجود، ففيه ما عرفت من إنتفاء ملاك الإنتزاع بين التكليف والوضع. ومنه يظهر الإشكال في إنتزاعها من العقد القولي أو الفعلي. مضافاً الى: أن نسبة العقد الى الملكية نسبة المسبب الى سببه، بناءً على المشهور من كون ألفاظ العقود أسباباً لتناوبها، والسبب مبين لمسببه كما لا يخفى.

هذا محصل ما اعترض به المحقق الإصفهاني على إنكار قبول الأحكام الوضعية للجعل المستقل، وإنزاعها من التكليف أو العقد. وهو في غاية المتانة.

**الثاني:** ما في تقرير شيخنا المحقق العراقي رحمته ومحصله: منافاة ظواهر الأدلة الشرعية - التي جعلت الملكية والزوجية ونحوهما من الإضافات الاعتبارية فيها موضوعات لأحكام تكليفية، كقوله عليه السلام: لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيبة نفسه - لانتزاع تلك الإعتبارات من التكليف، لوضوح أن موضوع الحلية هو الملك أي المال المضاف الى الغير. فلو كانت الملكية منتزعة من التكليف، فإما أن تنتزع من تكليف آخر، أو من نفس الحكم بحرمة التصرف، المتأخر عنها رتبة.

و كلاهما محال. أما الأول، فلاستلزامه إجتماع المثليين، أحدهما التكليف الثابت في الرتبة السابقة، وهو محقق الأضافة، و ثانيهما التكليف المترتب عليها، المدلول عليه بقوله: «لا يحل».

و أما الثاني، فلاستلزامه تقدم المتأخر، لفرض أن مثل جواز التصرف متأخر عن الملكية رتبة، لتأخر كل حكم عن موضوعه كذلك، فلو كان هو محقق الأضافة و منشأ الإنتزاع لزم تقدمه على الأمر الإنتزاعي كتقدم وجود العلة على معلولها رتبة، مع أن جواز التصرف متأخر عنها. وإستحالة إجتماع المتقابلين في واحد من الأمور الواضحة سواء في التكوينية والإعتباريات.

و عليه يتعين القول بأن الملكية ونحوها من الإعتباريات المتأصلة بالجعل، و لاوجه للتكليف و إتعاب النفس لإثبات انتزاعيتها من التكليف، مع أنه لا تكليف في مثل «من حاز ملك».

**الثالث:** ما في التقرير المذكور أيضاً من أن الملكية و نحوها إعتبارات متداولة بين العقلاء من ذوي الأديان و غيرهم ممن لا يلتزم بشرعية، فلو كان مُصحح إعتبارها الخطابات التكليفية الشرعية لزم عدم وجودها في حقهم، و عدم ترتيب الأثر على معاملاتهم، و هو كما

ترى، فلا مناص من القول بأن هذه الأمور مجعولة بالاستقلال، قد أمضاها الشارع، هذاً .  
**أقول:** أما الوجه الأول - مما أفاده شيخنا العراقي - فهو وإن كان متيناً في نفسه، إلا أنه لايد أولاً من إثبات أجنبية الإعتباريات العقلانية عن الأمور الإنتزاعية عند أهل المعقول، فمجرد مخالفة مسلك الإنتزاع لظواهر الأدلة الشرعية لا يكفي في نفي نظر الشيخ الأعظم ومن وافقه، لتصريح الميرزا الآشتياني بلزوم التصرف في ظهور الأدلة المتكفلة لأحكام تكليفية مترتبة على مثل الملكية و الزوجية. و عليه فالمهم على القائل بأصلتها في الجعل إبطال الإنتزاع حتى تصل النوبة الى إبقاء ظواهر الخطابات على حالها.

و أما الوجه الثاني فيمكن أن يقال فيه: إن كون الملكية و الزوجية من الإعتباريات المتداولة بين العقلاء حتى غير ذوي الأديان لا يكشف عن أصلتها في الجعل بالعقود المتعارفة بينهم و غيرها من الأسباب، و لا يبطل به مسلك الإنتزاع، فإن المقصود من التكليف الذي يُفرض منشأً للإنتزاع ليس خصوص الحكم المتعبد به عند الكل، فإن الخطابات عامة لجميع المكلفين سواء من تدبّر منهم بها و من لم يكن كذلك.

و الحاصل: أن الأمور الإعتبارية لو قيل بانتزاعيتها من التكليف كانت الأحكام المشتركة بين الجميع منشأً للإنتزاع و إن لم يلتزم بها بعضهم.

هذه جملة من الكلام في الملكية. و تلخص مما ذكرناه أمور:

**الأول:** أن الملكية العرفية و الشرعية خارجة عن حدود المقولات، فإن موطنها وعاء الإعتبار - باصطلاح الأصولي - لا الإعتبار عند أهل المعقول بما له من الإطلاقات.

**الثاني:** أن الملكية ليست مشتركة معنوية مقولة على موارد بالتشكيك، بل هي مفهوم عام يكون مطابقاً إشرافاً تارة، و جدة مقولية أخرى، و إعتباراً عقلائياً أو شرعياً ثالثة.

**الثالث:** أن الملكية إعتبار الواجدية، و هي متأصلة في الجعل إما بجعلها تأسيساً أو إمضاءً لما عند العرف، و لا تنتزع من التكليف و لا من العقد.  
 هذا كله في الموضوع الأول، و هو البحث عن الملك.

## الموضع الثاني: في الحق

و استقصاء جهات البحث فيه يتم في طيِّ مقامات:

المقام الأول: في بيان ماهيته و حقيقته.

فنقول: عرّفه جمع من اللغويين بما يقابل الباطل، ففي القاموس و اللسان أنه «ضدّ الباطل» و في الصحاح «أنه خلافه»<sup>أ</sup> قال ابن منظور: «حقّ الأمر و بحقّ حقاً و حقوقاً: صار حقاً و ثبت. قال الأزهري: معناه وحبّه يجب و جوباً. و في التنزيل: قال الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ، أي: ثبت. ولكن حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ، أي: وحبّت و ثبتت...»<sup>ب</sup>.

و عرّفه الراغب بأن أصل الحق المطابقة و الموافقة، و يُطلق على أمور أربعة:

أحدها: مُزَجَّد الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة، فيطلق عليه تعالى كما في قوله جَلَّ و علا: ثم رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقَّ.

ثانيها: الموجد - بمعناه المفعولي - بحسب ما تقتضيه الحكمة، ففعله تعالى حقّ، كما في قوله عزّ من قائل: ما خلق الله ذلك إلا بالحق.

ثالثها: الإعتقاد بشيء ثابت في نفسه كالثواب و العقاب و حوادث القيامة.

رابعها: الفعل و القول الواقع بحسب ما يجب و بقدر ما يجب و في الوقت الذي يجب،

كقوله تعالى: ﴿حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ، وَ حَقَّ الْقَوْلُ مِنِّي﴾<sup>ج</sup>.

و لا يبعد أن يكون معناه المصدرى الثبوت - كما احتمله المحقق الإصفهاني - و رجوع

سائر معانيه إليه من باب إشتباه المفهوم بالمصداق، و معناه الوصفي هو الثابت، فإطلاقه عليه

جَلَّ و علا لكونه ثابتاً بأفضل أنحاء الثبوت الذي لا يُخالطه عدم و لا عدمي<sup>د</sup>. بهذا بحسب اللغة.

و أما بحسب الإصطلاح الفقهي فهل هو إعتبار للثبوت الواقعي أم أمر آخر؟ قد تقدم

أ: صحاح اللغة، ج ٤، ص ١٤٦٠

ب: لسان العرب، ج ١٠، ص ٤٩، القاموس المحيط، ج ٣، ص ٢٢١

ج: مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص ١٢٥

د: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩ (رسالة الحق).

في بحث الملك أن حقيقة الإعتبار هو الإدعاء و فرض الوجود لما لاحظ له من الوجود العيني، فيقال: إن الملكية الإعتبارية إعتبار الواجدية، في قبال الواجدية الحقيقية في مثل مالكية النفس للفقوى، و الإعتبار يدور مدار ترتب الأثر. و عليه يقال: إن الحق الإعتباري ليس إعتباراً للثبوت الواقعي، للفقوى إعتبار الثبوت المطلق كلفقوى إعتبار ثبوت شيء لشيء، فليس المراد من مثل حق التحجير إعتبار ثبوت الأرض المحجرة و لا ثبوتها للمحجر، بل المقصود إثبات سلطنته عليها أو ملكه لها أو أولويته بها من غيره، فالمعنى الواقع في حيز الإعتبار هو الملكية و نحوها لا مجرد الثبوت، و يستكشف منه عدم كون الحق المصطلح إعتباراً للثبوت الواقعي.

مضافاً إلى: أن الثبوت مفهوم عام يصح إطلاقه على كل ما له تقرر في نفس الأمر، فالملك و الحكم التكليفي حق أي ثابت في وعاء الإعتبار و التشريع، و منه قولهم في باب القضاء: للمدعي حق الإستحلاف، و زائد الصلاة حق الله، لثبوتها على المكلف بنفس إيجابها عليه.

فيعلم من هذا أن الحق المصطلح إعتبار آخر أخص من مفهوم الثبوت، و يقع الكلام في أنه إعتبار الملك أو السلطنة أو الأولوية و ما شابه ذلك أو غيرها؟ لم نقف في كلماتهم على تحديد جامع و مانع كما سيظهر بعد التعرض لجملة من الضوابط المذكورة:

**فمنها:** ما نُسب إلى المشهور من كون الحق سلطنة، و ربما تُقيد بالفعلية في بعض

أقسامها كما تقدم في المتن بالنسبة إلى حق الخيار و الشفعة.

و اختاره جمع منهم السيد في أول كلامه و إن عرّفه في آخره بأنه نوع من الملك. فقال ما محصله: إن الحق نوع من السلطنة على شيء متعلق بعين كحق التحجير، أو غير عين كحق الخيار في العقود اللازمة، أو على شخص كحق القصاص. و عليه فالحق مرتبة ضعيفة من الملك و نوع منه، و صاحبه مالك لشيء يكون أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد إعتبار الرخصة مثلاً بلا إعتبار السلطنة كما في جواز الرجوع في العقد الجائز.

و قال في آخر البحث: «و بالجملة: الحق نحو من الملك، بل هو ملك بحسب اللغة،

وكونه في مقابل الملك اصطلاح عام أو خاص، و لا بد له من متعلق، سواء جعلناه إضافةً و نسبةً

بين الطرفين، أو سلطنة كما في الملك<sup>أ</sup>.

و مقتضى تفسير الحق بالملك و الملك بالسلطنة كون الحق سلطنة، لا إعتباراً مغايراً

للملك.

و منهم المحقق الإيرواني رحمته حيث إنه جعل الفارق بين الملك و الحق سعة دائرة متعلق السلطان و ضيقها، فالشيء إذا كان متعلق سلطنة الشخص بجميع حيثياته كان ملكاً، وإن كان متعلقاً ببعض شؤونه كان حقاً. نظير الأمة و الزوجة، فالأولى ملك سيدها، لأن له أنحاء التصرفات فيها من البيع و الهبة و المباشرة، و الزوجة متعلق حق الزوج، إذ ليس له إلا السلطنة على البضع<sup>ب</sup>.

و لكنك خبير بأنهم إن أرادوا بالسلطنة ما تكون فعلية غير مقترنة بالمانع فهو وإن كان صادقاً على كثير من الحقوق، لكنه ينتقض بما تسالموا عليه من إنتقال حق الخيار بالارث إذا كان الوارث صبيّاً غير مميّز، لحجره عن التصرف في كل ما انتقل اليه من مؤثره. و دعوى أن سلطنة القاصر سلطنة وليه ممنوعة بأن المحجور مسلوب السلطنة لا مفوضها، و لا منشأ آخر لسلطنة الولي.

و إن أرادوا بالسلطنة ما هو أعم من الفعلية و الإقتضائية - فالصبي غير المميّز و إن لم يكن سلطاناً فعلاً، لكنه لا مانع من جعله سلطاناً شأناً، و تتوقف فعليته على زوال المانع و هو الصبا، و بهذا الإعتبار يصح قيام وليه مقامه، لتشريع أصل السلطنة في حقه - ففيه: أن الإعتبار هو الإدعاء و التنزيل المنوط بترتب الأثر، كما في تنزيل الطواف منزلة الصلاة لمشاركته لها في بعض أحكامها، فلو فرض سلب جميع آثار المنزل عليه لفا الإعتبار. و لما لم تكن للصبي سلطنة على فسخ عقد مؤثره و إمضائه و لا على إسقاط حقه و لا نقله الى الغير - بناءً على كونه من الحقوق القابلة للنقل الى غير من عليه الخيار - لم يكن مصحح الإعتبار و التنزيل موجوداً حتى يتفصّل به عن محذور تفسير الحق بالسلطنة الفعلية الى جعله سلطنة إعتبارية. و عليه

أ: حاشية المكاسب، ص ٥٥ و ٥٧

ب: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧٣



فلا بد من كون الحق إضافة أخرى قد يكون ملزوماً للسلطنة وقد لا يكون .

إلا أن يقال: ان السلطنة مجعولة للصبي فعلاً وإن لم يكن قادراً على الإعمال بنفسه بل كان الأمر مفوضاً الى الولي، فالسلطنة الفعلية بيد الولي .

و أما ما أفاده المحقق الإيرواني فينتقض بمثل حق التحجير الذي يلتزم بالتزم بجواز أنحاء التصرفات فيه بالبيع والهبة ونحوهما من النواقل، إذ لو كان الفارق بين الحق والملك راجعاً الى متعلق السلطان لا نفسه كان حق التحجير من الملك المصطلح لا من الحقوق، مع أنه بجعله جعله من الحقوق، ولذا إعترض على المصنف بجعله في ترده في صدق المال عليه .  
وقد تحصل: أن تعريف الحق بالسلطنة لا مانع ولا جامع .

ومنها: ما اختاره جمع من الأعيان من كون الحق نوعاً من الملك أو مرتبة منه - على اختلاف بينهم في التعبير - فمنهم السيد الطباطبائي بجعله في كلامه المتقدم، ومنهم شيخ مشايخنا المحقق الثاني بجعله في بعض تعابيره، حيث فسره بالملكية الناقصة وبالمرتبة الضعيفة من الملك، وإن عرّفه في موضع آخر تارة «بالسلطنة الضعيفة» وأخرى «بالاعتبار الخاص الذي أثره السلطنة الضعيفة على شيء، ومرتبة ضعيفة من الملك» .

ومنهم سيدنا الأستاذ بجعله حيث فسره بالملك، وجعل الفارق بينهما اختلاف المملوك، ومحصله: أن إضافة الملكية - وهي التابعة والمتبعية - سنخ واحد في الملك والحق، لا تحادهما مفهوماً، واختلافهما مورداً، وذلك لأن طرف إضافة الملكية إما عينٌ وإما عَرَضٌ ومعنى، وكلٌّ منهما على ثلاثة أقسام، فالعين إما خارجية كالدرهم والدار، وإما ذمّية كالبيع الكلي في باب السلف، والثلث الكلي في النسيئة، وإما لا هذا ولا ذلك، بل كحق الجنابة المتعلقة بالبعد الجاني، وحق الزكاة المتعلقة بالنصاب، على بعض الأقوال .

والعَرَضُ والمعنى إما أن يكون ذمّياً كعمل الخبز الأجير للغير، وإما أن يكون قائماً بعين خارجية من دون توقف الإعتبار على الإضافة الى ذمّة، كمنافع الأعيان المملوكة كالدار والعبد، حيث إن تعلق الملكية الإعتبارية بها منوط بقابلية العين للمنفعة، وكفي إعتبار ملكية العين في

إضافة المنفعة إليه. بخلاف مثل عمل الحُرِّ، فإن ملكيته الإعتبارية متوقفة على وقوع عقد عليه كالإجارة و الصلح . و إما أن يكون إعتبار الملكية موقفاً على إضافته إلى مالك، و وجود مصحح الإعتبار كحَقِّ الخيار القائم بالعقد، و حق الشفعة القائم بالمبيع، و حق القسم القائم بالزوج، و نحوها من الحقوق، فاعتبار الخيار لأحد المتعاملين منوط بوجود غيبٍ أو شرطٍ أو عيبٍ، و نحوها. كما أن الشركة في مثل الدار تصحح إستحقاقه لحصة شريكه المبيعة من الأجنبي.

إذا عرفت هذه الأقسام الستة فاعلم: أن إضافة الملكية في جميعها على حدِّ سواء، فلا فرق بين أن تقول: زيد مالك للدينار الشخصي أو الكلي، أو لمنافع الدار التي إستأجرها، أو لعمل أجيره كخياطته، أو لأخذ المبيع المشاع بالشفعة، أو للاقتصاص من الجاني المتعمد، أو لاستيفاء دينه من العين المرهونة، أو للمضاجعة مع زوجته، أو للتصرف في الأرض المحجَّرة، و لا تتفاوت إضافة الملكية بالشدة و الضعف، نعم تسمى في قسمين منها - و هما ثالث أقسام العين و المعنى - بالحق. فالحقُّ الإصطلاحي عين أو معنى متعلق بغيره على نحو يتوقف إعتباره على إعتبار ملكية لمالكه، فاعتبار حق الجناية مثلاً منوط بالجناية المصحَّحة لإضافة ملكية الإقتصاص، و إعتبار حق الخيار منوط بإضافة ملكيته لذي الخيار بسبب مثل الغيب و الشرط و المجلس، هذا.

و يختلف الحق عن الذميات - حيث إنها أملاك و ليست بحقوق - بأن الذمة ظرفها لا موضوعها، و لذا لا يكون الدين المستقرُّ في ذمة الحُرِّ من الحقوق، فلا يسقط بانعدام ذي الذمة، بل يُفرض من تركته أو غيرها، بخلاف الإقتصاص القائم برقبة الحُرِّ الجاني حيث يسقط بموته. هذا.

**أقول:** الظاهر أنَّ التابعة و المتبوعية أوسع مفهوماً من الملكية، لتشمولها لتصرفات الأولياء فيما لهم الولاية عليه، كتصرف الفقيه الجامع للشرائط في سهم الإمام «عليه الصلاة والسلام» من الخمس - على ما مال إليه قَبْلُ في خمس المستمسك - و أنه وليُّ على مصرفه

و على الجهات المتعلقة به أ، وكتصرف وليّ الموقوفة في عوائدها، وكتصرف الأب و الجد له في مال الصبي، و غيرهم من الأولياء، إذ لا ريب في سلطتهم على التصرفات، و نفوذها شرعاً، فإن الأموال و الأملاك تابعة للأولياء مع عدم كونهم مالكين لها.

و لو أريد من التابعة في الملكية خصوص الذاتية فسلطنة الأولياء و إن كانت خارجة عن دائرة الملكية، لفرض كونها بالعرض، و تكون التبعية الذاتية للمولى عليه، إلا أنه ينتقض بمثل حق الإختصاص بالخمير المنقلب عن الخلّ، المعدّ للتحليل، حيث إن التبعية موجودة قطعاً، مع عدم الملكية المصطلحة، بشهادة تصريحهم بأنّ الخمر الكذائي ليس بملك، بل للمسلم نحو إختصاص به. و لو جعلنا التبعية أعم مما هو بالذات و بالعرض لانتقض بتصرفات الأولياء.

و الحاصل: أنه إن أراد تتبرك من التبعية الإعتبارية خصوص الذاتية إنتقض بحق الإختصاص بالخمير، و كذلك بحق التحجير، فإنهم جعلوا هذا الحق مقابلاً للملك، و قالوا بتوقف تملك الرقبة على إحيائها، و ليس له قبل الإحياء إلا الأولوية بها. و إن أراد تتبرك منها ما يعم التبعية بالعرض إنتقض بتصرف الأولياء، فإن الملك تابع للمولى شرعاً و عرفاً، مع أنّ إضافة الملكية للمولى عليه دون الولي.

و هذا كاشف عن عدم كون الملكية الإعتبارية بمعنى التابعة، بل إعتبار الواجدية، فالمالك من يكون واجداً لشيء إعتباراً، سواء أكانت له السلطنة على التصرف في مملوكه أم لا. هذا بالنسبة إلى أصل جعل الحق من أقسام الملك.

و منه يظهر حال تعريفه بالمرتبة الضعيفة منه. إذ فيه: أن الملكية الإعتبارية هي إعتبار الواجدية، و هي ليست ذات مراتب حتى تسمى مرتبة منها بالملك، و مرتبة أخرى بالحق.

نعم لو كانت الملكية إعتباراً لمقولة الكيف أمكن تفاوت أفرادها بالشدة و الضعف، لكن الظاهر عدم كونها منها.

و أما ما أفاده المحقق الثاني تتبرك فمقتضى تعريف الحق بالسلطنة موافقته لما نسب إلى

المشهور فيه، ومقتضى تعريفه بالملكية الناقصة والضعيفة - مع تفسير الملكية باعتبار مقولة الجدة - هو كون الحق مرتبة ضعيفة من هذه المقولة، وأثرها السلطنة. وهو موقوف على جريان الإشتداد والمرتبة في هذه المقولة. ومقتضى كلامه الآخر من كون الحق إعتباراً وضعياً مغايراً للملك والسلطنة هو العدول عما اشتهر في تعريف الحق بالسلطنة، والميل الى ما أفاده المحقق الخراساني رحمته من كونه إعتباراً خاصاً - مجهول الكُنه - له آثار منها السلطنة، قال رحمته: «هو... إعتبار خاص، له آثارٌ مخصوصة، منها السلطنة».

وهو وإن كان سليماً عما يرد على تعريفه بالملك والسلطنة، إلا أن ظاهره كون ذلك الإعتبار الخاص واحداً سنخاً، فينطبق على أنحاء الحقوق، لكونها مصاديقه وموارده، والأثر المشترك بينها سلطنةً ذي الحق على شؤونه، وأقل مراتبها الإسقاط وإخراج نفسه من طرفية الإضافة. ولأبأس به في مثل حق الخيار والشفعة والرهانة والقصاص، إلا أنه لا يجري في مثل حق الولاية والحضانة، بل يُشكّل حتى في حق الخيار الذي يرثه القاصر، إلا بأن تكون سلطنة الولي سلطنة المولئ عليه لا غيرها.

**ومنها:** ما اختاره المحقق الإصفهاني رحمته - بعد تعذّر تصور جامع لشتات الحقوق حتى ينطبق الحق عليها إنطباق الكلّي على مصاديقه - من أنه مشترك لفظي، فهو في كل موردٍ نحو من الإعتبار له أثر مخصوص، ولأجله تختلف آثار الحقوق، فحقّ التولية والولاية والرهانة والإختصاص والوصاية إعتبار لنفس هذه الأمور، والإضافة بيانية، فحقّ الولاية للأب والجد والحاكم إعتبار ولايته على التصرف فيما يتعلق بالمولئ عليه، وحقّ الرهانة إعتبار كون العين وثيقةً للدين أو محبوسة عليه، وأثره جواز إستيفاء الدين منه. وحقّ الإختصاص نفس إعتبار إختصاصه بالخمير، لسبق ملكه له قبل إنقلابه عن الخلّ الى الخمير. وحقّ الوصاية إعتبار كون الشخص نائباً في التصرف عن الموصي. وحق التحجير إعتبار كون المحجّر أولى بالأرض من غيره في تملكها بالإحياء.

و حق الخيار والشفعة والجنابة إعتبار للسلطنة، فحق الشفعة إعتبار للسلطنة على ضمّ

حصة الشريك الى حصة نفسه ببدل مثل الثمن للمشتري، وحق الخيار إعتبار للسلطنة على الفسخ. وحق الجنابة إعتبار للسلطنة على الإسترقاق، وحق الإقتصاص هو إعتبار كونه سلطاناً شرعاً، وهكذا. أ

**ومنها:** ما اختاره السيد المحقق الخوئي رحمته من عدم مغايرة الحق للحكم سنخاً، فالكلل أمور إعتبارية إعتبرها الشارع لمصالح خاصة، وأن الحق المصدرى بمعنى الثبوت، والوصفي بمعنى الثابت، ويصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له. وإنما الفارق بين الحق والحكم إختلاف آثارهما لاذاتهما، فالمجوعول الشرعي إن كان قابلاً للإسقاط كان حقاً مصطلحاً، وإن لم يكن قابلاً له سُمي حكماً، لأن زمام الأمور الشرعية بيد الشارع حدوثاً وبقاءً، فإن حكمه ببقائه بعد إسقاط المكلف له كان حكماً، وإلا كان حقاً، وهذا المقدار من التفاوت في الأثر لا يوجب إختلافهما ماهيةً.

ويشهد له أن جواز فسخ العقد في الهبة الجائزة و في العقد الخياري إعتبار شرعي واحد، وإنما يطلق الحكم على الأول بلحاظ عدم تأثير إسقاطه في ارتفاعه، ويطلق الحق على الثاني بلحاظ إنتهاء أمدّه بإسقاط من له الخيار. وكذا لا فرق بين جواز قتل الكافر الحربي و قتل الجاني قصاصاً، فالجواز في الجميع معنى واحد وإن اختلف أثرهما.

وأما فرق الحق و الملك فهو أن متعلق الحق فعل من الافعال، و متعلق الملك أعم من العين الخارجية و الفعل. ب

**أقول:** إن أريد بالحكم مطلق ما هو مجوعول للشارع -سواء أكان تكليفاً أم وضعاً و سواء أكان إلزاماً أم ترخيصاً- فلا إشكال في شموله للحق، فإنه إعتبار وضعي تأسيسي أو امضائي، كغيره من الإعتبارات التي تنالها يدُ الجعل و لو إمضاءً كالملكية و الزوجية و الحرّية، فالحكم بهذا المعنى العام صادق على الحق و الملك و التكليف على حدّ سواء.

وإن أريد بالحكم ما يقابل الحقّ و الملك -كما هو المقصود من تقسيم الأمر الإعتباري

أ : حاشية المكاسب، ص ٤ و ٥ و ١٠ و ١١

ب : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٥ إلى ٤٨، المحاضرات، ج ٢، ص ٢٠ و ٢١

الى هذه العناوين الثلاثة - فلا إشكال في مبايئتها، لأنَّ الحق - كما قالوا - متقوم بقابليته للإسقاط و سلطنة ذي الحق عليه، وهذا بخلاف مثل حلية الماء و الحنطة، فإنَّها أحكام على موضوعاتها، ولا إضافة تُصحح إعتبار سلطنة أو ملك للمحكوم عليه.

و التعبير بـ «لزيد شرب الماء كما أن له حلَّ العقد و الإقتصاص من الجاني» و إن كان صحيحاً، إلا أنَّ اللَّام في حلية شرب الماء تكليفاً للتعدي و الظرف لغو، لتعلقه بمقدَّر مثل «يحل و يجوز» كما هو الحال في إضافة الحلية الى الأعيان في الذكر الحكيم، قال عزَّ من قائل: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾<sup>١</sup>، و لكن الظرف في إعتبار حلية العقد مستقرّ، و يدل على إعتبار إضافة خاصة كالسلطنة أو الملك.

و على هذا فما أفاده **تَبَيُّرٌ** - من كون الحق حكماً حقيقةً لأنه أمر إعتباري كاعتبار اللابدية و الحرمان في باب التكاليف، و لأنَّ الحق بمعناه الوصفي بمعنى الثابت، و هو صادق على الحكم و الحق - غير ظاهر، ضرورة أنَّ مجرد إعتبارية الحق لا يوجب وحدته مع الحكم و لا مغايرته مع الملك، لو صرح أنَّ الإعتبارات الوضعية متقومة أيضاً بالجعل و لو إمضاء، مع أنه **تَبَيُّرٌ** حكَمَ بمغايرة الحق للملك، لكونه سلطنةً أو إحاطةً. لكنك خبير بصدق «الثابت» على الملك الإعتباري كصدقه على التكليف المحض و على الحق أيضاً، إذ المناط في جميعها هو التقرر في الوعاء المناسب له.

و منه يظهر أنَّ الحق المصطلح ليس بمعناه اللغوي أي الثابت، لكونه مفهوماً عاماً منطبقاً على الجواهر و الأعراض فضلاً عن الموجود الادعائي، هذا.

مضافاً إلى: أنَّ جعل الحق هنا مقابلاً للملك الذي هو السلطنة و الاحاطة ينافيه تصريحه - في مسألة قيام حق القصاص بمطلق الوجود من الولي أو بصرف الوجود منه أو بالمجموع - بأنه سلطنة منحلة بعدد أولياء الدم. و هذا عدول الى جعل هذا الحق بمعنى السلطنة كما ذهب إليه المشهور، و المحقق الإصفهاني الذي جعله مشتركاً لفظياً.

وإلى: أنَّ جعل الحق عبارة عن الجواز و اللزوم الشرعيين القابلين للإسقاط قد يشكل

بمسالمهم على ثبوت الحق في موارد إنتفاء التكليف مما يكشف عن تغاير سنخ المجمول، فإذا كان حق الخيار بمعنى جواز فسخ العقد تكليفاً لزم إنعدامه بما يوجب زواله كالفقه الطارىء، الرافع للجواز التكليفي، فإنه لا يسقط حقه، وإنما يقوم وليه مقامه.

**ولا يبعد أن يقال:** انه إن أريد بالحق المصطلح مفهومه العام الصادق على مطلق المجعولات الشرعية - ولو إمضاء - حتى إذا لم يقبل الإسقاط، فمن المعلوم أنه ليس نوعاً من الملك ولا مرتبة منه ولا سلطة ولا مرتبة منها، بل ينبغي تعريفه بما له ثبوت في وعاء الإعتبار، سواء لو حظ فيه حيثية التفويض الى المكلف في إيقانه و رفعه، أم لا، فيطلق الحق على وجوب الصلاة وإباحة شرب الماء و حرمة الربا و جواز فسخ العقد و نحوها على حد سواء، لكونها أموراً إعتبارية.

و إن أريد بالحق المجعول الذي إعتبر فيه سلطة ذي الحق أو كونه مفوضاً أو كونه أولى به من غيره بحيث كان زمامه بيده - و هو المسمى في كلام الشهيد بحق العبد في قبال حقه تعالى - فمن المعلوم أنه لا ينبغي تعريفه «بما هو ثابت في وعاء الإعتبار» لما عرفت من شموله لمطلق المجعول. بل إما أن يختص بالمجعول الذي استفيد من دليل اعتباره نحو سلطة أو أولوية، و حينئذٍ تخرج جملة معتد بها من الحقوق عن حريم البحث، لفرض عدم قابليتها للإسقاط.

و إما أن يلتزم بما سلكه المحقق الإصفهاني من إنكار معنى وحداني للحق و كونه مشتركاً لفظياً بين شتات الحقوق، فكل حق إعتبار خاص له أثر مخصوص، فكما لا جامع بين وجوب الصلاة و بين حق التحجير سوى كونهما مجعولين شرعيين، فكذلك لا جهة مشتركة بين حق الحضانه و حق الخيار إلا الثبوت في وعاء الإعتبار، مع أنهم عدوا حق الحضانه من الحقوق - بالمعنى الأخص - المقابلة للحكم و الملك.

و يتوقف حل الاشكال على الإلتزام بالإشتراك اللفظي، أو جعل مثل حق الولاية و الوصاية و الأبوة إعتباراً و ضعياً أجنبياً عن الحق المصطلح، حيث لا دخل لإرادة المكلف في بقائها و ارتفاعها.

أو يقال: إن الحق بمعنى الأولوية منطبق على الكل، و مقتضاه جواز الإسقاط و النقل، إلا

أن للمنع الشرعي مجالاً آخر، فتأمل.

هذا بعض الكلام في ماهية الحق، و امتيازه ثبوتاً عن الحكم والملك.

وأما الفارق الإثباتي فمנוط بالفحص التام عن دليل كل واحد من الأمور المعدودة من الحقوق سواء أكانت تأسيسية أم إضائية.

وقد يقال في ضابطة: إن دليل التشريع إن كان متكفلاً لإثبات شيء من عين أو فعل على المخاطب كان ظاهراً في الحكم، كقوله تعالى شأنه: ﴿و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾<sup>أ</sup>، وقوله عز من قائل: ﴿و لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾<sup>ب</sup>. وإن كان متكفلاً لإثبات شيء كذلك له كان ظاهراً في الحق، مثل ما ورد في ملكية الحيازة من قول أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين: «للعين ما رأته، ولليد ما أخذته»، فإن العين المباحة الأصلية المقصودة بـ «ما» الموصولة حُجِل المكلف عليها، وصارت تحت يده. ونحوه ما ورد في الخيارات، كقول الصادق عليه السلام في رواية الحلبي: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري»<sup>ج</sup>، وما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا»<sup>هـ</sup>.

ولكنه لا يخلو من غموض، إذ المثبت له إن كان عيناً كان ظاهر اللام ملكيتها للحوازن وليست حقاً مصطلحاً. وإن كان معنى كان أعم من الحق، لاحتمال كونه حكماً، إذ لا فرق بين قولنا: «للمغيبون حل العقد» و«لزيد شرب الماء» مع أن مدلول الأول حق، والثاني حكم. وعليه فمجرد كون لسان الدليل إثبات شيء للمكلف لا يدل على أن المفعول حق.

فالإنصاف أنه لم يُحزَر إلى الآن ضابط إثباتي للحق والحكم، وإن كان الفرق بينهما ثبوتاً من الواضحات، فتميزهما في مقام الإثبات لا بد وأن يكون بالنظر إلى خصوصيات

أ: البقرة. الآية: ٢٣٣

ب: آل عمران. الآية: ٩٧

ج: الكافي، ج ٦، ص ٢٢٣، كتاب الصيد، باب صيد الطيور الأهلية، الحديث: ٦

د: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث: ١

هـ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث: ١



الموارد والأدلة، هذا.

ولا يبعد أن يقال: - وإن كان محتاجاً إلى الدقة والتأمل فيه - إن مفاد الدليل إن كان ثبوت حكمٍ لعينٍ أو فعلٍ من دون إضافته إلى فاعلٍ ما، كأن يقال: «الماء أو شربه حلال، والمعاطة جائزة، والتدبير والمضاربة والوكالة ونحوها من العقود والإيقاعات جائزة» كان ظاهراً في الحكم، لظهور الدليل في كون الجواز حكماً للطبيعة من حيث هي، مع الغض عن كل شخص. وأن اشتمال الخطاب أحياناً على أشخاص لأجل الإمتنان أو غيره من النكات كقوله تعالى: «أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ» ولذا كان الظرف لغوياً لا مستقراً.

وإن كان مفاد الدليل إثبات شيءٍ لشخص، فإن كان ذلك الشيء عيناً خارجية أو ذميمة كان ظاهراً في الملك. وإن كان معنىً كان حقاً، مثل «للمغبون حلّ العقد» وهذا الظاهر متبع حتى يثبت خلافه.

هذا بعض الكلام في المقام الأول.

### المقام الثاني: في أقسام الحقوق

و حيث عرفت الفرق بين الحقِّ والحكم ثبوتاً، وعدم إنطباق أحدهما على الآخر، فاعلم: أنَّ الفقهاء «رضوان الله عليهم» قَيَّمُوا الحقَّ باعتبار قابليته للسقوط بالإسقاط وعدمها، ونقله الاختياري مع العوض وبدونه وعدمه، وانتقاله القهري بالموت ونحوه وعدمه على أنحاء شتى. وقبل التعرض لها لا بأس بالتنبيه على أمرٍ ربما يكون دخيلاً في وضوح الحال، فإنَّ كثيراً ممَّا ذكروه من الحقوق خارج عنها و مندرج في الحكم، وذلك الأمر هو ملاحظة ما ورد في الروايات من إطلاق الحق على كثير من الأحكام، فلاحظ باب جوامع الحقوق من كتاب العشرة من الوسائل، الذي هو مختصر من جوامع الحقوق المدونة في بحار الأنوار، فإنَّ الحق أطلق في تلك الروايات على حكم الأب بالنسبة إلى الولد وبالعكس، وعلى عبادة الله سبحانه وتعالى، وعدم الإشراف له، وعلى ولاية الحاكم والسلطان، وعلى الماء وكيفية شربه من الكوز وغيره ممَّا لا ينطبق عليه ضابط الحق المصطلح.

وبالجملة: يظهر بمراجعة الروايات المشتملة على إطلاق الحق على الحكم أنَّ التقسيم إلى ما لا يسقط بالإسقاط وإلى ما يسقط به ويجوز نقله ليس في محله، لأنَّ ما لا يسقط بالإسقاط

ينافي ما ذكره من القاعدة المسلّمة بينهم، وهي أنّ لكل ذي حق إسقاط حقه. ولا يندفع هذا التنافي إلا بإخراج ما لا يسقط بالإسقاط - كحق الأبوة والولاية وحقّ السلام، على ما حكاه الفقيه المامقاني رحمته عن بعض المشايخ، وحق الرجوع في الطلاق الرجعي، وغير ذلك - عن حرّيم الحق موضوعاً، وإدراجه في الحكم. نعم من لم يلتزم بتلك القاعدة كالمحقق الإصفهاني صحّ له تقسيم الحقوق الى ما لا يسقط بالإسقاط وإلى ما يسقط به، كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

إن قلت: إنّ تقسيم الحقوق الى ما يسقط بالإسقاط وما لا يسقط به لا ينافي تسلّم قاعدة لكل ذي حق إسقاط حقه، لكونها من العمومات القابلة للتخصيص، فتخصّص بالحقوق غير القابلة للإسقاط، فكأنه قيل: كل حق قابل للإسقاط إلا حق الأبوة وحقّ السلام، وغير ذلك.

قلت أولاً: منع كون ما لا يسقط بالإسقاط حقاً، لإبائه الروايات الدالة على الحقوق عن حملها على الحق المصطلح وهو السلطنة وتفويض الأمر والأولية، بل هي أحكام إلزامية أو ترخيصية أو وضعية سُمّيت بالحق، فلا تدرج في قاعدة «ان لكل ذي حق إسقاطه حقه» حتى يلتزم بالتخصيص لأجل دلالة الروايات على عدم سقوطها بالإسقاط، بل الشك في إنطباق الحق المصطلح عليها كافٍ في عدم جريان التخصيص في القاعدة، لوضوح كون التخصيص إخراجاً حكماً متوقفاً على مصداقية الفرد الخارج بالتخصيص للعام، وحينئذٍ يدور الأمر بين التخصيص والتخصص، ويتعيّن تقديم الثاني. وعليه فلو شك في صدق الحق على ما لا يقبل الإسقاط كان مقتضى عكس القاعدة خروجه عنه موضوعاً لا حكماً.

و ثانياً: أنه لو سلّم شمول الحق لما لا يقبل الإسقاط قلنا: إنّ قاعدة «سلطنة كل ذي حق على إسقاط حقه» من العمومات الآبية عن التخصيص، لظهوره في علية عنوان الحق للسلطنة على إسقاطه، نظير قبح الظلم، وأنه «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» وأنه لا يطاع الله من حيث يعصى، إلى غير ذلك من العمومات الآبية عن التخصيص، خصوصاً بملاحظة ما اشتمل عليه من تقديم ما حقه التأخير، فإنّ تقديم الخبر على المبتدأ يوجب خصوصية في الكلام

و يورث تأكيداً في ثبوت المحمول للموضوع.

و ثالثاً: أنّ البناء على كون «ما لا يقبل الإسقاط» حقاً يستلزم تخصيص الأكثر المستهجن، و لا مناص منه إلا باختصاص الحق بالمجول الذي جاز لمن ثبت له بعض أنحاء التصرفات، و أقلها الإسقاط.

**فتلخص:** أنّ ما لا يقبل الإسقاط ليس حقاً، بل هو حكم، فحق الأبوّة والسلام والحضانة والولاية و نحوها ممّا لا يقبل الإسقاط غير مندرجة في الحق المصطلح حتى يصح تقسيم الحق الى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبله.

و المنافاة المذكورة - و هي إدراج ما لا يقبل الإسقاط في الحق، مع تسليم قاعدة «ان لكل ذي حق إسقاط حقه» - باقية على حالها، و لا يمكن دفعها عمّن إلترّم بها، ثم قسّم الحقوق إلى ما لا يقبل الإسقاط و إلى ما يقبله، فلاحظ و تدبّر.

و منه يظهر غموض ما صنعه جمعٌ منهم الشهيد و المصنف رحمهما من إلترامهما بهذه القاعدة مع تقسيم الحق المقابل للحكم الى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبله.

أما الشهيد رحمهما فقد جعل الفارق بين حق الله و حق العبد قابلية الثاني للإسقاط دون الأول، حيث قال في قواعده: «و الضابط فيه: أنّ كلّ ما للعبد إسقاطه فهو حقٌ للعبد، و ما لا فلا، كتحریم الربا و الغرر... الخ». إذ ظاهر المقابلة و التمثيل لحكم الله تعالى بحرمة الربا أنّ ما لا يسقط بالإسقاط لا يكون من حقوق العبد، بل من حقوقه تعالى المعبر عنها بالحكم، و مقتضاه إلترام بقابلية مطلق الحقوق للإسقاط، لكونها راجعة الى العبد و زمامها بيده. مع أنّه رحمهما قسّم الحق - المقابل للحكم - من حيث القابلية للإسقاط و عدمها الى قسمين. و المنافاة كما ترى.

و أما المصنف رحمهما فقد تقدم منه في المتن تقسيم الحقوق الى ما لا يقبل المعاوضة بالمال، و ما لا يقبل النقل، و ما ينتقل قهراً و يُنقل بالصلح، و القسم الأول هو ما لا يقبل الإسقاط، على ما استفاده محققوا المحسّنين، بشهادة تمثيله بحق الولاية و الحضانة. و هذا التقسيم منافی لتصريحه - في مسقطات خيار المجلس - بسقوط الحق بالإسقاط، للقاعدة المتقدمة، قال: «و

من المِسْقَطَات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد... إلى أن قال: ويدل عليه بعد الإجماع فحوى ما سيجيء من النص... مضافاً إلى القاعدة المسلّمة من أنّ لكل ذي حق إسقاط حقه<sup>أ</sup>.

والتهافت واضح، إذ لو كان قوام الحق بقبوله للإسقاط وكونه أدنى مراتبه لم يبق مجال لإدراج ما لا يقبل الإسقاط في الحقوق، ثم البحث عن وقوعها عوضاً في البيع وعدمه.

إلا أن يُعَوَّل في دفع هذا التنافي على تصريح السيد عَلَيْهِ السَّلَام بأنّ جملة ممّا عُدّ من الحقوق ليست منها حقيقة، بل هي أحكام، إذ ليس المجعول فيها سلطنة لذي الحق ولا ملكاً له<sup>ب</sup>.

فبناءً على هذا التوجيه لا مانع من تقسيم ما يُسَمَّى بالحق إلى أقسام ستة، ومنها ما لا يسقط بالإسقاط، ضرورة كون المقسّم ما يستعمل فيه كلمة الحق، لا ماهيته التي فسرها السيد كالمصنف عَلَيْهِ السَّلَام بالسلطنة.

هذا كله بناءً على كون قاعدة «لكل ذي حق إسقاط حقه» حجة شرعاً، فلو نوقش فيها سنداً أو دلالة كان الحكم بعدم قابلية بعض الحقوق للإسقاط منوطاً بإحراز عليّة العنوان، ودوران الحق مداره، دون ما كان مقتضياً له كما سيأتي.

وقد ناقش المحقق الإصفهاني عَلَيْهِ السَّلَام فيها تارة بمنعها سنداً، لعدم ورودها في آية ولا رواية، ولا هي معقد إجماع حتى يؤخذ بعمومها أو إطلاقها، وعليه فالحق ينقسم حقيقة إلى ما يقبل الإسقاط وإلى ما لا يقبله، وأخرى دلالة، بناءً على إستفادتها من فحوى قوله عَلَيْهِ السَّلَام: «الناس مسلطون على أموالهم»، لاقتضائه سلطنة الناس على حقوقهم بالأولوية القطعية.

ومحصل المناقشة: منع الفحوى، وذلك لأنّ مفاد الحديث سلطنة المَلَك على أموالهم لا على ملكياتهم حتى تثبت لهم السلطنة على حقوقهم بالأولوية، بيانه: أن الملكية تنحل إلى أمرين، أحدهما الإضافة المعبر عنها بالملكية، وثانيهما المضاف وهو المملوك، وكذلك الحق ينحل إلى الإضافة وإلى طرفها من عين أو عقد أو فعل تعلق به الإعتبار الحقي. والسلطنة على

أ: المكاسب المطبوعة مع حاشية العلامة الشهيدي، ص ٢٢١

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٦

ج: حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣، رسالة الحق.

المملوك إنما تقتضي اخراجه عن طرفية الإضافة، فتقطع نفس الإضافة بالتبع، فإذا أبرأ الدائن حقه أو أعرض المالك عن العين المملوكة كان معناه إخراج المال عن طرفية إضافته، فتزول ملكيته، لا متناع بقائها بدون طرف، وهذا هو مقتضى السلطنة على المملوك بالتصرف فيه، وعدم سلطنة المالك على نفس الملكية.

ولكن هذا المعنى لا يجري في الحق، ضرورة أن ما يقصد إسقاطه هو نفس الحق لا متعلقه من المال والعين والفعل، ومن المعلوم أن سلطنة ذي الحق على إزالة نفس الإضافة - المعبر عنها بالحق - أجنبية عن مفاد الحديث الدال على سلطنة الناس على أموالهم - لا على ملكياتهم - حتى يبقى مجال للتمسك بالفحوى.<sup>أ</sup>

لكن يمكن أن يقال: أما الخدشة في مستند قاعدة «الكل ذي حق إسقاط حقه» فيجانب عنها بأن هذا المضمون وإن لم يرد في آية ولا رواية ولا معقد إجماع معتبر، إلا أنها من القواعد العقلانية المرتكزة عندهم، ويكفي في إضاء الشارع لها عدم رده عنها، بل يمكن إستفادة إضاءتها مما ورد في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه من قوله **طَائِلًا**: «فذلك رضاً منه» بتقريب: أن المناط في سقوط الخيار هو رضا المشتري بالبيع سواء أظهره بالتصرف أو بإسقاط حقه. ويتعدى من حق الخيار إلى الحقوق الأخر التي استفيد من أدلتها جعل التفويض والأولية لشخص بحيث يكون لرضاه دخل في زوال سلطنته على المتعلق. ولا مانع من الالتزام بشمول القاعدة للحق المصطلح.

و يؤيد إرتكازية القاعدة - بل يدل عليها - اعتماد الأصحاب عليها، وإرسالها إرسال المسلمات، كما يظهر من تعبير العلامة **تَجَرُّدًا** في التذكرة وغيرها من قوله في سقوط خيار المجلس بالإسقاط: «ولأنه حقه أسقطه فسقط كالدين»<sup>ب</sup> ونحوه في حق الشفعة وغيرها، فراجع.

و عليه فدعوى كون القاعدة من الإرتكازيات العقلانية غير المستحدثة كارتكازهم

أ: حاشية المكاسب، ج ٢، ص ٢٦

ب: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٥٢٢، وكذلك لاحظ ص ٥١٧ و ص ٦٠٤

على العمل بظواهر الألفاظ و بخبر الثقة قريبة جداً، مضافاً الى إنتفاء الرادع أو ما يصلح للرادعية.

نعم لا ريب في أن موضوع سلطة ذي الحق على إسقاط حقه ليس خصوص الحق المصطلح المقابل للملك و الحكم، بل يعمّ الذميات كالديون، و هو الذي يعبر عنه الفقهاء بالإبراء في قبال الاسقاط الذي خصصوا إطلاقه بمثل حق الشفعة و الخيار و القصاص.

و أما الخدشة في الفحوى التي ادعاها المصنف في خيار المجلس، فيمكن التخلص عنها أولاً: بإمكان كون القاعدة بنفسها مورد التسالم، لكونها من شؤون سلطة الناس على أملاكهم حتى نتجه المناقشة بالفرق بين إبراء الملك و إسقاط الحق.

و ثانياً: بأن إسقاط الملك و الحق من واد واحد، و ذلك لأن إسقاط الحق إما أن يراد به إخراج المتعلق عن طرفية الإضافة الحقيقية، كما إلتزم به المحقق الإصفهاني في رسالة الحق، حيث قال - بعد نفي كون الإسقاط مطلقاً بمعنى العفو - مالفظة: «ثم إن الإسقاط هل هو بمعنى رفع الإضافة أو إخراج الشخص أو الطرف عن الطرفية للإضافة، ربما يترجح الثاني...»<sup>أ</sup>.

و عليه لا يبقى فرق بين إبراء الملك و إسقاط الحق، لاشتراكهما في إخراج المضاف عن طرفية الإضافة، و تزول الإضافة حينئذ بتبع زوال الطرف، فلو كان مفاد قاعدة السلطنة سلطة المالك على التصرف في مملوكه بإخراجه عن طرفية عُلقت كانت سلطة ذي الحق على إسقاط حقه أيضاً بمعنى إخراج المتعلق عن طرفية إضافة الحقيقة، لا بمعنى إعدام نفس الإضافة ابتداءً حتى يختلف الملك عن الحق.

وإما أن يراد به إعدام نفس الإضافة و قطع العلقة ابتداءً كمالعله يستفاد من كلماتهم، إلا أنه لا يوجب وهناً في الإستدلال، لإمكان كون الإبراء في باب الكليات المملوكة في الذم متعلقاً بنفس الملكية لا إخراجاً للطرف.

و لا يبعد دلالة حديث السلطنة على أن كل ما يُعدّ من شؤون الملك عرفاً كان متعلق سلطان المالك؛ حتى قطع نفس الإضافة، و سيأتي في أدلة ملكية المعاطة الكلام في مفاد

قاعدة السلطنة إن شاء الله تعالى.

و قد تحصل: أنه لا مانع من التثبيت بقاعدة «لكل ذي حق إسقاط حقه» و الحكم بعدم حقية ما لا يقبل الإسقاط، فيختص الحق بما كان المعجول سلطنة أو أولوية أو نحو إختصاص يوجب كون زمامه بيده، و المعول في ذلك كله أدلة الحقوق، و ذلك نظير حق القصاص و حق الخيار و الشفعة، و حق التحجير. و حق الإسترقاق على رقبة العبد الجاني و نحوها.

أما حق القصاص فلأن المعجول هو سلطنة ولي الدم على القاتل ظلماً، سواء أكان حق القصاص نفس هذه السلطنة أم كانت من آثاره و أحكامه.

و أما حق الخيار فلأن المستفاد من الأخبار جعل المختارية و تفويض أمر العقد فسخاً و إمضاء إليه، فالخيار هو التفويض في ترجيح أحد الأمرين.

و أما حق الشفعة فالمستفاد من رواية الغنوي أولوية الشريك بالحصصة المبتاعة و أحقيته بها، و استيلاؤه على إنتزاعها من يد المشتري ببذل مثل الثمن إليه.

و أما حق التحجير فالمستفاد من دليله إعتبار أولويته من غيره بتملك الأرض بالإحياء و إن لم تكن ملكاً مصطلحاً له قبل الإحياء.

و أما حق الجنابة فالمعجول هو تفويض أمر قتل الجاني و إسترقاقه إلى ولي الدم. <sup>ب</sup> ثم إنه لو لم تتم القاعدة المذكورة التي هي كالقرينة الحاقفة بأدلة الحقوق، أو قلنا بكون الحقوق إعتبارات متفاوتة لكل منها أثر مخصوص كما اختاره المحقق الإصفهاني <sup>ت</sup> فتتقسم إلى ما يسقط بالإسقاط و ما لا يسقط به. و الضابط المذكور في كلام بعض الأعلام كالسيد صاحب البلغة <sup>ت</sup> هو: أن ما كان العنوان الموجب للحق علة تامة له إستحالة إسقاطه و نقله، لاستحالة تخلف المعلول عن علة التامة. و إن كان مقتضياً له، فإما أن يقترن بمانع عن النقل و الإسقاط كما إذا تقوم الموضوع بعنوان خاص، أو تقيّد مورد الحق و متعلقه بقيد يوجب

أ: وسائل الشريعة، ج ١٧، ص ٣١٦، الباب ٢ من كتاب الشفعة، الحديث ١:

ب: وسائل الشريعة، ج ١٩، ص ٧٣، الباب ٤٦ من أبواب قصاص النفس.

تضيق دائرته لم يقبل النقل والانتقال، وإما أن لا يقترن بمانع فيقبل الإسقاط والنقل، هذا.  
 وهذا الضابط الثبوتي وإن كان متبنياً في نفسه، لكنه لا يجدي في مقام الإثبات  
 لو لم يستظهر من نفس دليل الحق العلية والإقتضاء. إذ لا معين لكون الموجب لولاية الحاكم  
 مثلاً علة تامة، و لحق الخيار والشفعة مقتضياً، مع اقتضاء أصالة الموضوعية في العناوين  
 المأخوذة في الخطابات دخلها بأنفسها في الأحكام المترتبة عليها و عدم إنفكاكها عنها.  
 وحملها على المشيرية الى أمر آخر هو موضوع الحكم واقعاً خلاف الأصل لا يُصار إليه بلا  
 قرينة، ومن المعلوم استحالة تخلف الحكم عن موضوعه.

و لأجله تصدّى المحقق الإصفهاني رحمته الله لاستظهار ضابط إثباتي يتنفع به لو شك في  
 قابلية المجمعول للإسقاط أو النقل، ومحصله: بعد إنكار إقتضاء طبع الحق لقابلية الإسقاط: أن  
 المرجع في ذلك دليل الحق ومناسبة الحكم والموضوع والحكمة الباعثة على الجعل  
 والتشريع، فإن روعي في مقام الجعل مصلحة ذي الحق كالإرفاق به إقتضت مناسبة الحكم  
 والموضوع جواز إسقاطه. وإن روعي فيه غبطة الغير ومصلحته لم يجز إسقاطه، بل يقوم  
 بذى الحق، خاصة. هذا بحسب الكبرى.

و أما في مقام التطبيق على أنحاء الحقوق فسيأتي التعرض لبعض كلامه رحمته الله في ذلك  
 إن شاء الله تعالى .

و حيث إنك عرفت إقتضاء طبع الحق لقبول الإسقاط كان الأولى إخراج ما لا يقبله عن  
 التقسيم، لكن لا بأس بذكره تبعاً للقوم، أو بناء على عدم تقوم الحق بالملكية والسلطنة، بل هي  
 إعتبارات وضعية مختلفة ذاتاً وأثراً، والمرجع في ذلك دليل كل واحد من الحقوق والقرائن  
 المكتنفة به، فنقول وبه نستعين وبوليه عليه السلام وعجل فرجه الشريف نستجير:

**القسم الأول:** ما لا يقبل الإسقاط والنقل الإختياري والانتقال القهري.

و عُدّ منها حق الأبوة والنظارة والولاية والوصاية والحضانة، والضابط فيه ما روعي  
 فيه مصلحة غير من له الحق، فمثل حق ولاية الحاكم غير قابل للسقوط والنقل. أما عدم قبوله



للسقوط فلأنَّ الملحوظ في مقام الجعل مصلحة المولَّى عليه، وكذا في حق الوصاية المجعول لأجل القيام بشؤون الموصي.

وأما تقوم الحق بنفس العنوان المأخوذ في الدليل و عدم قبوله للنقل إلى الغير فلأنَّ موضوع الولاية الشرعية هو الفقيه الجامع للشرائط. فلا معنى لنقله إلا لمثله، ولكنه لا يعقل نقله إلى حاكم آخر، لفرض كونه بنفسه مشمولاً لأدلة الولاية العامة، فلا معنى لتفويضها إليه من قبل حاكم آخر.

وكذا خصوصية تعيين الوصي من بين الأشخاص - في نظر الموصي - مانعة عن نقل الحق إلى غيره إلا مع إيضاء الموصي بذلك.

وهكذا حق الحضانة المجعول للأُم لأجل مصلحة الطفل وتربيته، و ظاهر مكاتبه أيوب بن نوح «المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، إلا أن تشاء المرأة»<sup>١</sup> وإن كان جواز رفع اليد عن حقها إن شاءت. لكن لا أظن الإلتزام بمضمونه، فنفس حكمة الجعل تقتضي عدم قبوله للإسقاط.

**القسم الثاني:** ما يقبل السقوط دون النقل و الإنتقال، كحق الغيبة و الشتم و الإهانة، بناءً على كونها من الحقوق التي لا ترتفع بالتوبة فقط، بل لا بد من إرضاء صاحبها و إبرائه. أما كونها من الحقوق فلأنَّها ظلم و إيذاء، و لأرب في قبحة عقلاً، و شرعاً، للنصوص الدالة على «أن من حق المؤمن على المؤمن أن لا يفتابه»<sup>٢</sup> و «أن حرمة عرض المسلم كحرمة دمه و ماله»<sup>٣</sup> و نحوهما، فلاحظ.

و أما توقف إرتفاعها على إبراء ذي الحق فللمستفيضة المعتمدة بالأصل الدالة على «أن الغيبة لا تغفر حتى يغفرها صاحبها»<sup>٤</sup> و للنبوي: «من كانت لأخيه عنده مظلمة في عرض أو

أ: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ١٩٢، الباب ٨١ من أبواب أحكام الاولاد، الحديث: ٦.

ب: وسائل الشيعة، ج ٨، ص ٥٤٣، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث: ٤.

ج: المصدر، ص ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب العشرة.

د: وسائل الشيعة، ج ٨، ص ٢٩٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث: ٩.

مالٍ فليستجلبها من قبل أن يأتي يوم ليس هناك درهم، ولا دينار، فيؤخذ من حسناته، فإن لم يكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فيزيد على سيئاته<sup>أ</sup>. والنبي الآخر: «من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله صلاته ولا صيامه أربعين يوماً وليلة، إلا أن يغير له صاحبه»<sup>ب</sup>. إلى غير ذلك من الروايات والأدعية الدالة على كونها من الحقوق التي يتوقف إرتفاعها على إبراء ذي الحق، وعدم كفاية التوبة. و التفصيل موكول الى محله.

**القسم الثالث:** ما يقبل الإسقاط و النقل الى آخر ينطبق عليه العنوان أيضاً و لا ينتقل بالموت، كحق القسم في الزوجات، أما جواز إسقاطه فلأنه مقتضى كونه حقاً للزوجة، فإذا طابت نفسها بعدم إستيفانه كان لها ذلك. و أمّا عدم الإنتقال بالإرث فلأنه حق للزوجة مادامت حيّة و كانت في حباله زوجها، فإذا ماتت لم يكن لها شيء حتى ينتقل الى الوارث.

و أمّا جواز نقله الى زوجة أخرى فلعله مما لا خلاف فيه، إنمّا الكلام في جواز أخذ العوض بازائه و عدمه، قال العلامة في قواعده: «و لو وهبت ليلتها من ضرّها فللزوجة الإمتناع، فإن قبِلَ فليس للموهوبة الإمتناع و لا لغيرها، و ليس له المبيت عند غير الموهوبة أو الواهبة... الى أن قال: و لو عاقضها عن ليلتها بشيء لم يصح المعاوضة، لأنّ المعوض كون الرجل عندها، و هو لا يقابله عوض، فتردّ ما أخذته، و يقضى، لأنّه لم يسلم لها العوض»<sup>ج</sup>.

و علّل الشهيد الثاني في الروضة فتوى الشهيد - في اللمعة «و لا يصحّ الإعتياض عن القسم بشيء من المال» - بما لفظه: «لأنّ المعوض كون الرجل عندها، و هو لا يقابل بالعوض، لأنّه ليس بعينٍ و لا منفعة. كذا ذكره الشيخ رحمته و تبعه عليه الجماعة. و في التحرير نسب القول إليه ساكتاً عليه، مُشيراً بتوقفه فيه أو تمرّضه. و له وجه، لأنّ المعاوضة غير منحصره فيما ذكر، و لقد كان ينبغي جواز الصلح عليه كما يجوز الصلح على حق الشفعة و التحجير و نحوهما من الحقوق. و حيث لا تجوز المعاوضة فيجب عليها ردّ العوض إن كانت قبضته، و يجب عليه

أ : كشف الريبة، ص ١١٠

ب : مستدرک الوسائل، ج ٩، ص ١٢٢، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث: ٣٤

ج : قواعد الأحكام، ص ١٦٤

القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت، لأنه لم يسلم لها العوض»<sup>أ</sup>.

و قال في كشف اللثام - في ذيل تعليل القواعد المتقدم آنفاً - ما لفظه: «و فيه تردد، لمنع الحصر، ولأن علي بن جعفر عليه السلام سأل أخاه عليه السلام، عن رجل له امرأتان، فقالت إحداهما: ليبي و يومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس»<sup>ب</sup>.

و هذا مما تقتضيه القاعدة في الحقوق التي تجعل فيها السلطنة لذي الحق أو الأولوية بالشيء، فيجوز له إسقاطه و نقله الى الغير بعد إحراز قابليته له عرفاً، سواء أكان مع العوض أم بدونه. نعم لو استفيد من الدليل **تَقْوَمُ** الحق بعنوان لا ينطبق على غير ذي الحق أو المماثل له تعين تخصيص جواز النقل بما اذا كان المنتقل إليه مماثلاً لمن له الحق كالضرة في حق القسم، لصدق عنوان الزوجة على كل واحدة من الضرات.

و عليه فما في بعض الكلمات «من تجوز نقل هذا الحق الى الأجنبي ليكون له الاسقاط أو النقل و إن لم يتمكن من إستيفاء الحق بنفسه للمنع الشرعي» لا يخلو من غموض، لكون الأثر المطلوب من المعاوضة إباحة التصرف فيما إنتقل الى كل من المتعاملين، و من المعلوم أن مضاجعة الزوجة مع الأجنبي مما يباه العقلاء فضلاً عن الشرع، فعدم قابلية خصوص حق القسم للنقل الى الغير عرفاً يكون من باب قصور المقتضي لا للمانع الشرعي.

**و بالجملة:** لولا النص الخاص و هو رواية علي بن جعفر الدال على جواز نقل حق القسم إختياراً لكان ذلك مقتضى القاعدة في كل مجعول أحرز كونه حقاً لا حكماً.

و عليه فلا فرق في جواز النقل الإختياري بين المجاني و المعاوضي. فعدم القابلية ينشأ من قيام الحق بشخص خاص كالوصي و الناظر و المتولي للموقوفة، حيث إن للموصي عناية بشخص الوصي، و الواقف يجعل التولية لشخص خاص من حيث إنه خاص، لا من حيث إنه إنسان أو عالم مثلاً حتى يكون قابلاً للنقل الى الغير.

أ: الروضة الهيئة، ج ٥، ص ٤٢٣، ٤٢٤

ب: كشف اللثام، ج ١، ص ٦٣ و ٦٤

لكن نَقْوَمُ الحق بصاحبه لابد أن يستفاد من نفس الدليل بمآله من الخصوصيات المكتنفة به، أو من دليل خارجي، فمع الشك يرجع الى عموم قاعدة سلطنة ذوي الحقوق في حقوقهم.

**القسم الرابع:** ما يقبل السقوط و النقل - مجاناً و مع العوض - و الإنتقال كحق التحجير، بل حق الخيار و الشفعة و نحوهما.

أما حق التحجير فلأن ما اعتبره الشارع فيه هو كونه أولى بالأرض المحجرة بتملكها بالإحياء، و عدم جواز مزاحمة الغير له، فللمحجر إسقاط أولويته بمعنى إخراج الأرض عن طرفية الإضافة الخاصة المعبر عنها بالأولية، و يرتفع المانع حينئذ عن تملك الغير بإحيائها و عمارتها. كما أن له نقل أولويته إلى الغير مجاناً أو مع العوض، و كذا تنتقل الى الوارث، فيقوم مقام مورثه في أولويته بالأرض.

و أما حق الشفعة و الخيار فقد حَكَمَ المحقق الإصفهاني رحمته بجواز الإسقاط و الإنتقال، و منع من نقلهما. أما جواز الإسقاط في باب الخيار فلأن مصلحة الإرفاق بالبايع أو بالمشتري أو بهما معاً أوجب إعتبار السلطنة لهم على فسخ البيع و إرضائه رعايةً لذي الحق، لالمن عليه الحق كما كان في حق الولاية و الحضانة، و من المعلوم أن لصاحب الحق إسقاط حقه.

و كذا في حق الشفعة، فإن حكمة الجعل - وهي عدم تضرر الشريك ببيع حصه شريكه ممن لا يلائمه أحياناً - أوجب جعل حق إنتزاع الحصه من المشتري ببذل مثل الثمن إليه، فلذي الحق إسقاط حقه كما إذا لم يكن تضرراً في البين، أو تحمّل الضرر.

و أما الإنتقال بالإرث فلأنه مقتضى قيام الوارث مقام مورثه فيما كان له من مال و حق كما يدل عليه ماورد من «أن كل ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه».

و أما عدم جواز النقل فلأن حق الخيار ثبت لعنوان البيع و المغبون و صاحب الحيوان و من له الشرط و نحوه من العناوين، و هذا العنوان كما يحتمل كونه معرّفاً كذلك يحتمل كونه مقوماً، و المجدي في جواز النقل إحرار المعرفية، و مع عدمه يقتصر على نفس العنوان المأخوذ في أدلة جعل الخيار.

و أما حق الشفعة فلأن حكمة التشريع هي عدم تضرر الشريك، دون غيره، فلا معنى

لنقله الى الأجنبي أو إلى الشريك. أما الأجنبي فلعدم تضرره. و أما المشتري فلأنه قد تملك الشئ بشرائها من أحد الشريكين فلا معنى لتملكه له مرة أخرى بانتقال الحق إليه، هذا.

**أقول:** لا ريب في أن القرائن المكتنفة بالكلام توجب ظهوراً ثانوياً في توسعة موضوع الحكم تارة و تضييقه أخرى، إن كانت تلك القرائن بمثابة يصح للمتكمم الإعتماد عليها في إفادة مراده الجددي، وإلا فالمتبع بحسب الأصل العقلاني المتسالم عليه هو الظهور الأولي مالم تقم على خلافه حجة أقوى كما في موارد حمل الظاهر على النص أو الأظهر.

و على هذا فحكمته تشريع حق الشفعة وإن كانت سد باب تضرر الشريك أحياناً، إلا أن النسبة بين موارد مشروعية هذا الحق و الضرر عموم من وجه، فقد يجتمعان، و قد يتضرر و لا شفعة كما في زيادة الشركاء على إثنين، و كما في الشركة في غير الأرضين و الدور على ما تضمنته عدة من النصوص <sup>ب</sup>. و قد يثبت الشفعة مع إنتفاء الضرر كليةً، بل ربما كان المشتري أنفع للشريك من شريكه السابق.

و عليه فلا سبيل لجعل التضرر قرينةً على عدم قابلية الحق للنقل الى الغير. خصوصاً بناءً على ميل هذا المحقق في قاعدة لا ضرر إلى مختار الفقيه شيخ الشريعة عليه السلام من: أن قضاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة لم يكن مذبلاً بلا ضرر، وإن وردا مجتمعين في رواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن، و قال: لا ضرر ر لا ضرار». لكنه من الجمع في الرواية لا من الجمع في المروي حتى يكون ملاك جعل المنة على الشريك بنفي الضرر عنه خاصة.

كما أن حكمهم بثبوت حق الشفعة مطلقاً حتى مع عدم التضرر بشركته مع المشتري - بل مع الإنتفاع به - كاشف عن عدم دوران الحق مدار التضرر أصلاً. و عليه فليس من ثبت له الحق إلا عنوان الشريك، و كما يحتمل كون العنوان معرّفاً فكذاً يحتمل كونه مقوماً، و معه لم

أ: حاشية المكاسب، ج ١ ص ١٢

ب: وسائل الشيعة: ج ١٧، ص ٣٢٠ و ٣٢٢، الباب ٧ و ٨ من أبواب الشفعة.

ج: وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣١٩، الباب ٥ من كتاب الشفعة، الحديث: ١

يكن الحكم بانتقال الحق الى الوارث بذلك الوضوح. فلو فرض كون الضرر حكمة الجعل كان كتعليل وجوب الإعتداد على الزوجة بمنع إختلاط المياه، والمناسبة تقتضي تضييق موضوع الحكم بمن يتمشى فيه إحتمال الإختلاط، مع أنهم تسالموا على وجوب العدة على الزوجة مطلقاً و لو مع القطع بانتفاء الإختلاط . وهذا كاشف عن عدم كون حكمة التشريع موجبة للتوسعة والتضييق في جميع الموارد.

فالمهم في الحكم بجواز الإسقاط والنقل و الإنتقال ملاحظة دليل الحق، كرواية الغنوي عن أبي عبدالله عليه السلام بعد سؤاله عن مورد الشفعة، فقال عليه السلام : «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالشمن»<sup>١</sup> و ورد هذا التعبير في بعض الأخبار، كما دلّ على هذا الحق في بعض النصوص كلمة اللام الذي قد يُدعى ظهوره في الملك، فلاحظ روايات الباب. و من المعلوم أن تفويض الأمر الى الشريك و كونه أولئ بحصة شريكه التي باعها ظاهر عرفاً في قابلية إسقاطه ونقله و إنتقاله.

و أمافي حق الخيار فالحكمة و إن كانت هي الإرفاق بذئ الخيار، إلا أن إلغاء خصوصية العناوين المأخوذة في الأدلة «كالبيع، و المشتري، و صاحب الحيوان» و نحوها - حتى يترتب عليه قابلية إسقاطها و إنتقالها دون نقلها - لا يخلو من تأمل.

فأولئ إستظهار القابلية من لسان الدليل المتكفل للسلطنة على ترجيح أحد الطرفين من الفسخ و الإمضاء، كقوله عليه السلام : «البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»<sup>٢</sup>. و كتعليل سقوط خيار الحيوان إن أحدث المشتري في الحيوان حدثاً قبل إنقضاء الثلاثة بما روي عن الصادق عليه السلام : «فذلك رضئ منه، فلا شرط»<sup>٣</sup>. فإن ظهوره العرفي في كون المجعول حقاً مما لا يُنكر.

و على هذا فلا يبعد جواز نقل حق الخيار إلى الغير كجواز إسقاطه، فيكون للمنتقل إليه

أ : وسائل الشريعة، ج ١٧، ص ٣١٦، الباب ٢ من كتاب الشفعة، الحديث ١ :

ب : وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ :

ج : المصدر، ص ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٤ :

السلطنة على أمر العقد فسخاً و إمضاءً، أو على الإسترداد. فجواز نقل الخيار إلى الأجنبي كجواز جعله له ابتداءً في ضمن العقد. نعم لا بد من ترتب غرض عقلائي عليه، وإلا فالعوضان يعودان الى مالكيهما لا إلى من إنتقل الحق إليه. ولذا قد يشكل نقل حق الشفعة الى الأجنبي. إلا أن يراد منه التوكيل في إعمال الحق، كما إذا لم يتمكن الشفيع - لجهة من الجهات - من ضمّ الحصة الى ملكه.

والحاصل: أن مجرد أخذ عنوان خاص في دليل الخيار و الشفعة لا يمنع عن قبول النقل الى الغير، إلا بإحراز كون العنوان مقوّمًا، فهما نظير الجبوة المخصوصة بالولد الأكبر من بين الورثة، ولكن لا مانع من سلطته على نقلها الى غيره ببيع أو هبة أو صلح.

**وأما حقّ الرهانة** فهو حق متعلق بالعين المرهونة لاستيفاء الدين منها. و حيث إن غير الدائن لاحق له فيها فقد يشك في جواز نقله، إلا أن يكون من باب التوكيل في الإنقاذ و استيفاء الدين منها. نعم لا مانع من إنتقاله بالموت، فيكون الوارث قائمًا مقام الدائن في جعل العين وثيقة لدينه المستقرّ في ذمة المديون.

هذا بعض الكلام في أقسام الحقوق بلحاظ ما يستفاد من أدلتها من قبولها للسقوط و النقل و الإنتقال.

**المقام الثالث:** في حكم الشك في كيفية الجعل، فتارةً يكون الشك في أن المجمعول حكم - بمعناه الأخص المقابل للحق - أو حق، و أخرى في قابلية الحق للسقوط، و ثالثة في قابلية نقله و انتقاله.

### أ - حكم الشك في أن المجمعول حق أو حكم

**أما الأول:** فإن كان لدليله عموم أو إطلاق أخذ به، و مقتضاه إحراز إطلاق المجمعول و عدم سقوطه بالإسقاط، و يندرج في الحكم المصطلح المقابل للحق، و لا بأس بالتعرض لبعض ما عُدّ مثالا للمسألة.

**فمنه:** ما إذا شك في أن جواز أكل المازة من الشجرة الممرور بها حق يسقط بالإسقاط أو حكم يبقى بعد إسقاط المازة.

وإن كان دليلاً مجملًا، فإن كان في المورد عام فوق كان هو المرجع، كحرمة أكل أموال الناس بالباطل، والقدر المتيقن من دليل التقييد أو التخصيص هو المأز الأكل للثمرة، فيبقى غيره مندرجاً في عموم حرمة الأكل، ونتيجته عدم بقاء الجواز بعد إسقاطه. ولو منع من مرجعية الآية الشريفة هنا أمكن الرجوع إلى عموم النهي عن التصرف في مال الغير بدون إذنه ورضاه، لأنه من الشك في التقييد الزائد على جواز التصرف - للمأز - في ملك غيره.

وإن لم يكن في المورد عام فوق كان المرجع إستصحاب بقاء المَجْعول، ونتيجته بقاء الحق بعد إسقاطه، بناءً على حجية الإستصحاب في الشبهات الحكمية.

ومنه: ما إذا سُكِّت في بقاء سلطنة ولي الدم على القائل عند إسقاط حقه من القصاص، فمقتضى إطلاق قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلطاناً﴾<sup>أ</sup> بقاء الجواز بعد إسقاطه، لإطلاق السلطنة المَجْعولة لحالتي الإسقاط وعدمه.

ولو نوقش في إطلاق الآية كان المرجع إستصحاب بقاء المَجْعول بناءً على جريانه في الشبهات الحكمية، فيترتب عليه جواز الإقتصاص بعده.

وأما ما أفاده السيد المحقق الخوئي رحمته «من مرجعية عموم الآيات والروايات الدالة على حرمة قتل النفس المحترمة، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾<sup>ب</sup> وقوله عز من قائل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾<sup>ج</sup>، وكالروايات المتضاربة المروية في أبواب قصاص النفس<sup>د</sup>، وبها يثبت عدم جواز الإقتصاص بعد إسقاطه<sup>هـ</sup> فلا يخلو من تأمل، فإن العام وإن كان حجة في غير القدر المتيقن من التخصيص بالمجمل، كما إذا تردد الفاسق بين مرتكب خصوص الكبائر و مطلق المعصية، فإنَّ عموم «أكرم العلماء» يُعَيَّن حكم مرتكب الصغيرة، فيجب إكرامه، ويكون الخارج عن

أ: الاسراء، الآية: ٢٥

ب: النساء، الآية: ٩٥

ج: الأنعام، الآية: ١٥٢

د: راجع وسائل الشريعة، ج ١٩، ص ١٠ إلى ٢٠ الباب ١ و ٢ وغيرهما من أبواب قصاص النفس.

هـ: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٨ و ٤٩



حكم العام خصوص مقترف الكبيرة.

إلا أن تطبيقه على مثل حق القصاص بعد الإسقاط لا يخلو من شيء، وذلك لأن الآيات والروايات الناهية عن سفك الدماء محفوفة بقرينة قطعية من أول الأمر مانعة عن إنعقاد الإطلاق فيها لمن يُقتل قصاصاً، فإنه من مرتكزات العقلاء ومن أحكام الشرائع السابقة، خصوصاً بملاحظة مثل قوله تعالى: ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾<sup>أ</sup> وقوله تعالى: ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾<sup>ب</sup> وما دل على حرمة الإسراف في القتل، والكُل شاهد على أن حرمة قتل المؤمن والوعيد بخلود القاتل في النار غير ناظر إلى حكم ولي الدم الذي يأخذ بحق قصاصه. وليس القتل بسبب حق كالقصاص مندرجاً في عموم النهي عن قتل المؤمن حتى يرجع إليه لو شك في بقاء السلطنة على القاتل بعد الإسقاط.

و بعبارة أخرى: إرتكازية حق القصاص عند العقلاء - بقرينة وروده في الشرائع السابقة وإبائه سياق ما دل على حرمة قتل المؤمن متعمداً عن التخصيص، وكون تضيق المحمول من أقوى القرائن على تضيق الموضوع وتقيده بغير القتل القصاصي - تقتضي خروج القتل قصاصاً عن عموم النهي موضوعاً، وليس مندرجاً فيه حتى يرجع إليه في الشك في التقيّد الزائد، والمستفاد منها أن القتل قد يكون بحق كما في الأخذ بالقصاص، وقد لا يكون بحق وهو الذي توعد عليه بالخلود في النار. وأنهما متقابلان لا يندرج أحدهما في الآخر.

**ومنه:** ما إذا شك في بقاء حقي الخيار والشفعة بعد الإسقاط كبقاء الجواز الحكمي في رجوع الواهب عن هبته، وارتفاعهما لكونهما من الحقوق التي يكون زمامها بيد ذي الحق، وقد أفاد تؤيّد أنه لا إطلاق في دليل ثبوتها لذي الخيار والشفيع، بل المرجع الإستصحاب بناءً على حجتيه في الشبهات الحكمية، وعلى تقدير عدم حجتيه فيها فالعمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه محكّمة.

أ: الشورى، الآية: ٤

ب: البقرة، الآية: ١٩٤

ج: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٩

أقول: أمّا إنكار إطلاق دليل حقي الخيار و الشفعة فغير ظاهر، فإنّه كما يتمسك بإطلاق ما روي عنه عنه : «من سبق الى مالٍ يسبقه إليه مُسلم فهو له» أ و يلتزم ببقاء أولويته بما سبق إليه من المكان سواء أسقط حقه أم لم يسقطه، كما اعترف بأنه به، فكذا لا مانع من الأخذ بإطلاق قوله عنه : «اليّمان بالخيار ما لم يترقا» سواء أسقط أحدهما أو كلاهما حقه أم لم يسقطه. و كذا قوله عليه في حق الشفعة: «فهو أحق به» مع وضوح كون الإسقاط في كلا المقامين من الحالات المتبادلة المندرجة في الدليل.

و أمّا الحكم بمرجعية الإستصحاب أولاً ثم عموم حرمة أكل مال الغير بالباطل فلا يخلو من غموض، إذ مع فرض وجود العموم الذي هو حجة في ماعدا القدر المتيقن من دليل المخصّص - أعني به الأخذ بحقي الخيار و الشفعة و عدم إسقاطهما - لا يبقى مجال للرجوع الى الأصل العملي، و بيانه: أنّ لدليل حرمة الأكل عموماً أفرادياً و إطلاقاً أزمانياً و أحوالياً، فلا يجوز للبايع التصرف في ما إنتقل عنه الى المشتري، و لا للشريك التصرف في حصة المشتري التي اشتراها من شريكه. و إجمال المخصّص - و هو دليل تشريع الخيار و الشفعة - يقضي بالأخذ بالقدر المتيقن منه و هو إعمال ذي الخيار و الشفيع حَقهما، و إنتزاع ما كان بيد من عليه الخيار و المشتري. و أمّا إذا أسقطا حَقهما و أرادا الأخذ به بعده كان عموم حرمة الأكل حاكماً بعدم الجواز.

هذا ما تقتضيه الصناعة، لكنه مجرد فرض، إذ لا وجه للشك في أنّ المَجْعول في مورد القصاص و الخيار و الشفعة هو السلطنة و الأولوية المعبّر عنهما بالحق المقابل للجواز الحكمي، و من المعلوم كون أدنى مراتبه قابلية سقوطه بإسقاط من له الحق. هذا كله في حكم الشك في السقوط و البقاء، و مرجعه الى الشك في كون المَجْعول حقاً مصطلحاً أو حكماً.

### ب - حكم الشك في قابلية الحق للإسقاط

و أمّا الثاني: و هو الشك في قابلية الحق للسقوط بعد إحراز عدم كونه حكماً مصطلحاً

فإن قلنا باقتضاء قاعدة «لكل ذي حق إسقاط حقه» عدم حقيّة ما لا يقبله فهو، وإلا فإنّ أمكن رفع الشك بالرجوع إلى دليل الحق و لو بمعونة القرائن المكتنفة به و إستفادة قيام الحق بشخص ذي الحق كالوصي والمتولي للموقوفة والناظر عليها، أو قيامه بعنوان خاص كالفقيه، أو روعي فيه مصلحة الغير كما في حق الحضانة، فالظاهر عدم قابليته للسقوط، لظهور العنوان في دوران الحق مداره.

و إن لم يمكن إستفادة شيء من ذلك كان مقتضى جريان الإستصحاب في الشبهات الحكمية بقاءه و عدم سقوطه.

### ج - حكم الشك في قابلية الحق للانتقال

**وأما الثالث:** وهو الشك في إنتقال الحق قهراً بموت و ارتداد فنقول: إن أمكن إستفادة الحكم من الدليل و الخصوصيات المكتنفة به فهو، وإلا يجري الإستصحاب فيه، و يحكم بعدم سقوطه بالموت، الذي هو من قبيل الشك في رافعية الوجود، و هو مورد تسالمهم على حجية الإستصحاب. فلو شك في إنتقال حق الخيار و الشفعة و التحجير الى الوارث لم يكن مانع من الإلتزام بانتقاله.

و مناقشة المصنف رحمته في هذا الإستصحاب بما أفاده في أحكام الخيار بقوله: «و التمسك في ذلك - أي في قابلية حق الخيار للانتقال - باستصحاب بقاء الحق، و عدم إنقطاعه بموت ذي الحق أشكل، لعدم إحراز الموضوع، لأنّ الحق لا يتقوم إلا بالمستحق غير ظاهرة، لاعترافه رحمته بأن هذا القسم من الحقوق سلطنة، و هي كالملك قابلة للانتقال القهري، و الشك إنّما هو في رافعية الموت لها، كالشك في إطفاء الريح الخفيفة للسراج مع إستعداد نورها للبقاء لوجود الوقود. فيندرج هذا الحق ببركة الإستصحاب في «ما تركه الميت».

و الإشكال في جريانه بعدم إحراز الموضوع - لتقوم الحق بالمستحق - ممنوعٌ بالنقض بأملأكه، لتقومها بالمالك، مع أنّه لا ريب في إنتقالها الى الوارث.

و حلّه: أن سبب الإنتقال الى الوارث بقاء الملك أو الحق إلى زهوق روح المورث،

والأول محرز بالإستصحاب، و الثاني بالوجدان.

بل لا يبعد الإستغناء عن الإستصحاب في المقام بناءً على كون الحق سلطنةً فعلية، أو إضافةً اعتباريةً أخرى أثرها السلطنة، فإنه كالمملك مشمول لإطلاق الموصول في قولهم **عَلَيْكَ**: «ما تركه الميت فهو لوارثه» بناءً على أن مفاده عدم إيجاب الموت سقوطاً ما كان للميت من المال أو الحق عن إضافة الملكية، بل تنتقل هذه الإضافة إلى الوارث. وإن كانت الدقة تقتضي حدوث إضافةً أخرى للوارث مماثلة لإضافة المورث، لاستحالة بقاء شخص الإضافة مع تبدل طرفها.

و الحاصل: أن مدلول الرواية عقدان سلبي و إيجابي، فالأول عدم سقوط الملكية بالموت، والثاني إنتقال الإضافة إلى الوارث على النحو الذي كان للمورث. لا يقال: إن مقتضى أصالة عدم الانتقال إلى الوارث ذهاب الحق بالموت، فلا يصدق عليه «ما تركه الميت» حتى ينتقل إلى الوارث.

فانه يقال: إن الشك في الإنتقال مسبب عن بقاء الحق بعد الموت و ارتفاعه به، فإذا جرى الأصل في السبب و أحرز به بقاؤه و عدم سقوطه بالموت إندرج في «ما تركه الميت» وانتقل إلى الوارث.

نعم الشك في البقاء إلى ما بعد الموت نائش عن الشك في القابلية، إذ لو كان الحق مجموعاً بنحو يتقوم بمن له الحق خاصة كان ارتفاعه بموت صاحبه مسلماً، و لا موضوع لعنوان «ما تركه الميت» حتى ينتقل إلى الوارث.

لكن لا يجري الأصل في نفس القابلية، لعدم العلم بها سابقاً، فيجري الأصل - لا محالة - في سببه، و هو البقاء إلى ما بعد الموت الملازم لانتقاله إلى الوارث، لصدق «ما تركه الميت» عليه.

و هذا نظير عدم جريان الإستصحاب في قابلية الحيوان للتذكية و عدمها، و جريانه في عدم التذكية، فإذا تحققت كل ما له دخل في التذكية من فري الأوداج بشرائطه، و تمخص الشك في حلية الحيوان في قابليته للتذكية جرى الأصل في المسبب، و يُحكم بعدم التذكية.

هذا كله في تقريب التمسك باستصحاب شخص الحق، و الحكم ببقائه بعد الموت. و يمكن أن يقرّر بنحو يندرج في القسم الثاني من أقسام إستصحاب الكلّي، بتقريب: أن

الحق - المشكوك إنتقاله بالموت - إن كان متقوماً بصاحبه كان ساقطاً بموته، وإلا فهو باقٍ، وهذا نظير الشك في كون الحيوان الداخِل في الدار موجوداً بفرد قصير العمر و طويله.

وبعارة أُخرى: مناط القسم الثاني - وهو كون الشبهة موضوعية - موجود في المقام، حيث إن الحقوق على نوعين، فمنها ما يتقوم بمن له الحق و يرتفع بموته قطعاً كحق القسم والإستمتاع، ومنها ما لا يتقوم به كحق التحجير، فلو شك في مثل حق الخيار أمكن إبقاؤه تعدياً بالإستصحاب، فيندرج في موضوع تشريع الإرث.

و توهم كونه من قبيل القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلي، بيان: «أنه يعلم بارتفاع الفرد الأول من المستحق - بالموت - و يشك في قيام الثاني مقامه. نظير العلم بخروج زيد من الدار و الشك في دخول عمر و فيها مقارناً لخروج زيد عنها» فاسد، بأن هذا الشك ناشٍ عن كيفية جعل الحق و تشريعه، فيجري الإستصحاب في نفس المجعول الشرعي الجامع بين الخصوصيةين، و يحكم ببقائه إلى ما بعد الموت ببركة الأصل، و يندرج في الموصول في «ما تركه الميت».

و لكن ما ذكرناه - من إستصحاب كلي الحق إلى ما بعد الموت بنحو القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلي - مخدوش بأن جريانه منوط بموضوعية نفس الكلي للأثر الشرعي، كاستصحاب كلي الحدث لمن توضعاً بعد البلب المشتبهِ، فإنه لا مانع من جريانه لإثبات حرمة مَسّ الكتاب العزيز، بناءً على موضوعية كلي الحدث لحرمة المسّ على ما استفيد من قوله تعالى: ﴿ لا يمسه إلا المطهرون ﴾ و عدم كونه مشيراً إلى خصوصيتي الحدث الأكبر والأصغر، إذ عليه لا أثر لكلي الحدث حتى يستصحب، و التفصيل في محله.

و عليه يقال في المقام: إنَّ المنتقل إلى الوارث ليس كلي الحق الثابت للمورث، بل خصوص الحق غير المتقوم بمستحقه، و الإستصحاب قاصر عن إثبات هذه الخصوصية إلا بناءً على القول بالأصل المثبت. فاستصحاب الحق - الجامع بين فرديه - لا يجري، لعدم كونه موضوعاً للأثر المقصود و هو الإنتقال إلى الوارث، وإنما موضوع الأثر هو الحق المتخصص بعدم كونه متقوماً بمن له الحق، و استصحاب الجامع لا يُثبت هذه الخصوصية. فلا يجري، لعدم أثر له. و حينئذٍ فلا محيص عن إستصحاب عدم الإنتقال.

و عليه فالشكوك الثلاثة المترتبة -و هي الشك في كيفية جعل الحق، والشك في بقاءه، والشك في إنتقاله -إنما يجري الأصل في ثالثها و هو عدم الإنتقال كما أفاده السيد المحقق الخوئي رحمته الله.

إلّا أن يقال: إنّ شبهة تَقْوَمُ بالحق بالمستحق في كلام الشيخ الأعظم رحمته الله إنّ كان منشؤها كونها من الشك في المقتضي، لفرض عدم إحراز استعداد الحق للبقاء بعد موت ذيه أمكن الجواب عنه بأنّ المبني المنصور في المسألة حجية الإستصحاب مطلقاً سواء كان الشك في المقتضي أم في الرافع. و عليه لا مانع من استصحاب بقاء الحق، و الحكم بانتقاله ظاهراً بالموت.

#### د - حكم الشك في قابلية الحق للنقل الاختياري

**و أما الرابع :** - و هو الشك في قابلية نقل الحق الى الغير إختياراً -فإنّ أمكن إستظهار قبوله للنقل من حكمهم بانتقاله بالارث كما في حقي الخيار و الشفعة، بدعوى إستكشاف عدم تَقْوَمُ الحقّ بمن له الحق، و إلّا لم ينتقل الى وارثه، فهو، للملازمة العرفية بين إنتقاله قهراً و نقله إختياراً في عدم قيامه بذئ الحق.

و إن لم يمكن ذلك الإستظهار، لعدم ثبوت الملازمة بين جواز النقل و الإنتقال، أو لكون الحق مما لا ينتقل بالارث كحق القسم و الإستمتاع، كان المعوّل في جواز نقله الى الغير قابليته العرفية للنقل و المعاوضة عليه، و كون الشك في الجواز متمحصاً في إحتمال المنع تعديداً عن سقوطه أو نقله أو إعتبار شرط فيه، و من المعلوم أنّ المرجع فيه عمومات إمضاء العقود و المعاوضات و إطلاقاتها.

إلّا أنّ يناقش في التمسك بها بأحد وجهين:

الأول: أنّ الرجوع إليها من التشبث بالعام في الشبهة الموضوعية، و هو ممنوع على ما حَقَّق في محله، بيانه: أنّ طائفة من الحقوق غير القابلة للإسقاط و النقل خَرَجَتْ عن حَيْزِ أدلة تنفيذ المعاملات كالأمر بالفداء بالعقود، و حلية البيع، و جواز الصلح بين المسلمين، و وجوب العمل بالشرط، و نحوها، فحقّ الولاية و الأبوة خرج عن تلك العمومات، لما ثبت من عدم

قابليتهما للسقاط والنقل، كما أن طائفة منها باقية تحت العمومات كحق التحجير. ولا يُعلم أن المشكوك فيه مندرج في هذا القسم أو ذلك، وفي مثله لا وجه للرجوع الى العام لإحراز حال الفرد، لكونه نظير الشك في كون زيد عالماً أو جاهلاً، حيث إن عموم «أكرم العلماء» قاصر عن إحراز حاله وتعيين حكمه، وهذا معنى عدم حجية أصالة العموم في الشبهة المصدقية.

ولكن يمكن دفعه بأن يقال: إن الخارج عن عموم أدلة المعاوضات إنما خرج عنها فردياً لا عنوانياً، ومن المعلوم أن القادح في التمسك بالعام هو القسم الثاني لا الأول، مثلاً إذا قال: «أكرم العلماء، ولا تكرم البصريين منهم» وتردّد «زيد» بين البصري والكوفي - لتعارض البيّتين فيه مثلاً - لم يجز التمسك بـ «أكرم العلماء» لإثبات وجوب إكرام زيد، بل المرجع فيه أصالة البراءة عن وجوب إكرامه.

وأما إذا قال: «أكرم العلماء إلا زيدا وعمراً» ثم شك في إستثناء بكر أيضاً لم يكن مانع من التمسك بالعام لإثبات وجوب إكرامه، لأنه من الشك في التخصيص الزائد، الذي هو كالشك في أصل التخصيص في جواز الرجوع الى العام.

و مانحن فيه من هذا القبيل، لأنّ الخارج عن حيّز العمومات حقوق معيّنة كحقّ الأبوّة والسلام و ولاية الحاكم الشرعي والحضانة، لا العنوان الكلّي حتى يكون الشك في إندراج المشكوك فيه في عنوان الخاص أو العام من باب الرجوع الى العام في الشبهة الموضوعية. والعنوان الإنتزاعي كعدم القابلية لايجدي، إذ ليس ذلك العنوان خارجاً عن العمومات حتى يوجب تعنون العام. وعليه فالشك في كون الحق قابلاً للمعاوضة يكون من الشك في التخصيص الزائد، ومن المعلوم مرجعية أصالة العموم فيه.

الثاني: ما أفاده المحقق الإصفهاني، و وافقه بعض الأجلة من تلامذته و بيانه: أنّ الشك في صحة معاملة ينشأ تارة من الشك في قابلية مورد المعاملة للمعاوضة عليه، كما إذا شك في قابلية جعل الغناء - المشكوك حرمة - ثمناً في بيع أو عوضاً في صلح أو مورداً لإجارة. وأخرى من الشك في دخل سبب خاص في صحة المعاملة بعد إحراز قابلية العوضين لها، كما إذا شك في صحة البيع المعاطاتي بين مالين قابلين للتملك و التملك، أو شك في دخل العربية و الماضية في صبح العقود.

و أدلة الإمضاء كالأمر بالوفاء بالعقود و نفوذ الصلح بين المسلمين و حلية البيع و مشروعية الإجارة ناظرة الى نفوذ أسباب النقل و الإنتقال، فيتمسك بإطلاق حلية البيع على مملوكة المعاطاة على حدّ البيع بالصيغة، و أنه لا يعتنى بالشك في دخل سبب خاص في صحة العبادلة بين الماليين، لمكان عموم دليل الإمضاء و إطلاقه.

و أما الشك من الناحية الأولى - و هي الشك في قابلية العوضين للمعاملة عليهما - فلا بد من رفعه بدليل آخر، لعدم ارتباط هذا الشك بسببية سبب خاص حتى يُجدي الإطلاق لنفيه. و عليه فالشك في جواز جعل أحد العوضين الغناء في كلام صحيح كالدعاء يكون المرجع فيه أدلة شرائط العوضين، و لو فرض عدم إستفادة شيء منها فالمرجع أصالة الفساد المحكّمة في المعاملات، و لا تتكفل أدلة الإمضاء هذه الجهة حتى يتجه تصحيح المعاملة المذكورة بها.

و بيان آخر: أنّ أدلة المعاملات بما أنّها صادرة عن الحكيم الملتفت الى إنقسام موضوع المعاملة إلى المورد القابل و غير القابل يستحيل إهمالها، فإنّما أن يتعلّق الإمضاء بمسمى المعاملة سواء أكان المورد قابلاً لها أم لم يكن. و إنّما أن يتعلّق بحصّة خاصة منها و هي ما أحرز قابليته قبل الإمضاء. و لا مجال للإطلاق فيتعين التقييد، و يكون الرجوع الى العام أو الإطلاق - لاحراز حال المشكوك فيه - من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

و على هذا فلو شكّ في جواز نقل حق الخيار إلى الغير بهية أو بيع أو صلح لم يتجه تصحيحه بالرجوع الى أدلة تنفيذ المعاملات، بل المرجع فيه الأصل العملي و هو أصالة عدم قبوله للنقل، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إنّ أدلة المعاملات إمضائية، و ليست تأسيسية، و موضوعها هو العنوان العرفي لا الشرعي، فما أحلّه الشارع و أمرّ بالوفاء به هو البيع العرفي لا البيع الصحيح شرعاً، و كذا بالنسبة الى سائر العقود. و من المعلوم أنّ تمام المناط قابلية العوضين للمبادلة في

أ: حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني ج ١، ص ١٢ و ١٣، رسالة الحق، محاضرات في الفقه الجعفري،



نظرهم، فلو كان تبديل من من التراب بمثله سفهياً عندهم، أو لم يترتب على بيع الخنافس والديدان غرض عقلائي يعتنى به بحيث يصح سلب عنوان المعاودة والبيع عنه عرفاً لم يكن موضوعاً للدليل الإمضاء قطعاً. وأما إذا أحرزت قابلية العوضين بنظرهم للمبادلة وتمحّض الشك في مشروعيتها في المنع التعبدي كانت أدلة المعاملات هي المرجع لإثبات صحتها، فلو كان بيع الجنسين بالتفاضل متداولاً عند العقلاء، كنتداول بيع الخمر والخنزير عندهم كان موضوع أدلة الإمضاء محققاً، وبطلان البيع موقوفاً على تقييدها أو تخصيصها شرعاً.

ولا يبعد جريان ديدنهم على الرجوع الى العمومات والإطلاقات في رفع الشك في اعتبار شرط تعبداً أو مانع كذلك بعد إحراز الموضوع العرفي. ولم يظهر وجه لتخصيص مرجعية الأدلة بالشك في تنفيذ الأسباب خاصة.

نعم في التمسك بقاعدة السلطنة في المقام إشكال، ينشأ من احتمال كونها بصدد بيان عدم محجورية المالك عن التصرفات المشروعة، لا كونها مُشْرَعَةً للتصرف المشكوك في حكمه، على ما سيأتي في المعاظة إن شاء الله تعالى.

وأما قياس الحق القابل عرفاً للنقل إلى الغير بجعل الغناء مثلاً أحد العوضين - حيث لا تتكفل أدلة الإمضاء حليته و صحة جعله عوضاً - فالظاهر أنه مع الفارق، وذلك لأن تلك الأدلة غير ناظرة الى بيان حكم الأفعال تكليفاً بعنوانها الأولية، لكونها واردة لبيان حكم الفعل بعنوانه الثانوي أي صحة وقوعه في العقد المعاوضي أحد العوضين، فلو كان الفعل مشكوك الحكم - بعنوان أنه غناء مثلاً - لم يكن وقوعه عوضاً في البيع أو معوضاً في الإجارة كاشفاً عن مشروعيتها بعنوانه الأولي.

و هذا بخلاف المقام، إذ ليس المقصود من التمسك بدليل الإمضاء إحراز مشروعية أصل الحق حتى تكون الأدلة قاصرة عن إثباته، بل المراد إستكشاف صحة وقوعه عوضاً بعد كون أصل الحق مشروعاً وقابلًا للنقل عرفاً.

**فالمتمحصل - بعد إندفاع كلتا جهتي الإشكال - أن كل حق شك في قبوله شرعاً للنقل يرجع فيه الى عمومات المعاوضة، فعدم قبوله للنقل لا بد أن يستفاد من دليله بأن يكون ظاهراً في تقومه بعنوان خاص أو شخص كذلك، كحق الولاية، ضرورة كون العنوان أو الشخص**

موضوعاً للحق يدور مداره، لا مورد له حتى يجوز تفويضه الى غيره، هذا.

و أما جواز المعاوضة على الحقوق فسيأتي في المقام الخامس.

### المقام الرابع: في ذكر بعض ما يتردد بين الحق و الحكم.

إعلم: أنهم ذكروا أموراً جعلوها من المصاديق المشتبهة بين الحق و الحكم:

**منها:** الأولوية بالسبق إلى المساجد و المدارس و القناطر و الرباطات و الطرق النافذة،

و نحو ذلك من الحقوق الراجعة إلى عموم الناس، أو المتلبس بعنوان خاص منهم كالمصلين

و الزائرين و العابرين و نحوهم، فإنه لم يظهر المراد من الأولوية، فهل يراد بها الحق بحيث

يصير السابق إلى مكانٍ من الأمكنة المذكورة ذا حق فيها، فتكون العبادة مع دفع السابق

وإخراجه عنه باطلّة، لكون المكان متعلقاً لحق الغير كحقي الرهانة و التحجير؟ أم يراد بها

حرمة المزاحمة مع السابق تكليفاً، فدفع السابق و إن كان حراماً تكليفاً، لكنه لا يوجب الغصبية

حتى تبطل الصلاة، فتقديم السابق حينئذٍ في تراحم الحقوق يكون من باب الحكم. نظير تقديم

الأهم في تراحم الواجبات. فإطلاق الأحقية في النصوص على السابق الذالة على زيادة المبدأ -

و هو الحق - في السابق إنما هو باعتبار إختصاص الإستيفاء فعلاً بالسابق ما دام شاغلاً للمكان،

فالحق المشترك بينه و بين غيره من الموقوف عليهم الثابت بنفس الوقف يختص إستيفاءه

بالسابق، و ليس لغيره إستيفاء ذلك الحق المشترك حتى يعرض السابق عن المكان؟

ظاهر كلمات الأصحاب كون السابق سبباً لحدوث حق للسابق، حيث إنهم عبروا بكونه

أحق من غيره. قال في الشرائع: «و أما المسجد فمن سبق إلى مكانٍ منه فهو أحق به مادام

جالساً».

و قال في القواعد: «و أما المسجد فمن سبق الى مكانٍ فهو أحق به، فإذا قام بطل حقه

و إن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو نوى العود، إلا أن يكون رحله باقياً فيه»<sup>ب</sup>.

و في اللمعة و شرحها: «فمنها المسجد، و في معناه المشهد، فمن سبق إلى مكان منه

أ: شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٧٧

ب: قواعد الأحكام، ص ٨٧

فهو أولى به مادام باقياً فيه»<sup>أ</sup>.

وفي الجواهر: «و أما المسجد فلا إشكال ولا خلاف في أن من سبق إلى مكانٍ منه فهو أحق به ما دام جالساً فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة عليه. بل في المسالك وغيرها: سواء أكان جلوسه للصلاة أم لمطلق العبادة أم لتدريس العلم والإفتاء ونحو ذلك... إلى أن قال: وعلى كل حال فلو قام مفارقاً رافعاً يده عنه بطل حقه، بلا خلاف ولا إشكال حتى لو عاد وقد شغله غيره. وإن قام ناوياً للعود إليه، فإن كان رحله باقياً فيه فهو أحق به، وإلا كان مع غيره سواءً كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم. بل في جامع المقاصد: أنه المشهور. بل في محكي المبسوط نفي الخلاف فيه، قال: فمن سبق إلى مكانٍ في المسجد كان أحق به، فإن قام وتزك رحله فيه فحقه باقٍ، وإن حوّل رحله منه إنقطع حقه منه، ولا خلاف فيه، وفيه نصٌّ لنا عن الأئمة عليهم السلام»<sup>ب</sup>.

و ظهور هذه العبارات وغيرها مما لم نذكرها في حدوث حقّ للسابق مما لا يمكن إنكاره. و مستندهم في ذلك - بعد الإجماع الذي إدعاه في مفتاح الكرامة بعد قول العلامة: فهو أحق به «مادام فيه إجماعاً محصلاً بل كاد يكون ضرورياً»<sup>ج</sup> وكذا غيره من الاصحاب - روايات:

إحداها: خبر طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكانٍ فهو أحق به إلى الليل، وكان لا يأخذ على بيوت السوق كراء»<sup>د</sup>.

ثانيها: مرسله محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قلت له: تكون بمكة أو بالمدينة أو بالحيرة أو المواضع التي يرجئ فيها الفضل، فربما خرج الرجل يتوضأ

أ: الروضة البهية، ج ٧، ص ١٧٠

ب: جواهر الكلام، ج ٣٨، ص ٨٨ و ٨٩

ج: مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٣٦

د: وسائل الشريعة، ج ٣، ص ٥٤٢، الباب ٥٦ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ٢:

فيجيء آخر فيصير مكانه، فقال عليه السلام: من سبق إلى مكانٍ [موضع] فهو أحق به يومه وليلته. أ. والتعبير بالإرسال من جهة سقوط الوساطة بين محمد وبين الإمام عليه السلام لعدم كون ابن بزيع من أصحاب الإمام الصادق عليه السلام. و رواه في البحار عن أمالي الشيخ عن ابن بزيع عن بعض أصحابه يرفعه إلى الإمام أبي عبدالله عليه السلام. و عليه فلا تبقى شبهة في الإرسال و حذف الوساطة.

ثالثتها: مرسله ابن أبي عمير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سوق المسلمين [القوم] كمسجدهم، يعني، إذا سبق إلى السوق كان له مثل المسجد»<sup>ب</sup>.  
رابعتها: النبوي «من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحق به»<sup>ج</sup>.

أما سندها فغير نقي، لأن في سند الأولى «طلحة بن زيد» وهو عامي، ولم أعثر إلى الآن على توثيقه. و ما في الفهرست من «أن طلحة بن زيد عامي المذهب، إلا أن كتابه معتمد»<sup>د</sup> ليس توثيقاً لطلحة، بل تصحيحاً لكتابه، وهو لا يدل على توثيق طلحة، لعدم الملازمة بينهما، إذ من الممكن أن الشيخ صحح كتابه لكون مافيه مروياً في الكتب المعتمدة، لا لأجل كون صاحب الكتاب موثقاً عنده حتى يكون قول الشيخ: «ان كتابه معتمد» شهادةً بوثاقته، بل يكون قوله هذا تصحيحاً لكتابه، فيندرج في البحث المعروف بينهم، و هو: أن تصحيح الغير هل يجوز الإعتداء عليه؟ و يُغني الآخرين عن نقد السند أم لا؟

هذا مضافاً إلى: أنه - بعد تسليم صحة الإعتداء على تصحيح الغير - إنمّا يجدي ذلك فيما إذا حُرز أن الرواي تَقَلَّ عن كتاب طلحة لا عن نفسه، و هو ممّا لا سبيل إلى إحرازه، فالرواية مشكوكة الاعتبار، و من المعلوم أن الأصل يقتضي عدم حجيتها، هذا.  
و يظهر مما ذكرناه ضعف ما أفاده بعض المعاصرين من قوله: «و يكفيه في إعتبار خبره

أ: وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٥٤٢، الباب ٥٦ من أبواب أحكام المسجد.

ب: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٠٠، الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث: ٢.

ج: مستدرک الوسائل، ج ١٧، ص ١١٢، الباب ١ من أبواب إحياء الموات، الحديث: ٤.

د: الفهرست، ص ١١٢، رقم ٣٧٤.

- مضافاً الى تصريح شيخ الطائفة بكون كتابه معتمداً - رواية ابن الوليد الذي لم يرو بعض كتب الصفار و سعد، لعدم معلومية صحة مضمون ذلك البعض، و إستثنى كثيراً من أخبار كتاب محمد بن أحمد بن يحيى لكتابه<sup>١</sup>.

وجه الضعف: أن رواية ابن الوليد لكتاب طلحة لاتدلّ على أزيد من إعتقاد ابن الوليد بصحة مضامين الكتاب و مطابقتها للواقع أو للزوايات المعتبرة، و لاتدلّ على وثاقة مؤلفه، و تكون الشهادة بصحة الكتاب من قبيل تصحيح شخص لرواية، في كون حجية تصحيحه لغيره مورداً للبحث و النظر و الإشكال. و عليه فالشهادة بصحة الكتاب ليست إلا شهادةً باعتبار الكتاب، و لا تكون شهادة بوثاقة مؤلفه. و قد عرفت عدم طريق لإحراز كون الرواية المزبورة مروية عن كتابه حتى نلتزم باعتبارها، بعد البناء على إعتبار الكتاب المزبور بشهادة الشيخ و رواية ابن الوليد له.

و أما كونه من رجال كامل الزيارة و تفسير علي بن إبراهيم فلا يكفي للتوثيق كما قرر في محله.

و بالجملة: فلم يثبت إعتبار الخبر المزبور بسبب ضعف طلحة، فالإعتماد عليه في غاية الإشكال. هذا ما في سند خبر طلحة من الضعف.

و أما مرسلتا ابن أبي عمير و محمد بن إسماعيل بن يزيد فالإشكال في إعتبارهما ظاهر، لأنهما مرسلتان، و لاعبرة بالمراسيل ما لم تنجر بعمل المشهور بناءً على ما هو الأقوى من جبر عمل المشهور لضعف الرواية، كموهنية إعراضهم عنها لاعتبارها. و كذا الحال في النبوي. و دعوى «إنجبارها بعمل المشهور الذين بنوا على ثبوت حق السبق للسابق في المسجد» خالية عن البينة، إذ يعتبر في جبر الشهرة لضعف الرواية إحراز إستناد المشهور في فتوهم إلى الرواية الضعيفة حتى يدلّ إستنادهم إليها على إعتبارها لديهم، و إلا فمجرد موافقة فتوهم لرواية ضعيفة لا تكشف عن حجيتها عندهم كما هو واضح.

و بالجمله: فلا سبيل إلى إثبات حجية الروايات المزبورة.

إلا أن يدعى: أن سياق عباراتهم يدل على إستنادهم إلى هذه الروايات، لتعبيرهم بما عُبر به فيها. و ان كان هذا مخدوشاً أيضاً، لإمكان كون مستندهم روايةً معتبرةً سنداً مع كون متنها مثل متن المرسلتين، فاقْتبس الأصحاب من تلك الرواية لا من هاتين الروائتين، فلا يحصل الوثوق باستنادهم إليهما.

كما لا وجه لحجية الإجماع المدعى في المقام بعد إحتمال مدركيته، إذ من المحتمل إستناد المجمعين إلى الروايات المزبورة، فلا يصح الإستناد إلى شيء من الروايات والإجماع. نعم يمكن الإستناد إلى السيرة العقلانية الحاكمة باختصاص من سبق إلى ما يشترك فيه غيره - كالمباحات الأصلية ونحوها - بذلك المشترك، بحيث يرى العقلاء نحو إختصاص للسابق بذلك الشيء، بل هذا مركز في الحيوانات أيضاً، و الشارع لم يردع عن هذه السيرة، فهي حجة.

كما يمكن أن يكون مستندهم مرسله ابن أبي عمير، ولا يقدر إرسالها، لما يظهر من الأصحاب من تسالمهم على العمل بمراسيله، لقول النجاشي: «أصحابنا يسكنون إلى مراسيله». و لقول الشيخ في حقه و حق آخرين من أصحاب الإجماع في بحث تعارض الرواية المسندة مع المرسله: «و إذا كان أحد الراويين مُسنداً و الآخر مُرسلاً نُظِر في حال المرسل، فان كان ممن يعلم أنه لا يُرسِل إلا عن ثقة موثوق به فلا ترجيح لخبر غيره على خبره، و لأجل ذلك سَوّت الطائفة بين ما يرويه محمد بن أبي عمير و صفوان بن يحيى و أحمد بن محمد بن أبي نصر و غيرهم من الثقات الذين عُرفوا بأنهم لا يروون و لا يُرسِلون إلا عن موثوق به و بين ما أسنده غيرهم، و لذلك عملوا بمراسيلهم إذا انفرد عن رواية غيرهم»<sup>٣</sup>.

و كذا عدّ الكشي جمعاً من أصحاب أبي إبراهيم و أبي الحسن الرضا عليه السلام ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنهم و الانقياد لهم و الإقرار لهم بالفقه، و منهم ابن أبي

أ: رجال النجاشي، ص ٢٢٩

ب: عدة الاصول، ج ١، ص ٣٨٦ و ٣٨٧

عمير أ.

و عليه تنصف مرسله ابن أبي عمير بالإعتبار بعد شهادة أعلام الرجال بالتسوية بين المسندات والمرسلات.

لكن في أصل تحقق هذا الإجماع التعبدي تأملاً بل منعاً قد تعرّضنا له في شرح الكفاية فيما يتعلق بسند مقبولة عمر بن حنظلة، فراجع <sup>٣</sup>.

**قتلخص:** أن مراسيل أصحاب الإجماع كمراسيل غيرهم مالم تنجبر بعمل المشهور لا تكون حجة بحيث تُخصص عموم أدلة حرمة العمل بالظن، فمرسله ابن أبي عمير الدالة على حق السبق لا تصلح للاستناد إليها. هذا كله في السند.

و أمّا دلالتها فعن المشهور - بناءً على استنادهم إليها كما لعلّ كلماتهم مقتبسة منها - دلالتها على ثبوت حقّ للسابق، واللازم حينئذٍ ترتيب آثار الحق عليه من جواز إسقاطه ونقله مجاناً ومع العوض، وانتقاله قهراً إلى الوارث، ومن بطلان العمل العبادي الصادر من المزاحم المخرج للسابق عن المكان، لكونه غصباً كما في إعتكاف العروة، حيث قال: «إذا غَصَبَ مكاناً من المسجد سَبَقَ إليه غيره، بأن أزاله وجَلَسَ فيه فالأقوى بطلان إعتكافه مع. إلا إذا نهض دليل على منع بعض هذه الآثار. ولم أعثر إلى الآن على قائل بهذا التعميم.

كما أنّ لازم الحقيّة هو صيرورة السابق ذا حقّين أحدهما بالوقف، والآخر بالسبق، وهذا بعيد.

فالمحتمل قوياً: أنّ المراد بالأحقيّة هو حرمة المزاحمة مع السابق وإزعاجه ودفعه عن المكان مادام باقياً فيه وشاغلاً له، فالسبق لا يوجب إلّا حرمة المزاحمة كحرمة مزاحمة غير الولي للولي في تجهيز الميت، بناءً على كون المراد بالولاية هناك - على ما عن جماعة من القدماء - حرمة المزاحمة معه، فإنّ تصدّي الولي للتجهيز مباشرة أو تسبباً فليس لأحدٍ مزاحمته،

أ: رجال الكشي، ص ٤٦٦، طبع النجف الآشرف.

ب: منتهى الدراية، ج ٨ ص ١٥٠ الى ١٦٤

ج: العروة الوثقى، ج ٢ ص ٢٥٦، كتاب الاعتكاف، المسألة: ٣٢

وإن لم يتصدَّ لذلك جاز لغيره - بل وجب عليه كفايةً - القيام به.

وبالجملة: فالسبق في الحقوق كالأهمية في تزامم الواجبات، فكما أنَّ تقديم الأهم هناك ليس من باب الحق في شيء، فكذلك السبق في باب الحقوق، فإنه لا يوجب حقاً للسابق حتى يصير المكان متعلقاً لحقه، و يندرج دفع الغير له عن ذلك المكان أو إشغاله له - في الغضب، وتكون صلاة المزاحم الدافع للسابق من صغريات مسألة الاجتماع، لصيرورة المكان حينئذٍ مفصوباً، إذ لا فرق في المفصوب بين كون الرقبة مال الغير وبين كونها متعلقة لحق الغير كحقي الرهانة والتحجير، فيكون هنا أمر متعلق بطبيعي الصلاة، ونهْي متعلق بطبيعي الغضب، وتكون الصلاة مندرجةً تحت هذين العنوانين، فبناءً على الاجتماع - بمعنى صغرية المورد لكبرى التزامم لتعدد المتعلق وكون التركيب إنضمامياً - تصحَّ الصلاة في وجهه. وبناءً على الإمتناع - لوحدة المتعلق، لكون التركيب إتحادياً - لا تصح الصلاة، لكون مسألة الاجتماع حينئذٍ من صغريات النهي في العبادة.

**فالمتحصل:** أن المراد بالأحقية في الروايات - بعد البناء على اعتبارها - يحتمل أن يكون إختصاصُ السابق في إستيفاء الحق المشترك بين السابق وبين سائر أفراد الموقف عليهم الثابت لهم بالوقف، فالسبق يوجب هذا الإختصاص.

كما يحتمل أن يراد به الحق المصطلح، بأن يكون السبق موجباً لتعيين مصداق كلِّي الموقف عليه في السابق مادام شاغلاً للمكان أو غير مُعرض عنه، كتعيين مصداق كلِّي المالك في الخمس والزكاة وغيرهما من الجهات العامة بالقبض، فإنَّ الكلِّي لا يتعين إلا به. وقد عرفت بُعد هذا الإحتمال، وعدم الإلتزام بكثيرٍ من آثار الحق من الإنتقال والنقل.

وإذا شكَّ في كون السبق موجباً للحق ودار أمر تقديم السابق على غيره بين الحكم والحق فالأثر المشترك - وهو سقوطه بالاعراض - يترتب عليه قطعاً. وأما جواز النقل الإختياري مع العوض وبدونه فلا يترتب عليه، للشك في القابلية العرفية، إذ لو كان حكماً لم يقبل النقل أصلاً كما هو ظاهر، فلا وجه للتمسك بأدلة العقود الجائزة لإثبات جوازه. وكذا الحال في الإنتقال القهري، فلا يترتب عليه، لكونه من الآثار المختصة بالحق.



و أما أخذ المال بازاء الإعراض عن المكان فالظاهر أنه لا بأس به، لأن رفع موضوع الحرمة - وهو المزاحمة - يكون تحت سلطنة السابق، لكونه عملاً من أعماله كسائر أعمال الخُر.

و أما صلاة المزاحم الدافع للسابق فلا تبعد صحتها، للبراءة عن الشك في مانعية المزاحمة، إذ لو كان السبق موجباً للحق كانت الصلاة باطلة، وإلا فهي صحيحة. ولما كان منشأ الشك في الصحة الشك في مانعية التزاحم جرى الأصل في المانعية.

نعم بناءً على إقتضاء الأمر بشيء للنهي عن ضده يُحكم بفساد الصلاة، للعلم ببطلانها، إما لكون السبق موجباً للحق، وإما لكون الأمر مقتضياً للنهي عن ضده، فتدبر.

ثم إنه بناءً على ما تقدم من الإشكال في سند الروايات كالإشكال في حجية الإجماع لاحتمال مدركيته لا يبقئ مستند لحق السبق. إلا أن يتمسك بالسيرة العقلانية القاضية بتقديم السابق في المشتركات، بل تقديم السابق من مرتكزات الحيوانات أيضاً، حيث إن ما تقدم من السباع إلى إفترايس حيوانٍ ليأكله لا يزاحمه غيره من السباع في أكله، فعدم مزاحمة السابق من الأمور الارتكازية الجارية عليها السيرة العقلانية التي لم يردع عنها الشريعة المقدسة الإسلامية، بل الإجماع و الروايات المتقدمة - على تقدير تماميتها- دليل على إضاء تلك السيرة.

لكن المتيقن منها هو إختصاص السابق، بمعنى عدم جواز مزاحمة أحد له فيما سبق إليه. و أما الإختصاص بمعنى الحق فليس مما تقتضيه السيرة، بل لا بد حينئذ من معاملة الحكم مع ما جرت عليه السيرة دون معاملة الحق معه، فلا يبطل العمل الصادر من المزاحم، كما لا ينتقل قهراً بموتٍ ونحوه إلى غير السابق. وكذا لا يقبل النقل.

نعم لا بأس بأخذ مالٍ لتخلية المكان و تفرغه، لأن التفرغ عمل يبذل بازائه المال، و بعد التخلية يُشغله باذل الفلوس، فيصير هو السابق، والله العالم.

ومن المصاديق المشبهة بين الحق و الحكم: جواز الرجوع في المطلقة الرجعية على ما قبل، وإن كان الظاهر كونه من الأحكام، و التفصيل في محله.

ومن المصاديق المشبهة - على ما قبل أيضاً - جواز الرجوع في العقود الجائزة، فإن كان حكماً لم يسقط بالإسقاط، وإلا يسقط به. لكن الحق أن الجواز فيها حكم، فلا تصير العقود الجائزة لازمة بإسقاطه، فلاحظ.

ومنها: غير ذلك مما يقف عليه المتتبع.

**المقام الخاص:** في حكم المعاوضة على الحقوق القابلة للنقل والإسقاط.

أما ما لا يقبل الإسقاط - بناءً على كونه حقاً - فلا كلام في عدم جواز أخذ العوض بازائه، وأما القابل للنقل والإسقاط فقد تقدم في أول بحث الحقوق خلافاً للأعلام فيه، فمنهم من منع من وقوع الحق عوضاً في البيع مطلقاً، كالشيخ الفقيه كاشف الغطاء، واختاره المحقق النابيني رحمته أيضاً. ومنهم من جوز ذلك مطلقاً كصاحب الجواهر رحمته. ومنهم من فصل بين ما يقبل الإنتقال وبين ما بين لا يقبله ويقبل الإسقاط خاصة، كالمصنف رحمته وإن مال في آخر كلامه إلى المنع مطلقاً.

والتحقيق: جواز جعل الحقوق عوضاً عن المبيع مطلقاً أي جعل إسقاط ما يقبل الإسقاط ثمناً، وانتقاله إلى باذل المبيع فيما يقبل الإنتقال إلى الغير، وذلك بعد تمامية أمرين: أحدهما: عدم إختصاص «المال» بالأعيان المتمولة، و صدقه على منافع الأعيان الصامته وعمل الحر ولو بعد المعاوضة عليه. وجواز أخذ العوض في الصلح على إسقاط بعض الحقوق كاشف عن ماليته عرفاً، وعدم إختصاص المال بالأعيان. ويتعين حمل كلام ابن الأثير في تفسير المال على الغالب، وإلا أشكل الأمر في بذل المال بازاء المنافع في الإجارة والصلح.

ولو فرض تعذر توجيه كلام اللغوي بالحمل على الغالب لم يقدح في إتصاف الحقوق بالمالية، لأعمية المال عرفاً من العين والمعنى والحق، إذ المال عندهم كل ما يرغب فيه العقلاء ويتنافسون عليه، ولاشك في أعمية المعنى العرفي حتى تجري فيه أصالة عدم النقل عن معناه اللغوي.

**ثانيهما:** كفاية صدق المعاوضة على البيع ولو لم يكن فيها نقل وتملك من الطرفين، ولا إنتفاع أحد المتبايعين بمال صاحبه، فالعبرة فيه بتحقق عنوان المعاوضة و المبادلة بحيث لا يخلو البيع عن الثمن والعوض، ويكون بذل المال مورداً غرض العقلاء. والقيود المأخوذة في تعريف البيع بالمبادلة بين المالين - المستفادة من كلام المصباح - غير دخيلة في حقيقتها العرفية، سوى كون المبيع عيناً، وأما عينية الثمن، أو تحقق المبادلة في خصوص إضافة الملكية، أو إختصاص المال بالأعيان فلا دليل على شيء منها لو لم ينهض على خلافها، ففي بيع سهم سبيل الله من الزكاة لا ينتفع البائع بالعوض، لغرض صرفه في جهات القرب وسئل الخير كالمساجد والمشاهد والقناطر. وإنكار صدق البيع على هذه المعاوضة لا يخلو من مكابرة، وكذا بيع الوقف بمثله عند إقتضاء المصلحة، وبيع الحاكم مقداراً من زكاة الحنطة بشيء من زكاة النقدين.

وبناء على تمامية هذين الأمرين وتسلّمهما يظهر أنّ الأصل الأولي في الحقوق القابلة للإسقاط والنقل جواز المعاوضة عليها، فهي وإن لم يصح جعلها مبيعاً لعدم كونها من الأعيان، لكنها كالمنافع وعمل الحرّ يصح جعلها ثمناً في البيع، كصححة أخذ العوض بإزاء نقلها وإسقاطها في باب الصلح، وذلك لصدق المال عرفاً عليها، وكفاية مائة الإسقاط والنقل في صحة المعاوضة، وإمضائها بأدلة المعاملات.

إلّا أن يستشكل في مالبة الحقوق بما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته حيث قال: «و الأقوى عدم قابلية الحق لوقوعه ثمناً في البيع، كعدم قابلية وقوعه ثمناً، سواء جعل نفس الإسقاط والسقوط ثمناً أو جعل نفس الحق. أمّا الأول فلأن الثمن لا بد من دخوله في ملك البائع، والإسقاط بما أنه فعل من الأفعال والسقوط بما أنه اسم المصدر ليس كالخيطة و سائر أفعال الحرّ والعبد ممّا يملكه البائع، ويكون طرفاً لإضافة ملكية البائع، ويقوم مقام المبيع في الملكية، فإنّ هذا المعنى معنّى حر في غير قابل لأن يتموّل إلا باعتبار نفس الحق. وسيجيء ما فيه. وبالجملة: نفس الإسقاط بما أنه فعل، وأثره بما أنه إسم المصدر لا يقبل الدخول في ملك الغير بحيث يتحقق بالنسبة إليه الخروج عن ملك المشتري الى ملك البائع، ويكون البائع

مالكاً لهذا العمل.

و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم، لأن في باب الشرط يملك المشروط له على المشروط عليه إسقاط الحق أو سقوطه. و لا ملازمة بين قابليته للدخول تحت الشرط و بين قابلية وقوعه ثمناً، لأن إسقاط الحق يصير بالشرط مملوكاً للغير على صاحب الحق، ولكنه لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً، و يحل محل المبيع في الملكية.

و أما الثاني - و هو جعل نفس الحق ثمناً بعد فرض كونه قابلاً للنقل إلى الغير كحق التحجير - فلما عرفت من أنه في باب البيع يعتبر أن يكون كل من الثمن و المثلث داخل في ملك مالك الآخر، و لا شبهة في أن الحق لا يكون قابلاً لذلك، فإنه مبين مع الملك سنجاً و إن كان من أنحاء السلطنة بالمعنى الأعم. و من المراتب الضعيفة للملك. و لكن كونه كذلك غير كافٍ لوقوعه عوضاً، لأنه لا بد من حلول الثمن محل المثلث في الملكية، فلا بد أن يكون كل منهما من سنخ الآخر. أ.

لكنه لا يخلو من غموض، لأن دخول كل واحد من العوضين في ملك الآخر غير معتبر في مفهوم البيع عرفاً، بل المعتبر فيه هو صدق المبادلة و المعاوضة، و من المسلم صدقها على ما إذا جعل الثمن حقاً على وجه النقل أو الإسقاط، و عدم صدق «البيع بلا ثمن» على هذا البيع ليكون أكل المبيع أكلاً للمال بالباطل، هذا.

و غير خفي على المتأمل مواقع النظر في كلامه **يَتَبَيَّنُ** :

**منها:** قوله: «و الإسقاط بما أنه فعل من الأفعال و السقوط بما أنه إسم المصدر ليس كالخيطة...» إذ فيه: أنه لا مانع من صيرورة الإسقاط بما أنه فعل مبذول بإزائه المال عند العقلاء كسائر أعمال الحر مملوكاً، فالبايع يصير مالكاً للإسقاط بسبب البيع كما يصير المشروط له مالكاً له بالشرط، لوجود مناط مملوكية الفعل و هو كونه مرغوباً فيه عند العرف بحيث يبذلون المال بإزائه، فللبايع إجبار المشتري على الإسقاط كما له الإجبار على الخيطة و الكتابة

ونحوهما.

نعم جعل العوض في البيع السقوط - لا الإسقاط - لا يخلو من إشكال، لعدم معلومية تعلق الملكية بالنتائج كما قُرّر ذلك في شرط النتيجة. و حديث عدم تعول المعنى الحرفي أجنبي عن الإسقاط بما هو فعل ومعنى إسمي، فتدبر.

**ومنها:** قوله: «و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم...» إذ فيه: أنّ الإسقاط إن كان في نفسه قابلاً لأن يكون طرفاً لإضافة الملكية فصيرورته مملوكاً بالبيع أولى من مملوكيته بالشرط في ضمن عقد لازم، لأنّ تأثير نفس العقد في ملكية أحد ركنيه - وهو الثمن - أولى من تأثير الشرط الواقع في ضمنه - الذي هو كالجُزء من العقد - في الملكية.

وإن لم يكن في نفسه قابلاً للملكية - كما هو مقتضى قوله: فإنّ هذا المعنى معنى حرفي غير قابل لأن يتعول - لم يعقل أن يؤثر الشرط في ملكيته، و لا يؤثر نفس العقد اللازم في ملكيته كما هو واضح، بل لا بد من عدم تأثير شيء من العقد و الشرط في ملكيته.

و على هذا فبين قوله: «و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم» و قوله: «فان هذا المعنى معنى حرفي» تهافت واضح، لأنّ مقتضى هذه العبارة إمتناع صيرورة الإسقاط طرفاً لإضافة الملكية، و مقتضى قوله: «و لا يقاس» إمكانها، فتدبر.

**ومنها:** قوله: «و لا ملازمة بين قابلية الدخول تحت الشرط» الى قوله: «و لكن لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً و يحل محل المبيع في الملكية» إذ فيه: أنّ الملازمة ضرورية، لأنّ نفس العقد اللازم أقوى بمراتب في التأثير في الملكية من الشرط الواقع في ضمنه كما عرفت آنفاً، فقوله: «و لكن لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً» في غاية الغرابة، إذ لا يدعيه أحد، وإنما المدعى الملكية بسبب البيع.

**ومنها:** قوله: «و لا شبهة أن الحق لا يكون قابلاً لذلك» إذ فيه: أنّ الشبهة إن كانت من جهة صدق المال على الحق فقد عرفت دفعها. و إن كانت من جهة إعتبار التملك، بتقريب: أن الحق لا يُملك، لمبايئته للملك، فقد عرفت عدم إعتبار المبادلة في إضافة الملكية خاصة في مفهوم

البيع عرفاً.

**ومنها:** قوله: «فانه مباین مع الملك سنخاً» إذ فيه: منافاته لقوله: «و من المراتب الضعيفة للملك، و قد تقدمت الإشارة الى تهافت كلماته تتبع في تفسير الحق و بيان ماهيته في المقام الأول، عند التعرض للأقوال، فراجع.

**و قد تحصل:** أن الأقرئ وفاقاً لجماعة منهم صاحب الجواهر وسيدنا الأستاذ وغيرهما من أعلام المحققين تتبع صحة جعل الحقوق القابلة للإسقاط و النقل و الإنتقال عوض المبيع، لأعمية المال عرفاً من العين و المنفعة و العمل و الحق، كما لا يعتبر في صدق المعاوضة المبادلة في خصوص الملكية، و الله العالم. هذا تمام الكلام في هذا المقام.

و لنختم الكلام في بحث الحقوق بالإشارة الى مامر من الأبحاث في ضمن أمور:  
**الأول:** أن الحق إعتبار وضمي مجعول تأسيساً أو إمضاء كالحكم التكليفي، ولكنه يفترق عنه بأن زمام الحق بيد من ثبت له، بخلاف الحكم الذي لا خيرة للمحكوم عليه في رفعه وإيقائه. و الأحسن في تعريفه إما جعله نحو إختصاص أو أولوية، فتكون السلطنة من أحكامه و آثاره، و يختص بطائفة مما عُدَّ من الحقوق. و إما جعله مشتركاً لفظياً بين أنحاء الإعتبارات. و حينئذ لا مانع من إطلاق الحق على ما لا سلطنة لذي الحق على إسقاطه.

**الثاني:** أن الحق ينقسم الى ما يقبل كلاً من الإسقاط و النقل الإختياري و الإنتقال القهري، مع العوض و بدونه كحق التحجير، و الى ما لا يقبل شيئاً غير الإسقاط كحق الغيبة، و الى ما يقبل الإسقاط و النقل بلا عوض - عند بعض - كحق القسم، و الى غير ذلك كما تقدم.

**الثالث:** أن المرجع في الشك في كل من الأقسام إطلاقاً دليل نفس الحق إن كان، و إلا فالعموم الفوق، و إلا فاستصحاب بقاء المجعول بناءً على حجيته في الشبهات الحكمية.

**الرابع:** أن المرجع في الشك في قبول الحق للنقل شرعاً - بعد إحراز قبوله له عرفاً - هو

إطلاق أدلة إمضاء المعاملات، لرجوع الشك الى التقييد بخصوصية ما، و ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية حتى يرجع فيها إلى أصالة الفساد المحكمة في العقود و الايقاعات.

**الخاص:** أن متعلق الحق كالحكم فعل المكلف، فيقال: «للمغبون حلّ العقد» كما يقال «يباح شرب الماء» و لو تعلق بعين كما في حق التحجير و الإختصاص و الرهانة كان متعلقه ثبأً فعلاً، فالمحجّر أولى من غيره في عمارة الأرض، و صاحب الخمر أولى من غيره بتخليه، و المرتهن له إستيفاء دينه من الرهن، و هكذا سائر الحقوق. و هذا مما يفترق به الحق عن الملك، حيث إنه أعم مورداً، فقد يتعلق بالعين الشخصية و الذمية، و بالفعل كالخياطة، و بمنافع الأعيان كالسكنى، أي كون الدار مسكونةً، و هكذا.

## ثم الظاهر<sup>(١)</sup> أن لفظ البيع ليس له

### تعريف البيع في كلمات الفقهاء

(١) قد تقدم تعريف البيع عن المصباح المنير بـ «مبادلة مال بمال» وكان ظاهرُ المصنف إرضاءه و عدم التصرف فيه سوى إعتبار كون المعروض عيناً، و تردّد **بَيْعٌ** في صدق «المال» - في طرف العوض - على عمل الحرّ و المحقوق. و على هذا فالبيع العرفي هو «مبادلة عين بمال» و هذا المعنى هو موضوع أدلة الإمضاء، كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾، فالبيع المضمي شرعاً هو مبادلة عين بمال، لا غير.

لكن قد يُنافي هذا تعريفُ البيع في كلمات الفقهاء بما يُغيّر تعريف المصباح، فعرّفوه تارةً بالنقل، و أخرىً بالانتقال، و نالتهُ بالايجاب و القبول، و رابعةً بالتملك الإنشائي، مع إختلافهم في القيود المأخوذة فيه. و لما كان كلُّ منهم بصدد تعريف حقيقة البيع كان إختلافهم فيه كاشفاً عن إختلاف حقيقته، و من المعلوم أن ذلك يقتضي إجمال مفهوم «البيع» و هو مانع عن التمسك بالآية الشريفة و نحوها من الأدلة الامضائية، إذ لم يُعلم أن موضوع الحلية هل هو النقل الذي يكونُ فعل البائع، أم العقد الذي يكون فعل البائع و المشتري معاً، أم الانتقال الذي هو أثر البيع، أم غير ذلك؟ و مع إجمال الموضوع لوجه للتمسك بالدليل كما هو واضح. و كيف يُوجّه إستقرار سيرتهم قديماً و حديثاً على التشبث بالآية الشريفة لإثبات مشروعية البيع و صحته و نفوذه؟

و الظاهر أن مقصود المصنف **بَيْعٌ** من قوله: «ثم الظاهر» دفع هذه الشبهة و تصحيح الرجوع الى الآية و نحوها من أدلة الإمضاء، و محصله: أن إختلاف الفقهاء في تعريف البيع ليس لأجل تعدد معانيه العرفية حتى يشكل الأمر من جهة إجمال الموضوع و ينسدّ باب التمسك بالأدلة، بل لأجل أن كل واحد من التعاريف ناظر الى جهةٍ من جهات المعنى العرفي المركوز في الأذهان، الذي هو موضوع أدلة الامضاء.

و عليه فجميع التعاريف تشير الى معنى واحد، و هو المعنى العرفي الذي فسّره المصباح



حقيقة شرعية<sup>(١)</sup> ولا متشرعية<sup>(٢)</sup> (\*)، بل هو باقٍ على معناه العرفي

بالمبادلة بين مالين، ولم يُنقل لفظ «البيع» منه الى معنى آخر شرعاً، لا بالوضع التعييني ولا التعيُّني.

و الشاهد على أن الفقهاء بصدد الإشارة الى ما هو المتفاهم عرفاً من لفظ «البيع» هو إنكارهم الحقيقة الشرعية، وإعترافهم ببقاء اللفظ على معناه العرفي، الذي كَشَفَ كُلَّ تعريفٍ له عن حيثيةٍ من حيثياته، فمن عَرَفَه بالعقد لاحظَ كونه سبباً للمبادلة الاعتبارية بين المالين، ومن عَرَفَه بالنقل لاحظَ تعنونَ الانشاء بالنقل عند إستجتماعه لشرائط التأثير. ومن عَرَفَه بالانتقال لاحظَ الأثرَ الحاصلَ في المالين، وتبدُّلَ إضافة كل منهما الى صاحبه باضافة أُخرى، وهكذا.

و عليه لا يلزم إجمالُ المفهوم حتى ينسدَّ باب الرجوع الى الأدلة الامضائية.

(١) يعني: أن الشارع - الذي جَعَلَ البيعَ موضوعاً لأحكامه - لم يتصرّف في مفهوم لفظه عرفاً، كما لم يتصرّف في سائر الألفاظ المأخوذة في الخطابات كالماء والصعيد والتراب ونحوها.

(٢) يعني: لم يُنقل «البيع» عن مفهومه العرفي - في لسان الأئمة المعصومين «علم الصلاة والسلام» والفقهاء العظام - إلى معنى آخر.

(\*) لا تبعد دعوى الحقيقة المتشرعية، اذ المنسوب الى المشهور - كما قيل، و الشائع المعروف بين الفقهاء كما في المقابس<sup>١</sup>، بل عن العلامة دعوى الاجماع عليه، و في المختلف<sup>٢</sup>: أنه المتبادر - هو كون البيع العقد المركب من الايجاب و القبول، اذ التبادر علامة الحقيقة.

الأن يقال: ان مقصود الفقهاء لمّا كان تعريف البيع المؤثر شرعاً، فلذا عَرَفُوهُ بالعقد، مع إرادتهم البيع العرفي.

أ: مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢

ب: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١

كما سنوضحه<sup>(١)</sup> إن شاء الله، إلا<sup>(٢)</sup> أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه.  
ففي المبسوط و التذكرة و غيرها<sup>(٣)</sup>: «إنتقال عين<sup>(٤)</sup> من شخص إلى غيره  
بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي». أ. و حيث إن في هذا التعريف مسامحة واضحة<sup>(٥)</sup>

(١) أي: في خلال كلامه المتعلق بتعريفات القوم، خصوصاً ما يتعلق بكلام الشهيدين،  
فانتظر.

(٢) هذا كالأستدراك على قوله: «باقٍ على معناه العرفي» حيث إن مقتضى نفي الحقيقة  
الشرعية و بقاء «البيع» على مفهومه العرفي هو عدم إختلاف الفقهاء في تعريفه، و إقتصارهم  
على ما يتفاهم منه عند العرف العام، لكنهم اختلفوا في تحديده على عناوين شتى، و ربّما أوجب  
ذلك إجمال المفهوم. إلا أن مقصودهم بيان المعنى العرفي، و الإشارة الإجمالية إليه، و ليس  
إختلافهم في حقيقة البيع و ماهيته.

(٣) كالسرائر و التحرير و القواعد و النهاية<sup>(٣)</sup> و قد نقلنا بعض كلماتهم للاستشهاد بها  
على إعتبار كون المبيع عيناً، فراجع ص ٣٤.

(٤) الموجود في الكتب المذكورة «انتقال عين مملوكة» و الأمر سهل.  
(٥) الوجه في وضوح المسامحة - كما عن مصابيح العلامة الطباطبائي رحمته - وجوه ثلاثة:  
«أحدها: أن البيع فعل، فلا يكون إنتقالاً، لأنه إنفعال. ثانياً: أن الانتقال أثر البيع و غايته  
المسببة عنه، لا نفسه. ثالثاً: أن تعريفه بالانتقال لا يوافق تصاريف البيع، إذ لا يراد من لفظ

و بيان آخر: ان العقد محصل للبيع العرفي و سبب له.  
أو يقال: ان هذا تعريف لعقد البيع لا لنفسه، فلا يكون التعريف بالايجاب و القبول  
معنى آخر للبيع، فالحقيقة المتشترّعة غير ثابتة فيه.

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ٧٦: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢  
ب: السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٢٤٠: قواعد الأحكام، ص ٤٧، نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٧  
تحرير الأحكام، ج ١، ص ١٦٤

-بعت - إنْتَقَلْتُ، وكذا سائر تصاريفه» انتهى ملخصاً.

و الوجه الأوّل ناظر إلى إمتناع تفسير المباين بالمباين، لتقابل المقولات و عدم صدق بعضها على الآخر، و عليه لا وجه لتفسير «البيع» -الذي هو فعل - بالانتقال الذي هو إفتعال، و هو هنا الانفعال (\*).

و الوجه الثاني ناظر إلى إمتناع تفسير الشيء بعلته الغائبة، كتعريف السرير بالجلوس عليه. وجه الامتناع: أن غاية الشيء مباينة للشيء، فلا وجه لتعريف البيع بالانتقال، كما أن الأثر لازم للمؤثر، و اللازم غير الملزوم، فلا يُعرّف أحدهما بالآخر.

(\*) يمكن منعه بما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من أجنبية المقام عن تعريف مقولة الفعل بمقولة الانفعال، و ذلك لأن الفعل المقولي هو ما له حالة التأثير التجديدي في الشيء، كتأثير النار في سخونة الماء، و الانفعال المقولي هو ما له حالة التأثير التجديدي كالماء المتأثر تدريجاً بحرارة النار. و ليس كل فعل خارجي - فضلاً عن النقل الاعتبائي - مصداقاً لمقولة «أن يفعل» حتى يندرج تفسير البيع -الذي هو نقل - بالانتقال في التعريف بالمباين أ. كما يمكن منع كون الانتقال أثراً للبيع بما سيأتي تفصيله فيما يتعلق بكلام المحقق صاحب المقابس رحمته من أن النسبة بين النقل و الانتقال هل هي كالايجاد و الوجود أم كالايجاب و الوجوب.

فإن أريد من الانتقال حكم الشارع به إمضاء لما أنشأه المتبايعان كان أثراً للعقد. و إن أريد به الانتقال في نظر البائع - و هو موضوع الإمضاء - فهو لا ينفك عن النقل في نظره حتى يكون أثراً له.

و الحاصل: أن التعريف بالنقل أو الانتقال ناظر إلى نفس المعنى الخدثي، لا المادة المنتسبة إلى البائع أو الى المبيع حتى يتعين تعريفه بالنقل بلحاظ حيثية صدره، لا الانتقال

عَدَلَ آخرون<sup>(١)</sup> إلى تعريفه «بالإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال»<sup>(٢)</sup>.

و الوجه الثالث ناظر إلى بطلان التعريف بالانتقال، لأنّ قاعدة «لزوم توافق المشتق والمشتق منه في المعنى الكليّ الساري في المشتقات» تقتضي وحدة مدلولي «بعثُ وإنتقلتُ» لو كان البيع هو الانتقال.  
هذا مضافاً إلى مسامحتين آخرين:

إحداهما: توصيف «العين» بالملوكة، لعدم اشتراط صحة البيع بكون المبيع مملوكاً، وإلّا لم يصح بيع الوقف والزكاة، مع أنّه لا ريب في صدق البيع العرفي عليه.

ثانيهما: أنّ الانتقال صفة العوضين، و البيع كالتملك والتبديل ونحوهما ممّا يقوم بالباع، فجعل الانتقال قائماً بالباع مسامحة، لأنّه من قبيل الوصف باعتبار المتعلق.

(١) كابن حمزة والعلامة في خصوص كتابه «المختلف» حيث قال في تعريفه بعد نقل تعريف المبسوط: «وقال ابن حمزة: البيع عقد على إنتقال عين مملوكة - أو ما في حكمها - من شخص إلى غيره بقدر معين على وجه التراضي. والأقرب قول ابن حمزة، لنا: انه المتبادر إلى الفهم عند الاطلاق، فيكون حقيقة فيه»<sup>٣</sup>.

(٢) أي: إنتقال عين مملوكة أو ما في حكمها من شخص إلى غيره بقدر معين على وجه التراضي، ولم يذكر المصنف رحمته تمام التعريف إتكالاً على وضوحه، ولأنّ مقصوده الإشارة إلى تعريف البيع بالعقد في قبال تعريفه بالانتقال.

الذي يوصف به المبيع.

إلّا أن يقال: ان تكثير القيود في تعريفاتهم - ككون العين مملوكة، و العوض معلوماً، واشتراط الرضا - شاهدٌ على إرادة الانتقال الشرعي الذي هو أثر الانشاء، لا الانتقال في نظر المنشيء حتى يتحد مع النقل، و عليه فما أفاده السيد الطباطبائي في وجه المسامحة في محله.

أ : لاحظ كتاب الوسيلة في الجوامع الفقهية ، ص ٧٤٠

ب : مختلف الشيعة ، ج ٥ ، ص ٥٦

تمَّ إنَّ تعريفَ البيعِ بالعقدِ شائعٌ بينَ الفقهاءِ كما نسبهُ صاحبُ المقابِسِ رَبِيعُ إِلَيْهِمْ، قالَ في مقامِ بيانِ إطلاقاتِ البيعِ: «رابِعُها نفسُ العقدِ المركَّبِ منَ الإيجابِ والقَبولِ، وهذا هو الشائعُ المعروفُ بينَ الفقهاءِ في سائرِ ألفاظِ العقودِ ممَّا كانَ منها مصدرًا بصيغَةِ الفِعالِ والمفاعِلَةِ، أو بِمعنَاها كالقِرَاضِ والمُضارِبَةِ والمُزارَعَةِ»<sup>١</sup>. وعلِيه فأشهرُ معانِي البيعِ - بل مشهورها - هو هذا المعنى:

وَأما وجهُ العدولِ عنِ تعريفِهِ «بالانتقالِ» إلى تعريفِهِ «بالإيجابِ والقَبولِ الدالِّينِ علِيه» فهو ما تقدّمَ من كونِ الانتقالِ إِسْمَ مصدرٍ، وصفةٌ للعوضينِ، مع أن البيعَ المقصودَ في التعريفِ معنىٌ مصدرِي لكونه فعلَ البائعِ، ولا يَنبغِي تعريفُ المعنى المصدرِي بالمعنى الاسميِّ المفائِرِ له. وهذه المسامحةُ لا تردُ على تعريفِهِ بالإيجابِ والقَبولِ، لأنَّ ما بيدَ المتعاقدينِ هو العقدُ المؤثِّرُ في الانتقالِ، لا نفسُ الانتقالِ المترتبُ عليهما (\*).

(\* ربما يستفاد من تعبير المصنف رَبِيعُ: «وحيث ان في هذا التعريف مسامحة واضحة عدل آخرون... الخ» أن كل من لم يرتض من الفقهاء تعريف البيع بالانتقال عدل إلى تعريفه بالعقد الدال على الانتقال، مع أنه يظهر للمتتبع في كلماتهم خلافه، لوجود تعاريف أخرى فيها، فعزفه جمع بالعقد الدال على النقل، كالمحقق في الشرائع<sup>٢</sup>، والشهيد في الدروس واللمعة<sup>٣</sup>، وعزفه أبو الصلاح الحلبي بأنه «عقد يقتضي إستحقاق التصرف في المبيع و الثمن وتسلیمهما»<sup>٤</sup>. و عليه فلعل الأنسب تبديل «آخرون» بـ «الجمع» بأن يقال: «عدّل جمع إلى تعريفه بالإيجاب والقَبول...» والأمر سهل.

أ : مقابِس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢

ب: شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٣

ج : الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩١؛ الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢١

د : الكافي في الفقه، ص ٣٥٢

## وحيث<sup>(١)</sup> إن البيع

(١) غرضه تَوْجُّهٌ تزييف تعريف البيع بالعقد - الدال على الانتقال - بأنّ ظاهره كون البيع من مقولة اللفظ، مع أنّه من مقولة المعنى، لأنّه مقتضى أمور مسلّمة:

**الأول:** أنّ الإنشاء - على المشهور - هو التسبب باللفظ أو بالفعل إلى حصول أمر اعتباري موجود في صقع النفس، كما إذا إعتبر الشارع لابدئية الصلاة على المكلف و أنشأها بقوله: «أقم الصلاة» فيوجد به الصلاة في عهده.

و المعاملات من العقود و الايقاعات كلّها أمور اعتبارية، فهي أمور قصدية يتوقف وجودها في وعاء الاعتبار على إيجادها بآلة كالصيغ المخصوصة بها.

**الثاني:** أنّ اللفظ موجود خارجي متصرم الوجود كالزمان، و هو من مقولة الكيف المسموع، و وجود كلّ لفظٍ منوطٌ بسبب تكويني كتحرّك اللسان نحو مقاطع الحروف، و لا يصير لفظ من مبادئ، و وجود لفظ آخر كما لا يخفى.

**الثالث:** أنّ حقيقة البيع - بناءً على توقف إيجادها على اللفظ - لا تخلو من أحد وجوه أربعة، أشار المصنف الى ثلاثة منها:

أحدها: أن يكون البيع أمراً معنوياً اعتبارياً يقصده المتبايعان، و لا دخل لللفظ في ماهيته أصلاً، سوى أنه يوجد به في مقام الإنشاء، و قد أشار الماتن إلى هذا الاحتمال بقوله: «من مقولة المعنى».

ثانيها: أن يكون من مقولة اللفظ، يعني: أن الايجاب و القبول اللفظيين هما تمام ماهية البيع، و وجوده في موطن الاعتبار اجنبي عن حقيقته التي هي نفس العقد اللفظي، و قد أشار إلى هذا بقوله: «دون اللفظ مجرداً».

ثالثها: أن يكون هو العقد اللفظي، لكن بشرط قصد ذلك الأمر الاعتباري، و يفترق عن سابقه بأنّ قصد المبادلة الاعتبارية غير مؤثرة في تحقق البيع على الاحتمال الثاني، و مؤثّرٌ على الاحتمال الثالث، لأنّ مقتضى الاشتراط إنتفاء المشروط بعدم شرطه.

رابعها: عكس الثالث، بأن يكون البيع هو الأمر المعنوي الاعتباري، لكن لا مطلقاً

من مقولة المعنى<sup>(١)</sup> - دون اللفظ مجرداً، أو بشرط قصد المعنى، وإلا<sup>(٢)</sup> لم يعقل إنشاؤه

- كما كان في الاحتمال الأول - بل بشرط أن يتأذى باللفظ، فإن أنشئ التملك والتبديل باللفظ كان بيعاً، وإلا فلا بيع. وهذا الاحتمال لم يتعرض له المصنف.

ومما ذكرناه يظهر وجه بطلان تعريف البيع بالإيجاب والقبول الدالين على الانتقال، ضرورة كونه كسائر المعاملات - من الاجارة والهبة والوصية والوقف - من الامور الاعتبارية المنشأة تارة باللفظ وأخرى بالتعاطي، و نالته بالاشارة، و رابعة بالمنابذة، وخامسة بالكتابة، ونحوها. ولا دخل لللفظ في حقيقتها شرطاً و شرطاً، إذ لو كان اللفظ مؤثراً فيها لزم استحالة إنشائها، لما عرفت من استحالة إنشاء لفظ بلفظ آخر، وإنما القابل للإنشاء هو الأمر المعنوي الذي موطنه وعاء الاعتبار، ولا يصلح للوجود الخارجي أصلاً. و على هذا فإن كان البيع نفس الانتقال - كما عرفه به الشيخ والعلامة - أمكن إنشاؤه باللفظ كانشائه بالفعل بناءً على ملكية المعاطة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و إن كان البيع نفس الإيجاب والقبول إستحال إنشاؤه، لأن اللفظ موجود مقولي خارجي، ويمتنع إنشاؤه بلفظ آخر أي بإيجاب و قبول. ولا مناص من هذا المحذور إلا إنكار تعريف البيع بالمقد. هذا.

(١) هذا هو الوجه الأول - والمتعين - مما يحتمل في حقيقة البيع، والمراد بمقولة المعنى هو الأمر الإعتباري الموجود في موطن الاعتبار، الذي هو وعاء وجود الأحكام العقلانية والشرعية، من التكليفية والوضعية. ولو فرض دخل اللفظ فيها فإنما هو في مقام الإنشاء والإيجاد، وإلا فنفس البيع بما أنه «مبادلة إعتبارية بين المالين» أجنبي عن اللفظ والفعل وغيرهما من آلات الإنشاء وأسبابه.

(٢) أي: وإن لم يكن البيع من مقولة المعنى - بل كان من مقولة اللفظ مجرداً عن المعنى أو مشروطاً بقصد معناه - لزم إستحالة إنشاء البيع، لما عرفت من أن الإنشاء لا يتعلق إلا بالأمور الاعتبارية التي لا وجود لها إلا في صقع الاعتبار كالأحكام الشرعية. ولا يتعلق الإنشاء باللفظ، لأنه موجود حقيقي مغاير للموجود الاعتباري سنخاً، ويتوقف وجود اللفظ خارجاً

على مبادٍ خاصة، ولا يصلح لفظاً لأن يصير من مبادي وجود لفظ آخر.  
ولا فرق في استحالة إنشاء البيع - لو كان هو العقد - بين كون اللفظ تمام حقيقته أو بعضها. مضافاً إلى إستلزامه نفي بيعية المعاطاة، لخلوها عن الإيجاب والقبول اللفظيين، مع أنها بيع عندهم ولو كانت فاسدة عند بعضهم.

(\*) مضافاً إلى ما فيه من: أن هذا التعريف ليس حدّاً للبيع الذي هو فعل البائع فقط كما هو واضح.

و إلى: عدم شموله للبيع المعاطاتي، لظهور الدلالة في الإيجاب والقبول اللفظيين، فتأمل.

و إلى: عدم اعتبار الانتقال في مفهوم البيع، لصدقه على بيع الوقف و سهم سبيل الله من الزكاة إذا كان العوضان منهما، فإنه لا إنتقال فيهما أصلاً، مع صدق مفهوم البيع عرفاً على بيعهما، لوجود مفهوم المعاوضة فيه، هذا.

و إلى: صدقه على جميع العقود المعاوضية، بل والمجانبة كالهبة، لأن جميعها تشتمل على الإيجاب والقبول الدالين على الانتقال.

و على كل حال: المراد بالمعنى هنا ما ذكرناه من كون البيع أمراً اعتبارياً، لأنه تبديل اعتباري بين مالين. لا ما في حاشية السيد عليه السلام من أن بعض معاصريه قال: «المراد بالمعنى هو النقل القلبي، وهو راجع إلى الكلام النفسي المزيف في محله، فلا بد أن يكون البيع من مقولة اللفظ. كما أن هذا القائل التزم لدفع محذور الالتزام بالكلام النفسي بأن الطلب أيضاً عبارة عن نفس القول، إذ لو كان غير اللفظ يلزم الالتزام بالكلام النفسي»<sup>أ</sup>. هذا.

فإنه لا وجه للالتزام المزبور، لوضوح أن النقل القلبي - وهو الالتزام النفساني به من دون إيجاده بما يكون آلة للإنشاء - ليس بيعاً عرفياً قطعاً، لعدم كون مجرد النقل القلبي كافياً في



عَدَلٌ<sup>(١)</sup> (\*) جامع المقاصد إلى تعريفه «بنقل العين بالصيغة المخصوصة».

(١) جوابُ «و حيث إن البيع» و توجيهُ عدول المحقق الكركي تَبَيُّرًا عن تعريف البيع «بالإيجاب و القبول» الى تعريف آخر، قال في جامع المقاصد - بعد أن حكى عن المختلف تعريفه تبعاً لابن حمزة بالعقد، و توجيه فخر المحققين و الشهيد له - ما لفظه: «و فيه نظر، فإنَّ المفهوم من - بعثٌ - ليس هو عقد البيع قطعاً، و إنّما المفهوم منه هو المفهوم من - ملَكْتُ - فإنَّ كليهما إيجاب للبيع. و لو كان المفهوم من - بعثٌ - هو عقد البيع لما صَحَّ الإيجاب بملَكْتُ. و لأنَّ البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه... الى أن قال: و الأقرب: أن البيع هو نقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة لا إنتقاله، فإنَّ ذلك أثره إن كان صحيحاً. و أيضاً فإنَّ البيع فعل، فكيف يكون إنتقالاً؟».

و لما كان البيعُ نفسَ النقل الإعتباري الذي هو من مقولة المعنى كان سليماً عن المحذور إستحالة إنشاء اللفظ باللفظ.

البيع الناقل عندهم للأموال.

**و بالجملة:** فجعل البيع من المعنى و إرادة الكلام النفسي منه في غير محله. و مراد المصنف من المعنى هو ما ذكرناه من الامر الاعتباري في قبالة الوجود الخارجي الحقيقي كالأفعال الخارجية من التكلم و الضرب و الأكل و الشرب و نحوها.

(\*) ظاهر هذا الكلام - لو لم يكن صريحه - أن وجه عدول المحقق الثاني تَبَيُّرًا عن تعريف البيع «بالإيجاب و القبول الدالين على الانتقال» هو كون البيع من مقولة المعنى لا من مقولة اللفظ. مع أن وجه عدوله عنه ليس ما أفاده المصنف تَبَيُّرًا من كون البيع من مقولة المعنى، بل لما ذكره من وجهين:

أحدهما: أن المفهوم من لفظ «بعث» ليس هو العقد قطعاً، لعدم سريان هذا المعنى في جميع تصاريفه، فإنَّ لفظ البائع ليس معناه العاقد للإيجاب و القبول، و كذا سائر مشتقاته، بل معناه إيجاب البيع فقط كإيجاب التملك.

و يرد عليه<sup>(١)</sup> - مع أنَّ

(١) أي: على تعريف جامع المقاصد للبيع، وقد أورد المصنف عليه بوجوه ثلاثة:  
الأول: أنه يعتبر في باب الحدود و التعريفات - ترادف الحد للمحدود كترادف  
«الحيوان الناطق» للإنسان، ولذا يصح إطلاق أحدهما مكان الآخر. ولم تُراعَ هذه الضابطة  
في تعريف المحقق الثاني للبيع بالنقل، وذلك لعدم ترادفها، إذ لا يصح إستعمال النقل موضع  
البيع، فلا يقال: «نقلتُ الدار» مثلاً بدل «بعْتُ الدار» و من المعلوم أن عدم صحة هذا  
الاستعمال يكشف عن عدم الترادف.

و يدل عليه تصريحُ العلامة في التذكرة بعدم وقوع البيع بلفظ «نقلتُ» لكونه من  
الألفاظ الكنائية، مع أنَّ المعتر في صيغ العقود الصريحة أو الظهور الوضعي، ولا تقع بالألفاظ  
الكنائية.

و عليه فلا وجه لتفسير البيع بالنقل أصلاً، بل لا بد من تعريفه بمثل التملك مما يرادف  
البيع كما سيأتي تعريفه في المتن بـ «إنشاء تملك عين بعوض».

الثاني: أنَّ تقييد البيع بكونه «نقلًا بالصيغة» يوجب خروجَ البيع المعاطاتي عن  
التعريف، لوقوع النقل بالفعل لا بالقول، مع أنَّ «المعاطاة بيع» جزماً، خصوصاً عند المحقق  
الثاني الذي حمل مذهبَ المشهور - من إفادتها الإباحة - على الملك المجاز، على ما سيأتي  
تفصيله في المعاطاة إن شاء الله تعالى، و معه يحتلُّ أخذُ «الصيغة» في التعريف، بل ينبغي جعل  
البيع مطلق نقل العين سواء أكان باللفظ أم بالمعاطي.

ثانيهما: أنَّ البيع ليس نفس العقد، بل ما يترتب عليه، و بعبارة أخرى: العقد سبب للبيع  
لا نفسه، و لا يصحَّ تعريف المسبب بالسبب، لعدم الاتحاد بينهما كما لا يخفى.

مضافاً إلى: ما عرفت من التأمل في ظهور تعريف المشهور - بالإيجاب و القبول الدالين  
على الانتقال - في إرادة الإيجاب و القبول اللفظيين، لوضوح أنَّ الدلالة لا تختص باللفظ، فإنَّ  
الأفعال تدلُّ أيضاً على الإيجاب و القبول.

النقل<sup>(١)</sup> ليس مرادفاً للبيع (\*).

ثم إن هذا الإشكال نبه عليه في الجواهر أيضاً بقوله: «مضافاً إلى منافاته ما عنده من كون المعاطاة بيعاً، مدعياً الاتفاق عليه».

الثالث: أن المهدور المتقدم في تعريف البيع «بالإيجاب والقبول الدالين على الانتقال» - من استحالة الإنشاء حينئذٍ لعدم قابلية العقد للإنشاء - يرد على تعريف المحقق الثاني تتويجاً أيضاً، لوضوح أن القابل للإنشاء بصيغة مخصوصة مثل «بعثت وملكته» هو نفس النقل الاعتباري، لا النقل المقتد بكونه بصيغة مخصوصة، لكون الصيغة لفظاً، وهو مما لا يقبل الإنشاء، وإنما القابل له هو الأمور الاعتبارية التي توجد في صقع الاعتبار بواسطة ألفاظ خاصة، وقد مرّ توضيحه، ولو إقتصار المحقق الكركي تتويجاً على قوله: «نقل الملك من مالك إلى آخر» ولم يُعقبه «بالصيغة مخصوصة» كان سليماً عن هذا المهدور.

(١) هذا أول وجوه المناقشة في تعريف جامع المقاصد، وحاصله: عدم ترادف البيع والنقل، مع لزوم رعاية الترادف في التعريف، بل النقل من لوازم المبادلة الاعتبارية، كما أن كثرة الرماد وهزال الفصيل من لوازم جود زيد مثلاً.

(\*) يمكن دفعه بأن المعتبر في الحدّ هو كون مجموعه - من الجنس والفصل أو غيرهما من القيود - مرادفاً للمحدود كالحيوان الناطق في تعريف الانسان، دون كل ما يذكر في تعريفه من الألفاظ، فإن الحيوان ليس مرادفاً للانسان مع صحة التعريف به. وعليه فالنقل الذي هو بمنزلة الجنس للبيع - على ما قيل - لا مانع من تعريف البيع به مع عدم كونه مرادفاً له. وكيف كان فصحة إيقاع الصيغة بلفظ معرّف للبيع منوطه بالصراحة وعدم الكناية، فإن قلنا بأن المدار في الصراحة صراحة نفس اللفظ دون ما ينضم إليه، فإيقاع الصيغة بلفظ «نقلت» غير صحيح، وإلا فلا مانع منه كما لا يخفى.

ويمكن دفع الاشكال الثاني - وهو كون المعاطاة عند المحقق الثاني بيعاً مع خلطها عن الصيغة - بأنه في مقام تحديد البيع الذي يقتضي اللزوم بطبعه، وليست المعاطاة كذلك، فتأمل.

ولذا<sup>(١)</sup> صرح في التذكرة بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت» وجعله<sup>(٢)</sup> من الكنايات. وأن<sup>(٣)</sup> المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة - : أن<sup>(٤)</sup> النقل بالصيغة أيضاً<sup>(٥)</sup> لا يعقل إنشاؤه بالصيغة (\*).

(١) أي: و لأجل عدم الترادف، و مقصوده تثبيت الإشكال على المحقق الثاني بالاستشهاد بكلام العلامة. ولكن لم أظفر بما نسبه إليه بعد الفحص، وإنما قال في التذكرة: «و يشترط في الصيغة أمور... الرابع: التصريح، فلا يقع بالكناية مع النية، مثل: أدخلته في ملكك، أو: جعلته لك، أو: خذ مني، أو: سلطتك عليه بكذا. عملاً بأصالة بقاء الملك، و لأنّ المحاطب لا يدري بمَ خوطب به...». أ. و لا بد من مزيد التبئح.

(٢) يعني: جعل العلامة في التذكرة - النقل - كناية عن البيع الذي هو تمليك العين

بعوض.

(٣) مطوف على «أن النقل» و اشارة الى المناقشة الثانية في تعريف جامع المقاصد،

ومحصلها: النقص بالمعاطاة التي هي بيع مجرد عن الصيغة.

(٤) مرفوع محلاً على أنه فاعل لقوله: «و يرد عليه» و كأنّ هذا الاشكال هو الأصل في

الاراد على تعريف جامع المقاصد، و هو - كما عرفت - محذور مشترك بين تعريف ابن حمزة بالعقد و تعريف المحقق الكركي، و محصله: أنّ دخل اللفظ في حقيقة البيع يوجب إستحالة إنشائه، لفرض كون بعض المنشأ لفظاً، و الانشاء لفظاً آخر، و كل لفظ بما أنه عَرَضٌ متأصل - و من مقولة الكيف المسموع - يستحيل أن يتسبّب وجوده من لفظ آخر.

(٥) يعني: كما لا يعقل إنشاء «الايجاب و القبول الدالّين على الإنتقال» بصيغة مثل

«بعث».

(\*) و يمكن أن يقال: إنّ هذا الاشكال إنّما يرد على تعريف جامع المقاصد إذا كان قوله:

«بالصيغة المخصوصة قيداً. و أمّا إذا لوحظ مشيراً إلى نفس النقل فلا يرد ذلك أصلاً، إذ لا يعتبر

ولا يندفع هذا<sup>(١)</sup> بأن المراد

(١) أي: ولا يندفع الاشكال الثالث - وهو امتناع إنشاء اللفظ بلفظ آخر - ومحصل وجه إندفاع الاشكال: أن مقصود المحقق الكركي رحمته من تعريف البيع بأنه «نقل الملك بالصيغة المخصوصة» بيان كون البيع نقلاً إعتبارياً لا خارجياً، توضيحه: أن نقل الملك قد يكون خارجياً، كما إذا بدّل الكتاب بدينار يجعل كل منهما في مكان الآخر، وقد يكون إعتبارياً، وهو المبادلة بينها في إضافة الملكية، بأن يصير المبيع ملكاً للمشتري بدلاً عن ديناره، والتمن ملكاً للبائع كذلك. وحيث إن البيع مبادلة إعتبارية بين المالكين أراد المحقق الثاني تعريفه بالنقل الاعتباري، ولا دخل لللفظ في حقيقته حتى يتّجه عليه المخذور، وإنما أتى بقوله: «بالصيغة المخصوصة» لمجرد الإشارة إلى أن البيع نقل إعتباري يُنشأ بالصيغة تارةً وبالمعاطاة أخرى. وليس قوله: «بالصيغة» قيداً لحقيقة البيع ودخلاً في ماهيته حتى يستحيل إنشاؤه. وبعبارة أخرى: البيع نفس النقل الاعتباري، لا المقيّد بكونه مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة للإشارة إلى ذلك الفرد من النقل الذي هو بيع، ومن المعلوم خروج العناوين المشيرة عن المشار إليها، إذ العنوان المشير ليس إلّا حاكياً عن ذات المشار إليه ومراةً لها.

مساواة العنوان المشير مع العنوان المشار إليه، هذا.

لكن الانصاف أنه خلاف الظاهر جداً، فلا يرتكب في الحدود.

إلا أن يُدعى: إن إلتزام المحقق الثاني بكون المعاطاة بيعاً قرينة على إرادة المشيرية من الصيغة.

لكن يرد عليه حينئذٍ الاشكال الأول، وهو: أنه إذا كان البيع نفس النقل من دون دخل الصيغة فيه لزم عدم الترادف، مع أنه لا بد من الترادف.

إلا أن يقال: إن النقل بمنزلة الجنس للبيع، والترادف بين الحد والمحدود معتبر بين الحدّ بتعامه من الجنس والفصل أو ما هو بمنزلةهما وبين المحدود، فأشكال الترادف غير وارد.

من البيع<sup>(١)</sup> نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة<sup>(٢)</sup>، فجعله<sup>(٣)</sup> مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل<sup>(٤)</sup>، لا أنه<sup>(٥)</sup> مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول «بعث» نقلت بالصيغة<sup>(٦)</sup>. لأنه<sup>(٧)</sup> إن أريد بالصيغة خصوص «بعث» لزوم الدور،

(١) أي: البيع الذي أريد تعريفه بقوله: «نقل الملك بصيغة مخصوصة» هو نفس النقل والتبادل الاعتباريين.

(٢) أي: مدلول صيغة «بعث أو ملكت».

(٣) أي: فجعل البيع مدلول صيغة «بعث» إشارة الى النقل الاعتباري، لا قيداً في التعريف.

(٤) أي: النقل الاعتباري في قبال النقل الخارجي، و من المعلوم أن النقل في وعاء الاعتبار يُنشأ باللفظ وشبهه، ولكن ليس اللفظ جزءاً من مفهومه ولا دخيلاً في حقيقته، وعليه فتعريف المحقق الكركي رحمته سليم عن الاشكال الثالث.

(٥) أي: لا أن كون البيع مدلولاً للصيغة مأخوذاً في ماهية البيع حتى يستحيل إنشاؤه باللفظ من جهة إمتناع إنشاء لفظ بلفظ آخر.

(٦) بل مدلول «بعث»: هو «نقلت» فالصيغة غير مأخوذة في حقيقة البيع، بل هي آلة لانشائه.

(٧) تحليل لقوله: «و لا يندفع هذا» و مقصوده تثبيت الإشكال الثالث و عدم إمكان التفصي عنه بما أفيد من جعل الصيغة المخصوصة عنواناً مشيراً لا قيداً في مفهوم البيع.

توضيح عدم إندفاع الاشكال بذلك هو: أنه يلزم من إرادة ما ذكر أحد مھذورين على سبيل منع الحلو، إذ لو كان مراد المحقق الثاني رحمته من «الصيغة المخصوصة» خصوص صيغة «بعث» لزم الدور، لوقوع المعرف في المعرف، مع توقف معرفة المھدود - أعني به البيع - على المھد. و المفروض أخذ «بعث» في المھد، و كلاً ما توقف معرفة المھد - كلاً أو بعضاً - على المھدود لزم الدور، فكأنه قيل «البيع هو نقل الملك بالبيع».

وهذا الشق من الاشكال قد نبه عليه صاحب الجواهر رحمته بقوله - في الإيراد على تعريف

ابن حمزة والعلامة، وهذا التعريف - «و الأول منها... مشتمل على الدور، لذكر المبيع فيه، بل لعل الثاني كذلك أيضاً، ضرورة إرادة صيغة البيع من الصيغة فيه، وإلا إنتقض بغيره». ثم دفعه بما سيأتي نقله في التعليقة إن شاء الله تعالى.

و إن كان مرادُ المحقق الثاني رحمته من «الصيغة المخصوصة» - في مقام إنشاء النقل الاعتباري - صيغة «نقلتُ و ملكتُ» فكأنه قيل: «البيع نقل الملك بصيغة نقلتُ أو ملكتُ» قلنا: إن إشكال الدور وإن لم يتجه حينئذٍ، لكن فيه محذور آخر، وهو لزوم الاقتصار في مقام الانشاء على لفظ النقل والتملك والتبديل مثلاً، وعدم صحة إنشائه بلفظ «بعث» أصلاً. مع كون صيغة «بعث» أصرح صيغ البيع، لأنَّ جواز الانشاء بلفظي النقل والتملك مورد بحثٍ بينهم كما ستقف عليه في أفاظ العقود إن شاء الله تعالى، ومع كيف يقتصر على هذين اللفظين و يُترك الانشاء بمادة البيع مع صراحتها في إرادة تملك العين بعوضٍ؟

فالتيجة: أنه بعد بطلان كلاشقي التردد يبقى الاشكال الثالث - أعني به: إستحالة إنشاء اللفظ باللفظ - على حاله، ولا يصلح جعلُ الصيغة عنواناً مشيراً للتخلص عنه، هذا.

(١) هذا قريب الدور، لأنَّ المقصود معرفة «البيع» الذي هو مادة صيغة «بعث» فكيف

يؤخذ المرُوف في المرُوف؟

(٢) التي يكون معناها سارياً في جميع التصاريف والمشتقات التي منها صيغة «بعث».

(\*) قيل في دفع الدور كما في حاشية السيد رحمته: «بأن المراد من -بعث- لفظه، فهو في

قوة قولنا: ان البيع هو النقل بلفظ بعث، ولا يلزم العلم بمعنى -بعث- حتى يلزم الدور. وعلى فرضه يكفي العلم اجمالاً<sup>ب</sup> و قريب منه ما في حاشية العلامة المامقاني رحمته ج.

أ : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٥

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٩

ج : غاية الآمال، ص ١٧٤

و لعلّه مقتبس مما أفاده صاحب الجواهر رحمته بقوله: «اللهم إلا أن يدفع الدور بأن الموقوف معرفة البيع بالرسم أو الوجه الأتم، و الموقوف عليه معرفته بالوجه الظاهر المعلوم لكل أحد»<sup>أ</sup>.

و حاصل وجه دفع الدور: أن المحدود هو معنى البيع، و المأخوذ في الحد - أعني به: بعث - هو نفس اللفظ، فالموقوف هو المعنى، و الموقوف عليه هو اللفظ، و هما متغايران، ألا ترى أنه لو قيل: «البيع نقل العين بلفظ: بعث» لم يلزم الدور، لأن الدال على النقل هو اللفظ، لا المعنى.

أقول: لا مجال لشيء من إشكال الدور، و لزوم الاقتصار على النقل و التملك حتى تصل التوبة الى دفعهما، و ذلك لأن «الصيغة المخصوصة» بناءً على صحة وجه الاندفاع - أعني به مشيرية قوله: بالصيغة المخصوصة - خارجة عن الحد رأساً، لأن معنى المشيرية هو خروج العنوان المشير عن الحد، و عدم دخله فيه أصلاً. و مع فرض خروجه عن حيز الحد لا معنى لإيراد أحد الأشكالين من الدور أو لزوم الاقتصار على النقل و التملك على التعريف المزبور، بداهة أن القيود المأخوذة في الحدود دخيلة في نفس المفهوم، بخلاف العناوين المشيرية، فإنها خارجة عن الحد، و حاكية عن المفهوم المبيّن حدوده.

و بعبارة أخرى: دخل الحدود في المحدودات ثبوتية، و دخل العناوين المشيرية في المحدودات إثباتية، لأنها واسطة في العلم و الإثبات.

و على هذا فلاموضوع لأشكال المصنف رحمته - على جعل «الصيغة المخصوصة» مرآة - بما ذكره من الدور، أو لزوم الاقتصار في التعريف على مجرد التملك و النقل وإسقاط الصيغة المخصوصة و ذلك لأن موضوع الأشكال هو ما يؤخذ في الحد، و المفروض خلافه، إذ لا دخل للعنوان المشير في الحد أصلاً.

نعم يرد على المشيرية: أنها خلاف الأصل في القيود، سيما الواقعة في الحدود، إذ المقصود بها بيان حدود المفهوم، و الحمل على المشيرية إلغاءً للقيود حقيقةً، كالحمل على



وإن أريد بها<sup>(١)</sup> ما يشمل<sup>(٢)</sup> «مَلَكْتُ» وَجَبَ<sup>(٣)</sup> الاقتصار على مجرد التملك والنقل.

(١) أي: بالصيغة المخصوصة. وهذا هو الشق الثاني مما أجاب به المصنف رحمته عن إندفاع الاشكال الثالث. وقد عرفت توضيحه آنفاً بقولنا: «وإن كان مراد المحقق الثاني رحمته من الصيغة المخصوصة في مقام... الخ».

(٢) لا تخلو العبارة عن قصور في التأدية، لأن المقصود بهذا الشق هو إرادة ما عدا صيغة «بعث» من قول المحقق الثاني: «بصيغة مخصوصة» فالبيع هو قتل الملك بصيغة «نقلت» أو «مَلَكْتُ» حتى يندفع محذور الدور، إذ لو أريد من الصيغة ما هو أعم من «بعث» و«مَلَكْتُ» لم يندفع المحذور، فحق العبارة بقرينة قوله: «وجب الاقتصار» أن تكون هكذا: «وإن أريد بها ما عدا لفظ بعث ووجب الاقتصار...».

(٣) وجه وجوب الاقتصار هو عدم قابلية لفظ «بعث» لإنشاء البيع به.

التوضيحية التي هي كالغاء القيد وجمله كالعدم.

و على هذا فقول المحقق الثاني: «بالصيغة المخصوصة» ظاهر في القيدية للمفهوم، فيرد عليه ما أورد به على تعريف المشهور: من عدم تعقل إنشاء اللفظ في وعاء الاعتبار، لكونه من الموجودات الحقيقية غير القابلة للوجود الاعتباري كما لا يخفى.

ثم إنه إن أغمضنا عن مقتضى المشيرية - من عدم دخل العنوان المشير في مفهوم المحدود - لا يلزم الدور أيضاً، لأن النقل بالصيغة - أعني بها: بعث - يوجب معرفة معنى «بعث» وهو النقل، لأن لفظ «بعث» إن لم يكن معناه: «نقلت» فلا وجه لجعله آلة للنقل، فمعنى البيع المصدري إذا كان هو النقل فلا محالة يكون معنى «بعث» و سائر مشتقاته أيضاً هو النقل.

و كيف كان فيرد على تعريف المحقق الثاني أولاً: أنه لا يدل على اعتبار العوض في البيع.

و ثانياً: عدم صدقه على بيع الزكاة و الوقف إذا كان كل واحد من العوضين منهما، إذ لا نقل فيه، مع صدق البيع المرفي عليه.

## فالأولى<sup>(١)</sup> تعريفه<sup>(٢)</sup> بأنه

### المختار في تعريف البيع

(١) هذه الأولوية تميّنة كأولوية في إستحقاق أولى الأرحام للإرث، وليس المراد مجرد تفضيل هذا التعريف على ما سبق من التعاريف، فإنها لما لم تكن خالية عن الخلل ولا وافية بتعريف البيع لم تكن مشاركةً للتعريف الآتي حتى يكون هذا التعريف راجحاً عليها، بل المتعين تعريف البيع بإنشاء التملك، ولا وجه لتعريفه بما تقدّم من الانتقال والعقد ونحوهما. (٢) أي: تعريف البيع، وهذا مأخوذ - مع بعض التصرف - من العلامة الطباطبائي رحمته حيث قال في محكي المصاييح: «ان الأخصر والأسد تعريفه بأنه إنشاء تملك العين بعوض على وجه التراضي»<sup>أ</sup>.

و يتلخص وجه الأولوية في سلامة هذا التعريف من وجوه الخلل والاشكالات الواردة على التعاريف الثلاثة المتقدمة.

وبيانه: أنه لا يرد على تعريف المصنف رحمته ما أورد به على تعريف المبسوط والتذكرة «بانقالت عين من شخص الى غيره...» تارة بأن البيع من مقولة الفعل، و الانتقال من مقولة الانفعال. وأخرى بأن الانتقال من الغايات المترتبة على البيع لانفسه. وثالثة بانخزام قاعدة لزوم موافقه التصاريف لمبدأ الاشتقاق في المعنى، بداهة عدم كون معنى «بعث، أبيع: إنتقلت، أنتقل» وهكذا سائر التصاريف.

وكذا لا يلزم على تعريف المتن ما أورد به على تعريفه «بالعقد الدال على الانتقال» من عدم تعقل إنشاء اللفظ باللفظ.

وكذا ما أورد به على تعريف جامع المقاصد «بنقل الملك بالصيغة المفصولة» من عدم مرادفة البيع للنقل، ومن خروج المعاطاة عن التعريف مع كونها بيعاً عنده، ومن عدم تعقل إنشاء النقل - المقيد بالصيغة - باللفظ.

هذا مضافاً إلى: إسقاط قيد «على وجه التراضي» المذكور في تعريف شيخ الطائفة

أ : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٥ و ٢٠٦، واختاره في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٤٨ من دون نسبته الى السيد بحر العلوم.

«إنشاء<sup>(١)</sup> تمليك عين بمال» (\*).

والسيد بحر العلوم وغيرهما تَقَرُّرٌ، لأنَّ أخذه في التعريف يوجب خروج بيع المكره عن الحدِّ، مع أنه بيعٌ عندهم إذا لحقه الرضا، بل بدونه أيضاً في بعض الموارد كبيع الحاكم في موارد جواز إكراهه البائع عليه، فإنَّ البيع صحيح مع عدم التراضي.

وإلى: العدول عن «العوض» إلى «مال» من جهة أعمية العوض من المال، لشموله لجملة من المحقوق كحقِّ السلام وحقِّ ولاية الأب و الحمد على الصغير، وحق الحضانة، ونحوها مما لا يصدق عليه المال مع صدق العوض عليها، على ما قيل. وقد تقدم تحقيق الحال في بحث المحقوق، وأنَّ ما يقبل منها الإسقاط فقط - أو مع النقل - مالٌ عرفاً، فلا مانع من جعله عوضاً في البيع.

(١) وجه زيادة لفظ «الإنشاء» في التعريف هو: كون البيع تمليكاً إنشائياً لا تمليكاً خارجياً أي محضاً شرعاً، أو عقلاً، لأنَّ ما بيد البائع هو التمليك الإنشائي، والملكية الشرعية أو العقلية خارجة عن حيز قدرته، فلا معنى لإيجادها بالإنشاء، فإن كان ما أنشأه واجداً لشرائط البيع الصحيح العرفي والشرعي ترتبت الملكية على إنشائه، وإلا فلا.

(\* لا بأس بالبحث إجمالاً عن حقيقة الإنشاء، فنقول: نُسب إلى المشهور الإيجاد والتسيب، بمعنى ترتب عناوين العقود والایقاعات على الصيغ الإنشائية ترتب المسببات على أسبابها.

لكن أنكر ذلك جمعٌ من الأعيان وذهب كل منهم إلى أن حقيقة الإنشاء أمر آخر، فاختار شيخ مشايخنا المحقق الثاني تَقَرُّرٌ أن ترتب العناوين المعاملية على الصيغ كترتب ذوات الآلة على آلاتها.

وذهب شيخنا المحقق العراقي تَقَرُّرٌ إلى اشتراك الإخبار والإنشاء في الحكاية عن نسبة إيقاعية، وإنما يفرقان في المحكي، ووافق السيد المحقق الخوئي تَقَرُّرٌ إلا أنه قال بأنَّ الإنشاء إعتبار نفسي وإبرازه بمبرز، فالبيع مثلاً مجموع الأمرين، لا محض الاعتبار، ولا الإبراز المجرد عن الاعتبار.

وَأَبْدَى المحقق الاصفهاني تَقَرُّرٌ نظراً آخر، فقال إنَّ الإنشاء إيجاد نفس الأمر الاعتباري

بوجود لفظي في قبال وجوده في افق الاعتبار. هذا.

و يمكن أن يستدلّ للمشهور - وهو الابدادية بمعنى التسبيب - بتمهيد أمور:

**أحدها:** أن الإنشاء لغةً هو الخلق، ففي الصحاح: «أنشأه الله: خَلَقَهُ». و في المجمع: «أنشأكم، أي: ابتدأكم و خَلَقَكُمْ ...»، و النشأة الأخرى: الخلق الثاني، أ و لم يثبت نقله الى معنى آخر، فالإنشاء هو الإيجاد و الخلق، و ليس الإبراز مرادفاً له و لا مما يؤدي معناه، حيث إن الإبراز هو الإظهار. قال في المجمع: «و ترى الأرض بارزة أي: ظاهرة»<sup>٣</sup> و من المعلوم أن الإبراز مترتب على الوجود، لأنه إظهار، و هو منوط بوجود شيء قبل الإظهار، فلا يكون الإبراز إنشأة أي إبداعاً.

**ثانيها:** أن كل معنى يتصف بالوجود اللفظي حين الاستعمال، سواء أكان ذلك المعنى موجوداً عينياً أم ذهنياً، و سواء أكان جوهرأ أم عَرَضاً. ولكن هذا الوجود اللفظي ليس محل البحث في إيجاد المعنى باللفظ في الإنشاء، إذ المقصود به وجوده في وعاء الاعتبار، هذا.

**ثالثها:** أن ترتب الوجود الخارجي وكذا الصفات النفسانية على الألفاظ ترتب المعلول على العلة بمكان من الامكان، بل واقع، كتأثير الكلام العنيف في إصفرار وجه الوجّل. و كتأثير ذكر النار و دركاتها و شدة عذابها في حصول الخوف الذي هو من صفات النفس. و من المعلوم أنه لا فرق بين الوجود الخارجي و الوجود الاعتباري في إمكان عليّة اللفظ لهما، بل الثاني أهون من الأول، لأنه إعتبار محض، بخلاف الوجود الخارجي.

فدعوى إمكان إيجاد المعنى في الجملة في وعاء الاعتبار باللفظ - سواء أكان المعنى خارجياً أم إعتبارياً و سواء أكان معنى حقيقياً لللفظ أم غيره كالأمثله المتقدمة من إصفرار وجه الوجّل بالكلام العنيف و نحوه - غير مجازفة.

**رابعها:** أن المسلّم عدم إتصاف الإنشاء بالصدق و الكذب، و إنّما المتصّف بهما هو الإخبار، و حينئذ فإن قلنا: إن الإنشاء هو الإبراز بمعنى إظهار ما في النفس فلا بد من إتصافه

أ : مجمع البحرين، ج ١، ص ٤١٥ و ٤١٦

ب : مجمع البحرين، ج ٤، ص ٦

بالصدق والكذب، لأن إظهار ما في النفس إخبار و حكاية عن الشيء الموجود فيها من صفة أو اعتبارٍ كالوجوب، فإن كان هذا الاظهار - الذي يكون إخباراً و حكايةً عن وجود صفةٍ أو اعتبار في النفس - مطابقاً للواقع، بأن كان المبرز موجوداً في النفس كان الإبراز متصفاً بالصدق، و إلا فهو موصوف بالكذب.

و إن قلنا: إن الإنشاء هو الإيجاد بأن يكون اللفظ موجداً لمالم يكن موجوداً قبل الإنشاء لم يتصور الإتصاف بالصدق والكذب، إذ ليس للنسبة الكلامية خارج تطابقه أو لا تطابقه، لو صرح أنه ليس شيء موجوداً قبل الإنشاء كي يكون الانشاء حاكياً عنه و مبرزاً له، حتى يتزعم الصدق عن مطابقة الحاكي للمحاكي عنه، و الكذب عن عدم المطابقة له. بل يوجد شيء بنفس هذا اللفظ، فلا يكون اللفظ مبرزاً و مخبراً عن شيء موجود، بل هو علة لوجود شيء، فلا إبراز و لا حكاية أصلاً.

خاصتها: أن الإنشائية و الإخبارية من صفات اللفظ، فيقال: الكلام إما خبر و إما إنشاء. قال في تهذيب المنطق بعد تقسيم دلالة اللفظ الى المطابقة و التضمن و الالتزام: «و الموضوع - يعني اللفظ الموضوع - إن قصد بجزء منه الدلالة على جزء المعنى فمركبٌ إما تام خبر أو إنشاء... الخ» و نحو ذلك ما في سائر الكتب الأدبية.

فلو لم يكن اللفظ موجداً للمعنى في باب الإنشاء - بل كان مبرزاً للاعتبار الذي اعتبرته النفس - لم يصح توصيفه بالإنشاء. كما أنه إذا لم يكن حاكياً عن النسبة لم يصح توصيفه بالإخبار، لأن هذين الوصفين حينئذ ثابتان للمدلول، فيكون الوصف باعتبار المتعلق.

إذا عرفت هذه الامور تعرف أن الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى المقصود - و إخراجة عن العدم الى الوجود - باللفظ إجاداً اعتبارياً، مضافاً إلى إيجاده اللفظي الموجود في استعمال كل لفظ في معناه. كما أن الإخبار عبارة عن حكاية كلام عن مبدئٍ فارغاً عن ثبوته أو عدمه. و هذا يلزم نسبةً خارجيةً تطابقها النسبة الكلامية أو تحالفها.

بخلاف الإنشاء، فإن إيجاد النسبة ملازم لعدم نسبة خارجية، فإن وجود النسبة الخارجية شأن الحكاية المقومة للإخبار. و بعد إتصاف الكلام بالإخبارية و الإنشائية - إذا انضمت إليهما جهة الحد بالإنشاء و الحكاية - يتصف الإنشاء بالموجدية، و الخبر بالمبرزية للواقع،

وإلا يبقى الإنشاء على مجرد إنشائيته المحفوظة مع الهزل والسخرية، و يبقى الإخبار على صرف إخباريته، المجتمع مع الهزل والسخرية وغيرهما.

ولا يُنافي الإنشاء بهذا المعنى ما أفاده بعض مشايخنا الأساطين و سيدنا المحقق الخوئي رحمته من أن حقيقة الوضع هي التعهد و الالتزام النفسي بجعل لفظٍ خاصٍ أو هيئة خاصة مبرزاً لقصد تفهيم أمرٍ تعلق به غرض المتكلم.

وجه عدم التنافي: أن بعض الهيئات كصيغة «إفعل» وُضعت لإيجاد أمرٍ اعتباري وإيقاع المبدأ في وعاء الاعتبار على عهدة المخاطب، كما أن بعض الهيئات كالجملة الاسمية وضعت لإبراز قصد الحكاية عن وقوع نسبة أو لاقوعها، فالمعنى المقصود تفهيمه في القسم الأول و هو إيجاد المعنى في وعاء الاعتبار، و في القسم الثاني هو الحكاية عن نسبةٍ ثبوتيةٍ أو سلبية. و أما غيرهما من الهيئات التي تُطلق و يراد بها الإنشاء تارةً و الإخبار أخرى فالموضوع له فيها هو إنتساب المبدأ الى الفاعل، و إرادة الإيجاد و الحكاية منه منوطة بقريئة خارجية، فتكون إرادة الإنشاء أو الإخبار حينئذٍ من باب تعدد الدال و المدلول.

و بالجملة: فالموضوع له في الهيئات المختصة بالإخبار - كالفعل الماضي و المضارع و الجملة الاسمية - هو الحكاية عن ثبوت النسبة أو نفيها. و في الهيئات المختصة بالإنشاء كصيغة الأمر هو إيجاد الأمر الإعتباري في وعاء الاعتبار، فالمعنى الموضوع له في هذين القسمين هو المقصود بالتفهم، و في غيرهما تفهيم المقصود بالقريئة على المراد حتى لا يلزم المجاز في الكلمة.

**و الحاصل:** أن الإخبار و الإنشاء مفهومان متغايران، لأن الإخبار هو الحكاية عن نسبة لها خارج تطابقه أو لاتطابقه، و الإنشاء عبارة عن إيجاد نسبةٍ ملازم لعدم خارج لها، بل حقيقتها هي تحققها بنفس الإنشاء الناشئ عن اللفظ. فإن كان الإنشاء بداعي الجِدِّ ترتب عليه المنشأ بحكم العقل أو الشرع أو العرف أو الجميع، حيث إنَّ الإنشاء بهذا الداعي موضوع لحكم و موصوف بالموجدية، دون الإنشاء الهزلي، فإن داعي الهزل يجعل الإنشاء صورياً و خارجاً عما هو موضوع لاعتبار العقلاء أو الشارع.

وكذا الحال في الإخبار، فإن كان الداعي الى الإخبار الجِدِّ يتصف بالمبرزية للواقع، و إلا

فبيّنى على خبريته المجتمع مع الهزل والسخرية.

فالمتحصل مما ذكرنا: أن الإنشاء يوجد معناه اذا كان عن جدّ، و لا ينافيه ما تقدم من معنى الوضع، لأننا ندعى أن إيجاد الأمور الاعتبارية من المعاني المقصودة بالتفهيم، فوضع الواضع هيئات خاصة لإيجادها، كما أن حكاية النسبة - التي لها خارج - من المعاني المقصودة بالتفهيم، فوضع لها هيئات خاصة كالجملة الاسمية. فدعوى إمكان إيجاد اللفظ للمعنى في الانشاء غير مجازفة، هذا.

هذا كله في الانتصار لما نُسب الى المشهور من الابداع بمعنى التسبب.

و استدلل المحقق النائيني رحمته على مقاله من كون ألفاظ المعاملات موجدة لتلك العناوين الاعتبارية على حدّ إيجاد الآلة لذي الآلة بما حاصله: أن العقود والإيقاعات ليست من باب الأسباب والمسببات وإن أطلق عليها ذلك، بل إنما هي من باب الإبداع بالآلة. والفرق بين الأسباب والمسببات وبين الإبداع بالآلة هو: أن المسبب لم يكن بنفسه فعلاً إختيارياً للفاعل بحيث تتعلق إرادته به أولاً وبالذات، بل الفعل الإختياري المتعلق للإرادة هو السبب، فيترتب عليه المسبب قهراً. وهذا بخلاف باب الإبداع بالآلة، فإن ما يوجد بالآلة كالكتابة باستعانة القلم هو بنفسه فعل إختيارى للفاعل و متعلق إرادته، و يصدر عنه أولاً وبالذات، ضرورة أن الكتابة ليست إلا عبارة عن حركة القلم على القرطاس بوضع مخصوص، و من المعلوم أنها بنفسها فعل إختيارى صادر عن المكلف أولاً وبالذات، بخلاف الإحراق، حيث إن الصادر عن المكلف هو الإلقاء في النار لا الإحراق.

وكذا الكلام في سائر ما يوجد بالآلة من آلات النجارة والصياغة والخياطة وغير ذلك، فإن جميع ما يوجد النجار مثلاً يكون فعلاً إختيارياً له، والمنشار وغيره من آلات النجارة آلة لإبداعه. و باب العقود والإيقاعات كلها من هذا القبيل، فإن هذه الألفاظ كلها آلة لإبداع الملكية والزوجية والفرقة وغير ذلك. و ليس البيع مثلاً مستباً توليدياً لهذه الألفاظ، بل البيع بنفسه فعل إختيارى للفاعل تتعلق إرادته به أولاً وبالذات و يكون إبداعه بيده.

و بهذا الوجه تخلص المحقق الثاني رحمته عن الاشكال الآتي بيانه في التمسك بإطلاق أدلة الإمضاء - لفظياً أو مقامياً - من أن حلية معاملة كالبيع هل تقتضي حلية كل ما يتسبب به أم لا؟ وذلك لأن معنى صحة البيع - بناءً على هذا المسلك - صحة إيجاده بكل ما يكون إيجاداً له بنظر العرف. هذا.

و ذهب شيخنا المحقق العراقي رحمته الى أن العائز بين الإخبار و الإنشاء ليس هو قصد الحكاية و الإيجاد كما ذكره، بل كما أن بينهما جهة مشتركة و هي الدلالة على إيقاعية النسبة - خلافاً للمركبات الناقصة - فكذا يفرقان في أن المحكي في الجملة الخبرية مبدأ ثابت فارغاً عن ثبوته، وأن المحكي في الجملة الانشائية إيقاع المبدأ، الملازم لعدم وجود نسبة خارجية تطابقه النسبة الكلامية أو لا تطابقه. فإذا قال: «بعثك» إخباراً كان المتبادر منه إبراز نسبة ثابتة محفوظة في قبال كونه إنشاءً، إذ المتبادر منه إبراز نسبة إيقاعية أوجدها المستعمل في وعائها المناسب لها. و حيث كانت الحكاية و الإبراز عمّا في الضمير مأخوذةً في استعمال الجملة في الإخبار تارة و الإنشاء أخرى جرى فيهما قصد الجدّ و الهزل، و يكون قصد الإيجاد من أطوار الانشاء لا مقوّماً له، و إلّا لزم لحاظ الإيجاد مرتين لو قصد موجديّة الانشاء لمضمونه، و هو خلاف الوجدان.

و بهذا البيان يُجاب عن بعض ما أورده القائل بالايجابية على هذا القول أعني به إشتراك الإنشاء و الإخبار في جهة الأبراز و الحكاية، و إفتراقهما في المبرز و المحكي.

و رتب رحمته على هذا المبنى كون الإنشاء في باب الأحكام التكليفية من سائط إثبات الإرادة، لأن قول المولى «صل» مثلاً يدل على إيقاع المادة - أعني بها الصلاة - على المخاطب، و هذه النسبة الإيقاعية من لوازم الطلب القائم بنفس المولى، فيكون «صل» مبرزاً لذلك الطلب الحقيقي، و يترتب على هذا الإبراز الوجوب و البعث و التحريك و نحوها من العناوين، فلا توجد هذه العناوين بنفس الإنشاء، بل توجد بإبراز الطلب النفساني الذي يكون إبرازه منشأً لاعتبار عنوان الوجوب و البعث مثلاً، فالإنشاء واسطة في إثبات الوجوب، لا واسطة ثبوتية له.



و هذا بخلاف الإنشاء في باب العقود و الإيقاعات، فإنه من الوسائط الثبوتية، لمضامينها التي هي حقائق إعتبارية<sup>أ</sup>.

هذا كله في الفرق بين الإنشاء و الإخبار ثبوتاً. و أما في مقام الإثبات فحيث إن طبع هذه الجملة كان على الحكاية عن واقع ثابت فيحمل الكلام على الإخبار، و يتوقف إرادة الإنشاء على قرينة صارفة عن الحكاية عن الواقع الثابت الى إبراز الإيقاع الذي هو خروج النسبة من العدم الى الوجود<sup>ب</sup>. هذا.

و فَهَبْ سَيِّدُنَا الْخَوْنِي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ الى هذا المسلك ببيان آخر، محصّله: أنّ الإنشاء و الإخبار يشتركان في كون كل منهما مُبرزاً لمقاصد المتكلم في مقام الفهم، و يستعمل اللفظ في كل منهما في معناه الموضوع له. و يفترقان في أنّ الجملة الإنشائية بما لها من الهيئات الخاصة وُضِعَتْ لإبراز الأمور النفسانية سواء أكانت من الاعتبارات كالملكية و الزوجية و الوجود و الحرمة و غيرها، أم من الصفات كالتمني و الترتيبي و نحوهما، و لمّا لم يكن في مواردها خارج - تطابقه النسبة الكلامية أو لاتطابقه - لا تنصف بالصدق و الكذب، بخلاف الجملة الخبرية، فإنّ المعنى الموضوع له فيها - المبرز بها - لمّا كان عبارة عن قصد الحكاية، و هو تنصف بالصدق و الكذب - اتصف بأحدهما لا محالة بالتبع.

فالفرق بين الخبر و الإنشاء ليس من ناحية دواعي الاستعمال كما ذهب إليه صاحب الكفاية رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، بل من ناحية الوضع الذي هو التعهد و الالتزام النفساني بجعل لفظ خاص أو هيئة خاصة مبرزاً لقصد تفهيم أمرٍ تعلق غرض المتكلم بتفهمه.

و ما اشتهر من أنّ «الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ» ممنوع، إذ الإيجاد إمّا تكويني كإيجاد الجواهر و الأعراض، و هو ضروري البطلان، لعدم كون الألفاظ من سلسلة علل و وجود الموجودات الخارجية، بل لها علل و مُعَيَّنَاتٌ أجنبية عن عالم الألفاظ. و إمّا إعتباري كإيجاد الوجود و الحرمة و الملكية و الزوجية و نظائرها من الأمور الاعتبارية. و هو أيضاً كذلك،

أ : مقالات الاصول ج ١ ص ٢٦

ب : نهاية الافكار ج ١ ص ٥٨

ضرورة كفاية نفس إعتبار المعبر في وجودها في وعاء الإعتبار بلا حاجة الى اللفظ أصلاً، وإتّما اللفظ مبرّر له و حاله عنه.

و عليه فالصحيح أنّ الإنشاء مبرّر للاعتبار النفساني لا موجوده.

هذا محصل ما أفاده **يُتَبَرَكُ** في مواضع. و أضاف إليه في بعض كلماته: أنّ العناوين المعاملية ليست هي مجرد الأمور النفسانية الموجودة في أفق الإعتبار فحسب حتى يكون اللفظ مجرد مبرّر لها، بل البيع مثلاً لا يترتب عليه الأثر عرفاً و شرعاً إلا بإبرازه، فموضوع الأثر مجموع المبرز و المبرز. **ب** هذا.

و يمكن أن يورد على القول بالإبراز أولاً: بأن الإبراز و الكشف يستلزمان حصول المُنشأ بكلّ ما يدلّ عليه و يُبرزه ولو غير اللفظ من إشارة أو كتابة أو إلقاء حصاة أو فتح باب أو غير ذلك، لأنّ هذا من لوازم العناوين المشيرة التي لا دخل لها في هويّة العناوين المحكية بها و المشار إليها. و الإلتزام بذلك كما ترى.

و أمّا ثانياً: فلاستلزام ذلك كون الإنشاءات بأسرها إخباراً، لأنّها حاكية عمّا في النفس، فإنّ كانت النسبة الكلامية مطابقة لما في النفس فهي صادقة، و إلّا فهي كاذبة، فتتصف بالصدق و الكذب. و هذا خلاف ما اتفقت عليه كلمتهم من أنّ الإنشاء لا يتصف بالصدق و الكذب، و إنّما المتصف بهما هو الخبر فقط. -

و أمّا ثالثاً: فلاستلزامه كون الأحكام الشرعية هي الطلب و الكراهة الحقيقيّين القائمين بالنفس اللّذين هما من الأمور الخارجية المبينة للأمور الاعتبارية.

و هذه الوجوه يمكن التفصّي عنها - أو عن بعضها - بما تقدم في كلامي شيخنا المحقق العراقي و السيد المحقق الخوئي **رَضِيَ اللهُ**.

و قد يُفرض للقول بالإبراز وجه آخر غير ما أفاده العَلَمَان، و محصله: أنّ إيجاد الأمر الاعتباري الشرعي أو العقلاني ليس بيد المُنشئ، و إنّما بيده إيجاد موضوع ذلك الأمر الاعتباري كالسفر و الحضر، فإنّ المكلف لا يتمكّن من إيجاد حكمهما و هو وجوب القصر أو التمام، لكنه يقدر على إيجاد موضوعهما أعني به السفر و الحضر اللّذين هما موضوعا وجوب

أ : أجمود التقريرات، ج ١، ص ٢٦ و ٢٧

ب : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٥٣

القصر والتمام. والألفاظ لم توضع إلا لتفهم المقاصد وما في الضمان، وهذا من الأفعال الاختيارية، فما بيد المتكلم هو إبراز ما في نفسه باللفظ سواء أكان صفةً راسخةً فيها كالشجاعة، أم إعتباراً - كالملكية والزوجية والرقية ونحوها من الاعتبارات الشرعية أو العقلانية، فإن إيجاد تلك الاعتبارات في وعاء الاعتبار بيد معتبرها من الشارع أو العقلاء.

و عليه فمقتضى عدم إختياريّة تلك الاعتبارات للمتكلم، وكون الألفاظ مبرزةً للمعاني المقصودة - حيث إن الغرض من وضع الألفاظ هو المبرزية والحكاية عن المقاصد، على إختلافها في التفهم من كونها حكاية عن نسبة لها خارج أو عن إيجاد نسبة - هو كون الإنشاء عبارةً عن إبراز نسبة إيجابية، فإن كان ما في النفس إيجاد نسبة بين الصلاة مثلاً وبين المخاطب وإيقاع المادة عليه فيبرزه بقوله: «صلّ» أو كان ما في النفس ملكية دار معيّنة لزيد، أو زوجية هند له، فيبرزه بقوله: «بعث» أو زوجت» فإذا أبرز ما في النفس بألفاظ وضعت لإفهامها وإبرازها إعتبر العقلاء أو الشرع في عالم الاعتبار ذلك الاعتبار المقصود له الكامن في نفسه.

فالإخبار والإنشاء يشتركان في الإبراز عمّا في النفس كما هو الغرض من وضع الألفاظ، ويفترقان في المبرز، لأنّه في الإنشاء قصد إيجاد نسبة، وفي الإخبار قصد الحكاية عن نسبة لها خارج تطابقه أو تخالفه، فلذا يتّصف الخبر بالصدق والكذب، بخلاف الإنشاء، لأنّه إيجاد نسبة كانت معدومة، فليس لها خارج حتى يتصف بالصدق والكذب.

**والحاصل:** أن الأمرين المتقدمين - وهما: كون الألفاظ موضوعاً لتفهم المقاصد وما في الضمان، وكون الأمر غير الاختياري غير قابل للإيجاد - يقتضيان أن يكون موضوع الأمر الاعتباري بيد المتكلم، لا نفس الاعتبار، فإن ذلك من شأن معتبره من العقلاء أو الشرع. فالتكلم حين تلفظه بقوله: «بعث» مثلاً يبرز ما في نفسه من تبديل ماله بمال، فيبرز هذا المقصود بلفظ «بعث» المستعمل فيما وضع له. وهذا الإبراز موضوع لحكم الشرع أو العقلاء بالملكية. وهكذا التزويج ونحوه. فالإختلاف بين الإنشاء والإخبار إنّما هو في الوضع، لا في القصد كما عليه صاحب الكفاية، ولا يرد عليه شيء مما أسلفناه كما هو ظاهر بالتأمل.

لكن هذا التقريب لا يخلو أيضاً من تأمل، فإن مصب النزاع في إيجابية الإنشاءات

ولا يلزم<sup>(١)</sup> عليه شيء مما تقدم .  
نعم<sup>(٢)</sup>

(١) أي: لا يرد على تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» شيء من الاشكالات المتقدمة على تعريفه بالانتقال أو بالعقد أو بالنقل بالصيغة، نعم تبقى وجوه من المناقشة في التعريف المتقدم تعرّض المصنف رحمه الله لجملة منها، و نتعرض - بعدها - لجملة أخرى منها في التعليقة إن شاء الله تعالى.

### مناقشات في التعريف المختار

(٢) إستدراك على قوله: «لا يلزم» يعني: أن إشكالات سائر التعاريف وإن لم ترد على تعريف المتن، لكن هنا وجوه أخرى ربما يتوهم ورودها عليه، فلا بد من ذكرها و بيان سلامة التعريف منها.

و ليُعلم أنّ جملة من الوجوه - التي تعرّض المصنف لها - لا تختص بتعريفه، بل يشترك فيها تعريف البيع بالعقد أو بالانتقال أو بالنقل، فإنّ الشهيد الثاني رحمه الله أورد بها على تعريف المحقق بالعقد كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى:

ومبرزتها هو فعل المنشئ، سواء في إنشاء الشارع في مقام التشريع كاعتبار اللابدية والحرمان أو اعتبار البعث والجزر النسبيين، أم في إنشاء العقلاء، أم في إنشاء كل من له إنشاء، وقد تحقق في محلّه - و سيأتي التنبية عليه - أنّ الملكية ونحوها من الاعترافات تكون بيد المنشئ سواء قلنا بالإيجاد أم بالإبراز، وليس للعرف والشرع إلا الاعتبار المماثل.

و عليه فلا وجه لجعل إنشاء المنشئ إبرازاً وإمضانه عقلاً و شرعاً إيجاباً له في وعاء الاعتبار، بل إما أن يلتزم بالإيجاد في المراحل الثلاث و هي فعل المنشئ و اعتبار العقلاء والشارع، أو بالإبراز فيها.

هذا بعض الكلام في المسألة، و تحقيقه موكول الى علم الاصول.

و الإنصاف أنّ المسألة لا تخلو من إعضال، فكلُّ على ما يختاره ثمة، والله الهادي الى الصواب.

يبقى عليه<sup>(١)</sup> أمور:

منها<sup>(٢)</sup>: أنه موقوف على جواز الايجاب بلفظ «مَلَكْتُ» و إلا<sup>(٣)</sup> لم يكن مرادفأله.

و يردّه<sup>(٤)</sup>: أنه الحق كما سيجيء<sup>(٥)</sup> (\*).

(١) أي: على تعريف البيع بـ «انشاء تملك عين بمال».

### ١- توقف التعريف على جواز الانشاء بالتمليك

(٢) هذا أوّل الاشكالات التي أوردها المصنف على تعريفه البيع بما ذكره، و محصله: أن هذا التعريف يتوقف صحته على جواز إيجاب البيع بلفظ «مَلَكْتُ» و وجه التوقف واضح، إذ المفروض تفسير ماهية البيع بالتمليك الإنشائي، فلو لم يصح إنشاء البيع بلفظ التملك إمتنع تفسيره به، لاحتمال كون حقيقته أمراً آخر غير التملك. و عليه فصحة التعريف موقوفة على جواز إنشاء البيع بالتمليك، فإن جاز إنشاؤه به صحّ تعريفه به، و إلا فلا.

(٣) أي: و إن لم يميز الإيجاب بلفظ «مَلَكْتُ» لم يكن التملك مرادفاً للبيع، و لم يصح حينئذٍ تعريفُ البيع بإنشاء التملك.

(٤) هذا جواب الإشكال الأوّل، و حاصله: الالتزام بجواز الايجاب بلفظ «مَلَكْتُ» فلا محذور من هذه الناحية في تعريف البيع بإنشاء التملك، فالترادف ثابت بين المادتين.

(٥) أي: أن جواز الايجاب بلفظ «مَلَكْتُ» هو الحق.

(٦) سيأتي تصريحه بجواز الإنشاء بلفظ «مَلَكْتُ» في موضعين:

أحدهما: قوله في جواب الاشكال الخامس على تعريف البيع: «فلو قال: ملكتك كذا بكذا كان بيعاً، و لا يصح صلحاً و لا هبةً معوضةً و ان قصداهما...».

ثانيهما: في المقدمة المعقودة لألفاظ العقود - بعد تنبيهات المعاطاة - حيث قال: «و منها: لفظ - مَلَكْتُ - بالتشديد».

(\*) ظاهره تسليمُ الاشكال، و أن تعريف البيع بالتمليك يلزمه جوازُ إنشائه به، لكن

يمكن منع الملازمة كمنع الترادف بينهما.

أقام منع الملازمة بين تعريف العنوان المعاملي بمادة خاصة و جواز الإنشاء بها فلا يمكن اعتبار الإنشاء بلفظ خاص، و عدم الاكتفاء بمطلق ما يدل عليه، فإنَّ الطلاق الذي حقيقته البيونة بين الزوجين لا يتعين إنشاؤه بصيغة خاصة، و لا يقع بلفظ البائن الصريح في المنشأ. و عليه فالمهم في التعريف إتحاد الحدِّ و المحدود ذاتاً و اختلافهما بالاجمال و التفصيل، فلا مانع من صحة تعريف البيع بالتملك مع عدم جواز الإنشاء به.

إلا أن يقال: إن مقتضى الترادف جواز إنشاء الطلاق بالبيونة أيضاً لولا التعبد الشرعي، و حيث إنه لم يؤخذ في البيع خصوص لفظ «بعث» فلا بد من الإلتزام بجواز إنشائه بالتملك. و أقام منع الترادف فلأنَّ مفهوم البيع هو التبدل لا التملك. و ما عن فخر المحققين رحمهم الله من «أن بعث في لغة العرب ملكت غيري» معارض بما عن الشهيد الثاني من «أن - ملكت - يفيد معنى غير البيع».

نعم التملك يلزم البيع غالباً، و لذا جعله العلامة من الكنايات، هذا أولاً. و ثانياً: أن جواز الإيجاب بلفظ «ملكك» على فرض ثبوته أعم من المرادفة، إذ يمكن أن تكون دلالة على البيع مع قرينة ولو مقامية، فالدلالة على البيع تكون من قبيل تعدد الدال و المدلول. فلعل التملك بمنزلة الجنس للبيع أو من لوازمه، و القرينة المقامية أو غيرها تدلُّ على النوع و هو البيع. كما أن عدم جواز الإيجاب بلفظ «ملكك» لا يدل على عدم الترادف بعد إمكان التعبد في صنيغ العقود، فتدبر.

و ثالثاً: أن التعريف لم يكن بلفظ التملك حتى يتوجه عليه هذا الأشكال، بل كان بإنشاء التملك، فالاشكال المتوجه عليه هو إستلزامه جواز إنشاء التملك، و هو عين إشكال عدم قابلية الإنشاء للإنشاء، حيث إنَّ التبدل متضمن للإنشاء، فيلزم إنشاء إنشاء الملكية.

ومنها<sup>١</sup>:

## ب- خروج بيع الدين عن الحذ

١) هذا ثاني الاشكالات التي أوردها المصنف رحمته على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بـمال» و حاصله: عدم جامعية التعريف لأفراد البيع، وذلك لأن مقتضى أخذ التملك في حقيقة البيع هو صيرورة المشتري مالكا للمبيع، كما لكية البائع للثمن، فلو لم يترتب عليه مالكية المشتري له لم يكن بيعاً، ومن المعلوم عدم صدق التعريف على بيع الدين على المديون، إذ لا يصير المشتري مالكا لمال على نفسه.

مثلاً: لو كان زيد مديوناً لعمرو بمن من المنطة، فباعه عمرو على زيد بدينار، فإن المشتري لم يملك شيئاً في هذه المعاملة، لعدم معقولية تملك الانسان شيئاً على عهده نفسه، وإذا امتنع التملك إمتنع تملك البائع إياه، لتضايف التملك، والتملك، فلا يفيد بيع الدين تملك الدين للمديون، وإنما يؤثر في سقوط ما في ذمته.

و عليه فلازم عدم ترتب إنتقال الملك - في بيع الدين - هو عدم صحة إطلاق البيع عليه، مع أن كون «بيع الدين» من أفراد البيع لعله مما لا خلاف في مشروعيته و صحته في الجملة، قال العلامة رحمته: «قد بينا أنه يجوز بيع الدين، وهو مذهب علمائنا، ولا فرق بين بيعه على من هو عليه أو على غيره»<sup>أ</sup>.

و في الجواهر: «يجوز بيع الدين - بعد حلوله - على الذي هو عليه، بلا خلاف فيه بينا و لا إشكال، بل و على غيره، وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، بل لعلها كذلك، بعد إنحصار الخلاف في الحلبي<sup>ب</sup>، لوجود المقتضي و ارتفاع المانع...»<sup>ج</sup>.

والحاصل: أن بيع الدين على الغريم بيع حقيقة، مع أن أثره سقوط الدين، و لا تملك

أنّه<sup>(١)</sup> لا يشمل بيع الدين على من هو عليه<sup>(٢)</sup>، لأنّ<sup>(٣)</sup> الإنسان لا يملك مالا على نفسه.

وفيه<sup>(٤)</sup> - مع ما

و هذا النقص يوجب بطلان تعريف البيع بإنشاء التملك. بل لابد من تعريفه بما ينطبق على بيع الدين ونحوه مما لا يترتب عليه تبدل إضافة الملكية.

ثم لا يخفى أنّ هذا النقص - لو تمّ في نفسه - لا يختص بتعريف المصنف، بل يرد على التعاريف المتقدمة أيضاً، إذ كما لا يملك المديون ما في ذمة نفسه، فكذا لا ينتقل إليه شيء، وعليه فلا بد من علاج الاشكال على جميع التعاريف، هذا.

(١) أي: أنّ هذا التعريف غير جامع لأفراد البيع.

(٢) تقييد بيع الدين ببيعه على خصوص المديون إنّما هو لأجل إفادته التملك لو باع الدائن دينه للأجنبي، فيصير المشتري مالكا للكلّي في ذمة المديون بدلا عن مالكية البائع له. وعلى هذا فإشكال عدم إطراد التعريف مختص بما اذا كان المشتري للدين هو المديون، لا الأجنبي.

(٣) محصل هذا التعليل: أنّ عنواني «المالك والمملوك عليه» متقابلان كتقابل عنواني «المسلط والمسلط عليه» ومن المستحيل إتحاد المتقابلين، فإذا بُني على جواز تملك المديون لما في ذمة نفسه لزم وحدة المتقابلين وهما المالك والمملوك عليه، وهذا المحذور ألجأ بعضهم الى القول بأن بيع الدين على المديون يفيد السقوط لا الملك.

(٤) هذا جواب الاشكال الثاني على تعريف البيع، وهو يرجع الى وجهين، أحدهما: تقدّم في القسم الثاني من أقسام الحقوق، وأضاف إليه هنا تنظيره بباب التهاثر، وثانيهما: نقص على المستشكل، وأنّ الإشكال لا يختص بتعريف البيع بإنشاء التملك، بل يرد على تعريفه بالنقل والانتقال أيضاً، فلا بدّ من علاجه على جميع التعاريف.

هذا إجمال الوجهين.

أما توضيح الوجه الأوّل فهو: أنّه لا مانع من تعريف البيع بـ «إنشاء التملك» و ترتب الملكية عليه في جميع الموارد حتى في بيع الدين على المديون، ولا منافاة بين مالكية المديون لما



في عهدة نفسه و بين سقوطه عنه، لأنَّ الممتنع هو تملك الانسان لمالٍ على نفسه حدوداً و بقاءً، و أمّا تملكه له حدوداً فقط ثم سقوطُ المال عن ذمته فليس بمتنع. فالمقام - من حيث التملك آنأماً ثم السقوط - نظير أن يكون زيدٌ مديوناً لعمرٍ و ديناراً، و اشترى عمرٌ منه متاعاً بدينارٍ كلِّي في ذمته، فإنَّ الدينارين يسقطان عن كلتا الذمتين بالتهاتر.

و عليه فلم يُتقصَّ تعريف المصنف ببيع الدين أصلاً، لفرض دخول المبيع الكلِّي في ملك المديون آنأماً، و هذا المقدار كافٍ في صحة البيع، و لا يعتبر فيه تأثيره في بقاء المبيع على ملك المشتري.

و أمّا توضيح الوجه الثاني فهو: أنَّ إشكال عدم جامعية التعريف لأفراد المعرّف لا يختص بما إذا كان البيع بمعنى التملك، بل هو مشترك الورود على تعريفه بالانتقال أو بالنقل أو بالعقد الدال على أحدهما، إذ لو كانت نتيجة بيع الدين على من هو عليه مجرد فراغ الذمة لا التملك كان تعريفه بالنقل و الانتقال متقضاً أيضاً ببيع الدين، لفرض عدم انتقال شيءٍ إلى المديون.

و عليه فلا وجه لإيراد هذا المذخور على خصوص تعريف المصنف تخيّر بل اللازم - على من عرّفه بالنقل و شبهه - التفصّي عن هذا الاشكال، و تصحيحُ بيع الدين على المديون على كلِّ حال، سواء أكان البيع هو التملك، كما عن فخر المحققين، حيث قال فيما حُكي عنه: «أنَّ بعثٌ في لغة العرب بمعنى ملكتٌ غيري» أم هو المبادلة أم النقل، لأنَّ عدم معقولية مالكية الانسان لما في ذمة نفسه يوجب عدم معقولية البيع، الذي هو عبارة في العرف و اللغة عن المبادلة و النقل و التملك و ما يساويها من الألفاظ.

و الحاصل: أنَّ استحالة تملك الشخص لما في ذمته يوجب عدم معقولية بيع الدين مطلقاً حتى لو عرّفنا البيع بالمبادلة و النقل، مع أنَّ من عرّفه بالانتقال - كشيخ الطائفة و العلامة و غيرها، أو بالعقد الدال على نقل الملك كما في الشرائع - صرّح بجواز بيع الدين بمن هو عليه،

عرفت<sup>(١)</sup> و ستعرف<sup>(٢)</sup> من تعقل تملك ما على نفسه، و رجوعه<sup>(٣)</sup> إلى سقوطه عنه<sup>(٤)</sup>، نظير<sup>(٥)</sup> تملك ما هو مساو لما في ذمته و سقوطه<sup>(٦)</sup> بالتهاتر - أنه<sup>(٧)</sup> لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع، إذ ليس للبيع لغةً و عرفاً معنىً غير المبادلة و النقل و التمليك

كما تقدم في عبارة المختلف و الجواهر.

(١) يعني: في القسم الثاني من الحقوق، حيث قال: «لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط... و الحاصل: أنه يعقل أن يكون مالكاً لما في ذمته، فيؤثر تمليكه السقوط».

(٢) يعني: بعد أسطر، حيث يقول: «فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه، لم يعقل شيء مما يساويها... الخ».

(٣) أي: و رجوع التملك، يعني: أن مال تملك الانسان لما في ذمة نفسه هو سقوط الدين الذي كان في ذمته.

(٤) أي: سقوط ما على سهدته عن نفسه.

(٥) كالمثال المتقدم آنفاً من كون زيد مديوناً لعمرو ديناراً، ثم شراء عمرو من زيد متاعاً بدينار كلّي نسيئةً، إذ يتساقط الديناران عن الذمتين قهراً.

و غرضه من هذا التنظير رفع الاستبعاد عن سقوط ما في الذمة قهراً بدون الإسقاط في بيع الدين على المديون، و أن السقوط يترتب على مالكية المديون لما في ذمته آنأماً. و ليس الغرض من هذا التنظير ما أفاده بعض المحشين من «مجرد رفع الاستبعاد عن سقوط ما في الذمة قهراً بدون الإسقاط» بل المقصود إثبات مالكية المديون لما في ذمة نفسه آنأماً أيضاً حتى يتجه بيع الدين من المديون.

(٦) أي: سقوط ما في ذمة المديون بسبب التهاتر القهري.

(٧) هذا و بعده مرفوع محلاً لكونه مبتدأ مؤخرأ لقوله: «و فيه» و هذا إشارة الى الوجه الثاني مما أجاب به عن الاشكال، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «و أما توضيح الوجه الثاني فهو... الخ».

و ما يساويها من الألفاظ، ولذا قال<sup>(١)</sup> فخر الدين: «ان معنى بعث في لغة العرب ملكتُ غيري» فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع<sup>(٢)</sup>.

(١) مقصوده **بَيَّعُ** جعل كلام فخر المحققين **بَيَّعُ** شاهداً على أن معنى البيع في اللغة والعرف هو التملك، فإذا لم يتحقق «تمليك الغير» في مثل بيع الدين من جهة إستحالة تملك الانسان لما في ذمة نفسه لم يعقل النقل والمبادلة أيضاً، لاتحاد هذه العناوين مفهوماً، وحيث إنَّ القائلين بأن البيع هو الانتقال أو العقد أو المبادلة صرّحوا بصحة بيع الدين، فلا بد من صحته بناءً على كونه التملك أيضاً. وينحل الاشكال بمحصول النقل والملك والمبادلة آنأما، ثم يسقط الدين عن المديون.

(٢) مع أن البيع بمعنى النقل و الانتقال معقول في بيع الدين، فليكن معقولاً بناءً على تعريفه بالتمليك (❖).

(❖) ما أفاده **بَيَّعُ** في بيع الدين من تصحيحه بالالتزام بالملكية آنأما ومن نظيره بالتهاتر لا يخلو من تأمل.

أما تأثيره في الملكية ثم سقوط الدين عن المديون ففيه: أن السقوط إن كان معلولاً لمالكية الانسان لما في ذمة نفسه فمن المعلوم عدم معقولية تأثير الشيء في عدم نفسه. وإن كان للغوية بقاء الملكية فمانع البقاء مانع الحدوث أيضاً، إذ لو لم يكن مانع عن التملك فلم يسقط، وإن كان مانع عنه فلم يثبت.

و بالجملة: محذورُ إستحالة إجتماع المتقابلين كما يمنع من البقاء كذلك يمنع من الحدوث، نعم لو كان المانع شرعياً كما في مالكية العمودين تعين الالتزام بالملكية الأنامية جمعاً بين الأدلة.

إلّا أن يقال: بأجنبية المقام عن المحذور العقلي، إذ حكم العقلاء بالسقوط كحكمهم بالملكية إعتباري لا حقيقي، ولو لأجل لغوية إعتبار مالكية الشخص لما على عهدة نفسه،

و هذا المقدار لا يُزاجِم الإجماع على جواز بيع الدين على من هو عليه، فيلتزم بالملكية الآنية. ولكنك خبير بأن منشأ الاشكال أخذ التملك في البيع، فلو نوقش فيه - كما تقدم في جعل إسقاط الحق عوضاً - لم تكن منافاة بين صحة بيع الدين و تأثيره السقوط من أول الأمر بعد المناقشة في إعتبار التملك في البيع، فيكون نفس سقوطه الدين عوضاً من دون حاجة الى إعتبار سبق ملكية الدين للمديون في سقوطه عنه.

**وأما تنظيره بالتهاثر فيمكن منعه أولاً:** بالفرق بين البابين، بأنه في بيع الدين تتحد الذمة المالكة والمملوكة، و لا بد حينئذٍ من الالتزام بالسقوط، و إلا يلزم كون الانسان مديوناً لنفسه، و ذا حق المطالبة على نفسه. بخلاف باب التهاثر، لتعدد الذمة فيه، و إنما أوجبت المماثلة بين ما عليهما براءة تهما.

و ثانياً: بأن التهاثر - فيما إذا أتلف الدائن مماثلاً لما له في عهدة المديون - و إن كان مشهوراً بين الفقهاء، لكن يمكن منعه بصيرورة كل منهما مديوناً للآخر، و يتوقف براءة الذمة على الصلح أو الإبراء كما ذهب إليه المحقق الأردبيلي رحمته حيث قال معلقاً على كلام العلامة: «و من عليه حق، و له مثله تساقطاً، و إن كان مخالفاً افتقر الى التراضي» ما لفظه: «لعل دليله ما يظهر أن الحقين متساويان من غير فرق و مرجح، فيبرء ذمة كل واحد بما له في ذمة الآخر، و لا يظهر دليل آخر.

و ينبغي التراضي، لأن شغل الذمة معلوم، و لا تحصل البراءة إلا به شرعاً، إذ لكل حق يمكن أن يكون له طلبه و إستيفاؤه، و لا يمنع من ذلك حقه في ذمته، كما في الحدود و التعزيرات. و لا شك أن الأحوال هو التراضي من الجانبين بالإبراء و الصلح و نحوهما، كما إذا كان مخالفاً...<sup>أ</sup>.

و هو في غاية المتانة، إذ لا دليل على أن مجرد المماثلة بين ما في الذمتين يكون مسقطاً قهرياً، خصوصاً مع تنظيره بباب الحدود و التعزيرات، كما لو قُدِّف شخصان كل منهما الآخر، فإن إشتغال الذمة قطعي، و مجرد المماثلة لا يسقط الحد و لا الإستحلال، فليكن كذلك في

الحقوق المالية. هذا.

ومنه يظهر غموض الوجه الثاني أيضاً، فإنه التزام بالاشكال لا جواب عنه، إذ لامناص - من محذور إستحالة ملك الشخص لما في ذمته - بجعل البيع نقلاً أو مبادلة بناءً على إرادة التبديل في إضافة الملكية أو في طرفي الاضافة. فالاشكال كله ينشأ من تخصيص البيع بالتملك، فمع إنكار إطلاقه لا مانع من صحة بيع الدين على من هو عليه وإن كان فائده السقوط لا الملك حتى أناماً.

إلا أن يشكل صدق البيع عليه من جهة إعتبار عينية المبيع، المختصة بالعين الخارجية والكلية الذمية التي يترقب وجودها خارجاً كالمبيع سلفاً. وأما الدين فحيث إنه يمتنع وجوده ببيعه على من هو عليه فلا يصح، فتأمل.

و عليه فلا بد من أن يكون حقيقته الإبراء بالعوض، وإطلاق البيع عليه لا يخلو من مسامحة. وصحته بعنوان البيع وإن كان إجماعياً كما إدعاء الحلبي والعلامة وغيرهما، إلا أنه محتمل الاستناد إلى إطلاق الأدلة وخصوص ما ورد في نصوص بيع الدين بأقل منه، ولامناص إتما من التوسعة في مفهوم البيع، وإتما من إرادة جواز أخذ الدائن مالاً من غريمه بإزاء إبراء ذمته عن الدين.

كما يمكن تصحيحه بجعله من باب الهبة المشروطة، بأن يهب المديون شيئاً للدائن على أن يُبرىء ذمته، ويكون عوض الهبة نفس الإبراء الذي هو فعل يبذل بازائه المال كإسقاط الحق.

**ولا يخفى أن للمحقق الثانيي** **يُبرئ** كلاماً في الجواب عن النقض المزبور لا بأس بنقله، قال المقرر: «فالصواب أن يقال: بيع الدين على من هو عليه وإن كان صحيحاً، إلا أن البيع لم يقع على ما في انذمة بقيد كونه في الذمة، فيكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمته، وذلك لأنه بهذا القيد لا يمكن تحققه في الخارج. ولا شبهة أنه يعتبر في المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية، بل يقع البيع على الكلي وهو من الحنطة مثلاً، فيصير المشتري - أعني المديون - مالكاً لذلك الكلي على البائع. وحيث إن البائع كان مالكاً لمن من الحنطة على ذمة المديون

- وهو المشتري - فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشتري، فيوجب سقوط ذمة كليهما. وهذا وإن لم يكن من التهاثر حقيقةً، إلا أنه أشبه شيء به<sup>أ</sup>.

و ملخصه: أن بيع الدين تارة يقع على نفس ما في ذمة المديون - بوصف كونه ما في الذمة - وهو باطل، لأنه بهذا القيد لا يصلح للوجود الخارجي. وأخرى يقع على كلي في ذمة البائع مماثل لما في ذمة المشتري وهو المديون. ولما كان المبيع منطبقاً على ما على المشتري من الدين صار هذا الانطباق منشأً لسقوط ما في ذمة البائع والمشتري. ففي الحقيقة بيع الدين من المديون ليس بيعاً لنفس الدين، بل لما ينطبق على الدين. هذا.

وفي كلامه مواقع للنظر:

**منها:** قوله: «إلا أن البيع لم يقع على ما في الذمة بقيد كونه في الذمة» إذ فيه: أنه لا وجه لهذا الاستثناء بعد وضوح كون الذمة ظرفاً للمبيع، إذ لو لم يُضف الكلي إلى ذمة شخص لا يتعلق به إضافة الملكية، وليست الذمة قيداً له، فإن الالتزام بصحة البيع موقوف على عدم قيدية الذمة للمبيع، وإلا لم يكن المبيع حينئذٍ مالاً حتى يبذل بإزائه المال، فيختل أحد أركان البيع وهو مالية المبيع.

فالأولى لتعليل عدم جواز بيع الدين على المديون بعدم المالية. بل يتجه حينئذٍ عدم جواز بيعه مطلقاً ولو من غير المديون، لسقوطه عن المالية بسبب تقيده بذمة المديون المانع عن صلاحية الانطباق على الخارجيات، فعدم تقيده بالذمة مقوم للمالية، وليس شرطاً لبيعه من خصوص المديون.

**والحاصل:** أنه لا وجه للاستثناء المزبور، إذ التقييد بعدم الذمة شرط لمالية الكلي الذي سواء قلنا بجواز بيع الدين على من هو عليه، أم لم نقل.

نعم إن كان الأشكال في بيع الدين من المديون من جهة المالية كان للاستثناء المزبور وجه، فتدبر.

**ومنها:** قوله: «ليكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمته» إذ فيه: أنه موهم بل ظاهر في أن ما في الذمة - بقيد كونه في الذمة - مملوك للشخص، وحينئذ لا يمكن بيعه من أحد، إذ مع هذا القيد يمنع وجوده في الخارج. وكذا سائر المعاملات، مع أن المعاملات الذمية في غاية الكثرة.

وبالجملة: لا مجال لتوهم مالكية الشخص لما في ذمته مقيداً بكونه في الذمة، إذ لا يصلح حينئذ للمعاوضة عليه أصلاً، بل الذمة ظرف للكلي.

**ومنها:** قوله: «و لا شبهة أنه يعتبر في المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية». إذ فيه: أنه لا يعتبر الوجود الخارجي الفعلي في المبيع قطعاً، بل المعتبر فيه هو إمكان وجوده في موطن إستحقاق المشتري له، إذ لو كان وجوده الخارجي الفعلي معتبراً فيه لا نسد باب بيع الذمي رأساً، و هو كما ترى. ولعل مقصوده من عينية المبيع الخارجي هو قابلية الوجود لا فعليته، فيرتفع الاشكال.

**ومنها:** قوله: «بل يقع البيع على الكلي... الخ» إذ فيه: أن هذا ليس من بيع الدين على من هو عليه في شيء، ضرورة أن المبيع هو الكلي الذي ظرفه ذمة البائع لا ذمة المديون والمفروض أن المبيع في «بيع الدين من المديون» هو نفس ذلك الدين، لاشيء آخر ينطبق على الدين حتى يسقط عن ذمة المديون بسبب إنطباق كلي آخر عليه، فإنه خارج عن مورد النقض المذكور في المتن أعني به بيع الدين على من هو عليه.

والحاصل: أن الكلام في بيع نفس ما في ذمة المديون، وأنه كما يجوز بيعه من أجنبي بلا إشكال، كذلك يجوز بيعه من نفس المديون.

وأما جعل المبيع كلياً في ذمة البائع الدائن قابلاً للانطباق على ما في ذمة المديون فهو خارج عن بيع الدين الثابت على المديون كما لا يخفى. فكلام المحقق النائيني رحمته ليس جواباً عن نقض تعريف البيع ببيع الدين من المديون، فتدبر.

ومنها<sup>(١)</sup>: أنه يشمل التملك بالمعاطاة<sup>(٢)</sup>، مع<sup>(٣)</sup> حكم المشهور<sup>(٤)</sup> بل<sup>(٥)</sup> دعوى الإجماع على أنها ليست بيعاً.

### ج - إنتقاض التعريف بالمعاطاة

(١) أي: و من الأمور الباقية على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بـمال» عدم كونه مانعاً عما لا يفيد التملك، فينتقض بالمعاطاة، فإنها وإن كانت تملكاً فعلياً فاقداً للصيغة المعتبرة في العقود اللازمة، إلا أنه يصدق عليها «إنشاء تملك عين بـمال» كالبيع القولي، فإن كل واحد من المتعاطين يدفع ماله إلى الآخر بقصد التملك. مع أن المشهور - بل المجمع عليه - عدم كون المعاطاة بيعاً، فيلزم أن يكون تعريف المصنف للبيع غير مانع عن دخول ما ليس من أفراد البيع في البيع.

(٢) لعلّ تعبيره بالتملك بالمعاطاة دون «يشمل المعاطاة» لأجل التنبيه على أن المعاطاة - كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى - قد يقصد بها إباحة التصرف، وقد يقصد بها التملك. ومن المعلوم أن إنتقاض تعريف البيع إنما هو بالمعاطاة المقصود بها التملك دون ما يقصد بها الإباحة، لخروجها موضوعاً عن تعريف البيع، لفرض بقاء المالكين على ملك المتعاطين كما كانا قبل التعاطي.

(٣) هذا هو منشأ ورود الإشكال الثالث على التعريف، ومحصله: ذهب مشهور الفقهاء إلى نفي بيعية المعاطاة المقصود بها التملك، لتوقف العقود اللازمة على اللفظ، والمعاطاة فاقدة للصيغة، فليست بيعاً، مع أنها إنشاء فعلي تملك عين بـمال، فلو عرّف المصنف البيع بقوله: «إنشاء تملك عين بـمال بالصيغة» كان سليماً عن نقضه بالمعاطاة.

(٤) قال السيد الفقيه العاملي: «و في المسئلة: أن المشهور بين الأصحاب أنها ليست بيعاً محضاً» أ.

(٥) غرضه تقوية الاشكال و الإضراب عن قيام مجرد الشهرة على نفي بيعية المعاطاة، حتى يقال بكفاية كونها بيعاً عند بعض الفقهاء، فلا ينتقض التعريف حينئذٍ بها.



وفيه<sup>(١)</sup>:

و محصل الاضرار: إنعقاد الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً، قال السيد ابن زهرة: «إنها ليست ببيع، وإنما هي إباحة للتصرف. يدل عليه الاجماع المشار إليه... الخ». وقال الشهيد الثاني معلّقاً على كلام المحقق: «و لا يكفي التقابض من غير لفظ» ما لفظه: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كان يكون إجماعاً...»<sup>٢</sup>.

(١) هذا جواب الاشكال الثالث، و توضيحه: أنّ النقص بالمعاطاة غير وارد، لأنّ المحدود هو البيع بالمعنى الأعم الشامل للصحيح و الفاسد، و من المعلوم أنّ المعاطاة - المقصود بها التمليك - بيع عرفاً، و نفي بيعيتها في بعض العبارات راجع إلى حكمها أي عدم ترتب أثر البيع اللفظي على مجرد التعاطي، و هذا نظير بيع ما لا يملك شرعاً - كالخمر - بالصيغة، فإنه لا يؤثّر في الملكية و إن صدق عليه عرفاً حدّ البيع.

و بعبارة أخرى: إن كان موردُ النفي بيعية المعاطاة كان للنقص المزبور مجال، إذ المفروض وجود «إنشاء التمليك» في المعاطاة مع عدم كونها بيعاً. و إن كان مصبُ النفي حكم المعاطاة من الصحة أو اللزوم لم يبق مورد للنقص المذكور، إذ المفروض صدقُ البيع على المعاطاة و إن كانت بيعاً باطلاً. و على هذا فنفي بيعيتها - الذي هو المشهور أو المجمع عليه - يرجع إلى نفي الحكم أعني الصحة، لا الموضوع، و ورود النقص يتوقف على كون مورد النفي هو الموضوع أعني البيعية، لا الحكم.

و الشاهد على أنّ مراد النافين نفي الحكم لا الموضوع - بعد بدهة صدق مفهوم البيع لغةً و عرفاً على المعاطاة المقصود بها التمليك - أنّ الاجماع لا بدّ أن ينعقد على حكم شرعي، لا على ثبوت موضوع عرفي أو نفي. و عليه فلا يحصى عن كون معقد الاجماع على النفي هو الحكم الشرعي من صحة المعاطاة أو لزومها.

أ : غنية النزوع في الاصول و الفروع، ص ٥٢٤

ب : مسالك الأنفهام، ج ٣، ص ١٤٧، و نحوه كلامه في الروضة، ج ٣، ص ٢٢٢

ما سيجيء<sup>(١)</sup> من كون المعاطاة بيعاً، وأن<sup>(٢)</sup> مراد النافين نفي صحتها<sup>(٣)</sup>.  
و منها<sup>(٤)</sup>:

(١) يعني: في بحث المعاطاة عند الاستدلال على إفادتها للملك بآية ﴿أحل الله البيع﴾ حيث قال: «وَأَمَّا مَنْعُ صَدَقِ الْبَيْعِ عَلَيْهِ عَرَفًا فَكَبِيرَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَى الْإِجْمَاعِ فِي كَلَامِ بَعْضِهِمْ عَلَى عَدَمِ كَوْنِ الْمَعَاطَةِ بَيْعًا كَابْنِ زَهْرَةَ فِي الْغَنِيَّةِ، فَرَادَهُمْ بِالْبَيْعِ: الْمَعَامَلَةَ الْلازِمَةَ الَّتِي هِيَ إِحْدَى الْعُقُودِ... الخ».

(٢) معطوف على «كون» ومبين لمراد النافين حتى يندفع توهم المنافاة بين دعوى بيعية المعاطاة وبين نفي بيعيتها. وعليه فلا ينتقض تعريف المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بالمعاطاة.

(٣) فلم يتوارد النفي والإثبات على أمر واحد، بل المثبت ناظر الى الموضوع، والنافي الى الحكم.

#### د- إنتقاض التعريف بالشراء

(٤) يعني: ومن الأمور الباقية على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» وهذا رابع الاشكالات التي أوردتها المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ على تعريف نفسه. ومحصله: إنتقاض التعريف بالشراء، لصدق «إنشاء التملك» على قبول المشتري، لأن البيع «تمليك الغير» كما صرح به المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في المنع من جعل القسم الثاني من الحقوق - أي ما لا يقبل النقل الى الغير - ثمناً في البيع، فكما يملك البائع المبيع للمشتري، كذلك المشتري يملك الثمن للبائع، وهذا معنى المبادلة في إضافة الملكية، فكل من المتبايعين ينشئ التملك، ولا يختص بالبائع. مع أن مقصود المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ تعريف البيع بالمعنى المصدرى الذي هو فعل البائع وقائم به، لا الملكية والنقل بالمعنى الاسمي المترتب على مجموع الايجاب والقبول.

نعم لو لم يعتبر التملك من الطرفين وكان تملك البائع كافياً كان تعريفه بـ «إنشاء تملك عين بمال» سليماً عن هذا النقض، لكنه خلاف تصريحه باعتبار التملك من كلا المتبايعين. وعلى هذا فتعريف البيع بما في المتن غير مانع للغير، وهو إنشاء قبول المشتري.

صدقه<sup>(١)</sup> على الشراء، فإن<sup>(٢)</sup> المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع<sup>(٣)</sup> (\*).

و ليعلم أن هذا النقض ناظر إلى ما هو الغالب من كون الثمن عيناً خارجية كالمثمن، سواء أكان نقداً أم عَرَضاً، إذ يتوجه حينئذٍ محذور صدق تعريف البيع على قبول المشتري. وأما لو كان الثمن منفعةً مملوكةً - كسكنى الدار أو عمل الحرّ بعد المعاوضة عليه - لم ينتقض تعريف البيع بقبول المشتري، لفرض عدم كون الثمن عيناً، حتى يصدق البيع على تملكه، لما تقدم من إعتبار عينية العوض دون العوض.

(١) أي: صدق تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» على الشراء الذي هو فعل المشتري.

(٢) هذا تقريب النقض، وقد عرفته آنفاً.

(٣) فيصدق على الشراء «أنه إنشاء تملك عين بمال» مع أن المقصود تعريف البيع القائم بالبايع، فلا بدّ من تعريفه بما لا ينطبق على قبول المشتري.

(\*) قال سيدنا الاستاذ رحمته الله: «هذا الايراد لو تمّ توجه أيضاً على التعريف الأول والثالث، ولا يختصّ بهذا التعريف»<sup>أ</sup>.

**أقول:** المراد بالأول هو تعريف البيع بما في المبسوط والتذكرة وغيرهما «من إنتقال عين من شخص الى غيره... الخ». وبالثالث هو تعريف جامع المقاصد للبيع: «بنقل العين بالصيغة المخصوصة». ولم يظهر صدق شيء من هذين التعريفين على الشراء.

أما الأول فلما فيه أولاً: من أن الشراء - بناءً على كونه إنشاء التملك - يكون من مقولة الفعل، والانتقال من مقولة الانفعال، ولا يصدق أحدهما على الآخر.

و ثانياً: من أن المال المنتقل من المشتري الى البائع لا يعتبر أن يكون عيناً، لما تقدم من أن العينية غير معتبرة في الثمن.

و أما الثالث فلما فيه أولاً: من مغايرة النقل للتملك.

و فيه (١): أن التملك فيه (٢) ضمناً، وإنما حقيقته التملك بعوض، ولذا (٣)

(١) هذا جواب الاشكال، وحاصله: عدم إنتقاض تعريف البيع بقبول المشتري، وذلك لأن المتصدّي لإيجاد المبادلة بين المالين هو البائع، فهو يملك ماله للمشتري بالعوض، وإنشاء المشتري يتعلق بما أنشأه البائع من التملك بالعوض، فوظيفة المشتري إنشاء التملك الذي هو مطاوعة فعل البائع، وإن نحمل هذا التملك المطاوعي المعاضي إلى تملك ماله للبائع، إلا أنه ليس متعلقاً لإنشاء أولاً وبالذات، بل بالتحليل، حيث إن مطاوعة تملك البائع تستلزم تملك المشتري.

و الحاصل: أن متعلق إنشاء البائع - أولاً وبالذات - هو التملك، و متعلق إنشاء المشتري كذلك هو التملك الذي يكون مطاوعةً لفعل البائع، و حيث إن فعل البائع هو التملك بالعوض فلا محالة يكون فعل المشتري تملكاً بالعوض، فهذا التملك - الذي هو متعلق إنشاء المشتري أولاً - يتضمن التملك أيضاً، لأن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم عدم إنتقال إضافتهم الملكية الى غيرهم إلا بفعل إختياري مسمّى بالتملك.

و إن شئت فقل: إن متعلق إنشاء المشتري - أولاً وبالذات - هو التملك المتضمن لتملك الثمن للبائع، لفرض كون البيع من المعاضات. و متعلق إنشاء البائع أولاً وبالذات هو التملك، فالإنشاء ان متعاكسان، و لا يصدق أحدهما على الآخر.

(٢) أي: في الشراء.

(٣) أي: ولأجل كون التملك في الشراء ضمناً غير مستقل لا يجوز إنشاء الشراء بلفظ «ملك» و ذلك لأن هذا اللفظ ليس صريحاً ولا ظاهراً في التملك الضمني، بل ظاهر في التملك

و ثانياً: من عدم اعتبار العينية في الثمن، و المفروض إعتبارها في التعريف المزبور، و هو نقل العين بالصيغة المخصوصة.

و ثالثاً: أن الشراء لا يقع بلفظ «بعث» الذي هو المراد بالصيغة المخصوصة. و لم يظهر لنا مراده <sup>بقره</sup>، و هو أعلم بما قال.

لا يجوز الشراء بلفظ «ملكتُ» تقدّم على الإيجاب أو تأخراً<sup>(١)</sup> (\*).

الأصلي الابتدائي، و المفروض عدم كون الشراء تمليكاً أصلياً، فلا يجوز إنشاؤه بلفظ ليس صريحاً ولا ظاهراً في التمليك الضمني.

(١) عدم دلالاته على التمليك الضمني واضح، إذ ليس فيه شائبة التمليك التبعي ولا التملك بالعرض أصلاً، ولا فرق في هذه الجهة بين تقدم القبول على الإيجاب وتأخره عنه، لأنّ تمام المناط هو دلالة القبول - أولاً وبالذات - على مطاوعة الإيجاب و التملك بالعرض، ثم دلالاته على تمليك الثمن للبايع، و المفروض عدم تكفل «ملكتُ» للتملك بالعرض و التمليك التبعي، و إنّما مدلوله التمليك الأصلي الذي هو مدلول الإيجاب.

(\*) و عليه فالفرق بين إنشاء البيع و إنشاء الشراء ثبوتي، حيث إنّ مفهوم القبول هو إنشاء التملك بعوض، سواء أكان الدال عليه اللفظ أم الفعل كما في المعاطاة، فيترتب القبول على الإيجاب ترتب الانفعال على الفعل، فلا يكون القبول في رتبة الإيجاب، لكونه بمنزلة العلة للقبول، فليس التمليك الضمني مفاد اللفظ، هذا.

لكن قد يورد عليه بما في كلام جمع من الأعيان، منهم السيد الخوئي رحمته قال المقرّر: «ولكننا لم نفهم معنى محصلاً للتمليك الضمني، إذ يرد عليه أولاً: أنّه إن كان مراده من التمليك الضمني: التمليك التبعي - بمعنى أنّ البائع يُملك ماله للمشتري أولاً، و يُملك المشتري ماله للبايع ثانياً - فيرد عليه: أنّ لازم ذلك أن ينعكس الأمر فيما إذا تقدّم القبول على الإيجاب، بأن يكون التمليك من ناحية المشتري أولاً، و البيع من ناحية البائع ثانياً.

و إن كان مراده من التمليك الضمني أنّ ألفاظ الإيجاب و القبول إنّما تدلّ بالدلالة المطابقية على تمليك المشتري ماله للبايع، سواء في ذلك تقدّم القبول على الإيجاب و عدمه، فيرد عليه: أنّ هذا يرجع إلى جهة الدلالة و مقام الاثبات، فلا يوجب فرقاً بين التملّكين ثبوتاً و في

مقام الثبوت، بداهة أن البيع بتبديل شيء بشيء في جهة الإضافة، و من الضروري أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين إلا أن ينتقل كل منهما إلى محل الآخر في آن واحد وفي مرتبة واحدة. و عليه فلا يعقل وجود التملك من ناحية البائع، إلا في آن وجود التملك من ناحية المشتري... و إذن فلا أصالة و لا تبعية في المقام...<sup>أ</sup>.

و أنت خبير بأن المراد بتبعية تملك المشتري لتملكه هنا هو كون التملك الشرائي من لوازم التملك الشرائي، بحيث لا يحتاج إلى جعل على حدة، و لذا يصح قصد التملك من المشتري و إن لم يلتفت إلى لازمه و هو التملك حتى يقصده، فالأصالة و التبعية ملحوظتان في نفس مفهومي البيع و الشراء. فالقبول إن كان بلفظ: «قبلت» لم يكن لتقدمه معنى صحيح، بعد وضح ترتب مفهوم القبول على مفهوم الايجاب. نعم إن كان بلفظ آخر يفيد التملك بالأصالة كان إيجاباً لا قبولاً.

بل يمكن دعوى عدم الوجه في اعتبار التملك التبعية في الشراء أيضاً، بدعوى: أن البيع هو الايجاب و القبول، و ليس حقيقة القبول إلا إمضاء تملك البائع، فالعقد هو التملك و التملك، و هما موضوعان لحكم الشارع أو العقلاء بالملكية، فلا يرد عليه ما في التقرير المزبور من: «أنه إن سلمنا التملك فلا يندفع الاشكال، لإطلاق إنشاء التملك على التملك الضمني، فنقص تعريف البيع وارد عليه».

**وأما ما أفاده من:** «أن معنى البيع يقتضي تحقق التبديل بينهما في رتبة واحدة...» ففيه: أن المراد بالتبديل هو التبديل الإنشائي القائم بالبائع، و من المعلوم أن بديلة كل من المالكين عن الآخر تحصل في رتبة واحدة بنفس هذا الانشاء، لكنه لا يُجدي بنفسه في ترتب الأثر و هو

أ: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٦٠ و ٦١؛ و نحوه ما في حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني، ج ١، ص ١٧؛

و حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج ١، ص ٧٤

التبديل الخارجي الإعتباري، لأنه مترتب على إنشاء المشتري قبول إنشاء البائع، وبالإمكان البيع إيقاعاً لعقد، وبعد ضم هذا الإنشاء إلى إنشاء البائع يترتب عليه التبديل الإعتباري، فهنا أمور ثلاثة:

أحدها: إنشاء البائع تملك المبيع بمال، وهذا أنتمليك الإنشائي يتحقق بين المالكين في آنٍ واحدٍ وفي رتبةٍ واحدة، بمعنى صيرورة كل من المالكين بدلاً عن الآخر في مقام الإنشاء.

ثانيها: إنشاء المشتري مطوعة ما أنشأه البائع، فمتعلق هذا الإنشاء أولاً وبالذات هو تملك المبيع بإزاء الثمن الذي مرجعه مطوعةً ببدلية الثمن عن المبيع. ولا إشكال في تأخر هذا الإنشاء عن إنشاء البائع رتبةً وزماناً، ومن المعلوم أن إنشاء التملك متضمن لإنشاء تملك المشتري للثمن، لكونه مقتضى المعاوضة المترتبة على التملكين، أعني بهما: تملك البائع و تملك المشتري، ومن البديهي تأخر تملك المشتري عن تملك البائع برتبتين، إحداهما: تأخره عن تملك المشتري الذي هو متعلق بإنشاء الشراء أولاً وبالذات، والأخرى: تأخره عن تملك البائع، ومع التأخر برتبتين كيف يعقل إتحاد التملكين رتبةً؟ كما في التقرير المزبور.

ثالثها: حكم الشارع أو غيره ممن بيده الاعتبار بترتب الأثر كالملكية على مجموع الإنشاءين، فهما كموضوع الحكم التكليفي كوجوب الحج المترتب على البالغ العاقل المستطيع، فإنشاء تملك البائع وإنشاء تملك المشتري معاً موضوع لحكم الشارع أو العرف بالملكية.

فتحصل مما ذكرناه أمور:

**الأول:** أن التملك الإنشائي بين المالكين يتحقق بنفس إنشاء البائع وفي زمانٍ واحد.

**الثاني:** أن المراد لضمنية تملك المشتري هو ترتبه على إنشاء مطوعة فعل البائع، بمعنى: أن إنشاء المشتري يتعلق أولاً وبالذات بتملك المبيع، و ثانياً بتملك الثمن، وهذا التملك يكون في ضمن إنشاء التملك.

**الثالث:** أنّ التملك الضمني ليس راجعاً إلى مقام الدلالة والإثبات، بل إلى مقام الثبوت واللب.

**الرابع:** أنّ تملك المشتري للثمن ليس في عرض تملك البائع ورتبته، بل في طوله. **وعليه** فما أفاده المصنف رحمته في دفع النقض بالشراء من كون تملك الثمن ضمناً في محله.

لكن يرد عليه: أنّ إطلاق تعريف البيع «بإنشاء تملك العين بمال» يشمل التملك الضمني كالاتقالي، فينتقض بالشراء، فيما كان الثمن عيناً لا منفعة.

**وأما** النقض عليه ببيع السلم، حيث إن المحكي إطباقهم على جواز كون الإيجاب فيه من المشتري بأن يقول: «أسلمت إليك عشرة دراهم في من من الحنطة» و تعقبه قبول البائع، فيكون تملك المشتري أصلياً و تملك البائع ضمناً، مع أنّ البائع هو صاحب الطعام، الذي يترتب قبوله على تملك المشتري للدراهم، فقد تخلّص منه السيد رحمته «بأن الإيجاب وإن كان من المشتري، إلا أنه يملك بعنوان العوض، فكأنه قال: أعطيتك الدراهم عوضاً عن تملكك الطعام، فالتملك الأصلي من البائع والضمني من المشتري، فلا نقض»<sup>أ</sup>.

هذا، مع إمكان كون العوض في باب السلم منفعة مملوكة كسكنى الدار، بأن يُخلّي المشتري بينها وبين البائع لاستيفائها، فإن الثمن مقبوض، ولا ينتقض تعريف البيع حينئذ، لا اعتبار كون المعوض عيناً ولو كلياً في الذمة، هذا.

إلا أن يقال: بورود الاشكال على تعريف البيع حينئذ، إذ لازم ذلك إنكار صدق الحد على تملك المنفعة، لعدم كونها عيناً، مع أنه لا ريب في مصداقته لبيع السلم، فينحصر الجواب في توجيه السيد رحمته من أنّ ما يدفعه المشتري إلى البائع معنون بكونه عوضاً لا معوضاً، سواء أكان الثمن عيناً أم منفعة أم حقاً قابلاً للنقل الى الغير.



و به<sup>(١)</sup> يظهر إندفاع الإيراد بانتقاضه<sup>(٢)</sup> بمسأجر العين

#### هـ- إنتقاض التعريف بالاستيجار بالعين

(١) أي: و بما ذكرناه - من كون التملك في الشراء ضمناً - يظهر إندفاع الإيراد... الخ. وهذا إشكال خامس على تعريف البيع بإنشاء تملك عين بمال، و لم يُفرد بالبحث لأجل مشاركته للإشكال الرابع نقضاً و جواباً، فهنا أمران، أحدهما تقريب النقض، و ثانيها دفعه. أما الأول - و هو أصل النقض - فبيانه: أن حقيقة الاجارة - كما سبق التعرض له في إعتبار عينية المبيع - هي تملك المنفعة بعوض، سواء أكان العوض عيناً كالدينار و الكتاب و نحوهما، كما إذا أجر داره شهراً بدينار، أم منفعة كما إذا أجر داره شهراً بخياطة ثوب أو نجارة سرير و نحوهما، فإذا استأجر زيد داراً من عمرو و كانت الأجرة عيناً كدينار صدق على تملك الدينار للموَجِر: أنه إنشاء تملك عين بمال، و هذا معنى إنتقاض تعريف البيع باستيجار عين بعين.

و يظهر من هذا البيان ورود هذا النقض أيضاً على تعريف البيع بانتقال عين مملوكة بعوض.

و أما الثاني - و هو جواب النقض - فتوضيحه: أن الاستيجار ليس إنشاء تملك الأجرة كالدينار بالمنفعة، بل حقيقته إنشاء تملك المنفعة بالأجرة، فتملك الأجرة لمالك الدار مثلاً ضمنى، و ليس بنفسه - أولاً و بالذات - متعلقاً للإنشاء، كما تقدم في حقيقة الشراء.

(٢) بيان للإيراد، يعني: ينتقض تعريف البيع - بإنشاء تملك عين بمال - بباب الإجارة إذا كانت الأجرة عيناً كالدينار و الكتاب.

ثم إن في إستهاده المصنف رحمته - على ضمنية تملك المشتري - بعدم جواز إنشاء القبول بلفظ «ملكت» مسامحة، إذ لا شهادة في عدم جواز ذلك على كون التملك الشرائى ضمناً، إذ لو أريد عدم الجواز شرعاً كان خارجاً عن محل الكلام، إذ مورد البحث هو البيع العرفى، و إن أريد عدم الجواز عرفاً فهو غير ظاهر، بل ممنوع.

بعين<sup>(١)</sup>، حيث<sup>(٢)</sup> إن الاستيجار يتضمّن تملك العين بمالٍ أعني المنفعة (\*).  
ومنها<sup>(٣)</sup>: إنتقاض

(١) قد عرفت أنّ تقييد النقص - بالإجارة - بما إذا كانت الأجرة عيناً إنّما هو لأجل إخراج مستأجر العين بالمنفعة، فإنّه لا تملك للعين أصلاً لا من طرف المؤجر لكونه مملّكاً لمنفعة العين لا رقيبتها، ولا من طرف المستأجر، لفرض كونه مملّكاً لمنفعة كالحياطة و التجارة، فتقع المبادلة بين منفتحين، فلا مورد حينئذٍ لدخول الإجارة في تعريف البيع حتى ينتقض تعريفه بها.

(٢) هذا تقريب النقص، وقد عرفته. وأمّا جواب النقص فقد أحاله المصنف على ما ذكره في دفع النقص بالشراء، ومحصله: أن المستأجر بالعين إنّما يتملك المنفعة بعوض بالأصالة، ويملك عينه للموخر ضمناً، كما أنّ المشتري يتملك المبيع أصالةً، ويملك الثمن للبايع ضمناً، فلا موضوع للنقض.

#### و- إنتقاض التعريف بالصلح

(٣) أي: ومن الأمور الباقية على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمالٍ» إنتقاضه

(\*) لا يخفى أنّ دفع الاشكال عن الاستيجار بالعين بما في المتن مبني على كون الإجارة بمعنى «تملك المنفعة» حتى يكون الإستيجار تملك المنفعة، كي يجاب عن الاشكال بأنّ مفهوم الاستيجار - إذا كانت الأجرة عيناً - هو تملك المنفعة بالعين ليصير تملك العين بعوض ضمناً.

لكن الأمر ليس كذلك، لأنّ حقيقة الاجارة ليست تملك المنفعة بعوض و الاستيجار تملك المنفعة، إذ لو كانت حقيقتها التملك لَحَرَجَتِ الاجارات الواقعة على الموقوفات، خصوصاً إذا كانت الأجرة غير مملوكة أيضاً، كما إذا إستأجر الولي العام خاناً وقفياً لحفظ الزكوات أو للزّوار والغرباء، فإنّ شيئاً من المنفعة والأجرة ليس مملوكاً للموخر والمستأجر، مع صحة الإجارة، ودخول هذا النحو من المعاملة في عنوان الاجارة عرفاً، فحقيقة الاجارة هي التبديل بين المنفعة والأجرة.

## طرده (\*#) بالصلح على العين

بالصلح على عينٍ بعوض و بالهبة المعوضة، و هذا خامس الاشكالات التي أوردتها المصنف رحمته على تعريفه للبيع، و قد أوردته صاحب الجواهر رحمته على تعريف المصاييح - الذي هو كأصل لما في المتن - بقوله: «و فيه - مع كونه مبنياً على أصالة البيع في نقل الأعيان بالعوض - من دون توقف على قصد البيع - ينتقض بالصلح والهبة المعوضة»<sup>أ</sup>.

و قد سبقهما الشهيد الثاني، حيث عدَّ النقض بالصلح والهبة المعوضة من وجوه الخلل في تعريف البيع «بالعقد الدال على نقل الملك» كما الشرائع، قال في المسالك: «الثالث: ينتقض أيضاً بالهبة المشروط فيها عوض معين، فإنَّ التعريف يشملها و ليست بيعاً. الرابع: يدخل فيه أيضاً: الصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معين، فإنه ليس بيعاً عند المصنف»<sup>ب</sup>.

و يظهر منه عدم إختصاص النقض بهما بتعريف البيع بإنشاء التمليك أو بالعقد الدال على نقل الملك، بل يرد على تعريفه بانتقال عين مملوكة أيضاً كما أورد به المحقق الثاني على تعريف العلامة، فراجع ج.

و كيف كان فتوضيح هذا الاشكال الخامس هو: عدم مانعية التعريف عن دخول غير البيع في الحد، و ذلك لأنَّ «إنشاء تمليك عين بمال» يصدق على عقدين آخرين. أحدهما: الصلح على العين بماله كما إذا صلح على الدار بألف دينار.

(\*) الأولى أن يقال: «و منها: صدقه على الصلح بعين...» أو «إنتقاض طرده أيضاً بالصلح...» إذ ربما يوهم تعبير المتن «طرده» مخالفة هذا النقض سنخاً للنقوض المتقدمة، و المفروض أنَّ النقض بالصلح إشكالٌ على عدم طرد التعريف كالنقوض السابقة، و ليس إشكالاً على عكس التعريف حتى يكون مغايراً لتلك النقوض سنخاً، فإنَّ الاشكال على عكسه - أي: جامعته - سيأتي إن شاء الله تعالى، و لم يظهر وجه للعدول عن السياق.

أ : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٦ .

ب : مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٤٦

ج : جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٥

بمال<sup>(١)</sup>، وبالهبة<sup>(٢)</sup> المعوضة (\*).

الثاني: الهبة المعوضة، كما إذا وهبه كتاباً بشرط أن يدفع المتهب ديناراً إلى الواهب.  
والوجه في النقض واضح، لما فيها من إنشاء تمليك عين بمالٍ كانشاء تمليكها به في البيع،  
وعليه لا يكون تعريف البيع هنا مانعاً عن دخول الغير فيه، كالصلح والهبة المعوضة  
والإجارة، مع أنه لا ريب في خروجها عن حد البيع، بشهادة عقد بابٍ على حدة لكل منها في  
المعاملات، فتعيّن حينئذٍ تعريف البيع بتعريف آخر مطرّد و منعكس.  
١) تقييد النقض بما إذا كان «الصلح على عينٍ» إنّما هو لسلامة تعريف البيع عن هذا  
النقض إذا كان الصلح على منفعةٍ أو على حقٍّ قابلٍ للاسقاط أو النقل، أو كان الصلح على إبراء  
دينٍ، فالأوّل كما إذا صالح على سكنى الدار شهراً بدينار، والثاني كالصلح على حق الخيار أو  
حق التحجير بدينار، والثالث كالصلح على إبراء ما في ذمة المديون من الدين بدينار، فالصلح في  
هذه الموارد لا يصدق عليه «انشاء تمليك عينٍ بمالٍ» حتى ينتقض تعريف البيع به كما هو واضح.

#### ز - إنتقاض التعريف بالهبة المعوضة

٢) معطوف على قوله: «بالصلح» و تقريب إنتقاض التعريف بالهبة المعوضة هو: أن  
الموهوب لا يبدأ أن يكون عيناً، في الهبة المعوضة يُنشئ الواهب تمليك عينٍ بعوضٍ، فيصدق  
تعريف البيع على الهبة، و تدرج هي في الحدّ مع وضوح خروجها عنه، وعليه فليس التعريف  
مانعاً للأغيار.

(\*) لا يخفى أن الهبة المعوضة تكون على أقسام:

أحدها: أن يعطي المتهب شيئاً للواهب من دون أن يشترط الواهب عليه عوضاً،  
بل يعطيه تداركاً لإحسانه.

ثانيها: أن يشترط الواهب على المتهب عوضاً، كأن يهبه داراً بشرط أن يعطيه كتاب  
البحار مثلاً.

ثالثها: أن تكون الهبة في مقابل مثلها، كأن يقول: «و هبتك كذا بهبتك كذا» بحيث تكون  
المقابلة بين الهبتين.

## و فيه<sup>(١)</sup>: أن حقيقة الصلح

١) هذا دفع الاشكال الخامس، ولما كان متضمناً لتقضى تعريف البيع بعقدين آخرين - وهما الصلح والهبة الموعوضة - فلذا تصدّى للجواب عن كل واحد منها بما يناسبه. فيقع الكلام في مقامين: أحدهما في التقضى عن التقضى بالصلح، والثاني في دفع التقضى بالهبة الموعوضة. أمّا المقام الأول، فحصل ما أفاده فيه: مغايرة البيع والصلح مفهوماً، واستدل عليه بأمر ثلاثة.

أما إختلافهما مفهوماً فبيانه: أن البيع - كما تقدّم في كلام بعض أهل اللغة كالفيومي

رابعها: أن تكون الهبة مشروطة بشيء بنحو شرط النتيجة، كأن يقول الواهب: «وهبتك كذا بشرط أن تكون دارك ملكي».

و المناسب للتقضى هو الهبة التي تقع المقابلة فيها بين المالين بنحو يكون العوض جزءاً لا شرطاً كما في القسم الثالث، إذ الهبة الثانية تكون عوضاً عن الهبة الأولى، فيصدق عليه: «إنشاء تملك عين بعوض» بخلاف ما عداه من الأقسام المزبورة، فإن شرط العوض غير نفس العوض بنحو الجزئية، وكونه مقابلاً للعين الموهوبة كمقابلة الثمن للثمن في البيع. ولذا تبطل الهبة بانتفاء العوض فيما إذا كان مقابلاً للموهوب، كبطلان كل معاوضة يفقدان أحد العوضين قبل القبض، دون ما إذا كان بنحو الشرطية، لأن إنتفاء الشرط لا يوجب البطلان، بل يوجب الخيار.

وبالجملة: فتمليك مالٍ بازاء مالٍ خارجي بيع، وكذا تملك مالٍ بازاء فعل من الأفعال المتمولة من إعطاء و تملك و خياطة و قسارة و غير ذلك من الأعمال المتمولة، فإن جميع هذه التملكيات مصاديق البيع الذي هو تملك عين متمولة بمال.

ومما ذكرناه يظهر ما في حاشية السيد قده من جعل بعض أقسام التملكيات المزبورة من الهبة مع أنها من البيع. لأن تملك العين بعوض - سواء أكان العوض عيناً أم منفعة أم حقاً - ليس إلا البيع، فإن التملك المقابل بالتمليك أيضاً بيع، لكون التملك عملاً، وسيأتي تفصيل مقابلة العين بالتمليك أو التملك بمثله في رابع تنبيهات المعاطاة إن شاء الله تعالى.

وكذا في كلمات الفقهاء - تمليك عين بمال على وجه المقابلة، فلا يصدق على تمليك غير الأعيان من المحقوق والمنافع، كما لا يصدق على تمليك عينٍ خالٍ عن العوض. ومعنى الصلح هو التراضي بين المتنازعين و تسالمهما على أمرٍ من تمليك عينٍ أو منفعةٍ، أو إباحةٍ تصرفٍ، أو سقوطٍ حقٍّ، أو إبراءٍ دينٍ، ونحوها. قال العلامة الطريحي في بيان النبوي: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرّم حلالاً» ما لفظه: «أراد بالصلح: التراضي بين المتنازعين، لأنّه عقدٌ شرّع لقطع المنازعة»<sup>أ</sup>.

و عليه فحقيقة الصلح - إذا تعلّق بعينٍ مع عوض - ليست إنشاءً تمليك عينٍ بمال حتى ينتقض به البيع، بل هي التسالم الإعتباري، يعني: أن الإنشاء يتعلّق أولاً بالتراضي والموافقة، لا بالتمليك، إلا أن التسالم حيث إنّه من سنخ المعاني التعلّيقية - لاستحالة التراضي المطلق كاستحالة تعلّقه بالأعيان - فلا بد من تعلّقه بفعلٍ أو بحكمٍ، فالأوّل - أي تعلّقه بالفعل - نظير الصلح عن الدار بألف دينار، بأن يكون المقصود التسالم على تمليكها بالألف، والثاني كالصلح على ملكيتها بالألف.

و فائده هذا السنخ من الصلح - إذا تعلّق بالتمليك - وإن كانت متّحدة مع البيع من حيث وقوع المبادلة بين عينٍ و عوضٍ، إلاّ أنّ العبرة في صدق كل عقدٍ - ليترتب عليه أحكامه الخاصة به - هي نفس العنوان المنشأ، سواء إتحدت نتيجته مع عقد آخر أم إختلفت عنه. هذا كلّهُ في إختلاف مفهومي البيع و الصلح سنخاً.

وأما الدليل عليه فوجوه ثلاثة تشير إليها فعلاً، و سيأتي توضيحها عند شرح كلمات المصنف رحمته.

أولها: تعدي البيع بنفسه الى المبيع، و تعدي الصلح إلى متعلّقه بالحرف، سواء أكان المتصلح عليه عيناً أم منفعة، و سواء أفاد الملك أم الاباحة أم غيرها، و من المعلوم أنّ التعدي بالنفس و بالحرف أمانة إختلاف المفهومين.

ثانيها: أنّ الصلح مجري في موارد طائفة من العقود المعاوضية و الإيقاعات، فلو كان

- ولو<sup>(١)</sup> تعلق بالعين - ليس هو التملك على وجه المقابلة<sup>(٢)</sup> و المعاوضة، بل معناه الأصلي<sup>(٣)</sup> هو التسالم، ولذا<sup>(٤)</sup> لا يتعدى بنفسه إلى المال.

مدلوله كالبيع تملك عين بعوضٍ فإمّا أن يكون إطلاقه في تملك المنفعة و إسقاط الحق ونحوها مجازياً، وإمّا بنحو الاشتراك اللفظي، وكلاهما ممنوع.

ثالثها: أنّه لو كان التملك مأخوذاً في مفهوم الصلح لزم أن يكون طلبه من الخصم إقراراً بملكيته، مع أنّهم فرّقوا بين طلب التملك و طلب الصلح على المتنازع فيه. فهذه أمور تشهد بأنّ «التملك على وجه المقابلة» غير ملحوظ في تعريف الصلح، وأنّ مفهومه مجرد التسالم معها كان المتسالم عليه، هذا.

(١) و صليّة، يعني: لا فرق في عدم تضمّن مفهوم الصلح للتملك على وجه المقابلة بين كون المتصلح عليه عيناً، و غيرها، فالمنشأ في وعاء الاعتبار هو التسالم، لا التملك بنحو المعاوضة بين عين و مالٍ.

و نيّه بقوله: «ولو تعلق بعين» على مورد النقض، حيث إنّ مورد إنتقاض تعريف البيع إمّا هو الصلح على العين، كما تقدّم في عبارتي المسالك و الجواهر، فدفعه المصنف رحمته بأجنبية مفهوم الصلح عن التملك بالعوض، بل هو التّسالم و التراضي بلا فرق بين تعلّقه بالعين أو بالمنفعة أو بغيرها كالحقوق.

(٢) أي: المقابلة بين العوضين، و بهذه العبارة يمكن إخراج الهبة المعوّضة عن تعريف البيع أيضاً، لأنّ تملك المثبّ للواهب ليس لاقتضاء تملك العين الموهوبة له، بل للشرط، مع أنّ الثمن في باب البيع عوض نفس المبيع، ولذا يصحّ سلب العنوان حقيقة عمّا إذا قال: «بعتك بلا ثمن».

(٣) الذي هو المنشأ، و هو المناط في تعنون الإنشاء بعنوان الصلح، و لا عبرة بالفائدة المترتبة عليه.

(٤) هذا هو الدليل الأوّل على تباين مفهومي البيع و الصلح سنخاً، و محصله: أنّ مادة

نعم<sup>(١)</sup> هو متضمن للتمليك إذا تعلق بغيره، لا أنه<sup>(٢)</sup> نفسه.  
والذي يدلُّك على هذا<sup>(٣)</sup> أن الصلح قد يتعلَّق

«البيع» تتعدى الى المبيع بنفسها، فيقال: «بعثت الدار بكذا». ولكن الصلح لا يتعدى الى المتصالح عليه بنفسه، بل بمعونة حرف المجاوزة أو الاستعلاء، فيقال: «صالحتك عمًا عَلِم بما عَلِم» أو «صالحتك على أن يكون هذا لك و ذلك لي» فيعلم منه عدم كون الصلح بمعنى التملك والنقل والبيع المتعدية بأنفسها الى العين، لأن التعدية بالنفس وبالطرف أمانة إختلاف المفهومين. ولو كان الصلح بمعنى التملك على وجه المقابلة لَصَحَّ إنشاؤه بمثل «صالحتك الدار بألف دينار» مع عدم صحته.

(١) إستدراك على قوله: «ليس هو التملك» وقد عرفت عدم المنافاة بين كون المُنشأ في الصلح هو التراضي على أمر، وبين إفادته التملك.

(٢) يعني: لا أن الصلح نفس تملك العين على وجه المقابلة كالبيع.

(٣) أي: على أن الصلح هو التسالم الاعتباري، لا التملك. و غرضه إقامة دليل ثانٍ على عدم كون الصلح نفس التملك، و حاصله: أن الصلح يجري في موارد عقود و معاوضات متعددة، و يفيد في كل واحد منها فائدة تلك المعاملة. و المذكور منها في المتن خمسة:

أولها: أن يتعلَّق التسالم بتمليك عينٍ في قبالة عوض، و فائدته فائدة البيع، غير أن الأحكام الخاصة به لا تجري في الصلح، كخيار المجلس، فيتملك لزومًا كلُّ من المتصالحين المألَّ عقيبَ وقوع العقد و إن لم يفترقا عن مجلس المعاملة.

ثانيها: أن يتعلَّق التسالم بتمليك منفعة كسكنى الدار مدة شهرٍ بدينار، و ثمرته متَّحدة مع الإجارة.

ثالثها: أن يتعلَّق التسالم بتسلط المتصالح على الإنتفاع بملك المتصالح، فيباح له الإنتفاع به من دون دخول المنفعة في ملكه، و هذا فائدة عقد العارية.

رابعها: أن يتعلَّق الصلح بإسقاط حقٍّ أو بنقله، فالأول كما إذا تصالح الشفيع و المشتري



على إسقاط حق الشفعة، أو تصالح ذوالخيار مع من عليه الخيار على رفع اليد عن حقه. والثاني كالصلح على نقل حق التحجير الى الغير حتى يكون المتصالح - بمنزلة المحجر - أولى بإحياء الأرض و عمارتها من غيره.

خامسها: أن يتعلّق الصلح بتقرير مقاوله بين المتصالحين، كما إذا اشترك شخصان في رأس مالٍ للتجارة به، فاتّجرا و ربّحا، غير أنّ الفوائد موزّعة بعضها نقوداً و بعضها ديوناً على آخرين، فإنّ مقتضى عقد الشركة توزيع الأرباح و الخسائر على ذوي الحِصص بنسبتها. لكن لو أراد أحد الشريكين فسخ الشركة و أخذ رأس ماله جازاً أن يُصالح شريكه على سحب حصته، بأن يكون الربحُ و الخسارةُ المحتملان في مال الآخر، فإنّ كانت شركتها رابحةً كانت الفائدة له بمنزلة هبة من الذي أخذ حصته، و إن كانت خاسرةً فالمتضرّر أربأ ذمة ذلك الذي استقلّ برأس ماله.

و فائدة هذا الصلح تثبيت المقاوله المذكورة بين المتصالحين، إذ لولاها كان اللازم العمل بمقتضى عقد الشركة من توزيع الربح و الخسارة على الشريكين بنسبة الحِصص.

هذه جملة من الموارد التي شُرّع عقد الصلح فيها، و لا يترتب تمليك العين فيها إلا على الأوّل منها أعني به الصلح على عينٍ بعوضٍ، و هو متحد مع البيع أثراً و فائدةً.

و حيث كانت الفوائد في هذه المقامات متفاوتةً فالمتعین جعل المنشأ جامع التسالم و التراضي كي ينطبق المفهومُ على جميع الموارد، و لم يؤخذ التمليك في حقيقة عقد الصلح حينئذٍ. ولو لم يكن المنشأ هو جامع التسالم فإمّا أن يُلترَم بأنّ الصلح كالبيع تمليك عين بعوضٍ لا غير، فيكون إستعماله مجازاً في ما لو تعلق بتمليك المنفعة أو بإباحة الانتفاع أو بإسقاط حقٍّ و ما شابه ذلك. و إمّا أن يُلترَم بتعدد الوضع، بأن يكون موضوعاً مرةً لتمليك العين، و أخرى لإباحة الانتفاع، و نالته للإبراء، و هكذا.

بالمال عيناً<sup>(١)</sup> أو منفعةً، فيفيد التملك.

و قد يتعلّق<sup>(٢)</sup> بالانتفاع فيفيد فائدة العارية، و هو مجردّ التسليط.

و قد يتعلّق<sup>(٣)</sup> بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال.

و كلاهما كما ترى، أما مجازية إستعماله فيما عدا تملك الأعيان فظاهر المنع، فإن إستعماله في الأمثلة المتقدمة يكون بوزانٍ واحد، و ليس في الصلح على الإبراء مثلاً قرينة صارفة عن معناه الحقيقي - أي تملك العين - الى معنى آخر. و أما اشتراكه اللفظي فكذلك واضح البطلان، إذ المعهود بينهم هو إنطباق الصلح بفهمه الوحيداني على تلك الموارد، و إن كان مفيداً في كل موردٍ فائدة غير الفائدة المترتبة على مورد آخر.

(١) هذا إشارة الى المورد الأول، و هو يفيد فائدة البيع، و إن لم يترتب عليه أحكامه

الخاصة به، فلا يثبت في هذا الصلح خيارُ المجلس.

كما أنّ قوله: «أو منفعة» إشارة الى المورد الثاني، و هو يفيد فائدة الإجارة.

ثم إنّ تصريحه بأعميّة المال من العين و المنفعة يوافق ما أفاده في أوّل كتاب البيع من كفاية كون الثمن منفعةً متمولة، و يخالف ما سيأتي منه في بحث المقبوض بالعقد الفاسد من التشكيك في صدق المال على المنافع.

(٢) هذا إشارة الى المورد الثالث، و هو: إفادة الصلح فائدة العارية و هي التسليط على

العين للانتفاع بها. و الفارق بين الانتفاع و المنفعة أن الانتفاع عَرَض قائم بالمستعير، بخلاف المنفعة التي هي حثيثة في نفس العين ذات المنفعة.

و هل تفيد العارية الإذن في الانتفاع من دون أن يتملك المستعير شيئاً، أم تفيد الملك.

كما أنّ الإجارة تملك المنفعة؟ و جهان، و لا صراحة في عبارة المصنف رحمته في واحدٍ منها.

و لعلّ قوله: «مجردّ التسليط» أقرب الى إفادة الإباحة المالكية لا التملك.

(٣) هذا إشارة الى المورد الرابع، و هو الصلح على الحقوق، فإن كان الحقّ قابلاً للإسقاط

خاصة ترتّب على الصلح عليه سقوطه عنّ عليه الحق. و إن كان قابلاً لكلّ من الإسقاط و النقل جاز الصلح على كلتا الحثيتين. و أما الحق غير القابل للإسقاط كحق الولاية و نحوه

و قد يتعلّق<sup>(١)</sup> بتقرير أمر بين المتصلحين، كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: «صالحتك على أن يكون الربح لك والخسران عليك» فيفيد مجرد التقرير. فلو كانت<sup>(٢)</sup> حقيقة الصلح هي عين كل من هذه المفادات الخمسة، لزم كونه مشتركاً لفظياً، وهو واضح البطلان<sup>(٣)</sup>، فلم يبقَ إلا أن يكون مفهومه معنى آخر<sup>(٤)</sup>،

فلا يقبل الصلح عليه.

(١) هذا إشارة إلى المورد الخامس وهو الصلح على مقاوله بين شريكين لأجل تقريرها وتثبيتها، والظاهر مشروعية هذا النوع من الصلح، قال المحقق: «و إذا اصططح الشريكان، على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله، صح»<sup>أ</sup>.

و مستنده - مضافاً إلى إطلاق دليل الصلح - خصوص معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين إشتراكاً في مال، فرجحا فيه، و كان من المال دين، و عليهما دين [ و في التهذيب: و كان من المال دين و عين ] و قال لصاحبه: أعطني رأس المال و لك الربح و عليك التوى، فقال: لا بأس إذا إشتراكاً، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله عز وجل»<sup>ب</sup>.

(٢) غرضه تبيح الإستنتاج مما ذكره بقوله: «و يدلّك على هذا» إلى هنا، و أنّ الصلح لو استعمل في تلك الموارد حقيقة - بعد عدم وجود جامع بينها كالتملك - لزم كونه مشتركاً لفظياً، و المقرر في محله بطلانه، فهذا التالي الفاسد شاهد على نفي تعدّد الوضع، فلا بد من فرض جامع بين الموارد وهو التسالم. و عليه يخرج التملك - في الصلح على العين - عن حريم المفهوم، و إنّما يقتضيه المتعلّق.

(٣) إذ لم يدّعه أحد، و عدم إدعائه يدلّ على عدم إشتراكه اللفظي، مضافاً إلى كونه خلاف الأصل.

(٤) يعني: غير التملك و التسليط و الإسقاط و التقرير و نحوها.

أ : شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٢١

ب : وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٦٥، الباب ٤ من كتاب الصلح، الحديث: ١

وهو التسالم (\*)، فيفيد في كل موضع فائدةً من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه. فالصلح<sup>(١)</sup> على العين بعوضٍ تسالمٌ عليه، وهو<sup>(٢)</sup> يتضمّن التملك، لا أن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام<sup>(٣)</sup> و حقيقته

(١) هذه نتيجة نبي الإشتراك اللفظي، وأن الصلح موضوع بنحو الاشتراك المعنوي لجامع التسالم و التراضي، فيكون التسالم على كل شيء بحسبه مقتضى متعلق الصلح، ولا دخل لذلك الأثر المترتب عليه في مفهوم الصلح و معناه.

(٢) أي: الصلح على العين يقتضي التملك و إن لم يكن المنشأ تملك عين بعوض. و قد عرفت أن المدار في صدق عنوان من العناوين الإعتبارية نفس المنشأ، لا الخواص التي قد يشترك فيها عقدان أو أكثر.

(٣) وهو مقام نقض تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» بالصلح على عين بعوض، فكما أن الصلح على الانتفاع ليس معناه التسليم بل معناه التسالم، فكذا في الصلح على عين بعوض، فليس مفهومه التملك و إن ترتب عليه لأجل خصوصية في متعلق التسالم.

(\*) قد يشكل التفصي عن النقص - بجعل حقيقة الصلح تسالماً على أمرٍ - بما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من: أن التسالم من مقولة الالتزام، وهو سنخ معنى لا يتعلق بالعين، بل لا بد من تقدير الفعل المناسب كالحلية و الحرمة المتعلقةين بالأعيان، و عليه فلا معنى للتسالم على العين إلا باعتبار فعل كالتملك أو نتيجته كالملكية، فالمنشأ حقيقةً هو التسالم على مثل التملك أو الإباحة، لا التراضي المطلق حتى يخرج المتعلق عن حاق المفهوم و يصير فائدة له. فالتسالم كالمتنازع و إن تعلقاً ظاهراً بالأعيان، إلا أن التسالم عليه لباً و المتنازع فيه كذلك ليس هو نفس العين؛ بل حبيشة أخرى من حيثياتها، كملك الرقبة أو المنفعة أو إباحة الانتفاع بها، و نتيجة ذلك إنتقاص تعريف البيع «بانشاء التملك» و نحوه بالصلح على العين بعوض؛ كما ذكره الشهيد الثاني و صاحب الجواهر رحمتهما إذ المنشأ هو التسالم على تملكها لا التسالم المطلق حتى يكون متضمناً للتملك، هذا.

هو إنشاء التملك<sup>(١)</sup>  
و من هنا<sup>(٢)</sup> لم يكن

(١) حتى ينتقض تعريف البيع بهذا المورد من موارد الصلح.  
(٢) يعني: و من عدم كون مفهوم الصلح - إذا تعلق بعين على عوض - هو التملك لم يكن طلب الصلح من المنكر إقراراً بصحة ما يدعيه المدعي، و غرضه إقامة دليل ثالث على اختلاف البيع و الصلح مفهومًا، و عدم كون الصلح تملكًا، و توضيحه: أنهم ذكروا في كتاب الصلح: إذا تنازع زيد و عمرو على أرض - مثلاً - فادعى زيد ملكيتها، و أنكر عمرو ذلك، فأرادا التصالح و فصل الخصومة، أمكن ذلك بأحد نحوين:  
الأول: أن يستدعي عمرو من زيد بيع الأرض أو تملكها، فيقول: «يعني الأرض أو ملكتها».

مضافاً إلى: أن حقيقة الصلح لو كانت هي التسالم للزم جواز إنشاء الصلح بلفظ «سالمت» مقام «صالحت» كما تقدم نظير هذا الاشكال من المصنف على بعض التعاريف، و لم يظهر من الأصحاب جوازه، و ذلك يكشف عن عدم كون التسالم مراداً للصلح، و إلا جاز إنشاؤه به.

فلعل الأولى أن يقال: إن الجامع بين موارد الصلح - بحيث ينطبق عليها - هو التجاوز و رفع اليد عن متعلق الصلح، فمعنى قوله: «صالحتك عن الدار أو عن منفعتها أو عن الخيار أو غيره من الحقوق» هو رفع اليد و الإعراض عنه.

أو يقال: إن الصلح في غير موارد التملك أجنبي عن البيع، فلا ينتقض به، و في موارد التملك إذا كان - متعلقاً بالعين - كالصلح على الدار و الدكان و غيرهما من الأعيان بعوض، فيمكن أن يقال: إنه بيع حقيقة، غاية الأمر أنه إنشاء بغير لفظ البيع، فلا يرد نقض.

نعم بناءً على عدم جواز إنشاء البيع بلفظ آخر فالنقض وارد، و دفعه منحصر بكون الصلح حقيقةً في التجاوز و رفع اليد عما تعلق به كما قيل.

طلبه<sup>(١)</sup> من الخصم إقراراً له، بخلاف طلب التملك<sup>(٢)</sup>.  
و أما<sup>(٣)</sup> الهبة المعوضة

الثاني: أن يستدعي منه الصلح على تلك الأرض، فيقول: «صالحني عليها بكذا». و فرقا بين الطريقتين بأن الأول - وهو طلب التملك و البيع - يُعد تنازلاً من المنكر وإعترافاً بالكية المدعي للعين المتنازع فيها، إذ لا معنى لإستدعاء البيع من غير المالك، فلا بد أن يتضمن طلب البيع إقراراً بصحة دعوى زيد و مالكيته للأرض. بخلاف الثاني، فإن إستدعاء الصلح ليس إقراراً بصحة دعوى زيد، لأنّ همة قطع المنازعة. قال المحقق: «و إذا قال المدعى عليه: صالحني عليه، لم يكن إقراراً، لأنّه قد يصحّ مع الإنكار. أمّا لو قال: يعني أو مَلَكني كان إقراراً».

و هذا التفصيل خير شاهد على أنّ حقيقة الصلح - مع الغض عن متعلّقه - ليست تملكاً، و إلا لم يكن فرق بين أن يُطالب المنكر من المدعي تملك العين بالبيع، و بين أن يُطالب الصلح عليها.

هذا توضيح كلمات المصنف رحمته في المقام الأول من الجواب عن الاشكال الخامس. و أما المقام الثاني المتعلق بدفع النقض بالهبة المعوضة فسيأتي.

(١) يعني: أن طلب المنكر الصلح و استدعاءه من المدعي ليس إقراراً له بكونه مالكاً.  
(٢) حيث إن طلب التملك من المنكر إقراراً منه للخصم، فلو كانت حقيقة الصلح تملكاً لكان طلبه كطلب التملك إقراراً للخصم و تصديقاً له في دعواه، بدهاة أن طلب التملك لا يصحّ إلا فيما إذا كان بناء طالب التملك على مالكية الخصم للمدعى به، إذ لا معنى لطلب التملك من غير المالك.

(٣) هذا شروع في المقام الثاني أعني به دفع نقض تعريف البيع - بإنشاء تملك عين بمال - بالهبة المعوضة، أي المشروط فيها العوض، و محصله: إختلاف مفهومي البيع و الهبة، فالبيع متقوم بالعوض بحيث لو كان التملك من طرف واحد صحّ سلب العنوان عنه، ولكن الهبة متقومة بالمجانبة و تملك العين بلا عوض، ففي الهبة المعوضة لا بدّ من إناطة وجوب العوض

و المراد بها هنا<sup>(١)</sup> ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاء تملك بعوض على جهة

بالشرط، بأن يشترط الواهب على المتب عليه شيء في قبالة هبته، و من المعلوم الفرق بين إقتضاء ذات العنوان المعاملي للعوض بحيث لا يصدق بدونه كما في البيع، و بين عدم إقتضاء نفس العنوان له، و توقُّف و جوب دفعه على الشرط، الذي هو خارج عن حدود المفهوم كما لا يخفى.

هذا بحسب الدعوى.

و الدليل على الفرق المزبور ما أفتى به الأصحاب في بحث الهبة المعوضة من: أن الواهب لا يملك العوض - المشروط على المتب - بمجرد هبته و قبول المتب، بل يتوقف تملكه للعوض على أن يملكه المتب، بحيث لو تخلف المتب عن الشرط و لم يف به لم تبطل هبة الواهب، و إنما يثبت له خيار تخلف الشرط، فيكون رجوعه عن هبته و استرداد عينه مستنداً الى الخيار، لا إلى إقتضاء ذات الهبة للمعاوضة و المقابلة، إذ لو كان كذلك إمتنع تملك المتب للعين الموهوبة من دون أن يملك الواهب للعوض الذي اشترطه على المتب.

و هذا الفرق كاشف عن كون هبة المتب للواهب تملكاً مستقلاً، و لا يقدح التخلف عنه في صدق عنوان «الهبة» على فعل الواهب. و هذا بخلاف البيع، فإن عدم قبول المشتري - بحيث يصير البيع بلائاً - يمنع عن صدق البيع عليه.

(١) أي: في مقام النقض على تعريف البيع، و مقصوده بَيِّعْتُ إخراج قسم آخر من الهبة المعوضة عن مورد النقض، و هو ما إذا لم يشترط العوض في عقد الهبة، ولكن المتب يهب شيئاً للواهب جبراً لإحسانه، و هذه و إن صدقت عليها الهبة المعوضة - على ما قيل - لاشتغالها على العوض، لكن لا ينتقض تعريف البيع بها، لعدم كون الإعطاء بعنوان العوض حتى يصدق المعاوضة بين المالكين أو بين الإعطاءين.

و بهذا ظهر أن مقصود المصنف بَيِّعْتُ بقوله: «هنا» ليس الإحتراز عن مثل العطية و النحلة و الصدقة و الوقف مما يطلق عليها الهبة بالمعنى العام، كما في بعض المحاشي، بل المراد به إخراج الهبة المعوضة التي يُعطي المتب شيئاً للواهب إحساناً إليه، لا لأجل الشرط.

المقابلة<sup>(١)</sup>، وإلا<sup>(٢)</sup> لم يعقل(\*) تملك أحدهما<sup>(٣)</sup> لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر.

(١) كما في البيع، فإنه تملك عين بعوض على جهة المقابلة بين المالين، فالهبة المعوضة يُقصد فيها المعاوضة بين المهبتين لا بين العين الموهوبة والعوض، فالهبة المعوضة تملك في قبالة تملك، لا معاوضة بين مالين كما هو المقصود في باب المعاوضات.

(٢) يعني: ولو كانت الهبة -المشروط فيها العوض- إنشاءً تملك عين بعوض على وجه المقابلة، لم يعقل تملك المتَّهب للعين الموهوبة قبل أن يُملك العوض للواهب، لامتناع إعتبار المعاوضة بين المالين إلا بتملك كل من المتعاملين للعوض في ظرف خروج العوض عنه، مع أنهم حكموا بانتقال العين الموهوبة إلى المتَّهب من دون تملك الواهب لشيء من مال المتَّهب. وهذا أقوى دليل على عدم كون الهبة مطلقاً - حتى المعاوضة - من سنخ المعاوضات.

(٣) يعني: تملك المتَّهب للموهوبة من دون تملك الواهب لعوضه الذي إستحققه بالشرط.

(\*) إعترض عليه المحقق الأيرواني رحمته بقوله: «هذا إذا كان العوض مالاً، وأما إذا كان فعلاً أعني تملك الآخر للمال على أن تكون الهبة تملكاً بازاء تملك، إستحق الواهب بقبول المتَّهب تملك المتَّهب للمال، لانفس المال، فإن ملك فهو، وإلا كان كامتناع المشتري من تسليم الثمن، والمقابلة مع ذلك محفوظة، لكن بين الفعلين لا بين المالين، أو بين مالٍ وفعلٍ». لكنه غير ظاهر، ضرورة أن المفروض أخذ العوض شرطاً في الهبة لا مقابلاً لها، فالعوض المشروط سواء كان عيناً أم فعلاً - كالتملك - لم يؤخذ على وجه المقابلة كما صرح به المصنف بقوله: «على جهة المقابلة» ومن المعلوم أن المعاوضة متقومة بجعل كل من المالين أو الفعلين عوضاً عن الآخر، والمعاوضة بهذا المعنى مفقودة في الهبة المعوضة، فالهبة المشروطة بهبة لا تقابل فيها بين الفعلين، واستحقاق الواهب بقبول المتَّهب تملكه أعم من كونه على وجه المقابلة وعلى نحو الشرط، فالمقابلة - مطلقاً - مفقودة في الهبة المعوضة.



مع<sup>(١)</sup> أن ظاهرهم عدم تملك العوض<sup>(٢)</sup> بمجرد تملك الموهوب له الهبة<sup>(٣)</sup>، بل<sup>(٤)</sup> غاية الأمر أن المتَّهب لو لم يُؤدِّ<sup>(٥)</sup> العوض كان للواهب الرجوعُ

(١) غرضه الاستدلال - على أجنبية الهبة المعوضة عن باب المعاوضات - بفتوى الأصحاب بأنَّ المتَّهب يتملك العين الموهوبة بمجرد قبول الهبة سواء وفي بالشرط أم لم يف به. قال المحقق: «ولا يجبر الموهوب له على دفع المشرَّط، بل يكون بالخيار» أي: يكون المتَّهب مخيراً بين التعويض و ردِّ العين الموهوبة الى الواهب، فلو إمتنع عن دفع العوض تخيَّر الواهب - بمقتضى الشرط - بين الرجوع والإمضاء، ومن المعلوم أن جواز رجوع الواهب كاشف عن تملك الموهب له - ولو بالملك المتزلزل - للعين الموهوبة قبل الوفاء بالشرط. ولو كان تملكها لها منوطاً بالعمل بالشرط لم يبق وجهٌ لأن يكون الواهب بالخيار، لبطان أصل العقد حينئذٍ.

وعليه فليست الهبة المشروطة فيها الثواب من سنخ المعاوضات، لاقتضاء المعاوضة ملكية كل واحدٍ من المالين في رتبة الآخر، فحكمهم بتملك المتَّهب - قبل أن يهب العوض للواهب - دليلٌ على خروج الهبة عن المعاوضات.

(٢) يعني: عدم تملك الواهب للعوض قبل أن يهبه المتَّهب، فجرد عقد الهبة المعوضة لا يقتضي تحقق ملكية كل منها في آن ملكية الآخر.

(٣) مفعول لقوله: «تملك» والمراد بالهبة هنا: العين الموهوبة.

(٤) يعني: ليس شرط العوض في الهبة كالبيع الموجب لتملك كل من المتعاملين لكل من العوضين في رتبة واحدة، بل غاية ما يترتب على هذا الشرط هي: أن الواهب يتسلط على الرجوع عن هبته لو لم يف المتَّهب بالشرط، إذ ليست حينئذٍ هبة معوضة، فهي وإن لم تكن باطلة من أول الأمر، لكنها جائزة كما هو الأصل في الهبة.

(٥) المقصود من الأداء هو الهبة الواجبة على المتَّهب من جهة الشرط.

في هبته<sup>(١)</sup> (\*)، فالظاهر<sup>(٢)</sup> أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض غير المشترط

(١) المقصود بجواز رجوع الواهب هنا هو الجواز الحقي الناشئ من تخلف المتب عن الوفاء بالشرط، وهذا وإن اتخذ أثره مع جواز فسخ عقد الهبة ذاتاً، إلا أن الأول جواز حقي قابل للإسقاط ومتعلقه العقد، والثاني حكمي غير قابل للإسقاط، ومتعلقه إسترداد العين الموهوبة. مضافاً إلى ظهور الثمرة في الهبة المشروطة لذي رحم، لانتفاء جوازها الحكمي، ويبقى ١٥٣٩ جوازها الحقي خاصة.

(٢) هذه نتيجة عدم كون الهبة معاوضة، يعني: أن شرط العوض في الهبة - بعد أن لم يكن موجباً لصيرورة الهبة كالمعاوضات - صار كالتعويض من باب الإحسان في كونه تمليكاً مستقلاً يقصده وقوعه عوضاً، فكما لا يكون التعويض غير المشروط في ضمن الهبة إلا تمليكاً مستقلاً، فكذلك التعويض المشروط في ضمنها، غايته أنه يكون في الهبة المشروطة هبتان، بخلاف غير المشروطة، حيث إنها واحدة.

والمحاصل: أن الهبة متقومة بالمجانة، في مقابل المعاوضة، فلا يصدق عليها «تمليك العين بعوض» حتى ينتقض بها تعريف البيع بانشاء تمليك عين بمال.

(\* ) و يشهد أيضاً بعدم اقتضاء الشرط كون الهبة من المعاوضات: ما ذكره الفقهاء من أنه لو ظهر كون العوض مستحقاً للغير لم تبطل الهبة، بل يجب دفع البدل مطلقاً أو خصوص المثل أو القيمة، ولو كانت المقابلة بين المالين بطل العقد بظهور الاستحقاق، قال في الجواهر: «ولو خرج العوض أو بعضه مستحقاً أخذه مالكة، ثم إن كانت الهبة مطلقاً لم يجب دفع بدله، ولكن للواهب الرجوع. وإن شرطت بالعوض ففي القواعد: دُفع المتب مثله أو قيمته مع التعيين، أو العين، أو ما شاء إن رضي الواهب مع الاطلاق. وهو ظاهر أيضاً في وجوب دفع العوض، وفي وجوب قبول الواهب له مع بدله، فيكون الهبة كالنكاح في عدم كون ظهور إستحقاق المهر مبطلاً لها».

فيها في<sup>(١)</sup> كونه تمليكاً مستقلاً يُقصد به وقوعه<sup>(٢)</sup> عوضاً، لا أن حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين<sup>(٣)</sup>، كما يتضح ذلك<sup>(٤)</sup> بملاحظة التعويض غير المشترط في ضمن الهبة الأولى<sup>(٥)</sup>.

فقد تحقق<sup>(٦)</sup> مما ذكرنا<sup>(٧)</sup> أن حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلا البيع.

(١) متعلق بالتعويض، وهو وجه اشتراك الهبة التي يكون العوض بسبب الشرط، مع الهبة التي يكون التعويض فيها من جهة الإحسان إلى الواهب، ووجه الاشتراك ما عرفته من كون هبة المتَّهب تمليكاً جديداً، وليس باقتضاء الهبة الأولى أي هبة الواهب.

(٢) هذا الضمير و ضمير «به» راجعان الى التمليك المستقل.

(٣) إذ لو كانت المقابلة ملحوظة كانت منافية للهبة التي قُصد بها المجانية المقومة

لحقيقتها، بداهة منافاة المجانية للمقابلة بين المالين.

(٤) أي: عدم كون الهبة المعوضة معاوضة حقيقية، وحاصله: أن بذل المتَّهب عوضاً إلى الواهب تداركاً لإحسانه كما لا يوجب صيرورة الهبة معاوضة حقيقية بأن تكون البدلية ملحوظة في العين الموهوبة وما يبذله المتَّهب، وكذلك لا تكون الهبة المشروطة بالعوض مندرجة في المعاوضة الحقيقية، لوضوح خروج الشرط عن حقيقة الهبة، كما في سائر الشروط الضمنية المأخوذة في المعاملات، فإنَّ المشروط أمرٌ لا يقتضيه طبع تلك المعاملة.

(٥) هذه الكلمة قرينة على أن المراد بالهبة المعوضة في المقام هو القسم الثالث المتقدم عند بيان النقص، أعني به ما يكون المقابلة بين الفعلين أي الهبتين، فالهبة الأولى تصير مشروطةً بالثانية، بأن يقول الواهب: «وهبتك هذا الكتاب على أن تهبني هذا الدرهم» فالهبة الأولى فعلٌ الواهب، والثانية فعلٌ المتَّهب.

هذا تمام ما حققه المصنف رحمته في المقام الثاني أعني به دفع النقص بالهبة المعوضة.

(٦) هذا تلخيص لما سبق في دفع النقص بالصلح والهبة المعوضة، وتمهيد للإشكال على

جعل الأصل في تمليك الأعيان هو البيع كما صرح به الفقيه الكبير كاشف الغطاء رحمته.

(٧) يعني: في جواب إنتفاض تعريف البيع بالصلح على عينٍ وبالهبة المعوضة، حيث

فلو<sup>١</sup> قال: «مَلَكَتْكَ كَذَا بِكَذَا» كان بيعاً<sup>٢</sup>، و لا يصحّ صلحاً و لا هبةً معوضةً

أفاد: أنّ حقيقة الصلح هي التسالم على أمرٍ، و ليس التملك مأخوذاً فيها، وأنّ الهبة المعوضة ليست تملكاً على وجه المقابلة بأن يدخل العوض في ملك الواهب بمجرد هبته، بل هبة المتهب تملك جديد، و قد دخل الموهوب في ملكه سواء وفي بالشرط أم لا.

و من هنا يُعلم أنّ «تملك عين بعوض» - على وجه المقابلة بين العوضين - منحصراً في البيع، فلذا لو أنشأ البائع الايجاب بالتملك لا بالبيع كان بيعاً لا معاملة أخرى، بأن قال: «مَلَكَتْكَ الكتاب بدينار» فإنّه متحد مفهوماً مع قوله: «بعثك الكتاب بدينار» و لا يكون هذا التملك صلحاً و لا هبةً معوضةً، إذ ليس المنشأ فيها جعل مالٍ عوضَ مالٍ آخر. و المفروض كما عرفت أنه جعل في قوله: «ملكك الكتاب بدينار» مالٌ و هو الدينار عوضَ الكتاب.

(١) هذه نتيجة إحصار «تملك عين بعوض على وجه المقابلة بين المالين» في البيع، و عدم كون هذا النحو من التملك مشتركاً معنوياً جامعاً بين البيع و الصلح على عين و الهبة المعوضة، و لا مشتركاً لفظياً بينها. و عليه فحقيقة التملك بالعوض هي البيع، و إستعماله فيما عداه مجازٌ يتوقف إرادته على قرينة.

(٢) أمّا كونه بيعاً فلأنّ مضمون هذه الصيغة الخاصة ليس إلاّ البيع، و المفروض قصده في مقام الإنشاء. و أمّا عدم كونه صلحاً و لا هبةً فواضح، لأنّه إمّا أن يقصد الموجب بقوله: «مَلَكَتْكَ كَذَا بِكَذَا» الصلح أو الهبة المشروطة بالعوض، و إمّا أن لا يقصد شيئاً منها. فإنّ قصد أحد الأمرين لم يقع، لما تقرّر من أنّ المعاملات و إن كانت متوقفة على القصد، و لذا قيل: «العقود تابعة للقصد»، إلاّ أن تأثير القصد في حصول المقصود منوط بكون اللفظ كاشفاً عمّا قصده، و ظاهراً فيه عرفاً و لو بوضع ثانوي، فلو لم يكن اللفظ كذلك لم يؤثر في حصول المقصود. و إن لم يقصد بقوله: «مَلَكَتْكَ كَذَا بِكَذَا» أحد الأمرين من الصلح و الهبة، كان عدم تحققها من باب السالبة بانتفاء الموضوع، و كان كإنشاء النائم و المازل في عدم تأثيره في حصول العنوان الاعتباري.

وإن قصدَهما<sup>(١)</sup>، إذ<sup>(٢)</sup> التملك على جهة المقابلة الحقيقية<sup>(٣)</sup> ليس صلحاً ولا هبةً، فلا يقعان به<sup>(٤)</sup>. نعم<sup>(٥)</sup> لو قلنا بوقوعها بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققها مع قصدهما<sup>(٦)</sup>.

فما قيل<sup>(٧)</sup> من: «أن البيع

(١) أما إذا لم يقصدَهما لم يقعا قطعاً، فإن قوام الأمر الإنشائي بالقصد.

(٢) تعليل لقوله: «كان بيعاً...»

(٣) التقييد بالمقابلة الحقيقية لأجل إشتغال الصلح والهبة على التملك من الطرفين، إلا أنه ليس مأخوذاً في حقيقتها كما عرفت.

(٤) أي: فلا يقع الصلح والهبة بقول المنشيء: «ملكك كذا بكذا» ووجه عدم الوقوع عدم صراحة لفظ التملك في إفادة العنوانين.

(٥) إستدراك على قوله: «فلا يقعان به» ومقصوده أن عدم وقوع الصلح والهبة المعوضة بقوله: «ملكك» مبني على إعتبار الألفاظ الصريحة في صيغ العقود، كعدم وقوع الإجارة بمثل «بعتك سكنى الدار».

فلو قيل بجواز إستعمال الألفاظ غير الصريحة - من المجازات والكنائيات - في مقام الإنشاء جاز إنشاء الصلح والهبة بالتملك عند قصد العنوان.

(٦) هذا الضمير و ضميراً «بوقوعها، تحققها» راجعة إلى الصلح والهبة.

### اصالة البيع في تملك الأعيان

(٧) هذا متفرع على إختصاص التملك على وجه المقابلة الحقيقية بالبيع، وعدم كونه جامعاً بين أقسام العقود المعاوضيّة، ومقصوده **تَيَضُّرُ** الخدشة فيما أفاده الشيخ الفقيه كاشف الغطاء في موضعين من شرح القواعد، حيث قال في أحدهما: «وأن الأصل في مطلق التملك للأعيان التزليل على البيع» وقال في ثانيهما: «فالظاهر: أنه متى جاء الفعل مستقلاً أو مع ألفاظ لا تستجمع الشروط مقصود بها المسامحة جاء حكم المعاطاة. وعلى الأول، فإن صرح فيها بالحقاق بيع و غيره بنى عليه. وإلا فالبيع أصل في المعاوضة على الأعيان مقدّم على الصلح

هو الأصل(\*) في تملك الأعيان بالعرض،

والهبة المعوضة. وإلجارة في نقل المنافع مقدمة على الصلح والمجاعة». ومحصله: أن «نقل العين بالعرض» وإن كان جامعاً بين البيع والصلح والهبة المعوضة، إلا أنه عند الاطلاق ينصرف إلى البيع، لأن الأصل في «إنتقال عين بعوض» هو البيع. و ظاهر هذا الكلام: أن تملك الأعيان مشترك معنوي بين البيع والصلح والهبة، فإذا قصد الصلح أو الهبة فلا كلام، لأن مميّزهما هو القصد، فيحمل الإنشاء على ما قصده. وإن لم يقصد شيئاً منهما كان بيعاً، لكونه الأصل في تملك عين بعوض. وعليه فخصوصية البيع عدمية، وخصوصيتها وجودية.

و ناقشه المصنف رحمته بما عرفت آنفاً من منع الاشتراك المعنوي، وأن «تملك عين بعوض» هو حقيقة عقد البيع خاصة، وإستعماله في غيره مجاز منوط بالقرينة، فإرادة البيع من قوله: «ملكك الكتاب بدينار» ليست لكونه الفرد الغالب من تملك العين بعوض حتى يكون صدقه على الصلح والهبة المعوضة حقيقياً أيضاً بدعوى مصداقيتها لجامع التملك. بل تكون إرادة البيع من التملك لأجل أنه الموضوع له بالخصوص.

نعم يمكن توجيه كون البيع أصلاً في تملك الأعيان بما يبعد عن مساق كلام كاشف الغطاء رحمته بأن يقال: إن التملك بالعرض معنى حقيقي لخصوص البيع، فلو شك في أن الموجب بقوله: «ملكك» أراد معناه الحقيقي أي البيع، أو معناه المجازي من الصلح والهبة، إقتضت أصالة الحقيقة - التي هي من الأصول العقلانية الكاشفة عن المرادات - إرادة البيع لا غير، كما لو شك في أن القائل: «رأيت أسداً» أراد معناه الموضوع له أو الرجل الشجاع، فإن أصالة الحقيقة تقضي بالحمل على المعنى الحقيقي.

لكن الظاهر أن مقصود كاشف الغطاء من الأصل ليس أصالة الحقيقة الكاشفة عن المراد في مقام الإثبات، بل مراده الغلبة، وسيأتي مزيد توضيح له.

(\*) يرد عليه - مضافاً إلى ما أورده المصنف رحمته عليه - : أن المراد بالأصل ظاهراً هو

فيقدم<sup>(١)</sup> على الصلح والهبة المعوضة» محل تأمل بل منع، لما عرفت<sup>(٢)</sup> من أن تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير<sup>(٣)</sup>.  
نعم<sup>(٤)</sup> لو أتى بلفظ التملك بالعوض واحتمل إرادة

---

(١) يعني: فيقدم البيع - عند إطلاق «ملكك كذا بكذا» و عدم قصد خصوصية الصلح والهبة - على إرادة أحدهما.

(٢) تعليل لقوله: «محل تأمل» وقد عرفت توضيحه.

(٣) يعني: فليس تملك الأعيان مشتركاً معنوياً حتى يدعى إنصرافه عند الإطلاق الى البيع، بل ليس تملك الأعيان بالعوض إلا البيع.

(٤) إستدراك على قوله: «محل تأمل بل منع» ومقصوده **تبيُّر** تصحيح أصالة البيع في تملك الأعيان بإرادة أصالة الحقيقة في معنى التملك، لا الأصل الذي إدعاه كاشف الغطاء **تبيُّر** وهو الغلبة والانصراف.

و عليه فيكون قوله: «نعم» كإستثناء المنقطع الذي يختلف فيه المستثنى والمستثنى منه موضوعاً. وليس هذا توجيهاً للأصل الذي أسسه الشيخ الكبير **تبيُّر** في شرح قواعد، لآباء كلامه عنه. ووجه كون الاستثناء منقطعاً أجنبيئاً الأصل بمعنى الغلبة - والانصراف في المشترك المعنوي - عن أصالة الحقيقة المعول عليها في تمييز المراد من المعنى الحقيقي عن المجازي.

---

الغلبة. بتقريب: أن غالب ما يقع في الخارج من تملك العين بالعوض هو البيع، وهذه الغلبة تلحق الفرد المشكوك منه بالبيع، لقاعدة لحوق الشيء بالأعم الأغلب.

و فيه: أن مجرد الغلبة لا حجية فيها، بل ولو مع إفادتها الظن أيضاً، لعدم الدليل على إعتباره، فيقع تحت عموم دليل عدم الحجية.

إلا أن يقال: إن المراد بالأصل هو الإطلاق في مقام الثبوت بمعنى عدم قصد خصوصية الصلح أو الهبة التي بها يمتازان عن البيع المعزى عن الخصوصية، فيكون مراد القائل بهذا الأصل هو عدم الخصوصية، وهذا أصل ثبوتي أجنبي عن الغلبة التي هي أصل إثباتي.

غير حقيقته<sup>(١)</sup> كان مقتضى الأصل اللفظي حملاً<sup>(٢)</sup> على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع<sup>(٣)</sup>.

لكن<sup>(٤)</sup> الظاهر أن الأصل بهذا المعنى<sup>(٥)</sup> ليس مراداً للقائل المتقدم، وسيجيء<sup>(٦)</sup> توضيحه في مسألة المعاوضة في غير البيع إن شاء الله تعالى.  
بقي القرض<sup>(٧)</sup> داخلاً في ظاهر الحد.

(١) أي غير حقيقة «التمليك بالعوض» التي هي البيع، والمراد بالغير احتمال إرادة الصلح والهبة المعوّضة، ومن المعلوم أن حمل كل لفظ على معناه الموضوع له عند دوران الأمر بين إرادته وإرادة المعنى المجازي هو مقتضى أصالة الحقيقة كما عرفت في مثل الأسد.

(٢) أي: حمل «التمليك بالعوض» على معناه الحقيقي وهو البيع.

(٣) ولا يقبل منه دعوى إرادة الصلح أو الهبة المعوّضة.

(٤) هذا بيان أجنبية التوجيه الذي أفاده بقوله: «نعم» عن مراد الشيخ الكبير رحمته.

(٥) أي: أصالة الحقيقة التي هي حجة في تشخيص المراد، ولذا عدّت من الأصول المرادية التي هي معتبرة في مقام الإثبات، والظاهر عدم إرادة كاشف الغطاء رحمته هذا المعنى، لظهور عبارته في مقام الثبوت، وهو تحديد مفهوم البيع وتمييزه عن مفهومي الصلح والهبة، فراده بالأصل هو عدم دخل خصوصية في مفهوم البيع، والمفروض أنه لم يقصد إلا التملك بالعوض، وهذا أصل ثبوتي لا إثباتي، فالبيع لخصوصية فيه، بخلاف الصلح والهبة، فإن مفهومهما متخصصان بخصوصية وجودية وهي قصد عنوانها.

(٦) في خامس تنبيهات المعاوضة، لكنه رحمته لم يف بوعده في ذلك التنبيه كما ستقف عليه.

### ح - إنتقاص التعريف بعقد القرض

(٧) هذا سابع النقوض التي أوردها المصنف رحمته على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» تقريب النقض: أن هذا التعريف يصدق على القرض كصدقه على البيع، حيث إن المقرض يملك المقرض عيناً في قبال العوض الذي يؤدّه المقرض عند المطالبة أو عند حلول



و يمكن إخراجها<sup>(١)</sup> بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه

الأجل، فإذا أقرض زيد عمرواً ديناراً مثلاً فقد ملكه ديناراً بعوض، وهو الدينار المائل للدينار الذي أقرضه، وعليه فـ«إنشاء تمليك العين بعوض» صادق على القرض أيضاً. ثم إن هنا أمرين ينبغي التنبيه عليهما.

الأول: أن سوق العبارة يقتضي أن يقال: «ومنها: صدقه على القرض» يعني: ومن الأمور الباقية على تعريف البيع عدم مانعيته للغير - أي القرض - كعدم مانعيته عن الشراء والصلح والهبة المعاوضة، مع خروج القرض عن البيع قطعاً، فلا بد من تعريفه بما لا ينتقص بالقرض. ولم يظهر وجه عدول المصنف رحمته عن السياق إلى قوله: «بقي القرض».

الثاني: أن هذا النقص لا يختص بتعريف البيع بما في المتن من «إنشاء تمليك عين بعوض» لوروده على تعريفه بالانتقال وبالعدال عليه أو على النقل إذا كان الإنشاء بلفظ التمليك، لاشتراك الكل في جامع التمليك بالعوض. نعم في ورود النقص على تعريفه بما في جامع المقاصد من «نقل العين بالصيغة المختصة» تأمل لا يخفى وجهه.

(١) هذا الضمير و ضمير «مفهومه» راجعان إلى القرض، وهذا جواب الاشكال. ومحصل ما أفاده في دفع نقض تعريف البيع بالقرض هو: أن حقيقة القرض تمليك و تضمين، بمعنى أن المقرض تارة يُنشئ تمليك المال للمديون، وأخرى يُنشئ شرطية ضمانه عليه بما يناسبه ويكون أقرب إليه من المثل إذا كان مثلياً أو القيمة إذا كان قيميّاً. فيكون نظير الهبة بشرط العوض في كون شرط العوض خارجاً عن البدلية المقومة للمقابلة المعتبرة في حقيقة المعاوضة.

و بيان آخر: يخرج القرض عن تعريف البيع بقيد «العوض».

توضيحه: أنه يُعتبر عرفاً في مفهوم المعاوضة المقومة للبيع تغاير العوض للمعوض وتعددهما، إذ لا يعقل اعتباراً للمعاوضة في شيء واحد بأن يكون عوضاً عن نفسه كما هو واضح. إذا عرفت هذا فنقول: إن المديون تشتغل ذمته بكلّي ينطبق على الأفراد الخارجية المساوية للعين المقرضة في الخصوصيات النوعية والصنفيّة الدخيلة في المالية التي تدخل

ضمان المثل أو القيمة، لا معاوضة للعين بهما (\*) .

تحت الضمان، بخلاف الخصوصيات الشخصية فإنها لا تدخل تحت الضمان، لبناء الدائن والمديون على ذلك، حيث إنَّ القرض يوجب ملكية العين للمديون ليتمكن من صرفه في حوائجه، فلو كانت الخصوصيات الشخصية داخلة تحت الضمان لزم من ذلك نقض القرض من القرض، و كان ضمان الدين كضمان الغصب، حيث إنَّ العين المغصوبة بجميع خصوصياتها النوعية و الصنفيه و الشخصية مضمونة على الغاصب.

فالفارق بين الضمان القرضي و العصري هو: أن جميع الخصوصيات في الغصب مضمونة على الغاصب، و لذا يجب دفع العين لو كانت موجودة الى المغصوب منه. بخلاف القرض، إذ المضمون على المديون ليس إلا الخصوصيات النوعية و الصنفيه، و أما الشخصية فلا، و لذا لا يجب على المديون دفع العين إذا كانت موجودة، كما ليس للدائن إلزام المديون بذلك بقاعدة اليد، لعدم موضوع لها بعد وضح كون يد المقرض على العين المقرضة مالكية. و لا قاعدة الاقدام، لأنها تابعة لما تعهد به الضامن. و قد عرفت أن ما ثبت به تعهده هو المال المقرض بخصوصياته النوعية و الصنفيه دون الشخصية. هذا كله في اختلاف البيع و القرض مفهوماً. و يترتب عليه إختلافهما بحسب الآثار و الأحكام، و هو كاشف إنَّ عن مغايرتها سنخاً، و قد إستشهد المصنف رحمته بأمر أربعة يفترق فيها البيع عن القرض، و سيأتي بيانها.

(\*) قد يشكل هذا الجواب بما في حاشية المحقق الايرواني رحمته من أن إنكار المعاوضة في عقد القرض و الالتزام بكونه تملكياً على وجه ضمان البديل لا يخلو من أحد وجهين لا سبيل الى شيء منهما، لكون أحدهما تسليمياً للنقض مع تغيير العبارة، و الآخر غير معقول.

توضيحه: أن «التملك على وجه ضمان العثل أو القيمة» إن كان بمعنى المقابلة بأن يكون تملك العين بازاء عوض كلي في الذمة كان التزاماً بالاشكال، لصدق «تملك عين

بعوض» على القرض كصدقه على البيع، إذ ليس مفاد صيغة «أقرضتك» أو «ملكتك هذا عليك ردُّ عوضه» إلا تملك عين في قبال عوضها.

وإن كان تملك المقرض لا على وجه المقابلة بل كان تملكه مجاناً و خالياً عن العوض - وإنما إشرط على المقرض ضمان البدل، كحكم الشارع على الضامن باشتغال العهدة في موارد الضمانات كالاتلاف - كان غير معقول. لاستحالة أن يضمن الشخص مأل نفسه، لاسيما مع قيام عينه، فيكون العين له قد تملكها مجاناً، ومع ذلك يضمنها على أن يؤدي العوض للغير<sup>١</sup>.

و هذا الاشكال لا يخلو من وجه، و التفصي منه «بأن ضمان المقرض للإقدام عليه لا لقاعدة اليد، فالمقرض أقدم على ضمان مالية العين وإن لم يضمن خصوصيتها»<sup>٢</sup> لا يخلو من غموض، إذ لا إقدام هنا إلا على القرض، و الإشكال كله في تصوير الضمان، لانحصار سببه في أحد أمرين، إما إقتضاء ذات العقد للمعاوضة، فيعود إنتقاض تعريف البيع بالقرض، لاشتراكهما في جامع التملك بالعوض، و إن كان العوض فيه كلياً دائماً، بخلاف الثمن في البيع، فإنه أعم منه و من العين الشخصية و المنافع المملوكة، بل و بعض الحقوق.

وإما لاقتضاء الشرط المدلول عليه بقوله: «وعليك ردُّ عوضه» مع فرض عدم اقتضاء نفس تملك المقرض للبدل، و هذا هو محذور ضمان الشخص لما تملكه مجاناً، و هو غير معقول. و بهذا ظهر أنه لا إقدام على ضمان العين من غير ناحية الإقتراض، فإما أن يكون الضمان مقتضى طبع القرض، و إما أن يكون مقتضى الشرط.

و تخلَّص المحقِّق الإبرواني رحمته عن النقص بإنكار المعاوضة في باب القرض، و أن حقيقته تملك العين و تأمين المالية، و قد أوضحه في موضع آخر بقوله: «إن القرض ينحل إلى أمرين: هبة و إستيمان. أما الهبة فبالنسبة إلى العين، فإن المقرض يرفع يده عن العين و يدفعها إلى المقرض مجاناً و بلا عوض. و أما الاستيمان فبالنسبة إلى مالية العين، فإنه يستأمن مائة

أ: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧٤

ب: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٦٨

العين عند المقرض، وفي ذمته على أن يردها إليه في رأس الأجل، ولذا يُطالب حينما يطالب بماله، لا بعوض ماله. فلا معاوضة في القرض بوجه. وإنما هو إعراض عن خصوصية العين واستيماناً لماليتها<sup>أ</sup>.

وهذا البيان كما تراه إنكار للمعاوضة في القرض رأساً، فينهدم أساس النقص، ولا بأس به من جهة التفكيك في حيثيات العين الشخصية بين خصوصيتها و نوعيتها، فيكون نظير اللقطة التي حكم الشارع بجواز التصرف فيها مع ضمان البدل الواقعي مثلاً أو قيمة.

لكنه قد يشكل الالتزام به من جهة تصريحات الأصحاب بعدُ القرض من العقود المعاوضة، فنفس تملك المقرض يقتضي إستحقاق البدل، فإن أنشأه بقوله: «أقرضتك» لم يفتقر الى الاشتراط، وإن أنشأه بمثل «ملككتك» لزم الاشتراط بمثل «و عليك ردّ عوضه».

وجعل حقيقته منحلّاً الى عقدين هبة العين واستيمان المالية وإن كان محتملاً ثبوتاً، لكنه لا شاهد عليه في مقام الاثبات، بل الكلمات ظاهرة في خلافه، قال ابن حمزة رحمته في تعريفه: «القرض كل مالٍ لزم في الذمة بعقد عوضاً عن مثله»<sup>ب</sup>. فالقرض عنده ذلك البدل الكلي المستقر في العهدة عوضاً عما أخذه من المقرض.

وقال المحقق الأردبيلي رحمته لدى التعليق على قول العلامة: «فإن كان مثلياً ثبت في الذمة مثله، وإلا القيمة وقت التسليم» مافظه: «لعلّ دليله: أن القيمي إنما خرج عن ملك المالك بالعوض، وليس له العوض إلا القيمة، لعدم المماثلة كما في سائر المعاوضات...»<sup>ج</sup> وقال في موضع آخر: «لأنّ الاذن إنما حصل من المالك بأن يكون مالكاً و يكون عليه العوض، لا مطلقاً

أ : حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧١

ب : الجوامع الفقهية، كتاب الوسيلة، ص ٧٤٨

ج : مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ٩، ص ٦٩

كما في سائر المعاوزات<sup>أ</sup>.

و قال في الجواهر: «أنَّ القرض وإن كان له شبه بالضمانات، إلا أنه من المعاوزات أيضاً»<sup>ب</sup>.

وفي هذه الكلمات كفاية لعدُّ القرض من العقود المعاوضية وإن كان له أحكام خاصة به، ولا سبيل لإخراجه منها، كما لا وجه لجعله منحللاً إلى عقد هبة للعين، و عقد إستيمان وإستيداع للمالية.

وبالجملة: فما تفضى به المحقق الايرواني رحمته عن النقص غير ظاهر.

واختار المحقق الاصفهاني رحمته لدفع النقص وجهاً آخر، فأفاد في توضيح المتن ما حاصله: أنَّ العوض وإن كان مقصوداً في القرض، لكنه لا يكفي في عدّه من العقود المعاوضية، إذ المناط فيها أن يتسبب إليه بنفس الإنشاء كأن يقال: «بعثُ هذا بهذا» فلو كان العوض مقصوداً ولم يتسبب الي وجوده الاعتباري بالإنشاء لم يكن معاوضة، ولذا فعقد القرض تملك على وجه التضمين، لا تملك محض ولا تضمين محض<sup>ج</sup>.

و هذا الوجه أيضاً لا يخلو من تأمل، إذ لا ريب في أنَّ التملك على وجه التضمين، إما أن يلاحظ فيه الضمان بنحو العوض، و اما أن يلاحظ فيه بنحو الشرط، و على كل منهما يكون تملك المقرض حصّةً من طبيعي التملك، و هي الملحوظ فيها إستحقاق العوض.

فالأولى الإلتزام بكون القرض من المعاوزات، وإن إختص بأحكام لم تجر في البيع كما سيأتي التنبيه عليها في المتن.

أ: مجمع الفائدة والبرهان، ج ٠٩، ص ٧٤

ب: جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ١٦

ج: حاشية المكاسب، ج ٠١، ص ١٨

ولذا<sup>(١)</sup> لا يجري فيه ربا المعاوضة، ولا<sup>(٢)</sup> الفرر المنقِي فيها، ولا<sup>(٣)</sup> ذكر العوض،

(١) أي: ولأجل عدم كون مفهوم القرض هو التملك على وجه المقابلة، بل مفهومه «التملك على وجه ضمان المثل أو القيمة» لا يجري فيه ربا المعاوضة.  
وهذا أوّل الوجوه الأربعة التي إستشهد بها المصنف رحمته على خروج القرض عن مفهوم البيع، وحاصله: أنهم ذكروا إنقسام الربا الى قسمين أحدهما معاوضي، والآخر قرضي. واعتبروا في صدق الربا في المعاوضة أن يكون العوضان من جنس واحد، وأن يكونا مكيلين أو موزونين، فلا يجرم مطلق التفاضل بين العوضين كما اذا كانا من جنسين أو لم يكونا من المكيل والموزون.  
وهذا بخلاف الربا القرضي، فإنه يجرم التفاضل - في القرض - مطلقاً، ولا يشترط بكون العين المقترضة من المكيل والموزون، ولا بوحدة الجنس.

وعلى هذا نقول: بخروج القرض عن باب المعاوضة، إذ لو كان بيعاً لاعتبر في رباها ما يُعتبر في ربا المعاوضة، مع وضوح حرمة إشتراط التفاضل - مطلقاً - في باب القرض، حتى إذا لم تكن العين المقترضة من المكيل والموزون، فلو أقرض معدوداً كالبيض - كما هو المتعارف في بيعه بالعدّ في بعض البلاد، لا بالوزن - بأكثر منه كان رباً حراماً، أو أقرض متاً من حنطة بمئتين من عدس، وهكذا. بخلاف ما إذا باع بيضةً واحدة بإثنتين، أو متاً من حنطة بمئتين من عدس، فإنه لا بأس بذلك. وهذا شاهد على عدم كون القرض بيعاً.

(٢) هذا ثاني الوجوه التي إستشهد بها على عدم كون القرض معاوضةً، وحاصله: أنه لو كان القرض بيعاً لم يجز قرضُ المجهول، إذ يعتبر في البيع كون المبيع معلوماً، لنهي النبي صلّى الله عليه وآله عن بيع الغرر، فجواز قرض المجهول - كضبرة أو قبضة من الدراهم - دليل على عدم كون القرض بيعاً، إذ القرض وَقَعَ صحيحاً.

(٣) هذا ثالث الوجوه، وحاصله: أنه يعتبر في المعاوضة ذكر العوضين في متن العقد، لأنّها ركنان في باب المعاوضة، فعدم ذكر أحدهما أو كليهما يوجب إختلال العقد، لعدم ذكر

أ: عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ٢، ص ٤٥ و ٤٦، الحديث ١٦٨، وفيه: «وقد نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله عن بيع المضطر وعن بيع الغرر» وعلى هذا فالرواية منقولة بطرقنا أيضاً.

ولا العلم به، فتأمل<sup>(٢)</sup>.

ركنيه أو أحدهما. مع أنه لا يجب ذكر العوض في باب القرض، و عليه فعدم وجوب ذكره فيه كاشف عن خروجه عن باب المعاوضة.

(١) هذا رابع تلك الوجوه، ومحصله: أنه يعتبر العلم بالعوض في باب المعاوضة، مع أنه غير معتبر في القرض، بشهادة صحة القرض مع عدم العلم بكون العين المقترضة مثلياً أو قيميّاً، ومن المعلوم أنه لو كان القرض معاوضةً بين العين المقترضة وما يؤذيه المقترض لزم إحراز كون العين مثلياً أو قيميّاً حتى يعلم بما اشتغلت الذمة به من المثل أو القيمة.

(٢) لعلّه كما أفاده جماعة من المحشّين - منهم الفقيهان المامقاني والسيد رحمتهما - إشارة إلى: أنّ الوجوه الأربعة المتقدمة لا تشهد بعدم كون القرض من المعاوضات، لإمكان اختلاف أنواع المعاوضات في الأحكام، فلا يدلّ شيء من تلك الوجوه على خروج القرض موضوعاً عن حيّز المعاوضات، كما هو المقصود من الاستشهاد بها، إذ ليست تلك الأمور الأربعة مقومة لمفهوم المعاوضة عرفاً حتى يكون إنتفاؤها موجباً لانتفاء حقيقة المعاوضة، بل هي أحكام تعبدية ثبتت في البيع لقيام الدليل على ثبوتها له، و على هذا فلا سبيل لإخراج القرض عن باب المعاوضات ولا بدّ من إفتراقه عن البيع بوجه آخر (\*).

(\*) لكن الظاهر دلالة الامور الأربعة المتقدمة على خروج القرض عن باب المعاوضات بنظر المصنف، وأن أمره بالتأمل ناظر إلى مطلب آخر، لكون المقام من صغريات دوران الأمر بين التخصيص والتخصّص، وقد إختار رحمتهما حجية أصالة العموم في مثله وإقتضائها إحراز حال الفرد وعدم كونه من مصاديق العام، مثلاً: إذا علمنا بعدم وجوب إكرام زيد وشككنا في أن خروجه عن عموم «أكرم العلماء» هل يكون تخصيصاً أم تخصّصاً لعدم كونه منهم، فمقتضى أصالة عدم تخصيص العام الحكم بخروجه تخصّصاً، لحجية مثبتات الأصول اللفظية.

قال مقرّر بحث المصنف: «و على ذلك جزيّ ديدنهم في الاستدلالات الفقهية،

كاستدلالهم على طهارة الفسالة على أنها لا تنجس المحل، فإن كان نجساً غير منجس يلزم تخصيص قولنا: كل نجس منجس!

و على هذا المبنى يمكن الإستشهاد على خروج القرض من المعاوضة موضوعاً - بهذه القاعدة - ببيان: أنه يشك في كيفية خروج القرض عن عموم أدلة أحكام المعاوضات، و أنه موضوعي أو حكمي، فأصالة عدم تخصيص تلك الأدلة تُثبت عدم كون القرض من المعاوضات، لأنه معاوضة غير محكومة بتلك الأحكام الأربعة. و عليه فمرجع الاستشهاد بتلك الوجوه - ببركة حجية أصالة عدم التخصيص - إلى عدم كون القرض من المعاوضات، فتدبر جيداً.

ولذا كان ينبغي تنزيل الأمر بالتأمل هنا على تثبيت ما أفاده بقوله: «ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة... الخ» من إستكشاف خروج القرض موضوعاً عن باب المعاوضات، لاحمله على عدم التنافي بينها وبين كونه معاوضة كما أفاده الشراح رحمهم الله.  
نعم، الإشكال كله في المبنى، لما تفرّر في أصالة العموم من إقتصار حجيتها على جهة الحكم، سواء كان الشك في أصل التخصيص أم في التخصيص الزائد، و لأقل من الشك في بناء العقلاء على العمل بها لإحراز حال الموضوع، عند العلم بعدم محكوميته بحكم العام.

### مناقشات أخرى في تعريف البيع

هذا تمام الكلام في الاشكالات التي أوردها المصنف رحمهم الله على تعريفه للبيع و دفعها، و قد أورد عليه جمع من المحشين بوجوه أخرى، ينبغي التعرّض لجملة منها:  
**الأول:** أن البيع يوجد بالإنشاء، فهو موضوع له لا نفسه. و إن شئت فقل: أن الإنشاء سبب للبيع لا نفسه، فهو من الإعتبارات الناشئة منه، فتعريفه به تعريف للشيء بسببه. نعم هذا التعريف يلائم إنشاء البيع لا نفسه كما لا يخفى.  
و قد تقدّم توضيح وجه الحاجة الى ذكر لفظ الإنشاء في تعريف المصنف رحمهم الله.



و لكن مع ذلك لانحتاج الى ذكر لفظ الانشاء، لأن وجه الحاجة إليه - و هو إخراج التملك الشرعي و العرفي الذي ليس تحت قدرة البائع و كون ما بيده هو التملك الانشائي - يتأذى بلفظ «التملك» لأنه عبارة عن إيجاد الملكية الانشائية، فيكون لفظ الإنشاء مستدركاً، إذ مرجع إضافة الانشاء إلى التملك إلى «إنشاء إنشاء الملكية».

و لو فرض الحاجة إلى زيادة لفظ الانشاء بدعوى: عدم دلالة التملك على الانشائي لم يحسن جعل الانشاء جنساً للحد، إذ ليس ذلك جنساً، بل سبباً للبيع، فالمناسب ان يقال: البيع هو التملك الانشائي.

**الثاني:** أنه يستلزم إنخرا م قاعدة توافق المشتق و المشتق منه في المعنى، لو صرح أن «الانشاء» لم يؤخذ في مفهوم شيء من تصاريف البيع، فإن قوله في مقام الاخبار: «بعث» أو أبيع، أو باع زيد. و يبيع» و نحو ذلك لا يراد به إلا التملك، لا إنشاؤه الذي هو سبب له، هذا. و يمكن دفعه: بأن المراد بالإنشاء هو التملك الانشائي، في قبال التملك الخارجي الممضى شرعاً أو عرفاً، لا الإنشاء في مقابل الإخبار، و من المعلوم سريان التملك الإنشائي في جميع تصاريف البيع، فقوله: «بعث» إخباراً يراد به الإخبار عن التملك الانشائي، فلا يلزم إنخرا م قاعدة لزوم توافق المشتقات للمشتق منه في المعنى، فتدبر.

**الثالث:** ما في حاشية الفقيه المامقاني رحمته من «أن العوض غير مأخوذ في مفهوم البيع وضماً، فيصح الإخبار بالبيع عمن قال: بعث هذه الدار مثلاً بدون ذكر العوض. و الوجه في ذلك واضح، فإنه إسم لما هو أعم من الصحيح و الفاسد، و لذلك تراهم يذكرون مسألة البيع بلا ثمن، و يختلفون في حكمه، فلو لم يكن بيعاً لم يكن لذلك وجه».

و فيه ما لا يخفى، لما مرّ في تعريف المصباح للبيع بأنه «مبادلة مال بمال» فالعوض مأخوذ في مفهوم البيع لفةً. و أما صحة الاخبار بالبيع بدون ذكر العوض فلعدم الحاجة إلى ذكر العوض بعد وضوح دخله في مفهوم البيع لفةً و عرفاً، و كون البيع من العقود المعاوضية. و أما كون البيع إسماً للأعم من الصحيح و الفاسد و كون التعريف للأعم فلا كلام في ذلك، إلا أن

الشأن في صدق البيع العرفي على ما يكون فاسداً شرعاً كالبيع بلا ثمن، فإن إطلاق البيع عليه عرفاً ممنوع، ولذا يُعد شرط حُلُوِّ البيع عن الثمن منافياً لمقتضى حقيقة البيع، لا منافياً لمقتضى إطلاقه، كما لا يخفى.

**الرابع:** ما في حاشية المحقق الايرواني قده من: «أن العين تشمل غير المتمولة كالخنافس والديدان»<sup>أ</sup>.

وفيه: أنه لا ضير في ذلك، لكون المَعْرُوف هو البيع الأعم من الصحيح والفاقد. إلا أن يمنع صدق البيع عليه لغة كما يظهر من المصباح، بل وعرفاً.

ويمكن دفع الاشكال عن تعريف المصنف باختصاص العين بالمتمولة، لما تقدم منه في ذيل تعريف المصباح من إستظهار كون المَعْرُوف عيناً، في قبال أعمية العوض منها ومن المنافع، فإن ذلك كله بعد الفراغ عن إعتبار مالية العوضين، ولذلك مَنَعَ من جعل العوض عمل الحُرِّ، كما مَنَعَ عن قابلية وقوع بعض الحقوق عوضاً. وعليه فلفظ «العين» وإن كان ظاهراً بدأً في ما يقابل المنفعة مطلقاً سواء انصف بالمالية أم لا، إلا أن التأمل في كلام المصنف قده قاض بارادة خصوص ما يتمول كما ذكرناه، فلاحظ.

**الخامس:** ما في الحاشية المزبورة أيضاً من «شموله لإنشاء العايب واللاغي، وإنشاء الإيجاب غير المتعقب بالقبول، مع أن شيئاً من ذلك ليس ببعاً، بل إنشاء البيع».

وفيه: أنه لا يصدق البيع على إنشاء العايب واللاغي، لأنه - على ما عرفت - ما يكون مبرزاً للاعتبار الموجد في النفس أو موجداً للأمر الاعتراري، على الخلاف المتقدم في حقيقة الإنشاء. ومن المعلوم أن إنشاء اللاغي الفاقد للقصد لا يُبرز ذلك ولا يوجد. وأما إنشاء الإيجاب غير المتعقب بالقبول فهو بيع قطعاً، إذ المحدود هو فعل البائع، لا المعاملة الخاصة القائمة بكلتا المتبايعين.

**السادس:** ما في حاشيته أيضاً من: «أنه يشمل الانشاء الصريح والضمني، مع أن مقصوده الانشاء الصحيح كيلا يشمل القبول من المشتري، ولا يشمل قبول مستأجر العين، ولا يشمل الصلح».

ويمكن دفعه: بأن قبول البيع والإجارة عبارة عن إنشاء التملك، وليس مفهومه لغةً أو عرفاً إنشاء التملك، وإنما يرجع الى إنشاء التملك بعد التحليل، فليس القبول إلا مطاوعة لإنشاء الموجب، فمفهوم القبول ليس إلا إنشاء التملك.  
وأما الصلح فليس هو أيضاً إنشاء التملك بل إنشاء التسالم، والتمليك مما يترتب عليه، فليس الصلح أولاً وبالذات إنشاء التملك.

**السابع:** ما في حاشيته أيضاً من: أنه يلزم تعلق الجار بالعين أو بصفة مقدرة لها حتى يكون تقدير الكلام: «إنشاء تملك عين مقابل المال» لينطبق على البيع، مع أن ظاهره التعلق بالتملك، وينطبق التعريف على الهبة المعوضة بناءً على ما تقدم في المتن من كون العوض عوضاً لفعل الواهب وهو التملك، لا عوضاً عن العين الموهوبة المتعلقة بها التملك. والفارق بين البيع والهبة عند المصنف هو هذا أي كون الثمن عوضاً عن العين في البيع، وكونه عوضاً عن الفعل في الهبة، هذا.

وهذا الاشكال وإن كان وارداً على تعريف المصنف رحمته، لكنه لا يختص به، إذ لا بد من تعيين متعلّقٍ للباء الدالة على المقابلة بين العين والثمن حتى يتميّز البيع عن الهبة، فلا مناص من صرف ظهوره في تعلّقه بالتملك الى تعلّقه بمقدّر.

هذه جملة من مناقشاتهم في تعريف المتن. وقد تقدم فيما يتعلق بتعريف المصباح بعض وجوه النظر فيه أيضاً، فراجع.

وكذا يظهر ما في تعريف البيع بما في تقرير بحث شيخنا المحقق النائيني رحمته قال المقرّر: «الأولى في تعريف البيع أن يقال: هو تملك العين بالعوض في ظرف تملك

المشتري<sup>أ</sup> وذلك لما مرّ مراراً من أنّ البيع ليس هو التمليك، بل مفهومه التبديل. مضافاً إلى: أنّ تملك المشتري ليس دخیلاً في البيع المصدري الذي هو فعل البائع، وإنما هو دخیل في ترتب الأثر المقصود على المعاملة الخاصة القائمة بالبائع والمشتري. وإلى لزوم تقييد كل من العين والعوض بالتمول، لما عرفت من أنّ البيع هو المبادلة بين المالين لغةً وعرفاً ولو بأصالة عدم النقل، هذا.

كما يظهر مما ذكرناه: ما في تعريف البيع بما أفاده الحلبي في كافيته من: «أنه عقد يقتضي إستحقاق التصرف في المبيع والشنن وتسلميهما»<sup>ب</sup> من الإشكال، وذلك لما فيه أولاً: من أنّ «العقد» إن أُريد به الإيجاب والقبول اللفظيان توّجه عليه ما تقدم في تعريف البيع - بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال - من: أنّ البيع من مقولة المعنى، وهو الأمر الاعتباري، وليس من مقولة اللفظ. ومن خروج المعاطاة عنه.

وإن أُريد به ما يقوم بالبائع والمشتري من العهد، ففيه: أنّ المحدود هو البيع بمعناه المصدري الذي هو فعل البائع فقط، ومن المعلوم أن العهد قائم بالطرفين كما لا يخفى.

وثانياً: أنّ المحدود أعمّ من البيع الصحيح والفاسد، ومن البديهي أن إستحقاق التصرف والتسليم من آثار خصوص البيع الصحيح، فلا يشمل الحدّ البيع الفاسد.

و ثالثاً: أنّه يستلزم الدور، لاشتمال الحدّ على المبيع الذي هو من مشتقات البيع، فإذا توقّف معرفة الحدّ - كلّاً أو بعضاً - على المحدود لزوم الدور، لتوقف معرفة المحدود أيضاً عليه.

ورابعاً: أنّه يقتضي عدم اعتبار العينية في المبيع.

وخامساً: أنّه يقتضي عدم اعتبار المائيّة في العوضين كما لا يخفى.

فالأولى في تعريف البيع أن يقال: «أنه تبديل إعتباري بين عين وشيء متمولين» فإنّ

هذا هو البيع العرفي الصادق على الصحيح والفاسد.

أ: منية الطالب؛ ج ١، ص ٤٥

ب: الكافي في الفقه، ص ٣٥٢

ثم إن ما ذكرنا<sup>(١)</sup>

(١) يعني: من تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» و غرضه بيان أمرين:  
 الأول: أن البيع الذي يكون أصلاً للمشتقات هو البيع بمعناه المصدري، الذي هو فعل  
 البائع، في قبالة الشراء الذي هو فعل القابل، لا البيع بمعناه الاسمي، فإذا قال: «بعثت» فعناه:  
 أنشأت البيع، وهذا هو مختار المصنف رحمته في تعريف البيع، حيث قال: «انه إنشاء تمليك عين بمال».  
 الثاني: عدم منافاة التعريف المزبور لإطلاق البيع على معانٍ آخر، و رجوعها إلى المعنى  
 الذي إختاره، و هو: إنشاء تمليك عين بمال، كما سيوضح عند تعرُّضها في المتن.  
 هذا إجمال الأمر، والمقصود الأصلي النظر في كلام صاحب المقابس رحمته، حيث إنه  
 ادعى إطلاق البيع حقيقة على معانٍ أربعة، وجعل ثانيها: إنشاء التمليك الذي يكون بيد البائع.  
 وأول تلك الإطلاقات هو: إنشاء تمليك البائع، وإنشاء تملك المشتري - لكون البيع من  
 الأضداد - لكن بشرط إنضمام أحدهما إلى الآخر، فلو لم يتعقب إنشاء البائع بقبول المشتري  
 لم يُطلق على إنشاء البائع: أنه بيع.

و ثانيها: إنشاء التمليك، الذي هو فعل البائع.

و ثالث تلك المعاني هو النقل المترتب على الإيجاب و القبول.

و رابعها: نفس العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، و الفرق بين هذا الإطلاق الأخير  
 و بين إطلاقه على إيجاب البائع بشرط تعقبه بتملك المشتري هو دخل القبول شرطاً في الأول،  
 و شرطاً في الأخير.

هذا ما أفاده صاحب المقابس من إطلاق البيع على معانٍ أربعة، و قد سبقه في التنبيه  
 عليه شيخه الفقيه كاشف الغطاء رحمته في شرح القواعد، حيث قال - بعد تعريف البيع بالانتقال  
 كما في القواعد - ما لفظه: «و قد يراد به - أي البيع - مجموع النقلين في العوضين أو الإنتقالين، أو  
 مجموع كلا القسمين، أو ما دل على النحو السابق و إن لم يوافق ما أريد به في هذا الكتاب.  
 و على نحو إختلاف التعريفات إختلفت الإطلاقات، فمرة يقع الشراء قسيمة، و مرة قسمة،  
 و مرة جزؤه، و يتعين الأول عند تعاطفها، و الثاني إذا أريد النقل بالنحو الخاص، و الثالث إذا

تعريف للبيع المأخوذ في صيغة «بعثُ» وغيره من المشتقات<sup>(١)</sup>.  
و يظهر من بعض مَنْ قَارَبَ عصرنا إستعماله في معانٍ أُخر<sup>(٢)</sup> غير ما ذُكر (\*):

أريد به العقد في مقابلة العقود الأخر. ومعنى النقل أو إيجابه هو الشائع على اللسان. و العقد إيجاباً و قبولاً أنصق بباب المعاملات و مذاقِ الفقهاء. و أما الانتقال فلا يوافق مقتضى الحال. لأن البيع على الظاهر من مقولة الفعل لا الانفعال، و يشهد لذلك تعديته بالاستقلال....<sup>أ</sup>.

و عليه فإطلاق البيع على معانٍ أربعة و إن كان موجوداً في كلام صاحب المقابس و شيخه الفقيه كاشف الغطاء رحمهما، إلا أن مقصود المصنف رحمهما من «بعض من قَارَبَ عصرنا» هو الأول، بقرينة ما سيأتي نقله في المتن بقوله: «قال: بل الظاهر إتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات....» فإنها نصُّ كلام صاحب المقابس.

(١) كـ «أبيعُ و بائع و بيع» و نحوها من التصاريف، فالمبدأ الساري في الكل معنى وحداني و هو إنشاء تمليك عين بمال. «نعم لو كان في مقام الإخبار عما أنشأه كان معناه «إنشاء التمليك المقرون بقبول المشتري» لا إنشاء البيع مطلقاً حتى بدون إنضمام القبول. و لكن خصوصية التعقب مستفادة من كونه في مقام الإخبار عن إنشاء المعاملة المتوقفة على تمامية العقد شرطاً و شرطاً.

### إطلاق البيع على معانٍ أخرى

(٢) أي: معانٍ ثلاثة أُخرى ذُكرها الفقيهان كاشف الغطاء و صاحب المقابس.

(\* قال المحقق الأيرواني رحمهما ما لفظه: «لا يخفى أن ما ذكره من المعاني هنا هي عين ما تقدم من المعاني، فلا وجه للإعادة. نعم المعنى الأول مما ذكره هنا مشتعل على قيد زائد على المعنى الذي اختاره المصنف سابقاً في تعريف البيع و هو: إنشاء التمليك، بلا قيد التعقب بإنشاء التملك من المشتري»<sup>ب</sup>.

أ: شرح القواعد - مخطوط - الصفحة الأولى من عقد البيع.

أحدها: التملك المذكور<sup>(١)</sup>، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري. وإليه<sup>(٢)</sup> نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد التعقب بالقبول مأخوذاً في تعريف البيع المصطلح<sup>(٣)</sup>. ولعله<sup>(٤)</sup> لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحة السلب عن المجرّد.

(١) أي: إنشاء تملك عين بمال، وهو فعل البائع، ولكن البيع ليس مجرد هذا الإنشاء، بل المشروط بانضمام القبول إليه. وإطلاق «البيع» على الإيجاب المشروط بالقبول هو أول المعاني الأربعة المذكورة في المقابس، حيث قال: - بعد إطلاقه حقيقةً على كل واحد من الإيجاب والقبول، لكونه من الأضداد - ما لفظه: «و يشترط في كلا الإطلاقيين إنضمام الفعلين وإجتاعهما في الوجود، فلا يقال لمن أوجب البيع بقوله: بعث: أنه باع، إلا بعد أن ينضم قول الآخر. وقبوله. ومثله الآخر، بل الحكم فيه أظهر... الخ».

ووجه المصنف رحمه الله هذا الاشتراط بالتبادر وصحة السلب، حيث إن المتبادر من لفظ «البيع» ومشتقاته هو التملك المتعقب بتملك المشتري. وكذا يصح سلب عنوان «البيع» عن التملك المجرّد عن قبول المشتري، بشهادة أنه لا يقال في مقام الإخبار: «باع زيد داره» إلا بعد أن يشتريها شخص منه. وعلى هذا فلو لم ينضم قبول المشتري إلى إيجاب البائع لا يصدق عنوان «البيع» على إنشاء التملك الذي هو فعل البائع.

(٢) أي: وإلى استعمال البيع في التملك الإنشائي المشروط بقبول المشتري نظر بعض المشايخ، ولعل هذا البعض صاحب الجواهر رحمه الله.

(٣) يعني: ما يقابل سائر المعاملات والعقود، وإلا فالبيع المقابل للشراء لم يؤخذ فيه قيد التعقب بالقبول قطعاً.

(٤) غرضه رحمه الله توجيه كلام بعض من عاصره من إطلاق البيع حقيقةً على إنشاء تملك البائع بشرط إنضمام القبول إليه. ومحصل التوجيه: وجود أمارتين من علامات الحقيقة في المقام

أقول: لعل الوجه في التعرض لها مع ذكرها سابقاً هو دفع التنافي في بين مختاره في تعريف البيع من كونه إنشاء تملك عين بمال وبين تلك المعاني، فالتكته في الإعادة هي إثبات عدم التنافي بينهما، فلا تغفل.

ولهذا<sup>(١)</sup> لا يقال: «باع فلان ماله» إلا بعد أن يكون قد إشتهراه غيره. ويستفاد<sup>(٢)</sup> من قول القائل: «بعثت مالي» أنه إشتهراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.  
الثاني<sup>(٣)</sup>: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال(\*)

تكشفاً عن وضع «البيع» لفعل البائع المنضم إلى قبول المشتري.  
أحدهما: تبادل هذه الحصة - دون طبيعي التملك الإنشائي - لو قال الخمر: «بعثت داري» إذ لا يراد منه الإيجاب المحض.

والآخر: صحة سلب عنوان «البيع» عن الإيجاب المجرد عن قبول المشتري.  
وعليه فالتملك غير المقرون بالتملك ليس بيعاً.  
(١) يعني: وتبادل الإنشاء المتعقب بالقبول - وصحة سلب البيع عن الإيجاب المجرد عن القبول - لا يقال لمن يخبر عن بيع داره: أنه باعها إلا بعد أن إشتهراها غيره.  
(٢) زاد المصنف **تَوْجُّهً** هذا المثال الثاني لأجل تثبيت التبادل وصحة السلب، وكان المثال الأول وافيةً بإثبات الأمارتين، ولذا اقتصر صاحب المقابس **تَوْجُّهً** على مثال واحد.  
(٣) قال في المقابس: «ثالثها: الأثر المترتب على تحقق جزأي العقد معاً، وهو النقل العرفي مطلقاً، والشرعي مع صحة العقد، ويُعبر عنه بالانتقال أيضاً ويختلفان بالاعتبار» وحاصله: أن البيع موضوع لمعنى ثالث - غير ما تقدّم من وضعه تارةً للإيجاب المحض، وأخرى للإيجاب المنضم إلى القبول - وهو الأثر المترتب على كلا الفعلين: تملك البائع وتملك المشتري. وهذا المعنى الثالث هو ظاهر جمع من الفقهاء كشيخ الطائفة والحلي والعلامة - في ما عدا المختلف من كتبه - حيث عرّفوا البيع بـ «انتقال عين مملوكة...» ومن المعلوم أن الانتقال - القائم بالمال - أثر مترتب على مجموع الإيجاب والقبول.

(\*) قال السيد **تَوْجُّهً**: «لا يخفى أن الانتقال أثر الإيجاب فقط، لا أثر المجموع، إلا أن يراد منه الانتقال الشرعي» أ.



كما يظهر من المبسوط<sup>١</sup> وغيره.

الثالث<sup>(١)</sup>: نفس العقد المركب من الايجاب والقبول<sup>(٢)</sup>، وإليه<sup>(٣)</sup> ينظر (\*) من عرف البيع بالعقد، قال<sup>(٤)</sup>: بل الظاهر إتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب

(١) قال في المقابس: «رابعها: نفس العقد المركب من الايجاب والقبول، وهذا هو الشائع المعروف بين الفقهاء في سائر أفاظ العقود، مما كان منها مصدراً بصيغة الفاعل والمفاعلة، أو بمعناه كالقراض والمضاربة والمزارعة والمساقاة والمسابقة والمباراة والمكاتبة والشركة والصلح. أو إسم عين كالوديعة والعارية... الخ».

(٢) ظاهره إرادة الإيجاب والقبول اللفظيين، لظهور «العقد» في خصوص القول، فكل من عبر عن البيع بالعقد أراد العقد اللفظي، خصوصاً مع بناء جُلهم على إفادة المعاطاة للإباحة، وتصريح بعضهم بنبي بيعتها.

(٣) أي: وإلى إرادة نفس العقد المؤلف من الإيجاب والقبول نظر من عرف البيع بالعقد كالحلبي وابن حمزة والمحقق وغيرهم **تتبع**.

(٤) يعني: قال بعض من قارب عصرنا - وهو صاحب المقابس - بأن إرادة العقد لا تختص بالبيع، بل الأمر كذلك في مطلق العقود والمعاملات كالصلح والهبة والإجارة والشركة والعارية والمضاربة وغيرها، فتعريف كل منها في كلمات الفقهاء يراد به تعريف عقدها المؤلف من الإيجاب والقبول، وسيأتي مزيد توضيح له.

لا ينبغي التأمل في إرادة الأثر المترقب وهو الانتقال الخارجي، لأنه الحاصل من الإيجاب والقبول معاً، دون الانتقال المترتب على الإيجاب فقط.

(\*) كما أنه يحتمل أن يكون نظر من عرفه بالعقد إلى المبادلة الحاصلة من الإيجاب والقبول، لا إلى العقد اللفظي، كما هو ظاهر تعريف المصباح المتقدم من أنه «مبادلة مال بمال» بل هو ظاهر قوله تعالى: ﴿وذروا البيع﴾ وقوله تعالى: ﴿لاتلبيهم تجارة ولابيع عن ذكر الله﴾

المعاملات حتى<sup>(١)</sup> الاجارة و شبهها التي ليست هي في الأصل إسماً لأحد طرفي

(١) كلمة «حتى» تدلّ على كون مدخوله أضعف من سابقه، كقوله: «قدم الحاج حتى المشاة». و توضيح وجه أضعفيته منوط ببيان أقسام عناوين المعاملات على ما ذكره صاحب المقابس تتبعاً.

فمنها: ما يكون عنوان المعاملة مصدرًا من باب المفاعلة أو الفِعال، فالأوّل كالمزارعة والسابقة والمساواة والمكاتبة والمضاربة، والثاني كالقراض. و من المعلوم أنّ مقتضى الإشتراك في المبدأ في بابي المفاعلة والتفاعل هو كون العنوان المعاملي إسماً لطرفي العقد أي الموجب والقابل.

و يلحق بهذا القسم مثل الشركة والصلح، فإنّهما وإن كانا مصدرين للفعل المجرد، إلاّ أنّ العنوان قائم بشخصين.

ومنها: ما يكون عنوان المعاملة إسماً لأحد طرفي العقد كالبيع والضمان والخلع وما أشبهها، فإنّهما أسماء للإيجاب الذي هو أحد طرفي العقد.

ومنها: ما يكون العنوان المعاملي إسماً عين، لا هو فعل أحد المتعاقدين ولا فعل كليهما، وذلك كالوديعة والعارية والصدقة، فإن معناها لغةً و عرفاً و شرعاً نفس المال الذي يُستأمن الودعي على حفظه، و يُسلّط المستعير على الانتفاع به، و يُعطى للغير بقصد القرية.

و قد تستعمل هذه الثلاثة بمعنى المصادر أيضاً نادراً. و من هذا القبيل الاجارة، فإنّما ليست في الأصل فعل الموجر ولا المستأجر، بل هي إسماً لعوض المنفعة. قال في القاموس: «الأجر الجزاء على العمل، كالاجارة»<sup>أ</sup>.

و غيرهما من الآيات، بل هو ظاهر الفقهاء في عناوين المعاملات، كقولهم: «كتاب البيع، شرائط البيع وأحكام البيع، و كتاب الاجارة و الصلح و المزارعة و المساواة و غيرها من عناوين المعاملات، فإنّ مورد البحث في تلك الأبواب نفس المعاملات لا عقودها. نعم وقوعها منوط بالعقد المركب من الإيجاب والقبول، فاحتياجها إلى العقد من أحكامها، لا أنّها نفس العقود.

إذا عرفت هذه الأقسام الثلاثة في العناوين المعاملية، فنقول: إن المقصود بكل واحدة من المعاملات العقد الدال عليه. ولكن إطلاق المعاملات على عقودها ليس على السواء، فإطلاق المزارعة مثلاً على إيجابها و قبولها قريب جداً، لدلالة «المفاعلة» على قيام المبدأ بالموجب و القابل. و إطلاق البيع و نظائره مما يكون إسماً لأحد طرفي العقد إنما هو لوجود علاقة الكلّ و الجزء فيها، حيث إن إستعمالها في العقد يكون من إستعمال اللفظ الموضوع للجزء في الكل، الذي هو من جنسه أعني به اللفظ الجامع بين الإيجاب و القبول.

و أمّا إستعمال الإجارة في العقد القائم بطرفين - مع كونها إسماً للمال - لا فعلاً لها فأبعد من إستعمال البيع في العقد، لأن علاقة الجزء و الكل المنتحقة في البيع مفقودة في مثل الإجارة، لعدم كون الإجارة - بمعنى الأجرة التي هي عين المال - بمعنى المصدر حتى تصاغ منها المشتقات. نظير الأمر بمعنى الفعل و الشأن، فإنه لا يصح حينئذ صوغ المشتقات منه، بخلاف الأمر بمعناه المصدرى، فإنه مبدأ للمشتقات و أصلها.

و عليه فاستعمال الإجارة و الوديعة في العقد ليس لعلاقة الكلّ و الجزء، بل لعلاقة السببية و المسيبية.

و المحاصل: أن مقصودهم من كلّ عنوانٍ معامليّ عقده، ولكن إطلاق عناوين المعاملات على عقودها ليست على سواء، فالأقرب ما كان عنوان المعاملة إسماً للطرفين كالمزارعة، و يتلوه مثل البيع مما كان العنوان إسماً لأحد الطرفين. و يتلوه مثل الإجارة مما ليس العنوان إسماً لشيءٍ من الإيجاب و القبول، و كان مصحح الإطلاق مجرد علاقة السببية و المسيبية، هذا.

(١) و إنما هي أسماء لأعيان خارجية، فالإجارة كالأجرة عوض المنفعة غالباً، و الوديعة إسم للعين المودعة عند المستودع، و العارية إسم للعين التي ينتفع بها المستعير.

هذا تمام الكلام في الأمر الأول، و هو توضيح كلام صاحب المقابس رحمته.

أقول<sup>(١)</sup>: أما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول فالظاهر أنه ليس مقابلاً للأول<sup>(٢)</sup>، وإنما هو<sup>(٣)</sup> فردٌ إنصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة<sup>(٤)</sup> على إرادة

### تحقيق إطلاق البيع على معانٍ أخرى

#### ١- إطلاقه على الإيجاب المنضم إلى القبول

(١) هذا شروع في الأمر الثاني الذي أشرنا إليه بقولنا: «الثاني عدم منافاة التعريف المزبور لإطلاق البيع على معانٍ أخر... الخ» فالمقصود مناقشة كلام بعض من قارب عصره، وأن إطلاق البيع على معانٍ أخر - غير إنشاء تمليك عين بمال - ليس حقيقياً ناشئاً من تعدد الوضع كما يظهر من إطلاق كلامه.

أما عدم التنافي بين المختار في تعريف البيع - من إنشاء تمليك عين بمال - وبين المعنى الأول من المعاني الثلاثة الأخرى، وهو الإيجاب المتعقب للقبول - فلأن البيع في جميع موارد إطلاقه يراد به إنشاء التمليك خاصة، سواء تعقبه تملك المشتري أم لا. ودلالة قولنا: «باع زيد داره» على خصوص الإيجاب المقرون بالقبول وإن كانت مسلمة، إلا أنها ليست مستندة إلى الوضع، بل منشؤها قرينية الإخبار على وقوع بيع مؤثر وهو التمليك المتعقب بالقبول، فيكون من باب تعدد الدال والمدلول. لا أن البيع استعمل في التمليك المقيد بالقبول حتى يكون استعمالاً آخر في مقابل المعنى المختار، ومنافياً لا يختص به في جامع التمليك المقرون بالقبول وغير المقرون به. وعليه فليس مختارنا في تعريف البيع مغايراً لما ذكره بعض من قارب عصرنا من «أن البيع هو التمليك المشروط بتمليك المشتري» بل هذا المعنى الذي ذكره يكون من أفراد البيع بالمعنى الذي ذكرناه وهو «تمليك العين بمال». فالموضوع له هو «إنشاء التمليك» الجامع للمتعقب بالقبول وغيره، ويتوقف إرادة خصوص المتعقب على قرينة. وأما إرادة الإنشاء المجرد فلا يتوقف على شيء، بل يكفيه الإطلاق الذي هو عدم التقيّد بالتمتعّب بالقبول.

(٢) المراد بالأول هو «إنشاء تمليك عين بمال» الذي إختاره المصنف تتبعاً في تعريف البيع،

لا الأول في كلام صاحب المقابس.

(٣) هذا الضمير وضميراً «أنه، إليه» راجعة إلى البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول.

(٤) يعني: فيكون قيد تملك المشتري مستفاداً من قرينة مقامية، وهي كون المتكلم

الإيجاب المشير، إذ لا ثمره في الإيجاب المجرد<sup>(١)</sup>، فقول المخبر: «بعث» إنما أراد الإيجاب المقيد، فالقيد مستفاد من الخارج<sup>(٢)</sup>، لا أن البيع مستعمل في الإيجاب المتعقب للقبول<sup>(٣)</sup>. وكذلك<sup>(٤)</sup> (\*) لفظ النقل و الإبدال و التملك و شبهها، مع<sup>(٥)</sup> أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها<sup>(٦)</sup>.

يصدد الإخبار عن فعله، لا أن البيع أستعمل في مجموع تملك البائع و تملك المشتري.

(١) أي: الإيجاب المجرد عن القبول، فلو لم تكن القرينة المقامية لكان المراد من لفظ

«البيع» الإيجاب المحض.

(٢) أي: من قرينة مقامية، لا من حاق لفظ «البيع» حتى تكون دلالته على إقتران

الإيجاب بالقبول بالوضع. و عليه فتكون إستفادة قيد التعقب من باب تعدد الدال و المدلول.

نظير دلالة «أعتق رقبة مؤمنة» على مطلوية عتق الصنف لا طبيعي الرقبة، فإن «الرقبة» لم تستعمل إلا في طبيعة الرقبة، و قيد «الايان» أستفيد من لفظ «المؤمنة».

(٣) حتى يكون مغايراً للمعنى المختار و هو تملك العين بالمال.

(٤) غرضه إثبات مقصوده - و هو عدم دخل تعقب القبول في مفهوم البيع - بما حاصله:

أن ما يرادف البيع من «النقل، و الإبدال، و التملك، و شبهها كالتبديل» لا يتوقف صدق مفاهيمها على تعقب القبول، بل يتحقق مفهومها بدونه، إذ لم يقل أحد بدخل تعقب القبول في معناها، فلا بد أن يكون الأمر في البيع كذلك، فلا يعتبر في مفهوم البيع أيضاً تعقبه بالقبول كما هو مقتضى الترادف.

(٥) ليس هذا وجهاً آخر، بل هو متمم إستشهاده، فكأنه قال: «لا يعتبر في مفهوم البيع

تعقبه بالقبول، لعدم اعتباره فيما يرادفه من النقل و غيره، حيث إنه لم يلتزم أحد من الأصحاب

باعتبار القبول فيه، فلا بد أن يكون البيع كالنقل و التملك في عدم اعتبار القبول فيه».

(٦) أي: في معنى النقل و الإبدال و التملك و شبهها مما يرادف البيع.

(\*) هذا بمنزلة الدليل لعدم شرطية تعقب القبول، فحق العبارة أن تكون هكذا: «و يدل

عليه عدم اعتبار القبول في معنى لفظ النقل ونحوه مما هو مرادف للبيع، وإن كان القبول معتبراً في ترتب الأثر الخارجي على البيع. لكنّه غير إعتبراره في مفهوم البيع.

و الوجه في عدم إعتبرار القبول في معنى البيع و النقل و التمليك و شبهها هو أنّها من قبيل الإيجاب و الوجوب لا الكسر و الإنكسار، فإنّ الأمر قد يأمر بشيء و لا يكون واجباً في الخارج، فينكف الوجوب عن الإيجاب. و كذلك البيع، فإنّ البائع قد يُنشؤه و لا يوجد في الخارج. بخلاف الكسر و الإنكسار، فإنّه لا ينفك الإنكسار عن الكسر» هذا.

ثم إنّ جعل النقل و الإبدال و التمليك مما يرادف البيع لا يخلو من غموض.

أما النقل فلأنّه موضوع لمفهوم عام يصدق على النقل الخارجي، كنقل شيء من مكان الى آخر، و الاعتباري كنقل إضافة مال شخص إلى غيره، كنقل إضافة داره الى زيد مثلاً، و نقل زيد إلى مالك الدار عشرة دنانير، فليس معنى النقل مساوياً لمعنى البيع.

و كذا الحال في الإبدال فإنّه - لأعميته من الإبدال الخارجي و الاعتباري - لا يكون

مساوياً لمعنى البيع.

و أمّا التمليك فلأنّ النسبة بينه و بين البيع عموم من وجه، لوجود التمليك بدون البيع كالهبة و الوصية و تمليكه سبحانه و تعالى لعباده بالإرث أو الفقر كما في الزكاة، أو السيادة كما في الخمس. و وجود البيع بدون التمليك كبيع متاع بسهم سبيل الله من الزكاة، و بيع الطعام للصراف في التعازي الحسينية بالفلوس المبذولة من الشيعة طول السنة لهذا الأمر الخبير، فإنّ البيع موجود بدون التمليك كما هو واضح. و اجتماع التمليك و البيع معاً كالبيع الواقعة على المملوكات بالأثمان المملوكة كبيع زيد داره من عمر و بمائة دينار.

**و بالجملة :** فلا يكون التمليك مساوياً للبيع حتى يقال: إنّ عدم إعتبرار قيد التعقب

بالقبول في مفهوم النقل و الإبدال و التمليك يدلّ على عدم إعتبراره في البيع أيضاً، هذا.

و الحقّ ما أفاده المصنف رحمته من عدم دخل القبول في مفهوم البيع، و ذلك لأنّ البيع

المبحوث عنه هو معناه المصدري الذي يكون مبدأ لمشتقاته، و هو بهذا المعنى فعل البائع،

ومن المعلوم أن الصادر منه هو التبديل الإنشائي، إلا أن الإنشاء متقوم بالقصد، ومن المعلوم أن القصد لا يتمنى إلا مع العلم بتعقب القبول للإيجاب، أو رجاء تعقبه له. وأما مع القطع بعدمه فلا يتحقق القصد إلى إنشائه.

و بعبارة أخرى: لما كان البيع من العناوين القصدية لم يتحقق إلا بالقصد، فمع القطع بعدم لحوق القبول لا يحصل قصد الإنشاء الناقل حتى في نظره.

### و تفصيل البحث: أن للبيع إطلاقات أربعة:

**الأول:** الإنشاء الساذج من دون إنضمام القبول إليه، بمعنى القطع بعدم إنضمامه إليه، وهذا ليس بيعاً حتى في نظر الموجب، لعدم تمثني القصد المقوم لانشائه، فيصح سلب البيع عنه، و يقال: أنه ليس ببيع.

**الثاني:** الإيجاب و القبول بدون إمضاء العرف و الشرع، كأن يقول بعثك هذا الممن من التراب بكذا، فإنه بيع بنظر الموجب، لكنه غير مُمضى عرفاً و شرعاً، فتأمل.

**الثالث:** هذه الصورة مع إمضاء العرف دون الشرع كبيع الخمر، فإنه فاسد شرعاً و صحيح عرفاً.

**الرابع:** أن يكون مُمضى شرعاً أيضاً، كبيع من من الحنطة بدرهم مثلاً، مع إشتهاله لجميع ما يعتبر فيه، فإنه صحيح عرفاً و شرعاً.

إذا عرفت هذا فاعلم: أن البيع المصدري الذي هو فعل الموجب ليس إلا ما يُعدّ فعلاً له، و من المعلوم أن فعله - بحيث يضاف إليه - ليس إلا التملك أو التبديل الإنشائي، و أما القبول فليس جزءاً و لا شرطاً، لصدق مفهوم البيع عليه بدونه، كيف؟ و هو - أي القبول - يكون معنى الشراء الذي هو مقابل البيع و فعل القابل.

نعم بناءً على ما ذكره المصباح من كون البيع «مبادلة مال بمال» و كون المفاعلة مثل التفاعل في الدلالة على اعتبار التعدد في معناه يتجه دخل القبول في مفهوم البيع شرطاً، و إلا فلا دليل على اعتباره فيه، و التبادر و صحة سلب مفهوم البيع عن فاقد القبول لا يدلان على

إعتبار القبول في مفهومه، لنشو الانسباق المزبور عن القرينة كما لا يخفى، كما أن إنسباقه في النذر - فيما اذا نذّر بيع شيء - يكون لأجل القرينة.

فما في حاشية السيد و تقرير السيد الخوئي رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - من الاستدلال على إعتبار القبول في مفهوم البيع بوجوه أ - لا يخلو من غموض. إذ منها التبادر و صحة سلب البيع عن فاقد القبول، و قد عرفت حالهما من الاستناد الى القرينة.

و منها: أن البيع «إنشاء بتبديل عين بعوض في جهة الاضافة» و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الإنشاء بالقبول.

و فيه: أن التبديل الإنشائي لا يتوقف على ذلك، و إنما المتوقف عليه هو التبديل الخارجي العرفي أو الشرعي الذي يكون التبديل الانشائي موضوعاً له.

و منها: أن البيع من العقود، و بناءً على كون البيع الاجباب الساذج يلزم أن يكون من الإيقاعات.

و فيه: أنه إن أريد بالايقاع ترتب الأثر الخارجي على الاجباب فقط فهو ممّا لا ريب في بطلانه، لأن الأثر كالملكية حكم شرعي و ضعي يترتب على العقد المؤلف من الاجباب و القبول، لا خصوص الاجباب.

و إن أريد به الأثر المترتب على الإيجاب في نظر الموجب و إن لم يترتب عليه في نظر غيره - نظير الإيجاب و الوجوب، حيث أن الوجوب يترتب على الاجباب في نظر الأمر و إن لم يترتب عليه في نظر غيره، و لذا لا يكون وجوباً في نظر العقل حتى يستلزم مخالفته إستحقاق العقوبة، إلا إذا كان الأمر عالياً مثلاً - فلا محيص عن الالتزام به، لأن الموجب لا بد أن يُنشىء ما يريد و يقدر عليه، و هو ليس إلا التبديل الإنشائي، كما أن القابل لا يُنشىء إلا القبول الإنشائي، و هذان الانشاءان معاً عقدٌ يترتب عليه الحكم الشرعي بالملكية أو غيرها، فتدبر جيداً.



نعم<sup>(١)</sup> تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا في نظر الناقل، إذ<sup>(٢)</sup>

(١) بعد أن نفي دخل القبول في مفهوم البيع - و التزم بتحقيقه بدون القبول - إستدرك عليه وقال: نعم يشترط القبول في تحقق الانتقال الخارجي لا الانتقال في نظر البائع، لأن النقل الإنشائي يؤثر في الانتقال الإنشائي لا محالة، و إلا يلزم إنفكاك الأثر عن المؤثر، فالأثر المترتب على الإيجاب المتعقب للقبول هو الانتقال الخارجي، لا الانتقال في نظر البائع.

(٢) تعليل لعدم شرطية القبول للانتقال في نظر الناقل، و ملخصه: أن المؤثر التام في الانتقال الإنشائي في نظر الناقل هو نقله المفروض تحققه، و لا يمكن التفكيك بين المؤثر و أثره، غاية الأمر أن هذا الأثر الإنشائي غير الأثر الخارجي الذي يترتب على الإيجاب المتعقب بالقبول.

**فالمتحصل:** أنه لا وجه لأخذ القبول في مفهوم البيع الإنشائي.

**وأما ما أفاده السيد من الاشكال على المتن بقوله:** «و ما ذكره المصنف عليه السلام من أن ذلك من جهة الانصراف الى البيع المثير فيه: أنه لو كان كذلك وحب أن يكون كذلك في فقد جميع الشروط الشرعية. مع أنه لو تحقق القبول و لم يكن صحيحاً شرعياً من جهة فقد بعضها يكون بيعاً قطعاً، و لا يكون اللفظ منصرفاً عنه، و لا يعد الإخبار به معه من الكذب. و أيضاً لو قال: بعث، و ما قبل المشتري يعد تناقضاً فغير ظاهر، إذ مع قرينية الإخبار على إرادة الإيجاب المثير لم يفرق فيه بين إعتبار لحوق القبول و بين إجتماع شرائط الصحة، فلو قصد الإخبار عن بيع داره وفاة بالنذر أو أداء للدين، و كانت المعاملة فائدة لبعض شرائط الصحة كان قوله: «بعث داري» كذباً قطعاً، لفرض عدم تأثير العقد - غير المستجمع لشرائط النفوذ - في النقل و الانتقال. و إن كان مقصوده الإخبار عن إيجابه البيع بلا نظير الى تحقق جميع ماله دخل في ترتب الأثر كان إخباره صدقاً، سواء أكان عدم ترتب الأثر مستنداً إلى عدم تعقب القبول أم الى إختلال الشروط.

و عليه فمما في المتن من قوله: «الإيجاب المثير» سليم عما أورد عليه.

التأثير لا ينفك<sup>(١)</sup> عن الأثر، فالبيع<sup>(٢)</sup> وما يساويه معنىً من قبيل الإيجاب والوجوب، لا الكسر والانكسار كما تحته بعض<sup>(٣)</sup>، فتأمل<sup>(٤)</sup>.

(١) بل التأثير والأثر واحد وتعددهما إعتباري، لأنه إذا نسب إلى الفاعل فهو تأثير، وإذا نسب إلى المحل فهو أثر، فلا يعقل التأثير بدون الأثر.

(٢) هذا بمنزلة التعليل لعدم إعتبار القبول في مفهوم البيع، يعني: أنه لا يعتبر القبول في البيع، لأنه من قبيل الإيجاب والوجوب، فكما ينفك الوجوب عن الإيجاب، فكذلك ينفك إيجاب البيع عن الانتقال الخارجي المترتب على إنضمام القبول. وليس البيع من قبيل الكسر والانكسار حتى لا ينفك إيجاب البيع عن الانتقال، كما لا ينفك الكسر عن الانكسار.

(٣) وهو المدقق صاحب المقابس رحمته الله.

(٤) لعله - كما قيل - إشارة إلى: أن البيع من قبيل الكسر والانكسار، حيث إن الانتقال الإنشائي لا ينفك عن النقل، فلا يتوقف على القبول. نعم الانتقال الشرعي الذي هو الحكم الشرعي موقوف على القبول. وكذا الحال في الوجوب والإيجاب، فإنه لا يكاد يمكن إنفكاكها في مرتبة واحدة بحسب نظر واحد. نعم إنما ينفك الإيجاب في مرتبة - أو بحسب نظر - عن الوجوب في مرتبة أخرى ونظر آخر.

و بالجملته: فالإيجاب في نظر أو في مرتبة لا ينفك عن الوجوب في ذلك النظر أو تلك المرتبة، و ينفك عنه في مرتبة أخرى أو نظر آخر.

وكذا النقل والانتقال، فإن النقل في كل نظر أو مرتبة لا ينفك عن الانتقال في ذلك النظر أو تلك المرتبة. فلا فرق بين الإيجاب والوجوب والنقل والانتقال والكسر والانكسار

ولا يبعد أن يكون النزاع بين المشيئين والنافين لفظياً، ببيان: أن البيع المُنشئ لما كان متوقفاً على الإيجاب والقبول معاً قالوا: إن البيع مركب منهما، غفلة عن أن ذلك خارج عن مفهوم البيع المصدري، وأن إعتباره فيه ناشئ عن القرينة، فمن ادعى إعتبار القبول فيه أراد إعتباره في تأثيره، ومن نفى ذلك عنه أراد خروجه عن مفهومه.

و منه <sup>(١)</sup> يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح <sup>(٢)</sup>

إلا في كونها من الأمور الخارجية التي لها مرتبة واحدة، بخلاف الوجوب والايجاب والنقل والانتقال، فإنهما من الأمور الإعتبارية التي لا واقع لها إلا بحسب الاعتبار الذي يختلف بحسب الأنظار.

ولعله إشارة إلى الدقة والإيمان فيما أفاده لا ترضيه. ولعله أولى بملاحظة ما فرعه عليه بقوله: «و منه يظهر ضعف...» إذ لو كان المطلب السابق موهوناً لم يبق مجال لبناء قدحه في مطالب الآخرين على أساس ضعيف في نظره.

(١) أي: ومن عدم دخل القبول في النقل والانتقال في نظر البائع - وأن البيع لم يستعمل إلا في مجرد النقل، وأن قيد التعقب بالقبول يستفاد من دال آخر - يظهر ضعف أخذ قيد التعقب بالقبول في معنى البيع الإصطلاحي.

و مقصوده <sup>تبيُّر</sup> في خاتمة مناقشته في أول إطلاقات البيع هو التنبيه على أن قيد التعقب بالقبول غير دخیل في معنى البيع سواء أريد به معناه المصطلح عليه بين الفقهاء من «إنشاء تمليك عين بمال» وما يقرب منه، أم أريد به معناه اللغوي من مبادلة مال بمال.

و عليه فلا وجه لما ذهب إليه بعض مشايخه من عدم دخل قيد التعقب بالقبول في معناه اللغوي، وإنما هو دخیل في معناه باصطلاح الفقهاء. ولا لما أفاده صاحب المقابس <sup>تبيُّر</sup> من أخذ قيد التعقب في معناه اللغوي، حيث ادعى إطلاق البيع حقيقة على معانٍ أربعة، وكونه مشتركاً لفظياً بينها، و جعل أول تلك المعاني: الإيجاب المشروط بالقبول والمقرن به.

وقد نقي المصنف <sup>تبيُّر</sup> دخل القبول في البيع الاصطلاحي واللغوي معاً، ومن المعلوم أن عدم دخله في البيع الاصطلاحي يدل بالأولوية القطعية على عدم دخله في معناه اللغوي، ووجه الأولوية: أن الفقيه ربما يتصرّف في المعنى اللغوي بزيادة قيد التعقب بالقبول في مصطلحه وإن لم يكن دخیلاً في الوضع اللغوي، فإذا ثبت عدم دخله في معناه الاصطلاحي فقد ثبت - بالأولوية - خلوه معناه اللغوي عن هذا القيد.

(٢) الذي أخذَه بعض مشايخه، على ما تقدم في قوله: «و إليه نظر بعض مشايخنا حيث

أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح».

فضلاً<sup>(١)</sup> عن أن يجعل أحد معانيه.

وأما البيع<sup>(٢)</sup> بمعنى الأثر - وهو الانتقال - فلم يوجد في اللغة<sup>(٣)</sup> ولا في العرف<sup>(٤)</sup>.

(١) قد عرفت آنفاً وجه الأولوية، ومحصله: أن القبول لا يكون دخيلاً في المعنى الاصطلاحي الذي هو أهون من المعنى الأصلي اللغوي، فكيف جعله صاحب المقابس<sup>تتبع</sup> دخيلاً في معناه اللغوي؟

إلا أن يناقش في هذه الأولوية بمنع الملازمة بين اللغة والإصطلاح الفقهي، لإمكان دخل القبول في البيع باصطلاح الفقهاء وإن لم يكن دخيلاً في معناه اللغوي. هذا تمام الكلام فيما يتعلق بإطلاق البيع حقيقة على الإيجاب المشروط بتعقبه بالقبول، وقد ظهر أن شرطية التعقب ليست مدلول نفس البيع، بل استفيدت من قرينة خارجية من باب تعدد الدال والمدلول.

## ٢- إطلاق البيع على الأثر

(٢) هذا هو المعنى الثاني الذي قيل بإطلاق البيع عليه حقيقة في قبال إطلاقه على إنشاء تملك عين بمال. وحاصل إشكال المصنف عليه: أن استعمال «البيع» في الانتقال - المترتب على الإيجاب والقبول - غير معهود ل لغة ولا عرفاً، على ما سبق تفصيله في مناقشة تعريف الشيخ والعلامة وغيرهما بالانتقال.

وعليه فلم يثبت كونه من معاني البيع حتى يتكلف في دفع التنافي بينه وبين ما اختاره المصنف - ونجّله صاحب المقابس ثاني إطلاقات البيع - من كونه إنشاء تملك عين بمال. فالإنتقال أثر البيع وغايته، ويكون استعماله فيه مجازياً، ومن المعلوم عدم التنافي بين استعمال لفظ في معناه الحقيقي تارةً والمجازي أخرى.

(٣) لأن معناه اللغوي «مبادلة مال بمال» والمبادلة مغايرة للانتقال مفهوماً.

(٤) لأن معناه العرفي إما هو إيجاب البائع خاصة، وإما العقد كما ادّعى العلامة في المختلف تبادره منه<sup>أ</sup>.

و إنما وقع في تعريف جماعة<sup>(١)</sup> تبعاً للمبسوط. و قد يوجه<sup>(٢)</sup> بأن المراد من البيع المحدود المصدر من المبني للمفعول

(١) كابين إدريس و العلامة في ما عدا المختلف من كتبه.

(٢) نَسِبَ هذا التوجيه الى العلامة الطباطبائي رحمته في المصاييح و نقله صاحب الجواهر معترضاً عليه، قال رحمته: «بل ربما قيل: انَّ التعريف بالانتقال للبيع مصدراً للفعل المبني للمجهول، فيوافق حينئذٍ تعريفه بالنقل مصدراً للفعل المعلوم، و يسلم من التجوز في الحد والمحدود، و ان كان فيه ما فيه» أ.

و توضيح هذا التوجيه: أنَّ للمصدر حيثيتين، إحداهما: إنتساب المادة الى الفاعل، وهو في المقام من يصدر منه البيع، و هذا موافق لتعريفه بإنشاء التملك و نحوه مما ظاهره الصدور من البائع، و أثره الإنتقال.

ثانيتها: حيثية إنتساب المادة الى المفعول به، وهو ما يقع عليه البيع أعني به العوضين. و الفرق بين هاتين حيثيتين: أنَّ الملحوظ في الأولى نسبة الصدور من الفاعل، و الملحوظ في الثانية نسبة الوقوع على المفعول به. مثلاً «الضرب» يراد به تارة ضاربية زيد، و أخرى مضروبية عمرو.

و على هذا فتعريف البيع بـ«إنشاء التملك» ناظر إلى ظهوره في نسبة المادة الى البائع، فيكون المعرف حيثية بايعته. ولكن هذا الظهور لا يمنع من إرادة المعنى المفعولي من المصدر، فيكون المعرف مبيعية المعروض، و من المعلوم أنَّ تعريف البيع بالانتقال ناظر إلى تعريف المصدر المبني للمفعول الذي هو أثر البيع المصدري المبني للفاعل.

و عليه فليس إطلاق البيع على الإنتقال مجازياً، بدعوى: كونه أثرًا مسبباً عن الإيجاب و القبول. و ذلك لما عرفت من إرادة المبيعية من «البيع» المعرف بالانتقال، لكون الانتقال صفةً للمبيع، هذا.

أعني المبيعية<sup>(١)</sup> (\*).

(١) وهو المعبر عنه بالفارسية بـ «فروخته شده ، منتقل شده».

(\*) لا يخفى أن هذا المعنى يرجع إلى المعنى الأول، ولا يكون مغايراً له، بناءً على ما تقدم أنفاً من إتحاد النقل والانتقال، والایجاب والوجوب، والكسر والانكسار ذاتاً، وإختلافها إعتباراً، حيث إنها باعتبار إضافتها إلى الفاعل نقل وإيجاب وكسر، وباعتبار إضافتها إلى القابل وجوب وانتقال وإنكسار، لأن نسبة كل مصدر مجرد إلى مصدر مزيد فيه من تلك المادة تكون كنسبة الوجود إلى الإيجاد، فكما أن الوجود والإيجاد متحدان حقيقةً ومختلفان إعتباراً، فكذلك المصادر المجردة والمزيد فيها. هذا ما يقال في الفرق بين المصادر المجردة والمزيد عليها. لكن فيه: أن هذا الفرق يتم في المصادر المجردة اللازمة كالحسن والوجود ونحوهما حتى تكون ملحوظة بالنسبة إلى المحل، وأما في المجردة المتعدية فلا يتم ذلك، لأنها مضافة إلى الفاعل و ملحوظة بالنسبة إلى جهة الصدور.

وبالجملة: إن أريد بالانتقال ما يكون بنظر الموجب فيرجع إلى المعنى الأول، لاتحاد النقل والانتقال ذاتاً. وإن أريد به ما هو ثابت شرعاً و عرفاً بأن يراد بالانتقال الملكية الشرعية أو العرفية فليل بغلطية هذا الاستعمال أي استعمال كلمة البيع في الانتقال، لأن الانتقال حكم مترتب على البيع ترتب الحكم على الموضوع، ومتأخر عنه تأخر المعلول عن العلة، لأن نسبة البيع إلى الاعتبار الشرعي أو العرفي نسبة الموضوع إلى حكمه، بإطلاق البيع على حكمه ولو مجازاً غلط كما في تقرير السيد الخوئي رحمته الله هذا.

لكن يمكن أن يقال: بصحة هذا الاستعمال لعلاقة السببية والمسببية، فإن الموضوع كالسبب والعلة للحكم، فلا بأس بإطلاق البيع وإرادة الحكم منه مجازاً بالعلاقة المزبورة. إلا أن يقال: إن صحة الاستعمال المجازي منوطة باستحسان الطبع له، لا بالعلاقة، والطبع لا يستحسن استعمال لفظ الموضوع في الحكم الذي يترتب عليه، فإن البيع غير الحكم الشرعي المترتب عليه، ولا يستحسن الطبع استعمال لفظ البيع فيه.

و هو <sup>(١)</sup> تكلّف حسن (\*).

و أما البيع <sup>(٢)</sup> بمعنى العقد فقد صرح <sup>(٣)</sup> الشهيد الثاني رحمته الله بأن إطلاقه عليه مجاز، لعلاقة السببية.

(١) يعني: أن هذا التوجيه تكلّف حسن. أما كونه تكلّفاً فظهور التعريف في إرادة البيع بمعناه المصدرى، لا بلحاظ ما يشتق منه كالمبيعية التي لوحظ فيها حيثية زائدة على أصل المبدأ، وهي وقوع البيع على عين متمولّة. و أما كونه حسنًا فلأنّ إشراك المعنى المفعولى لا يوجب خروج «البيع» المحدود عن المبدأ المقصود تعريفه.

### ٣- إطلاق البيع على العقد مجازاً

(٢) هذا هو المعنى الثالث المتقدم في كلام صاحب المقابس ومحصل ما أفاده المصنف رحمته الله في دفع التنافي بين تعريف البيع بـ «انشاء تملك عين بمال» وبين جعله بمعنى العقد هو: أن إطلاق البيع على الإيجاب والقبول ليس حقيقياً، بل هو مجازيٌ بعلاقة السببية والمسببية، لما تقدم في تعريف البيع «بالعقد الدال على الانتقال» من كون المعاملات أموراً إعتبارية أي من مقولة المعنى، وليست من مقولة اللفظ، ومن المعلوم أن إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على سببه مجازي لا حقيقي.

و عليه فللبيع معنى حقيقي واحد، و لامنافاة بينه وبين إستعماله في ما عداه بقرينة كعلاقة السببية والمسببية ونحوها. فإ تقدم في كلام صاحب المقابس وغيره من «أن للبيع إطلاقات، وعدّ منها إطلاقه على الإيجاب والقبول» ممنوع بما عرفت.

(٣) غرضه رحمته الله الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني رحمته الله على مجازية تعريف البيع بالعقد

(\* ) بل لا حسن فيه، لأنّ الانتقال في نظر الناقل المنشئ للبيع يترتب على إنشائه،

لا على الإيجاب والقبول معاً، و الانتقال في نظر الشارع أو العرف ليس بيعاً، بل هو حكم شرعي أو عرفي يترتب على البيع، ولا يُنشأ بالإيجاب والقبول حتى يكون أثرهما.

الدال على الانتقال، وبيانه: أَنَّهُ يُؤَيِّدُ ذَكَرَ فِي الْمَسَالِكِ تَعْرِيفِينَ لِلْبَيْعِ.  
أحدهما: العقد كما في الشرائع والمختصر النافع والدروس، بدعوى أَنَّهُ المتبادر عرفاً  
من معنى البيع.

وثانيهما: أثر العقد وهو الانتقال كما في كلام المبسوط وغيره. ثم نَقَلَ الشَّهِيدُ الثَّانِي عَنْ  
الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ: إِرْجَاعَ تَعْرِيفِ الْبَيْعِ بِالْإِنْتِقَالِ إِلَى تَعْرِيفِهِ بِالْعَقْدِ، وَوَجَّهَ بِقَوْلِهِ: «نظراً إلى أَنَّ  
الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال، فأطلق إسم المسبب على السبب، وعُرفَ المعنى بالغاية»  
ثم إعترض الشَّهِيدُ الثَّانِي عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: «و فيه نظر، لأنَّ الإِطْلَاقَ الْمَذْكُورَ مِجَازِيًّا يَجِبُ  
الإِحْتِرَازُ عَنْهُ فِي التَّعْرِيفَاتِ الْكَاشِفَةِ لِلْمَاهِيَةِ، إِلَّا مَعَ قِيَامِ قَرِينَةٍ وَاضِحَةٍ، وَهُوَ مُتَنَفٍ. وَأَمَّا  
التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جائز... الخ» أ.  
والمقصود من نقل عبارة المسالك أمران:

أحدهما: أَنَّ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ - مِنْ تَصْرِيحِ الشَّهِيدِ الثَّانِي بِمِجَازِيَّةِ إِطْلَاقِ الْبَيْعِ عَلَى  
العقد - لَا يَخْلُو مِنْ شَيْءٍ، فَإِنَّهُ وَإِنْ صَرَّحَ بِهَذَا الإِطْلَاقَ الْمِجَازِيَّ، إِلَّا أَنَّ عِلَاقَةَ السَّبَبِيَّةِ  
والمسببية قد نقلها عن الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ فِي مَقَامِ تَوْجِيهِ تَعْرِيفِ الْبَيْعِ بِالْعَقْدِ، وَكَانَ مَقْصُودُ الشَّهِيدِ  
الثَّانِي الإِيرَادَ عَلَى الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ بِإِلْزَامِهِ بِمَا اعْتَرَفَ بِهِ مِنْ وَضْعِ الْبَيْعِ لِلْإِنْتِقَالِ - أَيِ الْمَسَبِّ -  
وَأُطْلِقَ مِجَازاً عَلَى الْعَقْدِ، لِكَوْنِهِ سَبَباً لَهُ. لِأَنَّ الشَّهِيدَ الثَّانِيَّ صَرَّحَ بِمِجَازِيَّةِ إِطْلَاقِ الْبَيْعِ عَلَى  
الإيجاب والقبول.

ثانيهما: أَنَّ مَا فِي بَعْضِ الْحَوَاشِي «مَنْ عَدِمَ الْعَثُورَ عَلَى تَصْرِيحِ الشَّهِيدِ الثَّانِي فِي الْمَسَالِكِ»  
غَيْرَ ظَاهِرٍ، لَوْفَاءَ عِبَارَتِهِ الْمَتَقَدِّمَةِ بِكَوْنِ الْعَقْدِ مَعْنَى مِجَازِيًّا لِلْبَيْعِ بِعِلَاقَةِ السَّبَبِيَّةِ وَالمسببية،  
غَايَتُهُ أَنَّهُ نَقَلَهُ عَنِ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ وَلَمْ يَعْتَرَفْ بِهِ.

وقد ظهر مما ذكرناه مسامحة دعوى صاحب الجواهر من «أنَّ الشَّهِيدَ صَرَّحَ بِالْمِجَازِيَّةِ



## و الظاهر<sup>١١</sup> أن المسبب هو الأثر المحاصل في نظر

في الروضة، ألا في المسالك، فإننا لم نظفر على المطلب في بيع شرح اللمعة، فراجع.  
 هذا تمام الكلام في نبي ما ذكره الفقيهان في شرح القواعد والمقاس من إطلاق البيع حقيقة على معانٍ أربعة، فيكون مشتركاً لفظياً فيها.  
 وقد تحصل من كلمات المصنف: أن تلك الإطلاقات ليست على نحو الحقيقة إلا واحداً منها وهو الإيجاب القائم بالبيع، وعليه فإستعمال اللفظ في المعاني الثلاثة الأخر مجازي، فلا ينافي إرادة الحقيقة عند التجرد عن القرينة.  
 وجه عدم المنافاة: أن المعنى الأول قد استفيد فيد التعقب بالقبول فيه من قرينة خارجية مثل كون المتكلم في مقام الإخبار عن بيع داره.  
 والمعنى الثاني أيضاً ليس مدلول البيع أصلاً، إذ النقل المعتمر في مقام الإنشاء هو قصد المنشيء، مبادلة مالٍ بمال، وليس ترتب الأثر - أعني به الانتقال في وعاء الاعتبار عرفاً أو شرعاً - دخيلاً في المفهوم.  
 والمعنى الثالث - وهو العقد - قد عرفت أن إستعمال البيع فيه مجازيٌ بعلاقة السببية والمسببية.

(١) غرضه تبيين توجيه ما حكاه عن الشهيد الثاني رحمته - من أن إطلاق البيع على العقد مجاز بعلاقة السببية - بنحو لا يرد عليه إشكال، وهو عدم كون المقام من صغريات إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على السبب، بتقريب: أن لفظ «البيع» وضع للنقل الذي هو فعلُ البائع فقط - على ما اختاره المصنف من عدم دخل القبول في معناه - ومن الواضح أن البيع بهذا المعنى مسبب عن جزء العقد وهو الإيجاب فقط، لا عن جزئي العقد معاً حتى يصح إطلاق البيع على العقد بعلاقة السببية، فهذا الإطلاق خارج عن حيز إستعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب مجازاً بعلاقة السببية والمسببية.

و ملخص ما أفاده المصنف في دفع الاشكال و توجيه هذا الاطلاق المجازي بعلاقة

الشارع<sup>(١)</sup>، لأنه<sup>(٢)</sup> المسبب عن العقد<sup>(٣)</sup>. لا النقل الحاصل من فعل الموجب، لما<sup>(٤)</sup> عرفت من أنه<sup>(٥)</sup> حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقفٍ على شيء<sup>(٦)</sup>، كحصول وجوب الضرب

السببية بقوله: «و الظاهر...» هو: أن الإشكال المذكور إنما يتوجه على الشهيد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إذا أراد من المسبب الأثر المتحقق في نظر الموجب. وأما إذا أراد من المسبب الأثر الحاصل في نظر الشارع لم يرد عليه هذا الاشكال أصلاً، بدهاء أن السبب فيه هو تمام العقد لا جزؤه، فيصح حينئذٍ استعمال «البيع» بمعنى الأثر الشرعي المترتب على العقد - بكلا جزئيه - في العقد بعلاقة السببية والمسببية.

(١) والشاهد على إرادة هذا النقل الشرعي لا النقل في نظر البائع ما وَرَدَ - في تعريف شيخ الطائفة بالانتقال - من القيود مثل كون العين مملوكة والعوض مقدراً، ورضى المتبايعين، فإنها تكشف عن إرادة الانتقال بنظر الشارع أي الإنشاء المثمر، لا مطلق الانشاء وإن كان فاقداً لشرائط التأثير في نظر الشارع.

(٢) أي: لأن الأثر الحاصل في نظر الشارع من النقل الاعتباري هو المسبب عن العقد.  
(٣) فالمصنف والشهيد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ متفقان على كون البيع مجازاً في العقد المراد به الإيجاب والقبول، ومختلفان في العلاقة المصححة للاستعمال المجازي، فالمصنف يقول: إنَّها علاقة الكل والجزء، إذ البيع إسم للإيجاب، فاستعماله في العقد يكون بعلاقة الكل والجزء، والشهيد يقول: إنَّها علاقة السببية والمسببية.

(٤) تعليل لقوله: «لا النقل...».

(٥) أي: أن النقل الحاصل من فعل الموجب حاصل بنفس إنشائه.

(٦) فيكون إنشاء الموجب والنقل المترتب عليه في نظره نظير الكسر والانكسار، والإيجاب والوجود، والإيجاد والوجود، ولا فرق بينها إلا في كون ما عدا الكسر والانكسار من الأمور الإعتبارية التي يمكن إختلاف الأنظار فيها كما مرَّت الإشارة إليه، بخلاف الكسر والانكسار، فإنَّه أمر خارجي لا إختلاف فيه حتى يحصل بنظرٍ دون نظرٍ آخر.

في نظر الآمر<sup>١١</sup> بمجرد الأمر وإن لم يصِر واجباً في الخارج في نظر غيره.  
و إلى هذا<sup>٢١</sup> (\*) نَظَرُ جَمِيعُ ما وَرَدَ في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم  
البيع»<sup>٣</sup>

(١) الظاهر أن مقصوده من الأمر هنا هو من لم يحكم العقل بلزوم إطاعته، وإلا فالسيادة الحقيقية تقتضي الوجوب و الامتثال في نظر المأمور قطعاً. نعم إذا لم يكن الأمر عالياً ولا مستعليماً لم يكن إيجابه مستتباً للوجوب كما هو واضح.  
(٢) يعني: و إلى الأثر الحاصل في نظر الشارع - الذي هو المسبب عن العقد - نَظَرُ جَمِيعُ ما وَرَدَ في النصوص و الفتاوى، فالمراد بالبيع الموجود فيها هو هذا المعنى، لا النقل الحاصل من فعل الموجب.

(٣) كما في رواية عمر بن حفظة عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجلٍ اشتري أرضاً على أمتها عشرة أجره، فإذا هي خمسة أجرية، قال: ان شاء إسترجع فضل ماله، وإن شاء ردّ البيع وأخذ ماله كله، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون فليؤخذ و يكون البيعُ

(\*) بل إلى المعاملة الخاصة الحاصلة بالإيجاب و القبول ينظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى و غيرهما، لأنها هي التي يعرضها البقاء و يتعلّق بها الفسخ و الإمضاء، و يرد عليها الشروط و الأحكام. بخلاف العقد، فإنه من مقولة اللفظ و يتصرّف و لا يقبل الاستمرار حتى يُمضَى أو يُفسخ، فلا يصحّ إرادة الإيجاب و القبول من البيع في قولهم: «كتاب البيع» أو «عقد البيع». فالمراد بالبيع في كلمات الفقهاء و كذا الآيات الشريفة و النصوص هو المعاهدة الخاصة الحاصلة بين المتبايعين المترتبة عليها الأحكام، فإضافة العقد حينئذٍ إلى البيع بيانية، فإطلاق لفظ البيع على الإيجاب و القبول و إن كان صحيحاً بعلاقة السببية و المسببية، إذ العقد سبب لتحقق تلك المعاملة، و ليس من الأغلاط الواضحة - كما قيل - إلا أنه لم يعهد ذلك في الإطلاقات المتعارفة.

أو «وجب البيع»<sup>(١)</sup> أو «لا يبيع بينهما»<sup>(٢)</sup> أو «أقاله في البيع»<sup>(٣)</sup> ونحو ذلك<sup>(٤)</sup>.  
 والحاصل<sup>(٥)</sup> (\*): أن البيع الذي يجعلونه من العقود يُرادُ به النقل بمعنى إسم  
 المصدر مع إعتبار تحققه في نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب والقبول،  
 فإضافة العقد الى البيع - بهذا المعنى - ليس بيانية: ولذا يقال: إنعقد البيع ولا ينعقد  
 البيع.

لازمأله، وعليه الوفاء بتمام البيع... الحديث أ.

(١) كما في عدة نصوص، منها معتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أيتما رجل  
 اشتري من رجل ببعاً فمها بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»<sup>ب</sup> الحديث.  
 (٢) كما في معتبرة علي بن يقطين «أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع  
 ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينها ثلاثة أيام، فإن قبض ببعه، وإلا  
 فلا يبيع بينهما»<sup>ج</sup>.

(٣) كما في مثل رواية هارون بن حمزة عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «أيتما عبد أقال مسلماً  
 في بيع أقاله الله عثرته يوم القيامة»<sup>د</sup>.  
 (٤) مثل قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ وقوله عليه السلام في ما رواه اسحاق بن عمار:  
 «فلا يبيع له»<sup>هـ</sup>.

(٥) يعني: وحاصل كلام الشهيد بملاحظة التوجيه المذكور: أن البيع - الذين يعدونه من

(\*): لا يخفى أن ما أفاده المصنف رحمته في توجيه كلام الشهيد رحمته - من كون إطلاق البيع  
 على العقد مجازاً بعلاقة السببية بإرادة النقل الشرعي من البيع وإطلاقه على سببه وهو العقد -

أ : وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٦٦، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث: ١

ب : المصدر، ص ٣٤٦، الباب ١، من أبواب الخيار، الحديث : ٤

ج : المصدر، ص ٣٥٧، الباب ٩ من ابواب الخيار، الحديث : ٣

د : المصدر، ص ٢٨٦، الباب ٣ من أبواب آداب التجارة، الحديث: ٢

هـ : المصدر، ص ٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث : ٢٤

المقود، و يستعملونه في العقد بعلاقة السببية، و يقولون: البيع عقد مركب من إيجاب و قبول - يراد به النقل الشرعي المسبب عن العقد، و يطلق عليه العقد بعلاقة السببية، لا النقل في نظر الموجب، لما مرَّ من أنه مسبب عن الإيجاب خاصة.

و على هذا فإضافة العقد إلى البيع لامية من قبيل إضافة السبب إلى المسبب، لا بيانية بأن يكون البيع بمعنى العقد، إذ لا يصح حينئذ أن يقال: «انعقد البيع أو لم ينعقد» حيث إن مرجعه إلى إنعقاد العقد و عدمه، و من المعلوم أنه لا معنى له، لأنَّ العقد بمعنى الإيجاب و القبول اللفظيين بعد تحققه لا يكون مورداً للنفي، فلا يقال: لم ينعقد البيع، مع أنه يصح ورود النفي و الإثبات على البيع بعد تحقق العقد، فلا بد أن تكون الإضافة لامية حتى يصح أن يقال: «انعقد البيع أو لم ينعقد» لأنَّ إنعقاده عبارة عن ترتب الأثر الشرعي و عدم إنعقاده عبارة عن عدم ترتب الأثر الشرعي عليه. فبعد تحقق الإيجاب و القبول يمكن أن ينعقد البيع - أي الأثر الشرعي - إذا كان العقد جامعاً للشرائط، و يمكن أن لا ينعقد كما إذا كان فاقداً لها.

تمهيداً للإشكال عليه.

و محصل ما يستفاد من مجموع عبارات المصنف في المقام: أنه إن أريد بالبيع النقل بنظر الموجب، ففيه: أن علاقة السببية المصححة لإطلاق البيع بهذا المعنى على العقد مفقودة، حيث إنَّ العقد ليس سبباً للبيع بمعنى النقل في نظر الموجب، بل سببه الإيجاب فقط الذي هو أحد جزئي العقد، لا العقد المركب من الإيجاب و القبول.

و إن أريد بالبيع النقل الشرعي فالعلاقة المصححة لإطلاق البيع على العقد مجازاً و إن كانت موجودة، بدهاء سببية العقد للنقل الشرعي. لكن فيه: أن جعل البيع بمعنى الأثر الشرعي مما لم يثبت لا في اللغة و لا في العرف كما مرَّ في المعنى الثاني.

مضافاً إلى: أن إطلاق البيع على العقد غير سديد، لأنَّ البيع من مقولة المعنى، و العقد من مقولة اللفظ، و تصحيحه بما أفاده الشهيد - من إطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية - قد عرفت ما فيه.

ثمَّ ١٢٦ إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في كتاب اليمين من المسالك على أنَّ عقد البيع

### الفاظ المعاملات موضوعة للصحيح أو للأعم

١) لما فرغ المصنف رحمته من تثبيت تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» ودقَّع ما أورده عليه، وناقش في كلام بعض من قارب عصره وهو إطلاق «البيع» على معانٍ ثلاثة أُخرى غير إنشاء التمليك - من باب تعدد الوضع والاشتراك اللفظي، أراد التنبيه على أمرٍ آخر.

إلَّا أن يوجه كلام الشهيد الثاني بما لا يرد عليه الاشكال بأن يقال: إنَّ المراد بالمسبب الذي وُضع له لفظ البيع هو إعتبار المتعاقدين، و سببه هو الإيجاب والقبول، فالمسبب - وهو إعتبارهما يوجد بإنشاء الإيجاب والقبول، بناءً على ما ذهب إليه القدماء من كون الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ. وعلى هذا فالمسبب يوجد بالعقد وهو الإيجاب والقبول اللفظيان، أو مطلقاً، فيصح كلام الشهيد الثاني رحمته من كون استعمال لفظ البيع في العقد مجازاً بعلاقة السببية. ولا يرد عليه تعريض المصنف رحمته به من: أنَّ المراد بالمسبب هو الأثر الشرعي، والمفروض أنَّ استعمال لفظ البيع في الأثر الشرعي غير ثابت، لالغَّة ولا عرفاً، كما أفاده في بيان المعنى الثاني والاشكال عليه، بهذا.

لكن صحة هذا التوجيه مبنية على كون الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ، وهو غير ثابت، لما مرَّ سابقاً من أنَّ في الانشاء مسلماً آخرٌ وهو أنه عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني بالمبرز اللفظي أو الفعلي، فلا سببية في البين أصلاً.

**فالمتحصل:** أنه لا منافاة بين ما اختاره المصنف من معنى البيع وبين المعاني الثلاثة التي ذكرها بعض من قارب عصره.

أما المعنى الأول فلأنه فرد من أفراد معنى البيع الذي اختاره المصنف من كونه إنشاء تمليك عين بمال.

و أما المعنى الثاني فلم يثبت لالغَّة ولا عرفاً.

و أما المعنى الثالث فلرجوعه الى المعنى الثاني.

و غيره حقيقة في الصحيح مجازاً في الفاسد<sup>(١)</sup>.

وهو وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أو للأعم منه و من الفاسد، فنقل كلام الشهيدين رحمهما الله الظاهر في الوضع للصحيح، ثم أوردَ عليهما بأنَّ لازمَ ذلك إجمال الأدلة الإيضائية المانع عن التمسك بها، ثم وجَّه التمسك بالإطلاقات حتى على القول بوضعها لخصوص الصحيح، و ستظهر هذه الأمور إن شاء الله تعالى.

كما أنَّ في نقل خصوص كلام الشهيد الثاني رحمهما الله غرضاً آخر، وهو التنبيه على تهافت كلامه المتقدم - من كون إطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية والمسببية - مع ما أفاده في كتاب العيّن، و ذلك لدلالة كلامه المتقدم على كون البيع حقيقةً في المسبب و هو الانتقال الشرعي، و على خروج القبول عن مفهوم البيع، و كون إستعماله في العقد المركَّب من الإيجاب و القبول مجازاً بعلاقة السببية، و لدلالة كلامه في عيّن المسالك - الذي سيأتي عليك - على دخل القبول في مفهوم البيع، لأنَّه حقيقة في العقد الصحيح، فيكون البيع على هذا إسماً للسبب و هو العقد، لا المسبب أعني به الأثر الشرعي، و من المعلوم أنَّ هذا تناقض.

توضيحه: أنَّ المتصف بالصحة و الفساد هو الشيء المفروغ عن وجوده، لكونها وصفين للشيء الموجود، فإنَّ أريد بالبيع «العقد» إتصف بالصحة تارةً و بالفساد أخرى، و إنَّ أريد به الأثر المحاصل - و هو الانتقال - لم يتصف بالصحة و الفساد، بل يتصف بالوجود تارةً و بالعدم أخرى، و كذا الحال لو أريد بالعقد معناه اللغوي - المعبر عنه بالفارسية بـ گیره - لدوران أمره بين الوجود و العدم.

فالمتحصل: أنَّ المراد بعقد البيع هو الإيجاب و القبول، لأنَّه المتصف بالصحة إن كان جامعاً لشرائط التأخير، و بالفساد إن كان فاقداً لها ولو لبعضها، فيكون إضافة «العقد» إلى «البيع» لامية، كما أنَّ إضافة العقد بمعناه اللغوي إلى البيع بيانية من قبيل إضافة الكلي إلى الفرد.

(١) الأولى نقل كلام الشهيد الثاني رحمهما الله بألفاظه، قال في المسألة الثانية من مسائل المطلب الرابع - ذيل قول المحقق: إطلاق العقد ينصرف إلى الصحيح دون الفاسد - ما لفظه: «عقد البيع وغيره من العقود حقيقةً في الصحيح مجازاً في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة و المجاز فيها، كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره، وغيره، و من

لوجود<sup>(١)</sup> خواص الحقيقة و المجاز كالتبادر و صحة السلب<sup>(٢)</sup>، قال: »

ثم حِيل الإقرار به عليه، حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يُسمع إجماعاً. و عدم صحة السلب، وغير ذلك من خواصه. ولو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لَيُقْبَل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة. و إنقسامه الى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقة. و حيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرُّ بالفاسد، ولو حَلَف على الإثبات سواء أكان فساده لعدم صلاحيته للمعاوضة كالخمر و الخنزير، أو لفقد شرط فيه كجهالة مقداره و عينه، و سيأتي البحث فيه<sup>(٣)</sup>. و المستفاد من كلامه **تَبَيَّنَ** أن ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح المؤثر، لا للجامع بينه و بين الفاسد، و ذلك لوجود أمانة الحقيقة من تبادر خصوص الصحيح، و صحة السلب عن الفاسد، و إطراد إستعمالها في الصحيح. و حيث إنَّ المتَّصِف بالصحة و الفساد هو العقد لا الأثر المترتب عليه كان دعوى وضع عناوين المعاملات لخصوص العقود الصحيحة منافيةً لما تقدم عن الشهيد الثاني **تَبَيَّنَ** - بناءً على صحة النسبة - من التصريح بكون إطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية، فلاحظ.

ثم إنَّ في كلامه تأملاً من جهات سيأتي بيانها في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(١) تعليل لقوله: «حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد» و قد تقدم آنفاً.

(٢) هذا التعبير أولى مما في عبارة المسالك من قوله: «و عدم صحة السلب» فإنَّ مقصود

الشهيد الثاني **تَبَيَّنَ** إقامة أمانة على وضع «البيع» و نحوه من العقود لخصوص الصحيح المؤثر، فكان المناسب أن يقول: «و صحة السلب عن الفاسد» لا «و عدم صحة السلب» و ذلك لأنَّ عدم صحة السلب عن الصحيح ليس أمانة الوضع لخصوص الصحيح، لوضوح أنَّ عدم صحة السلب عن الحصنة لا يشهد بعدم كون الجامع و الطبيعي موضوعاً له، فإذا لم يصح سلب الانسان عن العالم لم يكشف ذلك عن عدم وضع لفظ «الانسان» للجامع بين العالم و الجاهل، فعلاية الوضع لخصوص العالم صحةً سلب الانسان عن الجاهل، لا عدم صحة سلبه عن العالم.



ومن ثمَّ<sup>١</sup> حُمِلَ الإقرار به عليه<sup>٢</sup> حتَّى لو إدعى<sup>٣</sup> إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً. ولو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لُقِبَ تفسيره بأحدهما، كغيره من الألفاظ المشتركة. وإنقسامه<sup>٤</sup> إلى الصحيح و الفاسد أعم

والحاصل: أن عدم صحة سلب «البيع» عن العقد الصحيح لا يدلُّ على كون الموضوع له هو خصوص الصحيح. كما أنَّ عدم صحة سلب الانسان عن العالم لا يشهد بوضعه لخصوص العالم و مجازيته في غيره. و لعلَّه لهذا أصلح المصنَّفُ تَبَيَّنَ العبارة و قال: و صحة السلب.

(١) أي: و لأجل وجود علائم الحقيقة في إطلاق العقود على خصوص الصحيح منها - و مجازية إطلاقها على الفاسد - حُمِلَ الإقرار بالبيع على الصحيح خاصة، كما لو ترفع شخصان في بيع دارٍ فادَّعا أحدهما و أنكره الآخر، ثم اعترف المُبَيِّعُ بوقوع البيع، ولكنَّه و جهه بكون عقده فاسداً لفقده بعض الشرائط، فإنَّه يُلْزَمُ المُقَرَّبُ بالبيع، و لا يُسمع منه إعتذاره بفساد العقد. و من المعلوم أن قبول أصل إقراره بوقوع البيع - و عدم سماع إعتذاره بفساد العقد - دليلٌ على وضع «البيع» لخصوص الصحيح، لا للجامع بينه و بين الفاسد، إذ لو كان الموضوع له هو الجامع المشترك بين الصحيح و الفاسد لَزِمَ قبول دعوى فساد العقد، كما هو الحال في الإقرار بلفظٍ مشترك بين معنيين أو أكثر.

(٢) أي: حُمِلَ إقرارُ أحد المترافعين بالبيع على الصحيح.

(٣) أي: لو ادَّعى المُقَرَّبُ بالبيع إرادة عقدٍ فاسدٍ لم يُقبل منه، بل يؤاخَذُ بظاهر إقراره، و هو

البيع الصحيح أي العقد الجامع للشرائط.

(٤) أي: و إنقسام البيع، و مقصود الشهيد تَبَيَّنَ دفع دخل، أمَّا الدخل فتقريبه: أن القائل بوضع ألفاظ المعاملات للجامع بين الصحيح و الفاسد يستدلُّ بصحة تقسيم العنوان المعاملي - كالبيع - إلى الصحيح و السقيم، فيقال: «هذا بيع صحيح لاستجماعه لشرائط الصحة، و ذاك بيع فاسد لاختلال شرائطه لكونه غررياً مثلاً» و لو كان «البيع» حقيقةً في خصوص الصحيح و مجازاً في الفاسد لم يصح توصيف البيع بأنَّه فاسد، إذ البيع الفاسد ليس ببيع و إنما هو كإنشاء العايب و الألاغي يصح سلبُ العنوان عنه، مع أنَّه لا يرب في صحة تقسيم البيع إلى الصحيح

والفاسد، كصحة تقسيم كل لفظ موضوع للجامع إلى حصصه و أفراده.  
و أما الدفع فهو: أن مجرد الانقسام الى الصحيح و الفاسد لا يدل على كون المقسم معنى  
حقيقياً للفظ، فيمكن أن يكون المقسم معنى مجازياً له، فلا يثبت كون لفظ «البيع» و نحوه  
حقيقة في الجامع بين الصحيح و الفاسد، لأن مجرد الاستعمال - الذي هو أعم من المعنى الحقيقي -  
لا يثبت الوضع، و ذلك لما ثبت في محله من اختصاص أصالة الحقيقة بالشك في المراد مع العلم  
بالمعنى الحقيقي. و أما لو علم بالمراد و شك في الموضوع له فلا تجري حتى يثبت كون المراد معنى  
حقيقياً.

(\* لا يخفى أن في كلامه مواقع للنظر:

**منها:** الاستدلال بالتبادر على الوضع للصحيح.

إذ فيه: أن تبادر الصحيح هنا ليس دليلاً على الحقيقة، لقوة احتمال نشوءه عن القرينة،  
و من المعلوم أنه حينئذ ليس أمانة عليها، فإن التبادر - بناء على تسليم أمارته على الوضع -  
يختص بما إذا كان من حاق اللفظ، و هذا في المقام غير ظاهر. و إثبات كونه من حاق اللفظ  
- بأصالة عدم القرينة - غير سديد، لاختصاصها بالشك في المراد، فلا يشمل الشك في الوضع.  
**و منها:** الاستدلال بصحة السلب عن الفاسد. إذ فيه: أنه مخصوص بما إذا كان الفساد من  
جهة عدم انضمام القبول، و أما من جهة غيره فلا.

**و منها:** قوله «لم يسمع إجماعاً» إذ فيه: أنه يمكن أن يكون عدم سماع إرادة العقد الفاسد  
لأجل ظهور حال المسلم، لا لظهور لفظ البيع في العقد الصحيح الشرعي.

و يشهد لهذا كلامه في المسالك و الروضة في تقديم قول مدعي الصحة عند اختلاف  
المتبايعين في صحة العقد و فساده: قال **تتبرك** في المسالك: «تبه بقوله: - فالقول قول مدعي صحة  
العقد - على علة الحكم، و هو أصالة الصحة في العقود، فإن الظاهر من العقود الجارية بين

## و قال<sup>(١)</sup> الشهيد الأول في قواعده: «الماهيات الجعلية كالصلاة و الصوم

(١) غرضه من نقل كلام الشهيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنْ يختاره في مسألة الصحيح و الأعم هو الوضع

المسلمين الصحة، فيكون قول مدعي الصحة موافقاً للأصل... أ.

و قال في شرح اللمعة في مسألة إختلافهما في الشرط: «يقدّم قول مدعي الصحة، لأنها الأصل في تصرفات المسلم» ب.

و عليه فمجرد عدم سماع إرادة الفاسد لا يكشف عن وضع ألفاظ المعاملات للعقود الصحيحة منها.

**ومنها:** التنافي بين قوله في أول كلامه: «عقد البيع و غيره حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة و المجاز» و آخره من قوله: «و حيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرز بالفاسد». وجه التنافي: أن إنصراف إطلاق العقد الى حصّة منه - و هو الصحيح - يقتضي تسليم كون اللفظ حقيقة في الأعم حتى ينصرف إلى فردٍ من الجامع، لبعض موجبات الانصراف كالتشكيك في الصدق، و من المعلوم أنه مع إقامة أمارات الحقيقة على الوضع لخصوص الصحيح - في أول كلامه - لا يبقى موضوع للانصراف، هذا.

مضافاً إلى: أن ظاهر كلام المحقق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إطلاق العقد ينصرف الى الصحيح» تسليم الوضع للجامع، ولكنه ينصرف الى الصحيح من باب ظهور حال المسلم، و معه لا يتّجه إستدلال الشهيد الثاني على الوضع للصحيح بالتبادر و نحوه من خواص الحقيقة و المجاز. فتأمل في العبارة حقه.

**ومنها:** قوله في آخر كلامه «بأعمية التقسيم من الحقيقة» إذ يمكن يقال: إن الظاهر من تقسيم شيء هو تقسيمه باعتبار معناه الحقيقي لا المجازي، فتأمل.

و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحج، لوجوب المضى فيه<sup>(١)</sup>. و ظاهره<sup>(٢)</sup>

لخصوص الصحيح، و الفارق بينه و بين كلام الشهيد الثاني المتقدم: أنه يُقَرَّرُ خصّ نزاع الصحيح و الأعم بالمعاملات، و لم يتعرّض للنزاع في العبادات، ولكن الشهيد الأوّل عمّم الوضع للصحيح لمطلق الألفاظ المتداولة في الخطابات الشرعية، سواء أكانت معاملة أم عبادة.

(١) و قال بعد ذلك: «فلو حَلَفَ على ترك الصلاة أو الصوم اكتفى بمسئتي الصحة، و هو الدخول فيها، فلو أفسدَها بعد ذلك لم يزل الحنث. و يحتمل عدمه: لأنّها لا تستمى صلاة شرعاً و لا صوماً مع الفساد. أمّا لو تحرّم في الصلاة أو دَخَلَ في الصوم مع مانع من الدخول لم يحنث قطعاً»<sup>أ</sup>.

و على هذا فكلام الشهيد الأوّل موافق لما حكاه المصنف عن الشهيد الثاني يُقَرَّرُ من وضع ألفاظ العبادات و المعاملات للصحيح أي الواجد لكلّ ما يعتبر فيه شرطاً و شرطاً. و استثنى الشهيد الأوّل يُقَرَّرُ الحج، لكونه موضوعاً للأعم من الصحيح و الفاسد، بشهادة إطلاقه - على الفاسد - في النصوص الآمرة بإتمام الحج فيمن أفسده بالوقوع قبل الوقوفين، كمضرة زرارة، قال: «قلت: فأَيّ الحجّتين لها؟ قال: الأولى التي أحدثا فيها ما أحدثا، و الأخرى عليها عقوبة»<sup>ب</sup>. فإنّ الحجّة الأولى مع فسادها بالجماع قد وَجَبَ إتمامها. و من المعلوم أنّ إطلاق الحج على الفاسد منه ظاهرٌ في كونه على نحو الحقيقة.

و هذا بخلاف الصلاة و الصوم و الزكاة و المعاملات، فإنّها موضوعة للصحيح خاصة، و إستعمالها في الفاسد - أي الفاقد شرطاً أو شرطاً - مجاز.

(٢) يعني: و ظاهر قول الشهيد: «لا تطلق على الفاسد» هو الإطلاق الحقيقي، و عليه فإستعمال هذه الألفاظ على نحو الحقيقة منوط بكون تلك الماهية المخترعة واجدة للأجزاء

أ : القواعد و الفوائد، ج ١، ص ١٥٨، القاعدة: ٤٢، الفائدة: ٢

ب : وسائل الشريعة، ج ٩، ص ٢٥٧، الباب ٣ من أبواب كفارات الاستمتاع في الاحرام، الحديث: ٩

## إرادة الاطلاق الحقيقي (\*).

والشرائط وفاقدة للموانع، فلو كانت فاسدة كالصلاة الفاقدة للستر أو للسورة كان إستعمالها فيها مجازياً. وكذا الحال في ألفاظ المعاملات كالبيع، فإنها موضوعة لخصوص المؤثر في النقل والمبادلة، فالبيع الربوي والغرري ليسا بيعاً حقيقاً، ولا يصح أن يقال: إنها بيع فاسد.

(\*) نعم، لكن تعليل إستثناء الحج الفاسد بوجوب المضى فيه قرينة على أن مراده الإطلاق في مقام الطلب والأمر، يعني: أن المأمور به من الصلاة والصوم وسائر العبادات والمعاملات هو الصحيح دون الفاسد، إلا الحج، لأن فاسده كصحيحه مأموره، حيث إنه يجب إتمامه إذا أفسده الحاج بما يفسيده من الجماع قبل الوقوفين.

وعلى هذا فيراد من قوله: «لا تطلق على الفاسد» أنه لا يُطلب الفاسد إلا مسامحة، فيراد من الإطلاق تعلق الطلب بالفاسد، يعني: أن الأمر لا يتعلق بالفاسد إلا الحج، فإن فاسده أيضاً يتعلق به الأمر. وعليه فليس مورد كلام الشهيد الاستعمال الحقيقي - كما استظهره المحقق القمي رحمته - حتى يقال: إنه قائل بوضع ألفاظ العبادات والمعاملات للصحيح. ولا أقل من الاحتمال، خصوصاً بقرينة تعقيبه بحث النذر.

نعم ما جزم به الشهيد هنا من إطلاق الحج على الفاسد حقيقةً يُنافيه ما أفاده في الدروس من تقوية كون الغرض ما بيده، وأن الحج الواجب عليه من قابل عقوبة، قال: «وروى زرارة أن الأولي فرضه، وتسميتها فاسدة مجازاً». فيتعين الجمع بينها وبين معتبر سليمان بن خالد من «أن الرفث فساد الحج» بحمل الفساد على النقص، كالنقص الوارد عليه بارتكاب محرمات الاحرام المنجبر بالكفارة، فيكون الحج من قابل كقارة للرفث قبل الوقوفين والتفصيل موكول إلى محله.

### امتناع التمسك بالاطلاق بناءً على الوضع للصحيح

(١) بعد أن فرغ المصنف رحمته من نقل كلام الشهيدين عليهما السلام الظاهر في وضع ألفاظ المعاملات - بل و العبادات كما في قواعد الشهيد الأول - لمخصوص الصحيح، أخذ في بيان الإشكال الوارد على هذه المقالة، ومحصله: أن مقتضى وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، وعدم شمول الموضوع له فيها للفرد الفاسد هو عدم صحة التمسك بإطلاق ما دلّ على مشروعية المعاملة عند الشك في أصل مشروعيتها أو في إعتبار أمر فيها، ضرورة أن الشك حينئذ يكون في موضوع دليل الإمضاء، ومن المعلوم أنه مع الشك في إنطباق موضوع الدليل على المشكوك فيه لا سبيل للتمسك بإطلاقه، فينسُدُّ باب التمسُّك بإطلاقات أدلة المعاملات طُرّاً، و يجري أصالة الفساد في جميع موارد الشك في دخل شيءٍ شطراً أو شرطاً في المعاملة.

و هذه الدعوى مما يقطع بفساده، لإستقرار سيرة الأصحاب «رضوان الله عليهم» قديماً و حديثاً على التمسك، بالإطلاقات في دفع الشك في جزئية شيءٍ أو شرطية في المعاملات، بل نسب المصنّف على ما في تقرير بحته الشريف الى الشهيد تمسكه بها، قال مقرر بحته: «حتى أن الشهيد قد ملأ الأساطير من ذلك، بل ولولاه لما دار رحى الفقه كما لا يخفى على المستأنس بكلامهم. و قد ادّعى الفاضل الاجماع على جواز التمسك بعموم قوله تعالى: «أحل الله البيع»<sup>١٢</sup>.

ثم لا يخفى أن كلام المصنف رحمته مسوق لبيان الاشكال من جهة إجمال الأدلة الإيضائية بناءً على الوضع للصحيح.

و لما كان ذلك متوقفاً على القول بالحقيقة الشرعية و تصرّف الشارع في الأوضاع اللغوية و العرفية كان الاشكال منحللاً الى أمرين و إن لم يُصرّح بهما معاً.

الأول: أن إختصاص وضع الماهيات المخترعة الشرعية - و العقود - بالأفراد الصحيحة

بأن وضعها<sup>(١)</sup> للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو<sup>(٢)</sup> ﴿أحل الله البيع﴾ وإطلاقات<sup>(٣)</sup> أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها<sup>(٤)</sup>.

مبني على القول بالحقيقة الشرعية بمعنى أخذ قيد الصحة في الموضوع له، فكما أن الشارع وَضَعَ لفظ «الصلاة» للماهية التي تحرّيمها التكبير وتحليلها التسليم، فكذلك وَضَعَ لفظ «البيع» مثلاً للمعاملة المؤثرة في نقل العوضين، وهي الواجدة لجميع الشرائط والقيد، فالمعاملة الفاقدة لبعضها ليست بيعاً حقيقةً.

الثاني: أن لازم وضع أسامي المعاملات لخصوص الصحيح المؤثر في ترتب الأثر المقصود على العقد هو إجمال الأدلة عند صدق العنوان عرفاً على المعاملة، والشك في اعتبار شيء فيه شرعاً. مثلاً إذا أحرز صدق «البيع» عرفاً على عقد المكره، وشك في اشتراط البيع المضى شرعاً بالرضا المقارن للعقد لم يمكن الرجوع إلى مثل ﴿أحل الله البيع﴾ للحكم بنفوذ عقد المكره المتمقب بالرضا، إذ المفروض كون البيع موضوعاً للصحيح الشرعي لا العرفي، ومع الشك في اعتبار مقارنة الرضا للعقد يشك في صدق موضوع الدليل، ومن المعلوم عدم جواز التمسك بالدليل ما لم يُحرز موضوعه من الخارج.

هذا تقريب الاشكاليين، وسيأتي الجواب عنها.

(١) يُفهم من هذه الكلمة إبتناء إشكال إجمال الأدلة على القول بالحقيقة الشرعية، بمعنى: جعل وضع شرعيّ لأسامي المعاملات كالعبادات، فكما أن «الصلاة» في عرف الشارع تختلف عن معناها اللغوي والعرفي وهو الدعاء، فكذلك البيع والنكاح والصلح ونحوها من عناوين المعاملات موضوعة بوضع جديد لمفهوم آخر أضيق من مفاهيمها العرفية واللغوية.

(٢) مثل ﴿تجارة عن تراض﴾ بناءً على اختصاص التجارة بالبيع والشراء، وقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ بناءً على كونه عنواناً مشيراً إلى آحاد العقود.

(٣) مثل «النكاح سُنتي» و«الصلح جائز بين المسلمين» ونحوها.

(٤) للإجمال الناشي من احتمال دخل ما يحتمل إعتبراره - في صحة المعاملة - في صدق الاسم، فيتوقف صدق «البيع» على رعاية جميع الشرائط الشرعية، ولا يكفي إطلاقه عرفاً

مع<sup>(١)</sup> أن سيرة علماء الاسلام التمسك بها في هذه المقامات<sup>(٢)</sup> (\*).

على العقد الفاقد لبعض ما يحتمل دخله شرعاً فيه.

(١) هذا وجه الأشكال على كلام الشهيدين رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا ومحصله: منافية الوضع للصحيح - المستلزم للاجمال - لسيرة الفقهاء على تسليم إطلاق الأدلة؛ ونبي دخل ما يشك في إعتباره في المعاملات بها، فيتمسكون بإطلاق آية جَلَّ بَيْعٌ لِمَشْرُوعِيهِ الْعُقُودِ بِالْفَارْسِيَّةِ وبالمعاطاة، وذلك لصدق البيع العرفي عليهما.

(٢) أي: مقام الحكم بعدم دخل ما يحتمل إعتباره شرعاً في المعاملات.

(\*) هذا الأشكال مبني على أمرين:

أحدهما: وضع ألفاظ المعاملات للصحيح الشرعي لا العرفي.

وفيه أولاً: أنه مبني على ثبوت الحقيقة الشرعية، وهي غير ثابتة في ألفاظ العبادات فضلاً عن المعاملات.

و ثانياً: أنه يمتنع إرادة الصحيح في ألفاظ المعاملات الواقعة في حيز الخطابات، كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ و «الصلح جائز بين المسلمين» ونحو ذلك من أدلة إمضاء المعاملات، وذلك لأن الصحة مستفادة من نفس الأدلة، فكيف تؤخذ في متعلقها مع تأخرها عنها؟ فإن من الممتنع دخل ما يتأتي من الحكم في متعلقه.

نعم إن استفيدت الصحة من غير دليل الإمضاء لا يلزم الامتناع، لكن يترتب عليه اللغوية، إذ لا فائدة حينئذ في جعل الحلبة بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ مثلاً مع فرض صحته بدون هذا الدليل، هذا.

ثانيهما: كون المراد من عقد البيع في كلام الشهيد الثاني نفس البيع، على أن تكون الإضافة بيانية، لا عقده حتى تكون الإضافة لامية. والظاهر هو الأول، لأنه جَعَلَ عَقْدَ بَيْعٍ كَسَائِرِ أَلْفَافِ الْمَعَامَلَاتِ وَالْعُقُودِ أَسَامِي لِمَخْصُوصِ الصَّحِيحِ، من المعلوم أن مورد النزاع هو عناوين العقود كالاجارة والهبة والعارية والوديعة والمزارعة والمساقاة وغيرها.

مضافاً إلى القرائن الموجودة في كلامه كالإقرار به والإخبار به، فإنها قرائن على إرادة العقد من البيع، هذا.



نعم<sup>١١</sup> يمكن أن يقال: إن البيع

### توجيه الوضع للصحيح

١) إستدراك على قوله: «و يُشكِل ما ذكرناه» و غرضه تبيُّر دفع الاشكال الوارد على مقالة الشهيدين رحمهما من وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، و كونها مجازاً في الفاسد. و كلام المصنف متضمن لمقامين.

أحدهما: إمكان وضع أسامي المعاملات لخصوص الصحيح، بنحو لا يترتب عليه إجمال الأدلة الامضائية، و لا ينسدّ باب التمسك بإطلاقاتها.

و ثانيها: توجيه التمسك بالاطلاق بناءً على الوضع لخصوص الصحيح.

و الكلام فعلاً في المقام الأول، و لا بأس بالإشارة الى أمرين تمهيداً لتوضيح المتن:

الأول: أنّ المعاملات أمور إعتبارية، متقوم حقايقها باعتبار المعتر، و ليس لها وجود وراء وجودها في وعاء الاعتبار، و بهذا تمتاز عن الموجودات الحقيقية التي لا دخل للجعل والمواضع في وجودها في موطنها، و لا تتغير حقايقها باختلاف الأنظار. و أمّا الأمر الإعتباري فيمكن وجوده باعتبار معتبر، دون آخر، و ذلك كالأوراق النقدية التي يعتبر ماليتها حكومة، و لا يعتبرها حكومة أخرى، فتسقط عن الاعتبار حينئذ.

الثاني: أنّ إنطباق العنوان و المفهوم على المصاديق مختلف، فقد يكون قهرياً لا يتوقف على أزيد من تحققه خارجاً بمعدّاته و مبادئه كالقتل، الصادق على إزهاق الروح قسراً سواء أكان مع القصد أم بدونه، و لذا يُسند القتل حقيقةً إلى القاتل في القتل الخطائي الذي لم يقصد القاتل ذلك أصلاً. و قد يكون متوقفاً على القصد و الاعتبار كالتعظيم، فإنّه لا ينطبق على مجرد القيام عند قدوم الغير، بل لا بدّ من كونه بقصد إكرامه و رعاية عظّمته.

ثم إنّ مثل التعظيم مما يُنابط صدقه بالاعتبار ربما يقع الخلاف في مصداقه مع عدم الخلاف في أصل المفهوم، فقد يُعدّ القيام بنظر جمع - بقصد إكرام القادم الى مجلس - من أظهر أنحاء التعظيم، بينما يرى آخرون كشف الرأس أو الإبخناء إلى حدّ الركوع مطابقاً للمفهوم، و هذا الاختلاف ناشئ من إعتبار فعلٍ مصداقاً للتعظيم عند جمع، و اعتبار فعلٍ آخر كذلك

## وشبهه<sup>(١)</sup> في العرف إذا استعمل في المحاصل

بنظر غيرهم. و نتيجة تعدد الاعتبارات كون كُـلُّ واحد من الأفعال مصداقاً حقيقياً لذلك المفهوم الواحداني، من دون أن يُخطئ بعضهم بعضاً.

إذا إتضح ما ذكرناه فنقول في توجيه كلام الشهيدين عليهما السلام - من وضع أفاظ المعاملات للصحيح، و أن إستعمالها في الفاسد مجاز - : إنَّ المعاملات أمور عرفية إعتبرها العقلاء قبل الشريعة الإسلامية لتنظيم شؤون مجتمهم، و لم يخالفهم الشارعُ الأقدس في أصل المفهوم، و لم يخترع طريقاً آخر، و لم يتصرف فيها تصرفاً أساسياً، و إنما رَدَع عن بعضها كالبيع الربوي و الملامسة و المنابذة، و نكاح الشغار، و زاد قيماً في بعضها الآخر كاعتبار البلوغ في المتعاقدين، و اعتبر في بعضها صيغةً خاصة كما في الطلاق.

و ليس هذا التصرف راجعاً الى تغيير أصل المفهوم حتى يكون المستعمل فيه من لفظ «البيع» عند الشارع مغايراً لما هو عند العرف، بل المستعمل فيه واحد عندهما، و هو ما يترتب عليه الأثر المترقب كمبادلة إضافة الملكية، غاية الأمر أن للبيع مثلاً مصداقين حقيقيين أحدهما منسوب الى الشارع و مضاف إليه، و هو موضوع للأثار الشرعية، و الآخر منسوب الى العرف و هو الموضوع للأثار الخاصة عندهم، و ينطبق على كليهما ذلك الجامع الواحداني أعني به «النقل المؤثر» فيكون إختلاف العرف و الشرع في ترتب الملكية عند أحدهما دون الآخر نظير إختلاف طائفتين في كون ما به التعظيم هو القيام خاصة أو فعل آخر. و السر في تعدد الأنظار حينئذ هو أن المعاملات لا حقائق لها وراء الاعتبار.

و المتحصل: أن الموضوع له في مثل «البيع» بمعناه المصدرية هو الإنشاء المؤثر في النقل و الانتقال، فإن ترتب عليه الأثر - ولو بنظر العرف - إتصف بالصحة، و إلا كان فاسداً، و يتوقف إستعماله فيه مجازاً على قرينة، و إرادة هذا المعنى من الصحة لا يمنع من الرجوع الى إطلاقات أدلة الإمضاء كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(١) كالإجارة و النكاح و الرهن و نحوها من عناوين العقود و الايقاعات مما يكون

رائجاً عند العقلاء مع الفرض عن الشرع.

من المصدر<sup>(١)</sup> - الذي<sup>(٢)</sup> يراد من قول القائل: «بعثت» عند الإنشاء - لا يستعمل<sup>(٣)</sup> حقيقة إلا فيما<sup>(٤)</sup> كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظرهم، ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع

(١) المراد بالمصدر هو «إنشاء تملك عين ببال» وهذا مختار المصنف في تعريف البيع. والمراد بمحاصل المصدر هو الملكية و الانتقال المترتبان على الإنشاء، فإذا أنشأ البائع فقد حصلت الملكية به في إعتبار نفسه، وكذا بنظر العرف، وإن لم تحصل بنظر الشارع.

(٢) صفة للمصدر، يعني: أن المراد من قول البائع: «بعثت» هو المعنى المصدري.

(٣) خبر قوله: «ان البيع» يعني: أن ما يستعمل فيه لفظ «البيع» هو الملكية المنشأة المؤثرة - بنظر العرف - في إنتقال إضافة العوضين، فإذا لم يترتب عليها أثر كان إستعمال البيع فيها مجازاً.

(٤) المراد بالموصول هو التملك، والمقصود بالتملك الصحيح هو المؤثر، فالبيع مستعمل حقيقة في النقل المؤثر، فما ليس بمؤثر ليس بصحيح. لكن التأثير قد يكون بنظر العرف دون الشرع، فإن اعتبر العرف الملكية كان البيع متصفاً بالصحة عنده، وإن اعتبرها الشرع كان صحيحاً بنظره، فلانفاة بين وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح، و بين إختلاف العرف والشرع في المصدق.

و بالجملة: أن إيجاب البائع يتضمن أموراً ثلاثة:

الأول: نفس الإنشاء و التملك الذي هو معنى البيع المصدري.

الثاني: الملكية في إعتبار نفس البائع، حيث إنه يعتبر تبادل إضافة العوضين من كل

منها الى الآخر.

الثالث: تأثير هذا الإعتبار في حكم العرف والشرع بترتب الانتقال على الانشاء.

و الأمران الأولان متحققان في كل إنشاء صادرٍ بداعي الهدء. ولكن الأمر الثالث

قد يتخلف، فإن كان إعتبارُ الموجب مؤثراً - أي واجداً للشرائط العرفية - كان ذلك

بيعاً صحيحاً، وإلا كان فاسداً نظير إيجاب الهازل، فإنه يعتبر الملكية، لكن العرف لا يراه

مؤثراً.

كان بيعاً عنده<sup>(١)</sup>، وإلا كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف. فالبيع<sup>(٢)</sup> الذي يُراد منه ما<sup>(٣)</sup> حصل عقيب قول القائل: «بعثت» عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، و مجاز في غيره. إلا<sup>(٤)</sup> أن الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع<sup>(٥)</sup>.

(١) فيصير الصحيح الشرعي أعم من الصحيح العرفي، ضرورة أن العقلاء يعتبرون الملكية في بيع الخمر، و يرونه مؤثراً في الانتقال، ولكن الشارع لا يعتبر ذلك التأثير، فيصير بيع الخمر عند العرف - في عدم التأثير بنظر الشارع - نظير ما إذا إعتبر البائع ملكية من من التراب بمثله، و لم يعتبرها العقلاء، فيكون فاسداً بنظرهم.

و عليه فالموضوع له عند العرف و الشرع هو النقل المؤثر، لكن ما به يتحقق هذا النقل مختلف بنظر العرف و الشرع.

(٢) هذه نتيجة جعل معنى البيع هو خصوص الملكية - في نظر البائع - المؤثر في إمضائه عرفاً و شرعاً، فإذا كانت الملكية و الانتقال مخصوصين باعتبار البائع فقط كان إستعمال البيع فيها مجازاً.

و على هذا فلو كان مقصود الشهيدين تَيَمُّنًا - من وضع ألفاظ العقود للصحيح - وضعها للانشاء المؤثر بنظر العرف أو الشرع كان وجيهاً، ولو كان مقصودهما وضعها لخصوص ما يراه الشارع مؤثراً لم يمكن المساعدة عليه.

(٣) المراد بالوصول كما عرفت هو الملكية و الانتقال في نظر البائع، و قد أفاده فيما يتعلق بكلام كاشف الغطاء تَيَمُّنًا بقوله: «نعم تحقق القبول شرط للإنتقال في الخارج لا في نظر الناقل». فالإنتقال بنظر الناقل يحصل بمجرد إنشائه، و هذا الإنتقال يتصف بالصحة تارة و بالفساد أخرى.

(٤) يعني: لامنافاة بين وضع عناوين المعاملات للصحيح المفيد للأثر و بين إختلاف العرف و الشرع، كما لا منافاة في إختلاف الملل فيما به التعظيم مع إتفاق الكل على مفهومه.

(٥) فإنه يعتبر شرعاً في بيع المكيل و الموزون - إذا كانا متجانسين - عدم زيادة أحدهما على الآخر، و يعتبر في بيع الصرف التقابض في المجلس، و لا يعتبر شيء منها في البيع العرفي.

## وَأَمَّا<sup>١</sup> وَجْهُ تَمَسُّكِ الْعُلَمَاءِ

هذا تمام الكلام في توجيه كلام الشهيدين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا من وضع أسماء العقود للصحيح، لا للأعم منه ومن الفاسد. وسيأتي الكلام في توجيه التمسك بالاطلاق.

### طريق التمسك بالاطلاق بناء على الوضع للصحيح

(١) هذا هو المقام الثاني بما أفاده رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في دفع الإشكال المتقدم على كلام الشهيدين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا و تقرّبه: أن جهة البحث الى الآن كانت في توجيه كلامهما و تحقيق مرادهما من وضع ألفاظ العقود للصحيح، و قلنا إن المقصود به في البيع مثلاً هو طبيعي النقل المؤثر في إنتقال الإضافتين، و لهذا المفهوم الجامع مصداقان، أَحَدُهُمَا النقل المؤثر عرفاً، و الآخرُ النقل المؤثر شرعاً. و بعد إستيفاء هذه الجهة عَطَفَ عنان البحث الى تصحيح الرجوع الى الخطابات الشرعية بوجهين.

و ينبغي تقديم أمرين قبل بيانها:

الأمر الأول: أنهم فرّقوا في مسألة الصحيح والأعم بين ألفاظ العبادات والمعاملات بناء على إنكار وضعها للأعم، و القول باختصاصها بالصحيح، و محصّل الفرق: أن العبادات ماهيات مختزعة شرعية غير معلومة للعرف، فع عدم معرفة تلك الماهيات لاوجه للتمسك باطلاقاتها، لكون الشك في صدق مفهوم «الصلاة» مثلاً على فاقده ما يشك دخله فيها جزءاً أو شرطاً. فلا بد من علاج الشك، بالرجوع إلى إطلاق مقامي أو أصل عملي كما حُرّر ذلك في الأقل والأكثر الإرتباطيين.

و هذا بخلاف المعاملات، فإنّها أمور عرفية كانت متداولّة بينهم - قبل عصر التشريع - لتنظيم شؤونهم الإجتماعية. و قد أمضى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ هذه الطريقة ولم يخالفهم فيها، ولم يخترع طريقاً آخر، و لم يتصرّف فيها تصرّفاً أساسياً، بل كان تصرّفه بالردع عن بعضها كالبيع الربوي و نكاح الشغار، و بزيادة قيد كاعتبار البلوغ في المتعاقدين، و اعتبار صيغة خاصّة في بعضها كالطلاق و النكاح.

والمحصل: أَنَّ الشارعَ لم يستعمل ألفاظ المعاملات إلا في مفاهيمها العرفية، ودخل القيود في مقام تأثيرها شرعاً إنما استفيد من دوالٍ أخرى، وليست مقومةً لمفاهيمها، فكما لم يستعمل الشارع ألفاظ الخمر والمنطة والماء - في الأدلة التي جعلها موضوعات لأحكامه - إلا في مفاهيمها العرفية، فكذلك لم يستعمل لفظ البيع والصلح والنكاح في قوله: «البيع حلال، الصلح جائز، النكاح سُنتي» إلا في معانيها العرفية التي تنسب إلى أذهانهم.

الأمر الثاني: أَنَّ أدلة المعاملات لا يستفاد منها مزيد من كونها إمضاءً للمعاملات العرفية، فمثل قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ إمضائي لا تأسيسي، والمضئ هو المعاملة العرفية، لا المعاملة الشرعية حتى يكون مفهومها مجملًا مانعاً عن الرجوع إلى الإطلاق. نعم لا بد من إحراز الصحة العرفية، فلو شك في صدق العنوان - كما إذا شك في إعتبار معرفة العوضين، أو شك في قابلية وقوع المنافع ثمنًا في البيع العرفي - إمتنع التمسك بالأية الشريفة لإثبات الصحة ونفي دخل ما يحتمل إعتباره في المفهوم العرفي. وأما إذا أحرز صدق الاسم عندهم وكان الشك متمحصاً في الدخل التعبدية كان الإطلاق نافيًا له، إذ لو كان ذلك المشكوك فيه دخيلًا في ترتب الأثر على المعاملة شرعاً لزم التنبيه عليه لتلا يكون عدم بيانه مُحللاً بالفرض.

إذا اتضح ما قدّمناه قلنا في تقريب الوجهين المشار إليهما في المتن:

**الوجه الأول:** أن يُحمل «البيع» الوارد في الخطابات الشرعية على المنشأ - أي المسبب - كالملكية والانتقال المترتين على الانشاء، فالمضئ هو الملكية العقلانية الحاصلة بالعقد القولي أو الفعلي. وعلى هذا فليس المراد بالبيع طبيعي النقل المؤثر حتى يكون نظر العرف والشرع طريقاً إليه ومصادقاً له، بل المراد خصوص المؤثر بنظر العرف، ففاد آية حل البيع هو: أنه تعالى أمضى كل ملكية حاصلة بالعقد المؤثر في الانتقال بنظر العرف، ومن المعلوم أن هذا خطاب إنحلاي يعم جميع المصاديق العرفية.

فقتضى عموم الإمضاء مشروعية بيع المنابذة والملاسة والغرر والخمر والخنزير والبيع الربوي وبيع الكالي بالكالي وغير ذلك من البيوع الفاسدة الشرعية. ويتوقف الحكم

بطلان هذه على ورود مُقَيَّد لإطلاق الآية. إذ لولا التقييد والتخصيص كان موضوع الخطاب - وهو البيع المؤثر عرفاً - صادقاً على جميعها، و ينحصر الردع الشرعي عنها في الإخراج الحكمي مع محفوظية موضوع الامضاء.

ولا ربط لهذا التقريب بالتصرف في الموضوع بأن يكون إمضاء طريقة العرف تصويماً لنظرهم، وردعها في مثل بيع الخمر تخطئة لهم. وذلك لما عرفته من أن الموضوع العرفي بمحدوده محفوظ في مورد النهي الشرعي، فيتعين تصرف الشارع في التخصيص والتقييد.

**الوجه الثاني:** أن يحمل «البيع» الواقع في الأدلة الإيضائية على المصدر الذي يراد من لفظ «بعث» والمصدر هو ما تقدم في تعريف المصنف رَبَّيْكَ للبيع بقوله: «فالأولى تعريفه بإنشاء تمليك عين بمال» وهذا فعلٌ الموجب فقط، فعنى آية حل البيع: أن إنشاء النقل حلال مطلقاً ويؤثر في النقل والملكية، إذ لولا تأثيره فيها لم يكن حلالاً ولم يجب الوفاء به، فإذا كان معنى البيع عرفاً هو إنشاء التمليك كان معنى إمضاء الشارع تأثير هذا الإيجاب في حصول الملكية عرفاً وشرعاً، سواء أكان إنشاء النقل متعلقاً بجنس ربوي أم بالخمر أم بالأعيان المحللة.

ولو لم يكن هذا الانشاء مؤثراً في إعتبار الملكية شرعاً كان عليه التنبيه لئلا يلزم الإخلال بالغرض، فيُقَيَّد هذا الاطلاق بما دلَّ على عدم تأثير «إنشاء التمليك» في مثل الخمر والأعيان النجسة والمناذرة ونحوها. ويبقى موارد إحتال التصرف الشرعي مندرجاً في إطلاق الحليل، كما لو شك في إعتبار مقارنة الرضا بالعقد، وعدم كفاية الرضا المتأخر في مثل بيع المكره، فإنه لا مانع من نفي هذا الشك بالتمسك بإطلاق حلية إنشاء النقل المؤثر بنظر العرف.

وهذا الوجه يشترك مع سابقه في أن موضوع الإمضاء مبيّن، والتصرف الشرعي راجع الى الإخراج الحكمي تحصيماً أو تقييداً. ويفترق عنه بأن الوجه الأوّل ناظر إلى كون الموضوع العرفي هو البيع بالمعنى الإسمي كالملكية والانتقال، والوجه الثاني ناظر إلى ما اختاره في معنى البيع من إرادة المعنى المصدرى، وهو إنشاء التمليك.

ثم إن الحلية المدلول عليها بالآية الشريفة تكون تكليفية بناءً على ما سيأتي في

بإطلاق أدلة البيع<sup>(١)</sup> ونحوه<sup>(٢)</sup> فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف<sup>(٣)</sup> حمّل لفظ «البيع» وشبهه في الخطابات الشرعية على ما<sup>(٤)</sup> هو الصحيح المؤثر عند العرف<sup>(٥)</sup>، أو<sup>(٦)</sup> على المصدر الذي يُراد من لفظ «بعث» فيستدل<sup>(٧)</sup>

المعاطاة من جعل متملق الحيل التصرفات. وبناءً على كونها للجامع بين التكليف والوضع أو إرشاداً إلى خصوص الوضع كانت الحلية للأعم أو لخصوص الوضع، فالمسألة مبنائية.

(١) كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ و ﴿تجارة عن تراض﴾ سواء أكانت التجارة خصوصاً البيع والشراء، أم شاملةً لغيرهما من المعاملات التي يُقصد بها الإسترباح وتنمية المال.

(٢) كقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين» و «النكاح سنّي» فالمراد في الجميع هو المسبّب - كالتسالم والزوجة - الصحيح عرفاً أي موضوعاً لترتيب الآثار عليها عندهم. (٣) لما تقدّم من أنه ليس للشارع في المعاملات إصطلاح جديد، بخلاف العبادات التي هي مختاراته، وهو المرجع في تعيين حدودها.

(٤) هذا إشارة إلى أوّل الوجهين لتوجيه التمسك بإطلاق الأدلة الإيضائية بناءً على الالتزام بوضع أسامي المعاملات للصحيح، لا للأعم منه ومن الفاسد.

(٥) لا المؤثر واقعاً حتى يكون نظر العرف طريقاً إليه، بل تمام الموضوع التأثير بنظر العرف. وعليه فما ليس بمؤثر في نظر العقلاء ليس موضوعاً للأدلة الإيضائية، لصحة سلب العنوان عنه.

ثم إن هذا المعنى للصحة يجعل موارد الردع الشرعي خارجة حكماً، لكونها بيوعاً عرفيةً صحيحةً، لا أنّها خارجة عنه موضوعاً من باب التخطنة كما مال إليه جمعٌ من الأعلام. (٦) هذا إشارة إلى الوجه الثاني من توجيه التمسك بأدلة المعاملات بناءً على وضعها للصحيح لا للأعم، وحاصله: أن كل ما يُعدّ عرفاً مصداقاً لإنشاء التملك فهو حلال.

(٧) يعني: لما كانت أدلة المعاملات الإيضائية لا تأسيسيةً، وكان المضى هو المعاملة المؤثرة بنظر العرف لا الشرع، فلا محالة يتمسك بها - فيما إذا أحرز إطلاقها - ويُبنى دخلُ ما يحتمل إعتباره في المعاملة، سواء قلنا بوضع البيع مثلاً للمعنى الإسمي - أي المسبّب - كما هو



بإطلاق المحكم بحمله<sup>(١)</sup> أو بوجوب الوفاء<sup>(٢)</sup> على<sup>(٣)</sup> كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً<sup>(٤)</sup>، فتأمل<sup>(٥)</sup>، فإن للكلام محلاً آخر (\*).

مقتضى الوجه الأول، أم للمعنى المصدرى - أي السبب - كما هو مقتضى الوجه الثاني. و عليه فقوله: «فيستدل» متفرع على الوضع للصحيح المؤثر، سواء أكان الموضوع له إسم المصدر أو نفسه.

فإن قلت: بناءً على الوجه الثاني كيف يحمل البيع على المعنى المصدرى القائم بالبانع؟ مع أن الإنشاء المؤثر بنظر العرف يتوقف في مطلق العقود على إنضمام القبول الى الإيجاب. قلت: لامنافاة بين وضع البيع للمعنى المصدرى وبين توقّف تأثيره على تعقب القبول للإيجاب، وذلك لقابلية الإطلاق للتقييد، فكما قيّد الإيجاب المؤثر عرفاً بموارد ردع الشارع و تصرّفه، فكذلك قيّد بانضمام القبول إليه، فالبيع حينئذٍ هو السبب القابل للاتصاف بالصحة والفساد.

(١) كما هو مقتضى قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾.

(٢) كما هو مقتضى قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

(٣) متعلق بقوله: «فيستدل».

(٤) كما هو مؤثر بنظر العرف.

(٥) لعلّه إشارة إلى: أنّ التوجيه الثاني ينافي ما تقدم عنه من كون البيع «إنشاء تمليك عين بمال» وإن لم يتعقبه القبول، ضرورة أنّ المؤثر ليس خصوص الإيجاب، بل هو مع القبول. إلّا أن يقال: إنّ البيع حقيقة في المؤثر أيضاً، فيكون مشتركاً. لكنه بعيد، فتدبّر.

(\*) قد يقال: لالوجه للتقييد بالمؤثر عرفاً، إذ معنى البيع هو المؤثر واقعاً، والعرف طريق إلى معرفته. ومجرد كون الاستعمال جارياً على طبق الاستعمالات العرفية لا يصلح قرينة على إرادة غير معناه الحقيقي وهو المؤثر واقعاً، بل لا بدّ من حمله على المعنى الحقيقي. هذا.

إلّا أن يقال: إنّ حمله على الصحيح الواقعي يوجب لغوية دليل الإضاء، حيث إنّ

الموضوع - على الفرض - هو الصحيح الواقعي، ومعهُ يكون تصحيحه بمثل ﴿أحلَّ اللهُ البيع﴾ لغواً، إذ مرجعه إلى: أنه تعالى شأنه أحلَّ البيع الحلال، أو: أمضى البيع الممضى. وهذا من اجتماع الحكمين المثليين في موضوع واحد. فلا محيص عن جعل موضوع الحلية البيع الصحيح العرفي، بمعنى كون المفهوم عرفياً حتى يكون نظرهم حجةً فيه، لا بمعنى مرجعية العرف في تشخيص فردية الفاقدة - لمشكوك الدخل - لمفهوم البيع، ضرورة أن نظرهم حجة في تشخيص نفس المفاهيم العرفية، لا في تطبيقها على أفرادها، فمع الشك في فردية الفاقدة لما احتمل دخله فيه للبيع مثلاً لا يصح التمسك باطلاق الآية الشريفة ولو حكّم العرف بفرديته له. وحينئذ يكون مفاد دليل الإمضاء أن الصحيح عرفاً صحيح شرعاً، فالدليل يُصحح نظر العرف في كون أفراد البيع صحيحاً.

هذا بناءً على إتصاف المسبب بالصحة والفساد كما هو مبناه فَيُتَرَكُ.

وأما بناءً على عدم إتصافه بهما - كما ذهب إليه المحقق الخراساني قَدْحُهُ وغيره، بدعوى: أنهما من المحمولات المترتبة، و موضوعها هو المركب حتى يكون صحيحاً إذا كان تاماً، و فاسداً إذا كان ناقصاً. و أما البسائط كالملكية و الزوجية المتربتين على العقد فلا تنصف إلا بالوجود و العدم، فلا يعلّق بها الإمضاء - فلا بدّ من إرادة البيع السببي، فيكون مفاد دليل الامضاء تنفيذ الأسباب العرفية إذا شك في دخل شيء فيها شرعاً، مع العلم بعدم اعتباره فيها عرفاً، إذ مع الشك في دخله عرفاً لا مجال للتمسك بالدليل، لعدم إحراز موضوعه، و إجماله المانع عن الأخذ به.

و لذا جعل المحقق الخراساني كلا الوجهين المذكورين في المتن ناظرين الى تنفيذ السبب، و أنّ قول المصنف: «فيحمل على الصحيح المؤثر عند العرف» ناظرٌ إلى العقد المؤلّف من الايجاب و القبول، و قوله: «أو على المصدر» الى ايجاب البائع خاصة، إذ يتّجه حينئذ توصيفهما بالصحة و الفساد. أما العقد فواضح. و أما الايجاب فاتصافه بالصحة بلحاظ تعقبه

بالقبول، وبالفساد إذا لم يتعقبه، هذاً.

و هذا البيان وإن كان أخذاً بظاهر المتن «الصحيح المؤثر» إذ المؤثر في الملكية الاعتبارية هو الإنشاء لا المنشأ، لكن يشكل بأن المصنف يرى إتصاف البيع الإسمي بالصحة والفساد، كما هو صريح قوله قبل أسطر: «إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل بعث عند الإنشاء لا يستعمل...» وقوله «فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعث عند العرف والشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر». و لا مانع من توصيف المنشأ بالصحة تارة وبالفساد أخرى، إذ المنشأ هو الملكية في إعتبار نفس المنشئ، وهو البائع، فإن كان مؤثراً في محيط العقلاء ثم الشرع إتصف بالصحة، وإلّا كان فاسداً.

ولو سلّم إختصاص الوصفين بالأسباب لكونها مركبات، و امتنع حملها على البسائط لم يكن ذلك موجياً لحمل كلام المصنف رحمته على إرادة العقد أو الإيجاب خاصة، لقابلية البسائط - بنظر شيخنا الأعظم - للاتصاف بالصحة والفساد أيضاً.

بقي أمران ينبغي التعرض لهما تتميماً للبحث:

أحدهما: أجنبية المقام عن باب تصويب نظر العرف في موارد الإمضاء، و تخطئته في موارد الإستثناء كالبيع الربوي.

ثانيهما: أن الصحة والفساد كما توصف بهما الأسباب فهل توصف بهما المسببات

أم لا؟ و هل الممضى بأدلة المعاملات المسببات أم الأسباب؟

أما الأمر الأول: فقد إنضج بما ذكرناه في بيان مرام المصنف رحمته عدم إبتناء تصحيح الرجوع الى الأدلة - بناء على وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح - على تخطئة نظر العرف في موارد التصرف الشرعي، خلافاً لما يظهر من حاشية المحقق التقي رحمته على المعالم، حيث إنه بعد نقل كلام الشهيدين و الاشكال عليهما وجه التمسك بالإطلاقات بإرادة الوضع

للصحيح الواقعي كما سيظهر، و لأجله حنل بعضُ أجلة المحشين كالسيدين الطباطبائي والإشكوري جوابَ المصنف على ذلك معترفاً بعدم وفاء العبارة به، قال السيد: «و بالجملة: وإن كان لا إشارة في كلام المصنف إلى كون المطلب من باب التخطئة في المصدق، إلا أنه لا بد من حمله عليه». ثم اعترض السيدُ على المصنف بابتناؤه على كون الملكية من الأمور الواقعية، لا من الأحكام الوضعية.

و الأولن نقل كلام المحقق التقي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ووقفاً على حقيقة الحال، قال في هداية المسترشدين - قبيل بحث المشترك - ما لفظه: «فالأظهر أن يقال: بوضعها لخصوص الصحيحة أي المعاملة الباعثة على النقل و الانتقال، أو نحو ذلك مما قرّر له تلك المعاملة الخاصة، فالبيع والإجارة و النكاح و نحوها إنما وُضعت لتلك العقود الباعثة على الآثار المطلوبة منها، و إطلاقها على غيرها ليس إلا من جهة المشاكلة أو نحوها على سبيل المجاز. لكن لا يلزم من ذلك أن يكون حقيقةً في خصوص الصحيح الشرعي حتى يلزم أن تكون توقيفيةً متوقفةً على بيان الشارع لخصوص الصحيحة منها.

بل المراد منها إذا وُزِدَتْ في كلام الشارع قبل ما يقوم دليل على فساد بعضها هو العقود الباعثة على تلك الآثار المطلوبة في المتعارف بين الناس، فيكون حكم الشرع بحلّها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها قاضياً بترتب تلك الآثار عليها في حكم الشرع أيضاً، فيتطابق صحتها العرفية و الشرعية. و إذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلك الآثار على بعضها خرج ذلك عن مصداق تلك المعاملة في حكم الشرع و إن صدق عليه إسمها بحسب العرف، نظراً إلى ترتب الأثر عليه عندهم.

و حينئذٍ فعدم صدق إسم البيع مثلاً عليه حقيقةً عند الشارع و المتسرعة لا ينافي صدقه عليه عند أهل العرف مع فرض إتحاد العرفين و عدم ثبوت عرف خاص عند الشارع، إذ المفروض إتحاد المفهوم منه عند الجميع، و إنما الاختلاف هناك في المصدق، فأهل العرف

إنما يحكمون بصدق ذلك المفهوم عليه من جهة الحكم بترتب الأثر المطلوب عليه، وإنما يحكم بعدم صدقه عليه بحسب الشرع، للحكم بعدم ترتب ذلك الأثر عليه.

ولو إنكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف -لا من قبل الشارع- لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً، كما أن البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عنهم عن حقيقة البيع. فظهر أنه لامنافاة بين خروج العقود الفاسدة عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقة، وكون المرجح في تلك الألفاظ هو المعاني العرفية، من غير أن يتحقق هناك حقيقة شرعية جديدة، فتأمل جداً.

و ملخصه: أن البيع موضوع لخصوص ما يؤثر في الملكية واقعاً، ويعتبر عنه بالصحيح، ونظر العرف والشرع طريق إليه، وليس إختلافهما في مفهومه بل في مصداقه، إذ ما هو مملك واقعاً واحداً لاتعدد فيه، وإستعمال العرف البيع حقيقة في البيوع الفاسدة الشرعية كالمناذبة إنما هو لعدم إطلاع على نفي الشارع بيعيتها، فلو إطلع عليه إعترف بخطائه في تطبيق مفهوم البيع عليها، و حكّم بخروجها عن المفهوم جداً، كخروج إنشاء التمليك هزلاً عنه.

و عليه فإذا كان الشارع في مقام البيان، و حكّم بحلّية ما يؤثر في الملكية واقعاً و لم ينصب طريقاً إليه عليم من إطلاقه في مقام البيان أن نظر العرف طريق إلى ذلك المؤثر واقعاً، وأن ما هو محقق للملكية الواقعية في نظرهم محقق لها في نظر.

و على هذا لامانع من التمسك بإطلاق أدلة العقود، وإستفادة تصديق نظر العرف في تطبيق ما هو المؤثر على المورد، وإمضاء الأسباب العرفية و تنفيذها، وإستفادة تخطئة نظرهم في موارد الردع.

و لا يخفى أن لفظي «التصويب و التخطئة» الناظرين الى الموضوع لا الحكم و إن لم يردا في عبارة المحقق النقي رحمته إلا أن قوله: «ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً، كما أن البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عنهم حقيقة عن البيع» كالصريح في أن الإمضاء و الردع الشرعيين ناظران إلى التصرف في الموضوع، ومعناه أن يلتزم العرف -بعد إطلاع على فساد البيع الربوي مثلاً- بعدم

صدق البيع عليه حقيقة، لا أنه بيعٌ فاسد حتى يكون التصرف في الحكم.  
وقد إختار المحقق الخراساني رحمته في كفايته هذا المسلك - أي التصويب والتخطئة -  
في بحث الصحيح والأعم، فراجع.

وكيف كان فما أفاده المحقق التقي رحمته يلتزم مع كون الملكية من الأمور الواقعية التي  
كشفت عنها الشارع، إذ الكشف منوط بوجود واقع محفوظ حتى تتصورَ طريقة الأنظار إليه،  
فتصوّبه تارةً وتخطئه أخرى. وهو مناسبٌ لبعض كلمات المصنف رحمته في الرسائل من  
احتمال كون الملكية والطهارة ونحوها أموراً واقعيةً كَشَفَ عنها الشارع.

وأما في خصوص المقام فقوله في المتن: «فلأن الخطابات لما وَرَدَتْ على طبق العرف  
حمل لفظ البيع وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف...» ظاهر  
جداً في أن المستعمل فيه في الأدلة هو خصوص الصحيح العرفي، لا الواقعي، وحينئذٍ يعدرج  
تصرف الشارع في الردع عن بعض البيوع في الإخراج الحكمي، فالعرف حتى بعد إطلاعه  
على فساد بيع الخمر يُذعن ببقاء اعتبار الملكية له، و صحة مبادلته بمالٍ.

كما أن قوله قبل ذلك: «يحمل البيع الصحيح على النقل المؤثر» لا يبتني على كلام  
هداية المسترشدين من إرادة الصحة الواقعية، وذلك لأن البيع أمرٌ اعتباري، فيمكن أن يعتبر  
العرف تأثير البيوع الفاسدة شرعاً، ولا يعتبر الشارعُ تأثيرها، إذ لا واقع للأمر الاعتبارية وراء  
الإعتبار حتى يجري حديث التخطئة والتصويب فيها.

هذا كله مضافاً إلى: أن المصنف رحمته إعتراض - فيما نُسب إليه في التقريرات - على كلام  
المحقق التقي، و معه لا يُظن إقتباس المتن منه. و محصله - بعد أجنبية التوجيه عن كلام  
الشهيدين - أن نظر العرف حجة في تشخيص المفاهيم، لا في تطبيق المفهوم المبيّن على  
المصاديق المشتبهة بعد العلم بالمفهوم بحدوده. و ما أفاده المحقق التقي من التخطئة لا مجال  
له في المقام، لعدم تبدل نظر العرف بعد كشف الشارع عن الخطأ، فلو حَكَمَ الشارع بنجاسة  
الكافر أمكن تبدل نظرهم، لإحاطة الشارع بقذارة معنوية خفيت عليهم. و أما إذا لم يتبدل النظر  
بعد الكشف و حكموا بوجود المصدق بعده أيضاً كحكمهم بمصداقية الانشاء بالفارسية

لمفهوم البيع لم يكن وجهاً للتخطنه، بل الخروج حكمي، وقياس ذلك ببيع الهازل مما يصح السلب عنه حقيقة ممنوع. فراجع تمام كلامه هناك<sup>أ</sup>.

وبالجملة: لا ظهور في كلام المصنف في تخطنه نظر العرف وتصويبه، سواء ما أفاده في قوله: «نعم لا يبعد أن يقال» أو في قوله: «و أما وجه تمسك العلماء» كما لا ملزم لتزيله على ذلك أصلاً.

نعم تنظير البيوع الفاسدة شرعاً بإنشاء الهازل - الذي لا يصدق عليه البيع عرفاً حقيقة - لا يخلو من ظهور في خروج موارد النهي الشرعي عن المفهوم موضوعاً، وهو المعتبر عنه بالتخطنه في مقام التطبيق، فيتجه حينئذ ما استظهره السيد رحمته من وحدة معنى البيع واقعاً وطريقة الأنظار إليه.

لكن الظاهر أن مجرد التنظير ببيع الهازل لا يوجب الحمل على ما استفاده السيد من تخطنه نظر العرف في موارد الردع، وتصويبه في موارد الإمضاء، بعد ما عرفت من مناقشة المصنف في ما أفاده المحقق التقي، وتصريحه هنا بأن الموضوع له هو البيع المؤثر عرفاً. فتدبره فإنه حقيق به، والله العالم بحقائق الأمور.

**وأما الأمر الثاني** وهو: أن إمضاء المسبب هل يستلزم إمضاء السبب أم لا؟ فنقول: قد يورد على المتن بأن وضع ألفاظ المعاملات كالبيع لما هو مؤثر بنظر العرف خاصة أو للمصدر لا يُجدي في التمسك بالأدلة الإيضائية لو شك في اعتبار شيء في الإيجاب والقبول كالعربية والماضوية، أو مطلق اللفظ، أو صيغة خاصة، وذلك فإن عناوين المعاملات أسام للمسيبات لأسبابها، ولتعدددهما وجوداً لا يكون إمضاء الأمر الاعتباري كالملكية إمضاءً لسببه بنحو الإطلاق، بل يتعين إنشاؤه بسببه المتيقن، وهو الواجد لما يحتمل دخله في تأثيره. نعم لو كان له سبب واحد كان إمضاءه إمضاءه، إذ لولا لزم لغوية إمضاء المسبب هذا.

أقول: ينبغي البحث في جهتين: إحداهما: ورود الإشكال على المتن، وثانيتها: في أصل تصحيح التمسك باطلاقات المعاملات في موارد الشك في المسبب أو في السبب.

أما الجهة الأولى فيمكن أن يقال: إن المصنف رحمته الله جعل الموضوع له - بناءً على الصحيح - البيع المؤثر عند العرف، والمراد به إما المعنى المصدرى كما استظهره المحقق الخراساني رحمته الله وإما المعنى الإسمي كما استفاده المحقق الاصفهاني رحمته الله بقرينه قوله: «أو على المصدر».

فإن أريد بالبيع المؤثر عند العرف إنشاؤه إيجاباً و قبولاً لم يبقَ موضوع للاشكال، لفرض كون الموضوع له هو السبب المؤثر في ترتب الملكية عليه، فالممضى هو الايجاب والقبول، ومعه لا مجال للبحث عن استلزام تنفيذ المسبب تنفيذ سببه، كما هو واضح.

وإن أريد بالبيع المؤثر عرفاً معناه الإسمي كالملكية والانتقال كان مقتضى إطلاق تنفيذ المسبب تنفيذ كل ما يراه العرف سبباً له، وبيانه: أن ما دلَّ على حلية التصرف المترتب على البيع العرفي يكون إطلاقه أفرادياً وأحوالياً، يعني: أن كل مالٍ وقعت المبادلة عليه فهو حلال ويجب ترتيب الأثر عليه، سواء أكان سببه عقداً يُقطع بتأثيره شرعاً، أم لا كالعقد بالفارسية والمعاطة، إذ لو كانت حلية المسبب مقيّدة بعدم حصولها من مشكوك السببية كالمعاطة كان مقتضى عدم الإخلال بالفرض التنبيه عليه مع فرض كون المتكلم في مقام البيان لا الإهمال.

ودعوى أن المتبع أنظار العرف في تشخيص المفاهيم لا التطبيق ممنوعة، بأن مفروض الكلام إرادة الصحة العرفية، لا الصحة الواقعية حتى يتجه إختصاص نظرهم بتعيين حدود المفهوم لا تطبيقه على المصادق مسامحةً، و عليه فالعرف كما يعتبر ملكية الخمر كذلك يتسبب إليها بالمعاطة.

ومنه يظهر أن الإطلاق في كلام المصنف رحمته الله لا يتعين في الإطلاق المقامي كما حمله عليه جمع من الأعيان، بل لا يبعد إرادة الاطلاق اللفظي بناءً على وضع «البيع» للمعنى المصدرى، كما يظهر وجهه بالتأمل.

هذا كله بناءً على كون النسبة بين العقد وأثره نسبة السبب إلى سببه، وهما متعددان وجوداً.

وأما بناءً على إنكاره فلا مجال لهذا البحث، إما لأن النسبة بين صيغ العقود والإيقاعات إلى المعاملات - بالمعنى الأعم - نسبة الآلة إلى ذبيها كما اختاره شيخ مشايخنا المحقق



النائب بني على ما تقدم بيانه في بحث الإنشاء.

و على هذا المبنى فلما كانت العناوين المعاملية من البيع والصلح والنكاح والطلاق والعق أفعالاً مباشرة توجد بألات خاصة كالصيغ الإنشائية كان إمضؤها إمضاءً للآلات المتعارفة.

**وإما** لأن المعاملات ليست أسامي لخصوص الإنشاء ولا لخصوص المنشأ، بناء على بطلان مبنى إيجابية الإنشاء، بل هي أسامٍ لمجموع الأمر الاعتباري القائم بنفس المعبر وإبرازه بمبرز خارجي.

و عليه ينحسم مادة الاشكال، إذ لا سبب ولا سبب، كما لا آلة ولا ذية، فمعنى حلية البيع إمضاء الاعتبار القائم بنفس البائع المظهر بما يدل عليه ويحكي عنه. كما لا مجال للبحث عن أن إطلاق إمضاء المسبب لفظاً هل يستلزم إطلاق السبب أم لا، ضرورة كون متعلق الإمضاء أمراً واحداً لا تعدد فيه حتى يتجه البحث عن إستلزام إطلاق المسبب إطلاق السبب.

**وإما** لأن نسبة المصدر إلى إسمه ليس نسبة السبب إلى المسبب، لاتحادهما ذاتاً واختلافهما اعتباراً، حيث إن الحدث مع النسبة الناقصة عين الحدث بدونها، فإمضاء المعنى المصدرى - وهو الحدث المنسوب إلى فاعلٍ ما - كالتملك متحد مع الملكية التي هي إسم المصدر، فيسقط البحث عن أن إمضاء السبب أو المسبب هل يستلزم إمضاء الآخر أم لا؟ و لا يخفى إنحلال المعضل بكل من هذه الوجوه الثلاثة، و يتم التمسك بإطلاق أدلة المعاملات سواء قلنا بوضعها للأعم أم لخصوص الصحيح.

إلا أن في تمامية ما سلكه المحقق الثاني بني خفاءً، لمغايرة الآلة لذيةها وجوداً، كمغايرة السبب للمسبب، فإشكال تعدد الوجود جارٍ في الآلات أيضاً.

و ينحصر الحل بأن دليل الإمضاء ظاهر في أن الممضئ هي الجهة الصدورية الملحوظ فيها نسبة ناقصة، فمثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ ظاهر في توجه الأمر بالوفاء إلى الذين تصدر عنهم العقود، فكأنه قيل: «أوفوا بما تصدرونه من العقود» فحيثية الصدور ملحوظة في مقام الإمضاء، و من المعلوم إناطة صدور البيع بالآلة المعمولة عند العرف لإيجاده، فإمضاء ذي الآلة إمضاء لنفس الآلة.

## الكلام في المعاطاة<sup>١</sup>

١) لما فرغ المصنف رحمته من تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» تعرّض - تبعاً للقوم - لحكم المعاطاة، وأنه هل يعتبر في إفادة الملكية اللازمة إنشاء البيع باللفظ، أم يكفي إنشاؤه بالفعل، وقد فرّع الفقهاء هذا البحث على إعتبار الصيغة في المعاملة، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم، قال المحقق في تعريف عقد البيع: «العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم. ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع... الخ»<sup>أ</sup>.

وظاهر هذا التفرع إعتبار جميع ماله دخل في البيع بالصيغة في المعاطاة، من شرائط العوضين والمتعاقدين، و ينحصر الفرق في فقد العقد القولي.

ثم إن المصنف رحمته بسط الكلام في المعاطاة وما يتعلق بها، فتعرّض لجملة من أحكامها وفروعها في التنبيهات، وقدّم البحث عن مفهومها وحكمها الشرعي، في طيّ مقامات: أحدها: بيان مفهومها، لأن معرفة الموضوع مقدّمة على حكمه، ويذكر فيه صور المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين.

ثانيها: الأقوال المذكورة فيها.

ثالثها: حكمها على ما يقتضيه الدليل الاجتهادي والأصل العملي، و سيأتي بيانها

إعلم: أن المعاطاة<sup>(١)</sup> (\*) على ما فسره جماعة<sup>(٢)</sup>: أن يُعطي كلٌّ من الإثنين عوضاً عما يأخذه

مرتّباً إن شاء الله تعالى.

### المقام الأول: تعريف المعاطاة

(١) هذا شروع في المقام الأول المتكفل لبيان مفهوم المعاطاة، ومحصله: أن مقتضى دلالة باب المفاعلة على قيام المبدأ بإثنين هو أن يُعطي كلٌّ من المتعاملين ماله للآخر، وهذا هو القدر المتيقن من قيام العقد الفعلي مقام العقد القولي، فلان في ما سيأتي منه في التنبيه الثامن من تقوية كفاية وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرّف بناءً على الإباحة.

(٢) كالعلامة و الشّهد الثاني و السّيد الطباطبائي، ففي شرح اللمعة: «وهي: إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريده من المال عوضاً عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص» أ.

(\*) لَمَّا لم تقع المعاطاة في شيءٍ من الأدلة موضوعاً لحكمٍ فلا جدوى في التعرض لحقيقتها التي هي العطاء من الطرفين بناءً على اشتراك المفاعلة كالتفاعل بين الإثنين، بل لابدّ من بيان ما تداول بين الناس من المعاملة المبنية على عدم الصيغة، و الظاهر أن المتعارف بينهم من المعاملة المسماة بالمعاطاة عدم إختصاصه بتحقّق التعاطي من الطرفين كما في السلف والنسيئة. بل يمكن تحقّق الإيجاب به و القبول بالأخذ، و كون إعطاء الآخر وفاةً بالمعاملة. بل يمكن أن يقال: بعدم اعتبار الإعطاء و لو من طرف واحد أصلاً كالمعاملة الواقعة بإنشاء العقد بألغاف ملحونة أو فاقدة للشرائط.

أ: الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٢، وكذلك لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج ١ ص ٤٦٢، نهاية الأحكام، ج ٢،

من الآخر<sup>(١)</sup>. وهو<sup>(٢)</sup> يتصوّر على وجهين:  
أحدهما: أن يُبيح كلُّ منها للآخر التصرف فيما يُعطيهِ من دون نظرٍ

(١) هذا معنى المعاطاة لفةً بناءً على المشهور بين علماء العربية في مدلول هيئة المفاعلة. قال في شرح النظام: «و - فاعل - لنسبة أصله و هو مصدر ثلاثيته إلى أحد الأمرين متعلقاً بالآخر، للمشاركة صريحاً، فيجيء العكس ضمناً، نحو: ضاربته و شاركته. الى أن قال: وبمعنى - فَعَل - نحو: ضاعفته، بمعنى: ضَعَفْتُ، وبمعنى - فَعَلَ - نحو: سافرتُ بمعنى: سَفَرْتُ»<sup>أ</sup>.  
والمستفاد من كلامه استعمال هيئة المفاعلة في غير الإثنين أيضاً، فجعل المعاطاة إعطاء كلٍّ من الإثنين - بحيث يكون إستعمالها في إعطاء واحدٍ لكونها من المفاعلة مجازاً - غير ظاهر. وقد عرفت آنفاً أهمية المعاملة المتداولة من ذلك، لجريان النزاع فيما لو كان الإعطاء من طرف واحد، وغير ذلك.

#### ضوّر المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

(٢) يعني: أن إعطاء كل واحدٍ للآخر لما كان منبعثاً عن القصد فإما أن يكون المقصود مجرد إباحة التصرف بمقتضى الإذن المالكِي، وإما أن يكون المقصود التملك على حدّ البيع اللفظي.

ثم إن ظاهر المتن جعل مقسم الوجهين المذكورين المعاطاة المعنونة في كتاب البيع، حيث ذهب جمعٌ من الخاصة و العامة إلى كونها مفيدةً للملك، خلافاً لمشهور القدماء من إفادتها الإباحة. وليس المقسم مطلقاً التعاطي، وذلك لإمكان تصويره على نحو لا يُقصد فيها تملك ولا إباحة، كالودعية بناءً على جريان المعاطاة فيها، وهكذا غيرها من العقود والإيقاعات على ما سيأتي تفصيله في التنبيه الخامس إن شاء الله تعالى.

فان قلت: لو كان المقصود تصوير المعاطاة الواقعة بعنوان البيع فمن المعلوم أن مقصود المتبايعين هو تملك مالهما لا إباحتها، فينبغي حصر المعاطاة - بقصد البيع - في الصورة الثانية

إلى تملكه<sup>(١)</sup>.

الثاني<sup>(٢)</sup>: أن يتعاطيا على وجه التملك<sup>(٣)</sup>.  
وربما يُذكر<sup>(٤)</sup> وجهان آخران:

وهي قصد التملك، وإخراج قصد الإباحة عن حريم البحث.

قلت: نعم، إذ مقتضى التفرع أجنبية قصد الإباحة عن المعاطاة المقصود بها البيع، إلا أن الموجب لذكر الوجه الأول - وهو قصد الإباحة - ما سيأتي تفصيله في المقام الثاني من دلالة بعض عبارات القوم على قصد الإباحة كما في كلام شيخ الطائفة: «وإنما هي إستباحات محضة» لظهور هيئة «الاستفعال» في قصد الإباحة، لا في ترتبها تعديداً على ما إذا قصد التملك. وعليه فلا مانع من جعل قصد المتعاطين للإباحة من أقسام المعاطاة في البيع.

(١) فتكون الإباحة بإزاء الإباحة، فالمقابلة بين الفعلين وهما الإباحتان.

(٢) هذا هو الشائع من المعاطاة البيعية، وهو المناسب لعقد البحث عن حكمها في كتاب البيع، إذ لو لم يقصد التملك كان عدم ترتب الملك على تعاطيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع، فلا بد من قصد التملك حتى يتمحض البحث عن حكمها من إفادة الإباحة أو الملك المترزل أو اللازم.

(٣) فيكون مقصودهما تملك عين بازاء تملك عوض.

(٤) الذakar صاحب الجواهر تتبعاً فإنه جعل صور المعاطاة أربعاً: أُولاهَا: قصد الإباحة المطلقة مع التصريح بها. ثانيها: قصد التملك. ثم قال: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطين، من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يُعطي البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه، فيدفعه إليه... إلى أن قال: رابعها: أن يقصد الملك المطلق».

و ظاهر كلامه في الصورة الثالثة: أن كل واحد من المتعاطين يدفع مالاً إلى الآخر لا بقصد التملك البيعي ولا بتصريح بالإباحة المالكية، فيكون المقصود الأصلي مجرد حصول مال كلٍّ منهما عند الآخر، كما إذا دَفَعَ باذِلُ الفلوس ماله إلى البقال ليتناول البقل، فقبض البقل

أحدهما: أن يقع النقل<sup>(١)</sup> من غير قصد البيع ولا تصریح بالاباحة المزبورة، بل يُعطي شيئاً ليتناول شيئاً<sup>(٢)</sup>، فدفعه الآخر إليه.  
والثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.  
ویرد الأول<sup>(٣)</sup>

الفلوس وأعطى البقل إلى الباذل. ففي هذا التعاطي لم يقصد التملك، ولم يُصرّحاً بالاباحة. وإنما الحاصل به مطلق التسليط. ولم يستبعد صاحب الجواهر<sup>تتبرر</sup> مشروعاً هذا الوجه.  
وأما الصورة الرابعة - وهي قصد الملك المطلق - فقد حكّم<sup>تتبرر</sup> بفسادها، لأنّ تملك العين لا بدّ أن يكون بعنوان البيع أو الهبة أو الصلح، فمع عدم قصد خصوصية إحدى المعاملات لا ينطبق عليها عنوان خاص، فتبطل. إلا أن يكون الأصل في تملك الأعيان هو البيع، فيحمل عليه. و يصير كالصورة الثانية أي: قصد المتعاطيين التملك البيعي.

(١) الموجود في الجواهر - كما تقدم آنفاً - في بيان هذه الصورة: «أن يقع الفعل من المتعاطيين ... الخ» لا «النقل» ولعل المصنف حكاه بالمعنى.

وكيف كان فالمراد بالنقل هو النقل الخارجي الحسّي المعبر عنه بالمعاطاة، وليس المراد به النقل الاعتباري - الذي يُفسّر به البيع في جملة من الكلمات - أي الملكية المترتبة في موطن الإعتبار على الإعطاء والأخذ الخارجيين.

والوجه في إرادة النقل الخارجي في كلام صاحب الجواهر هو: أن المفروض عدم قصد المتعاطيين البيع و التملك، فلا مقتضي لحصول الملكية بهذا التعاطي.

(٢) بأن أعطى أحدهما قطعة ليتناول بقلأ، فدفع صاحب البقل بقله إلى باذل الفلوس.

(٣) ناقش المصنف<sup>تتبرر</sup> في كلا الوجهين المذكورين في الجواهر. وما أفاده في منع أوّل

الوجهين مبنى على أمرين:

الأوّل: أن النقل الخارجي - أي إعطاء كل واحد منها ماله للآخر - فعل إرادي لهما، وليس كحركة يد المرتعش خارجاً عن الإختيار.

الثاني: أن العناوين المعاملية محصورة في أمور معلومة، بعضها يفيد ملك العين كالبيع

بامتناع<sup>(١)</sup> خُلُو الدافع [ الواقع ] عن قصد عنوانٍ من عناوين البيع أو الإباحة<sup>(٢)</sup>

والقرض والهبة، وبعضها يفيد ملك المنفعة كالأجارة والصلح على المنفعة، وبعضها يفيد إباحة الانتفاع كالعارية، وبعضها يُفيد الاستيان في الحفظ عن التلف والضياع كالوديعة، وبعضها يُفيد الإذن في التصرف كالوكالة، إلى غير ذلك.

و على هذا فإذا وَقَعَ النقل الخارجي من الناقل المُلتفِت و كان قصدهُ المعاملة إمتنع خلوُه عن قصد عنوان خاصٍ من عناوين المعاملات، فإمّا أن يقصدَ تملكِ العين بعوضٍ وهو البيع، أو يقصدَ التسالم على العين بعوض وهو الصلح، أو يقصدَ تملكِ العين في قبال هبة عين أُخرى، وهو الهبة المعوضة، أو يقصدَ التسليط على الإنتفاع وإباحته وهو العارية، أو يقصد المتعاطيان إباحة التصرف كما في الضيافة وهي الإباحة المالكية المصطلحة. ولا يعقل تحقق النقل والتعاطي من الشاعر المختار مجرداً عن أحد العناوين المتقدمة.

و عليه فلا وجه لما في الجواهر من تصوير المعاطاة على نحو النقل المطلق الخالي عن قصد البيع، وعن قرينةٍ على إرادة الإباحة.

هذا توضيح مناقشة المصنِف تَبَيُّرٌ في الوجه الأول. ويمكن أن يورد على صاحب الجواهر بوجه آخر ذكرناه في التعليقة.

و نَأقِش في الوجه الثاني بما حاصله: أن «تملكِ عينٍ بعوضٍ على وجه المقابلة بين المالين» هو مفهوم البيع، وليس أمراً آخر حتى يُعدَّ الإعطاء بقصد التملك المطلق أمراً آخر مغايراً للتعاطي بقصد التملك البيعي. و عليه لم يظهر فرقٌ بين الوجه الثاني والرابع من صور المعاطاة في كلام صاحب الجواهر تَبَيُّرٌ .

(١) وجهُ الاستحالة ما عرفت من أن الفعل الإراديّ - القابل للإنطباق على عناوين مختلفة - يتشخّص بالقصد، فلا معنى للتعاطي المهمل أو المطلق.

(٢) المراد بها الإباحة المصطلحة و لو إستلزمت إتلاف العين كما في الضيافة ونحوها، وبهذا تفرق عن إباحة الإنتفاع بالعارية، حيث إنَّ المستعير يضمن العين لو أتلفها.

أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك<sup>(١)</sup> من العنوانات الخاصة (\*).

(١) كقصد الإعراض أو التوكيل، فالأول: بأن يقصد كلُّ منها بإعطاء ماله الإعراض عن ملكه ورفع المانع عن تملك غيره له، فيكون الفعل الصادر من كلِّ منها إعراضاً، فيقع التقابل بين الإعراضين، ومن المعلوم أنَّ الإعراض عنوانٌ قصدي كالعناوين الخاصة المزبورة. والثاني: بأن يقصد كلُّ واحدٍ من المتعاطيين توكيلَ الآخر في أن يأخذه لنفسه، إمَّا تملكاً وإمَّا على وجه الإباحة، فيكون إعطاء كل منها توكيلاً معاطاتياً بإزاء توكيل.

(\*) يمكن منعه بعدم خُلُو المتعاطيين عن القصد، فإنَّ الموجود في الجواهر في تقريب هذه الصورة «عدم قصد الملك و لا تصريح بالإباحة» في قبال الصورة الأولى و هي قصد الإباحة مع التصريح بها و لو بمعونة القرائن، فالمقصود في هذه الصورة الثالثة هو الإباحة المطلقة و إن لم يُصرَّح بها، و ذلك لأنَّ كل واحد منهما يُسلطُ الآخر على ماله من دون تملك، و التسليط غير المقرون بقصد التملك إباحةً مطلقةً، يعني: أنَّ فصلها أمر عديمي و هو عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه، فالتسليط المتفصل بهذا الفصل العدمي تسليط إباحي، فالقصد متحقق قطعاً، و معه لا يبقى موضوعٌ للإشكال عليه: بامتناع خُلُو الدافع عن قصد عنوانٍ... الخ.

و إن شئت فلاحظ كلام الجواهر في حكم هذه الصورة: «و لعلَّ القائل باشتراط الصيغة في البيع يُشرِّعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي كالأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها محتاج الى قصد آخر، بخلافها، فإنَّه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق»<sup>أ</sup>.

نعم يرد على الجواهر إشكال آخر نبه عليه المحقق الاصفهاني رحمته، و هو: أنَّ السلطنة حكم شرعي مترتب على العقود المعاملية و الإباحات المالكية، فتمليك العين بالبيع و الهبة و الصلح أثره السلطنة عليها، و هكذا السلطنة على المنفعة في تملكها بالاجارة، و على الانتفاع في إباحته بالعارية و نحو ذلك، و من المعلوم إناطة تحقق السلطنة الاعتبارية - اللازمة للعنوان



المعاملي و للإباحة - بتحقيق ذلك العنوان الخاص الذي هو موضوع لها، فلو لم يقصد المتعاطيان عنواناً خاصاً بل قصداً للتسليط المطلق كان معناه ترتب اللزوم الأعم من دون قصد الملزوم الخاص، وهو ممتنع، إذ لا وجود للزوم بغير ملزومه<sup>أ</sup>.

ثم إن ما أفاده المصنف بقوله: «بامتناع خلؤ الدافع...» يحتمل وجهاً آخر ذكره السيد قده بقوله: «و لعلّه من جهة إمتناع إيجاد الجنس من دون فصل، فإن الإيجاد الإنشائي في ذلك كالإيجاد الخارجي في الامتناع، ولذا ذكروا أنّه لا يمكن الطلب بارادة القدر المشترك بين الوجوب والندب، بل لا بدّ من كونه في ضمن أحد الفصلين»<sup>ب</sup>.

و عليه فمتشأ استحالة خلؤ الدافع عن القصد هو استحالة تحقق الجنس - أي الاباحة المطلقة - بدون فصلٍ معيّنٍ من فصولها، هذا.

و الظاهر أنّ كلام السيد قده مقتبس منّا أفاده صاحب الجواهر قده في الإشكال تارةً على إرادة ترتب الإباحة عند قصد المتعاطيين البيع، وأخرى على الصورة الرابعة و هي قصد الملك المطلق، فقال في الموضع الأول: «فلا أعرف للثاني منها - و هو ترتب الاباحة على المعاطاة المقصود بها البيع - وجهاً، ضرورة أنّهم إن أرادوا أنّها من المالك فالفرض عدمها، لكون المقصود له أمراً خاصاً لم يحصل، فارتفع الجنس بارتفاعه. وإن أرادوا بها إباحة شرعية، فهو مع أنّه من الغرائب... الخ»<sup>ج</sup>.

و على هذا الأساس احتمل السيد قده أنّ وجه استحالة الإباحة المطلقة - بنظر المصنف - هو وجه الاستحالة في الإباحة المالكية بنظر صاحب الجواهر، هذا.

لكن لا يبعد أن يكون مراد المصنف من تعليل بطلان الإباحة المطلقة بقوله: «بامتناع خلؤ الدافع عن القصد» هو ما أثبتناه في التوضيح من أن الإعطاء الخارجي فعل إختياري لا يبدّ

أ : حاشية المكاسب، ج ١، ص ٢٣

ب : حاشية المكاسب، ص ٦٦

ج : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٢٢ ونظيره كلامه في ص ٢٢٧ في استحالة الملك المطلق. فراجع.

و الثاني<sup>(١)</sup> بما تقدّم في تعريف البيع<sup>(٢)</sup> من: أن التملك بالعرض على وجه المبادلة<sup>(٣)</sup> هو مفهوم البيع لا غير.  
نعم<sup>(٤)</sup> يظهر من غير واحدٍ منهم في بعض العقود - كبيع<sup>(٥)</sup> لبن الشاة مدةً

(١) يعنى: و يُردّ الوجه الثاني بأن التملك المطلق بين عينٍ و عوضٍ هو معنى البيع، وليس قدراً جامعاً بينه و بين الصلح و الهبة حتى يُحمل على خصوص البيع - عند الشك في إرادة غيره - لأجل الغلبة مثلاً و عليه فالوجه الرابع في كلام الجواهر متحد مع الوجه الثاني فيه، و ليس وجهاً على حدة.  
(٢) في ردّ ما أفاده الشيخ الكبير من أن الأصل في تملك الأعيان هو البيع، فيقدّم على الصلح و الهبة المعوّضة، حيث قال المصنف: «أن تملك الأعيان بالعرض هو البيع لا غير».  
(٣) و إشتاق الصلح على العين و الهبة المعوّضة على البدل لا يقتضي كون «التملك بالعرض» مشتركاً معنوياً بين مفادات عقود ثلاثة، إذ المنشأ في الصلح هو التسالم لا التملك و البدل في الهبة ليس مقابلاً للعين الموهوبة، كما تقدم تفصيله، فراجع.

(٤) إستدراك على قوله: «أن التملك بالعرض هو مفهوم البيع» يعنى: أن ما ذكرناه - من إنكار تعدد مفهوم البيع و التملك المطلق - ليس أمراً متفقاً عليه، لذهاب غير واحد من الفقهاء الى أعمية «التملك المطلق» من البيع، و حينئذٍ يتجه ما أفاده صاحب الجواهر رحمته من جعل التعاطي بقصد التملك البيعي وجهاً، و بقصد التملك المطلق وجهاً آخر. فتصير المسألة منبثية بعد وجود الخلاف فيها. نعم حكّم صاحب الجواهر رحمته بفساد التعاطي بقصد الملك المطلق، فراجع.

(٥) الأولى تبديل كلمة «البيع» بالتملك، بأن يقال: «كتملك لبّن الشاة مدةً...» و ذلك لأنّ غرض المصنف رحمته من نقل هذا الكلام إثبات أعمية «تملك العين بعوض على وجه المقابلة بين المالين» من البيع، فكما أن تملك اللبّن مدةً لا يكون صلحاً و لا هبةً معوّضةً و لا إجارة للشاة للبنا فكذا لا يكون بيعاً، بل هو معاملة مستقلة، و من المعلوم أن هذه الأعمية منافية لما اختاره شيخنا الأعظم من أن «التملك على وجه المقابلة بين العوضين» هو البيع لا أمر آخر.

أن ينبعث عن قصد أحد العناوين المعاملية.

هذا مضافاً الى ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من أن السلطنة ليست جنساً، بل لازماً عامّاً لكافة موارد التملك و الإذن. و الله العالم بحقائق الامور.

وغير ذلك - كون<sup>(١)</sup> التملك المطلق أعم من البيع.  
ثم إن<sup>(٢)</sup> المعروف بين علمائنا في حكمها أنها مفيدة

وكيف كان فلا ريب في صحة ما نسبته المصنف إلى بعض الأصحاب من أعمية «تمليك العين بعوض» من البيع، للتصريح بصحته في مسألتين:

إحداهما: في تملك لبن الشاة مدة معلومة بعوض. ولعل الأصل فيه كلام العلامة، حيث قال: «مسألة: قال الشيخ في النهاية: لا بأس أن يعطي الانسان الغنم والبقر بالضريبة مدة من الزمان بشيء من الدراهم والدينار والسمن، وإعطاء ذلك بالذهب والفضة أجد في الاحتياط. وقال ابن إدريس: لا يجوز ذلك. والتحقيق: أن هذا ليس ببيع، وإنما هو معاوضة ومراضاة غير لازمة، بل سائغة، ولا منع من ذلك... الخ»<sup>أ</sup>.

ووافقه المحقق الثاني تتبع في جامع المقاصد<sup>ب</sup> ومحكي تعليق الارشاد<sup>ج</sup>.

ثانيتها: في مسألة القبالة، وهي: أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة بخص معلوم. قال السيد الفقيه العاملي تتبع: «إن هذا التقبيل هل هو معاملة برأسها غير الصلح والبيع أو أحدهما ويكون مستثنى من القاعدة؟ ظاهر الأصحاب الأول، كما في المسالك، وهو كما قال، بل صريح جماعة»<sup>د</sup>.

والغرض من نقل العبارتين هو مشروعية تملك اللبن مدة وتمليك الثمرة، مع عدم اندراجها في البيع وسائر العقود المعهودة.

(١) بالرفع فاعل «يظهر». هذا تمام الكلام في المقام الأول المتكفل لمفهوم المعاطاة، والوجوه المحتملة ثبوتاً في قصد المتعاطين.

ولا يخفى عدم إنحصار الصور في الأربعة المتقدمة، لإمكان أن يقصد أحدها التملك والآخر الإباحة بحيث تكون الإباحة بإزاء التملك، وسيأتي في التنبيه الرابع أحكام جملة من الصور إن شاء الله تعالى.

#### المقام الثاني: آراء الفقهاء في حكم المعاطاة

(٢) هذا هو المقام الثاني أعني به الأقوال المذكورة في حكم المعاطاة، وهي ستة كما

ب: جامع المقاصد، ج ٤، ص ١١٠

أ: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٤٨ و ٢٤٩

د: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٣٩١

ج: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٨٤

لإباحة التصرف<sup>(١)</sup>، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين<sup>(٢)</sup>.

سيأتي تصريح المصنف بها، لكنه يُؤكِّدُ أشار - فعلاً - إلى ثلاثة منها، مقدّمة للخوض في تحرير محل النزاع حتى تتوارد الأقوال المختلفة على موضوع واحد.

ومحصّله: أنه اختلف نظر المحقق الكركي وصاحب الجواهر رحمهما في أن مصب الآراء المتضاربة في المعاطاة هل هو المعاملة الفعلية المقصود بها مجرد إباحة التصرف أم التي يقصد المتعاطيان بها التملك كما في البيع بالصيغة؟ كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(١) كما في المسالك، حيث قال: «لكن هل يُفيد - أي التقابض - إباحة تصرف كل منها فيما صار إليه من العوض، نظراً إلى إذن كل منها للآخر في التصرف، أم يكون بيعاً فاسداً من حيث إختلال شرطه وهو الصيغة المخصوصة؟ المشهور الأول. فعلى هذا يباح لكل منها التصرف، ويجوز له الرجوع في المعاوضة ما دامت العين باقية، فإذا ذهبت لزم<sup>أ</sup>».

وقد حُكيت الشهرة على إفادتها الإباحة عن كفاية الفاضل السبزواري ومفاتيح المحدث الفيض وغيرهما<sup>ب</sup>. وعلى هذا فالشهرة على الإباحة - التي هي القول الأول - متضافرة النقل. وهل الإباحة شرعية أم مالكية؟ سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(٢) كما صرّح به الشهيد الثاني بقوله: «لو تلفت العينان معاً تحقّق الملك فيهما. ولو تلفت إحداهما خاصة فقد صرّح جماعة بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الأخرى<sup>ج</sup>».

والمستفاد منه: أن المراد باللزوم هو الملك لا لزوم الإباحة، وإنما الخلاف في كفاية تلف إحدى العينين في حصول الملكية - وتبدل الإباحة بالملك - أو توفقه على تلفها معاً.

فإن قلت: إن ما نسبته المصنّف إلى المشهور - من حصول الملك اللازم بتلف إحدى العينين في المعاطاة المفيدة للإباحة عندهم - غير سديد، لخلوّ عبارات الأصحاب عن الحكم بحصول الملك بالتلف، بل حكوا باللزوم بالتلف، فإن عبارة جمع من المتأخرين - كما صرّح به

أ : مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٧

ب : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٤

ج : مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٩

## و عن المفيد<sup>(١)</sup> القول بكونها لازمة كالبيع. و عن العلامة

في جامع المقاصد - هي: أنها تفيد الإباحة، وإنما تلزم بتلف إحدى العينين. و ظاهره لزوم الإباحة - لا الملك - بالتلف، إذ حصول الملك بمجرد التلف مع كون المحاصل قبله هو الإباحة خلاف القواعد<sup>أ</sup> و عليه فالأولى تغيير قول المصنف: «و يحصل الملك بتلف...» بأن يقال: «و تحصل الإباحة اللازمة بتلف إحدى العينين» كي لا يكون مخالفاً لكلمات المشهور.

قلت: ما نسبته المصنف رحمته إلى المشهور في غاية التأنية، لما عرفت من صراحة عبارة الشهيد الثاني رحمته في تبدل الإباحة - بالتلف - بالملك، لا صيرورة الإباحة لازمة بعد أن كانت جائزة. بل يتعين إرادة هذا المعنى أيضاً من عبارة جامع المقاصد، لأن المحقق الثاني - كما سيأتي في المتن - استغرب من فتوى المشهور بترتب الإباحة على المعاطاة، و أنها تنقلب الى الملك بسبب تلف إحدى العينين أو التصرف فيها، و لأجله حمل المحقق الثاني الإباحة - في كلمات القدماء - على الملك المترزّل، إذ لا غرابة حينئذ في صيرورة الملك الجائز لازماً بالتلف، لكونه كالعقد الخياري الذي يتقلب جوازه باللزوم بانقضاء زمان الخيار أو بإسقاطه.

(١) إشارة إلى ثاني الأقوال في المعاطاة، و هو كونها كالبيع القولي مفيداً للملكية، نُسب الى المفيد متناً، و إلى بعض العامة. قال الشيخ المفيد رحمته: «و البيع ينقصد على تراضٍ بين الإثنين فيما يملكان التباعد له، إذا عرفاه جميعاً، و تراضيا بالبيع، و تقابضاً، و افتراقاً بالأبدان»<sup>ب</sup>. و دلالاته على تأثير المعاطاة في الملك اللازم - كالبيع بالصيغة - إنما هي لاقتصاره رحمته على التقابض، و عدم تعرّضه لشرطية الصيغة في البيع (\*).

(\*) لكنّه أعمّ من عدم إعتبار الصيغة، لاحتمال كون عدم تعرّضه للصيغة لأجل التسالم على إعتبارها في اللزوم، لا في صحته. و يؤيده ما في الجواهر من: «أن المفيد رحمته ترك التعرض لها - أي الصيغة - في الكتاب المزبور في النكاح و الطلاق و نحوهما مما لا إشكال في إعتبار

أ : هداية الطالب الى أسرار المكاسب . ص ١٥٦

ب : المقتمة . ص ٥٩١

وبعض العامة<sup>(١)</sup> القول بكونها لازمة كالبيع<sup>(٢)</sup>. وعن العلامة رحمته في النهاية<sup>(٣)</sup>

(١) يعني: جماعة منهم، على ما يظهر من تعبير بعضهم: «الصيغة في البيع هي كل ما يدل على رضا المجانين: البائع والمشتري، وهي أمران، الأول: القول وما يقوم مقامه من رسول أو كتاب... والثاني: المعاطاة». ثم نقل عن الشافعية: «أن البيع لا ينمقد إلا بالصيغة الكلامية، أو ما يقوم مقامها... أما المعاطاة فإن البيع لا ينمقد بها... الخ».

والمقصود من نقل هذه العبارة أن القول بكون المعاطاة لازمة كالبيع القول مذهب جماعة من العامة، ولم ينقل الخلاف من غير الشافعية.

(٢) يعني: كالبيع اللفظي.

(٣) هذا إشارة الى القول الثالث، ولعل المتفرد به هو العلامة في النهاية لا في سائر

الصيغة فيه وأن بتركها يتحقق الزنا وإن حصل التراضي، بل هو من ضروريات الدين<sup>ب</sup>. وعن المختلف: «أن للمفيد قولاً يوهم الجواز» ثم نقل العبارة المتقدمة وقال: «ليس في هذا تصريح بصحته، إلا أنه موهم» بل في كشف في الرموز في باب الفضول: نسبة إعتبار اللفظ المخصوص في البيع إلى المفيد والطوسي رحمته. وعلى هذا فنسبة القول بعدم إعتبار اللفظ في البيع إلى المفيد رحمته لا تخلو من التأمل. ولم ينسب هذا القول إلى غير المفيد من القدماء.

وأما قول المصنف: «يكفي في وجود القائل به قول العلامة في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة» فلا يدل على وجود القول المزبور المنسوب الى المفيد، لاحتمال إرادة العلامة من قوله: «الأشهر» الإشارة الى ما نسب الى المفيد الذي قد عرفت التأمل في صحته، بل معارضة هذه النسبة لنسبة خلافه، وهو إعتبار الصيغة الخاصة في البيع الى المفيد كما تقدم عن كشف الرموز.

أ: الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، ص ١٥٥ و ١٥٦

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١١

ج: كشف الرموز، ج ١، ص ٤٤٦ للشيخ الفقيه عز الدين أبو علي الحسن بن أبي طالب اليوسفي الآبي، وهو تلميذ المحقق، وكتب «كشف الرموز» شرحاً على كتاب «النافع».

إحتمال كونها فاسداً في<sup>(١)</sup> عدم إفادتها لباحة التصرف.  
ولا بدّ أولاً<sup>(٢)</sup> من ملاحظة

كتبه، قال **نَهْرِيٌّ**: «و المعاطاة ليست بيعاً... وهل هو إباحه؟ أو يكون حكمه حكم المقبوض باسائر العقود الفاسدة؟ الأقرب الثاني، فلكل منها مطالبة الآخر بما سلّمه إليه ما دام باقياً، و يضمناؤه إن كان تالفاً»<sup>أ</sup>.

و هذا مختاره في النهاية، فلا بد من حمل قول المصنف: «احتمال كونها...» على الاحتمال الراجح الذي يسكن إليه الفقيه، لا مجرد الاحتمال الثبوتي الموهوم، إذ المفروض أن العلامة **نَهْرِيٌّ** استقرب فساد المعاطاة.

(١) خلافاً لکنمشهور القائلين بترتب الاباحة عليها ولو كانت بيعاً فاسداً، و لعلّ الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «بيعاً فاسداً في جميع الجهات حتى في عدم إفادتها إباحة التصرف» و وجه الأولوية: إتفاق الأكثر على أن المعاطاة بيع فاسد لا يؤثر في النقل الملكي، وإنما الخلاف في أنها فاسدة من جميع الجهات فيكون المأخوذ بالمعاطاة كالمأخوذ غصباً في حرمة التصرف والضمان، أو أنها فاسدة من حيث خصوص عدم ترتب الملك عليها، و لا تكون كالفصب، بل يُباح التصرف في العينين.

#### تحرير محلّ النزاع في المعاطاة

(٢) إقتصَرَ المصنف **نَهْرِيٌّ** هنا على ثلاثة من الأقوال، و سيأتي نقل تمامها قبيل إستدلاله على المختار من إفادتها الملك، و غرضه الآن تحرير محلّ النزاع بين الفقهاء، إذ بعد ما عرفت في المقام الأوّل من تصوّر و جهين - بحسب قصد المتعاطيين - في المسألة لا بدّ من تعيين مصبّ الأقوال المتضاربة، و أن الفقهاء - القائلين بفساد المعاطاة أو بصحتها أو بمجاوز التصرفات غير المتوقفة على الملك، أو بغير ذلك - هل يكون موضوع حكمهم المعاطاة المقصود بها الملك، أم المقصود بها الاباحة؟ إذ بهذا يصير نزاعهم معنوياً، لتوارد الآراء على موضوع واحد.

أن النزاع في<sup>(١)</sup> المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التملك؟ الظاهر من الخاصة و العامة هو المعنى الثاني<sup>(٢)</sup>.

و حيث<sup>(٣)</sup> إن الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله<sup>(٤)</sup> بعده لا يجمع<sup>(٥)</sup> ظاهراً قصد التملك من المتعاطين نزل<sup>(٦)</sup> المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المترزل، وأنه<sup>(٧)</sup> يلزم بذهاب إحدى العينين،

و أما إذا قال بعضهم بفساد المعاطاة المقصود بها الملك، و قال آخرون بصحة المعاطاة المقصود بها الإباحة كان النزاع بينهما صورتياً لا معنويةً.

(١) الظرف متعلق بمحذوف، يعني: هل يكون محل النزاع المعاطاة المقصود بها الملك، أم المقصود بها الإباحة؟

(٢) كما سيظهر عند نقل العبارات، فإن تفرغ المعاطاة على إعتبار الصيغة في البيع أقوى شاهد على كون المراد هي المعاطاة المقصود بها التملك، و أن للبيع فردين قولياً و فعلياً.

(٣) هذا شروع في تقرير النزاع بين المحقق الثاني و صاحب الجواهر <sup>تتبعاً</sup> في أن معركة الآراء هل هي المعاطاة المقصود بها الإباحة أم المقصود بها التملك؟ فالمحقق الكركي ذهب الى الثاني مُصِراً على حمل «الإباحة» في كلمات إلقدماء على الملك المترزل. و صاحب الجواهر حَكَمَ بلزوم إبقاء الإباحة على ظاهرها، و يتعين جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها الإباحة.

(٤) بالجزم معطوف على «الإباحة» أي: الحكم بمحصول الملك بعد التلف.

(٥) أما عدم إجتماع الحكم بالإباحة مع قصد التملك فلأن الإباحة غير مقصودة، فما قصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد. و أما عدم إجتماع الملك بعد التلف مع قصد التملك فلأن قصد التملك إذا لم يكن مؤثراً في الملكية قبل التلف فكيف يؤثر في الملكية بعده؟ و ليس هذا إلا من كون التلف مملكاً، و هو كما ترى. و هذا دعا المحقق الثاني إلى حمل الإباحة في كلامهم على الملك الجائز، و لزومه بالتلف.

(٦) جواب «و حيث ان الحكم» و المراد بالتزليل التوجيه و التصرف في ظاهر الكلام.

(٧) معطوف على «الملك» و ضميره و ضمير «يلزم» راجعان الى الملك الجائز.



و حَقَّق<sup>(١)</sup> ذلك في شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.  
 لكنَّ بعض المعاصرين<sup>(٢)</sup> لما استبعدَ هذا الوجهَ إلتجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصودَ بها مجرد الإباحة، و رَجَّحَ بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نَزَلَ مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه<sup>(٣)</sup>، و طَعَنَ على من جَعَلَ محلَّ النزاع في المعاطاة بقصد التملك، قائلاً: «إنَّ القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممَّا لا يُنسب إلى أصغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم»<sup>(\*)</sup>.

(١) معطوف على «نَزَلَ».

(٢) هو صاحب الجواهر رحمته الله و وجه إستبعاده هو: أن إرادة الملك من الإباحة - بعد نفي حصول الملك بالمعاطاة - في غاية البُعد، بل غير صحيحة كما سيظهر من جملة من الكلمات المذكورة في المتن، مثل قول الشيخ في الخلاف: «فيتصرف كل منها فيما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه ... الخ». و نحوه كلام غيره. و لذا أبقي صاحب الجواهر رحمته الله «الإباحة» المذكورة في كلامهم على حالها، و نَزَلَ مورد حكم القدماء بالإباحة على المعاطاة المقصود بها الإباحة، لا التملك.

(٣) أي: الإباحة المقابلة للملك، لا المترتبة عليه.

(\*) لكن في حاشية العلامة الشهيدي رحمته الله: أن صاحب الجواهر رحمته الله لم يجعل مورد نزاع العامة والخاصة المعاطاة المقصود بها الإباحة، فجعل هذه النسبة إليه إشتباه، إذ من الأقوال كون المعاطاة بيعاً مُفيداً للملك اللازم كما عن المفيد و بعض العامة و لا سبيل إلى ذلك، إذ لا وجه لكون ما قصد به الإباحة لا التملك بيعاً، لأنَّ قصد التملك مُقوِّم للبيع العرفي. و هذا مما لا يمكن صدوره عن مثل صاحب الجواهر رحمته الله.

بل غرضه بيان أنَّ مورد حكمهم بإفادة المعاطاة للإباحة ليس عينَ مورد حكمهم بإفادة المعاطاة للملك، و أنَّ الإباحة إنمَّا يكون موردها المعاطاة التي قصد بها الإباحة،

والإنصاف<sup>(١)</sup> أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المترزل بعيداً في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب مثل الشيخ في المبسوط والخلاف، والحلي

(١) بعد ما عرفت من كمال المقابلة بين دعويي المحقق الثاني و صاحب الجواهر تتبعاً شرع المصنف تتبعاً في مناقشة كلتا الدعويين بمخالفتها لظواهر كلمات الأضحاب، و لا ملزم بهذا الحمل و التوجيه، فلا بد من إبقائها على ظاهرها من قصد المتعاطين التملك، و ترتب الإباحة عليها تعدياً. و لا نفي هذه المعاطاة ملكاً مترزلاً، كما أنه ليس محط النزاع و مصب الأقوال ما إذا قصد المتعاطيان الإباحة كما زعمه صاحب الجواهر أعلى الله مقامه. و الدليل على بطلان التوجيهين المزبورين ما سيأتي من المصنف تتبعاً من الأخذ بظاهر كلمات أساطين الفقه، الآبية عن الحمل على الملك المترزل و على قصد الإباحة، فانظر.

فالحكم بالإباحة مختص بما إذا قصدت بالمعاطاة. و أما إذا قصد بها التملك فلا يترتب عليها الإباحة، بل إما نفي الملك اللازم أو الجائز أو هي بيع فاسد لا يترتب عليها شيء. و الحاصل: أن صاحب الجواهر تتبعاً ليس ممن جعل مصب الأقوال المعاطاة المقصود بها الإباحة، لعدم صدور ذلك عن عاقل فضلاً عن فاضل. فما أفاده المصنف تتبعاً من نسبة كون محل النزاع و مصب الأقوال إلى صاحب الجواهر تتبعاً هو المعاطاة المقصود بها الإباحة اشتباهاً، فالنسبة في غير محلها، هذا.

و لا يبعد ما أفاده العلامة الشهيدي، فإن الجواهر يُصرح بذلك، حيث قال: «و أما دعوى أن النزاع فيما إذا قصد المتعاقدان بفعلهما البيع مثلاً على حسب البيع بالصفة و كان جامعاً للشرائط عدا الصيغة، فهل يقع بيعاً ذلك أو يكون إباحة، أم يقع بيعاً فاسداً؟ كما وقع من المتأخرين، فلا أعرف للثاني منها وجهاً... الخ»<sup>(٢)</sup> إلى أن قال: «لأرب في أن حمل كلام قدماء الأصحاب على ما ذكرناه من أن مرادهم بيان قابلية الأفعال للإباحة لو قصداهما، و أن

أ: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص ١٥٦ و ١٥٧

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٢٢

في السرائر، وابن زهرة في الغنية، والحلي في الكافي، والعلامة في التذكرة وغيرها.

ذلك مشروع، دون التملك البيعي مثلاً خير من ذلك»<sup>أ</sup>.

فليس مقصود الجواهر جعل مصب جميع الأقوال المعاطة التي قصد بها الإباحة، لأن ذلك مما يمتنع صلوه منه مع علو مقامه العلمي، فهذه النسبة إشتهاء.

لكن ما أفاده الجواهر مخالف لظاهر كلمات القدماء، فإن عباراتهم ظاهرة في كون مصب الأقوال المعاطة المقصود بها التملك، بقريته تفريع المعاطة صحةً وفساداً على اعتبار الصيغة في البيع وعدمه، ومن المعلوم أن شرطية الصيغة إنما تكون في مورد قصد التملك، ونفي البيعية إنما هو لأجل فقدان الشرط، وإلا كان المتعين إسناد هذا النفي إلى عدم قصد التملك والبيعية، لا إلى فقدان الشرط أعني الصيغة.

وبالجملة: فلا يرد على الجواهر ما أورده المصنف عليه من جعل مورد النزاع والأقوال المعاطة المقصود بها الإباحة.

لكن يرد عليه: أن جعل مورد قول القدماء بالإباحة المعاطة المقصود بها الإباحة خلاف ظاهر كلماتهم، لما عرفت من أن موضوع الإباحة عندهم على ما هو ظاهر عباراتهم هو المعاطة المقصود بها التملك، فلا حظ و تدبير، والله تعالى هو الهادي.

وقد يوجه كلام الأصحاب بما أفاده المحقق الخراساني رحمته من: أن المعاطة المقصود بها الملك تؤثر فيه بشرط التصرف في العين كتأثير القبض - بنحو الشرط المتأخر - في مملوكة عقد الصرف والسلم. وأما الإباحة قبله فمالكية ضمنية وليست شرعية. ولو سلم كونها تعبدية لم يكن لاستبعادها مجال بعد تحقق السيرة التي هي العمدة في الباب<sup>ب</sup>.

لكنك خبير بأن تنزيل التصرف الملزم في المقام على القبض في بيع الصرف في توقف الملك عليه وإن كان ممكناً، إلا أن مجرد الإمكان ثبوتاً غير مُجدي في الالتزام به، بل لا بد من وفاء الدليل بانياته.

وأما جعل الإباحة قبل التصرف مالكية ضمنية - أي في ضمن قصد التملك -

أ: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٢٤

ب: حاشية المكاسب، ص ١٠

بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف<sup>(١)</sup>.  
 إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك<sup>(٢)</sup> أبعد منه<sup>(٣)</sup>.  
 بل لا يكاد يوجد(\*)

(١) ومع هذه الصراحة كيف تُحمل الإباحة على الملك ولو المجاز منه؟  
 (٢) كما صنعه صاحب الجواهر رحمته حيث إنه جعل محل النزاع ومصّب الأوقال المعاطاة المقصود بها الإباحة دون التملك.

(٣) أي: أبعد من توجيه الإباحة بالملك المترزل، وجه الأبعدية أمور ثلاثة:  
 الأول: ظهور كلمات العامة والخاصة في تفرغ المعاطاة على اشتراط الصيغة في البيع وعدمه، فَنَ اشترطها فَرَعَ عليه عدم كفاية المعاطاة. ومن المعلوم عدم صحة هذا التفرغ نفيًا وإثباتًا على صورة قصد الإباحة، فلا يصح أن يكون مورد النزاع صورة قصد الإباحة.  
 الثاني: أن مورد نفي الخاصة إفادة المعاطاة للملك عينُ مورد إثبات العامة لإفادتها للملك. ومن المعلوم أن مورد الخلاف لا يمكن أن يكون صورة قصد الإباحة، بل لا بد أن يكون صورة قصد التملك، إذ لا يصدر القول بالملك باللازم - مع قصد الإباحة - من عاقل فضلاً عن فاضل.

الثالث: أن مورد البحث والخلاف إنما هو المعاطاة المتداولة بين الناس، ومن المعلوم أنها هي المعاطاة المقصود بها التملك. وأما المعاطاة المقصود بها الإباحة ففي غاية الندرة، بل عامة الناس لا يلتفتون إلى الإباحة حتى يقصدها، فلو كان محل النزاع بينهم المعاطاة المقصود بها الإباحة لَرِمَ تعرُّضهم للنادر وإهمالهم للحكم ما هو الشائع بينهم وهذا في غاية البعد.

فلم يتضح وجهه، لتقابل الإباحة المالكية والتملك، ضرورة أن قصد التملك معناه سلب إضافة المال عن نفسه وجعلها متعلقة بالأخذ، ولا يمكن الجمع بينه وبين الإباحة المالكية المنوطة بإبقاء ملكية الرقبة وجواز إستردادها منه، لبقاء سلطته على ماله وعدم إنقطاعها عنه، فكيف يجمع في انشاء واحد بين إبقاء السلطنة وإعدامها؟

(\*) بل يوجد، كما في موضع من المبسوط، حيث قال بعد وجوب تقديم الإيجاب

في كلام أحدٍ منهم ما يقبل الحملَ على هذا المعنى<sup>(١)</sup>.  
و لننقل أولاً كلمات جماعة يمتن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بُعد تنزيل الإباحة على الملك المترزّل كما صنعه المحقق الكرّكي، وأبعديّة جعل محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك<sup>(٢)</sup>، فنقول والله التوفيق:

قال في الخلاف: «إذا دفع قطعةً إلى البقلي أو الشارب فقال: أعطني بها بقلأ أو ماءً فاعطاه، فإنّه لا يكون بيعاً، وكذلك سائر المحقرات، وإنّما يكون إباحةً له، فيتصرّف كل منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه. وفائدة ذلك أنّ البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته

(١) أي: كون مورد كلامهم صورة المعاطاة المقصود بها الإباحة.

(٢) كما صنعه صاحب الجواهر رحمته.

على القبول، وغيره مما يعتبر في البيع - : «فاذا ثبت هذا فكل ما جرى بين الناس إنّما هي إستباحات و تراضي، من دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً. مثل: أن يعطي درهماً للخباز فيعطيه الخبز، أو قطعةً للبقلي فيناوله البقل، و ما أشبه ذلك. و لو أنّ كلاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنّه ليس بعقد صحيح هو بيع» فإنّ ظاهر الاستباحة هو قصد الإباحة، كما ذكره صاحب الجواهر رحمته ب.

إلا أن يقال: ان قوله: «لانه ليس بعقد صحيح هو بيع» قرينة على إرادة البيع الشرعي المتقدم بالصيغة، لا العرفي. و من المعلوم أنّ هذا التعليل إنّما يصح فيما إذا كان المتعاطيان قاصدين للتمليك، و إلّا كان اللازم التعليل بعدم قصد الملك، لأنّ عدم المقتضي أولى من الشرط في إستناد العدم إليه.

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ٨٧

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١٥

كان لها ذلك، لأنَّ الملك لم يحصل لها. و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يوجد الإيجاب و القبول، و قال ذلك في المحقرات دون غيرها. دليلنا: أنَّ العقد حكم شرعي، و لا دلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت<sup>(١)</sup>. و أما الإباحة<sup>(٢)</sup> بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها» إنتهى.

و لا يخفى<sup>(٣)</sup> صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك<sup>(٤)</sup>، و في أن محل الخلاف بينه و بين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة<sup>(٥)</sup>، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية، حيث إنه - بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال - قال: «و ينعقد بالإيجاب و القبول و التعاطي».

(١) للاستصحاب.

(٢) يعني: أن مقتضى عدم ثبوت العقد الشرعي عدم ترتب شيء من الملك و الإباحة على المعاطاة، لانتهاء السبب المؤثر. و لكن الالتزام بالإباحة إنما هو لدليل تعدي، و هو الاجماع على تأثير التعاطي في إباحة التصرفات.

(٣) غرضه وفاء عبارة الخلاف بأمرين:

أحدهما: عدم حصول الملك، و به يضعف تأويل المحقق الثاني للإباحة المذكورة في كلام الأصحاب بالملك.

ثانيهما: كون مورد الأقوال خصوص المعاطاة المقصود بها التملك، و به يضعف ما أفاده الجواهر من جعل مورد النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة.

(٤) فلا وجه مع هذه الصراحة لتأويل المحقق الكركي الإباحة بالملك المترزل.

(٥) فلا يبق وجه لما نسبته إلى الجواهر من جعل محل النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة لا التملك.

و أيضاً: فتمسكه<sup>(١)</sup> بأنّ العقد حكم شرعي يدلّ على عدم إنتفاء قصد البيعية، وإلا<sup>(٢)</sup> لكان الأولى بل المتعين التعليل به<sup>(٣)</sup>، إذ مع إنتفاء حقيقة البيع لفئة و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية كما لا يخفى.

و قال في السرائر- بعد ذكر إعتبار الإيجاب و القبول، و إعتبار تقدم الأول على الثاني - ما لفظه: «فإذا دَفَع قطعةً إلى البقليّ أو إلى الشارب فقال: أعطني، فإنّه لا يكون بيعاً<sup>(٤)</sup> و لا عقداً<sup>(٥)</sup>، لأنّ الإيجاب و القبول<sup>(٦)</sup> ما حصّلا. و كذلك سائر المحقرات و سائر الأشياء محقراً كان أو غير محقّر من الثياب و الحيوان، أو غير ذلك، و إنّما يكون إباحةً له، فيتصرّف كلّ منها فيما أخذه تصرفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه<sup>(٧)</sup>، أو دَخَلَ<sup>(٨)</sup> في ملكه. و لكلّ منها أن يرجع فيما بذله، لأنّ الملك لم يحصل لهما.

(١) يعني: و كذا يدلّ تمسك شيخ الطائفة بـ «أنّ العقد حكم شرعي» على وجود قصد التملك، و كان المانع عن حصوله إنتفاء الصيغة الخاصة.

(٢) أي: و إن لم يقصد المتعاطيان التملك كان اللازم إسناد عدم الملك إلى عدم مقتضيه و هو القصد، لا إلى عدم شرطه و هو العقد الذي هو سبب شرعي لترتيب آثار الملك.

(٣) أي: بانتفاء قصد البيعية أي بانتفاء المقتضي للملك.

(٤) حتى يشمله إطلاق قوله تعالى: ﴿أحلّ... البيع﴾ كي يكون التعاطي مفيداً للملك.

(٥) حتى يكون كالعقد اللفظي مفيداً للملك بمقتضى عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

(٦) أي: اللفظيين. و كذا في قول المسالك: «و إن لم يوجد الإيجاب و القبول» فلو كان المفقود قصد التملك كان التعليل به أولى، لأنّ التعليل بعدم المقتضي أولى منه بعدم الشرط.

(٧) أي: بنفس التعاطي.

(٨) أي: بما يوجب الملك بعده كالتلف، و ذلك بقرينة جملة لم يذكرها المصنف، بعد قوله: -فما بذله- و هي: «بشرط إن بقيا، فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أولاً فلا خيار لأحدهما»

و ليس ذلك<sup>(١)</sup> من العقود الفاسدة، لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرف فيما صار إلى كلّ واحد منهما، وإنما ذلك<sup>(٢)</sup> على جهة الإباحة» انتهى.

فإنّ تعليقه<sup>(٣)</sup> عدمَ الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدلّ على أنّ ليس المفروض ما لو لم يقصد التملك<sup>(٤)</sup>. مع أنّ ذكره في حيّز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا<sup>(٥)</sup>. ولا ينافي ذلك<sup>(٦)</sup> قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسدة... الخ» كما لا يخفى.

لدلالة إنتفاء الخيار بعد التلّف على دخول العين الأخرى في ملك الآخذ. و عليه فقول ابن ادريس: «أو دَخَلَ في ملكه» ليس عطفاً تفسيرياً لقوله: «و من غير أن يكون ملكه».

(١) يعني: فيكون التعاطي المفيد للإباحة برزخاً بين العقد القولي المفيد للملك و بين العقد الفاسد الذي يكون كالغصب في الحرمة و الضمان.

(٢) أي: دفعَ القطعة إلى البقلي أو الشارب إنّما هو على جهة الإباحة، لا البيع حتى يقال: إنّ البيع الفاسد كسائر العقود الفاسدة لا يُجوّز التصرف مطلقاً.

(٣) غرضه تبيّهُ أنّ كلام ابن ادريس وافٍ بما هو المقصود من نقل عبارات الأصحاب - من أنّ محطّ الكلام في المعاطاة قصدُ الملك و ترتب الإباحة التعبديّة عليها - و ذلك لوجهين: أحدهما: تعليل عدم إفادتها الملك بانتفاء الشرط الشرعي و هو الصيغة.

ثانيهما: أنّ تفريع المعاطاة - على شرائط عقد البيع - ممّا يدلّ على أنّ قصد المتعاطيين تملك ما لهما مفروغ عنه.

(٤) بل يكون مورد الكلام قصد التملك، و إلّا كان الأولى تعليل عدم الملك بعدم مقتضي لا بفقدان الشرط كما لا يخفى.

(٥) و هو قصد التملك، لما عرفت أنّاً من أنّ الإستناد إلى عدم مقتضي أولى من الاستناد إلى عدم الشرط، فهذا التفريع يدلّ على أنّ عدم بيعية المعاطاة إنّما هو لفقدان الإيجاب و القبول، لا لعدم قصد التملك.

(٦) المراد بالمشار إليه عدم حصول الملك بالتعاطي، و حصول الإباحة به في صورة



و قال في الغنية - بعد ذكر الإيجاب و القبول في عداد شروط صحة إنعقاد البيع كالتراضي و معلومية العوضين، و بعد بيان الإحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له - ما هذا لفظه: «و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول محرراً عن القول بانعقاده بالإستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع، بأن يقول: بِغَيْبِهِ بِأَلْفٍ، فيقول: بعتك بألف، فإنه لا ينعقد بذلك، بل لابد أن يقول المشتري بعد ذلك: إشتريت أو قبلت، حتى ينعقد. و إحترازاً أيضاً<sup>(١)</sup> عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعةً و يقول: أعطني بقلًا، فيعطيه، فإن ذلك ليس ببيع، وإنما هو إباحة للتصرف. يدل على ما قلناه الإجماع المشار إليه<sup>(٢)</sup>. و أيضاً<sup>(٣)</sup> فأ اعتبرناه بجمع على صحة العقد به، و ليس على صحة ما عداه دليل. و لما ذكرنا<sup>(٤)</sup> نهى ﷺ

قصد التملك منه .

و تقريب وجه المنافاة هو: أنه في صورة قصد البيع - مع فرض عدم ترتب الأثر عليه - لا معنى لنفي كونه من العقود الفاسدة، إذ لا معنى للفساد إلا عدم ترتب الأثر المقصود عليه، هذا.

و وجه عدم المنافاة: أن الفساد من حيثية البيع لا يُنافي الصحة من حيثية الأخرى، فلا منفاة بين فساد البيع من حيث البيعية، و صحته من حيث الإباحة. فليس مقصود السرائر نفي الصحة مطلقاً، بل الصحة من حيث البيعية، فلا مانع من كونه صحيحاً بلحاظ إفادته الإباحة، و هذا معنى ما ذكرناه من كون المعاطاة برزخاً بين العقد اللفظي و الغصب.

(١) يعني: كما احترزنا عن إنعقاد البيع بالاستدعاء.

(٢) لم يُصرح السيد ابن زهرة رحمته بالإجماع على عدم بيعية المعاطاة حتى يشير إليه، و لعل مراده ما ذكره في أول البيع من شرطية الإيجاب و القبول، بلا نقل خلاف فيه.

(٣) يعني: كما تحقق - الإجماع على إفادة الإباحة، كذلك على نفي بيعية المعاطاة المقصود

بها الملك.

(٤) أي: و لا اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين نهى النبي ﷺ عن بيع المنابذة.

عن بيع المنابذة والملاسة و عن بيع الحصة أ على التأويل الآخر<sup>(١)</sup>. و معنى ذلك<sup>(٢)</sup> أن يجعل للمس بشيء و النبذ له و إلقاء الحصة بيعاً موجباً<sup>(٣)</sup> إنتهى. فإن<sup>(٤)</sup> دلالة هذا الكلام على أن المفروض قصد المتعاطين التمليك من وجوه متعددة:  
منها: ظهور أدلته الثلاثة<sup>(٥)</sup> في ذلك<sup>(٥)</sup>.  
و منها: إحترازه عن المعاطاة و المعاملة بالإستدعاء بنحو واحد<sup>(٦)</sup>.

- 
- (١) التأويل الأول المذكور في كلامه هو: أن يكون بيع الحصة عبارة عن كون المبيع ما يقع عليه الحصة. فبطلان البيع إنمأ هو لجهالة المبيع، و فقدان شرط الصحة و هو العلم بالعرضين و هذا المعنى أجنبي عما نحن فيه، و المرتبط بالمقام معناه الآخر، و هو: أن يكون بيع الحصة بإيجاب البيع بنفس إلقاء الحصة، و لذا فرغ بطلانه على إعتبار الإيجاب و القبول.
- (٢) أي: و معنى التأويل الآخر أن يجعل ... الخ.
- (٣) غرضه: إستظهار مدعاه - و هو قصد التمليك بالمعاطاة - من عبارة الغنية.
- (٤) أولها الإجماع الذي معقده عدم حصول البيع بالمعاطاة.
- ثانها: و قوله: «و أيضاً فما اعتبرناه يجمع على صحة العقد به ... الخ»، و المراد بهذا الكلام هو كون الأصل في ما عداه البطلان، و المعاطاة تكون مما عداه.
- و ثالثها: قوله: «و لما ذكرنا نهي النبي ﷺ ... الخ» حيث إنه لا وجه لبطلان المعاطاة إلا فقدان اللفظ كإنشاء البيع بالملاسة.
- (٥) أي: في قصد المتعاطين التمليك.
- (٦) حيث فرغ السيد ابن زهرة - على إشتراط البيع بالإيجاب و القبول - أمرين: أحدهما: المنع من إنعقاده بالاستدعاء من المشتري. و الآخر: المنع من إنعقاده بالمعاطاة. و مقتضى التفرع وجود قصد التمليك في المعاطاة كوجوده في الاستدعاء.

---

أ: وسائل الشريعة ج ١٢، ص ٢٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث: ١٣  
ب: غنية النزوع في الاصول و الفروع، ص ٥٢٤ (الجوامع الفقهية).

وقال في الكافي - بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع أمور ثمانية - ما لفظه: «و اشترط الإيجاب والقبول، لخروجه<sup>(١)</sup> من دونها<sup>(٢)</sup> عن حكم البيع» الى أن قال: «فإن إختل شرط من هذه لم ينعدد البيع، ولم يستحق التسليم وإن جاز التصرف مع إخلال بعضها، للتراضي<sup>(٣)</sup>، دون عقد البيع، و يصح معه الرجوع» أنتهى.

و هو في الظهور قريب<sup>(٤)</sup> من عبارة الغنية.

وقال المحقق تَبَيَّنَ في الشرائع: «و لا يكفي التقابض من غير لفظٍ وإن حَصَلَ من الأماراتِ ما دلَّ على إرادة البيع»<sup>ب</sup> إنتهى.

و ذكر<sup>(٥)</sup> كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة

---

(١) أي: البيع الفاقد للإيجاب والقبول يخرج عن البيع شرعاً وإن كان بيعاً عرفياً، ومن المعلوم تقوُّم البيع العرفي بقصد التمليك.

(٢) أي: من دون الإيجاب والقبول.

(٣) متعلق بقوله: «و ان جاز» يعني: وإن جاز التصرف للتراضي لا لأجل عقد البيع، إذ المفروض عدم تحققه بغير الإيجاب والقبول اللفظيين.

ثم لا يخفى أن قوله: «للتراضي» شاهد على أنَّ الإباحة الحاصلة بالمعاطاة مالكية لا تعبدية، لفرض رضئ كُلُّ من المتعاطيين بتصرف الآخر في المأخوذ بالمعاطاة. نعم تختص هذه الإباحة المالكية بما إذا علم المتعاطيان باشتراط الصيغة الخاصة في حصول الملكية وعدم إنقضاء البيع بالتعاطي.

(٤) وجه القُرب صراحة قول أبي الصلاح: «لم ينعدد البيع، ولم يستحق التسليم» في نفي البيعية في فرض بناء المتعاطيين على التمليك.

(٥) يعني: قوله: «وإن حَصَلَ ... الخ» توضيحه: أن حرف الوصل يشير الى الفرد الخفي، و هو في عبارة المحقق تَبَيَّنَ يحتمل وجهين:

لما لم يقصد به البيع<sup>(١)</sup> بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.  
 وقال في التذكرة في حكم الصيغة: «الأشهر عندنا أنه لا بد منها، فلا يكفي  
 التعاطي في الجليل والحقير، مثل: أعطني بهذا الدينار ثوباً، فيعطيه ما يرضيه أو  
 يقول: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه. وبه قال الشافعي مطلقاً، لأصالة بقاء الملك،  
 وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. وعن بعض الحنفية وابن شريح: في  
 الجليل. وقال أحمد: ينعقد مطلقاً، ونحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد بما يعتقده  
 الناس بيعاً» انتهى.  
 ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا تخفى من وجوه<sup>(٢)</sup>: أدونها جعل مالك  
 موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: «ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً».

---

الأول: أن يكون مقصوده عدم كفاية التقابض في حصول الملك، سواء قصد المتعاطيان  
 التملك كما في البيع القولي، أم قصداً مجرداً لإباحة التصرفات والإذن فيها.  
 الثاني: أن يكون مقصوده عدم تأثير التقابض في ترتب الملك عليه، سواء قامت قرينة  
 على أن المتعاطين قصداً التملك - كاستظهار قصدهما من المعاولة التي تسبق التقابض غالباً -  
 أم لم تقم قرينة على قصد التملك.

والمصنف رحمته استظهر الاحتمال الثاني، لأن المحقق رحمته فرغ عدم كفاية التقابض على  
 العقد الدال على نقل الملك، فلا بد أن يكون المتعاطيان قاصدين للتملك حتى يتجه التفرغ  
 المذكور، إذ لو كانا قاصدين للإباحة كان عدم حصول الملك مستنداً إلى عدم مقتضي لا إلى  
 فقد الشرط. ومن المعلوم أن المبيع يجوز له الرجوع عن إذنه في التصرف، وله إسترداد ماله.  
 (١) كما زعمه صاحب الجواهر رحمته حيث وجّه عدم ترتب الملك في المعاطاة بعدم  
 قصده، إذ مقصودهما الإباحة لا التملك.

(٢) أحدها: قوله: «فلا يكفي التعاطي... الخ» فإن تفرغيه على إعتبار الصيغة يدل على  
 كون المتعاطين قاصدين للتملك، وأن الفساد نشأ من فقدان الشرط وهو الصيغة.

و قال الشهيدُ في قواعده-بعد قوله : قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي و ذَكَرَ أمثلةً لذلك - ما لفظه: «وَأَمَّا المعاطاة<sup>(١)</sup> في المبايعات فهي تفيد الإباحة لا الملك وإن كان في الحقير عندنا».

و دلالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى<sup>(٢)</sup>.

هذا كله<sup>(٣)</sup> مع أَنَّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التملك، و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنَّهم صرَّحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس.

ثانها: قوله: «و قصور الأفعال ... الخ» لظهوره في أَنَّ مقصود المتعاطين هو الملك، و عدم الوقوع إنَّما هو لقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد و ما في الضمائر. ثالثها: قوله: «ينعقد بما يعتقد به الناس بيعاً» إذ لا معنى لوقوع البيع عند الناس بدون قصد التملك كما لا يخفى.

(١) ليس في النسخة المطبوعة من قواعد الشهيد «قيام السبب الفعلي مقام القولي» لأنَّه يُضَيِّقُ قال: «قد يقوم السبب الفعلي غير المنصوب ابتداءً مقام الفعلي المنصوب ابتداءً، كتقديم الطعام الى الضيف، فإنَّه مغنٍ عن الإذن في الأصح، و تسليم الهدية إلى المهدي إلى إليه وإن لم يحصل القبول القولي في الظاهر من فعل السلف و الخلف، وكذلك صدقة التطوع ... الخ». نعم الأمثلة المذكورة قرينة على إرادة السبب القولي من قوله: «السبب الفعلي المنصوب» فراجع كلامه.

(٢) يعني: أَنَّ المعاطاة عند غيرنا تفيد الملك.

(٣) يعني: أنَّه - مضافاً إلى كلمات الفقهاء الدالة على أَنَّ محلَّ النزاع هو المعاطاة المقصود بها الملك - يكفي لإثبات المطلب المراجعة إلى سيرة العقلاء في بيوعهم المعاطاتية المبنية على التملك لا على الإذن المالكي مع بقاء العينين على ملكها كما كان قبل التعاطي.

ثم إنك<sup>(١)</sup> قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها كالحلاف والسرائر والقواعد.

و مع ذلك<sup>(٢)</sup> كَلَّه فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: «أنهم أرادوا بالإباحة الملك المترزلاً».

فقال: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيعٌ وإن لم يكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد<sup>(٣)</sup>، ولا يقول أحدٌ بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية، وقد رَجَّحَ عنه في كتبه المتأخرة. وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ عام<sup>(٤)</sup> إلا ما أخرجه الدليل. وما<sup>(٥)</sup> يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب - من أنها تفيد الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين - يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر، وبالذهاب يتحقق اللزوم، لا متناع<sup>(٦)</sup> إرادة الإباحة المجردة من أصل الملك إذ<sup>(٧)</sup> المقصود للمتعاطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً.

(١) بعد أن استوفى المصنف رحمته مقصوده من نقل كلمات الفقهاء في تحرير محل النزاع، وأن مرادهم قصد الملك، و يترتب عليه الإباحة تعبداً، تعرّضَ لجملة مما أفاده المحقق الكركي رحمته في وجه حمل الإباحة على الملك الجائز، و سيورد المصنف عليه بإباء عبارات الأصحاب عن هذا الحمل.

(٢) أي: مع صراحة بعضها، و ظهور بعضها الآخر.

(٣) قد تقدمت عبارة المفيد التي استفيد منها كون المعاطاة بيعاً لازماً كالبيع القولي.

(٤) يعني: أن الآية المباركة - التي هي من أدلة إمضاء البيع - قد أخذت التجارة فيها موضوعاً للتنفوذ والصحة، و من المعلوم شمول «التجارة» لكل من القول والفعل، و لا تختص بالمعاملة اللفظية.

(٥) من هنا أخذَ المحقق الكركي في التصرف في «الإباحة» الواردة في كلمات القوم بحملها على الملك الجائز.

(٦) تعليل لقوله: «يريدون...» والمعنى واضح.

(٧) تعليل لامتناع إرادة الإباحة العارية عن الملك، و محصله: أن قاعدة «تبعية العقود

ولم يجز التصرف و كافة<sup>١١</sup> الأصحاب على خلافه. و أيضاً<sup>٢</sup> فإنّ الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً و رأساً، فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده. و إنّما<sup>٣</sup> الأفعال لما تم تكن دلالتها على المراد بالصرحة كالقول - لأنها تدلّ بالقرائن - منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التّراد مادام ممكناً، و مع تلف إحدى العينين يمتنع التّراد، فيتحقق اللزوم، و يكفي تلف بعض إحدى العينين، لا امتناع التّراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر، انتهى.

للقصود» من القواعد المسلّمة عندهم، و عليه فلمّا كان المتعاطيان قاصدين للتملك كان اللزوم إمّا ترتب الملك على تعاطيها حتى تتحقق متابعة عقد المعاطة للقصد، و إمّا فساد أصل المعاملة و كون التصرف في العينين كالغصب في الحرمة و الضمان، و من المعلوم أنّ ترتب الإباحة المحضة ليس مقتضى صحة المعاملة و لا فسادها. فلا مجال للقول بها.

(١) يعني: و الحال أنّ كافة الأصحاب قائلون بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطة. و هذا الاجماع كاشف عن حصول الملك.

(٢) هذا وجه آخر استدل به المحقّق الثاني على ضرورة توجيه الإباحة بالملك المترزّل. و محصله: أنّ الفقهاء حكموا بلزوم المعاطة بتلف إحدى العينين، و يستبعد جدّاً أن تصير إحدى العينين ملكاً لمن هي في يده بسبب تلف العين الأخرى في يد المتعاطي الآخر. و يزول هذا الاستغراب بالالتزام بحصول الملك الجائز حتى يصير لازماً بتلف إحدى العينين، فإنّ ترتب الملك الجائز على العقد ثم إنقلابه بالملك اللازم أمر واقع في الشريعة كما في موارد الخيارات.

(٣) مقصود المحقّق الثاني تبيّر تأييد توجيه الإباحة بالملك الجائز، و محصله: أنّ الفقهاء حكموا بتوقف العقود اللازمة على إنشائها باللفظ، لقصور الأفعال عن تأدية القصد و المرادات، و لأجله منعوا من إفادة المعاطة للملك اللازم، و حكموا بجواز ترداد العينين مع الإمكان، و بلزوم الملك إذا تلفت إحدى العينين. و ليس مقصودهم من جواز التّراد حصول

و نحوه المحكي عنه في تعليقه على الارشاد، و زاد فيه : «أن مقصود المتعاطيين إباحة مرتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حَصَلَ مقصودُهما ثَبَّتَ ما قلنا، وإلا لَوَجَبَ أن لا تحصل إباحة بالكلية، بل يتعين الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وَقَعَ غيره لَوَقَعَ بغير قصد، و هو باطل. و عليه يتفرع النماء و جواز وطى الجارية، و من مَنَعَ فقد أغرب»<sup>(١)</sup> إنتهى.

و الذي<sup>(٢)</sup> يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها،

---

الإباحة المجرّدة عن الملك كما اشتهر نسبة ذلك الى الأصحاب، بل مرادهم الملك الجائز الذي يجوز إسترداد المال كما في العقد الخياري.

و النتيجة: أن جواز التراد أعم من الإباحة و الملك المتزلزل، فليس قرينة على إرادة الإباحة في كلمات الأصحاب.

(١) هذه العبارة قد نقلها السيد العاملي رحمته الله و راجعنا نسخة مخطوطة من تعليق المحقق الكركي على إرشاد العلامة رحمته الله و فيها زيادة على ما في المتن، و هي قوله: «و كما يرشّد إلى ما قلناه - مضافاً الى ما تقدم - عبارات القوم، فإن بعضها كالصرح فيما قلناه. قال المصنف في التحرير: فتجوز الفسخ يستلزم الاعتراف بثبوت ملك في الجملة . وكذا تسميتها معاوضةً. و الحكم باللزوم بعد الذهاب يستلزم ثبوت شيء متزلزل قبله ليتصف باللزوم بعده ... الخ».

(٢) لما فرغ المصنف من نقل كلمات المحقق الثاني رحمته الله في شرح القواعد و تعليقه على الارشاد، شرّع في تحقيقها، و المستفاد من أوّل كلام الماتن الى آخره مطالب ثلاثة.

إحدها: الإيراد على المحقق الكركي.

ثانها: الانتصار له في إيراده على المشهور.

ثالثها: الاعتراض على المحقق الكركي مرّة أخرى بأن إستلزام مقالتهم لمخالفة القواعد المسلّمة لا يوجب التصرف في كلامهم بحمل الإباحة على الملك المتزلزل. و سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.



وأنتهم<sup>(١)</sup> يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة<sup>(٢)</sup> مع فرض قصد المتعاطين التملك، وأن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً<sup>(٣)</sup>، بل إنمَّا حَصَلَتْ كما اعترف به في المسالك<sup>(٤)</sup> من «إستلزام إعطاء كلِّ منها سلطَةً عليها الإذن<sup>(٥)</sup> في التصرف فيها بوجوه التصرفات».

(١) عطف تفسيري لقوله: «حالها»، وهذا هو المطلب الأول، ومحصله: أنه لا وجه لتزليل الإباحة - الواردة في عبارات الأصحاب - على الملك المتزلزل كما أفاده المحقق الكركي، لكونه خلاف الظاهر، لا يُصار إليه بلا قرينة، والمفروض عدم وجود قرينة على التصرف المزبور.

(٢) خلافاً للمحقق الثاني، حيث جعل الإباحة بمعنى الملك لثلاً يلزم تخلف العقد عن القصد، وقال: إن مرادهم بالإباحة هو الملك المتزلزل.

(٣) يعني: كما هو مقتضى توجيه الجواهر، لأن المفروض أن المتعاطين قصدا التملك لا الإباحة.

(٤) أي: كما اعترف الشهيد الثاني بمحصول الإباحة في المسالك، حيث قال فيه - بعد نفي الملك إحتجاجاً بأن الناقل للملك لا بد أن يكون من الأقوال الصريحة في الإنشاء المنصوبة من قِبَل الشارع - مالفظه: «و إنمَّا حَصَلَتْ الإباحة بإستلزام إعطاء كلِّ منها الآخر سلطته مسلطاً عليها الإذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات، فإذا حصل كان الآخر عوضاً عما قابله، لتراضيها على ذلك، وقبله يكون كل واحد من العوضين باقياً على ملك مالكة، فيجوز له الرجوع فيه. ولو كانت بيعاً قاصراً عن إفادة الملك المترتب عليه لَوَجَبَ كونها بيعاً فاسداً إذ لم يجتمع شرائط صحته، وما جاء من قبل الشارع أن البيع على قسمين، فما حَصَلَ فيه الإيجاب والقبول على وجهها لازم، وما حَصَلَ فيه التراضي بدونه جائز، ومن ثمَّ ذَهَبَ العلامة في النهاية إلى كونها بيعاً فاسداً، وأنه لا يجوز لأحدهما التصرف فيما صار إليه أصلاً».

(٥) بالنصب مفعول قوله: «إستلزام» و «مسلطاً» حال من «اعطاء» يعني: أن الإعطاء التسليطي يستلزم الإذن في التصرف.

ولا يرد عليهم<sup>١١</sup> عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة<sup>١٢</sup> وحاصله<sup>١٣</sup>: أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ للإباحة التصرف،

(١) هذا هو المطلب الثاني، وهو تقوية كلام المحقق الثاني في الإبراد على المشهور، الذي دعاه الى حمل الإباحة - في كلامهم - على الملك الجائز.

(٢) وهو قول المحقق الكركي: «إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك لا الإباحة».

(٣) أي: حاصل ما ذكره المحقق الكركي: أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل لزم عدم تأثير المعاطاة أصلاً، لكونها عقداً فاسداً، فلا منشأ للإباحة.

ثم إن هذا بيان المطلب الثاني المشار إليه آنفاً، وهو الانتصار للمحقق الثاني في الاعتراض على المشهور، وهو يتضمن أمرين، أحدهما: المناقشة في ترتب الإباحة على المعاطاة، وثانيهما: تأييد المناقشة بالاستناد الى إطلاق كلامهم.

أما أصل المناقشة فيبينها: أن الإباحة التي ادّعاها المشهور إما مالكية وإما تعبدية، فإن أرادوا ترتب الإباحة المالكية على المعاطاة إتجه عليهم: أنه لا ريب في إنتفائها، إذ مفروض الكلام قصد المتعاطين للملك لا الإباحة المحضة، ومن المعلوم إناطتها بالقصد كالملك.

وإن أرادوا ترتب الإباحة التعبدية إتجه عليهم أولاً: أن هذه الإباحة حكم شرعي يتوقف إسناده الى الشارع على حجة شرعية، و المفروض خلو كلمات الأصحاب عن الاستناد إلى نص يدل على ترتب الإباحة على المعاطاة المقصود بها التملك.

وثانياً: لا ريب في أن قاعدة «العقود تابعة للقصد» من القواعد الفقهية المسلّمة بينهم، ومقتضى هذه التبعية عدم وقوع ما لم يقصده المتعاقدان، وعليه يستبعد جداً أن يُلفي الشارع التملك الذي قصده المتعاطين، وأن يحكم بمحصول الإباحة المحضة غير المقصودة.

هذا مضافاً إلى: منع أصل النسبة، إذ لم يثبت التزام المشهور بترتب الإباحة الشرعية على المعاطاة المقصود بها التملك، فإن التأمّل في كلماتهم يُعطي ترتب الإباحة المالكية لا التعبدية، لقولهم «برضى المتعاطين بتصرف كل منها فيما يأخذه من الآخر بالمعاطاة» و من المعلوم

إذ<sup>(١)</sup> الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك<sup>(٢)</sup>.

بُعدُ - بل منعُ - حمل الرضا بالتصرف على أن الشارع حكّم بترتب الإباحة على المعاطة تبعداً من باب إعمال مولويته، ولم يُخصِ إذن المالك المبيح بتصرف الآخذ فيما أخذه.

فالتيجة: أنه - بعد بطلان إرادة الإباحة المالكية والتعبدية في كلمات المشهور - يتعين الالتزام بترتب الملك المجاز على المعاطة طبقاً لقصد المتعاطين. وهذا هو الذي إستظهره المحقق الثاني من عبارات القوم.

وأما تأييد المناقشة المتقدمة فيبانه: أنه لا بد أن يريد المشهور بقولهم: «المعاطة تفيد الإباحة» الملك. وذلك لأنهم حكوا بجواز تصرف المتعاطين مطلقاً فيما يأخذانه، سواء أكان ذلك التصرف منوطاً بالملك، كالبيع والوقف والعتق ونحوها، أم لم يكن منوطاً به، كجواز أكل المازة من ثمرة الشجرة الممرور بها، وكجواز الأكل من بيوت من تضمّنته الآية المباركة من الأقارب.

ووجه التأييد واضح، فإن تجويز أنحاء التصرفات المخصوصة بالمالك - ومن يقوم مقامه - يتوقف على صيرورة المتعاطين مالكين لما يأخذانه، وإلا لزم مخالفة حكم الشارع في قوله **عَلَيْهِ**: «لا يبيع إلا في ملك» ونحوه. ولو كان مقصودهم من الإباحة ظاهرها - لا الملك - كان عليهم تقييد جواز التصرف بأن يقولوا: «إن المعاطة تفيد إباحة خصوص التصرفات غير المتوقفة على الملك» فإطلاق الجواز كاشف عن إرادة الملك.

وأما وجه التعبير بالتأييد فسيأتي.

(١) تعليل لقوله: «فلا منشأ لإباحة التصرف» وهذا وجه بطلان ترتب الإباحة على المعاطة، وقد أوضحناه بقولنا: «فان أرادوا ترتب الإباحة المالكية على المعاطة اتجه عليهم... الخ».

(٢) ومن المعلوم أن التملك مُضادٌ للإباحة، وليست الإباحة من مراتب الملك، فإن حقيقة الإباحة هي الإذن في التصرف في ملك الغير، وهي غير إباحة التصرف للمالك في ملكه قاعدة السلطنة.

وإن كانت<sup>(١)</sup> من الشارع فليس عليها دليل، ولم يُشعر كلامهم بالإستناد إلى نص<sup>(٢)</sup> في ذلك. مع<sup>(٣)</sup> أن إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيد جداً. مع<sup>(٤)</sup> أن التأمل في كلامهم يُعطي إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية<sup>(٥)</sup>.

و يؤيد<sup>(٦)</sup> إرادة الملك أن ظاهر إطلاقهم إباحة التصرف شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالوطني والعق

(١) معطوف على قوله: «إن كانت من المالك» وهذا إبطال لترتب الإباحة التعبدية على المعاطاة. وقد أوضحناه بقولنا: «وإن أرادوا ترتيب الإباحة التعبدية إتجه عليهم أولاً... الخ».

(٢) بل إستند بعضهم - كالحلاف والغنية - إلى الاجماع. فراجع.

(٣) هذا إشارة إلى الإشكال الثاني على المشهور إن أرادوا بالإباحة التعبدية. وقد تقدم

بيانه بقولنا: «و ثانياً: لا ريب في أن قاعدة العقود تابعة للمقصود... الخ».

(٤) مقصوده يُؤَيِّدُ منع صحة ما نُسب إلى المشهور من ترتيب الإباحة التعبدية على

المعاطاة. و من أن مرادهم من الإباحة هي المالكية. وقد عرفته بقولنا: «مضافاً إلى منع أصل النسبة، إذ لم يثبت إلتزام المشهور... الخ».

(٥) بل كلام المسالك - المتقدم أنفاً - كالصریح في كون الإباحة مالكية. لقوله: «إستلزام

إعطاء كل منها الآخر سلطته مسلطاً عليها الإذن في التصرف فيها».

(٦) بعد أن أَبْطَلَ المصنّفُ يُؤَيِّدُ ترتيب الإباحة - بقسمها - على المعاطاة وأنه يتعمّنُ إرادة ما

استظهره المحقق الثاني يُؤَيِّدُ من الملك الجائز من قولهم: «المعاطاة تنفيذ الإباحة» أراد تأييده بالإستناد إلى كلماتهم الظاهرة في جواز كل تصرف في المأخوذ بالمعاطاة سواء أ توقّف على الملك أم لا. و من المعلوم أن المعاطاة لو لم تؤثر في الملك لم يكن للمتعاطين إباحة مثل البيع والعق فيما وصل إليهما، فإن توقّف البيع على كون العوضين مملوكين - أو كالمملوكين - حكم شرعي ليس بيد المتعاطين جوازه ومنعه.

و أمّا وجه التعبير بالتأيد دون الدلالة - مع أن الإطلاق أصل لفظي يصح الاحتجاج

به على المشهور - فهو: أن الأخذ بالإطلاق منوط بعدم معارض أقوى منه. و لعلّ صراحة

و البيع لنفسه<sup>(١)</sup> و إلزامهم<sup>(٢)</sup> حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات - كما إذا وقعت

كلمة «الاباحة» في ما يقابل الملك مانعة عن إنعقاد الإطلاق في قولهم: «المعاطاة تفيد الاباحة» فيكون نتيجة تقديم أقوائية الإباحة - في الإذن المجرد - على إطلاق التصرف هي: اختصاص إباحة التصرف بما لا يتوقف على الملك، وقد صرح بهذا التقييد الشهيد في محكي حواشيه على القواعد، حيث منع دفع المال - المأخوذ بالمعاطاة - بعنوان الخمس و الزكاة المتوقفين على الملك.

(١) تقييد البيع لنفسه لأجل أن المتعاطي يجوز له أن يبيع المأخوذ بالمعاطاة بقصد ماله، فجاوز البيع للمالك لا يصير مؤيداً لإرادة الملك من «الاباحة» في كلام المشهور، وإنما يحصل التأيد إذا أستخدم من إطلاق كلام المشهور إباحة أن يبيع المباح له لنفسه بأن يصير الثمن ملكاً له لا للمبيع.

(٢) هذا دفع دخلٍ مقدر، و حاصل الدخل: أن ما ذكره المصنف بقوله: «و يؤيد إرادة الملك» ممنوع، و ذلك لتوقف التأيد المزبور على أن المشهور أرادوا «باباحة أنحاء التصرفات» حصول الملك للمتعاطين بمجرد التقابض، إذ يتعين حينئذ حمل الإباحة على الملك، ضرورة توقف بعض التصرفات على الملك.

و لكن يمكن منع هذه الإستفادة، بأن يلتزم المشهور بالملكية الآتية، و بيانه: أن المشهور أرادوا بالاباحة الإذن المقابل للملك، و تجوز البيع والعق و الوقف ليس قرينة على إرادة الملك من حين التعاطي، فدامت العين باقية على حالها فهي ملك المبيع، و إذا أراد المباح له بيعها أو وقفها دخلت العين في ملكه آنأ، فيكون ذلك التصرف المتوقف على الملك واقعاً في ملكه، لا في ملك المبيع.

و عليه فلا وجه لاستفادة مالكية المتعاطين - من حين التعاطي - من إطلاق قول المشهور باباحة التصرفات. بل لا بد من إبقاء الإباحة على ظاهرها، و الالتزام بالملكية الآتية التي ليست هي عديمة النظر في الشريعة المقدسة. و ذلك كتصرف ذي الخيار، فإنهم حكموا بأن البائع إذا جعل لنفسه الخيار صارت العين ملكاً جائزاً للمشتري، فإن أمضى البائع العقد

هذه التصرفات من ذي الخيار أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع - بعيد<sup>(١)</sup>.  
و سيجيء<sup>(٢)</sup> ما ذكره بعضُ الأساطين من أن هذا القول<sup>(٣)</sup> مستلزم لتأسيس  
قواعد جديدة<sup>(٤)</sup>.

صارت ملكاً لازماً للمشتري. وإن فسخَ بقوله: «فسختُ» عادت الى ملكه كما كانت قبل  
البيع. وإن فسخَ بالفعل بأن باعها من شخص آخر فقد قالوا بصحة هذا البيع. ويكون فسحاً  
فعلياً للبيع الأول. وتصير العين ملكاً له أنا ما قبل بيعه الثاني حتى يقع البيع في ملكه.  
و كذلك حكّم الفقهاء بالملكية الآتية في رجوع الواهب عن هبته. وليكن المقام كذلك.  
و عليه فلا مجال للتأييد المتقدم.

(١) خبر قوله: «و إلتزامهم» و دفعٌ للدخل المزبور. و حاصل الدفع: أن حمل إطلاق  
كلام المشهور على بقاء العينين على ملك المتعاطين - و دخول كل منها في ملك الآخر آنأماً  
قبل التصرف المتوقف على الملك - بعيدٌ جداً. لعدم كون الملكية الآتية معهودةً منهم في باب  
المعاطاة. و مجرد إلتزامهم بها في فسخ ذي الخيار و رجوع الواهب لا يوجب الإلتزام بها في  
المقام. فإن الجمع بين الأدلة يقتضي القول بالملكية الآتية في المسألتين السابقتين. وهما: فسخ  
ذي الخيار و رجوع الواهب.

بخلاف المعاطاة - بناءً على المشهور من إفادتها للإباحة المحضة - إذ كان عليهم تقييد  
التصرفات المجائزة بما لم يتوقف على الملك. لا إبقاء «جواز التصرف» على إطلاقه حتى  
يتكلف لمشروعيته بالملكية الآتية بلا دليل عليها. و عليه فالتأييد المتقدم في محله.

(٢) مقصوده تبيُّه إقامة الشاهد على بُعد حمل كلام المشهور على الملكية الآتية. و هو ما  
أفاده الفقيه كاشف الغطاء تبيُّه - و سيأتي كلامه مفصلاً - من أن القول بترتب الإباحة المحضة  
على المعاطاة ثم تبدُّها بالملك يستلزم تأسيس قواعد جديدة. و ليس البعد منحصرأ في  
الإلتزام بدخول العين آنأماً في ملك المباح له قبل تصرفه فيها. بل هناك محاذير أخرى سيأتي  
بيانها إن شاء الله تعالى.

(٣) أي: القول المنسوب الى المشهور. و هو إفادة المعاطاة للإباحة مع قصد الملك.

(٤) يعني: فعلى هذا لا بد من إرادة الملك من الإباحة المذكورة في كلماتهم. لا ظاهرها من

## لكن الانصاف<sup>١١</sup> أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه

الاباحة المجرّدة عن الملك، لاستلزام ذلك تأسيس قواعد جديدة.

١) هذا شروع في المطلب الثالث مما أفاده المصنف حول كلام المحقق الثاني رحمته ومحصّله: المناقشة في حمل الاباحة - في كلام المشهور - على الملك المتزلزل، وذلك لوجهين: أحدهما: راجع إلى منع الكبرى، وهو أصل الاستبعاد عن ترتيب آثار الملك على المأخوذ بالمعاطاة المفيدة للاباحة المحضة. و ثانيهما: راجع الى منع الصغرى، وهو عدم جواز التصرفات المتوقفة على الملك في المأخوذ بالمعاطاة.

و توضيح الوجه الأول: أن حكم المشهور بإباحة التصرفات المتوقفة على الملك مع كون المعاطاة مفيدةً للاباحة عندهم وإن لم يكن مستأنساً، إلا أن في رفع اليد عن الاباحة بحملها على الملك الجائر - كما صنعه المحقق الكركي - محذوراً أكثر، وذلك لإمكان توجيه رأي المشهور بما ينطبق على القواعد الفقهية ولا تبقى غرابة في البين. و بيانه: أن الدليل على الحكم الشرعي لا ينحصر في الآية و الرواية الواضحتين دلالة، بل الجمع بين الأدلة المختلفة لو اقتضى حكماً شرعياً كان حجةً أيضاً بنظر الفقيه. و على هذا يقال في تأييد كلام المشهور: إن هنا طائفتين من الأدلة. إحداهما: إستصحاب عدم مالكية المتعاطين لما انتقل إليهما، بعد قصور الأدلة الاجتهادية عن إفادة حكم المعاطاة.

ثانيتهما: الإجماع المدعى في كلامهم على مشروعية أنحاء التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة سواء توقفت على الملك أم لا. و من المعلوم أن الجمع بين هذين الدليلين يقتضي الالتزام بالإباحة العارية عن الملك ما لم يتصرف المباح له فيما أخذه تصرفاً متوقفاً على الملك كالوقف و العتق، فإذا تصرف فيه بهذا التصرف الخاص دخل في ملكه آنأماً.

و أما قاعدة «تبعية العقود للقصد» فهي قاعدة شرعية قابلة للتخصيص كما سيأتي تفصيله. و عليه فليس في كلام المشهور ما يكون خارقاً للقواعد الفقهية المسلّمة، و الأحكام

كلامهم<sup>(١)</sup>، فإن هذه الامور لا إستبعاد في إلزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية، ولم يساعد عليها<sup>(٢)</sup> دليل معتبر، واقتضى<sup>(٣)</sup> الدليل<sup>(٤)</sup> صحة التصرفات المذكورة.

الضرورية.

و توضيح الوجه الثاني - وهو المنع الصفوي - : أن جواز التصرفات المتوقعة على الملك ليس مجعماً عليه حتى يتجه الاستبعاد، بل هو من المسائل الخلافية، وذلك لما يستفاد من تضايف كلماتهم، فشيخ الطائفة رحمته منع من مباشرة الجارية المهداة بالمعاطاة. والشهيد منع من أداء الزكاة والخمس بالمأخوذ بالمعاطاة، لتوقفها على الملك، والمعاطاة مفيدة للإباحة دون الملك.

و قد تحصل: أن توجيه المحقق الكركي للإباحة بالملك المترزل - لأجل تلك الإستبعادات - غير سديد، فالأولى إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، والتخلص عن الاستبعادات بوجه آخر.

(١) بإرادة الملك من الإباحة كما صنعه المحقق الكركي رحمته وذلك لأن الأمور المبعدة المذكورة الموجبة لتأسيس قواعد جديدة لا إستبعاد في إلزامها إذا اقتضى الدليل صحة تلك التصرفات، مع أن صحتها ليست مسلمة عند الكل كما عرفت آنفاً.

(٢) أي: لم يقم على الملكية دليل معتبر حتى يكون حاكماً على أصالة عدم حدوث الملك بالتعاطي.

(٣) معطوف على قوله: «اقتضى» ومقصوده الجمع بين الاستصحاب وما دل على نفوذ التصرف المتوقف على الملك في المأخوذ بالمعاطاة، ومحصله: الالتزام بالملكية الآتية أي دخول العين في ملك الآخذ في الآن المقارن للتصرف المتوقف على الملك كالبيع لنفسه و العتق ونحوهما. وقد تقدم توضيح هذا الوجه بقولنا: «و توضيح الوجه الأول: أن حكم المشهور... الخ».

(٤) الكلام كله في وجود هذا الدليل، و سيأتي تفصيله فيما يتعلق باستبعادات الفقيه كاشف الغطاء رحمته.



مع<sup>(١)</sup> أنّ المحكّي عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمّا يتوقف على الملك كإخراجه في خمسٍ أو زكاةٍ، وكوطني الجارية<sup>(٢)</sup>.  
 ومما يشهد<sup>(٣)</sup> على نفي البُعد عمّا ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطين التملك: أنّه قد صرح الشيخ في المسوّط<sup>(٤)</sup> والحليّ في السرائر كظاهر العلامة في القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية<sup>(٥)</sup> بدون الإيجاب والقبول<sup>(٦)</sup> ولو من الرسول<sup>(٧)</sup>،

(١) هذا إشارة الى الوجه الثاني من الإشكال على المحقق الكركي. ومحصله: منع الصغرى، وبه لا يبقى موضوع للاستبعاد أصلاً، لفرض عدم جواز التصرف المتوقف على الملك في المأخوذ بالمعاطاة.

(٢) وجه الشهادة: أنّه لو كان التعاطي مفيداً للملك المترزّل لم يكن وجهٌ لاستثناء وطى الجارية، لأنّه يسوغ بالملك ولو كان مترزلاً، فاستثناؤه يشهد بأنّ المعاطاة - المقصود بها التملك - لا تسوّغ إلاّ إباحة التصرف، دون التصرفات المتوقّفة على الملك كالوطني، ومع هذا الاستثناء كيف تُحمل الإباحة على الملك المترزّل كما أصرّ عليه المحقق الثاني رحمته؟  
 (٣) مطلقاً سواء كانت جاريةً أم شيئاً آخر.

(٤) قال الشيخ: «وإذا وصلت الهدية الى المهدى إليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم، ويكون ذلك إباحةً من المهدى، حتى أنّه لو أهدى إليه جارية لم يجوز أن يستمتع بها، لأنّ الإباحة لا تدخل في الإستمتاع. ومن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك فيها الى المهدى إليه الغائب فليوكّل رسوله في عقد الهدية معه... الخ». ونحوه كلام ابن إدريس، فلاحظ.

(٥) هذا إشارة الى الفرد الخفي من الهدية المفيدة للملك. إذ تارة يكون العاقد هو الواهب الأصلي، وأخرى رسوله بالوكالة من مرسل الهدية، فلو لم يقترن إقباض الهدية بالعقد - سواء من المالك أم من وكيله - لم يُقدّ إلاّ إباحة التصرف، ولا تُشرع التصرفات المنوطة بالملك فيه.

أ: الهاكي هو الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٨

ب: المسوّط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٣١، السرائر، ج ٣، ص ١٧٧، قواعد الاحكام، ص ١١٠

نعم<sup>(١)</sup> يُفيد ذلك إباحة التصرف، لكن الشيخ إستثنى وطي الجارية<sup>(٢)</sup>.  
ثم<sup>(٣)</sup> إن المعروف بين المتأخرين أن من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة قال  
بأنها ليست بيعاً حقيقةً كما هو ظاهر بعض العباثر المتقدمة<sup>(٤)</sup> ومعقد إجماع الغنية<sup>(٥)</sup>

(١) إستدراك على قوله: «بعدم حصول الملك» ومقصوده أن الهبة المعاطاتية ليست  
عقداً فاسداً بالكلية حتى لا يُباح التصرف غير المنوط بالملك فيها. بل تؤثر في إباحة ما لا  
يتوقف على الملك.

(٢) ففرق - بنظر شيخ الطائفة - بين الاستمتاع وبين سائر التصرفات، فتابح هذه دون  
الاستمتاع، لتوقفه على الملك، ولم يحصل حسب الفرض.

(٣) غرضه تبييض من هذا الكلام الى الشروع في الأقوال: التنبيه على أمرين:  
أحدهما: أنهم إختلفوا فيما يراد من قول القدماء: «المعاطاة تفيد الإباحة» فاستظهر منه  
جماعة عدم كونها بيعاً حقيقةً، إذ البيع عقد مملوك، فترتب الإباحة المحضة على المعاطاة كاشف  
عن عدم كونها بيعاً حقيقةً، فيصح سلب الاسم عنها.  
وإستظهر منه المحقق الثاني رحمته الملك المترزّل - كما تقدم كلامه مشروحاً - فالمعاطاة  
بيع قطعاً، ولا يقدر جواز الملك في بيعتها كما هو حال البيوع الخيارية، حيث إنه لا يصير  
الملك لازماً إلا بانقضاء أمد الخيار.

ولا يخفى على المتأمل تقابل هذين الاستظهارين وتهافتها.  
ثانيهما: أن كلا الاستظهارين المذكورين ممنوع، فلا وجه لدعوى نفي بيعية المعاطاة  
المفيدة للإباحة، كما لا وجه لدعوى كون المعاطاة بيعاً جائزاً. وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.  
(٤) مثل قول الشيخ في الخلاف: «فإنه لا يكون بيعاً» وقول ابن ادريس في السرائر:  
«فإنه لا يكون بيعاً ولا عقداً» وقول السيد ابن زهرة في الغنية: «فإن ذلك ليس ببيع، وإنما هو  
إباحة للتصرف».

(٥) حيث قال: «يدل على ما قلناه: الإجماع المشار إليه» و المشار اليه في كلامه هو نفي  
بيعية المعاطاة.

و ما أبعد ما بينه<sup>(١)</sup> و بين توجيه المحقق الثاني من إرادة نبي اللزوم.  
و كلاهما<sup>(٢)</sup> خلاف الظاهر.  
و يدفع الثاني<sup>(٣)</sup> تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في

(١) يعني: ما بين نبي البيع حقيقةً و بين توجيه المحقق الثاني من إرادة نبي اللزوم، و هذا هو الأمر الأوّل الذي ذكرناه.

(٢) يعني: أن نبي بيعية المعاطاة، و توجيه الإباحة بالملك الجائز خلاف الظاهر.  
أما كون الأوّل خلاف الظاهر فلأنّ المعاطاة بيع عرفي يقصد بها التملك.  
و أمّا الثاني فلأنّ الإباحة المحضة و الملك المتزلزل مغايرتان ماهيةً، فلا معنى لتزليلها عليه، لكونه تصرفاً في ظاهر الإباحة بلا شاهد.

(٣) هذا شروع في إبطال كلا الاستظهارين سواء أراد المشهور من قولهم: «المعاطاة تفيد الإباحة» نبي البيعية أم الملك المتزلزل أم أرادوا معنى آخر.

و إرادة الملك الجائز من الإباحة و إن ناقش فيها المصنف رحمته بقوله: «لكن الانصاف... الخ» إلّا أن ما أفاده هنا وجه آخر للمناقشة فيه، و محصله وجهان:

الأوّل: أنّ بعض الفقهاء صرّح بكون البيع عقداً لازماً من غير جهة الخيارات، فتزلزله منوط بوجود خيارٍ فيه، فلو لم يكن فيه خيارٌ فلا بد من لزومه. فلو اقتضت المعاطاة ملكاً جائزاً كان ذلك مخالفاً لطبع البيع المبني على اللزوم، و انحصار سبب جوازه في ثبوت خيارٍ فيه. و عليه فصدق البيع على معاملةٍ مساوقٍ للزومه، و لا معنى لصدق البيع على المعاطاة مع الالتزام بإفادتها ملكاً جائزاً.

الثاني: أنّ جماعة صرّحوا بكون الإيجاب و القبول اللفظيين من شرائط صحة إنعقاد البيع، لا من شرائط لزومه، و معنى هذا الاشتراط عدم بيعية المعاملة العارية عن الإيجاب و القبول، فكيف إلترّم المحقق الثاني رحمته بصدق البيع على المعاطاة حقيقةً، و بإفادتها للملك الجائز. ثم إنّه لا يخفى الفرق بين ما أورده المصنف على المحقق الثاني هنا. بقوله: «و يرد الثاني» و بين ما تقدم في قوله: «لكن الانصاف أن القول بالتزامهم بهذه الامور أهون...» و ذلك لأنّ

مُسقطات الخيار<sup>(١)</sup> فكلُّ بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات. و تصرّح<sup>(٢)</sup> غير واحد<sup>(٣)</sup> بأن الإيجاب والقبول من شرائط صحة إنعقاد البيع بالصيغة<sup>(٤)</sup>.  
و أما الأول<sup>(٥)</sup> فإن قلنا بأن البيع عند المتشركة حقيقة في الصحيح

مقصود المصنف هناك إبطال ما صنعه المحقق الكركي من حمل عبارات القوم على الملك المتزلزل. و مقصوده هنا إبطال أصل كون البيع مفيداً للملك الجائز. و هذا مع الغصّ عن أن حمل الاباحة على الملك المتزلزل ممكن أولاً. و عليه فليس في كلمات المصنف هنا تكرار.

(١) كان الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «بأن شرط جواز البيع منحصر في الخيار». (٢) معطوف على «تصرّح» و هذا إشارة الى الوجه الثاني المانع عن الالتزام بإفادة المعاوضة ملكاً جائزاً. و المصرّح بتوقف صحّة البيع على العقد جمع، منهم القاضي حيث قال: «و تنفرد صحته - أي صحّة عقد البيع - الى شروط ثمانية ... و قول يقتضي إيجاباً من البائع و قبولاً من المتبائع»!

(٣) كما تقدم في عبارتي الغنية و الكافي و غيرهما من جعل الإيجاب و القبول من شرائط الصحّة. لا من شرائط اللزوم.

(٤) هذه اللفظة مُحلّة بالمقصود. إذ الصيغة هي الإيجاب و القبول اللفظيان. فلا معنى لشرطية الصيغة للإيجاب و القبول.

و يمكن توجيهه: بأن البيع يقع بالصيغة تارةً و بالفعل أخرى. فالبيع القولي يعتبر فيه الإيجاب و القبول، بخلاف الفعلي، إذ لا يعتبر فيه ذلك.

لكنه كما ترى، إذ «البيع بالصيغة» ليس إلا البيع بالإيجاب و القبول. نعم لو كانت العبارة: «إنعقاد البيع باللفظ أو بالقول» أمكن توجيهها، و ذلك لأعمية مطلق اللفظ من الصيغة، فأمكن إعتبار لفظ خاص في البيع القولي، و أمّا البيع بالصيغة فهو بيع بلفظ خاص. فلا يعقل التقييد بالصيغة. فلاحظ.

(٥) و هو نبي بيعيّة المعاوضة الذي صرّح به جماعة كالشيخ في الخلاف، و الحلبي

- ولو<sup>(١)</sup> بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع من أن البيع في العرف إسم للموثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرعة من حيث إنهم متشرعة ومتديّنون بالشرع - صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإلا كان<sup>(٢)</sup> صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف<sup>(٣)</sup> - فيصح<sup>(٤)</sup> على ذلك نفي البيعة على وجه

في السرائر، وابن زهرة في الفنية. ومقصوده المناقشة في قولهم: «المعاطاة ليست بيعاً» فإنهم إن أرادوا نفي البيع العرفي كان واضح المنع، لما تقدم من أن المعاطاة المقصود بها التملك بيع عرفي، وإنما الكلام في صحته شرعاً وعدمها.

وإن أرادوا نفي الصحة الشرعية أمكن توجيه النفي بأن يكون على نحو الحقيقة، وذلك بما تقدم في التمسك بالاطلاقات من أن ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح المؤثر عند العرف فالبيع موضوع لما يؤثر في الملكية بنظر العرف، فإن كان مؤثراً فيها بنظر الشارع بل المتشرعة أيضاً كان بيعاً حقيقياً. وإلا كان البيع العرفي بيعاً صورياً لا حقيقياً، كما أن بيع الهازل ليس عند العرف بيعاً حقيقياً.

وعلى هذا فبناءً على جعل الإيجاب والقبول شرطاً صحة البيع، أو جعل البيع نفس العقد الدال على النقل - كما تقدم في كلام جماعة كالمحقق وابن حمزة والعلامة في المختلف - كان البيع الصحيح هو المنشأ باللفظ، وصحّ سلبُ البيع عن المعاطاة حقيقةً.

(١) هذا بيان للفرد الحقي، إذ الصحة إما أن تكون بنظر الشارع، كما كان ظاهر كلام الشهيدين من وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، وعليه فعدم كون المعاطاة بيعاً حقيقياً واضح. حيث إن المشروط عدم عند عدم شرطه. وإما أن تكون بنظر العرف أي الإنشاء المستجمع لشرائط التأخير عندهم، فإذا كان مؤثراً عرفاً لا شرعاً - لخلوه عن الإيجاب والقبول اللفظيين - صحّ سلب العنوان عنه حقيقةً، لعدم كونه مؤثراً في النقل شرعاً، وبعده العرف كانشاء الهازل مما لا يصدق عليه البيع حقيقةً.

(٢) أي: وإن لم يكن البيع مؤثراً في النقل كان بيعاً صورياً.

(٣) جواب قوله: «فإن قلنا» وجملة الشرط والمجزء جواب قوله: «و أما الأول»

الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة أو فسره بالعقد، لأنهم<sup>١١</sup> في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع. إذا عرفت ما ذكرنا<sup>١٢</sup> فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة<sup>١٣</sup>:

اللزوم مطلقاً<sup>١٤</sup> كما عن ظاهر المفيد<sup>١٥</sup>، ويكفي في وجود القائل به

و لم يذكر المصنف رحمته عدلاً لقوله: «فان قلنا» إتكالاً على وضوحه، و تقديره: أنه إذا لم نقل بالوضع للصحيح لا شرعاً ولا عرفاً - بل قلنا بالوضع للأعم منه و من الفاسد - فلا ريب في كون المعاطاة بيعاً و إن كانت فاسدة.

(١) تعليل قوله: «فيصح» يعني: بناءً على كلا القولين - من جعل الصيغة من شرائط الصحة أو تفسير البيع بالعقد المؤثر - يتجه نفي بيعية المعاطاة، لفرض عدم تأثيرها في النقل و الانتقال، و إنما تفيد إباحة التصرف مع بقاء العينين على ملك المتعاطين المبيحين.

هذا تمام الكلام في تحرير محل النزاع و مصب الأقوال في المعاطاة.

و قد تحصل: أن محط البحث هو المعاطاة المقصود بها الملك، لا الإباحة، و لم يتم توجيه المحقق الكركي من حملها على الملك الجائز، و لا توجيه صاحب الجواهر رحمته من جعل مقصود المشهور القائلين بترتب الإباحة عليها ما لو قصدوا المتعاطيان و لم يقصدوا الملك.

### تفصيل الأقوال في حكم المعاطاة

(٢) هذا شروع في بيان الأقوال في حكم المعاطاة مقدّمة للاستدلال على القول المختار.

(٣) بل سبعة، و القول السابع منسوب الى كاشف الغطاء رحمته في شرحه على القواعد من:

أن المعاطاة معاوضة مستقلة مفيدة للملك.

(٤) أي: سواء كان الدال على التراضي لفظاً أم غيره.

(٥) قد تقدّمت عبارة المفيد، و مرّ الكلام في هذا الاستظهار، و كيف كان فقد اختاره

المحقق الأردبيلي رحمته جازماً بأن المعاطاة بيع صحيح مفيد للملك، قال: «فاعلم: أن الذي

قول العلامة رحمته في التذكرة: «الأشهر<sup>(١)</sup> عندنا أنه لا بد من الصيغة». أ.  
و اللزوم بشرط كون الدال على التراضي<sup>(٢)</sup> أو المعاملة<sup>(٣)</sup> لفظاً<sup>(٤)</sup>. حكى عن

يظهر أنه لا يحتاج في إنقاذ عقد البيع المملك الناقل للملك من البايع الى المشتري وبالعكس - الى الصيغة المعينة كما هو المشهور. بل يكفي كل ما يدل على قصد ذلك مع الإقباض، وهذا المذهب منسوب الى الشيخ المفيد من القدماء، و إلى بعض معاصري الشهيد الثاني رحمته، وهو المفهوم عرفاً من البيع... الخ»<sup>٣</sup> و وافقه المحدث الكاشاني. ثم استدل المحقق الأردبيلي بأربعة عشر دليلاً على مدعاه، فراجع.

نعم في عدّ بعض معاصري الشهيد من أصحاب هذا القول تأمل، فإنّ الشهيد الثاني حكى عنه إعتبار مطلق اللفظ الدال على التراضي، لا خصوص الإيجاب والقبول اللفظيين.

(١) هذا التعبير يدل على وجود القول المعتد به بحيث يكون مشهوراً، وإلا كان المناسب التعبير عنه بالمشهور بدل «الأشهر» وسيأتي من المصنف في خاتمة الاستدلال إختيار هذا القول. و مستنده العمومات، كقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ و: ﴿أحل الله البيع﴾ بعد وضوح كون المعاطاة المقصود بها التملك بيعاً عرفاً.

(٢) هذا هو القول الثاني، و الظاهر أنّ أوّل من قال به بعض مشايخ الشهيد الثاني، و لعلّ وجهه: إناطة العقود اللازمة بانئنائها بلفظ، فبدونه لا يصير لازماً، لعدم دليل عليه.

(٣) أي: المقابلة التي هي قبل إنشاء المعاملة، و إلاّ لفروض الكلام وقوع الإنشاء بالتعاطي.

(٤) بأن كان اللفظ الفاقداً للشرائط كالعربية و الماضوية - بناءً على اعتبارهما - آلة إنشاء البيع.

أ: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢

ب: مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٣٩ الى ١٤٢

بعض<sup>(١)</sup> معاصري الشهيد الثاني، و بعض<sup>(٢)</sup> متأخري المحدثين.  
 لكن في عدّهذا من الأقوال في المعاطاة تأمل<sup>(٣)</sup>.  
 و الملك الغير اللزوم، ذَهَبَ إليه المحقق الثاني<sup>(٤)</sup>، و نسبه الى كلٍّ من قال  
 بالإباحة، و في النسبة ما عرفت<sup>(٥)</sup>.

(١) و هو السيد حسن ابن السيد جعفر الكركي، كما حكاه السيد العامل<sup>أ</sup> عن حاشية المسالك، قال الشهيد الثاني - بعد نقل خلاف المفيد مع المشهور - ما لفظه: «و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك أيضاً، لكن يشترط في الدال كونه لفظاً، و إطلاق كلام المفيد أهم منه... الخ»<sup>ب</sup>

(٢) كصاحب الحدائق، و نسبه الى جمع من علماء البحرين، فراجع ج.

(٣) هذه العبارة حاشية من المصنف تَبَيَّنَ على قوله: «و اللزوم بشرط كون الدال... الخ» و لعل وجه التأمل هو: أنه مع شرطية مطلق اللفظ يكون إنشاء البيع بالصيغة لا بالفعل، غاية الأمر ذَهَبَ هذا القائل الى عدم إعتبار لفظ خاص.  
 إلّا أن يكون المراد إعتبار اللفظ في مقام المساومة، لا إنشاء المعاملة، بل لا بد من إنشاء البيع باللفظ، فتأمل.

(٤) هذا هو القول الثالث، ذهب اليه المحقق الكركي تَبَيَّنَ مُصَرَّحاً عليه، حتى أوَّل كلمات القائلين بالإباحة به، و تقدم نصُّ كلامه في المتن . و استدل عليه بالسيرة المستمرة على معاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك و يأتي التجارة عن تراض و حلُّ البيع.  
 (٥) من الاشكال، و أنّ حمل «الإباحة» في كلمات القدماء على «الملك المجاز» بعيد غاية، بل خلاف تصريح بعضهم بعدم الملك.

أ : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٦

ب: مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٧

ج: الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٥٠ و ٣٥٥



و عدمُ الملك مع إباحة جميع التصرفات<sup>(١)</sup> حتى المتوقعة على الملك، كما هو ظاهر عبارة كثير، بل ذكر في المسالك: «أن كل من قال بالاباحة يسوغ جميع التصرفات»<sup>(٢)</sup>.

و إباحة<sup>(٣)</sup> ما لا يتوقف على الملك، و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشي الشهيد على القواعد<sup>(٤)</sup>، و هو<sup>(٥)</sup> المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول.

(١) هذا هو القول الرابع، و مستنده وجوه:

الأول: إستقرار السيرة من الخاص و العام و النسوان و الصبيان على التصرف في المأخوذ بالمعاطاة و يؤيده الاجماع المنقول عن الغنية و الروضة و المسالك المعتضد بالشهرة المحققة، إذ لم يقل أحد - ممن عدا المفيد رحمته الله - بإفادة المعاطاة للملك الى زمان المحقق الكركي .  
الثاني: الأخبار الدالة على حصر المحلّل و المحرّم في الكلام، فإنها وإن اقتضت نفي الحيل عند إنتفاء الكلام، لكنها تُحمل على نفي لزوم المعاملة عند إنتفائه، جمعاً بينها و بين ما دلّ على حصول الإباحة بالتراضي.

الثالث: إستصحاب بقاء ملك المالك الأول مع فرض الشك في إنتقال كل مالٍ عن صاحبه إلى غيره.

(٢) عبارة المسالك هذه: «لأنّ من أجاز المعاطاة سوغ أنواع التصرفات» أ.

(٣) هذا هو القول الخامس، و وجهه: أنّ الإباحة غير الملك، فدلّيل الإباحة - من الاجماع المنقول عن الغنية أو السيرة - لا يقتضي التصرفات المنوطة بالملك كالبيع و العتق و الوطي .

(٤) حيث ذكّرَ المصنف: أنّ المحكيّ عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمّا يتوقف على الملك كإخراجه في خمس أو زكاة، و كوطي الجارية.

(٥) يعني: و ما ذكره الشهيد - من إباحة التصرفات غير المتوقعة على الملك - هو

## و القول<sup>١</sup> بعدم إباحة التصرف مطلقاً<sup>٢</sup>.

المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية، حيث قلنا: «و صرح الشيخ في المبسوط: بأن الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول و لا يحل وطئها» فإن المنع عن وطئ الجارية المهداة بالهدية المعاطاتية ينطبق على هذا القول أي: عدم الملك مع إباحة التصرف غير المتوقع على الملك.

(١) هذا هو القول السادس أي: كون المعاطاة بيعاً فاسداً، و مستنده وجهان:

أحدهما: أن ما قصد لم يقع، لأن المقصود و هو الملك لم يقع، و الإباحة غير مقصودة،

فلا وجه لحصولها، فالمرجع عمومات حرمة التصرف في مال الغير بدون رضاه.

ثانيهما: ما ورد من أنه «إنما يحل الكلام و يحرم الكلام» قال في الوافي: «الكلام هو

إيجاب البيع، و إنما يحل نفياً و يحرم إيجاباً».

(٢) يعني: حتى التصرفات غير المتوقفة على الملك، فتكون المعاطاة على هذا كالعقود

الفاصلة التي ادعى الاجماع على كون المقبوض بها كالمقبوض.

و هنا قول سابع ذكره السيد نزيه في حاشيته، و هو: «أن المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة

للملكية، و ليست بيعاً و إن كانت في مقامه، و نسب هذا القول الى الشيخ الكبير

كاشف الغطاء»<sup>٣</sup>.

و في مفتاح الكرامة عن حواشي الشهيد على قواعد العلامة: «أنها معاوضة برأسها إما

لازمة و إما جائزة» و قال بعد أسطر: «حيث يجعلونها معاوضة برأسها»<sup>٤</sup>.

و الفرق بين هذا القول و بين ما عن المحقق الثاني - من كون المعاطاة بيعاً جائزاً - هو: أن

المعاطاة بناء على قول الشيخ كاشف الغطاء ليست بيعاً، فلا تجري عليها أحكام البيع، بخلافها

على قول المحقق الثاني، لأن المعاطاة بناء عليه بيع جائز، فتجري عليها أحكام البيع.

أ : الوافي، ج ٣، ص ٩٥، كتاب المعاش و المكاسب و المعاملات، الطبعة الحجرية.

ب : حاشية المكاسب، ص ٦٨

ج : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٨، ١٥٩

نَسِبَ إلى ظاهر النهاية، لكن ثَبَّتَ رجوعه عنه في غيرها<sup>(١)</sup>.  
والمشهور<sup>(٢)</sup> بين علمائنا عدم ثبوت الملك<sup>(٣)</sup> بالمعاطة وإن قصد المتعاطيان  
بها التملك، بل لم نجد قائلاً به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، ولم يقتصر على  
ذلك<sup>(٤)</sup> حتى نسبه<sup>(٥)</sup> إلى الأصحاب<sup>(٦)</sup>.

و مستندُ هذا القول السابع - مع عدم كونها بيعاً - هو آية التجارة عن تراض، لوضوح  
صدق «التجارة» على المعاطاة وإن لم يصدق عليها البيع، لتوقف صدق البيع على الإيجاب و  
القبول اللفظيين. وهذا القول يدل على كون النزاع في المعاطاة صفوياً، لأنه يكشف عن عدم  
صفويتها للبيع، وعدم فرديتها له، فيكون مساوفاً لني بيعتها في العبائر المتقدمة.

(١) يعني: ثبت رجوعُ العلامة بَيِّنَةٌ عن هذا القول في غير «نهاية الأحكام» من كتبه،  
وسياق كلامه في التحرير - الموهومُ لموافقته للمحقق الكركي في الالتزام بالملك الجائز.

ثم إن النزاع في المعاطاة على هذه الأقوالِ صفويٌّ على بعضها، وكبرويٌّ على بعضها  
الآخر، فإن من نَفَى بيعتها نظر إلى عدم صفويتها لمفهوم البيع بناءً على كون النفي حقيقياً.  
ومن قال ببيعتها ونفى صحتها أو لزومها وأثبت جوازها كان نزاعه كبروياً، لتسليمه ببيعة  
المعاطاة، وإنما يُناقش في الكبرى، وهي: أن كل بيع لازم.

(٢) بعد أن أشار إلى الأقوالِ و أربابها أراد التنبية على ما هو المشهور منها وما ليس  
كذلك، وما تفرّد به بعضٌ دون آخر.

(٣) لما عرفت من أن حمل الإباحة في كلامهم على الملك الجائز - كما صنعه المحقق  
الكركي بَيِّنَةٌ - بعيد جداً.

(٤) أي: على إفادة المعاطاة للملك.

(٥) هذا الضمير و ضميراً «به» في الموضعين راجعة إلى الملك.

(٦) حيث قال في جامع المقاصد و تعليقه على إرشاد العلامة: «المعروف بين الأصحاب  
أن المعاطاة بيعٌ وإن لم تكن كالعقد في اللزوم» أ.

نعم<sup>(١)</sup> ربما يُوهمه ظاهر عبارة التحرير، حيث قال فيه (#): «الأقوى<sup>(٢)</sup> أن المعاطاة غير لازمة، بل لكل منها فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت

(١) هذا إستدراك على قوله: «بل لم نجد قائلًا به» يعني: أن كلام العلامة في التحرير يُوهم ترتب الملك على المعاطاة، فلعل الأولى نسبة إفادة الملك الجائز إلى العلامة المتقدم عصرًا على المحقق الكركي قِيَّتًا.

(٢) فإنَّ ظاهره وجود القول القوي بالملك اللازم. توضيحه: أن تعبير العلامة بـ«الأقوى» يحتمل أمرين، قال بكلِّ منهما بعضُ.

الأول: أن يكون القول القوي -المقابل للأقوى- هو الاباحة المحضة التي هي القول المشهور المتداول على الألسن إلى زمان العلامة.

الثاني: أن يكون القول القوي: الملك اللازم المنسوب إلى المفيد.

و على كلا الوجهين يتم إستشهاد المصنف بَيِّنَةً بعبارة التحرير، لأنَّ محطَّ نظر شيخنا الأعظم هو قول العلامة: «ان المعاطاة غير لازمة» سواء أكان مقصود العلامة من القول الآخر الملك اللازم المنسوب إلى المفيد، أم الاباحة التي ذَهَبَ إليها المشهور.

(\*) لا يقال: إنَّ إيهام عبارة التحرير لإفادة المعاطاة للملك مبنية على كون المراد بالمعاطاة في كلامه ما قصد به التمليك، وهو غير معلوم، لاحتمال أن يراد بها ما قصد به الإباحة، ولا ينافيه التعبير باللزوم والفسخ، لأنَّ هذا التعبير إنَّما هو بلحاظ كون المعاطاة عقدًا قد أنشئ به بالفعل، كما أنَّ التعبير بالمعاوضة إنَّما هو لأجل كون الإباحة بازاء الإباحة كما هو مقتضى باب المفاعلة، فالمعاوضة ثابتة، غاية الأمر أنَّها بين الفعلين لا المالكين، فلا حاجة معه إلى ما تكلف به المصنف بَيِّنَةً.

فإنه يقال: لا يراد هذا الاحتمال، لمكان قوله بعد ذلك: «بخلاف البيع الفاسد» إذ لا مجال لتوهم كون المعاطاة المقصود بها الاباحة كالبيع الفاسد حتى يدفع بذلك، وهذا بخلاف المقصود بها التمليك، فتدبر.

لزمت» أنتهى. ولذا <sup>(١)</sup>نسب ذلك إليه في المسالك. لكن <sup>(٢)</sup>قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كل منها الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد» ظاهر في أن مراده مجرد

---

(١) يعني: ولأجل توهم هذا الظهور قال الشهيد الثاني: «و عبارة العلامة في التحرير كالصريحة في إفادة هذا المعنى، لأنه قال: الأقوى عندي: أن المعاطاة غير لازمة... الخ»<sup>٣</sup>.

و ما أبعد ما بين تعبير المصنف بالإيهام و دعوى الشهيد الثاني التصريح.  
(٢) غرضه دفع قوله: «نعم ربما يُوهم ظاهر عبارة التحرير» و محصل ما أفاده تضييقاً لتوهم الظهور المزبور هو: أن منشأ توهم الظهور في الملك في عبارة التحرير أمور: أحدها: قوله: «الأقوى».

ثانيها: قوله: «بل لكل منها فسخ المعاوضة» لظهوره في كون المعاطاة من المعاوضات، كما أن الفسخ مخصوص بالعقود، و في موارد الإباحة إسترداد للعين.

ثالثها: قوله: «فان تلفت لزمت» فإن جميع ذلك ظاهر في حصول الملك المتزلزل و لزومه بالتلف.

و المصنف <sup>(٤)</sup>ناقش في الجميع. أما في الأوّل فبانّ المراد بقوله: «الأقوى» هو في مقابل قول المفيد باللزوم.

و أمّا في الثاني فبانّ إطلاق المعاوضة عليها إنّما هو باعتبار قصد المتعاطيين. و كذا إطلاق الفسخ على الرد، لا باعتبار تحقق عقد مملوك.

و أمّا الثالث فبانّ إطلاق اللزوم بالتلف إنّما هو بهذا الاعتبار أيضاً.  
و على فرض ظهور هذه الجملة في الملك يكون قوله: «و لا يحرم على كل منها الانتفاع... الخ» أظهر من تلك الجملة في عدم حصول الملك، إذ مع فرض حصوله لا يبقى مجال لقوله: «و لا يحرم» لأنه لا ينبغي الإرتياب في جواز التصرف في الملك، فع حصول الملك بالمعاطاة لا يبقى شك في حليّة التصرف.

---

أ : تحرير الأحكام، ج ١، ص ١٦٤

ب : مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٨

الانتفاع، إذ لا معنى (\*) لهذه<sup>١</sup> العبارة بعد الحكم بالملك.  
 و أما قوله: «و الأقوى . . . الى آخره» فهو إشارة الى خلاف المفيد ﷺ  
 والعامه القائلين باللزوم (\*\*\*) .  
 وإطلاق<sup>٢</sup> المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان. وإطلاق الفسخ على  
 الرد بهذا الاعتبار<sup>٣</sup>

(١) أي: لقول العلامة: «و لا يحرم على كل منها الانتفاع» إذ لو كانت المعاطاة مفيدة  
 للملك. لم يكن معنى لحكم العلامة بعدم حرمة الانتفاع. لكون جواز إنتفاع كل واحد منها  
 -فيا انتقل إليه - من آثار الملك. فلا حاجة الى التنبيه عليه. فصول كلام العلامة عن توضيح  
 الواضح يقتضي إرادة الإباحة من الملك. لما بين الإباحة و جواز الانتفاع من الملائمة و المناسبة.  
 (٢) معطوف على: «و أما قوله» و هو إشارة الى منع المنشأ الثاني لظهور عبارة التحرير  
 في الملك. و هذا هو إطلاق المعاوضة على المعاطاة. و إطلاق الفسخ على إسترداد العينين  
 مادامتا باقيتين.  
 (٣) أي: باعتبار قصد المتعاطيين.

(\*) بل لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالإباحة، لأنه تكرر لما يستفاد من العبارة  
 السابقة على القول بالإباحة، بخلافه على القول بالملك، لأنه بناء على هذا يكون من قبيل  
 الحكم بعد حصول موضوعه، فكأنه قال: «الأقوى: أن المعاطاة تفيد الملك غير اللازم،  
 فلا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، ليتحقق الملك. بخلاف البيع الفاسد، فإنه يحرم  
 الانتفاع فيه، لعدم تحقق الملك، فلا مسوغ للتصرف فيه».  
 و عليه فما استظهره المسالك من عبارة التحرير و نسبة إليه من كون المعاطاة مفيدة  
 للملك الجائر لا يخلو من جودة.  
 (\*\*\*) لا يخفى أن المنسوب الى شيخنا المفيد و بعض العامة هو الملك اللازم،  
 فالمقابلة تقتضي أن يكون المراد بقوله: «الأقوى أن المعاوضة غير لازمة» أن المعاوضة تفيد  
 الملك الجائر، فاستظهر المسالك في محله، والله العالم.

أيضاً<sup>(١)</sup>، وكذا اللزوم<sup>(٢)</sup>.

و يؤيد<sup>(٣)</sup> ما ذكرنا - بل يدل عليه -: أن الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقفها على الإيجاب والقبول، ثم قال: «و هل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأطعمة؟ الأقرب عدمه<sup>(٤)</sup>، نعم<sup>(٥)</sup> يباح التصرف بشاهد الحال» انتهى. و صرح بذلك<sup>(٦)</sup> أيضاً في الهدية<sup>(٧)</sup>، فإذا لم يقل<sup>(٧)</sup> في الهبة بصحة المعاطة فكيف يقول بها في البيع؟

(١) أي: كصدق المعاوضة على المعاطة باعتبار قصدهما.

(٢) أي: إطلاق لزوم المعاطة باعتبار القصد. وهذا منع المنشأ الثالث.

(٣) أي: يؤيد إرادة مجرد الانتفاع - لا الملكية المترزلة - في عبارة التحرير ما أفاده العلامة في هدية التحرير من توقف مملكتها على الإيجاب والقبول اللفظيين، وإلا أفادت إباحة محضة.

و التعبير بالتأييد لعلّه لاحتمال وجود تعبد في البين فارق بين باب المعاطة في البيع والهدية. و الإضراب عنه الى الدلالة ناظر الى منع التعبد، و كونها من باب واحد.

(٤) أي: عدم الاستغناء عن الإيجاب والقبول.

(٥) الشاهد في تصريح العلامة تتبرر بمحصول إباحة التصرف في الهدية الفعلية، ولو كانت بالإيجاب والقبول اللفظيين لأفادت الملك.

(٦) أي: بعدم إستغناء الهدية عن الإيجاب والقبول اللفظيين، و بمحصول مجرد إباحة التصرف، كعدم إستغناء الهبة عنها.

(٧) يعني: أن عدم التزام العلامة تتبرر بالمعاطة في عقد الهبة يستلزم إنكار المعاطة في البيع بالأولية القطعية، إذ البيع عقد لازم، و الهبة جائزة، فتوقف العقد الجائز على إنشائه باللفظ يستلزم أولوية توقف العقد اللازم عليه.

و ذهب<sup>(١)</sup> جماعة تبعاً للمحقق الثاني الى حصول الملك<sup>(٢)</sup>. ولا يخلو عن قوة، للسيرة<sup>(٣)</sup> المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطي و الإيضاء و توريثه، و غير ذلك من آثار الملك.

(١) معطوف على قوله: «و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة» و هذا إشارة الى القول الثاني - المعنى به - في حكم المعاطاة، بعد القول المشهور النافي للملك.  
(٢) هذا مختاره بَيِّنُهُ من بين الأقوال الستة المتقدمة. و العبارة ظاهرة بدوياً في الميل الى مختار المحقق الكركي بَيِّنُهُ من الملك المتزلزل. لكن مقصود المصنف بَيِّنُهُ - بقرينة أدلة مملكية المعاطاة و ما سيأتي من أدلة لزوم - هو الاستدلال على أصل إفادة المعاطاة للملك، مع الغض عن جوازه و لزومه، بقرينة قوله: «الى حصول الملك» و لم يقل «الملك المتزلزل» و ليس مقصوده تقوية خصوص الملك الجائز الذي أسسه المحقق الكركي حتى يتوهم منافاة قوله: «ولا يخلو عن قوة» لما سيأتي من الأدلة الثمانية على كون المعاطاة كالبيع بالصيغة مفيدة للملك اللزوم.

ثم إن هذا شروع في المقام الثالث المتكفل لحكم المعاطاة بحسب الأدلة الاجتهادية، و تعرّض المصنف لوجوه خمسة إستدل بها القوم، و ناقش في بعضها. أولها: السيرة، ثانيها: آية حلّ البيع، ثالثها: آية التجارة عن تراض. رابعها: حديث السلطنة، خامسها: الاجماع المركّب.

### المقام الثالث: الاستدلال على القول المختار

#### الدليل الأول: السيرة

(٣) هذا هو الدليل الأول على مملكية المعاطاة، و قد إستدل به المحقق الثاني في ما تقدم من عبارتي جامع المقاصد و تعليق الإرشاد، و تبعه غيره ممن قال بالملك.  
ثم إن السيرة إما عقلانية و إما متشعبة، و المراد بالأولى بناء العقلاء - بما هم عقلاء - مع الغض عن تدبّرهم بشرية، كسيرتهم على الأخذ بظاهر الكلام في مقام الاحتجاج، و بالعمل



بإخبار الثقة ونحوهما. و المراد بالثانية عمل المشرعة بأمرٍ وإلزامهم به بما أنهم متدينون.  
و الفارق بين السيرتين: أن إعتبار الاولى يتوقف على إمضاء الشارع لها ولو بعدم  
الردع، دون الثانية، لكونها إجماعاً عملياً متلقاةً من الشارع.

و الظاهر أن مقصود المصنف رحمته من السيرة هنا هي السيرة العقلانية دون التشريعية،  
و ذلك لما سيأتي منه في التشكيك في حجيتها بقوله: «فهي كسائر سيرهم الناشئة عن المساحة  
و قلة المبالاة في الدين...» و من المعلوم أن سيرة المشرعة لا سبيل للطعن فيها بمثله، و إلا  
لم تكن سيرة المشرعة.

و كيف كان فالاستدلال بالسيرة العقلانية على ترتيب آثار الملك على المعاطاة منوط  
بأمور ثلاثة لا بد من إحرازها:

الأول: أصل ثبوت بناء العقلاء على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطاة.

الثاني: إستمرار عملهم من زماننا إلى عهد الشارع و عدم كونه من السير الحادثة.

الثالث : عدم ردع الشارع الأقدس عنه حتى يستكشف إمضاؤه له و تقريره إياه.

و هذه الامور الثلاثة محققة في المقام.

أما الأمر الأول، فلوضوح إستقرار بناء العقلاء على ترتيب آثار الملك على المعاطاة،

لتصرفهم في المأخوذ بها بما يكون من شؤون سلطنة المالك خاصة، من جواز بيعه و عتقه

و الايضاء به الى الغير، و توريثه، و وقفه، و التصدق به، و نحو ذلك من التصرفات التي يتوقف

نفوذها على صدورها من المالك أو من يقوم مقامه، و لا تكون مشروعةً من المباح له.

و لو كانت المعاطاة مؤثرة في الإباحة المحضة دون الملك لكانت التصرفات المذكورة غير نافذة

شرعاً، و أوجب ذلك إختلال نظام المعيشة. و إنكار هذه السيرة مكابرة، فإنها ثابتة من

العقلاء بما هم عقلاء، و من المشرعة بما هم مشرعون. فدعوى كون المتيقن من هذه السيرة

هو إباحة التصرفات لا الملكية مجازفة.

و أما الامر الثاني: فلأن هذه السيرة ليست حادثة في الزمن المتأخر عن عصر الشارع،

و يدلّ عليه<sup>(١)</sup>

بل مقتضى تشابه الأزمنة و عدم نقل خلافها في التواريخ ثبوت هذه السيرة في عصر الشارع. و قد أشار المصنف الى هذه الجهة بقوله: «المستمرة».

و اما الأمر الثالث فلأنه يكفي في إحراز الإمضاء - بعد ثبوت الاستمرار - عدم ثبوت الردع الشرعي، ولو لم تكن سيرة العقلاء مرضية له لزمه الردع عنها.

فان قلت: يكفي في الردع إطلاق دليل الاستصحاب القاضي بلزوم الجري العملي على اليقين - أو المتيقن - السابق، و عدم نقضه بالشك، فأصالة عدم حدوث الملك بالمعاطة حجة شرعية صالحة للردع، و كذا الاجماع المتقدم - في عبارة شيخ الطائفة و ابن زهرة و إدريس - على كون المعاطة مبيحةً لا مملّكة، و عليه فالسيرة هنا ساقطة عن الاعتبار.

قلت: لا مجال للردع بإطلاق دليل الاستصحاب مع كون السيرة دليلاً إجتهادياً حاكماً على الاستصحاب، بعد البناء على حجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، و أما الاجماع المنقول فيه عدم حجّيته في نفسه خصوصاً مع إحتمال مدرّكته.

#### الدليل الثاني: آية حلّ البيع

(١) أي: و يدلّ على حصول الملك بالمعاطة عموم قوله تعالى. و هذا هو الدليل الثاني على كون المعاطة - كالبيع بالصيغة - في إفادة الملكية، و المذكور في المتن في تقريب دلالة الآية المباركة على المدعى و جوه ثلاثة:

أولها: دلالة الآية بالمطابقة على حلية أنحاء التصرفات - تكليفاً في المأخوذ بالمعاطة سواء توقفت على الملك أم لا، و مدلولها الإلزامي الشرعي هو صحة المعاطة أي: كونها مؤثّرة في النقل.

و الشاهد على إبتناء هذا الوجه على الملازمة الشرعية بين حلية البيع و صحته هو ما سيأتي منه بَيِّنَةٌ في مقام المناقشة فيه بقوله: «و إباحة هذه التصرفات إنّما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية المحاصلة في سائر المقامات... الخ».

ثانيها: دلالتها بالمطابقة على الصحة، لأنّ تعلق الحلية بالأمر الاعتباري يُناسب إرادة  
الوضع لا التكليف، ومعه لا حاجة إلى تقدير الأفعال الخارجية التي هي متعلقات الأحكام  
التكليفية.

ثالثها: دلالة الآية بالملازمة العرفية - لا الشرعية - على صحة المعاطاة، وإفادتها  
للملك من أول الأمر. وسيأتي بيان الأخيرين عند تعرُّض الماتن لهما.

وأما الأول فتقريبه: أنه مبني على أمور مسلّمة:

أحدها: أنّ المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفاً.

ثانيها: أنّ مقتضى إلقاء الخطابات إلى العرف كونه موضوع الأدلة الشرعية هو البيع  
الصحيح - بنظرهم، لا الصحيح - شرعاً، لما تقدم قبيل بحث المعاطاة من أن المستعمل فيه - من  
كلمة البيع في الأدلة - هو النقل المؤثّر عند العرف.

ثالثها: أنّ الموجب لتقدير «التصرفات» وإرادة الحلية التكليفية من الآية المباركة - مع  
تعلق الحيلّ بنفس البيع - أحدُ أمور أربعة :

الأول: ظهور «الحيلّ» في التكلّيفي، خصوصاً مع تأكّد هذا الظهور الذاتي بالعرضي وهو  
تحريم الربا، وعدم تعلق الحيلّ التكلّيفي بالبيع بمعنى إنشاء التملك، إذ لا يتوهم فيه غير الحيلّ  
حتى يحتاج إلى البيان.

الثاني: ورود الآية مورد الامتنان، ومن المعلوم عدم الامتنان في حليّة مجرد الإنشاء،  
بل لابدّ في حصول الامتنان من تحليل التصرفات المترتبة على البيع.

الثالث: كون البيع بنفسه غير إختياري، لترتبه على سببه بلا إختيار، فلا بدّ حينئذٍ من  
تقدير ما يصحّ تعلق الحيلّ التكلّيفي به وهو التصرفات.

الرابع: أنّ الملكية إعتبار ذهني لا يتعلّق بها الجعل، بل تنزع من التكلّيف المعمول  
بالاستقلال.

وهذا يتم الاستدلال، حيث إنّ إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة تستلزم شرعاً

أيضاً<sup>١</sup> عموم<sup>(٢)</sup> قوله تعالى: ﴿أحلّ الله البيع﴾<sup>(٣)</sup> أي يدلّ على حلّيّة جميع التصرفات المترتبة على البيع (\*).

---

صحتها. إذ لو لم تكن مؤثّرة في النقل لم يحلّ التصرف فيه أصلاً. هذا تقريب الاستدلال، وسيأتي مناقشة المصنف رحمته فيه من عدم إقتضائه أزيد من الملك الآتي، وأما حصول الملكية من أوّل الأمر فلا. (١) أي: كما دلّت السيرة العقلانيّة المضاعفة شرعاً على صحة المعاطة وتأثيرها في الملك من حين التعاطي.

(٢) المراد به الشمول الصادق على كل من العموم الوضعي والإطلاقي الحكمي، لوضوح أن شمول «البيع» للقولي والفعلي ليس بالوضع، بل بمعونة مقدمات الحكمة. (٣) يعني: حيث إنّ عموم الآية يدلّ على حلّيّة جميع التصرفات، والوجه في هذه الدلالة بعد تقدير متعلق الحيل أي - التصرف - هو العموم الناشي من حذف المتعلق، فتثبت حلّيّة كل تصرف في المأخوذ بالمعاطة، سواء توقف على الملك أم لا.

---

(\*) الحق دلالة الآية على المدعى بلا حاجة إلى تقدير أصلاً. وتوضيحه يتوقف على

تقديم أمور:

**الأول:** أنّ التصرفات المترتبة على البيع مختلفة بحسب الحكم، مثلاً: إذا باع زيد فرسه بدنانير معيّنة، فركوبه حلال تكليفاً، وبيعه ووقفه وهبته وصلحه ونحوها حلال وضعاً، وإنفاقه واجب تكليفاً، وحمل ما يحرم أكله وشربه عليه كالهيئة والخمر حرام تكليفاً. والحاصل: أنّ التصرفات المترتبة على البيع مختلفة سنخاً وحكماً، لكون بعضها خارجياً كالركوب والأكل والشرب واللبس، وهذا القسم محكوم بالحلّ التكليفي أو الحرمة أو الوجوب كذلك، كحرمة حمل المحرّمات من الخمر ولحم الخنزير ونحوهما عليه، وكوجوب الانفاق عليه. وبعضها إعتبارياً كالبيع والصلح والهبّة والوقف والعتق ونحوها،

و هذا القسم محكوم بالحكم الوضعي كما لا يخفى.

**الثاني:** أن القيود الناشئة عن الحكم يمتنع دخلها في المتعلق، و من تلك القيود الصحة، فإنها ناشئة عن الدليل، فدخلها في موضوع الدليل غير صحيح كما هو واضح.

**الثالث:** أن الحل في اللغة - كما عن الصحاح - هو الطلق الذي هو الإرسال و عدم المنع و الحجر، في مقابل الحرمة التي هي المنع و الحجر، و من المعلوم أن الحل بهذا المعنى أعم من التكليفي و الوضعي، فنفوذ البيع يصدق عليه الحل، لعدم منع عنه، في مقابل البيع غير النافذ، فإنه ممنوع عنه، للمنع عن نفوذه و كونه كسائر البيوع النافذة. فمعنى حرمة بيع الملامسة و المنابذة و الحصة و المجهول و غير ذلك هو عدم نفوذها و عدم ترتب الأثر المقصود عليها. فكل من الحل و الحرمة يعم التكليفي و الوضعي، و تعين أحدهما في بعض الموارد إنما هو بالقرينة، فتنظر بعض المحشين بَيِّنَاتُ في جواز إرادتهما معاً، نظراً إلى عدم القدر المشترك، غير ظاهر الوجه.

فالمتحصل: أنه مع عدم القرينة على إرادة خصوص أحدهما يحمل كل من الحل و الحرمة على القدر المشترك.

**الرابع:** أن الأصل عدم التجوز و عدم التقدير، فمع إمكان إرادة الظاهر لا تصل التوبة الى ارتكابها، لأنه رفع اليد عن الظاهر و ارتكاب خلافه بلا دليل، فلا يصار إليه بلا موجب.

**الخامس:** أن الحل كالحرمة تارة يتعلق بالأعيان الخارجية كقوله تعالى ﴿ أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِمَةَ الْأَنْعَامِ ﴾ ٣. و ﴿ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَ طَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ جِلُّ لَكُمْ، وَ طَعَامَكُمْ حُلُّ لَهُمْ ﴾ ٤. و ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ ﴾ ٥. و أخرى يتعلق بالأفعال الخارجية كالأكل و الشرب

أ : حاشية المحقق الايرواني على المكاسب، ج ١، ص ٧٧

ب: المائدة. الآية: ١

ج: المائدة. الآية: ٥

د: النساء. الآية: ٢٣

و النكاح و غير ذلك. و ثالثة يتعلق بالامور الإعتبارية المبرزة بمرز خارجي أو المنشأة بإنشاء قولي أو فعلى كالصلح و البيع و الإجارة. و غيرها من الامور الاعترابية.

فإن تعلق بأعيان خارجية لم يصح الكلام إلا بتقدير فعل مناسب يتعلق به الحكم، و إلا كان لغواً، فدلالة الإقتضاء توجب التقدير المزبور، فيتعلق الجدل في الآيات المتقدمة بالأكل و في آية حرمة الأُمهات بالنكاح.

و إن تعلق بالأفعال الخارجية يصح الكلام من دون حاجة الى تقدير، كقوله تعالى:

﴿ أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثِ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ ﴾ لكون متعلق الحل - وهو الفعل كالرفث في الآية الشريفة - مذكوراً في الكلام.

و إن تعلق بالأمور الاعترابية فكذلك لصحة تعلقه بها من دون حاجة الى تقدير.

إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: أن مقتضاه إرادة حلية نفس البيع من الآية الشريفة و عدم تقدير التصرفات، لأنه خلاف الأصل كما عرفت، فمعنى الآية الشريفة - و الله العالم -: أن الله تعالى شأنه قد رخص في إيجاد البيع و أطلقه، و لم يمنع عن تحققه في الخارج. فيراد بالجلد الجامع بين التكليفي و الوضعي، فتدل الآية المباركة - بالمطابقة - على جواز البيع تكليفاً و نفوذه وضعاً. و لا ينبغي الارتياب في كون المعاطاة المقصود بها التمليك بيعاً، فيشمله قوله تعالى: ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ لأن المراد بالبيع في هذه الآية المباركة هو معناه العرفي لا الشرعي، بمعنى ما يكون جامعاً للشرائط الشرعية حتى يكون مؤثراً فعلاً، لما عرفت - في بعض الأمور المتقدمة من امتناع دخل ما ينشأ عن الحكم في متعلقه، و المفروض أن الصحة مترتبة على الدليل، فلا يمكن أخذها في متعلقه. فالمقصود من البيع في الآية هو العرفي، فالبيع العرفي بمقتضى هذه الآية حلال تكليفاً و وضعاً، فالمعاطاة حلال كذلك، لأنها بيع عرفي.

**فالمتحصل:** أن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ على كون المعاطاة بيعاً جائزاً و نافذاً في غاية المتانة.

و قد ظهر أن الدلالة على ذلك تكون مطابقة.

لا يقال: إن مقتضى المقابلة بين حلية البيع و حرمة الربا هو إرادة الحلية التكليفية في مقابل الحرمة التكليفية للربا، و حيث إن حلية البيع - الذي هو إنشاء تملك عين بمال - تكليفاً غير محتاجة الى البيان، فلا بد من تقدير ليصح تعلق الحلية التكليفية به، و المقدّر هو التصرفات، فجميع التصرفات المترتبة على البيع حلال تكليفاً بالدلالة المطابقيه، و نفس البيع حلال التزاماً، فالتصرفات المترتبة على المعاطاة حلال تكليفاً و إن كانت متوقفة على الملك، فلا يستفاد من الآية الملكية بل حلية التصرفات، إذ لا يراد حينئذ من «أحل» إلا الحلية التكليفية كما هو ظاهر المصنف رحمته.

فإنه يقال: لا مجال لإرادة حلية التصرفات المترتبة على البيع من قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ لما عرفت من اختلاف أحكامها بحيث لا يشملها الجمل، و إرادة بعضها مما لا قرينة عليه، هذا.

مضافاً إلى: لغوية ذلك، لتضمن أدلة تشريع تلك الأحكام لها، فتشريعها ثانياً ممتنع على الحكيم.

و إلى: أن الحمل على التصرفات محتاج الى تقدير أو تجوز. و كلاهما خلاف الظاهر جداً من دون حاجة اليه، لما مر من صحة تعلق الحل بنفس البيع، و عدم الوجه في رفع اليد عن هذا الظاهر.

و أما حرمة الربا فليست قرينة على إرادة خصوص الجمل التكليفي، لأن المراد بالحرمة هو المنع و الحجر، في مقابل الإطلاق و الإرسال، فالمراد بحرمة الربا هو المنع عنها، و عدم نفوذ البيع فيها. و ليس المراد خصوص الحرمة التكليفية، لأنها إن كانت عين حرمة التصرف في مال الغير فهي لغو، فلا بد من الالتزام بالتأكد، و هو خلاف الأصل. و إن كانت غيرها أترم تعدد العقاب على المخالفة، و تعدد الثواب على الموافقة، هو كما ترى مما يبعد الالتزام به. و هذا يصلح لأن يكون قرينة على إرادة الحل الوضعي و هو نفوذ البيع من «أحل» و يقابله حرمة الربا،

فيراد بها عدم النفوذ.

فحاصل المعنى: أن البيع نافذ، والربا غير نافذ، فبالقرينة المقامية يتعين إرادة الحلية الوضعية من «أحل» و الحرمة الوضعية من «حرم الربا».

و مع الغض عن هذه القرينة لا مانع من إرادة القدر المشترك - و هو الإرسال - من «أحل» و المنع الذي هو ضد الإرسال من «حرم الربا».

فقد ظهر من جميع ما ذكرنا: ضعف ما أفاده المصنف رحمته من دلالة الآية الشريفة على حلية التصرفات المترتبة على البيع، بل المراد الحلية الوضعية، فالبيع يوجب الملكية، لا أنه يبيع التصرفات بدون الملكية كما أفاده المصنف رحمته حتى نحتاج الى الالتزام بالملك التقديري بالنسبة الى التصرفات المتوقفة على الملك.

نعم يتجه ما أفاده رحمته من تعلق الحلية بالتصرفات بناءً على أن المراد بالبيع خصوص الصحيح، حيث إنه لا معنى حينئذٍ لحلية البيع الصحيح، بل لا بد من جعل متعلق الجل التصرفات المترتبة على البيع الصحيح.

لكن لا مجال لذلك بعد البناء على إرادة البيع العرفي، و بعد ما عرفت من إمتناع جعل الجل بالنسبة الى التصرفات المختلفة الأحكام المترتبة على البيع.

و أما ما أفاده المصنف رحمته من جعل الجل متعلقاً بالتصرفات ففيه أولاً: أن التقدير خلاف الأصل، و لا موجب له بعد صحة تعلق الجل بنفس البيع الذي هو معاملة خاصة عرفية، حيث إنها من الأمور الاعتبارية التي يصح أن يتعلّق بها الحلية و الحرمة كما مرّ في بعض المقدمات.

و ثانياً: عدم صحة تعلق الجل التكليفي بتلك التصرفات بعد إختلافها في الأحكام كما تقدم أيضاً.

و ثالثاً: أن حلية التصرفات لا تنطبق على المدعى، و هو كون المعاطاة مفيدة للملك، لأنّ مسجّد إباحتها التصرفات لا يبدل على الملكية التي هي المدعاة، إذ المفروض أن



المحقق الثاني رَبُّهُ يلتزم بمعلومية المعاطاة، لا مجرد كونها مبيحة للتصرفات، و المصنف رَبُّهُ يريد إثبات هذا المدعى بالسيرة و بأية جَلّ البيع. و من المعلوم أنّ حلية التصرفات - تكليفاً - المترتبة على البيع لا تُثبت الملكية، فالدليل لا ينطبق على المدعى.

أَللَّهُمَّ إِلَّا أن يقال: إنَّ المقصود ترتب حلية جميع التصرفات - حتى المتوقفة على الملك - على البيع الصادق على المعاطاة، فالآية حينئذٍ تدلُّ بالمطابقة على حلية التصرفات المترتبة على البيع، وبالالتزام على تأثير البيع الصادق على المعاطاة في الملكية.

لكن قد عرفت عدم صحة تعلق الجَلّ بالتصرفات المختلفة حكماً، فلا وجه لتقدير «التصرفات» و جعل الجَلّ متعلقاً بها.

و أما شيء من الوجوه الأربعة - من ظهور الجَلّ في التكليفي، و ورد الآية مورد الامتنان، و كون البيع غير إختياري و انتزاعية الملكية - فلا يصلح لإثبات تقدير التصرفات و جعلها متعلقة للجَلّ.

إذ في الأول أولاً: منَع الظهور في الجَلّ التكليفي، بعد ما عرفت من عدم إرادة الحرمة التكليفية في قوله تعالى: ﴿ وَ حَرَّمَ الرِّبَا ﴾.

و ثانياً: بعد تسليمه عدم مانع عن إرادة الجَلّ التكليفي، لأنَّ متعلقه المعاملة الخاصة المعهودة بين الناس، و حليتها التكليفية ملازمة عرفاً لحليتها الوضعية.

و في الثاني: حصول الامتنان بجَلّ البيع العرفي تكليفاً المستلزم لجَلِّه وضعاً، فلا حاجة الى تقدير التصرفات.

و في الثالث: منَع عدم إختيارية البيع، لأنَّ المراد به هو المعاملة المتداولة بين العقلاء التي هي من أفعالهم الإختيارية. نعم ليست هذه المعاملة فعلاً إختيارياً لأحد المتعاقدين، لأنَّها فعلهما معاً، لا واحد منهما، فتأمل.

و في الرابع: أن الملكية ليست إعتباراً ذهنياً، بل هي حكم وضعي قابل لتعلق الجعل به، إستقلالاً، كما تقدم مراراً.

**فتلخص** من جميع ما ذكرنا: صحة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ على كون المعاطاة مفيدة للملك، سواء أريد بالجل التكليفي أم الوضعي.

أما على الأول فلاستلزام حل المعاملة الخاصة البيعية تكليفاً لجلها وضعاً، إما للامتنان، وإما لعدم احتياج الجل التكليفي المجرد عن الوضعي الى البيان، لوضوحه وعدم توهم حرمة غاية الأمر أن دلالة على الجل الوضعي بناء على هذا تكون إلتزامية لا مطابقة.

وأما على الثاني - كما هو الأصح - فلكون متعلق الجل أولاً وبالذات نفس البيع، فدلالته على نفوذ البيع ومملكته تكون بالمطابقة، فلا يتوقف الاستدلال بالآية المباركة على تجوز أو تقدير ليكون متعلق الجل التصرفات.

ثم إنه قد أورد على المصنف رحمته بوجوه عديدة، إثنان منها راجعان الى منع دلالة الآية الشريفة إلتزاماً على إفادة البيع للملكية، واحدٌ منها راجع الى كون المعاطاة بيعاً، وهي:

**الأول:** أن حلية التصرفات تكليفاً لا تدل على الملكية بالدلالة الإلتزامية، إذ لا ملازمة بينهما عقلاً ولا شرعاً. أما الأول فواضح، وأما الثاني فلإن جواز التصرف في أموال الناس في حال الضرورة والمجاعة مسلمٌ عندهم، من غير أن يكون ذلك ملكاً للمتصرف. نعم التصرفات المنوطة بالملك تكشف عن حصوله أما ما قبل التصرف جمعاً بين الأدلة. فالاستدلال بالآية الشريفة - بناء على كون مدلولها المطابقي حلية التصرفات تكليفاً - على تحقق الملكية من حين التعاطي في غير محلّه، لعدم الملازمة بين الملكية وإباحة التصرفات، هذا.

لكن يمكن دفعه بأن المراد التصرفات التي يُرتبها العقلاء على بيوعهم. ومن المعلوم أن المتداول بينهم هي التصرفات المالكية، بمعنى: أن العرف يرى إستناد تصرفات المشتري في المبيع الى ملكيته له، لا إلى إباحة المالك أو الشارع لهو إباحة هذه التصرفات - لا محالة - تدل إلتزاماً على ملكية المبيع للمشتري والتمن للبائع.

وهذا بخلاف التصرفات المباحة من جهة الضرورة، فإن الضرورات تتقدر بقدرها. ومن المعلوم إرتفاع الضرورة بمجرد الإباحة في التصرف كالأكل، فلا موجب للإلتزام بالملكية كما لا يخفى.

**الثاني:** ما تقدّم من أنّ الحلّ التكليفي يمتنع أن يشمل جميع التصرفات، لاختلافها سنخاً وحكماً، فإنّ وجوب الإنفاق على الدابة المبيّعة أو حرمة العمل عليها مما لا يمكن تناوّل الحلّ التكليفي له. و الإلتزام بحلية بعض التصرفات دون بعضها بلا مُلزم و بلا دليل يقتضيه. و دعوى «شمول الحلّ لجميع التصرفات، غاية الأمر أنّه يخرج بعضاً - كوجوب الإنفاق و حرمة الصرف في المعصية - بالدليل، فيخصّص عموم حلّ التصرفات بالدليل الخارجي» غير مسموعة، لمنافاة التخصيص للامتنان المناسب للعموم، و لمنافاته أيضاً لما يقتضيه حذف المتعلق من إرادة العموم.

مضافاً إلى: عدم الحاجة الى إثبات الحلّ التكليفي بالآية المباركة بعد ثبوته بأدلة تشريع تلك التصرفات، فيلزم إمّا المحال و هو إيجاد الحاصل، و إمّا ارتكاب خلاف الأصل، و هو التأكيد.

**الثالث:** أنه لو سلّم دلالة الآية الشريفة على جواز البيع وضعاً و تكليفاً، أو قلنا بدلتها على حلية التصرفات و استكشفتنا منها الملكية من أوّل الأمر، لكنّها لا تشمل المعاطاة، لعدم صدق البيع عليها، إذ لا يخلو إمّا أنّ يكون البيع من مقولة اللفظ أو من مقولة المعنى. و على التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاة.

أما على الأوّل فواضح. و أما على الثاني فلأنّ البيع و إن كان من مقولة المعنى، لكن صدق عنوان البيع عليه يتوقف على إبرازه باللفظ، لأنّ الكلام النفسي مدلول الكلام اللفظي. و من المعلوم أنّ المعاطاة لم تُبرز باللفظ، فتكون خارجةً عن حدّ البيع، فلا وجه للاستدلال على مملكتيتها بآية الحلّ، هذا.

و فيه: أنّ البيع ليس إسماءً لمجرّد اللفظ، و إلّا يلزم تحقّقه بلفظ «بعث» بدون الإنشاء. و ليس أيضاً إسماءً للاعتبار النفساني غير المبرز بمظهر خارجي، و إلّا لزم تحقّقه بنفس الاعتبار و إن لم يكن مبرزاً خارجاً، بل البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي سواء أكان لفظاً أم فعلاً، و لا دليل على حصر المُبرز في اللفظ خاصة.

بل قد يقال<sup>(١)</sup>: بأن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع، لا مجرد الحكم التكليفي<sup>(٢)</sup>.  
 لكنه محل تأمل<sup>(٣)</sup> (\*).

(١) هذا هو التقريب الثاني من وجوه الاستدلال بالآية الشريفة على مملكية المعاطاة، ولعله مختار من يقول بقابلية الأحكام الوضعية للجعل الاستقلالي، وأن الحلية لو كانت ظاهرة بدوياً في خصوص التكليف، إلا أن ذلك منوط بتعلقها بالتصرف الخارجي كالأكل والشرب، وأما إذا تعلقت بالتصرف الإعتباري من عقد أو إيقاع فلا، حيث إن الحلّ الوضعي عبارة عن نفوذ متعلقه وتأثيره في الأثر المقصود، فالبيع المقصود به التملك تكون صحته عبارة عن تأثيره في الملكية، فالآية الشريفة حينئذ يكون مدلولها المطابق لإفادة البيع للملكية، وقد تقدمت فردية المعاطاة للبيع وصغورتها له، فتشملها آية الحلّ.

وهذا ظهر وجه الإضراب المستفاد من قوله: «بل قد يقال» لألوية إظهار صحة البيع المعاطاتي من الآية الشريفة بالمطابقة من إظهارها بالدلالة الإلزامية المترتبة على تامة الدلالة المطابقية، فلو نوقش في دلالة الآية على حلية التصرفات المترتبة على البيع إمتنع إثبات مملكية المعاطاة كالبيع القولي، وهذا بخلاف ظهور الحلية ابتداءً في الوضع.

(٢) وهو إباحة التصرفات - المترتبة على البيع - المستلزمة لصحته.

(٣) وجهه: أن حمل الحلّ على الوضعي خلاف الظاهر، لظهوره في التكليفي، ولا بد حينئذ من تعلقه بالتصرفات مطلقاً خارجية كانت أم إعتبارية، إذ لا يتوهم حرمة إنشاء البيع حتى يدمع بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ فلا بد أن يتعلق بالتصرفات. فالآية الشريفة تدل بالدلالة المطابقية على حلية التصرفات تكليفاً، وبالذلة الإلزامية على حلية البيع وضعاً.

(\* قد عرفت مفصلاً أنه ظاهر الآية الشريفة، ولا ينبغي التأمل فيه. ودعوى ظهور «الحلّ» في التكليفي إستناداً إلى الوجوه المتقدمة قد عرفت ما فيها، فلاحظ و تدبر.

و أما<sup>(١)</sup> منع صدق البيع عليه عرفاً فكابرة .  
 و أما<sup>(٢)</sup> دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً - كابن  
 زهرة في الفنية - فمرداهم<sup>(٣)</sup> بالبيع المعامله اللزومه التي هي أحد العقود.

(١) هذا راجع إلى أصل إستدلالة تَبَيُّرًا على مملكية المعاطاة بالآية الشريفة بالدلالة  
 الالتزامية. و ليس متعلقاً بمخصوص قوله: « بل قد يقال » و بيانه: أن الاستدلال بالآية المباركة  
 منوط بصدق الموضوع - أعني به البيع - على المعاطاة إذ بدونها لا يكون المورد فرداً لموضوع  
 الدليل حتى يصح التمسك به لإثبات حكمه. و لذا قال: « إن منع صدق البيع الذي هو موضوع  
 الدليل على المعاطاة مكابرة » حيث إن صدق مفهوم البيع عرفاً على المعاطاة من الواضحات  
 التي لا يعترها ريب. و قد أشرنا الى هذا بقولنا: « ان المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفاً ».

(٢) هذا إعتراض على قوله: « فكابرة » و حاصله: أن وضوح صدق البيع على المعاطاة  
 عرفاً - بحيث يكون منع صدقه عليها مكابرةً - ينافي دعوى ابن زهرة رضي الله عنه: الاجماع على عدم  
 بيعية المعاطاة.

(٣) هذا دفع الاعتراض. و حاصله: أن المنافاة المذكورة مبتنية على أن يكون مراد  
 المجمعين نفي بيعية المعاطاة حقيقةً. و ليس الأمر كذلك. لأن مرادهم من البيع - الذي نفوه عن  
 المعاطاة - هو المعاملة الصحيحة المؤثرة في إفادة الملك فعلاً الموصوفة باللزوم بحسب طبعها.  
 و المجازة لأمر خارج عن ذاته كالخيار. و إذا كان معقداً إجماعهم على نفي البيع عن المعاطاة ذلك  
 لم يكن منافاةً بين هذا الاجماع النافي لبيعية المعاطاة و بين بناء العرف على بيعيتها. لأن نفي  
 الصحة غير نفي الحقيقة. و المنفي في كلامهم و معقداً إجماعهم هو البيع الصحيح الشرعي كما مر.  
 و المثبت هو البيع العرفي. فتعدّد مورد النفي و الإثبات فلا إشكال.

لا يقال: إن ظاهر عبارة الفنية عدم إنعقاد البيع بالتعاطي. لا عدم لزومه. لقوله فيها:  
 « و أما شروطه فعلى ضربين. أحدهما شرائط صحة إنعقاده. و الثاني شرائط لزومه. فالضرب  
 الأول ثبوت الولاية في العقود عليه... و أن يحصل الإيجاب من البائع و القبول من المشتري  
 ... الخ » و من المعلوم أن مقتضى شرطية الصيغة للإنعقاد عدم بيعية المعاطاة حقيقةً.  
 فلا يشملها قوله تعالى: ﴿ أحل الله البيع ﴾.

و على هذا فقول المصنف: « و لذا صرّح في الفنية » شاهد على عدم بيعية المعاطاة.

ولذا<sup>(١)</sup> صرح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع.  
ودعوى<sup>(٢)</sup> - أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً -

لا على عدم لزومها.

فإنه يقال: إن مقصود السيد ابن زهرة رحمته عدم بيعية المعاطاة شرعاً لا عرفاً، إذ لو كان مراده نفي بيعيتها عرفاً لكان اللازم التمسك له بعدم الصدق العرفي الذي هو من قبيل عدم مقتضي لا بالاجماع الذي هو دليل شرعي، ويكون من قبيل المانع، وعليه فالتمسك بالاجماع دليل على كون الإيجاب والقبول من الشرائط الشرعية لا العرفية، فصدق البيع على المعاطاة مما لا ينبغي الارتباب فيه. هذا.

ولو سلم ظهور إجماع الغنية في نفي بيعية المعاطاة حقيقة قلنا: إنه إجماع منقول، وقد ثبت في محله عدم حجيته، مضافاً الى معارضته بدعوى المحقق الثاني: «ان المعروف بين الأصحاب كون المعاطاة بيعاً».

(١) غرضه إقامة الشاهد على التصرف المزبور، وهو كون المنفي في كلامهم البيع الصحيح المؤثر شرعاً، لا البيع العرفي. وجه الشهادة: أنه لو كان مرادهم ما هو ظاهر كلامهم - من نفي البيع حقيقة - لم يكن وجه لجعل الإيجاب والقبول من شرائط الصحة، بل كان اللازم حينئذ جعلهما من شرائط محقق مفهوم البيع وحقيقته، فيستكشف من تصريح السيد في الغنية «بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع» أن المنفي هو البيع الصحيح، لا البيع العرفي.  
(٢) هذه مناقشة في الإستشهاد بعبارة الغنية من جعلها قرينة على التصرف في كلامهم من عدم كون المعاطاة بيعاً حقيقة.

توضيح المناقشة: أن كلام السيد ابن زهرة رحمته يكون شاهداً على التصرف في كلامهم لو كان البيع الفاسد بيعاً عندهم ليكشف ذلك عن وضعه للأعم، وذلك ممنوع، فتكون الصحة مساوقة لتحقق المفهوم، فباتتفانها ينتفي الحقيقة، فيكشف ذلك عن وضعه للصحيح، وعليه فتصریح ابن زهرة في الغنية - بكون الإيجاب والقبول من شرائط الصحة - لا يكون شاهداً على التصرف في كلامهم بحمل النفي على نفي الصحة مع بقاء الحقيقة، حيث إنه بناءً على هذا

قد عرفت<sup>(١)</sup> الحال فيها(\*)).

يكون نفي الصحة مساوقاً لنفي الحقيقة.

و نتيجة ذلك: أنه لا يصح الاستدلال بالآية الشريفة على مملكية المعاطاة، إذ المفروض عدم كونها بيعاً حقيقياً.

(١) هذا دفع المناقشة المزبورة، و حاصل الدفع: أنه قد ذكرنا سابقاً: أن البيع ليس إلا إنشاء تمليك عين بمال، و لم يؤخذ في مفهومه قيد التعقب بالقبول فضلاً عن الإيجاب و القبول اللفظيين.

و يمكن أن يكون نظره بقوله: «قد عرفت الحال» إلى ما تقدم عن جامع المقاصد من قوله: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع و إن لم يكن كالعقد في اللزوم». و على التقديرين يكون البيع الفاسد بيعاً حقيقياً و إن لم يكن مؤثراً شرعاً.

هذا تمام الكلام في التقريب الأول و الثاني من وجوه الاستدلال بآية حل البيع، و بقي التقريب الثالث، و سيأتي بقوله: «فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً» فانظر.

(\*) لا يخفى أن البيع الفاسد و إن كان بيعاً عرفياً، لكن فساده شرعاً يمنع عن التمسك بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ و نحوه من أدلة نفوذ البيع و صحته، و المقصود من إثبات بيعية المعاطاة هو الاستدلال على صحتها بهذه الآية و نحوها. فجعل المنفي في معقد إجماع الغنية صحة البيع لا حقيقته: و إن كان متيناً في نفسه، لكنه ينافي التمسك بالآية المزبورة لكون المعاطاة بيعاً نافذاً، بل تصوير المعاطاة حينئذ كبيع المنابذة و الملامسة و نحوهما من البيوع الفاسدة الخارجة عن حيز عموم ﴿أحل الله البيع﴾ و الوجه في خروج المعاطاة عن العموم المزبور هو إجماع الغنية على عدم كونها بيعاً صحيحاً.

فتوجيه معقد الاجماع بإرادة البيع الصحيح ينتج ضد المقصود - الذي هو إثبات بيعية المعاطاة - حتى يصح الاستدلال لها بمثل ﴿أحل الله البيع﴾ فالأولى كما تقدم منع الإجماع أولاً، و منع حجيته بعد تسليمه ثانياً.

و بما ذُكِرَ<sup>(١)</sup> يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

### الدليل الثالث: آية التجارة عن تراض

(١) أي: من جعل متعلق الحلّ في آية حلّ البيع: التصرفات و ملازمتها شرعاً لصحة البيع و نفوذه يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ أ. وهذا هو الدليل الثالث مما تعرّض له المصنف رحمته من الأدلة على مملّكية المعاطاة. و قد سبقه في الاستدلال به المحقّق الكركي رحمته في كلامه المتقدم عن جامع المقاصد و تعليق الارشاد، و المحقّق الأردبيلي رحمته في شرح الارشاد. و لا يخفى أنّ الوجوه الثلاثة المشار إليها في الاستدلال بآية حلّ البيع تجري في هذه الآية المباركة أيضاً، و المهمّ منها فعلاً - بنظر الماتن - هو الوجه الأوّل، أعني به دلالة الآية بالمطابقة على حلية التصرف تكليفاً في المأخوذ بالتجارة عن تراض، و بالدلالة الالتزامية على صحتها و مملّكيتها، لأنّه رحمته أحال تقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة على ما ركّن إليه في آية حلّ البيع، فيقال: المعاطاة المقصود بها الملك تجارة عن تراض - إذ التجارة هي التصرف في رأس المال طلباً للربح - و التصرفات المملّكية المترتبة على التجارة جائزة، فالصرف في المأخوذ بالمعاطاة جائز، و هذا الجواز التكليفي يستلزم شرعاً صحة المعاطاة و مملّكيتها.

و كيف كان فوجوه الاستدلال بهذه الآية الشريفة متعددة، من جهة كون الأكل كناية عن التصرف أو عن التملك، و من جهة كون النهي في المستثنى منه مولوياً أو إرشاداً إلى الفساد، و كون الجواز في المستثنى إباحةً تكليفيةً أو إرشاداً إلى الصحة، و من كون الاستثناء متصلاً أو منقطعاً. لكن المهمّ منها إثنان، تعرض المصنف لأحدهما، و سيأتي ذكر الآخر في التعليقة

أ: النساء الآية: ٢٨

ب: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٨، مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٤٢

ج: مفردات ألفاظ القرآن الكريم للراغب الاصفهاني، ص ٧٣



إن شاء الله تعالى:

و توضيح الوجه المذكور في المتن منوط بالإشارة إلى أمرين:  
أولها: أَنَّ النهي في المستثنى منه ظاهر في حرمة الأكل تكليفاً، فيكون الجواز في  
المستثنى ظاهراً في الحلية التكليفية أيضاً.

ثانيها: أَنَّ متعلّق النهي و إن كان هو الأكل لكن لا يراد به ظاهره أي الازدراء المقابل  
للشرب قطعاً، بل المراد به التصرف في أموال الناس بغير حق، و مقتضى حذف المتعلق إرادة  
مطلق التصرف سواء أكان متوقفاً على الملك أم لا، إذ لا قرينة في الآية الشريفة على إرادة  
صنف خاص من التصرفات. و مقتضى المقابلة إرادة حلية كل تصرف - سواء توقف على  
الملك أم لا - في المأخوذ بالتجارة عن تراض.

قال في جمع البيان: «ذَكَرَ الأَكْلَ و أَرَادَ سائر التصرفات، و إنما خصّ الأكل لآفته معظم  
المنافع... إلى أن قال: و في قوله: بالباطل قولان: أحدهما: أَنه الربا و القمار و النجس و الظلم،  
عن السدي، و هو المروي عن الباقر عليه السلام. و الآخر: أَن معناه: بغير إستحقاق من طريق  
الأعواض، عن الحسن. قال: و كان الرجلُ منهم يتحرّج عن أن يأكل عند أحدٍ من الناس بعد  
ما نزلت هذه الآية إلى أن نسخ ذلك بقوله في سورة النور: و ليس عليكم جناح أن تأكلوا من  
بيوتكم... إلى قوله: أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتاً... إلى أن قال: و ثالثها: أَن معناه: أَخَذَهُ من  
غير وجهه، و صرفه فيما لا يحلّ له، إلا أن تكون تجارةً أي مباحةً».

و بوضوح الأمرين المتقدمين نقول في تقريب الاستدلال بالآية المباركة: إنّ «الأكل»  
كناية عن مطلق التصرف، إذ لا قرينة على إرادة فعل خاص، فيتعيّن إرادة مطلق التصرف،  
و المعنى حينئذٍ: أَنه لا تتصرّفوا في أموال الناس بالأسباب الباطلة، إلا أن يكون ذلك السبب  
تجارةً عن تراضٍ كالمعاطاة التي هي تجارة لغة و عرفاً. و الاستثناء من الحرمة التكليفية  
يقتضي الحلّ التكليفي، فتدل الآية بالمطابقة على حلية التصرفات - تكليفاً - المترتبة على

التجارة عن ترايض. و تدلّ على تحقق الملكية من أول الأمر - لا حين إرادة التصرف - بالملازمة العرفية. لأنّ السلطنة المطلقة على شيء لا تنفك عرفاً عن الملكية، وإن كانت الملكية قد تنفك عن السلطنة كالحجور لأحد موجبات الحجر من صيفر أو فليس أو جنون أو غيرها. وبالجملة: فوزان الاستدلال بهذه الآية المباركة وزان الآية المقدمة، غاية الأمر أنّ الاستدلال بهذه الآية لا يتوقف على التقدير، لكون متعلق الجواز مذكوراً وهو «الأكل» المراد به التصرف. بخلاف الاستدلال بتلك الآية، فإنه منوط بتقدير التصرفات. فالاستدلال بهاتين الآيتين على مملكية التجارة والبيع - الذي تكون المعاطاة من أفرادها - يكون بالدلالة الإلزامية الشرعية، لأنّ مدلولها المطابق هو حلية التصرفات تكليفاً كما عرفت (\*).

(\*) و يرد عليه - مضافاً الى ما أورد به على الاستدلال بآية حل البيع - أنّ عموم التصرفات للتصرفات الاعتبارية غير ظاهر، لأنّ الأكل الذي هو تصرف خارجي وإن لم يكن نفسه بمراد، إلاّ أنّ المتين من التعدي عنه هو التصرفات الخارجية. وأما التعدي الى التصرفات الاعتبارية المغايرة سنخاً للتصرفات الخارجية فلا قرينة عليه. والدلالة الالتزامية الدالة على الملكية لا يكفي فيها إباحة التصرفات الخارجية، فلا يصح الاستدلال بهذه الآية المباركة بالدلالة الالتزامية على مملكية المعاطاة التي هي تجارة عن ترايض.

و يرد عليه أيضاً ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته من: أنّ غاية مدلول الآية حلية التصرفات المترتبة على المعاطاة، وأما الملكية من أول الأمر فلا، لكفاية الملكية الآتية في حلية مطلق التصرف المتوقف على الملك.

وهذا الاشكال - الذي أورد به المصنف على الاستدلال بآية الحل - مخصوص بالتقريب الأول. وأما التقريب الثالث وهو دلالة الآية على الصحة بالملازمة العرفية بينها وبين الحلية فهو سليم عن هذا الاشكال، إذ المفروض أنّ العرف يُرتّب آثار الملك على المعاطاة من حين

التعاطي، سواء تصرف فيه بما يتوقف على الملك أم لا.

هذا ما يتعلق بالوجه الأول الذي استظهره المصنف رحمته من الآية الشريفة.

**الوجه الثاني** :- الذي لم يتعرض له في المتن - هو: أن المراد من الأكل التملك، فإنه الشائع بعد الصرف عن ظاهره، للقطع بعدم إرادته بالخصوص في المقام، لوضوح عدم إرادة خصوص المأكولات هنا، وهذا النحو من الاستعمال متعارف في القرآن الكريم وكلمات الفحصاء. وإرادة «التملك» أظهر من إرادة «التصرف» الذي هو مبنئ الوجه الأول. إذ «التجارة عن تراض» إنما تكون من الأسباب الناقلة للملك، فتملك الأموال لا بد أن يكون بها، فإن التجارة تناسب الملكية، لا مجرد جواز التصرف تكليفاً.

و كيف كان فمفاد الآية - بناءً على كون الأكل كنايةً على التملك - : أنه يحرم عليكم تملك أموال الناس إلا بالتجارة عن تراض. و المراد بالتجارة هي العرفية، كما هو شأن كل موضوع عرفي يقع في حيز حكم من الأحكام، و من المعلوم أن المعاطاة تجارة عرفية، فيشملها المستثنى، فيجوز تملك الأموال بالمعاطاة.

و عليه فالآية بهذا التقريب تدل بالدلالة المطابقة على المقصود و هو إفادة المعاطاة للملك. كما أن تقريب الاستدلال بها على الوجه الأول يكون بالدلالة الالتزامية، على ما عرفت مفصلاً.

بقي التعرض لأمر، و هو: أن الإستثناء متصل أو منقطع، و ما يترتب عليه من إفادة الآية حصر السبب المملك في التجارة عن تراض و عدمها، فنقول: لم يظهر من المصنف رحمته هنا أحد الأمرين، لكنه صرح بانقطاع الاستثناء في رد أدلة بطلان بيع الفضولي، و هو المحكي عن جمع من المفسرين. و الظاهر أنه كذلك، إذ لا معنى لكون التجارة عن تراض سبباً للملكية مع إنطباق عنوان الباطل عليها. فإن عقد المستثنى منه و إن دل على العموم، إذ ليس شيء من الأكل بالباطل مرخصاً فيه، لكنه لا يدل على حصر محلل الأكل في التجارة عن تراض.

و لا فرق في هذه الجهة بين كون «تجارة» مرفوعاً - كما عن الكوفيين - بناءً على أن «كان» تامة، يعني: إلا أن تقع تجارة عن تراض، إذ من المعلوم أن التجارة كذلك ليست من جنس

الباطل حتى يكون المعنى: «لأن تكون التجارة الباطلة تجارةً عن ترايض. و بين كون «تجارة» منصوباً - كما عن عاصم و حمزة و الكسائي - على أن يكون «كان» ناقصة، والتقدير: «لأن تكون التجارة تجارةً عن ترايض، أو: أموالكم أموال تجارة، بحذف المضاف و إقامة المضاف إليه مقامه.

و الحاصل: أن «التجارة عن ترايض» ضد الباطل، فلا تكون من جنسه حتى يكون الإستثناء متصلاً. فما في تقرير بحث السيد المحقق الخوئي رحمته: «من كون الاستثناء متصلاً، حيث قال المقرّر: «فإن كان الاستثناء متصلاً كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية كان مفاد الآية: أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب، فإنه باطل، إلا أن يكون ذلك السبب تجارةً عن ترايض، فتفيد الآية حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن ترايض» غير ظاهر، لأن «الباطل» يكون نعتاً للسبب المستفاد من الباء السببية، فالمعنى: أنه يحرم تملك أموال الناس بسبب باطل إلا أن يكون ذلك السبب الباطل تجارةً عن ترايض، إذ النعت قيد للمنعوت، و الاستثناء يكون من مجموع النعت و المنعوت، كقوله: «جاءني العلماء العدول، أو: أكرم العلماء العدول إلا زيدا» فإنه لا ينبغي التأمل في عدم صحة هذا الاستثناء إذا لم يكن زيداً عالماً عادلاً. و مجرد كونه عالماً لا يكفي في صحة هذا الاستثناء، لخروجه عن العام موضوعاً من دون حاجة إلى الإستثناء، بل الاستثناء حينئذٍ مستهجن عند أبناء المحاورة.

من غير فرق في ذلك بين التخصيص الفردي كالمثال، و بين النوعي كقوله: «أكرم العلماء العدول إلا شعراءهم، أو فلاسفتهم، أو البصريين منهم» أو غير ذلك من الأنواع، فإن هذا الإستثناء لا يصح إلا إذا كان المستثنى من العلماء العدول.

نعم إذا كان الكلام هكذا: «كل تجارة باطلة إلا تجارة عن ترايض» كان الاستثناء متصلاً، لكنه ليس كذلك، لأن «الباطل» في الآية الشريفة نعتٌ للموصوف المستفاد من الباء السببية، فالكلام يكون هكذا: «لا تنصرفوا في أموال الناس بالسبب الباطل، إلا أن يكون ذلك السبب

الباطل تجارةً عن تراخيص» وفساده غني عن البيان. هذا.

مضافاً إلى: أن اتصال الاستثناء وإن كان مقتضى القواعد العربية، لأنه إخراج حكمي متفرع على إندراج المستثنى موضوعاً في المستثنى منه، فالانقطاع منوط بقريته، إلا أنه يناط بعدم معارضته بأصل عقلائي آخر، فإن الحذف والتقدير خلاف الأصل، ولا وجه لترجيح أصالة الاتصال على أصالة عدم التقدير.

ثم إن مقتضى إنقطاع الإستثناء هو عدم جُل تملك أموال الناس بالأسباب الباطلة، وإناطة جُلّه بالتجارة عن تراخيص، فالمستفاد حينئذٍ من الآية الشريفة حكمان كليان، أحدهما: عدم كون الأسباب الباطلة مملوكة أو محللة. والآخر: كون التجارة عن تراخيص محللة أو مملوكة. وعليه فلا تدل الآية على إنحصار التصرف أو التملك بالتجارة عن تراخيص حتى يقال: بعدم صحة هذا الحصر، لوجود سبب آخر غير التجارة عن تراخيص كالهبة والصدقة والوقف وغيرها من الأسباب الناقلة للأموال، وأن هذا الحصر يوجب النسخ أو التخصيص المستهجن - كما في البلغة - حيث قال ﷺ ما ملخصه: أنه لو كان الإستثناء في آية التجارة عن تراخيص متصلاً لزم منه إما القول بالنسخ، وإما القول بكثرة التخصيص المستهجن، بداهة أن أسباب جُل الأكل ليست منحصرة بالتجارة عن تراخيص، بل يحل ذلك بالهبات والوقوف والصدقات والوصايا وأروش الجنائيات، وسائر النواقل الشرعية والإباحات، سواء أكانت الإباحة مالكية أم شرعية، فلا ملازمة حينئذٍ بين أكل المال بالباطل وبين ما لا يكون تجارةً عن تراخيص، فيمكن إنتفاء التجارة عن تراخيص مع كون أكل المال بالباطل لا بالباطل كالهبات والصدقات ونحوهما.

وإن دَفَع ﷺ هذا الاشكال بأن ما يحتاج تملكه بالقبول يندرج في التجارة عن تراخيص، لأن المراد بها هو الاكتساب عن تراخيص، ومن المعلوم صدقها على الهبة والوصية التمليلية بناءً على إعتبار القبول فيها، وكذا الصدقات المندوبة. وما لا يحتاج إلى القبول كالوقوف وأروش الجنائيات والوصايا - بناءً على عدم اعتبار القبول فيها - فلا بأس بالتزام التخصيص فيها، وليس

ذلك من التخصيص المستهجن<sup>أ</sup>.

بل يمكن أن يقال: بخروجها عن دائرة كل من المستثنى والمستثنى منه بالتخصيص، وذلك لأنَّ المستثنى منه في الآية المباركة هو تملك مال الغير بالاختيار بغير التجارة عن تراخيص، فالمستثنى هو تملك مال الغير بالتجارة عن تراخيص.

و على هذا فلا يندرج مثل الوقوف وأروش الجنابات في شيء من المستثنى والمستثنى منه، لعدم إندراجها في التملك الإختياري، فتخرج عن حريم مورد الآية رأساً، فلا يلزم شيء من محذوري النسخ و تخصيص الأكثر المستهجن.

لكن الانصاف أن هذا الجواب الذي اختاره السيد الخوئي رحمته أيضاً لا يخلو من تأمل، فإنَّ التجارة و إن لم تكن مرادفةً للبيع، لاقتضاء العطف في قوله تعالى: ﴿ لا تلهيهم تجارة ولا بيع ﴾ المغايرة بينهما، إلا أنَّ صدقها على قبول الهبة و الوصية التمليلية في غاية الغموض، إذ التجارة لغةً هي « المعاملة برأس المال بقصد الأسترباح » و صدقها على مجرد قبول المتهب و الموصى له محل تأمل. و عليه لا بد من الالتزام بالتخصيص كما يلتزم به في ما لا يعتبر فيه القبول كالوقوف وأروش الجنابات و الوصايا بناءً على عدم اعتبار القبول فيها.

و قد يقال: بعدم ارتكاب التخصيص في ما لا يتوقف على القبول كالوقوف و التملك بالخمس و الزكاة و نحوها، لخروجها عن دائرة المستثنى و المستثنى منه تخصصاً، وذلك لأنَّ المستثنى منه هو تملك مال الغير بالاختيار بغير التجارة عن تراخيص، فالمستثنى هو تملك مال الغير بالتجارة عن تراخيص. و على هذا فلا يندرج مثل الوقوف في شيء من المستثنى و المستثنى منه، لعدم كون التملك فيه إختيارياً، فتخرج عن حريم الآية رأساً، فلا يلزم شيء من محذوري النسخ و تخصيص الأكثر المستهجن.

إلاَّ أنَّه بشكل أيضاً بعدم إخصاص المستثنى منه بالتملك الإختياري و إن كان ظاهر الآية ذلك، فإنَّ تطبيق « الباطل » في عدة من النصوص على القمار و الربا و ما يؤخذ بحكم

## و أما قوله<sup>(١)</sup>: «الناس مسلطون على أموالهم»

### الدليل الرابع : حديث السلطنة

(١) هذا إشارة الى رابع الأدلة على مملكية المعاطاة، وإن ناقش المصنف في دلالته بما سيأتي بعد تقريب الاستدلال به، فنقول: قد إستدل بهذا النبوي على كون المعاطاة مفيدة للملك، بتقريب: أن المراد بتسلط الناس و قدرتهم على أموالهم هو نفوذ تصرفاتهم فيها، ومقتضى عموم السلطنة - المستفاد من الحكمة أو حذف المتعلق - نفوذ جميع التصرفات الخارجية والإعتبارية التي منها المعاطاة، ومن المعلوم أن نفوذ المعاطاة المقصود بها التملك هو كونها مملّكة كسائر الأسباب المملّكة. و المنع عن نفوذ المعاطاة في الملكية منافٍ لعموم السلطنة الذي يقتضيه الحديث.

حكّام الجور ونحوها مانع من الإختصاص المزبور، فالمنهي عنه ليس التملك، بل تملك المقامير حرام قطعاً بمقتضى التطبيق. و عليه فما عدا التجارة عن تراض مندرج في عقد المستثنى منه سواء أكان تملكاً أو تملكاً إختيارياً أو غير إختياري. و لافتر من الاشكال بالإنكار الحصر المترتب على اتصال الاستثناء.

**الأمر الثاني:** الظاهر أن المراد بالباطل ما لا سببية له واقعاً للأكل و التصرف، كما أن السبب الحق هو المؤثر في التملك و التصرف واقعاً، و ذلك لما أشرنا إليه من تطبيق الأكل بالباطل على القمار بمثل قوله **عَلَيْهِ**: «ذلك القمار»<sup>٣</sup> مع أنه سبب حق عرفي.

ومعه لا مجال لدعوى إرادة الحق و الباطل العرفيين، و حمل التطبيق على التخصيص أو التخطئة أو الحكومة. فإنّ لسان التطبيق أب عن حمله على أحد الامور المذكورة كما لا يخفى.

أ : بحارالانوار، ج ٢، ص ٢٧٢

ب : وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ١٢١، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث: ١٤، ونحوه الحديث:

فلا<sup>(١)</sup> دلالة فيه على المدعى، لأنَّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة<sup>(٢)</sup>.

(١) غرضه المناقشة في دلالة الحديث المزبور على مملكية المعاطاة. وحاصل المناقشة: أنَّ الاستدلال به على المقام منوط بعمومه لأسباب أنواع السلطنة وموجبات تحققها، حتى يقال: إنَّ تمليك المال بالمعاطاة من أنواع السلطنة المشمولة للحديث، فالتمليك بالبيع القولي كما يكون جائزاً كذلك البيع المعاطاتي.

لكنه ليس كذلك، لأنَّ المتيقن من الحديث هو السلطنة على أنواع التصرفات من البيع والهبة والصلح وغيرها من التصرفات الاعتبارية، فإذا شكَّ في قدرة المالك على نوع من أنواع التصرفات حكَّم له بالعموم المزبور. وأمَّا بالنسبة إلى سبب حصول ذلك النوع و أنَّه هل يحصل بفعل أو قولٍ خاصٍ أم لا؟ فلا يتمسك لذلك بالعموم المذكور، لأنَّ الحديث مهمل بالنسبة إليه، فهو مجمل من هذه الجهة، وإن كان مطلقاً من جهة أنواع التصرف. ولما كان الشك في مملكية المعاطاة شكاً في السبب لم يكن للحديث إطلاق من هذه الهيئة حتى يتمسك به ويثبت به سببية المعاطاة للتمليك.

وإن شئت فقل: القدرُ المسلم من العموم هو العموم بحسب الكم لا بحسب الكيف، فلا وجه للاستدلال بالحديث لمشروعية الأسباب. ومن هنا إشتهر أنَّ قاعدة السلطنة ليست مشرَّعة للأسباب، بل هي في مقام جواز المسببات - وهي الأمور الاعتبارية كالهبة والصلح - وعدم حصر المالكين عن أنواع التصرفات في أموالهم، والتقلب فيها، فإذا دلَّ دليلٌ على إعتبار اللفظ مثلاً في البيع وأنَّ النقل لا يتحقق إلا بصيغةٍ مخصوصةٍ لم يكن ذلك منافياً لقاعدة السلطنة ومخصّصاً لها.

وبعبارة أخرى: سببية شيءٍ لحصول نوع ثابت من السلطنة تكون حكماً، وقاعدة السلطنة لا تُشرَّع الحكم، ولذا قيل: أَنَّهُ ﷺ قال: «ان الناس مسلطون على أموالهم» لا على أحكامهم بحيث تكون سببية الأسباب تحت سلطنتهم.

(٢) كالبيع والصلح والهبة والمزارعة والمساقاة ونحوها، فعموم السلطنة - المستفاد من الحكم أو حذف المتعلِّق - لا يُجدي في الأسباب.



فهو<sup>(١)</sup> إنما يُجدي فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعاً في حقه أم لا، أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه ماضية شرعاً، لكن شك في أن هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد<sup>(٢)</sup> أم لا بدّ من القول الدال عليه<sup>(٣)</sup> فلا يجوز<sup>(٤)</sup> الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم.

و منه<sup>(٥)</sup> يظهر أيضاً عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة.

(١) أي قوله ﷺ : «ان الناس مسلطون» إنما يُجدي في دفع الشك عن نوع

التصرف.

(٢) أي: قصد التمليك قصداً مجرداً عن اللفظ.

(٣) أي: على التمليك.

(٤) جواب «أما إذا قطعنا» و هذا متفرّع على عدم كون الحديث ناظراً إلى الأسباب، حيث إن النظر إلى المسببات - وهي أنواع التصرفات - غير النظر إلى الأسباب، فإنّ تشريع السلطنة على البيع - أي التمليك - ليس ناظراً إلى تشريع أسبابه، فالاستدلال بالحديث المزبور لإثبات كون المعاطاة مفيدة للملك غير تام.

و بالجملة: فالحديث مهمل بالنسبة الى الأسباب، فلا يصح الاستدلال به لسببية

المعاطاة للتمليك.

(٥) أي: ومن عدم كون الحديث ناظراً إلى الأسباب يظهر أيضاً عدم جواز التمسك به في

مقام آخر، و هو نفي ما يشك في إعتباره في الصيغة، لوحدة المناط، يعني: كما لا يجوز التمسك بالحديث لسببية المعاطاة للتمليك، كذلك لا يجوز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة، إذ المفروض عدم كون الحديث ناظراً إلى الأسباب التي منها المعاطاة و البيع القولي، فلا يجري فيه أصالة العموم أو الإطلاق حتى يصح التمسك به لنفي الشك في شرطيّة شيء؛

في الصيغة (٥).

(٥) ينبغي البحث هنا في جهتين: الأولى في سند الحديث، والثانية في دلالة. أما الأولى فحاصل الكلام فيها: أن النبوي المزبور رواه العلامة المجلسي قده في البحار عن عوالي اللثالي<sup>٣</sup>، ورواه ابن أبي جمهور في مواضع أربعة من عواليه. فرواه تارة عن كتب بعض الاصحاب. وأخرى عن بعض كتب الشهيد، وثالثة عن الفاضل المقداد، ورابعة عن ابن فهد الحلبي. والواسطة بين ابن أبي جمهور و هذه العدة من الفقهاء هم من الأعلام الثقات المذكورين في مقدمة الكتاب في عداد مشيخته.

إلا أن الحديث مرسل، إذ لم يذكر له في كتبهم سند حتى يفحص عن رجاله، فالتعويل عليه في استنباط الحكم الشرعي منوط باحراز عمل المشهور به حتى يُطمأن بصدوره عنه صلى الله عليه وآله وسلم، بناء على المبني المنصور من كون عمل المشهور برواية ضعيفة سنداً جابراً لضعفها، وإعراضهم عن رواية صحيحة موهناً لها.

والظاهر إعتقاد الفقهاء على هذه الرواية و اسنادها إليه صلى الله عليه وآله وسلم بعنوان «قال» لا «روي عنه» حتى من دأبه نقد أسناد الأحاديث و تمييز صحيحها عن سقيمها.

و الذي ظفرتُ عليه في كتب الفقه الاستدلالية هو: أن أول من أسند الحديث الى المعصوم عليه الصلاة و السلام هو العلامة في المختلف، حيث قال في مسألة جواز تفضيل بعض الأولاد في العتية -رداً على ابن الجنيد-: «فان قصد بذلك التحريم فهو ممنوع، للأصل، و لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم... الخ» و قريب منه قوله في التذكرة في كراهة

أ : بحار الانوار، ج ٢، ص ٢٧٢

ب : عوالي اللثالي، ج ١، ص ٢٢٢، رقم الحديث: ٩٩، و ص ٤٥٧، رقم: ١٩٨، و ج ٢، ص ١٣٨،

رقم: ٢٨٣ و ج ٣، ص ٢٠٨، رقم: ٤٩

ج : مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٧٨

الاحتكار: «و لأنَّ الانسان مسلط على ماله» أ.

و تكرر ذكر الحديث في كتب من تأخر عنه كالمحقق الأردبيلي، ففي شرح الارشاد: «و النقل مثل قوله ﷺ: الناس مسلطون على أموالهم» ب<sup>١</sup> و جعله من القواعد المسلّمة في مواضع ج.

و كذا الشهيد الثاني، حيث ذكر الحديث كدليل على الحكم في مواضع د<sup>٢</sup>، و رماه في موضع آخر بضعف السند ه.

و قال الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر: «و أما إذا أراد أن يحفر بئراً في داره و أراد جأزه أن يحفر لنفسه بئراً بقرب ذلك لم يمنع منه، بلا خلاف في جميع ذلك، و إن كان ينقص بذلك ماء البشر الأولى، لأنَّ الناس مسلطون على أملاكهم» و<sup>٣</sup>. و المظنون قوياً أنه نقل الحديث بالمعنى.

و لم أجد في كلمات القدماء إستنادهم الى هذا الحديث، إلا أنه نسب فخر المحققين رحمتهما في موضعين من الشرح إلى جماعة كالمفيد و أبي علي و ابن البرج و ابن ادریس الاستدلال به، فقال في كراهة التفرقة بين أم الولد و ولدها قبل الاستغناء: «احتج القائلون بالكراهة و بالأصل، و قوله ﷺ: الناس مسلطون على أموالهم» د.

و كذلك نسب الفاضل الآبي الى ابن ادریس إستدلاله في هذه المسألة بحديث

أ : تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٨٩

ب: مجمع الفائدة والبرهان، ج ٩، ص ٣٥٨

ج : لاحظ المصدر، ص ٢١٤، ٢٤٣، ٣٨٠، ٣٩٠

د : مسالك الافهام، ج ٦، ص ٢٨، ١٣٥، ٣١٤

هـ : مسالك الافهام، ج ٦، ص ٣١٠

و : المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٢٧٢، السرائر، ج ٢، ص ٣٨٢

ز : ايضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٤٤

### السلطنة أ.

و قال فخر المحققين في مسألة خروج منجزات المريض من الأصل أو الثلث: «و احتج القائلون بالثاني -أي بالخروج من الأصل- بأنه مالك، و الأصل جواز تصرف المالك في ملكه، لعموم قوله عليه السلام: الناس مسلطون على أموالهم. و الجواب أن العام يخص بالخاص»<sup>ب</sup> و عدم ظفرنا باستدلال مثل المفيد في المقنعة و ابن ادريس في السرائر لا ينافي حجية إخبار فخر المحققين عليه السلام بأنهم احتجوا على الحكم بهذا الحديث، و لم يقل: «و يحتج لهم» حتى يحتمل استنادهم الى حجة أخرى، لكونه من باب عدم الوجدان الذي لا يدل على عدم الوجود.

فدعوى حصول الاطمينان من مجموع ما ذكرناه -و لم نذكره من كلمات الفقهاء -بعمل المشهور بهذا الحديث في أبواب عديدة من الفقه الشريف قريبة جداً. نعم لا يتوقع العمل به ممن يقتصر في حجية الخبر على الوثوق المخبري خاصة في الأخبار الأحاد كصاحب المدارك و من هذا حدّوه، لكن المبنى كفاية مطلق الوثوق بالصدور سواء نشأ من وثاقة الرواة -مع العمل بالمضمون -ام من فتوى المشهور به. هذا.

و قد يناقش في سند الحديث بما في تقرير السيد الخوئي عليه السلام من منع انجبار ضعفه بعمل المشهور بما محصله: أنّ الشهرة إن كانت بنفسها حجة أخذ بها، و إلا فإنّ ضمّها إلى غير الحجة لا يوجب الاعتبار، و قد إشتهر أنّ فاقد الشيء لا يكون معطياً له. و احتمال إطلاع المشهور على قرائن تدل على صدور الرواية و لم نظفر بها غير مفيد. مع أنّه منقوض بتصریحهم بعدم إنجبار ضعف الدلالة بعمل المشهور مع وحدة الملاك في البابين. و احتمال الاطلاع على القرائن مشترك بينهما. هذا بحسب الكبرى. و أما خصوص هذا النبوي فلما فيه من احتمال إستنادهم في فتياهم بصحة البيع المعاطاتي الى غيره من الوجوه التي استدلت بها

أ : كشف الرموز، ج ١، ص ٥١٤

ب: ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٩٤

على ذلك. مضافاً إلى أن المشهور بين القدماء هو القول بالاباحة، فلا شهرة على إفادة الملك حتى يدعى استنادهم إلى حديث السلطنة كي ينجير ضعفه سنداً.

لكنه غير ظاهر. أما بحسب الكبرى فلأن المدعى حصول الوثوق بالصدور تكويناً من عمل المشهور برواية ضعيفة، و موضوع دليل حجية الخبر الواحد هو الخبر المفيد للوثوق به سواء أكان خبرياً أو مخبرياً. و الدليل على اعتبار الشهرة إنما يحتاج إليه لو كان الترجيح بها تعدياً و لو لم تكن مفيدة للوثوق، فيقال: إن المرجحية فرع الحجية.

و لا فرق في حصول هذا الوثوق العقلاني بين الجهل بحال رواة الحديث، و الجرح فيهم، و عدم معرفتهم رأساً كما في المرسلات، لما عرفت من أن مناط الحجية هو الوثوق.

و أما التقص بغير ضعف الدلالة فهو كما ترى قياس مع الفارق، لأن الدلالة عبارة عن ظهور اللفظ في المعنى، و لا بد من إحراز هذا الظهور بالوجدان لكل من يريد الأخذ بالكلام الاحتجاج به، إذ لو لم يكن ظاهراً كان من المجمل الذي لا يكون حجة عند العقلاء، و لذا قيل: إن المجمل و المبيّن من الأمور الإضافية، إذ ربما يكون لفظ ظاهراً في معنى عند شخص، و غير ظاهر فيه عند آخر.

و عليه فكون لفظ ظاهراً عند شخص أو جماعة لا يوجب حجيته عند من لا يرى اللفظ ظاهراً في المقصود، لعدم بناء العقلاء - الذي هو دليل حجية الظواهر - على حجية كلام لا ظاهر له بنظر شخص و إن كان له ظاهر بنظر غيره.

و هذا بخلاف الصدور، فإن العمل ممن له تثبت و خبرة بكلام يكشف عن صدوره من متكلمه، و يكون العمل محرراً لصدوره بنحو يوثق به، و المفروض أن الوثوق بالصدور هو مناط الحجية. و لو فرض كون العمل في مقام موجباً للظهور العرفي بنظر شخص آخر لم نضايق في حجيته.

و بالجملة: الظهور مترتب على دلالة تصورية لمفردات الجملة الكلامية، و تصديقية

للهيئة الحاصلة من ضمُّ المفردات بعضها إلى بعض، و الظهورات أمور وجدانية لايد من حصولها عند كل من يتمسك بكلام. ولو فرض حصوله بعملهم كان حجة ببناء العقلاء لأنَّ عمل المشهور حينئذ جهة تعليلية لحصول الظهور. نظير قول اللغوي، و لا نغني بهذا حجية إستظهار شخص - و فهمه من الكلام - على غيره تعبدًا.

**و أما حسب الصغرى فلكفاية عمل المشهور برواية في مورد واحد في تحقق الجبر، و لا يعتبر إستادهم إليها في جميع المقامات، و عليه فذهاب المشهور الى الاباحة في المعاطاة و اعتمادهم على غير حديث السلطنة لا يوجب قدحاً في إنجبارهم إذا أحرز عملهم به في مسأله أخرى، لا تصافه بالحجية بعملهم به إجمالاً. و عدم إستدلال المشهور به في غير ذلك المورد - لعدم دلالة بنظرهم على غير ما فهموه منه - غير قادح في حجية سنده.**

**فالمتمحصل:** أن إنجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور - إذا كان الاستناد موجباً للوثوق تكويناً بصدوره - مما لا ينبغي الارتباب فيه، و إن لم يكن إستادهم إليه توثيقاً للرواة، إذ المدار في الحجية هو الوثوق بالصدور و إن لم يحصل وثوق بالرواة.

فتلخص: أن الأشكال كلّه في إحراز عمل المشهور بخصوص هذا النبوي لا سيماع كون قاعدة سلطنة الناس على أموالهم أصلاً عقلاً متبعاً عندهم في جميع الأعصار و الأمصار. و أما تصحيح السند بما أثبتة ابن أبي جمهور في مقدمة العوالي «من رواية جميع أحاديث كتابه بطرق متعددة عن مشايخ الحديث، و منهم إلى الأئمة المعصومين عليهم الصلاة و السلام فيصير هذا النبوي مستنداً لا مرسله فلا يخلو من تأمل ذكرناه في ما يتعلق بأحاديث قاعدة الميسور من شرح الكفاية. هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

**و أما الجهة الثانية - و هي دلالة الحديث - فمحصّل الكلام فيها: أنه يحتمل فيه وجوه ثلاثة، ذهب الى كل منها ذاهب:**

**الأول :** تشريع السلطنة للمالك على أنحاء التصرفات كمأ و كيفاً - كما هو مبنى الاستدلال به على مملّكية المعاطاة - فإذا شك في جواز بيع ماله أو في كيفية بيعه كالمعاطاة

و الصيغة الملحونة أمكن دفع الشك بهذا الحديث، فإن أصل البيع وكيفية إنشائه تصرّف في المال، مشروع بمقتضى جعل السلطنة. ويستفاد عموماً لجميع التصرفات من حذف المتعلق وهو التصرف، إذ السلطنة التشريعية على الأموال كناية عن السلطنة على التصرف فيها، وحذف المتعلق يفيد العموم، فيدل الحديث على إمضاء جميع الأسباب المتداولة عند العرف، كدلالة آية جَلِّ البَيْعِ على إمضاء البيوع العرفية.

و مال إلى هذا الوجه السيدان صاحباً البلغة و العروة تتبعاً . بل هو ظاهر إستدلال صاحب الجواهر تتبعاً على مشروعية المعاطاة المقصود بها الإباحة مع التصريح بها ولو بالقرائن، حيث قال: «العموم تسلط الناس على أموالهم»<sup>أ</sup>. بل هو مقتضى كلام المصنف تتبعاً في أوّل نسيبها المعاطاة: «و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيتها بعموم: أن الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة نفي شرطية غير ما ثبتت شرطية».

**الثاني:** أن الحديث في مقام تشريع أنحاء التصرفات كماً - لا كيفاً - فللمالك السلطنة على بيع ماله و إجارته و هبته و الصلح عليه و نحوها، فلو شك في مشروعية الهبة - مثلاً - جاز التمسك لإثباتها بالحديث. ولكن لو شك في اعتبار صيغة خاصة فيها أو حصولها بالتعاطي لم يكن الحديث متكفلاً لهذه الجهة لعدم كونه في مقام تشريع الأسباب و تنفيذها. و هذا الوجه هو مختار المصنف تتبعاً هنا.

**الثالث:** أن الحديث في مقام بيان سلطة المالك - بما هو مالك - على التصرفات المشروعة في أمواله في مقابل الحجر، فالمالك غير محجور عن التصرف في ماله، فليس الحديث في مقام تشريع السلطنة لا كماً و لا كيفاً، حتى يتمسك به لرفع الشك في أصل جواز تصرف خاص في المال و لا في كيفية وقوعه، بل لا بد من إحراز مشروعية التصرفات و أسبابها بوجه آخر، و يقتصر مدلول الحديث على إثبات استقلال المالك في تصرفاته المشروعة، و عدم توقفها على إجازة الغير. مثلاً إذا شك في استقلال الزوجة في هبة شيء من مالها كان الحديث دالاً على استقلالها و عدم توقف هبتها على إمضاء الزوج. و أمّا إذا شك في أن للمالك

هبة ماله أو شك في التسبب إليها بالفعل كما يتسبب إليها بالاجاب والقبول اللفظيين لم يصح التمسك بهذا الحديث في شيء من المقامين.

و هذا الوجه مختار المحقق الخراساني رحمته في حاشية الكتاب<sup>أ</sup> و ارتضاه بعض الأعاظم.

و لعلّه يستفاد من كلام المصنف رحمته في التنبيه الرابع، حيث قال - في ردّ التمسك بالحديث لإثبات الملك التقديري جمعاً بينه و بين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك - مالفته: «بأنّ عموم الناس مسلطون على أموالهم إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم، لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كلّ تصرف جائز شرعاً، فالإباحة و إن كانت مطلقة، إلّا أنّه لا يُباح بتلك الإباحة المطلقة إلّا ما هو جائز بذاته في الشريعة». لصراحة كلامه رحمته في عدم مشرعية الحديث للتصرف المشكوك حكمه.

و هنا احتمال رابع حكى عن المحقق الرشتي و أفاده المحقق الإيرواني رحمته و هو: كون الحديث أضيّق مدلولاً مما تقدم، فإنّ ظاهر تسلّط المالك على التصرف في ماله مع بقاء الموضوع و هو المال، و من المعلوم أنّ إخراج المال - عن إضافته الى المالك - ليس تصرفاً في المال المضاف الى مالكه، لأنّه من قبيل إعدام الموضوع بالحكم<sup>ب</sup>، فالحديث قاصر عن إثبات جواز التملك. هذا.

هذه احتمالات الحديث ثبوتاً. و قد عرفت أنّ لكلّ منها قائلاً، و لا بد من عطف عنان البحث الى مقام الاستظهار، فنقول و به نستعين:

يستدل للقول الأوّل بوجهين:

أحدهما: أنّه مقتضى عموم المتعلق المحذوف - و هو التصرف - فإنّ كلّ ما يُعدّ تصرفاً للمالك في ماله يكون نافذاً و مسلطاً عليه، و من المعلوم أنّ البيع المعاطاتي تصرف في المال،

أ: حاشية المكاسب، ص ١٢ و ١٤

ب: حاشية المكاسب للسيد الاشكوري، ص ١٠. حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج ١ ص ٧٧



فالمالك مسلط عليه، ولا معنى لسلطته عليه إلا جوازه و نفوذه شرعاً. و بيانه: أن هنا أموراً ينبغي الالتفات إليها:

أحدها: أن السلطنة تشريعية لا تكوينية.

ثانيها: ظهور السلطنة في الوضع، لعدم السلطنة على التكليف الشرعي كما هو واضح، فلسلطنة المالك على التصرف في ماله عبارة عن نفوذ تصرفاته في ماله و إمضائها. ثالثها: أن الأصل في الكلام التأسيس لا التأكيد، فإنه خلاف الأصل، فيُقدّم عليه عند الدوران بينهما.

رابعها: أن حذف المتعلق يفيد العموم كما في مثل قوله **الغالب**: «الماء يطهر، ولا يطهر» إلا إذا كان هناك قرينة على خلافه.

إذا تحققت هذه الأمور كان مقتضاها الإطلاق كماً و كيفاً، إذ لا قرينة على إرادة تصرف خاص من متعلق السلطنة، و حذفه يفيد العموم، و حمله على خصوص الأنواع دون أسبابها - كما عليه المصنف هنا - بلا قرينة، بل الحذف و التأسيس قرينتان على العموم، إذ لو حُمل على خصوص الأنواع - دون أصناف كل منها - لزم كون الحديث مؤكداً لا مؤسماً. و من المعلوم أن نقل المال الى شخص بالمعاطاة أو بغيرها ممّا يراه المالك سبباً للنقل تصرف في ماله، و هو - بمقتضى عموم الحديث - مسلط على هذا التصرف، و منع المالك عنه يُنافي عموم السلطنة. و بعبارة أخرى: أن منع الإطلاق في الحديث يوجب إنسداد باب التمسك بالإطلاق، و مجرّد احتمال الإهمال لا يقتضي رفع اليد عن ظاهر الكلام الذي هو كافٍ في إحرازه، من دون حاجة الى الإحراز القطعي الموجب لانسداد باب الاطلاق. و من المعلوم أن إطلاق السلطنة يشمل جميع أبحاثها حتى إخراج المال عن ملكه كابقائه، إذ لا فرق - في نظر العقلاء - في السلطنة على المال بين الإبقاء و الإخراج و لو بالإعراض، ضرورة كون كل منهما من حصص السلطنة التي موضوعها إضافة المال الى المالك، و الإخراج يتعلق بهذه الاضافة، و في الرتبة المتأخرة تزول الاضافة. نظير العتق و الوقف، فإنهما يتعلقان بهذه الاضافة مع انعدامها في الرتبة المتأخرة.

و الكاشف عن هذا الإطلاق جواز التصريح به و بتقييده: بأن يقال: المالك مسلط على التصرف الإبقائي و الإخراجي إلا التصرف الكذائي.

و الحاصل: أنه لا ينبغي التأمل في كون الإبقاء و الإخراج من حالات الملك إعتباراً. و من أنحاء التصرفات التي يشملها إطلاق دليل السلطنة. فلا فرق في ثبوت السلطنة على المال لمالكة بين التصرفات أصلاً من إعدام المال و إتلافه بأكلٍ و شربٍ و ضيافة. و من إخرجه عن ملكه مع بقاء عينه كبيعته و هبته. فإن من راجع العقلاء في معاملاتهم مع أموالهم يرى أنهم يُثبتون السلطنة للمالك على إبقاء المال و إخرجه على نهج واحد.

**الوجه الثاني:** ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته الله فإنه - بعد أن أورد على المتن من «جعل حقايق المعاملات أنواع السلطنة» بأن السلطنة المجعولة هي القدرة على التصرفات المعاملية المتحققة بترخيص الشارع تكليفاً و ضعاً. فتحقق بالترخيص تكليفاً القدرة على إيجادها بما هي عمل من الأعمال. و بالترخيص وضعاً القدرة على المعاملة بما هي معاملة مؤثرة في مضمونها. فالتصرفات متعلقات السلطنة لا عينها و أنواعها - قال ما محصله: إن إطلاق الحديث لا يكون بلحاظ الكم خاصة. بل إطلاقه بلحاظ الكيف أقوى منه بلحاظ الكم، وذلك لأن السلطنة على البيع مثلاً باعتبار تخصصها بمتعلقها تكون حصّة من طبيعي السلطنة، و لما كان البيع المتحقق بالمعاطاة حصّة من طبيعي البيع قطعاً كانت السلطنة على هذه الحصّة حصّة من طبيعي السلطنة، فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكليفي و الوضعي لذي المال - و هو المحقق لحقيقة السلطنة - فلا محالة تكون الأسباب ملحوظة إما ابتداءً و بنفسها، أو تتبع لحاظ المسببات المفروضة حصصاً، و بهذا الاعتبار لها نفوذ و مضي، كما هو مقتضى إعراف الماتن بقوله: «ثابتة للمالك و ماضية في حقه شرعاً» و لا نفوذ و لا مضي إلا بملاحظة الأسباب و لو من حيث القيدية المحصّصة للتملك و المحصّصة للسلطنة.

و لعل هذا الوجه أقوى من سابقه في إثبات السلطنة المطلقة كمّاً و كيفاً، بلحاظ أن

مقتضى إطلاق السلطنة على البيع هو السلطنة على كل حصّة من طبيعي البيع. ويتعين المصير إليه لولا النقص - الآتي بيانه - المانع عن الالتزام بالإطلاق أصلاً.

و يستدل للقول الثاني بأنّ دليل السلطنة يُثبت أنحاء السلطنة على المال بما هو مضاف الى مالكة، فكل سلطنة راجعة الى هذه الإضافة جائزة و نافذة، بخلاف ما لا يرجع الى ذلك، بل يرجع الى الحكم الشرعي، فإنّه لا موجب لإثباته، إذ لم يرد «الناس مسلطون على أحكامهم» و الشك في إعتبار الصيغة أو غيرها مما يتعلّق بالسبب يرجع الى الحكم الشرعي، و هو كون الفعل كالقول سبباً للنقل و الانتقال، و من المعلوم أنّه أجنبي عن حيثية إضافة المال الى مالكة، فلا يندرج تحت سلطنة المالك على ماله، بل هو من الأحكام المقرّرة شرعاً أو عرفاً، فلا بد فيه من الرجوع الى الشرع أو العرف.

و بالجملة: ليس كون شيء سبباً لتحقق البيع أو الهبة أو كون الإعراض مُزيلاً للملكية من حدود السلطنة و شؤونها حتى يشمله دليل السلطنة، فدليل السلطنة يشمل المسببات دون الأسباب، و إطلاقها بالنسبة الى جميع أنحاء التصرفات المترتبة على إضافة المال الى مالكة محكّم، لا ما يكون أجنبياً عن هذه الحيثية، مثل دخل العربية و نحوها في سببية البيع مثلاً للتملك.

و يستدل للقول الثالث: بأنّ إضافة المال الى المالك حيثية تقييدية في حكم الشارع بالسلطنة و تصلح قرينةً على عدم إرادة العموم في المتعلق، و أنّ المراد به خصوص الأحكام الراجعة الى المالك من حيث كونه مالكاً، كما إذا شكّ مثلاً في نفوذ هبة المالك ماله بدون إذن أولاده أو ولاة أمره، و أنّه يفترق هذا التصرف الى إذنه أم لا؟ فيدفع الشك المزبور بهذا الحديث الدال على إستقلال المالك في تصرفاته المشروعة، و عدم كونه محجوراً عنها، و ليس للغير مزاحمته فيها.

و أمّا الأحكام الشرعية - المتعلقة بالمال - التي لا ربط لها بحيثية إضافته الى المالك فليس الحديث متكلفلاً بها و لا ناظراً إليها. و من المعلوم أنّ جواز بيع المالك ماله للغير

و تملكه إياه حكم شرعي غير مرتبط بالمالك من حيث كونه مالكاً. وكذا سببية المعاطاة للتملك ليست من أحكام إضافة المال الى المالك حتى يتمسك بإطلاق السلطنة لإمضاها.

فمعنى الحديث - والله العالم - أن للمالك كل تصرف له مشروعيته في ماله، بلا حاجة الى مراجعة شخص آخر، فتصرف المالك نافذ بالاستقلال.

و هذا هو السُر في عدم تمسك أحد من الأصحاب بهذا الحديث لجواز أكل ما يشك في حلية لحمه كالإرب المملوك، بدعوى إطلاق السلطنة على المال لكل تصرف خارجي و اعتباري.

بل مقتضى إطلاق مشرعية الحديث وقوع المعارضة بينه وبين أدلة بعض المحرّمات كحرمة أكل الطحال ونحوه من أجزاء حيوان مأكول اللحم، و حرمة شرب العصير العنبي قبل ذهاب ثلثيه، بتقريب: أن إطلاق السلطنة قاضٍ بجواز الأكل والشرب وبصحة بيعهما، و دليل حرمة الأكل والشرب شامل لما إذا كانا مملوكين أو مغصوبين أو مرخصاً فيهما من قتل مالكيهما، فيتعارض الاطلاقان بالعموم من وجه في الطحال والعصير المملوكين، و يتساقطان لفقد المرجح، فتصل النوبة الى عمومات الجَل، و هذا مما لا يظن أن يجتري عليه متفقه فضلاً عن فقيه.

و التلخص من هذا النقص منوط بقصر مدلول الحديث على جعل إستقلال الملاك في تصرفاتهم المشروعة في أموالهم و عدم حجرهم عنها.

نعم يُشكل هذا الوجه الذي ركن إليه المحقق الخراساني رحمته - و ربما استفيد من كلام المصنف رحمته أيضاً - بما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من: أن المقتضي للسلطنة هو إضافة المال الى مالكه، و المقتضى هو القدرة المجعولة تكليفاً و ضعاً، و لا مانع من الإخبار بثبوت السلطنة بمجرد ثبوت مقتضيهما سواء أكانت هي فعلية أم شأنية، لوجود مانع كالصفر و الفلّس و نحوهما. و أمّا الحجر فهو مانع عن فعلية السلطنة، و لم يعهد الإخبار عن عدم المانع عن الشيء بمجرد ثبوت مقتضيه، فإن عدم المانع يستند الى عدم سببه لا إلى وجود المقتضي و هو الملكية.

و عليه فلا وجه لحمل الحديث - الظاهر في جعل السلطنة التي تقتضيها الملكية - على بيان أمر عديمي وهو الحجر المانع عن نفوذ تصرفات المالك.

لكن يمكن أن يقال: إنه لا غرابة في إستظهار إستقلال المالك و عدم حجره من الحديث، إذ لو كانت إضافة الملكية حثية تعليلية في جعل السلطنة بأن كانت العبارة «الناس مسلطون على أموالهم لأنها أموالهم» أمكن إستبعاد إسناد عدم الحجر الى تمامية المقتضي، بناءً على جريان حديث المقتضي و المقتضى في موضوعات الأحكام الشرعية. مع أن مقام الاستظهار من الخطابات الملقاة الى العرف مقام آخر، فالمهم قابلية اللفظ للمراد، و تعارف إفادته به، و لا مانع من إرادة عدم الحجر و حرمة المزاحمة من قوله عَلَيْهِمُ : «الناس مسلطون على أموالهم».

و لو فرض عدم تمامية ما أفاده المحقق الخراساني رَضِيَ من سوق الحديث بحسب ظهوره الأولي في الاحتمال الثالث دار الأمر بين سقوطه رأساً بعد تعذر الأخذ بمشرعيته لأنواع التصرفات و أسبابها، و بين حملة على إفادة مجرد إستقلال الملاك في تصرفاتهم المشروعة في أموالهم، و الظاهر أنه المتعين.

هذا مضافاً إلى: تقييد الإطلاق من حيث السبب بما دلّ على حرمة أكل أموال الناس بالباطل واقعاً، و سيأتي توضيحه في أدلة اللزوم إن شاء الله تعالى.

وقد تحصل من هذا البحث الطويل الذيل أمور:

**الأول:** إعتبار الحديث سنداً بعمل المشهور و إرسالهم إياه إرسال المسلمات.

**الثاني:** أنه لا يستفاد من الحديث أزيد من استقلال المالك في الصرف، لا مشرعياً كماً

و كيفاً.

**الثالث:** أنه لا فرق في سلطنة المالك على ماله في التصرفات المشروعة بين التصرف

المزيل لعلقة الملكية و المَبْقِي لها.

**الرابع:** أنه لا مانع من التمسك باطلاق السلطنة عند الشك في ورود دليل على منع

المالك عن بعض أبحاثها، لأن مرجعه الى الشك في وجود المانع، و الإطلاق يدفعه.

و كيف كان<sup>(١)</sup> في الآيتين<sup>(٢)</sup> مع السيرة<sup>(٣)</sup> كفاية.  
اللهم إلا أن يقال<sup>(٤)</sup>: إنها<sup>(٥)</sup> لا تدلان(\*) على الملك، وإنما تدلان على إباحة  
جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك، كالبيع و الوطي و العتق و الإيضاء،

---

(١) يعني: سواء تمّ الإستدلال بحديث السلطنة على مملّكية المعاطاة أم لم يتم، لما عرفت  
من المناقشة في دلالته، لعدم كونه ناظراً الى تشريع السلطنة على الأسباب حتى يؤخذ  
بإطلاقه.

(٢) و هما آية جِلّ البيع، و التجارة عن تراض، لأنّ حلية مطلق التصرفات تستلزم  
شراً مملّكية المعاطاة.

(٣) أي: السيرة العقلانية المستمرة الى عصر المعصومين عليه السلام، المضاة بعدم الردع  
عنها.

إلى هنا تعرّض المصنف رحمته لأدلة أربعة على إفادة المعاطاة للملك، و اختارَ وفاء ثلاثة  
منها بالمقصود، و ناقشَ في دلالة حديث السلطنة كما عرفت مفصلاً.

(٤) مقصوده من هنا إلى قوله بعد أسطر: «فالأولى التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً  
من جِلّ البيع صحته شرعاً» الخدشة في دلالة الآيتين و السيرة على إفادة المعاطاة للملك من  
حين التعاطي.

(٥) أي: أنّ الآيتين لا تدلان على الملك - من أوّل الأمر - الذي إدعاه المحقق الثاني  
و وافقه المصنف بقوله: «لا يخلو من قوة»، و ليُعلم أنّ مناقشته في الآيتين ليست بمعنى كونها  
أجنبيتين عن تأثير المعاطاة في الملكية رأساً كما كان حديث السلطنة أجنبيّاً عنه، بل  
غرضه رحمته من الخدشة في دلالة الآيتين الكريمتين هو: أنّ المدعى حصول النقل الملكي من  
حين وقوع التعاطي، و الآيتان إنّما تدلان على حصول الملكية الآتية قبل تصرف كل من

---

(\*) بل تدلان على الملك، أما الأولى فبالدلالة المطابقة إن أريد بحلّ البيع ما هو أعم  
من التكليفي و الوضعي، و بالالتزامية إن أريد به خصوص التكليفي.

المتعاطين فيما أخذه من الآخر تصرفاً منوطاً بالملك كالوقف والعق، ولا تدلّان على الملك من أوّل الأمر.

و توضيح المناقشة: أنّ دلالة الآيتين على كون المعاطاة كالبيع القولي مفيداً للملكية من أوّل الأمر تتوقف على مقدمات ثلاث:

الأولى: أنّ المدلول المطابق للآيتين هو حكم تكليفي أعني به إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة.

الثانية: أنّ حلية بعض أنحاء التصرفات تكليفاً وصحتها وضعاً منوطة بصدورها من المالك، لا من المباح له.

الثالثة: أنّ إباحة جميع التصرفات المترتبة على البيع تستلزم شرعاً تأثير المعاطاة - التي هي بيع عرفي - في الملكية من أوّل الأمر.

ولو إختلّت إحدى هذه المقدمات إختل الاستدلال بالآيتين على تأثير المعاطاة في الملكية من أوّل الأمر. و غرضه تبيّنه منع المقدمة الثالثة - وهي الملازمة الشرعية بين الحلية التكليفية والملكية - وذلك لأنّ الملازمة بين إباحة التصرف المترتب على البيع القولي وبين

و أما الثانية فهي وإن كان مفادها حلية التصرفات، إلّا أنّها لما كانت مترتبة على التجارة عن تراض فهم العرف منه صحة التجارة، وأنّ ترتّب حلية تلك التصرفات على التجارة يكون لأجل التجارة، فيكون من قبيل ذكر اللازم وإرادة الملزوم، نظير قول مالك الأمة بعد تزويجها من الغير: «يجوز لك وطبها» فلا يفهم منه إلّا الزوجية، لا جواز الوطي من باب التملك.

فما أفاده المصنف تبيّنه من «إستفادة الملكية في سائر المقامات من جهة الاجماع على الملازمة الشرعية بين إباحة التصرفات والملكية، والاجماع في البيع المعاطاة مفقود» في غاية الغموض. فالانصاف وفاء الآيتين بالدلالة على مملكية المعاطاة.

و أما مناقشته تبيّنه في السيرة فممنوع لمن راجع السيرة وأهلها.

## و إباحة<sup>١١</sup> هذه التصرفات إنّما تستلزم الملك

الملكية ثابتة من جهة قيام الاجماع على إباحة مطلق التصرف حتى المتوقف على الملك، وهو كاشف عن حصول الملكية بمجرد العقد اللفظي. و أمّا في البيع المعاطاتي فلا دليل على هذه الملازمة، بل صرّح بعضُ الفقهاء بالتفكيك بينها، فقال بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، و بعدم إفادة المعاطاة للملك، و تتوقّف الملكية على تلف إحدى العينين. و مع هذا التصريح كيف تتجه دعوى الملازمة الشرعية بين حلية التصرفات المترتبة على البيع و بين الملك من أوّل الأمر؟

نعم لا مناص من الالتزام بالملكية الآتامة إذا أرادَ أحدُ المتعاطيين أن يتصرّف في المأخوذ بالمعاطاة - بما يتوقف على الملك، جمعاً بين الأدلة، و لكن هذه الملكية الآتية أجنبية عن المدعى و هو تأثير المعاطاة في الملك من أوّل الأمر.

و قد تحصل مما ذكرنا: قصور دلالة الآيتين الكريميتين على إثبات مملكية المعاطاة على

حدّ البيع القولي.

(١) هذا إشارة الى توهم و دفعه - و قد إتضح مما ذكرناه - أمّا التوهم فحاصله: أنّ الآيتين و إنّ لم تدلّا مطابقة على الملك، لكنهما تدلّان عليه التزاماً، إذ الإباحة المطلقة تقتضي حصول الملك من أوّل الأمر، لوجود الملازمة بينها كما في غير مقامنا من البيوع القولية، حيث إنّه يحصل الملك في البيع القولي من حين العقد بلا إشكال، فوزان البيع المعاطاتي وزان البيع القولي في استكشاف الملكية - من أوّل الأمر - من إباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك، للملازمة الشرعية بين الإباحة المطلقة و بين الملك كذلك. فتتحقق للأزم أي الملك من أوّل الأمر في البيع المعاطاتي، و هو المطلوب.

و أمّا الدفع فحاصله: أنّ القياس مع الفارق، بداهة كون الملازمة بين إباحة التصرفات و بين الملكية من أوّل الأمر - في البيع اللفظي - شرعيةً، لا عقلية و عادية حتى يتعدى من موردها و هو البيع القولي الى المعاطاتي.

و الوجه في كون الملازمة شرعية: أنّ الدليل على حصول الملكية من حين العقد هو الإجماع على عدم إنفكاك الملك عن العقد المفيد لإباحة جميع التصرفات في العوضين، و من المعلوم إختصاص هذه الملازمة بالبيع القولي الذي هو المقيس عليه.



بالملازمة الشرعية<sup>(١)</sup> الحاصلة في سائر المقامات من الاجماع و عدم القول بالانفكاك<sup>(٢)</sup>، دون المقام<sup>(٣)</sup> الذي لا يُعلم ذلك<sup>(٤)</sup> منهم، حيث<sup>(٥)</sup> أُطلقَ القائلون<sup>(٦)</sup> بعدم الملك إباحة التصرفات،

وأما البيع المعاطاتي فلم يثبت فيه التلازم المزبور، بل عُلِمَ من المشهور الإنفكاك بينها فيه، لأنَّ القدماء - مع قولهم بالإباحة و عدم مملُكية المعاطاة - قائلون بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، على ما يقتضيه إطلاقُ كلماتهم، حيث لم يُقَيِّدوا «إباحة التصرف» بما لا يتوقف على الملك.

و يشهد بهذا الإطلاق فهمُ الشهيد الثاني رَضِيَ اللهُ عَنْهُ على ما صرَّح به في المسالك من «أنَّ من أجاز المعاطاة سوَّغ أنواع التصرفات» فإنه لا سوَّغ لهذه النسبة إليهم إلا إطلاق كلماتهم.  
(١) هذه الكلمة هي القرينة القطعية على أنَّ مراد المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من الإستدلال بالآيتين - بالتقريب الأوَّل من الوجوه الثلاثة - هو الملازمة الشرعية بين الإباحة التكليفية و مملُكية المعاطاة و صحتها. و تقييد الملازمة بـ «الشرعية» لأجل التنبيه على أنَّ الملازمة لو كانت عرفية كانت حليَّة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة دالَّة على إفادة الملك من حين التعااطي كالبيع القولي باذ لا يرى العرف فرقاً بينها في إفادة الملك من أوَّل الأمر.  
(٢) بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك من أوَّل الأمر، و أنَّ المملُكية لا تتوقف على التصرف أو التلف و نحوهما من الملزمات.

(٣) و هو البيع المعاطاتي، و هذا إشارة الى الدفع المتقدم بقولنا: «ان القياس مع الفارق... الخ».

(٤) أي: عدمُ الانفكاك بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك من أوَّل الأمر.  
(٥) لتليل لقوله: «لا يعلم ذلك منهم» فإنَّ إطلاق إباحة التصرفات مع القول بعدم الملك يوجب القول بالانفكاك بين إباحة التصرفات و بين الملك.

(٦) كقول الشيخ في الخلاف: «و إنَّما يكون إباحة له، فيتصرف كل منها فيما أخذه تصرفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه» و نحوه عبارة ابن ادريس و السيد ابن زهرة و القاضي

مفاد آيتي جُلّ البيع و التجارة عن تراض ..... ٤١٣

و صرّح<sup>(١)</sup> في المسالك «بأنّ من أجاز المعاطة سوَّع جميع التصرفات» غاية الأمر<sup>(٢)</sup> أنه لا بدّ من التزامهم بأنّ التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناماً، فإنّ<sup>(٣)</sup> الجمع

---

الحلبي وغيرهم، وقد تقدمت في المقام الأوّل المنعقد لتحرير محل النزاع في المعاطة.

(١) معطوفٌ على «اطلق القائلون» يعني - مضافاً الى اطلاق كلام القدماء - صرّح في المسالك، و مقصوده **يُتَيَسَّرُ** أنّ كلمات الأصحاب في الحكم بإباحة التصرف وإن كانت دالّةً بإطلاقها على إباحة كل تصرف حتى ما يتوقف على الملك، إلّا أنّه يُؤيِّد هذا الاستظهارُ بفهم الشاهد الثاني **يُتَيَسَّرُ** حيث نَسَبَ الى المشهور إباحةً مطلق التصرفات مع التزامهم بعدم الملك. وعلى هذا فالقول بالملازمة غير معلوم بل معلوم العدم، فكيف يقاس البيع المعاطاتي - الذي لم يثبت فيه الإجماع على الملازمة بين إباحة كل تصرف و بين الملك - على البيع القولي الذي ثبتّ فيه الإجماع المزبور.

و عليه فلا يحصل الملك الابتدائي بالمعاطة، و تصل التوبة الى الملكية الآتية من باب الجمع بين الأدلة.

(٢) غرضه **يُتَيَسَّرُ** توجيه فتوى المشهور حتى لا يرد عليهم إشكال، محصّله: أن نفي مملّكية المعاطة يُنابئ في إباحة التصرفات المتوقفة على الملك كالعتق و الوقف، فإنّها لا يقعان من المباح له. فأجاب **يُتَيَسَّرُ** بأنّ المشهور لا بدّ أن يلتزموا بالملكية الآتائية في التصرفات المنوطة بالملك، و إلّا كان اللازم تخصيص إباحة التصرف، بما يتوقف على الملك، فإذا لم يُنبّه المشهور على هذه الملكية الآتية فإنّما هو للإتكال على وضوحها لا لأجل إنكارها.

(٣) تعليل لقوله: «يكشف عن سبق» يعني: أن دخول المأخوذ بالمعاطة في ملك المتصرّف - آناماً - يستفاد من الجمع بين دليلين، أحدهما: ما دلّ على إباحة جميع التصرفات في المأخوذ بالمعاطة.

ثانيهما: الأدلة الخاصة على توقف بعض التصرفات على الملك و عدم صحتها من المباح له، مثل قولهم **بِإِذْنِكَ**: «لا بيع إلّا في ملك، لا وقف إلّا في ملك، لا عتق إلّا في ملك».

فالجمع بين كل واحد من هذه و بين الاجماع على إباحة جميع التصرفات يقتضي

بين إباحة هذه التصرفات<sup>(١)</sup> و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار<sup>(٢)</sup>، ولا يتوقف على الإلتزام بالملك من أوّل الأمر ليقال: إنّ مرجع هذه الإباحة أيضاً الى التملك<sup>(٣)</sup>.

و أمّا ثبوت السيرة و استمرارها على التورث فهي<sup>(٤)</sup> كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين ممّا لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.

و دعوى<sup>(٥)</sup> أنّه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة

الإلتزام بدخول المال في ملك المتعاطي - آنأما - حتى يقع البيع و الوقف و العتق في ملكه، لا في ملك المبيع.

(١) المتوقفة على الملك.

(٢) أي: الملك آنأما.

(٣) يعني: حتى يصحّ التمسك بالآيتين على مملّكية المعاطاة من أوّل الأمر .

و هذا ظهرت المناقشة في دلالتها على كون المعاطاة كالبيع القولي مفيداً للملك من أوّل الأمر. و لهذه المناقشة تنمة سيأتي بيانها بعد الخدشة في السيرة.

(٤) غرضه المناقشة في الدليل الأوّل وهو السيرة - التي تشبّث بها سابقاً على صحة المعاطاة و إفادتها للملك - بأنّ هذه السيرة من السير التي لا عبرة بها، لنشوها عن المسامحة و قلة المبالاة بالدين، فلا يكشف إستمرارها عن رضئ المعصوم عليه السلام بها حتى تكون حجة، و من المعلوم أنّ مجرد الاستمرار الى عصر المعصوم عليه السلام ليس إمضاء لها، فهي كسيرتهم على المنكرات كأكل الربا و حلق اللحن، فهل يكون مجرد تعارفها في عصر المعصوم إمضاء لها؟

ولا يخفى أنّ الخدشة في السيرة بما في المتن ظاهر في أنّ السيرة المستدل بها على مملّكية المعاطاة هي العقلانية لا التشريعية، إذ لو كانت متشريعة كانت حجةً بمجرد إحراز إستمرارها، لأنّها إجماع عملي كاشف عن رضئ الشارع.

(٥) كان المناسب ذكر هذه الدعوى قبل قوله: «و أمّا ثبوت السيرة... الخ» لأنّ هذه

على الملك، كما يظهر من المحكي<sup>أ</sup> عن حواشي الشهيد على القواعد من: منع إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس والزكاة و ثمن الهدى، و عدم جواز وطى الجارية المأخوذة بها<sup>١</sup>. وقد صرح الشيخ ب<sup>٢</sup> الله<sup>٣</sup> بالأخير في معاطة الهدايا، فيتوجه التمسك

الدعوى من بقية الإشكالات المتعلقة بالآيتين، و غرض المستشكل ني ما أفاده المصنف<sup>٤</sup> من الملكية الآتية و إثبات الملكية من أول الأمر، و أنه لا وجه للجمع بين الأدلة بالالتزام بالملك آنأما.

و توضيح ذلك: أن ني الاجماع على الملازمة بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك مبني على العلم بأن المشهور - القائلين بعدم الملك من أول الأمر - ملتزمون بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، لأنه حينئذ يثبت عدم الاجماع على الملازمة بين إباحة جميع التصرفات و بين ثبوت الملك من أول الأمر.

لكنه لم يعلم هذا الإلتزام منهم، إذ لا طريق الى العلم بذلك إلا الإطلاق، و هو غير ثابت، لعدم إحرار كونهم في مقام البيان من هذه الجهة، لقوة احتمال إرادتهم التصرفات غير المتوقفة على الملك، كما يؤيده - بل يشهد به - ما عن الشهيد<sup>٥</sup> في حواشيه على القواعد: من منع التصرفات المتوقفة على الملك، كإخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس، و الزكاة، و ثمن الهدى، و عدم جواز وطى الجارية المأخوذة بالمعاطة. وكذا يشهد به تصريح شيخ الطائفة في المبسوط بعدم جواز وطى الجارية المأخوذة بالهدية المعاطاتية.

و عليه فإذا لم يثبت من القائلين بالإباحة جواز التصرفات المتوقفة على الملك فيتمسك في إثبات جوازها بالآيتين، إذ لا دليل آخر حسب الفرض على حلية هذه التصرفات، فيثبت الملك من أول الأمر، فيكون المأخوذ بالمعاطة كالمأخوذ بالبيع اللفظي في ثبوت الملك من أول الأمر.

(١) أي: بالمعاطة البيعية، في قبالة معاطة الهدايا الآتية في كلام شيخ الطائفة.

أ: الهاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٨

ب: المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٣١٥

حينئذ<sup>(١)</sup> بعموم الآية على جوازها، فيثبت الملك<sup>(٢)</sup>، مدفوعة<sup>(٣)</sup> بأنه وإن لم يثبت ذلك<sup>(٤)</sup> إلا أنه لم يثبت<sup>(٥)</sup> أن كل من قال بإباحة جميع التصرفات قال بالملك من أول الأمر.

(١) أي: حين عدم العلم بالتزام القائلين بالإباحة بجواز التصرفات المنوطة بالملك يتوجه التمسك بعموم الآية بجواز تلك التصرفات من أول الأمر.

(٢) يعني: من أول الأمر، لأنه مقتضى عموم الآية، فتكون الآيتان ردأ على القائلين بالإباحة، ولا وجه للالتزام بالملكية الآتية من باب الجمع بين الأدلة.

(٣) هذا دفع الدعوى المذكورة، وحاصله: أن مجرد عدم المعلوماتية - وجواز إثبات هذا النحو من التصرفات ولو بالآيتين - غير كافٍ في إثبات المطلوب وهو الملكية من أول الأمر، بل يتوقف ذلك على إثبات الملازمة بالاجماع، وأن كل من قال بإباحة جميع التصرفات قال بحصول الملك من أول الأمر، ودون إثبات هذه الملازمة خرط القتاد.

(٤) أي: وإن لم يثبت من القائل بالإباحة جواز التصرفات المتوقفة على الملك، ووجه عدم الثبوت: تصريح الشهيد بعدم جواز بذل المأخوذ بالمعاطة في الخمس والزكاة المتوقفين على الملك.

(٥) يعني: لم يثبت التلازم بين إباحة جميع التصرفات وبين الملك من أول الأمر، ووجه عدم ثبوت الملازمة: إمكان التزام القائل بإباحة جميع التصرفات - حتى المتوقفة على الملك - بالملك في أن التصرف، لا بالملك من أول الأمر، فيتعين حينئذ الالتزام بالملكية الآتية جمعاً بين الأدلة.

و قد تحصل الى هنا: أن المصنف رحمته الله أبطل استدلاله بالآيتين الشريفتين بناءً على التقريب الأول، وهو حلية التصرفات المترتبة تكليفاً على البيع وإستلزامها شرعاً مملكية المعاطاة من أول الأمر كالبيع القولي.

فالأولى<sup>١١</sup> حينئذٍ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً، هذا.

(١) هذا متفرع على المناقشة في دلالة الآيتين بالملازمة الشرعية بين حلية التصرف والملكية من أول الأمر. و مقصوده تقريب دلالة الآيتين على ملكية المعاطاة بوجه آخر. وهذا تقريب ثالث أشرنا إليه في صدر البحث عن آية حل البيع، ومحصله: إثبات الملازمة العرفية بين إباحة التصرف وبين الملك. و توضيحه: أن متعلق الحل هو التصرفات المترتبة على البيع، و حليتها يتصور على نحوين:

أحدهما: مجرد تحليل التصرفات الموقوفة على الملك، وهذا المدلول المطابق لا يستلزم شرعاً ولا عرفاً صحة المعاطاة و مملكتها من حين الانعقاد. وقد تقدم وجه عدم الملازمة بالتفصيل.

ثانيها: تحليل التصرفات المترتبة على البيع بما أنه معاملة يتسبب بها إلى الملك، بأن تدل الآية على حلية التصرف بخصوص هذا السبب - أي البيع الصادق على المعاطاة - و من المعلوم أن جواز التصرف بهذا السبب الخاص يلزم عرفاً سببية المعاطاة للحلية و تأثيرها فيها، و هذا معنى إستلزام الحلية التكليفية للصحة و النفوذ عرفاً، يعني: أن المعاطاة من حين إنعقادها بيع مؤثر في النقل الملكي، و لا بد من ترتيب آثار البيع عليها في إفادة الملكية من أول الأمر.

و هكذا يقال في إستلزام إباحة الأكل لسببية التجارة عن تراض، يعني: أن حلية التصرف المتوقف على الملك فيها يؤخذ بالتجارة عن تراض - بما أنها سبب مملك - تستلزم صحتها و تأثيرها في الملكية من أول الأمر، و إلا لم تكن الحلية مستندة إلى سببية التجارة، لإمكان تصوير الملكية الأنامانية.

و قد تحصل من كلمات المصنف في الاستدلال بآتي الحل و التجارة وجوه ثلاثة:

الأول: دلالة الآيتين على حلية التصرفات المترتبة على البيع و التجارة تكليفاً بالمطابقة، و دلالتها بالملازمة الشرعية على الصحة و الملكية، و قد ناقش فيه بمنع الملازمة

## مع إمكان<sup>(١)</sup> إثبات صحة المعاطاة في الهبة و الاجارة ببعض

الشرعية، وإنما غايته إثبات الملكية الآتية قبل التصرف المنوط للملك.

الثاني: دلالة الآيتين على الحكم الوضعي وهو الصحة لا مجرد الحكم التكليفي. وقد ناقش فيه بالأمر بالتأمل فيه. ولعل وجه إنتفاء الجامع بين الحِلِّ التكليفي والوضعي، فلا بد أن يراد أحدهما، ومقتضى ظهوره في التكليف تعلقه بالتصرفات، وهو الوجه الأول.

الثالث: دلالة الآيتين بالمطابقة على حلية التصرفات، وبالملازمة العرفية على صحة المعاملة المعاطاتية، يعني: أن مدلول الآيتين ليس مجرد إشتراك المعاطاة مع البيع و التجارة في ترتيب الآثار حتى تنفك الملكية عن الحلية، بل مدلولها هو الحلية الناشئة من سببها للملك، لكونها سببين عرفيين له. وهذا هو الذي استقرَّ عليه رأيه في الحكم بإفادة المعاطاة للملك. هذا. و يحتمل أن يريد المصنف تتبعاً بهذا الوجه الثالث أمراً آخر، وهو: دلالة الآية بالمطابقة على صحة البيع المعاطاتي، ولعله أوفق بقوله: «بأن المتبادر عرفاً من حِلِّ البيع صحته شرعاً» لا ما ذكرناه - أخذاً من المحقق الاصفهاني تتبعاً - من إرادة الملازمة العرفية بين تحليل التصرفات و صحة المعاطاة. و عليه يكون مختاره قريباً من التقريب الثاني وهو إرادة الحل الوضعي.

لكن قد يشكل بأن دلالة الآية بالمطابقة على الصحة ينافي إنتزاع الوضعيات من التكليف و عدم استقلالها بالجعل، فلعل الأولى إرادة الملازمة العرفية كما ذكرناه.

### الدليل الخامس: الاجماع المركب

(١) هذا إشارة الى دليل خامس على مملكية المعاطاة، وهو الاستدلال بالاجماع المركب حتى إذا نوقش في الأدلة الثلاثة المتقدمة من الآيتين و السيرة. تقريبه: أن من الممكن تصحيح المعاطاة في الهبة و الاجارة ببعض إطلاقاتها، و تنميته في البيع بالاجماع المركب، إذ لا يقول أحدُ بصحة المعاطاة في الهبة و الاجارة و عدم صحتها في البيع، فكل من يقول بصحتها فيها يقول بصحتها في البيع.

إطلاقاتها<sup>(١)</sup> (\*) و تنسيمة في البيع بالإجماع المركب، هذا.

(١) أي: إطلاقات الهبة والإجارة. أما إطلاق أدلة الهبة، فكرواية جراح المدائني، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده بينه، قال: اذا أعطاه في صحة جاز» تقريب الاطلاق: أن الإعطاء إن لم يكن ظاهراً في خصوص الإعطاء الخارجي - لا المترتب من باب الوفاء على الإيجاب والقبول اللفظيين - فلا أقل من شموله لكل من الهبة القولية والفعلية، والوجه في الإطلاق عدم إستئصال الامام عليه السلام عن أن العطية هل كانت باللفظ أم بالفعل. وكرواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: «الهبة جائزة قبضت أو لم تُقبض، قسمت أو لم تقسم»<sup>٢</sup> الحديث.

وأما إطلاق بعض أدلة الإجارة فنقل ما جاء في حديث تحف العقول: «وأما تفسير الاجارات فإجارة الإنسان نفسه أو ما يملكه، أو يلي أمره من قرابته أو دابته أو ثوبه بوجه الحلال من جهات الاجارة»<sup>٣</sup> و وجه الإطلاق: عدم تقييد الإجارة النافذة شرعاً بما إذا وقعت بالايجاب والقبول اللفظيين.

وكذلك ما في مكاتبة البقيني الى الامام أبي محمد العسكري عليه السلام: «في رجل دَفَع ابنه الى رجل و سلّمه منه سنةً بأجرة معلومة ليخيط له، ثم جاء رجل، فقال: سلّم ابنك مني

(\*) هذا لا يخلو من غرابة، لأن إطلاقات البيع إن لم تكن أزيد من إطلاقاتهما لم تكن بأقل منها، مضافاً إلى أنه يرد عليهما من الأشكال ما يرد على إطلاقه. والى: أن المحكي عن المصنف عليه السلام إنكار وجود الإطلاق فيهما. والى: أنه لا معنى لدعوى الإجماع المركب في المقام مع وجود القول بالفصل، وهو ذهاب مشهور القدماء الى الإباحة. وسيأتي بعض ما يناسب المقام في التنبيهات.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٣٤٤، الباب ١١ من كتاب الهبات، الحديث: ٥

ب: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٣٣٥، الباب ٤، من كتاب الهبات الحديث: ٤

ج: تحف العقول، ص ٣٣١



مع<sup>(١)</sup> أن ما ذُكِر - من أن للفقهاء التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه -

بزيادة، هل له الخيار في ذلك؟ وهل يجوز له أن يفسخ ما وافق عليه الأول أم لا؟ فكتبت **عَلَيْهِ** : يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لأبنه مرض أو ضعف»<sup>٢</sup> فإن الدفع والتسليم ظاهران في إنشاء عقد الإجارة بهما، لا كونها وفاءً بإنشاء الإجارة بالصيغة سابقاً على الدفع. ولا أقل من الاطلاق المستند إلى ترك الاستفصال، فإنه عليه الصلاة والسلام لم يسأل هل أنشئت الإجارة باللفظ أم لا؟ وإنما حَكَمَ بوجود الوفاء للأول مطلقاً، سواء كان إنشاؤها باللفظ أم بالفعل. فان قلت: هذا الاطلاق مُحَكَمٌ في آية جل البيع أيضاً، لشمول العنوان للمعاملة الفعلية والقولية على حدٍّ سواء، لصدق البيع العرفي على المعاطاة قطعاً، ومعه لا حاجة الى تطويل الطريق بالتمسك بإطلاق الهبة و الإجارة أولاً وإثبات عدم الفصل بين البيع وبينها ثانياً. فنفس إطلاق البيع على المعاطاة كافٍ في ترتيب آثاره عليها.

قلت: إطلاق الآية المباركة و إن كان ثابتاً بدأً، إلا أن تشتت الأقوال في المعاطاة وإجماع السيد ابن زهرة على نفي بيعيتها أوجبا ضعف الإطلاق وقوة إختصاص البيع - المفيد للملك اللازم - باللفظي، وعدم شموله للمعاطاة، ولأجله تصدّى المصنف **رَبُّكَ** للتمسك بالاجماع المركب.

(١) غرضه تصحيح الاستدلال بآيتي الحيل و التجارة - بالملازمة الشرعية بين الحلية التكليفية و الملك من أول الأمر - و إبطال ما نوقش فيه بقوله: «اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، و إنما تدلان على إباحتها جميع التصرفات... غاية الأمر: أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنأماً... الخ».

و حاصل وجه الإبطال - الكاشف عن صحة الاستدلال بالآيتين - هو: أن الالتزام بالملك آنأماً قبل التصرف مما لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه، فهو فاسد، و لا يمنع عن الاستدلال بالآيتين على الملكية من أول الأمر. فالاستدلال بهما على ملكية المعاطاة كالبيع

لا يليق<sup>(٢)</sup> بالمتفقه فضلاً عن الفقيه، ولذا<sup>(٣)</sup> ذكر بعضُ الأساطين في شرحه على القواعد، في مقام الاستبعاد: أنّ القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك و البيع مستلزمٌ لتأسيس قواعد<sup>(٣)</sup> جديدة:»

القول صحيح، والالتزام بالملك الآتي قبل التصرف فاسد. وعليه فإما أن يقال بإفادته المعاطاة لإباحة التصرفات وعدم حصول الملك أصلاً حتى آنأماً قبل التصرف، وإما أن يقال بإفادتها للملك من أول الأمر، وحيث لا سبيل للالتزام بالأول تعيين الأخير وهو إفادتها للملك من حين التعاطي.

(١) خير «أنّ ما ذكر» ووجه عدم اللياقة هي الاستبعادات التي ذكرها الفقيه كاشف الغطاء رحمته على المشهور القائلين بالإباحة.

(٢) أي: ولأجل فساد الملك آنأماً قبل التصرف ذكر كاشف الغطاء رحمته في مقام الاستبعاد... الخ، حيث نقل في شرح القواعد بعض الأقوال في حكم المعاطاة، وقال: «و القول بمجرد الإباحة والاذن في التصرف من غير ملك، كما ادعت عليه الشهرة ونقل فيه الاجماع، وهو مردود بالسيرة المستمرة القاطعة في إجراء حكم الأملاك على ما أخذ بالمعاطاة من إيقاع عقد البيع والإجارة والهبة والصلح والصدقة وجميع العقود وما يتعلق بتمليك الأعيان أو المنافع عليه، وتعلق العتق والوقف والحبس والرهن والربا والنذر والأيمان والوصايا ونحوه به، وكذا حكم الموارث والأخماس والزكوات وإستطاعة الحج، والنظر إلى الجوارى ولمسهن وطيبهن وتحليلهن وتزويجهن ونحو ذلك. فيلزم إما إنكار ما جاز بديهياً أو إثبات قواعد جديدة: منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصد... الخ».

### إستلزام القول بالإباحة تأسيس قواعد جديدة

(٣) يعني: أنّ القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة لم تكن مشروعة، ومع إستلزام القول بالإباحة لتأسيسها يتعيّن المصير إلى كون المعاطاة مفيدة للملك من أول الأمر. و بعبارة أخرى: إباحة جميع التصرفات تسلّزم قواعد غير مشروعة، فعدم مشروعيتها دليل قوي على فساد القول بإفادته المعاطاة للإباحة.

منها: أن العقود<sup>١</sup> و ما قام مقامها لا تتبع القصور.

ثم إن هنا أموراً ينبغي التنبيه عليها:

الأول: أن أصول إستبعادات كاشف الغطاء رحمته ثمانية، وإن إنحل بعضها إلى إستبعادين

أو أكثر كما سننبه عليه إن شاء الله تعالى

الثاني: أن جملة من هذه الاستبعادات قد نبه عليها المحقق الثاني رحمته الذي التجأ إلى

تأويل القول بالإباحة إلى الملك المترزّل. ولكنّه رحمته لم يذكرها بهذا الترتيب والبسط كما

صنعه الشيخ الفقيه كاشف الغطاء رحمته.

الثالث: أن هذه الاستبعادات تدور بين ترتيب آثار الملك على غير الملك، وبين كون

التلف و التصرف مملكاً - عند التلف أو التصرف، من دون ربط له بالإباحة بما هي. وعليه

ينبغي أن يضاف إلى قوله: «التملك و البيع»: و حصول الملكية قبل التلف أو التصرف.

#### القاعدة الأولى: عدم تبعية العقود للقصور

(١) هذا هو الاستبعاد الأول، أي: القاعدة الجديدة التي لا بدّ من تأسيسها لو قلنا بإفادة

المعاطاة - المقصود بها الملك - للإباحة المحضة، و حصول الملكية آنأماً قبل التصرف المملّك.

و توضيحه: أن العناوين الاعتبارية كالملكية والزوجية و الحرية و البيونة لا تترتب على

أسبابها - من الانشاء اللفظي و الفعلي - قهراً، بل يُناط ترتبها بقصد ذلك العنوان الانشائي،

ولذلك أسس الفقهاء «رضوان الله عليهم» قاعدة «أنّ العقود تابعة للقصور». و هذه الجملة

تتكفل عقدين، أحدهما: إيجابي، و هو لزوم وقوع ما يقصده المتعاقدان. و الآخر سلبي و هو

عدم وقوع ما لا يقصدانه.

و على هذا فلو ترتبت الإباحة المحضة على المعاطاة المقصود بها الملك لزم مخالفة

كلا العقدين، و لا بدّ من تأسيس قاعدة جديدة، وهي: «أنّ العقود لا يلزم متابعتها للقصور» إذ

المقصود هو الملك و لم يحصل، و الحاصل و هو الإباحة لم يكن مقصوداً. و لا سبيل للفقيه

أن يلتزم بهذه القاعدة الجديدة. و يتوقف إنكارها على القول بإفادة المعاطاة للملك من حين

إنعقادها.

و منها<sup>(١)</sup>: أن يكون إرادة التصرف من المملكات،

### القاعدة الثانية: مملكية التصرف أو إرادته

(١) هذا ثاني اللوازم الفاسدة المترتبة على مقالة المشهور من إفادة المعاطاة لإباحة التصرف دون الملك، ومحصله: لزوم تأسيس قاعدة فقهية جديدة لم تكن معهودة من ذي قبل، وهي: كون إرادة التصرف - أو نفس التصرف أو هما معاً - من الأسباب المملّكة. توضيحه: أن مقصود المتعاطيين - وهو الملكية - لم يحصل حسب الفرض. وحيث إن بعض التصرفات كالبيع والوقف والعتق موقوف على الملك، فلا بد أن تكون مجرد إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة موجبة لدخول المباح له في ملك مُريد التصرف، أو تكون تلك الإرادة مع نفس التصرف مملّكة بأن يكون كل من الإرادة والتصرف جزء السبب المملّك.

و كلا الشقين ممنوع، لأن إدخال المال في ملك الآخذ قبل التصرف - حتى يقع ذلك التصرف في ملكه - لم يكن مشمولاً لإذن المالك الأول الدافع للمال، لأنه قصّد التملك، ولم يحصل حسب الفرض، فالإذن الضمني في إدخاله في ملكه لم يكن موجوداً حين التعاطي، فكيف يجوز للآخذ إدخال مال الغير في ملك نفسه بمجرد تصرفه فيه أو بإرادة تصرفه؟ فإن قلت: لا مانع من إدخال المأخوذ بالمعاطاة في ملك الآخذ بمجرد التصرف أو بإرادته، لوجود الإذن في التملك ضمناً من قبل الدافع، نظير الإذن الضمني في التملك في مسألتين:

إحدهما: فيما إذا أمر شخص غيره بعتق عبده من قبل الأمر.

وثانيهما: فيما إذا أمره بالتصدق بماله عنه.

مثلاً: إذا قال زيد لعمر: «اعتق عبدك عتي» كان أمره متضمناً للوكالة في أمرين، الأول: تملك عمرو عبده لزيد، الثاني: عتق العبد عن الأمير - وهو زيد - فالأمر يملك عبده لزيد بالأصالة، لكونه مالكا للعبد، ويقبل هذا التملك - عن زيد - بالوكالة، ثم يعتقه عن الأمير بالوكالة أيضاً. وعليه فالإذن الضمني في إدخال العبد في ملك زيد متحقق.

وكذا الحال في مسألة الأمر بالتصدق.

وليكن المقام من قبيل هذين الفرعين المتسالم على صحتها، يعني: أن من يدفع ماله

فيملك العين<sup>(١)</sup> أو المنفعة<sup>(٢)</sup> بإرادة التصرف بها<sup>(٣)</sup>، أو معه<sup>(٤)</sup> دفعة<sup>(٥)</sup>، وإن لم يخطر<sup>(٦)</sup>

الغير بالمعاطاة يعلم بترتب إباحتها جميع التصرفات - حتى المتوقفة على الملك - على الدفع، وهذا يتضمن كون الآخذ مأذوناً في إدخال المال في ملك نفسه قبل التصرف المتوقف على الملك. ومع وجود هذا الإذن لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي كون التصرف في مال الغير إحدى المملكات.

قلت: قياس المقام بالأمر بالعتق والصدقة مع الفارق، لوجود الإذن والتوكيل فيها، بخلاف المعاطاة، فإن المقصود أمر واحد وهو التمليك بنفس التعاطي، والمفروض عدم حصوله، لأن الشارع ألغى هذا القصد وحكم بترتب الإباحتها المحضه، فكيف يتضمن الدفع إذناً للآخر في التمليك، بل مقتضاه إما حرمة التصرف المتوقف على الملك، والمفروض عدم إلتزامهم بها، وإما جعل إرادة تصرف الآخذ موجبة لدخول المال في ملكه. وهذا هو القاعدة التي لم يُعهد من الفقهاء، والتخلص منها يتوقف على إنكار الإباحتها رأساً، والالتزام بالملك كالبيع القولي.

(١) فيما إذا كان المعاطاة في البيع، الذي هو تمليك عين بعوض.

(٢) فيما إذا كانت المعاطاة في الإجارة - التي هي تمليك المنفعة بعوض - كتمليك سكنى

الدار سنةً بدينار.

(٣) الباء بمعنى «في» أي: يتملك الآخذ العين أو المنفعة بمجرد إرادة تصرفه في كليتها.

(٤) معطوف على «إرادة التصرف» يعني: لا فرق في لزوم تأسيس قاعدة جديدة بين

الالتزام بمملكية إرادة التصرف وحدها، وبين جعل المملك مؤلفاً من إرادة التصرف ونفس التصرف.

(٥) قيد لقوله: «فيملك» يعني: فيملك العين أو المنفعة دفعةً. ولعل المقصود بالدفعة

عدم دخول لفعل المالك المبيع في تملك صاحبه للمال أصلاً.

(٦) إذ لو خَطَرَ بيبال المالك المبيع الإذن في التصرف صارت المعاطاة نظير الأمر بالعتق

والصدقة في إشتاهاها على التوكيل في التملك.

بيال المالك الأوّل الإذن<sup>(١)</sup> في شيء من هذه التصرفات، لأنّه<sup>(٢)</sup> قاصد للنقل من حين الدفع، لأنّه<sup>(٣)</sup> لا سلطان له بعد ذلك<sup>(٤)</sup>. بخلاف<sup>(٥)</sup> من قال: أعتق عبدك عني، و تصدّق بمالي عنك.  
ومنها<sup>(٦)</sup>: أن

- 
- (١) حتى يكون إذنه دخيلاً في تملك صاحبه لما أخذه بالمعاطاة.  
(٢) تعليل لعدم خطور الإذن ببال المالك في شيء من التصرفات، يعني: أن عدم الخطور إنما هو لأجل كون المالك قاصداً للنقل حين إعطاء المال، ولا سلطنة له بعد ذلك على المال حتى ينظر بباله الإذن في التصرف، حيث إن المالك يعتقد - حين الإعطاء - صيرورة المال ملكاً للأخذ وخارجاً عن حيز سلطنته.  
(٣) أي: لأن المالك قاصد للنقل من حين الدفع لا من حين تصرف الآخذ، وهذا تعليل لعدم كون المالك مُعتقداً بالكية نفسه بعد الإعطاء حتى يأذن للآخر في التصرف في المال، بل يرى سلطنته منقطعة بعد الإعطاء، فكيف يتمشى منه الإذن في التصرف في المال؟  
(٤) أي: بعد الدفع.  
(٥) مقصود كاشف الغطاء **يُتْرِكُ** بهذا منع تمسك القائل بالإباحة لإثبات الإذن الضمني للمالكي - في تملك المباح له قبل تصرفه في المأخوذ بالمعاطاة - بمقايسته بما تسالموا عليه من صحة الأمر بالعتق والتصدق، و وقوعها عن الأمير لا المأمور، وقد أوضحناه بقولنا: «فإن قلت... قلت... الخ».

#### القاعدة الثالثة: ترتيب آثار الملك على المباح

(٦) هذا هو الإستمعاد الثالث المترتب على القول بالإباحة، والقاعدة الجديدة التي لا بد من تأسيسها هي: الحكم بترتب عدّة من الأمور على ما في يد المباح له، مع عدم كونه ملكاً له، مع أن هذه الأمور من آثار الملك وشؤونه، ولازم عدم إفادة المعاطاة للملك هو تعلقها بغير الملك، لأن المال المأخوذ بالمعاطاة - مع بقاء عينه و عدم تلفها - باقٍ على ملك مالكة الأوّل، ولم ينتقل الى الآخذ، ومع ذلك يتعلق به الأمور المذكورة في المتن، وهي أحد عشر مورداً.  
فإن قلت: لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة وهي ترتيب آثار الملك على المباح، وذلك

لأنَّ المنسوب إلى القدماء و إن كان إفادة المعاطاة للإباحة المجردة عن الملك، إلا أنَّهم قالوا بحصول الملك عند تلف إحدى العينين أو كليهما. و على هذا فالعين الباقية مجالها عند أحد المتعاطيين تصير ملكاً له بمجرد تلف الأخرى عند الآخر، أو تصرفه فيها.

مثلاً إذ تعاطى زيدٌ و عمروٌ جنساً زكويًا كالحنطة و الشعير بمائة دينار، و اجتمعت شرائط وجوب الزكاة في الحنطة و الشعير، فإنَّهما تدخلان في ملك عمرو بمجرد تصرف زيدٍ في الدينارين، و عليه فإذا حَكَمَ الشارع على عمرو بوجوب إخراج زكاتها لم يستلزم تأسيس قاعدة جديدة و هي إخراج الزكاة من المباح لا الملك، بل كان وجوب الزكاة مترتباً على الملك، لفرض دخولها في ملكه بمجرد تصرف زيدٍ في الدينارين.

قلت: مبنى هذا الاستبعاد هو بقاء العين و عدم تصرف الآخر أو الشك فيه، إذ هنا

صور ثلاث:

الأولى: العلم بتصرف زيدٍ في الثمن أو العلم بتلفه.

الثانية: العلم بعدم تصرفه في الثمن أصلاً و العلم ببقائه.

الثالثة: الشك في تصرفه فيه و في بقاءه و تلفه. و تأسيس قاعدة جديدة يبتني على صورتين الأخيرتين، ضرورة أنَّه مع العلم بعدم تصرف زيدٍ في الثمن أو الشك فيه - وكذا مع العلم ببقائه - تكون الحنطة و الشعير مباحةً لعمرو و ليستا ملكاً له، و مع ذلك يجب عليه إخراج الزكاة، فَنَبَّتَ ما استغرَبَهُ الفقيه كاشف الغطاء رَحِمَهُ اللهُ من ترتيب حكم الملك - و هو وجوب إخراج الزكاة - على غير الملك.

(١) هذا هو المورد الأول من الموارد الأحد عشر، و توضيحه: أنَّه إذا كان المأخوذ بالمعاطاة فاضلاً عن مؤونة سنته بأن بقي على حاله من دون أن يتصرف فيه إلى أن مضت السنة عليه، فإنَّه يجب عليه أداءُ خمس، مع أنَّه ليس بملكٍ له، و إنَّما أبيع له التصرف فيه. فيلزم تأسيس قاعدة جديدة، و هي: عدم إختصاص وجوب الخمس بما يملكه الانسان و يفضل عن مؤونته، بل يعم كل ما في يده سواء أكان ملكاً أم مباحاً، و هو غريب.

و الزكوات<sup>(١)</sup> و الاستطاعة<sup>(٢)</sup> و الديون<sup>(٣)</sup> و النفقات<sup>(٤)</sup> و حقّ المقاصّة<sup>(٥)</sup> [المقاسمة]

(١) هذا هو المورد الثاني، وقد ظهر المراد به آنفاً.

(٢) هذا ثالث الموارد، و توضيحه: أنه إذا كان الثمن في المعاطاة واقياً بمؤونة الحج، و بقي الى آن خروج الرّفقة، فإنّه لا بد أن يحكم على الآخذ بأنّه مستطيع واجد للزاد و الراحلة، مع وضوح عدم كونه مالكاً لهما بالمعاطاة، بل أبيع له التصرف في ذلك الثمن، فيلزم ترتيب حكم الملك - و هو وجوب الحج على من له الزاد و الراحلة - على غير الملك.

(٣) هذا رابع الموارد، و توضيحه: أنّ المديون يجب عليه أداء دينه ممّا يملكه، فإذا اشتري بالمعاطاة شيئاً و أراد أداء دينه به - مع عدم صيرورته ملكاً له - لزم جواز أداء الدين بالمباح لا بالملك، و هو كما ترى.

(٤) هذا خامس الموارد، و بيانه: أنه يجب على الزوج الإنفاق على زوجته - بل على غيرها من الأقارب مع التمكن - و النفقة إنّما تجب عند مالكيته لما يُنفقه، فلو تعاملت بالمعاطاة و اشترى الطعام و الملابس، و جَبَّ عليه صرفُها في النفقة الواجبة، مع عدم دخولها في ملكه، بل وقعاً في يده بعنوان الإباحة. فيدور الأمرين عدم وجوب الإنفاق أصلاً - لعدم كونه مالكاً - و بين وجوبه عليه حتى في المباح، و لا سبيل للأوّل، و الثاني هو معنى تأسيس قاعدة جديدة.

(٥) هذا سادس الموارد، و توضيحه: أنّ المديون الذي لا يؤدّي دينه - إمّا قصوراً و إمّا تقصيراً - إذا باع بالمعاطاة شيئاً، و كان ثمنه واقياً بدينه، فظفر به الدائن، جاز له أخذه منه تقاصاً، مع أنّ المأخوذ مقاصّة لا بد أن يكون ملكاً للمديون حتى يجوز للدائن أخذه مقاصّةً، و لا يكفي مجرد الإباحة و وقوع الشيء في يد المديون.

هذا بناءً على كون العبارة «حق المقاصّة»، و بناءً على ما في بعض نسخ شرح القواعد من «حق المقاسمة» فبيانه: أنه إذا اشترك إثنان في شراء شيءٍ مشاعاً، ثَبَّتَ لكل منهما حق القسمة و إفراز حصته من حصّة شريكه، مع أنه ليس ملكاً له، بل ثبت بالمعاطاة مجرد إباحة التصرف، و عليه يلزم تعلق حق القسمة بما في اليد دون الملك.



(١) هذا سابع الموارد، و بيانه: أنه إذا كانت دارٌ مشتركة بين زيدٍ و عمرو، فباعَ زيدٌ حصَّته من بكرٍ بالمعاطة، فثبت لعمرو حق الشفعة، و يستحق إرجاعها الى نفسه ببذل مثل الثمن الى بكرٍ. فعلى القول بإفادة المعاطة للإباحة المحضة يلزم تعلق حق الشفعة بحصة الشريك - أي زيد - مع عدم خروجها عن ملكه، و من المعلوم أنه لا بدَّ في تعلق حق الشفعة من خروج الحصة عن ملك الشريك.

(٢) هذا ثامن الموارد، كما إذا اشترى زيدٌ بالمعاطة داراً و مات، فإنها تنتقل كسائر أمواله إلى ورثته، مع أن هذه الدارَ لم تكن ملكاً للمورث، بل كانت في يده مباحةً، فيلزم تأسيس قاعدة جديدة: وهي: تعلق الارث بالمباحات و عدم اختصاصه بالأموال و الحقوق.

(٣) هذا هو المورد التاسع، و بيانه: أنه إذا كان العوضان في المعاطة من جنس واحد مع التفاضل، فإن الزيادة محرمة، فلو لم تكن المعاطة مفيدةً للملك لم يكن وجهٌ لمحرمة الزيادة، لأنَّ موضوع الحرمة هو المعاملة الصحيحة المؤثرة في الملك لولا الربا، و من المعلوم فقدان الصحة بدون الربا أيضاً، إذ المفروض عدم كون المعاطة بيعاً مؤثراً و لو بدون الربا.

و كما إذا باع المأخوذ بالمعاطة بجنسه مع التفاضل.

(٤) هذا عاشر الموارد، و بيانه: أنه إذا وصى شخصٌ بصرف المأخوذ بالمعاطة في الوجوه البريئة، أو وصى بإعطائه لشخصٍ بعد وفاته، فإن المعاطة لو أفادت الإباحة لزم كون الوصية بمال غيره لا بمال نفسه، لفرض عدم دخوله - بمجرد المعاطة - في ملكه (\*).

(\*) هذا هو المقصود، لا ما عن المحقق الثاني عليه السلام من التكسب به مراراً بالمعاطة،

حتى يستشكل عليه بكونه مسبوقاً بالتصرف الذي هو المملوك.

مع<sup>(١)</sup> العلم ببقاء مقابله<sup>(٢)</sup> و عدم<sup>(٣)</sup> التصرف فيه، أو<sup>(٤)</sup> عدم العلم به<sup>(٥)</sup>، فيُنقَى<sup>(٦)</sup> [فبقي] بالأصل.

(١) قيد لقوله: «تتعلق» يعني: أَنْ تأسس قاعدة جديدة يُبتنى على أحد أمرين على سبيل منع الخلو:

الأوّل: العلم ببقاء العين الأخرى في يد المتعاطي الآخر. وأنها لم تتلف بعد، ولم يتصرّف فيها أصلاً.

الثاني: الشك في بقائها، أو تصرّفه فيها.

فلو علم أحد المتعاطين بأنّ العين التي أخذها المتعاطي الآخر قد تلفت أو تصرّف فيها لم يلزم تأسيس قاعدة جديدة، لأنّ هذه العين أيضاً تصير ملكاً لزيد بمجرد تصرف عمرو في تلك العين. وقد أوضحنا هذا بقولنا: «ان قلت ... قلت ...» راجع (ص ٤٢٦).

(٢) أي: مقابل ما في اليد. إذ مع تلف العين الأخرى عند عمرو يصير ما في يد زيد ملكاً له قهراً.

(٣) معطوف على «بقاء» يعني: مع العلم بعدم تصرف عمرو في ما أخذَه بالمعاطة. والوجه في هذا العطف أنّ الموجب لتبديل الإباحة بالملك - عند المشهور - أحد أمرين: إمّا تلف إحدى العينين، وإمّا التصرف فيها.

(٤) معطوف على «العلم» يعني: أو مع عدم العلم ببقاء مقابله عند الآخذ، فيحكم ببقائه بالاستصحاب. وعليه فني كلتا صورتين - وهما العلم ببقاء مقابله، أو الشك في بقائه - يكون ما بيده ملكاً للغير، ومع ذلك يجري عليه أحكام الملك.

(٥) أي: عدم العلم ببقاء المقابل، وعدم العلم بعدم التصرف في المقابل.

(٦) هذه الكلمة اختلف ضبطها في نسخ شرح القواعد، ففي بعضها «فبقي» وفي بعضها «فبقيق» و على كل منها لا يختلف المقصود. إذ لو كانت «فبقيق» أو «فبنتي» كان الضمير المستتر راجعاً إلى «عدم التصرف فيه» يعني: يُحرز - باستصحاب عدم تصرف عمرو في العين - أنّ ما في يد زيد لم ينتقل إلى ملكه، فيلزم ترتيب آثار الملك عليه مع كونه محكوماً بالإباحة المحضة.

ولو كانت «فبقيق» بالأصل كان الضمير المستتر في الفعل المبني للفاعل الأخرى في

فتكون<sup>(١)</sup> متعلّقةً بغير الأملاك. وأن<sup>(٢)</sup> صفة الغنى و الفقر

من «بقاء مقابله، عدم التصرف فيه» يعني: يحرز - ببركة الاستصحاب - بقاء العين الأخرى في يد عمرو على حالها ولم تتلف، ويحرز أيضاً عدم تصرف عمرو فيها، ويترتب على كل - من البقاء وعدم التصرف - كون ما في يد زيد مباحاً لا ملكاً له.

ولعلّ الأوفق بسياق الكلام: «فُئِنِّي بالأصل» أي: فُئِنِّي بالأصل التصرف المشكوك فيه، ويحرز الموضوع المؤلف من وجودي وهو بقاء العين، وعمدي وهو عدم التصرف فيه. (١) هذا متفرّع على إحراز بقاء العين الأخرى في يد عمرو وعدم تصرفه فيها، إمّا بالوجدان وإمّا بالتعبد، إذ في كلتا صورتين يلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي تعلق أحكام الملك بما ليس ملكاً، كما مرّ في الموارد العشرة.

(٢) الظاهر أنّه معطوف على قوله: «أن الاخماس» ولازمه أن يكون هذا أمراً على حدة في مقابل الموارد العشرة من الاخماس والزكوات. لكن حيث إنّ القاعدة التي يتعيّن تأسيسها في الجميع هي إجراء حكم الملك على ما ليس بملك كان المناسب جعل قوله: «وأنّ الغنى» المورد الحادي عشر لما تقدم عليه.

وكيف كان فتوضيحه: أنّ الإبتصاف بالفقر والغنى موقوف على الملك، فإن كان الانسان واجداً لمؤونة سنته ولو بالقوة كان غنياً وحرّم عليه أخذ الصدقات، والخمس إن كان هاشمياً. وإن لم يكن واجداً لها - ولو بالقوة - كان فقيراً و جاز له أخذها.

وعليه فإذا باع زيد بالمعاطة شيئاً من مؤونته - ككتاب يحتاج إليه - بشمنٍ غالٍ لصرفه في نفقة عياله، ولم يتلف الكتاب في يد المشتري ولم يتصرف فيه، وبقي الثمن في يد زيد أيضاً وهو وافٍ بمؤونة سنته، فإنّه يلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي: دوران الغنى والفقر مدار الإباحة دون الملك، وذلك لأنّ الكتاب باقٍ على ملك زيد حسب الفرض، كما أنّ الثمن باقٍ على ملك عمرو، فلو صار زيد غنياً بالمأخوذ بالمعاطة كان معناه ترتّب الغنى على مجرد كون المال في يده وإن كان ملكاً للغير، و صار عمرو فقيراً بشراء الكتاب مع أنّ الثمن باقٍ على ملكه.

والحاصل: أنّه يلزم ترتب صفة الغنى و الفقر على ما في اليد مع كونه ملكاً للغير، فيترتب وجود الغنى على المأخوذ بالمعاطة، ويرتفع به الفقر مع عدم كون هذا المأخوذ ملكاً،

تترتب عليه<sup>(١)</sup> كذلك<sup>(٢)</sup>، فيصير<sup>(٣)</sup> ما ليس من الأملاك بمحكم الأملاك.  
ومنها<sup>(٤)</sup> : كون التصرف من جانب مملوكاً للجانب الآخر<sup>(٥)</sup>. مضافاً إلى  
غرابة<sup>(٦)</sup> إستناد الملك الى التصرف.

فالآخذ غنيٌ وليس بمالك، و المعطي للمال فقيرٌ مع عدم خروج المال عن ملكه.

(١) أي: على ما في اليد وإن لم يكن مملوكاً له.

(٢) أي: مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه، أو مع الشك في البقاء والتصرف.

وهذا إشارة الى الصورتين المتقدمتين.

#### القاعدة الرابعة: مملكية تصرف أحد المتعاطيين للآخر

(٣) هذا هي القاعدة التي يلزم تأسيسها لو قيل بافادة المعاطاة للإباحة المحضة.

(٤) أي: ومن القواعد الجديدة، وهذا رابع الاستبعادات، وهو يتضمن أمرين لا بد من

تأسيسها.

أحدهما: كون أصل التصرف في المباح سبباً لدخوله في الملك، وهو بعيد، لأنَّ الأسباب المملَكة المعهودة من الشرع محصورةٌ في أمورٍ إختياريةٍ وقهرية، وليس التصرف منها، فالإختياريةُ إمَّا خارجيةٌ كحيازة المباحات، وإمَّا إختياريةٌ كالبيع والاجارة والمضاربة والصلح ونحوها. والقهريةُ كالموت والارتداد. فكيف حكَم المشهورُ بدخول المأخوذ بالمعاطاة في الملك بالتصرف فيه؟

ثانيهما: أن يكون تصرف أحد المتعاطيين في المأخوذ بالمعاطاة موجباً لصيرورة الآخر مالِكاً لما في يده. وهذا أكثر غرابةً من الأوَّل.

(٥) ولم يعهد كون التصرف من جانب مملوكاً للجانب الآخر، إذ لم يتحقق إلا أمران.

أحدهما: المعاطاة، والآخر: التصرف، والمفروض أن الأوَّل لم يؤثر في الملكية، فالمملُك هو التصرف.

(٦) وجه الغرابة أن التصرف مؤخَّر طبعاً عن الملك، لأنَّه مقتضى توقف التصرف على

الملك، ومع تأخُّره عن الملك كيف يستندُ الملك إليه؟

ومنها<sup>(١)</sup>: جعل التلف السهوي<sup>(٢)</sup> من جانب مملُكاً للجانب الآخر<sup>(٣)</sup>.  
والتلف<sup>(٤)</sup> من الجانبين مع التفريط معيَّناً للمستمي

### القاعدة الخامسة: ترتب آثار غير معهودة على التلف

(١) أي: ومن القواعد الجديدة التي لا بدّ من تأسيسها بناءً على القول بالاباحة، وهذا الاستبعاد الخامس يتضمن قواعد أربعة تتعلق بتلف إحدى العينين أو كليهما.  
الأولى: أن المشهور قالوا: «إذا تلفت إحدى العينين لزمتم» والتلف الملزّم أعم من الإختياري كالأكل والشرب ونحوهما من التصرفات الخارجية والاعتبارية، والقهري وهو ما لم يكن بإرادة الانسان كالسيل والصاعقة والزلازل وشبهها من أنواع البلاء، المعبر عنها بالتلف السهوي.

ووجه الغرابة: أن تلف المال قهراً عند أحد المتعاطين كيف يوجب دخول المال الآخر في ملك المتعاطي الآخر قهراً؟ فإنّ مملُكية هذا التلف السهوي أكثر مؤونةً من مملُكية تصرف أحدهما للآخر، إذ التصرف فعلٌ إختياري قد يتيسر توجيه مملُكيته، وأمّا التلف القهري فلا. هذلو سيأتي بيان القواعد الثلاث الأخر التي تضمنها هذا الاستبعاد الخامس.

(٢) التقييد بالسهوي في قبالة الإتلاف الأناسي فإنّه تصرفٌ في المال، و يندرج في الاستبعاد الرابع، وهو غرابة مملُكية التصرف.

(٣) فيلزم أن يكون أكل الهرة مثلاً للحم المأخوذ بالمعاطة مملُكاً للثمن الذي أخذه الآخر بالمعاطة، ومن المعلوم أن كون التلف مملُكاً و ناقلاً في غاية البعد. وأمّا بناءً على إفادة المعاطة للملك فلا يلزم هذا المحذور أصلاً.

(٤) معطوف على «التلف» وهذا إشارة الى القاعدة الثانية التي ينبغي تأسيسها، وبيانها: أن مقتضى تأثير المعاطة في خصوص الإباحة هو: أن العينين باقتين على ملك مالكهما، وهما أمانتان عند المتعاطين، ومن المعلوم أن إتلاف الأمانة والتفريط في حفظها يوجب ضمان بدلها الواقعي من المثل أو القيمة، لاقتضاء قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» إشتغال الذمة بالبدل الواقعي، لا بالمستمي، فإنّه مخصوص بالمعوضة الصحيحة، كما إذا باع زيد كتاباً بدينارٍ من عمرو، وكانت قيمته الواقعية دينارين، فتيبن غبنُ زيد بدينارٍ، فإذا أتلف كلٌ منها

من الطرفين<sup>(١)</sup>، ولا رجوع الى قيمة المثل<sup>(٢)</sup> حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.  
و مع حصوله<sup>(٣)</sup> في يد الغاصب

ما في يده مفراطاً في ذلك كان الضمان بالمستنى، ولا يرجع زيدٌ على عمروٍ بدينار آخر و هو التفاوت بين المستنى و القيمة الواقعية.

و على هذا فلو أنلف كل من المتعاطين ما في يده لزم أن يضمن للآخر بدله الواقعي، لعدم كون المعاطاة عقدأ صحيحاً مملكأ حسب الفرض، بل هي مبيحة للتصرف، و معه كيف حكّم المشهور بأن إتلاف المأخوذ بالمعاطاة لا يوجب إنتقال الضمان من المستنى الى الواقعي؟ إذ مقتضى قاعدة «اليد» إستقرار البذل الواقعي على المهدة، و لا وجه لصيرورة الضمان معاوضياً.

(١) مع أن مقتضى قاعدة «اليد» هو الضمان بالبذل الواقعي من المثل أو القيمة، و جواز الرجوع بالتفاوت.

(٢) يعني: كما هو مقتضى قاعدة المعاوضة الفاسدة حتى يرجع المغبون منها الى التفاوت. مثلاً: إذا أعطى كتاب المكاسب بدينار، فأتلف كلٌ منها ما في يده مفراطاً في ذلك، فالضمان على كل منها يكون بالمستنى، فإذا كانت قيمة الكتاب دينارين مثلاً لا يرجع مالك الكتاب على الآخر - الآخذ له - بدينارٍ يكون ما به التفاوت بين المستنى و بين القيمة الواقعية.

(٣) أي: و مع حصول المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب، و هذا إشارة إلى القاعدة الثالثة التي تضمنتها الاستبعاد الخامس، و حاصل ذلك: أنه إذا تعاطي زيدٌ و عمروٌ كتاباً بدينار، فغصب بكرٌ الكتاب، سواء تلف عنده أم بقي بحاله، فإن قلنا بأن القابض بالمعاطاة - و هو عمرو - هو الذي يطالب الكتاب من الغاصب كان القول به بعيداً، لأن غضب الغاصب للمأخوذ بالمعاطاة أو تلفه عنده كيف يوجب ملكية المأخوذ للقابض بالمعاطاة حتى تصير المطالبة من الغاصب للمالك؟ إذ لم يُعهد نهوض دليل على كون الغصب أو التلف عند الغاصب من النواقل الشرعية.

و إن قلنا بأن المطالب هو القابض بالمعاطاة - و هو عمرو - مع فرض عدم تملكه للمأخوذ بالمعاطاة بسبب غضب الغاصب أو تلف المال عنده كان أيضاً بعيداً جداً، حيث إن

أو تلفه<sup>(١)</sup> فيها، فالقول بأنّه<sup>(٢)</sup> المطالب<sup>(٣)</sup> لآته<sup>(٤)</sup> تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب<sup>(٥)</sup>، والقول<sup>(٦)</sup> بعدم الملك بعيداً جداً.  
مع<sup>(٧)</sup> أنّ في التلف القهري

المطالبة من الغاصب من شؤون سلطنة المالك على ماله، فليس لغير المالك سلطنة المطالبة من الغاصب.

(١) يعني: تلف المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب.

(٢) أي: بأن القابض بالمعاطاة.

(٣) بصيغة الفاعل، والمراد به القابض بالمعاطاة.

(٤) أي: لأن القابض بالمعاطاة.

(٥) خبر «فالقول» وهذا إشارة إلى أحد الأمرين الغريبيين، وقد تقدم بقولنا: «فإن قلنا

بأن القابض بالمعاطاة - وهو عمرو - هو الذي يطالب... الخ».

(٦) معطوف على «فالقول» وهذا إشارة إلى ثاني الأمرين الغريبيين، ووجه الغرابة:

ما عرفت من أنّ المباح له إذا لم يصير مالاً للمأخوذ بالمعاطاة - بسبب غضب الغاصب أو

التلف عنده - لم يكن له حقّ مطالبة تلك العين - أو بدلها - من الغاصب، لأنّ الغاصب ضامن

للمالك المبيع لا للأخذ المباح له. ومعنى هذا عدم جواز رجوع المباح له على الغاصب

لاسترداد ماله. مع أنّه لا ريب في ثبوت حق المطالبة للأخذ، وهو كاشف عن كونه مالاً لما

أخذه بالمعاطاة، ولا أثر من الاباحة في نظر العرف أصلاً.

(٧) هذا إشكال آخر على مملّكية التلف القهري غير ما أفاده بقوله: «جعل التلف

السموي من جانب مملّكاً للجانب الآخر» وهذه هي القاعدة الرابعة التي تضمنها الاستبعاد

الخامس. ومقصود كاشف الغطاء  $\text{بَيِّنُ}$  إنكار أصل مملّكية التلف القهري سواء أكان التلف في

يد الغاصب أم القابض.

وحاصل الإشكال: أنّه إن قلنا بأنّ القابض بالمعاطاة تملك المأخوذ بها قبل التلف كان

عجيباً، إذ لو حصلت المملّكية بغير سبب لزم وجود المعلول بلا علّة، ولو حصلت بسبب التلف

لزم تقدم المعلول على علّته، وكلاهما غير معقول.

إن ملك التالف قبل التلف فعجيب<sup>(١)</sup>، و معه<sup>(٢)</sup> بعيدٌ لعدم قابليته. و بعده<sup>(٣)</sup> ملكٌ معدومٌ. و مع عدم<sup>(٤)</sup> الدخول في الملك<sup>(٥)</sup> يكون ملك الآخر بغير عوضٍ.

وإن قلنا بحصول الملكية مع التلف كان بعيداً. إذ لا موجب لها في خصوص زمان التلف دون ما قبله. مضافاً إلى: أن زمان التلف هو زمان إنتفاء الملكية لا حدوثها. و منه يظهر بطلان الملكية بعد التلف - لو قيل بها - لأن تملك المعدوم غير معقول. و عليه لا يعقل مملّكية التلف القهري أصلاً. لا قبله و لا مقارناً له و لا بعده. (١) لما عرفت أنفاً من أنه إما من تقدم المعلول على العلة. و إما من وجود المعلول بلا علة.

(٢) أي: و مع التلف فبعيدٌ، و الأولى إقتران «بعيد» بالفاء، لاقتضاء العطف على «قبل التلف» كونه جزءاً لقوله: «ان ملك» فكأنه قال: «و إن ملك التالف مقارناً للتلف فبعيد» و الوجه في البعد ما أفاده بقوله: «لعدم قابلية» لأنّ أنّ التلف هو أنّ إنتفاء الملكية بانتفاء المملوك، فكيف تحصل الملكية مقارناً للتلف؟

(٣) أي: بعد التلف، يعني: يكون حصول الملكية - بعد تلف المأخوذ بالمعاطاة - من ملك المعدوم، و هو غير معقول. و الأولى أيضاً إقتران «ملك» بالفاء لما أشرنا إليه آنفاً.

(٤) هذا بمنزلة نتيجة ما أفاده من عدم معقولية مملّكية التلف القهري، يعني: و لازم عدم دخول المأخوذ بالمعاطاة - بسبب التلف - هو إجتماع العوض و المعوّض عند المتعاطي الآخر. (٥) يعني: في صورة التلف إن بُني على عدم صيرورة التالف ملكاً للقابض لزم منه أن يكون ملك المتعاطي الآخر لما قبضه - من صاحبه - بلا عوضٍ. و لازمه الجمع بين العوض و المعوّض.

فإن قلت: إذا لم يكن التلف مملّكاً لمن تلف عنده المال فليكن غير مملّك للمتعاطي الآخر أيضاً بالنسبة الى العوض.

قلت: لا سبيل لتني ملكية الآخر لما عنده، و ذلك لوجهين. أحدهما: قيام السيرة على صيرورة المال ملكاً للقابض بمجرد تلف إحدى العينين عند الآخر.

و ثانيهما: بناء المتعاطيين على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطاة.



ونبي الملك<sup>(١)</sup> مخالف للسيرة وبناء<sup>(٢)</sup> المتعاطين.

ومنها<sup>(٣)</sup>: أنّ التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النيّة فهو بعيد، وإن أوقفناه عليها<sup>(٤)</sup> كان الواطي للجارية<sup>(٥)</sup> من غيرها<sup>(٦)</sup>

(١) يعني: ونبي ملك المتعاطي الآخر لما قبضه بالمعاطة مخالف للسيرة التي قامت على كونه مالكا له.

(٢) بالجر معطوف على «السيرة». أمّا كون نبي ملك المتعاطي الآخر لما قبضه بالمعاطة مخالفاً لبناء المتعاقدين فلأنّ المفروض كونها قاصدين للتملك بالمعاطة كقصدهما له بالبيع القولي.

#### القاعدة السادسة: التصرف سبب مملّك قهراً أو اختياراً

(٣) أي: ومن القواعد الجديدة التي لا بدّ من تأسيسها بناءً على القول بالاباحة: أنّ التصرف... الخ. وهذا هو الاستبعاد السادس، وهو ناظرٌ إلى بُعد مملّكية التصرف سواء أكان من النواقل القهرية أم الإختيارية.

توضيحه: أنّ التصرف لا يكون مملّكاً ولا ناقلاً، إذ لو قلنا بذلك، فإن كانت مملّكته قهرية - أي: بلا حاجة إلى نيّة التملّك - كان بعيداً، إذ لا دليل عليه، ومجرد الإمكان لا يجدي في الوقوع.

وإن كانت مملّكته متوقفةً على الملك لزم منه ما لم يلتزم به أحدٌ، وهو كون الواطي للجارية المأخوذة بالمعاطة واطياً لها بالشبهة، وجران حكم وطى الشبهة عليه. وكذا لزم منه كون الجاني على مأخذه بالمعاطة والمتلف له جانياً على مال الغير ومُتلفاً له لا لمال نفسه، وهذا خلاف ما جرت عليه سيرتهم، ونتيجة ذلك بُعد كون نفس التصرف مملّكاً، بل لا بدّ من القول بمحصول الملكية من أوّل الأمر.

(٤) أي: وإن قلنا بتوقف ناقلية التصرف على النيّة لزم منه كون الواطي للجارية... الخ.

(٥) المأخوذة بالمعاطة.

(٦) أي: من غير النيّة.

واطياً بالشبهة (\*) و الجاني عليه و المتلّف له<sup>(١)</sup> جانياً على مال الغير و مُتلفاً له<sup>(٢)</sup>.  
 و منها<sup>(٣)</sup>: أنّ النماء الحادث قبل التصرف<sup>(٤)</sup> إنّ جعلنا حدوثه مملّكاً له<sup>(٥)</sup> دون  
 العين فبعيدٌ، أو معها<sup>(٦)</sup> فكذلك<sup>(٧)</sup>.

(١) تذكير هذا الضمير و ضمير «عليه» باعتبار المأخوذ بالمعاطاة.

(٢) أي: لمال الغير.

### القاعدة السابعة: مملّكية حدوث النماء

(٣) أي: و من القواعد الجديدة التي لا بد من تأسيسها هو: أنّه لا بد من القول بمملّكية  
 حدوث النماء، و هو غير معهود، توضيحه: أنّه يجوز للأخذ بالمعاطاة التصرف في نماء المأخوذ  
 بها الحادث في العين قبل التصرف فيها، و جواز التصرف في النماء إمّا لأجل كون حدوث النماء  
 مملّكاً له، و إمّا لأنّ المالك الأصلي أذن له في التصرف في النماء كإذنه في التصرف في ذي النماء.  
 و على الأوّل فإن قلنا بكون حدوث النماء مملّكاً للنماء فقط - أي بدون ذي النماء - كان  
 بعيداً، إذ لا وجه للتفكيك في الملكية بين النماء و الأصل، خصوصاً في النماء المتصل. مع أنّه  
 لم يعهد من مذاق الشارع الأقدس كون حدوث النماء من موجبات تملك النماء.

و إن قلنا بأنّ حدوث النماء مملّك له و للأصل معاً كان بعيداً أيضاً، لمنافاته لظاهر أكثر  
 الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكية في المأخوذ بالمعاطاة من دون التصرف فيه.

و على الثاني - وهو أن يكون التصرف في النماء مستنداً إلى إذن المالك - قلنا: إنّ شمول الإذن  
 - في التصرف في العين - للتصرف في النماء أمرٌ خفي، فلا يمكن الالتزام به، حيث إنّ المالك الأصلي  
 لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في نفس المأخوذ بالمعاطاة لا في نماءاته المتكوّنة منه بعد التعاطي.  
 (٤) التقييد بالقبليّة لأجل كون التصرف قبل حدوث النماء مملّكاً للأصل، فلا يبيح  
 موضوع للاستبعاد.

(٥) هذا الضمير و ضمير «حدوثه» راجعان الى النماء.

(٦) أي: جعل حدوث النماء مملّكاً له و للعين معاً.

(٧) أي: بعيدٌ.

وكلاهما<sup>(١)</sup> منافعٍ لظاهر الأكثر. وشمول<sup>(٢)</sup> الإذن له خفيٌّ.  
ومنها<sup>(٣)</sup>: قصر التملك على التصرف

(١) أي: كون حدوث النماء مملُكاً للنماء خاصة - أو مملُكاً للعين والنماء معاً - خلاف ظاهر الأكثر، لأنهم قائلون بمملُكية التصرف، لا بمملُكية حدوث النماء.  
(٢) هذا دفع دخل مقدر، حاصله: عدم كون حدوث النماء مملُكاً من جهة مخالفة المشهور، ولكن نقول بجواز التصرف في نماء المأخوذ بالمعاطاة من باب إذن المالك في التصرف.

فأجاب بَيِّنَاتُ عنه بأنَّ شمول الإذن المالكى لإباحة التصرف في النماء خفيٌّ، خصوصاً إذا كان حدوث النماء بعد وقوع المعاطاة بزمان طويل، كما إذا تعاطيا سخلةً بدينار فأجلت بعد سنة، أو تعاطيا على شجرةٍ بدينار فأثمرت بعدَ أشهر، فإنه لم يعلم إذن المالك في التصرف في لبن الشاة أو ثمرة الشجرة، لاحتمال - غفلته حين التقابض - عن التصرف في النماء حتى يأذن له.

#### القاعدة الثامنة: مملُكية التصرف تستلزم إجتماع المتقابلين

(٣) أي: و من القواعد الجديدة: قصرُ التملك . . الخ، وهذا هو الاستبعاد الثامن والأخير من إستبعادات كاشف الغطاء بَيِّنَاتُ وهو يتضمن إستبعادين:  
أحدهما: أنه يلزم من مملُكية التصرف إجتماع المتقابلين في واحد، أي صيرورة الموجب والقابل واحداً في المعاطاة.

ثانيهما: أولوية إستناد الملكية الى نفس المعاطاة من إستنادها الى التصرف.  
توضيحه: أنه يلزم - بناءً على إفادة المعاطاة للإباحة، وإستناد مملُكية التصرف الى إذن المالك، لأجل كون الإذن في الشيء إذناً فيما يتوقف عليه - كونُ التعاطي موجباً وقابلاً، لأنه موجب من ناحية المالك المبيح، حيث إنه مأذون من المالك في تملك المال لنفسه، وقابل لتملكه للمال. لكنه - بناءً على إستناد مملُكية التصرف الى إذن المالك - يلزم أن يكون نفسُ التعاطي مملُكاً بالأولوية، وذلك لاقتران التعاطي بقصد التملك من المعطي، دون التصرف الصادر بعد المعاطاة، لانفصاله عنها، بخلاف التعاطي، فإن الإذن في التملك مقرونٌ به.  
و بالجملة: فالإذن في التصرف المملُك يوجب مملُكية نفس المعاطاة بالأولوية.

مع الاستناد فيه<sup>(١)</sup> إلى: «أَنْ إِذْنَ الْمَالِكِ فِيهِ<sup>(٢)</sup> إِذْنٌ فِي التَّمْلِيكِ، فِيرْجِعُ<sup>(٣)</sup> إِلَى كَوْنِ الْمُتَصَرِّفِ فِي تَمْلِيكِ نَفْسِهِ مُوجِباً قَابِلاً، وَذَلِكَ<sup>(٤)</sup> جَارٍ فِي الْقَبْضِ، بَلْ هُوَ<sup>(٥)</sup> أَوْلَى مِنْهُ، لِاقْتِرَانِهِ<sup>(٦)</sup> بِقَصْدِ التَّمْلِيكِ، دُونَهُ»، إِنْتَهَى<sup>(٧)</sup>.

والمقصود من ذلك كله إستبعاد هذا القول<sup>(٨)</sup>، لأنَّ الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول و العمومات<sup>(٩)</sup>، إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لِتُخَالِفَ

(١) أي: أَنَّ التَّمْلِيكَ الْمُسْتَنْدَ إِلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ جَارٍ فِي الْقَبْضِ أَيْضاً وَهُوَ الْأَخْذُ مِنَ الْمُعْطِي، لِاقْتِرَانِ الْإِعْطَاءِ بِقَصْدِ تَمْلِيكِ الْمُعْطِي.

(٢) أي: أَنَّ إِذْنَ الْمَالِكِ فِي التَّصَرُّفِ إِذْنٌ فِي أَنْ يَتَمَلَّكَ الْمُتَصَرِّفُ الْمَأْخُوذَ بِالْمُعَاوَاةِ.

(٣) يعني: أَنَّ مَالَ إِذْنِ الْمَالِكِ فِي التَّصَرُّفِ إِلَى صَيْرُورَةِ الْمُتَصَرِّفِ مُوجِباً وَ قَابِلاً.

(٤) يعني: أَنَّ مَا ذُكِرَ - مِنْ كَوْنِ الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ إِذْنًا فِي التَّمْلِيكِ - جَارٍ فِي الْقَبْضِ.

(٥) أي: الْقَبْضُ الْمُعَاوَاتِي أَوْلَى مِنَ التَّصَرُّفِ الَّذِي تَكُونُ مَمْلَكِيَّتُهُ مُسْتَنْدَةً إِلَى: أَنَّ إِذْنَ

الْمَالِكِ فِي التَّصَرُّفِ إِذْنٌ فِي التَّمْلِيكِ. وَجِهَ الْأَوْلِيَّةُ مَا عَرَفْتَهُ مِنْ إِقْتِرَانِ الْمُعَاوَاةِ بِقَصْدِ التَّمْلِيكِ دُونَ التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الْإِذْنَ فِي التَّمْلِيكِ وَإِنْ كَانَ مُوجُوداً حِينَ التَّصَرُّفِ أَيْضاً فَيَتَمَلَّكُ الْمُتَصَرِّفُ الْمَأْخُوذَ بِالْمُعَاوَاةِ، إِلَّا أَنَّ الْإِذْنَ فِي التَّمْلِيكِ مُوجُودٌ فِي نَفْسِ زَمَانِ الْمُعَاوَاةِ، فَلْيَكُنْ هُوَ الْمَمْلُوكُ بِوُجُودِهِ الْمُدَوْنِيِّ، لَا بِوُجُودِهِ الْبَقَائِيِّ.

هذا ظاهر العبارة. لكن التعليل لا يخلو من مسامحة، إذ الإذن المملَّك موجود من زمان حدوثه بالمعاطاة إلى جميع الآنات المتأخرة، ولا يعتبر حدوث إذن آخر في زمان التصرف حتى تتجه الأولوية.

(٦) أي: لِأَنَّ الْقَبْضَ مُقْتَرَنَ بِالْإِذْنِ الْمَمْلُوكِ، دُونَ التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ إِذْنَ التَّمْلِيكِ غَيْرَ مُقْتَرَنَ

بِهِ، بَلِ الْإِذْنُ سَابِقٌ عَلَيْهِ.

(٧) أي: إِنْتَهَى مَا ذَكَرَهُ بَعْضُ الْأَسَاطِينِ فِي مَقَامِ الْإِسْتِغْنَاءِ عَنِ الْقَوْلِ بِالْإِبَاحَةِ.

(٨) أي: الْقَوْلُ بِإِفَادَةِ الْمُعَاوَاةِ لِلْإِبَاحَةِ.

(٩) وَهِيَ مَا يَأْتِي إِلَيْهِ الْإِشَارَةُ فِي كَلَامِهِ مِنْ أَدَلَّةِ تَوْقُفِ التَّصَرُّفَاتِ عَلَى الْمَلِكِ، وَ عَمُومِ

«عَلَى الْيَدِ» وَ غَيْرِ ذَلِكَ. وَ لَيْسَ الْمُرَادُ بِهَا الْعُمُومَاتُ الدَّالَّةُ عَلَى صِحَّةِ الْمُعَاوَاةِ وَ كَوْنِهَا بَيْعاً مُفِيداً لِلْمَمْلَكِيَّةِ كَمَا قَدْ يَتَوَهَّمُ، إِذْ لَوْ كَانَتْ تِلْكَ الْعُمُومَاتُ دَالَّةً عَلَى مَمْلَكِيَّةِ الْمُعَاوَاةِ كَانَتْ

القواعد المتداولة بين الفقهاء.

أما<sup>(١)</sup> حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للمقصود فيها أولاً<sup>(٢)</sup>:

هي المعوّل ولم تصل النوبة الى هذه الاستبعادات التي هي كالدليل الإي كاشفة عن فساد القول بالاباحة.

واعلم أنّ غرض الشيخ الكبير رحمته من بيان الوجوه المزبورة هو: أنه لو لم يتم الاستدلال على مملّكية المعاطاة بما تقدم من آيتي الحيلّ و التجارة و غيرها كفى في إثبات مملّكيتها ما ذكر من الاستبعادات، و إلّا لم تأسس قواعد جديدة. و المصنف رحمته ناقش في ذلك بأنّ تلك الوجوه لا تقي بإثبات المقصود، و هو إفادة المعاطاة للملك، لأنّ لتلك الأمور نظائر في الشريعة، فليست قواعد جديدة توجب رفع اليد عن القول بالاباحة.

#### المناقشة في القواعد المرتبة على القول بالاباحة

(١) أجاب المصنف رحمته أجاب عن إستبعادات كاشف الغطاء رحمته بوجهين: أحدهما: بالتفصيل بالنظر في كل واحد من الأمور الثمانية، كما ستقف عليه. و الآخر بالاجمال، و هو الذي تعرض له في آخر كلامه بقوله: «مع أنه لم يذكرها للاعتداد» و هو إعتذار عن كاشف الغطاء بأن مقصوده مجرد الاستبعاد عن الالتزام بهذه القواعد، لا أنّها تصلح لرفع اليد عن القول بالاباحة.

#### ١- المناقشة في ما يتعلق بقاعدة التبعية

(٢) قد أجاب المصنف رحمته عن أوّل تلك الوجوه مجوابين، أحدهما حلي، و الآخر نقضي. و محصل الأوّل هو: أنّ المعاطاة ليست من صفريات تلك القاعدة، لأنّ مورد تلك القاعدة هو العقود الصحيحة شرعاً، و معنى الصحة ترتب الأثر المقصود عليها، فإذا دلّ دليل على صحة عقد البيع فعناه ترتب الأثر المقصود - و هو الملكية - عليه، و يستحيل مع صحته عدم ترتب الأثر عليه، إذ ليس ذلك إلّا التناقض. و أمّا إذا لم يدلّ دليل على صحة عمل بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه، ولكن حكم الشارع في مورده بالاباحة التي لم تكن مقصودةً من ذلك العمل لم يلزم تخلف العقد عن القصد.

أنّ المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود<sup>(١)</sup>، ولا من القائم مقامها<sup>(٢)</sup> شرعاً، فإن<sup>(٣)</sup> تبعية العقد للقصد و عدم إنفكاكه عنه إنّما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى<sup>(٤)</sup> ترتب الأثر المقصود عليه، فلا يُعقل<sup>(٥)</sup> حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه. أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها<sup>(٦)</sup> دليلٌ

و المعاطاة التي لا تفيد الملكية - و ترتب عليها الإباحة شرعاً - كذلك، لأنّ الإباحة حكم شرعي تعديدي يترتب على المعاطاة، وليست هذه الإباحة عقدية حتى يلزم من ثبوتها محذورٌ مخالفٌ للعقد للقصد.

و بالجملة: المعاطاة التي لم يترتب عليها الملكية - التي هي المقصودة منها - موضوعٌ لحكم الشارع بالإباحة، نظير حكمه بجواز الأكل من أموال الناس في الجماعة، و جواز أكل المازة من ثمرة الشجرة التي يربّها و إن لم يرضَ به المالك، بناءً على جواز الأكل مطلقاً، و عدم إناطته برضى المالك.

(١) خبر «أنّ المعاطاة» أي: ليست من العقود حتى تندرج في كبرى «تبعية العقود للقصد» فعدم ترتب الملكية على المعاطاة يكون من السالبة بانتفاء الموضوع، إذ ليست عقداً حتى يجري فيها قاعدةُ التبعية.

(٢) كالوصية التمليلية بناءً على كون قبول الموصي له شرطاً لاجزاء، فإذا قبِل الموصي له ترتب عليه أثر العقد الصحيح و إن لم تكن هذه الوصية عقداً حقيقةً، لأنّه مؤلّف من جزأين الإيجاب و القبول، فلو كان القبول شرطاً صار العنوان ملحقاً بالعقد حكماً، و على كلّ فالمعاطاة عند القائل بالإباحة ليست عقداً و لا قائمةً بمقامه، بل هي إباحة تعديدية.

(٣) تحليل لقوله: «ليست من العقود» و قد عرفت توضيحه.

(٤) هذا مفسّرٌ لقوله: «صحة العقد» يعني: أنّ معنى صحة العقد ترتبُ أثره الذي قصدّه المتعاقدان.

(٥) هذا نتيجة حكم الشارع بصحة عقد، و أنّه يمتنع إنفكاك الأثر عن العقد الصحيح.

(٦) على مذاق القدماء القائلين بإفادة المعاطاة للإباحة.

فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها<sup>(١)</sup> كما تبته عليه<sup>(٢)</sup> الشهيد في كلامه المتقدم من:  
 أن السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المعاملات.  
 نعم<sup>(٣)</sup> إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حُكِمَ به وإن لم يكن مقصوداً.  
 و ثانياً<sup>(٤)</sup>: أن تخلف العقد عن مقصود

(١) أي: على المعاملات الفعلية.

(٢) أي: تبته الشهيد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ على عدم صحة المعاملة الفعلية، و أن السبب الفعلي لم يقم دليلاً على صحته و تأثيره. حيث قال: «و أما المعاطاة في المبيعات فهي تفيد الاباحة دون الملك».

و هذه العبارة وإن لم تكن صريحة في عدم قيام السبب الفعلي مقام القولي، إلا أنها تدل عليه بالالتزام، إذ السبب القولي - وهو الايجاب و القبول - يؤثر في الملكية المقصودة من البيع، ولما لم تكن المعاطاة مشتملة على القول لم تكن مؤثرة في الملكية، و أما تأثيرها في الاباحة فهو تعبد محض، و لولاه لكان مقتضى القاعدة فسادها و عدم تأثيرها أصلاً حتى في إباحة التصرف.

(٣) إستدراك على قوله: «فلا يحكم» و غرضه دفع التنافي بين عدم ترتب الأثر المقصود على المعاطاة و بين إفادتها لإباحة التصرف بدليل خاص و إن لم تكن الاباحة مقصودة، إذ المقصود هو الملك، و لم يحصل.

(٤) هذا هو الجواب الثاني - أي النقص بموارد ثبت فيها التخلف عن القصد - و حاصله: أنه لا غرابة في تخلف العقد عن القصد، لوقوعه في موارد، نبّه المصنف على خمسة منها في المتن و سيأتي بيانها.

و لا يخفى أن ظاهر الكلام ذكر موارد النقص على قاعدة «تبعية العقود للقصد» و أنها ليست كالقواعد العقلية الآبية عن التخصيص، فورد تخصيصها بموارد خمسة، و لتكن المعاطاة

المتبايعين<sup>(١)</sup> كثير، فإنهم<sup>(٢)</sup> أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً

سادسة تلك الموارد، فهي عقد يقصد به الملك، ولكنها تفيد الإباحة. لكن في عبارة المصنف احتمال آخر تفتن له المحقق الاصفهاني رحمته وهو: أن غرضه من ذكر موارد النقص ليس تخصيص قاعدة التبعية، بل إن ترتب الإباحة على المعاوضة المقصود بها الملك تخلف صوري غير قاذح بعموم القاعدة، فالقاعدة آبية عن التخصيص ولو بمورد واحد. والشاهد على إرادة هذا الاحتمال أمران:

أحدهما: صراحة كلام المصنف: «فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه» في أن الشارع إذا حكم بصحة عقد و ترتب أثر خاص عليه إمتنع تخلف ذلك الأثر عن القصد. وأما ترتب أثر آخر - غير مقصود - على العقد فلا ينافي صحته أصلاً. و ثانيها: أن الموارد الخمسة المذكورة في المتن من هذا القبيل، لأن العقد إما ليس بصحيح فلا يبقى موضوع للتخلف، وإما يكون التخلف صورياً.

هذا ما احتملناه، و عليك بالتدبر في كلام المصنف رحمته لعلك تقف على حقيقة الأمر. (١) الأولى تبديله بـ «المتعاقدين» ليشمل المورد الخامس وهو نسيان ذكر الأجل في النكاح المنقطع، وكذا المورد الثاني، لعدم اختصاص مفسدية الشرط الفاسد و عدمها بالبيع.

(٢) هذا شروع في بيان المورد الأول، وهو إنقلاب ضمان المستنى الى الواقعي عند فساد العقد، توضيحه: أن المقصود في العقد المعاوضي هو الضمان بالمستنى، مع أنه في فاسده واقعي، فإذا باع متاعه بدينار ثم تبين فساد البيع كان ضمان كل من العوضين بقيمته الواقعية، مع أن هذا الضمان لم يكن مقصوداً، بل المقصود كان ضمان المتاع بالدينار، وبالعكس، فتخلف العقد عن القصد، لأن المقصود منه هو الضمان بالمستنى، مع أن الضمان صار بالقيمة الواقعية، و هو غير مقصود.

فان قلت: إن عموم قاعدة تبعية العقود للمقصود باقي مجاله، ولم ينتقض بانقلاب ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من المستنى إلى الواقعي. وجه عدم النقص: أن ضمان القيمة الواقعية



يؤثر في ضمان كلٍّ من العوضين القيمة<sup>(١)</sup>، لإفادة<sup>(٢)</sup> العقد الفاسد الضمانَ عندهم فيما يقتضيه صحيحه،

لايستند إلى العقد حتى يتخلف عن القصد، بل إلى قاعدة اليد، إذ من المعلوم أن كلاً من المتعاقدين وَضَعَ يده على مال الآخر. ومقتضى وضع اليد هو الضمان الواقعي. وعليه فلا وجه للنقض على كاشف الغطاء **بَيِّنُهُ** بما أفاده المصنف من تبدل الضمان المستنى - عند فساد العقد - بضمان القيمة الواقعية.

قلت: إن عموم القاعدة قد حُصِّص بموردِ النقض، وذلك لأنَّ إنقلاب ضمانِ المستنى إلى ضمان القيمة الواقعية لا يستند إلى قاعدة اليد، لدلالة كلماتهم على أن المؤثر في الضمان الواقع هو نفس العقد الفاسد، وإقدامها على الضمان. وإنما ذَكَرَ بعضُ الأصحاب قاعدةَ اليد مستنداً للضمان الواقعي، ولا عبرة به، إذ المهم رعاية نظر الأكثر. وقد عرفت أن مستندهم في هذا الإنقلاب إلى نفس الإقدام العقدي لا غير. وبه يتَّجه صورةُ النقض على قاعدة التبعية.

(١) بالنصب مفعول «ضمان» والمراد به القيمة الواقعية، قال في الجواهر في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد: «ولذا أطلق المصنفُ وغيره الضمانَ على وجه يُراد منه الضمان بالمثل أو القيمة. بل لعله هو الظاهر من معاهد إجماعاتهم في المقام، فضلاً عن التصريح به من بعضهم...»<sup>أ</sup>.

و عليه فضمان المقبوض بالعقد الفاسد بالبدل الواقعي كأنه من مسلّاتهم، ولذا كان الأولى التعبير «بالبدل» من التعبير بالقيمة، إلا أن يريدوا بالقيمة ما ليته الفعلية، والأمر سهل. (٢) تعليل لقوله: «يؤثر»، يعني: أن تأثير العقد المعاوضي الفاسد - كالبيع - في الضمان بالبدل الواقعي لا المستنى إنما هو لكونه من صفريات قاعدة مسلمة عندهم وهي: «أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وحيث إنَّ البيع الصحيح يؤثر في الضمان بالعوض المستنى كان فاسده مؤثراً في الضمان بالعوض الواقعي من المثل أو القيمة.

مع<sup>(١)</sup> أنها لم يقصدا إلا ضمان كل منهما<sup>(٢)</sup> بالآخر (\*).  
و توهُم<sup>(٣)</sup> أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد

(١) هذا هو محط الاشكال والنقض على قاعدة تبعية العقود للقصد، حيث إن الضمان بالبدل الواقعي غير مقصود للمتعاملين بالعقد الفاسد، وقد حصل، والمقصود - وهو الضمان بالمستنى - لم يحصل، فتخلف العقد عن القصد.

(٢) أي: كل من العوضين، يعني: أنها لم يقصدا إلا الضمان المعاوضي لا الواقعي، فوقع ما لم يقصد، وقُصد ما لم يقع.

(٣) غرض التوهُم الذب عن عموم قاعدة تبعية العقود للقصد، و عدم نقضه بتبدل ضمان العوض المستنى بضمان البدل الواقعي في المقبوض بالعقد الفاسد، وأن الموجب للضمان الواقعي هو قاعدة اليد لا العقد الفاسد. حتى يتوهُم حصول ما لم يقصده المتعاقدان، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «ان قلت ... قلت ...».

(\*) فيه: أن سبب الضمان في العقود الفاسدة كما سيأتي إن شاء الله تعالى هو اليد لا العقد حتى يلزم تخلف العقد عن القصد، و لذا لا يحكم بضمان المستنى بنفس تحقق المعاملة بالايجاب والقبول مع عدم تحقق القبض والإقباض، فلو كان مجرد الإقدام العقدي موجباً للضمان لكان الإقدام هنا على المعاملة متحققاً، فلا بد فيه من الحكم بالضمان مع عدمه قطعاً.

والحاصل: أن مورد تبعية العقد للقصد هو ما إذا صح العقد، إذ لا معنى حينئذ لعدم ترتب الأثر عليه، و ليس هذا إلا التناقض، لأن مرجع النقص الى صحة العقد مع تخلفه عن القصد، و من المعلوم مناقضة الصحة - التي هي ترتب الأثر المقصود - مع تخلف العقد عن القصد، فإن تخلفه عن القصد ليس إلا عدم ترتب الأثر المقصود على العقد، فكيف يجتمع الصحة مع التخلف؟

مدفوع<sup>(١)</sup> بأنه لم يذكر هذا الوجه<sup>(٢)</sup> إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، و هو إقدامها على الضمان، فلاحظ المسالك<sup>(٣)</sup>.  
وكذا<sup>(٤)</sup> الشرط الفاسد - لم يقصد المعاملة إلا مقرونةً به -

(١) خبر «و توهم» و دفعه، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «قلت: ان عموم القاعدة قد حُصِّصَ بمورد النقض، و ذلك ...».

(٢) أي: قاعدة اليد الموجبة للضمان الواقعي - لا المسمّى - في العقد الفاسد.

(٣) قال الشهيد الثاني في شرح قول المحقق عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضموناً عليه» ما لفظه: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد، لأنّه أقدم على أن يكون مضموناً عليه، فيحكم عليه به، و ان تلف بغير تفريط. و لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (\*).

هذا ما يتعلّق بأوّل الموارد الخمسة من النقض على قاعدة التبعية.

(٤) معطوف على «فانهم اطبقوا» و هذا هو المورد الثاني من موارد النقض، و حاصله: أنّ الشرط الفاسد لا يُفسد العقد عند أكثر القدماء، مع أنّ ما قُصِدَ - و هو العقد المقيّد بالشرط الفاسد - غير واقع، و الواقع الذي هو ذات العقد - المعرّي عن الشرط - لم يقصد، فتخلّف العقد عن القصد. نعم بناءً على مفسديّة الشرط الفاسد للعقد لم يتوجّه هذا النقض على بعض الأساطين، لكنّه خلاف التحقيق.

(\* الانصاف أن هذا الكلام ظاهر بل صريح في إستنادهم في الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد إلى دليلين: أحدهما الإقدام و الآخر قاعدة اليد، و توجيهه تارةً بما في المتن من أنّ المعتمد منهما هو الإقدام دون اليد، و أخرى بأن ذكر الإقدام ليس للاستدلال به مستقلاً بل لإتمام الإستدلال باليد و بيان عدم كونها مجانيةً، بلا شاهدٍ و مما لا يرضى به صاحبه. و التفصيل موكول الى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد إن شاء الله تعالى.

غير<sup>(١)</sup> مُفسدٍ عند أكثر القدماء<sup>(٢)</sup> (\*).

وبيع<sup>(٣)</sup> ما يملك وما لا يملك

(١) خبرُ «الشرط الفاسد» وجملة «لم يقصد» صلة للشرط الفاسد، وضمير «به» راجع الى الشرط الفاسد.

(٢) قال في مفتاح الكرامة: «الأصحاب في البيع الذي تضمن شرطاً فاسداً على أنحاء: الأول: صحة البيع وبطلان الشرط. و هو خيرة الشيخ في المسوط، و ابن سعيد في الجامع، والآبي في كشف الرموز، والمحكي عن أبي علي والقاضي، وربما حكى عن الحلبي ولم أجده في السرائر، ووافقهم أبو المكارم في الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة . . . ووافقهم ابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض، كما لو شرط أكل طعام بعينه أو لبس ثوب ونحوه، فلي تأمل». و عليه فنسبة المحكم الى جماعة من القدماء في محلها.

(٣) معطوف على «فانهم» وهذا ثالث موارد النقض، وحاصله: أن بيع المملوك وغير المملوك صحيح عند المحققين بالنسبة الى المملوك، وباطل بالنسبة إلى غير المملوك، كما لو باع الشاة والخنزير - صفقة واحدة - من شخص. مع أن مقصود المتبايعين - وهو بيع المجموع - لم يقع في الخارج، فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

(\*): فيه: أن الشرط إن كان ممّا علّق عليه العقد كما إذا قال: «بعتك هذا الكتاب إن قدم

الحاج» كان العقد باطلاً لأجل التعليق.

وإن كان الشرط إنتماً آخر في ضمن الالتزام العقدي، فإن كان من باب تعدد المطلوب لا من باب تقييد الالتزام العقدي به لم يفسد الشرط الى العقد، ولم يلزم تخلّف العقد عن القصد. وإن كان من باب وحدة المطلوب سرى فسادُه الى العقد، ولم يجب الوفاء لا بأصل العقد ولا بشرطه، ولا مورد حينئذٍ للنقض على قاعدة التبعية، لاختصاص مورده بالعقود الصحيحة.

صحيح عند الكل<sup>(١)</sup> (\*).

و بيعُ الغاصب<sup>(٢)</sup> لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير<sup>(٣)</sup> (\*).

(١) وفي الجواهر - بعد الاستدلال على الصحة فيما يملك - : «مضافاً الى عدم الخلاف المعتد به بين من تعرّض له» أ.

(٢) معطوف على «فانهم اطبقوا». وهذا رابع النقوض، وهو ما إذا باع الغاصب لنفسه المال المغصوب، فإنّ جمعاً كثيراً ذهبوا إلى أنّ البيع يقع عن المالك فضولاً، وتوقف صحته على إجازته، مع أنّ المقصود - وهو كون البيع للبائع - لم يقع، والواقع - وهو وقوع البيع عن المالك - غير مقصود.

(٣) بل نسبة المصنّف في بيع الفضولي الى المشهور، حيث قال: «المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب . . . والأقوى فيه الصحة وفاقاً للمشهور».

(\*): فيه: أنّ العقد ينحلّ إلى عقدين أحدهما صحيح، والآخر باطل، ولا يلزم تخلف العقد عن القصد.

إلا أن يقال: إن مقصود المصنّف النقض على كاشف الغطاء تَبَيَّنَ بما إذا كان المقصود إنضمام ما يملك وما لا يملك، إذ يلزم حينئذٍ من إضاء بيع ما يملك - دون ما لا يملك - تخلف القصد عن الواقع، فيتم صورة النقض.

لكن يندفع بخروجه عن قاعدة التبعية أيضاً، لاختصاصها بالعقود الصحيحة، والمفروض عدم صحته فيما لا يملك.

(\*): فيه: ما مرّ في تعريف البيع من: أنّه تبادل إنشائي بين عين متمولة وبين عوض متمول في جهة الأضافة، أو: تملك عين بمال. وعلى كلّ فقصد وقوعه عن المالك أو البائع خارج عن حدوده، فقصد لغو، كما يأتي تفصيله في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

و ترك<sup>(١)</sup> ذكر الأجل في العقد المقصود به الإنقطاع يجعله دائماً على قولٍ نسبة في المسالك وكشف اللثام إلى المشهور<sup>(٢)</sup> (\*).

١) معطوف على «فإنهم أطبقوا» وهذا خامس النقوض، و محصله: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في النكاح المنقطع إنقلب دائماً على ما أفتى به جماعة، مع أن المقصود هو الزواج المنقطع لا الدائم، فالمقصود غير واقع، و الواقع غير مقصود.

٢) قال في المسالك: «ولو قصد المتعة وأخلاً بذكر الأجل، فالمشهور بين الأصحاب: أنه ينعقد دائماً، وهو الذي اختاره المصنف، لأن لفظ الإيجاب صالح لكل منهما، وإنما يتمخص للمتعة بذكر الأجل، و للدوام بعده، فإذا ابتنى الأول ثبت الثاني. و لأن الأصل في العقد الصحة، و الفساد على خلاف الأصل. و لموثقة عبدالله بن بكير... الى أن قال: ليس فيه دلالة على أن من قصد المتعة و لم يذكر الأجل يكون دائماً، بل إنما دل على أن الدوام لا يذكر فيه الأجل، وهو كذلك، لكنه غير المدعى، و حينئذ فالقول بالبطان مطلقاً أقوى».

و عليه فليس إنقلاب العقد دائماً - عند ترك ذكر الأجل - مسلماً عندهم حتى يصح النقض به، إذ لا بد في صحة النقض من تسلّم المورد، و مع الخلاف لا يصح النقض به كما لا يخفى.

(٥) و يدل عليه موثق ابن بكير، قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام في حديث: إن سئى الأجل فهو متعة، و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات»<sup>٣</sup>.

لكن الانصاف - كما أفاده في المسالك - كون الحديث أجنبياً عن المدعى و هو ما إذا قصد المتعة وأخلاً بذكر الأجل إنعقد دائماً، بل ظاهر الحديث كونه في مقام إعتبار ذكر الأجل في المتعة، و عدم إعتباره في النكاح الدائم، و لا دلالة فيه على أنه إذا قصد المتعة و نسيا ذكر الأجل إنعقد دائماً، حتى يلزم فيه تخلف العقد عن القصد.

أ: مسالك الأنهام، ج ١، ص ٥٣٩ (الطبعة الحجرية) كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح ص ٥٠.

ب: وسائل الشريعة، ج ١٤، ص ٤٦٩، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث ١.

فالذي ينبغي أن يقال: إن بناء العاقد إن كان على إنشاء النكاح المنقطع - ولكن نسي ذكر الأجل عند الانشاء - وقصد النكاح الدائم - فلا شبهة في وقوعه دائماً، لأنه المقصود بعد نسيان ذكر الأجل. وإن كان بناء العاقد على إنشاء المتعة، ولكن نسي ذكر الأجل أو تركه عمداً فالقاعدة تقتضي البطلان، لأن المقصود بالفرض هو المتعة لم ينشأ، والمنشأ صورة هو الدوام، لكنه غير مقصود، ومن المعلوم أن الإنشاء هو إبراز الأمر النفساني في الخارج، ومع فرض عدم قصد الدوام لا يكون ذلك مبرزاً باللفظ. والمتعة وإن كانت مقصودة، لكنها لم تبرز باللفظ، فلا بد من الالتزام بعدم وقوع شيء من الدوام والمتعة.

أما الأول فلعدم كونه مقصوداً، وقصد عنوان العقد ومضمونه لأبد منه في وقوعه. وأما الثاني فللفقدان شرط صحته أعني ذكر الأجل، على ما دلّت عليه الروايات. فماعن المشهور كما في عبارة المسالك المتقدمة عند شرح كلام المصنف - من: أنه مع البناء على إنشاء النكاح المنقطع لكنه غفل حين الإنشاء ولم يذكر الاجل إنعقد دائماً إستناداً الى الوجوه الثلاثة المتقدمة في المسالك: من أصالة الصحة ومن تعيّن الدوام بعد إنتفاء الإنقطاع، للإخلال بشرطه وهو ذكر الاجل، ولموثقة ابن بكير المتقدمة - في غاية الاشكال. أما في أصالة الصحة: فلأنها غير مُشْرُعة، بل شأنها تطبيق الكبرى على الصغرى، و متعلق الخطاب على المأتي به.

و بعبارة أخرى: شأن أصالة الصحة إثبات مطابقة الواقع مع المأتي به، وأما كون الشيء الغلاني شرطاً شرعياً لعقد أو لا فلا يمكن إثبات شرطيته أو نفيها بأصالة الصحة. وأما في تعيّن الدوام بعد إنتفاء الانقطاع: فلأن العقد لا يتمخض لأحدهما إلا بإنشائه بما يكون دالاً عليه، والإنشاء منوط بالقصد، والمفروض أن المقصود هو المتعة، والقصور يكون في الدالّ، لعدم ذكر الأجل نسياناً، فلا يقع شيء من النكاحين. أما الدوام فلعدم قصده، وأما الإنقطاع فللفقدان شرطه وهو ذكر الأجل.

وأما في موثقة ابن بكير فلعدم الدلالة كما عرفت آنفاً.

فالحق بطلان العقد رأساً، فأين تخلّف العقد فيه عن القصد؟ هذا.

ثم إنه قد يتمسك للمشهور برواية أبان بن تغلب في حديث صيغة المتعة: «أنه قال لأبي عبدالله عليه السلام: فإني أستحيي أن أذكر شرط الأتيام قال: هو أضربُ عليك. قلت: وكيف؟ قال: لأنك إن لم تشرط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة في العدة، وكانت وارثاً ولم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة».

بتقريب: أن الاستحياء ظاهر في ان مقصوده النكاح المنقطع، لكن الحياء أو جب إهمال ذكر الأجل، ومع ذلك يحكم بأن المترتب على هذا الإنشاء هو النكاح الدائم، فثبت المطلوب وهو تخلف العقد عن القصد، إذ المقصود هو المنقطع، ولم يقع، والواقع هو الدائم غير مقصود، هذا.

وفيه: أن المحتمل كون السؤال عما إذا بدا له القصد إلى الدوام حياةً عما يعتبر في قوام المتعة من اشتراط ذكر الأجل، فيقصد الدوام لذلك، فيقع في لوازمه وأحكامه، فنتبه الامام عليه الصلاة والسلام على أن ذلك يضره.

وعلى هذا فلا يصح الاستدلال بهذا الخبر على إنقلاب العقد المعزى عن ذكر الأجل دائماً مع كون المقصود المنقطع. هذا.

وقد يقال: إن مقتضى القاعدة هو ما ذهب إليه المشهور من إنقلاب العقد دائماً، بتقريب: أن الزواج فيهما حقيقة واحدة، وليس له إلا قسم واحد، وأن الزمان مطلقاً ظرف وقوع الزوجية، وليس قيداً فيهما أبداً، وذكر الأجل مع ذلك - فيما يُسمى بالمتعة - حكم شرعي، ويكون تنزيلاً له عند ذكر الأجل منزلة ما يكون الزمان قيداً له.

ويدل على كون الدوام والإنقطاع حقيقة واحدة قوله تعالى: ﴿على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم، فمن ابغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾<sup>٣</sup> فإن الزوجية في المتعة والدوام لو كانت مختلفة الحقيقة لم يكن وجه لاستناد أصحابنا القائلين بمشروعية المتعة الى هذه

أ: وسائل الشريعة، ج ١٤، ص ٤٧٠، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث: ٢

ب: المؤمنون، الآية: ٧



الآية الشريفة، في قبال العامة المنكرين لمشروعية المتعة. و لوحة حقيقة الزوجية و عدم اختلافها إستقر بنازهم على عدم الحاجة في النكاح الدائم إلى إعتبار الدوام. و لو كانت نظير ملك المنافع لكان اللازم ذكر الغاية و الدوام. هذا ما عن بعض الأجلة على ما في فوائد المحقق صاحب الكفاية رَبِّهِ.

لكن فيه ما لا يخفى، فإن المتعة تباين النكاح الدائم في جهات ثلاث:

أحداها: في السبب الموجب للإنشاء، فإن في عقد المتعة لا بد من ذكر المهر و الأجل، بخلاف الدوام فإنه لا يعتبر فيه شيء من ذلك بل يعتبر في الدوام أن لا يكون مغتبا بغاية و أجل. ثانيها: في المسبب، فإن المنشأ في المتعة - و هو الزوجية المحدودة بوقت خاص التي تزول بمجرد إنقضاء أجلها من دون حاجة إلى طلاق - مغاير لما يُنشأ في الدائم، لأن المنشأ فيه هو الزوجية غير المحدودة.

ثالثها: في الأحكام و الآثار، لاختصاص الدوام بحرمة الخامسة، و بالإرث، و وجوب الإنفاق، و ثبوت الطلاق، و القسم و غير ذلك. و اختصاص المتعة ببذل المدّة، و تنقيص المهر بالإمتناع عن الاستمتاع.

و هذا الاختلاف الفاحش في هذه الجهات الثلاث يدل على كونهما نوعين متغايرين. و لا ينافي ذلك وضع لفظي التزويج و النكاح للقدر المشترك بين الدوام و المتعة، و ذلك لأنه كلفظ التملك الذي وضع للقدر المشترك بين الهبة و البيع، فيكون تخصيصه بكل منهما بالقرينة.

ومما ذكرنا ظهر: أن النكاح يكون جنساً للدوام و المتعة، و هما نوعان له، فهنا أمور

ثلاثة:

أحدها: زواج مرسل، و هو المسمى بالنكاح الدائم.

ثانيها: زواج محدود بوقت خاص، و هو المسمى بالمنقطع.

نعم<sup>(١)</sup> الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أن التخلّف عن القصد يحتاج الى

(١) إستدراك على قوله: «و ثانياً» أن تخلّف العقد عن مقصود المتبايعين كثير و حاصله: أن مقتضى قابلية عموم «تبعية العقود للقصد» للتخصيص بالموارد الخمسة المتقدمة و إن كان جواز تخصيصها بمورد سادس و هو المعاطاة المقصود بها الملك، حيث إنتها لا تؤثر إلا في الإباحة المجردة عن الملك، إلا أن في الخروج عن عموم قاعدة التبعية فرقاً بين المعاطاة و بين تلك الموارد الخمسة. و الفارق هو: أن التخلّف في المعاطاة إنما هو من جهة عدم مقتضى التبعية، لما تقدم من عدم قيام دليل - بعد - على صحتها و ترتب الملك المقصود عليها، و التخلّف في الموارد الخمسة يكون من جهة وجود المانع، و هو الدليل الدال على خروجها عن أدلة صحة العقود. فخرج المعاطاة عن قاعدة التبعية يكون بالتخصيص، و خروج غيرها عنها يكون بالتخصيص.

هذا ظاهر المتن أو صريحه في الفرق بين المعاطاة و موارد التقض.

ثالثها: زواج جامع بينهما متحد معهما في الخارج. لكن المنشأ للأثار و المحمول بالحمل الشائع ليس إلا إنئين.

فالمتمحصل من جميع ما ذكرنا: أن الدوام و الانقطاع ماهيتان مختلفتان، و ليستا حقيقةً واحدة، فإذا قصد إنشاء المتعة و نسي ذكر الأجل، أو تركه عمداً بطل العقد رأساً، و لا يتعقد المتعة، لفقدان شرطها و هو ذكر الأجل، كما لا يتعقد الدوام لعدم قصده.

فما في الجواهر من كون الإنقلاب على وفق القواعد مع اعترافه ظاهراً بكون الأجل في المنقطع قيداً و شرطاً، بتوهم: «كفاية إنشاء أصل النكاح و عدم اشتراط الأجل في حصول الدوام، و في محل البحث قد أنشئ النكاح بلا شرط الأجل فهو الدائم» لا يخلو من غموض، لأن إنشاء القدر الجامع لا يكفي في إنشاء أحد أفراده ضرورة، بل لا بد في وقوع الفرد و تحقّقه من إنشاء خصوصه، لا الجامع بينه و بين غيره.

الدليل المُفْرَج عن أدلة صحة العقود<sup>(١)</sup>، وما نحن فيه<sup>(٢)</sup> عدمُ الترتب مطابق للأصل. و أما<sup>(٣)</sup> ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملُكاً فلا بأس بالتزامه

لكن بناءً على إختصاص قاعدة «تبعية العقود للقصد» بالعقود الصحيحة المضاة شرعاً إستحال التخلّف عن القصد فيها كما نبّه عليه المصنف رحمته بقوله: «لم يعقل». و عليه فموضوع القاعدة خصوص العقود الصحيحة، لا الأعم منها و من الفاسدة، فالعقد الفاسد - كالمعاطاة - خارج موضوعاً عن عموم القاعدة. و الفارق بين العقد الفاسد والمعاطاة حينئذٍ هو عدم صدق العقد على المعاطاة المفيدة للإباحة، بخلاف العقد الفاسد، فإنه عقدٌ عرفاً و إن لم يكن صحيحاً شرعاً.

(١) كما دلّ في نسيان ذكر الأجل في المتعة، بناءً على ما عن المشهور من إنقلابه قهراً بالذّوام.

(٢) و هو المعاطاة على مسلك القدماء من إفادتها الإباحة المحضّة. هذا تمام ما أفاده المصنف في ردّ أوّل إستبعادات كاشف الغطاء رحمته، و أنّه لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة - في قبال قاعدة تبعية العقود للقصد - بعنوان «أن العقود لا تتبع القصد» بل العقود الصحيحة لا تتخلّف عن القصد، ولو تخلّفت لم يقدح ذلك في عموم القاعدة، إذ ما من عامٍ إلّا و قد خُصّ.

## ٢- التصرف مملُكاً للمتصرف

(٣) هذا شروع في مناقشة ثاني الاستبعادات المذكورة في شرح القواعد، و هو: إستبعاد كون إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة مملُكة له للمتصرّف فيه. و محصل ما أفاده المصنف: أنّه و إن لم يدلّ دليلٌ مستقل على مملُكية إرادة التصرف، إلّا أنّه لا ينحصر الدليل الشرعي في ذلك، بل الجمع بين الدليلين - أو الأدلة - لو اقتضى حكماً شرعياً كفى في الأخذ به، كما هو غير عزيز في الفقه.

و المقام من هذا القبيل، لوجود طوائف ثلاث من الأدلة لا بد من الجمع بينها. الأولى: إستصحاب بقاء عُلقة كل من المتعاطيين بما دفعه للآخر، كما إذا تعاطى زيد و عمرو كتاباً بدينار، فأصالة بقاء الكتاب على ملك زيد، و أصالة بقاء الدينار على ملك

إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل<sup>١١</sup> و دليل جواز التصرف المطلق<sup>١٢</sup> و أدلة توقف بعض التصرفات على الملك<sup>١٣</sup>.

عمرو تقتضي بقاء هذه الملكية و عدم زوالها أصلاً إلا بقيام حجة على قطع هذه العُلقة.  
الثانية: الإجماع على إباحة مطلق التصرف في المأخوذ بالمعاطاة سواء توقّف على الملك أم لم يتوقف.

الثالثة: الأدلة الدالة على توقف بعض التصرفات على الملك، كالبيع و العتق و الوقف.  
و مقتضى الجمع بين هذه الطوائف الثلاث هو الحكم بأن المأخوذ بالمعاطاة يدخل في ملك الآخذ بمجرد إرادة التصرف فيه بما يتوقف على الملك.  
و الجمعُ بهذا النحو قد التزموا به في مسألتين:

إحداهما: تصرّف ذي الخيار - فيما انتقل عنه بمثل البيع - تصرفاً منوطاً بالملك، كما إذا باع مبيعه الخياري على شخص آخر، فإن مقتضى الجمع بين سلطنته على فسخ العقد الأول و توقف صحة بيعه ثانياً على دخول المال في ملكه هو: أن إرادة بيع ماله في زمن الخيار توجب فسخ العقد السابق و تملكه له آناً حتى يصح بيعه ثانياً من شخص آخر.  
و ثانيهما: تصرف الواهب - فيما وهبه لغيره - تصرفاً منوطاً بالملك.

و عليه فكما أن تصرّف ذي الخيار - فيما انتقل عنه - بأحد التصرفات المتوقفة على الملك يكشف عن إنفاسخ العقد و رجوع المال الى مالكه الأول. و كذا تصرف الواهب في الهبة يكشف عن إنحلال عقد الهبة و عود العين الموهوبة الى الواهب، و وقوع تصرفه في ملكه. فكذا ذلك المقام، أعني به المعاطاة، فإن المتعاطي - الذي يتصرف فيما أخذه بالمعاطاة - يتملك المأخوذ بها قبل تصرفه بإرادة التصرف.

(١) المراد به إستصحاب بقاء كل من المالكين على ملك المعطي ماله للأخر.

(٢) و هو الاجماع المدعى في كلام بعضهم على إباحة مطلق التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة.

(٣) مثل ما قيل: من دلالة «لا بيع و لا وقف و لا عتق إلا في ملك» على اعتبار إضافة الملكية في نفوذ بيعه و وقفه و عتقه و نحوها من التصرفات.

فيكون<sup>(١)</sup> كتصرف ذي الخيار و الواهب فيما انتقل عنها بالوطني<sup>(٢)</sup> و البيع و العتق و شبهها<sup>(٣)</sup> (\*).

(١) يعني: فيكون الالتزام بمملكية إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة نظير الالتزام بمملكية إرادة التصرف من قبل ذي الخيار و الواهب.

(٢) هذا و «البيع و العتق» متعلق بـ «تصرف ذي الخيار و الواهب» يعني: أن ذا الخيار و الواهب إذا لم يفسخا العقد بل تصرفا في ما انتقل عنها تصرفاً متوقفاً على الملك - كالمباشرة مع الأمة المبيعة ببيع خيارى أو الموهوبة هبة جائزة - كان ذلك التصرف فسحاً فعلياً، و إرادة الفسخ توجب عود المال الى الملك، فيقع التصرف في ملكي الواهب و ذي الخيار.

(٣) كالوقف. و قد تحصل: أن مملكية إرادة التصرف ليست قاعدة غريبة يلزم تأسيسها لو قيل بافادة المعاطاة للإباحة - كما زعمه كاشف الغطاء رحمته - بل لابد من الالتزام بها، لاقتضاء الجمع بين الأدلة ذلك. مضافاً الى وجود نظيره في الفقه.

(\* لا يخفى: أن جهة الاشكال إن كانت هي إستبعاد مملكية إرادة التصرف فما أفاده المصنف رحمته في رفعها - من كون ذلك مقتضى الجمع بين أصالة بقاء الملك الى زمان التصرف، و بين دليل جواز التصرف المطلق، و بين أدلة توقف بعض التصرفات على الملك من قبيل البيع و العتق - متين. إلا أن ظاهر كلام بعض الأساطين عدم كون الاشكال من جهة كون الإرادة من المملكات حتى يدفع ذلك بأنه مقتضى الجمع بين الأدلة.

بل جهة الاشكال هي كون مملكية الارادة خلاف سلطة المالك على ماله، حيث إن كلاً من المتعاطيين إنما يقصد الملك حال التعاطي، لا حال التصرف، فووع الملك حال التصرف خلاف سلطته على ماله. و لذا فترق بين المعاطاة و بين قوله: «أعتق عبدك عني، و تصدق بمالي عنك» حيث أن تملك عبدك لمن أمره بالعتق كان ناشئاً عن إذنه. و كذا تملك المال الذي أمر بالصدقة به عنه كان بإذن المالك، و ليس فيه مخالفة للقاعدة المذكورة أعني سلطة المالك.

فقياس مملُكية إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة على تصرف ذي الخيار والواهب - فيما انتقل عنهما - في غير محله، إذ ليس فيه مخالفة لقاعدة السلطنة بعد فرض ثبوت الخيار و جواز الرجوع في الهبة.

و الحاصل: أنَّ الاشكال في المقام راجع الى تخصيص قاعدة السلطنة. بخلاف النظائر المزبورة.

و أما إذا بنينا على الملكية من أول الأمر فلا يلزم تخصيص عموم السلطنة أصلاً، لكون الملكية مقصودة للمتعاطين، فيتعين البناء عليه لدفع محذور هذا التخصيص، فيبني على ثبوت الملكية من أول الأمر حتى لا يلزم تخصيص قاعدة السلطنة. فالجمع بين الأدلة يقتضي الملكية من أول الأمر.

نعم يلزم منه خلاف استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الى حين التصرف. لكن عموم قاعدة السلطنة يدفع هذا الاستصحاب، فإنَّ أصالة العموم و عدم التخصيص تصلح لإثبات الملكية من أول الأمر، فلا يبقى شك في بقاء الملك على ملك مالكة حتى يجري فيه الاستصحاب. هذا.

**مضافاً الى:** أنَّ تنظير مملُكية إرادة التصرف بتصرف ذي الخيار والواهب لا يخلو من تأمل آخر نبه عليه المحقق الاصفهاني رحمته، و هو: أنَّ تصرف ذي الخيار بالفعل إمَّا بعنوان السبب أو بعنوان الكاشف عن قصد الفسخ و الرجوع على الخلاف في المسألة، و على كلِّ فالفعل الاختياري الذي قُصد به الفسخ محقق، بخلافه في المقام و هو: أنَّ نفس تصرف أحدهما مملُك قهري، لا آتة بقصد التملك، بل ربما يكون غافلاً عنه، فلا وجه لهذا التنظير.

و المناسب للمقام التنظير بباب الرجوع بالباشرة في المطلقة الرجعية بناءً على حصوله بمجرد الاستمتاع ولو لم يقصد به الرجوع أصلاً، فإنَّ الشارع حكّم على غشيانها أنَّ رجوع إليها.

و أمّا<sup>(١)</sup> ما ذكره من «تعلق الخمس و الزكوات إلى آخر ما ذكره» فهو  
إستبعاد محض.

### ٣- تعلق الاستطاعة و الغنى بالمأخوذ بالمعاطاة

(١) هذا شروع في ردّ ثالث إستبعادات كاشف الغطاء بَيِّنُهُ و هو لزوم تعلق الأخماس و الزكوات و نحوها بما في اليد دون الملك، مع أنّ المهود من الشرع تعلقها بالملك. و ما أفاده المصنف بَيِّنُهُ في رده أمران أحدهما: منع أصل الاستبعاد، و أنّه لا مانع من الالتزام بعدم تعلق هذه الأمور الأحد عشر - المذكورة في الاستبعاد الثالث - بالمأخوذ بالمعاطاة بناءً على إفادتها للإباحة كما عليها القدماء.

و ثانيهما: المنع الصغروي، بمعنى أنّ بعض الأمور المذكورة في كلامه لا مانع من الالتزام به، و إجرائه في المأخوذ بالمعاطاة، لعدم توقفه على الملك، و معه لا يبقى موضوع للاستبعاد، لأنّه يتوقف على اختصاص الموارد الأحد عشر بالملك حتى يُستغرب من عدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة، فإذا لم تتوقف على الملك بل جرت في المباح أيضاً إلترنا بترتها على ما في اليد و إن لم يصير ملكاً أصلاً.

و توضيح الوجه الأوّل - و إن لم تف به العبارة لقصورها - هو: أنّ الحكم بعدم تعلق الخمس و الزكاة و الاستطاعة و نحوها بالمأخوذ بالمعاطاة إستبعادٌ محضٌ، فلا بأس بالالتزام بعدم التعلُّق.

فان قلت: إنّ عدم التعلُّق مخالف للسيرة القائمة على تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة، فلا وجه لدعوى عدم التعلق، مع قيام السيرة على تعلق هذه الأمور بالمأخوذ بالمعاطاة، و هذا التعلق المستند الى السيرة كاشف عن إفادة المعاطاة للملك، لا لإباحة التصرف.

قلت: لا ريب في قيام السيرة على التعلُّق، ولكن على هذا تكون السيرة دليلاً على التعلق و إن كان التعلُّق مخالفاً للقاعدة، فتكون السيرة دليلاً على تخصيصها. فالقاعدة تقتضي عدم التعلق، ولكن في خصوص هذه الامور نلتزم بالتعلق لأجل دليل تبديي و هو السيرة.

و دفعه بمخالفته<sup>(١)</sup> للسيرة رجوعاً إليها<sup>(٢)</sup>. مع<sup>(٣)</sup> أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج، وتحقق الغنى المانع عن إستحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك (\*).

وحينئذٍ فالسيرة دليلٌ على التعلق، لا على الاستبعاد المزبور الذي يريدُ بعضُ الأساطين جعله دليلاً على مملّكية المعاطاة، لأنّ غرضه كون الاستبعاد دليلاً على إفادة المعاطاة للملك، لا السيرة، فجعل السيرة دليلاً على المملّكية من أوّل الأمر رجوعاً عن الاستبعاد الى السيرة.

(١) هذا الضمير و ضمير «دفعه» راجعان الى عدم التعلق.

(٢) أي: إلى السيرة. و أنّ الرجوع الى السيرة عدولٌ عن جعل الاستبعاد دليلاً على مملّكية المعاطاة الى جعل السيرة دليلاً على مملّكية المعاطاة.

(٣) هذا إشارة الى الوجه الثاني وهو المنع الصفروي، يعني: أنّ الأمور المذكورة في كلام كاشف الغطاء ليس جميعها متوقفة على الملك، حتى يلزم تأسيس قاعدة جديدة لو قلنا بتعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة المفيدة للإباحة لا الملك. و وجه عدم توقفها على الملك هو: أنّ الإستطاعة كما تحصل بملك الزاد و الراحلة كذلك تحصل بإباحتها بالبدل نصّاً و فتوى.

و كذلك الغنى المانع عن إستحقاق الزكاة، لأنّ الظاهر صدقه عرفاً بوجدان ما يحتاج إليه في مؤونة سنته و إن لم يكن مملوكاً له. و تفسير الفقير في كلمات الفقهاء بـ «من لا يملك قوت سنته» يراد به من لا يجد ذلك ولو بنحو الإباحة، فليتامل.

(\*) ظاهر إقتصار المصنف رحمته على الاستطاعة و الغنى هو تسليم توقف غيرهما على

الملك.

لكنه يستشكل فيه. أمّا في توقف تعلق حق الدّيان على الملك فبأنّ المباح له و إن لم يكن مالكا للعين، لكنه مالك لأن يملكها باسترداد العوض أو بالتصرف فيما عنده، فللغير الزامه بأحدهما.

و فيه: أنّ الإلزام فرع الحق، و ليس في المعاطاة حق، بل حكم شرعي و هو السلطنة على الاسترداد أو التصرف فيما عنده، لكون الإباحة تعبدية لا مالكيتهو لذا ليس له إسقاطها، فحديث التوقف على الملك في محله.

نعم إن كان المراد بالتوقف على الملك كون الوفاء متوقفاً على الملك بحيث



لا يحصل الوفاء إلا بما يملكه، لا بما يباح له ففيه: عدم التوقف على الملك، لجواز التبرع بالوفاء.  
**وأما النفقات** فالظاهر عدم توقفها -بمعنى وجوب الاتفاق- على الملك، كما هو قضية إطلاق قوله تعالى: ﴿و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾<sup>أ</sup>.

**وأما حق الشفعة** فالظاهر عدم ثبوتها للمباح له، لاختصاصها بالبيع، والمفروض عدم كون المعاطاة على هذا المبنى بيعاً.

إلا أن يقال -كما في حاشية المحقق صاحب الكفاية<sup>ب</sup> - بكفاية البيع العرفي في تحقق الشفعة، والمفروض أن المعاطاة بيع عرفي، فيشملها دليل حق الشفعة<sup>ب</sup>، هذا.

لكن فيه: أن حق الشفعة عبارة عن أخذ الشريك ما باعه شريكه من حصته وتملكه ولو قهراً، فإن للشريك سلطة على أخذ الحصة المبيعة من المشتري وتملكها منه، وهو فرع صيرورة المأخوذ بالمعاطاة ملكاً لمن اشتراه بالمعاطاة. ومجرد كون المعاطاة بيعاً عرفياً مع عدم ترتب الأثر الشرعي عليها من الملكية غير مجد. فالشفعة لا ترتب إلا على البيع المؤثر في الملكية حتى يكون المشتري مالكا لموضوع حق الشفعة، ويتسلط الشريك على أخذه من المشتري ولو قهراً، هذا.

ولو أريد من تعلق حق الشفعة بثبوته للمباح له إذا باع شريكه المالك حصته من شخص، فالحكم بعدم ثبوته أوضح، لكون موضوع الحق هو الشريك الذي لا ينطبق ضرورة على المباح له.

**وأما المواريث** فتختص بالملك والحق اللذين هما منفيتان بناءً على الإباحة.

**وأما الربا** فهو إما مختص بالبيع، وإما جارٍ في مطلق المعاوضة. والمعاطاة بناءً على الإباحة ليست بشيءٍ منهما.

**وأما الرصبة** فهي متوقفة على الملك، لعدم دليل على نفوذها في ملك الغير فالمرجع

أ : البقرة، الآية: ٢٣٣

ب: حاشية المكاسب، ص ١٣

و أما<sup>١١</sup> كون التصرف مملكاً للجانب الآخر فقد ظهر جوابه<sup>٢١</sup> (\*).

#### ٤ - تصرف أحد المتعاطيين مملكاً للجانب الآخر

١) هذا رابع الاستبعادات التي ذكرها كاشف الغطاء رحمته من كون تصرف أحد المتعاطيين في المأخوذ بالمعاطاة موجباً لصيرورة العوض في ملك المتعاطي الآخر قهراً.

٢) يعني: ظهر جوابه مما ذكره في الجواب عن الاستبعاد الثاني، بقوله: «فلا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع... الخ» و حاصل ذلك الجواب: أن مملكية التصرف تكون مقتضى الجمع بين الأدلة، فإذا كانت مملكية التصرف من أحدهما للجانب الآخر مقتضى الجمع بين الأدلة فلا إشكال. و إن لم يكن مملكاً للجانب الآخر - بأن كان مملكاً للمتصرف فقط - لزم إجتماع العوض و الم عوض في ملك المتصرف، و هو كما ترى. و عليه فالجمع بين الأدلة يقتضي كون التصرف مملكاً للطرف الآخر أيضاً.

فيها أصالة عدم ترتب الأثر.

و أما توقف الاخراج في الخمس و الزكاة على الملك فلم يظهر له وجه وجيه، لاحتمال جواز تبرع الغير في وفائهما عما استقر في ذمة المالك، لأنهما كسائر الديون التي يجوز التبرع بوفائهما. نعم توقف تعلقهما على الملك لا يخلو من وجه، لكن فيه بحث موكل الى محله.

و أما ثمن الهدي فالظاهر عدم توقف صحة الهدي على كون ثمنه مملكاً للحاج كما يظهر من هدي النبي صلى الله عليه وآله وسلم على ما في بعض الروايات.

و أما حق المقاسمة و الافراز فهو لا يختص بالمالك، بل يثبت لكل من أبيع له التصرف في المال المشاع و إن لم يكن مالكاً لجزء منه. فعلى القول بإفادة المعاطاة للإباحة لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة من الالتزام بثبوت حق الافراز لغير المالك.

(\* قد عرفت أن هذا الجمع مخالف لقاعدة سلطنة المالك على ماله، فمقتضى الجمع هو الالتزام بالملك من أول الأمر.

و أمّا<sup>(١)</sup> «كون التلف مُملّكاً للجانيين»

## ٥- تلف إحدى العينين مملّك للطرفين

١) هذا خامس الاستبعادات، و المراد بالتلف أعم من تلف إحدى العينين أو كليهما. و محصل ما أفاده جواباً عنه هو: أنه يمكن أولاً أن لا نلتزم بمملّكية التلف أصلاً. بدعوى كون التلف من مال مالكة بدون ضمان من تلف في يده، للإذن المالكى أو الشرعى. غاية الأمر أن التالف إن كان إحدى العينين فقط صارت الإباحة لازمة، فلا يجوز لمن تلف مال الآخر في يده أن يرجع على الآخر بماله الذي في يده.

هذا، مع الغض عن إجماع أو سيرة على مملّكية التلف. و مع النظر إليه فلا إشكال، لأنه قبل التلف آنأماً ينتقل كل من المالين إلى أخذه، فيقع التلف في ملكه، فيكون ضمان كل منها بعوضه المستمى، لا بالمثل أو القيمة، فيكون المقام نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع في رجوعه آنأماً قبل التلف إلى ملكه.

و الوجه في الالتزام بالمملّكية التقديرية هو دوران الأمر بين وجهين:

أحدهما: تخصيص عموم اليد - المتقضي للضمان بالمثل أو القيمة في المعاطاة كسائر موارد اليد - بالاجماع و السيرة القائمين على عدم الضمان بالمثل أو القيمة في مورد المعاطاة. و ثانيهما: التخصّص، بأن يلتزم بالمملّكية من أوّل الأمر، حفظاً لعموم «على اليد» عن التخصيص.

و مقتضى القاعدة - على ما قيل في محله - و إن كان تقديم التخصّص على التخصيص المتقضي للحكم في المعاطاة بالمملّكية من أوّل الأمر، لكن أصالة عدم المملّكية تقتضي عدم المملّكية إلا آنأماً قبل التلف، و عدم حصول المملّكية من أوّل الأمر.

ثم إن غرض المصنف رحمته مراعاة عموم دليل اليد عن التخصيص و إبقائه على عمومه، لما ثبت في محله من تقديم التخصّص على التخصيص عند الدوران بينها، فيحكم في المقام - لأجل عموم اليد - بأن ضمان المستمى في المأخوذ بالمعاطاة خارج عن موضوع عموم «على اليد» بالاجماع، و ليس الاجماع مختصاً لعموم اليد، لأنه بعد فرض دخول كل من المالين في

فإن ثبت<sup>(١)</sup> بإجماع<sup>(٢)</sup> أو سيرة<sup>(٣)</sup> كما هو الظاهر كان<sup>(٤)</sup> كل من المالكين مضموناً بعوضه<sup>(٥)</sup> فيكون تلفه<sup>(٦)</sup> في يد كل منها من ماله مضموناً بعوضه<sup>(٧)</sup>

ملك آخذه آنأماً قبل التلف يقع التلف في ملكه، فيكون أجنبياً عن موضوع دليل اليد - وهو مال الغير - فيبقى عموم اليد بحاله، ومقتضى عمومها عدم كون الضمان بالمستنى من أفرادها، لصيرورة العوضين ملكاً للمتعاطين، ف ضمان المستنى ليس مستنداً إلى عموم اليد، بل إلى الاجماع.

و الكاشف عن صيرورة المالكين قبل التلف آنأماً ملكاً للمتعاطين هو العموم المذكور، فلا يكون الاجماع المزبور مخصصاً لعموم اليد، بل عمومها يثبت كون المأخوذ بالمعاطاة داخلاً في ملك الآخذ وأن التلف وقع في ملكه، لا في ملك الغير الذي هو موضوع اليد. وبالجملة: ففرض المصنف رحمته حفظ عموم اليد عن التخصيص، لا إثبات ضمان المستنى به (\*).

(١) لم يذكر المصنف عدلاً لقوله: «فان ثبت» فالأولى أن يقال: «كما ثبتت» بقرينة إقراره بشبوته بقوله: «كما هو الظاهر».

وكيف كان فقوله: «فان ثبت» وما بعده جواب الشرط في قوله: «وأما كون التلف ...».

(٢) الاجماع على مملكتية التصرف والتلف موجود في بعض كلمات القدماء.

(٣) أي: السيرة العقلانية الممضاه شرعاً ولو بعدم الردع.

(٤) جواب «فان ثبت». أي: كان ضمان المأخوذ بالمعاطاة بالمستنى، لكون العقد

المعاوضي صحيحاً، ولا موجب لانقلاب ضمان المستنى بالواقعي.

(٥) أي: بعوضه المستنى.

(٦) أي: تلف المأخوذ بالمعاطاة.

(٧) أي: بعوضه المستنى لا الواقعي.

(\*) فلا يرد عليه ما أفاده السيد رحمته بقوله: «لا يخفى أن الحكم بالضممان بعوضه

المسمى ليس عملاً بعموم - على اليد - لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمة لا المسمى، فمع فرض الاجماع على الملكية لأبد من الالتزام بتخصيص قاعدة اليد إذا لم نحكم بالملكية من أول الأمر<sup>أ</sup>.

وجه عدم الورد ما عرفته: من أن غرض المصنف رحمته ليس إثبات ضمان المسمى بعموم اليد، إذ المفروض أن هذا الضمان يثبت بحصول الملكية للمتعاظين قبل التلف آنأماً، على ما ادعى عليه من الاجماع، فليس ضمان المسمى بعموم اليد حتى يتوجه عليه إشكال السيد رحمته بأن ضمان المسمى ليس عملاً بقاعدة اليد... الخ، فلاحظ وتأمل.

ثم لا يخفى أن إثبات الملك للأخذ بعموم «على اليد» في المقام من جزئيات مسألة أصولية، وهي: أنه إذا ورد عام، ثم علم بعدم ثبوت حكمه لشيء شك في فرديته للعام، فبالتمسك بأصالة العموم و صيانه عن التخصيص يحكم بعدم كون ما شك في فرديته للعام من أفراده، وبخروج ذلك المشكوك فيه عن موضوع العام، لا عن حكمه.

ففي المقام يتمسك بعموم «اليد» و به يحرز أن اليد هنا ليست بدأ على مال، الغير الذي هو موضوع قاعدة اليد، بعد العلم بعدم كون الضمان هنا محكوماً بحكم العام أعني اليد التي حكمها ضمان المثل أو القيمة. فبعموم اليد يحرز خروج الضمان هنا عن موضوعه و هو مال الغير نظير ما إذا علم بعدم محكومية زيد بوجوب الإكرام، و شك في أن عدم وجوب إكرامه هل هو لأجل التخصيص و إخراجة عن حيز حكم «العلماء» أم لعدم كونه من أفراد العلماء، فنشك في أن خروجه عن دليل وجوب إكرام العلماء يكون بالتخصص أو التخصيص.

لكن التمسك بالعموم لإثبات أن الخارج منه حكماً خارج منه موضوعاً من المسائل النظرية التي يمتنعها بعض، و إن نسبة المصنف - على ما في التقرير المنسوب إليه - إلى الأصحاب، حيث قال المقرر ما لفظه: «و على ذلك - أي التمسك بأصالة العموم - جرى ديدنهم

نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع<sup>(١)</sup>، لأن<sup>(٢)</sup> هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع<sup>(٣)</sup> و بين عموم<sup>(٤)</sup> «على اليد ما أخذت» و بين أصالة عدم الملك إلا في

(١) في وقوع التلف في ماله، لا في مال المشتري.

(٢) علة لكون التلف من مال ذي اليد، المتوقف على كونه ملكاً له قبل التلف.

(٣) أي: الاجماع على كون المأخوذ بالمعاطاة مضموناً بعوضه المسمى لابقيمته الواقعية.

(٤) المقتضي للضمان بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة.

في الاستدلالات الفقهية، كاستدلالهم على طهارة الفسالة على أنها لا تنجس المحل، فإن كان نجساً غير منجس يلزم تخصيص قولنا: كل نجس منجس<sup>٣</sup>.

و عليه فيعكس قولنا: «كل عالم يجب إكرامه» بعكس النقيض الى قولنا: «كل من

لا يجب إكرامه ليس بعالم».

لكن الحق عدم صحته، إذ لم يثبت بناء أهل اللسان على هذا التمسك. ولذا تأمل فيه في

الكفاية.

فالتمسك بعموم «اليد» في المقام لإثبات كون العوضين في المعاطاة ملكاً للمتعاطيين

محل النظر. فالقول بتخصيص عموم اليد هنا مملاً مانع منه هذا.

مضافاً إلى: عدم التزام الأصحاب بما نسب إليهم في القرارات في جميع الموارد،

فلاحظ كلماتهم. ولعل عدم التزامهم إنما هو لعدم ثبوت مدركها و هو بناء العقلاء على إحراز

عنوان الخارج من حكم العام بأصالة العموم، فحجية العام في ذلك مشكوكة، والأصل عدم حجيته.

و عليه ففي المقام لا مجال لقاعدة اليد، لكونها أمانية مالكية أو شرعية، فمقتضى

القاعدة عدم الضمان.

نعم قام الاجماع على ثبوت الضمان بالمسمى، فيدل إناً على تحقق الملكية آنأما قبل

التلف، فيصير كل من المالين ملكاً لأخذه، و يقع التلف في ملكه.

أ : عوالي اللثالي، ج ١، ص ٢٢٤، الحديث: ١٠٦

ب : مطارح الأنظار، ص ٢٩٥

الزمان المتيقن<sup>(١)</sup> بوقوعه<sup>(٢)</sup> فيه.

توضيحه<sup>(٣)</sup>: أن الإجماع لما دلّ على عدم ضمانه<sup>(٤)</sup> بمثله أو قيمته حُكِمَ بكون التلف من مال ذي اليد<sup>(٥)</sup>، رعايةً لعموم «على اليد ما أخذت» فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في «أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه»<sup>(٦)</sup> فإذا قُدِّرَ التلف من مال ذي اليد فلا بدّ من أن يُقَدَّرَ في آخر أزمته إمكان تقديره، رعايةً<sup>(٧)</sup> لأصالة عدم حدوث الملكية

(١) وهو الزمان المتصل بالتصرف.

(٢) أي: بوقوع الملك في ذلك الزمان، وهو زمان التصرف.

(٣) أي: توضيح أن مقتضى الجمع بين عموم اليد والاجماع واستصحاب عدم الملك هو الالتزام بحدوث الملك للأخذ في الآن المتصل بالتصرف، أو بالتلف: أن الاجماع... الخ.

(٤) أي: دلّ الاجماع على عدم ضمان التالف ببدله الواقعي من المثل أو القيمة، بل دلّ على ضمانه بالمستوى.

(٥) يعني: يُحَكَمُ بحصول الملكية لذي اليد قبل التلف رعايةً لعموم «اليد» من عروض التخصيص عليه، إذ مع بقاء المالكين على ملك مالكيها يلزم تخصيص عموم اليد، والمفروض أن التخصيص مقدّم على التخصيص.

(٦) فكما أن تلك الرواية تدلّ على أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه - لا من مال المشتري - المترتب على إنفساخ العقد قبل التلف وعوده إلى ملك البائع، وإلّا لم يكن من ماله، وكان ضمانه بالمثل أو القيمة لا ضمان المستوى، فكذلك الإجماع على الضمان بالمستوى في المقام - بضميمة إبقاء العموم على حاله - يدلّ على كون التلف من مال ذي اليد، المتوقف على حصول الملكية آنأما قبل التلف.

(٧) تعليل لما أفاده من لزوم فرض ملكية الآخذ في آخر أزمته تقدير الملكية، وهو الآن المتصل بالتلف، لأن مقتضى الاستصحاب بقاء المال على ملك الدافع إلى زمان تلفه في يد الآخذ، وفي آن التلف ينقطع الاستصحاب، لقيام الدليل على إنتقال المال - في ذلك الآن - إلى ملك الآخذ.

قبله<sup>(١)</sup>، كما<sup>(٢)</sup> يقدّر ملكيّة المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف إستصحاباً لأثر<sup>(٣)</sup> العقد.

و أمّا<sup>(٤)</sup> ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطة فالظاهر - على القول بالإباحة - أن لكل منهما<sup>(٥)</sup> المطالبة مادام باقياً، وإذا تلف فظاهر إطلاقهم «التمكُّ بالتلف» تلفه من مال المغصوب منه<sup>(٦)</sup>.

(١) أي: قيل آخر أزمته إمكان تقدير الملك، وهو الآن المتصل بالتلف.

(٢) هذا نظير لجزء «إذا» الشرطية، وهو قوله: فلا بد من أن يقدّر في آخر أزمته إمكان تقديره... الخ يعني: كما يقدّر ملكية المبيع للبائع المترتبة على إنفاسخ البيع من حين تلفه لا قبله، لكون إستصحاب ملكيته للمشتري - التي هي أثر العقد - مانعاً عن حدوث ملكية المبيع للبائع قبل التلف.

(٣) وهو ملكية المبيع للمشتري عندما يتلف في يد البائع، ففي الآن قبل التلف ينقطع أثر العقد وتزول ملكية المشتري، وينتقل المال الى البائع حتى يقع التلف في ماله، لافي مال المشتري.

#### ٦ - يجوز للمبيع والمباح له المطالبة من الغاصب

(٤) هذا سادس الاستعدادات التي ذكرها كاشف الغطاء رحمته، وهو ناظر إلى حكم مطالبة المأخوذ بالمعاطة لو غصبه غاصب.

(٥) أي: من المتعاطين، أمّا جواز المطالبة للمالك فواضح، لأنّه من شؤون سلطنته على ماله. و أمّا جوازها للمباح له فلاّنه - بناءً على القول بالإباحة - يكون الآخذ مسلطاً على جميع التصرفات، و مطالبته الغاصب به من شؤون تلك السلطنة، هذا إذا كانت العين باقية.

و أمّا مع تلفها فقتضى إطلاقهم «كون التلف مملُكاً» و عدم تقييده بالتلف عند المباح له - و شموله للتلف عند الغاصب - هو: صيرورة التالف بيد الغاصب آنأما قيل التلف ملكاً للمباح له. فعلى هذا لا يكون المطالب من الغاصب إلاّ المباح له، لأنّه المالك للتالف حسب الفرض، فطالبتة على طبق القاعدة ولا يلزم تأسيس قاعدة جديدة كمازعمه كاشف الغطاء رحمته.

(٦) و هو الذي أخذ منه المال، فله المطالبة، لا للمالك الأوّل، لذهاب ملكه بالتلف.



نعم<sup>(١)</sup> لو قام إجماع [لولا قام الاجماع] كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف  
عوضه<sup>(٢)</sup> قبله.  
و أمّا<sup>(٣)</sup> ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكي

(١) هذا إستدراك على قوله: «فظاهر إطلاقهم... الخ» و حاصله: أن مقتضى إطلاق  
مملّكية التلف هو كونه مملّكاً مطلقاً سواء أكان العوض باقياً أم تالفاً، فتلف إحدى العينين مملّك  
للجانبيين. نعم إذا لم يتم هذا الاطلاق، و قلنا باختصاص التملّك بالتلف بتلف كلا العوضين  
فحينئذ يلاحظ أن العوض الآخر تَلَفَ قبل تلف المغصوب عند الغاصب أولاً، فعلى الأول  
يكون المطالب من الغاصب هو المباح له، و إلا فالمطالب هو المالك الأصلي.

هذا بناءً على كون العبارة كما في النسخ المتداولة: «نعم لو قام إجماع... الخ».  
و أمّا بناءً على كونها: «لولا قام الاجماع» كما أنه حكى كون نسخة المصنف المصححة  
كذلك، فالمراد بها: أنه لولا الاجماع على المملّكية قبل التلف أناماً كان مقتضى القاعدة  
إختصاص حق المطالبة من الغاصب بالمالك، لكون العين تالفةً في ملكه، إلا إذا تلفت العين  
الأخرى قبل تلف المغصوب، فإن حق المطالبة حينئذٍ للمغصوب منه، لأنّه صار مالكاً  
للمغصوب منه بسبب تلف عوضه قبله.

و على كل حال لا تخلو العبارة من سوء التأدية، فتدبر فيها.  
(٢) أي: لو لم يتلف عوض المغصوب قبل تلف نفس المغصوب.

#### ٧- احتمال حدوث النماء في ملك المبيع

(٣) هذا سابع الاستبعادات، و هو ما ذكره الفقيه كاشف الغطاء رحمته حول حكم نماء  
المأخوذ بالمعاطة، و كان حاصله: إستبعاد كون حدوث النماء مملّكاً للأصل.  
و حاصل جواب المصنف رحمته: أن هنا احتمالين يندفع الاستبعاد بكل منهما:  
الأول: أن حدوث النماء لا يوجب صيرورة النماء و لا أصله ملكاً للآخر، بل كلاهما باق  
على ملك الدافع، لا القابض، فكما يجوز للدافع الرجوع في العين - ما دامت باقية و لم يتصرف  
فيها - و استردادها من الطرف الآخر، فكذا يجوز إسترداد ثمنها، لأنّه حدّث في ملكه. و على  
هذا لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة، لأن المحكي عن بعض القائلين بالاباحة تبعية النماء  
للأصل في عدم الانتقال الى الآخذ.

عن بعض<sup>(١)</sup> أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ، بل حكمه حكم أصله<sup>(٢)</sup> (\*).

و يحتمل<sup>(٣)</sup> أن يحدث النماء في ملكه<sup>(٤)</sup>

الثاني: أن حدوث النماء يوجب ملكيته للآخذ، لأن المالك قد أباح التصرف في العين و توابعها، فإباحة الأصل موضوع لحكم الشارع بملكية النماء حين حدوثه، يعني: أن كلاً من إباحة الأصل و حدوث النماء - معاً - موضوع لحكم الشارع بملكية النماء. و مع إلزام القائل بالإباحة بملكية النماء للآخذ لم يبق مجالاً للإشكال عليه بالاستبعاد و تأسيس قاعدة جديدة. (١) لا يحضرنى القول بعدم الانتقال، كما حكاه المصنف عن بعض. نعم إحتمله الشهيد الثاني رحمته حيث ذكر في المراد بالإباحة وجهين: أحدهما الملك المترزّل، و الآخر: الإباحة المحضة التي هي الإذن في التصرف، ثم قال: «و على الوجهين يتفرّع النماء، فان قلنا بالأوّل - أي الملك المترزّل - كان تابعاً للانتقال و عدمه. و إن قلنا بالثاني إحتمل كونه مباحاً لمن هو في يده كالعين، و عدمه». و في الجواهر جرّم بتبعية النماء للعين على جميع الأقوال، سواء قلنا بالملك أم بالإباحة، و باللزوم أم بالتزّلزّل، فلاحظ<sup>٣</sup>.

(٢) و هو الذي جعله في شرح القواعد ظاهر الأكثر، فدخوله في ملك الآخذ يحتاج إلى التصرف الذي تتوقف سببته للملك على إذن المالك فيه، و قد تقدّم أن شمول إذن المالك - في التصرف في ذي النماء - للتصرف في النماء خفي كما صرح به بعض الأساطين. و الحاصل: أن النماء بحكم الأصل في عدم الملكية، فكما لا يكون الأصل ملكاً للآخذ فكذلك النماء. نعم يباح له التصرف في النماء كإباحة التصرف في الأصل.

(٣) حاصله: أن إباحة الأصل موضوع لحكم الشارع بملكية النماء حين حدوثه، فإباحة الأصل و حدوث النماء معاً موضوع لحكم الشارع بملكية النماء.

(٤) أي: في ملك الآخذ، يعني: بأن يكون حدوث النماء - بضميمة إباحة التصرف في الأصل - مملكاً له.

(\*) لكن يستشكل فيه بأن لازمه جواز الرجوع فيه مادام باقياً و إن تلف أصله،

أ: مسالك الأنفهام، ج ٣، ص ١٤٩

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٣٣

لاختصاص أدلة مملكية التلف بمملكته للعين، دون النماء. كما أن لازمه عدم جواز تصرف المباح له فيه، لما عرفت من خفاء شمول الاذن للتصرف في الأصل للإذن في النماء سيما المنفصل.

(\*) وبيان آخر: أن كلام كاشف الغطاء رحمته يتضمّن إستبعادين:

أحدهما: ما ذكره في الصدر من مملّكية حدوث النماء.

و ثانيهما: ما أفاده في ذيل كلامه من شمول الإذن المالكى للتصرف في النماء، خصوصاً النماء المنفصل، مع عدم الملازمة بين الاذن في الأصل و نمائه.

و جواب المصنف رحمته - على فرض تسليمه، لكونه مجرد احتمال لا يغني شيئاً - ناظر الى الصدر، دون الذيل و هو خفاء شمول الإذن المالكى للنماء. فكما يُشكل أصل مملّكية حدوث النماء، كذلك جواز التصرف فيه إستناداً الى إذن المالك في التصرف في الأصل.

و ما أفاده المصنف - من أن القائل بالاباحة لا يلتزم بمملّكية حدوث النماء - غير كافٍ، لأنّ حدوث النماء لو لم يكن مملّكاً كان هو ملكاً للمبيح لا للمباح له، و لابد من إستناد جواز تصرف المباح له فيه الى أن إذن المالك في الأصل إذن في نمائه. ولكن لا مجال لهذا الإذن المالكى هنا، لأنّ مفروض الكلام ترتب الإباخة على المعاطاة تعبداً لا مالكيّاً، مع قصر جواز التصرف على المأخوذ بالمعاطاة لا كاشف عن إباحة التصرف في النماء، لأنّ المسوّغ في التصرف إما تملك، وإما إباحة مالكية أو شرعية، و المفروض إنتفاء الأولين، فينحصر المسوّغ في تحليل التصرفات بحكم الشارع، و لا ريب في أن المسلط عليه نفس العين و نماؤه المتصل التابع له عرفاً، و أمّا المنفصل فلا.

و لم يتعرض المصنف رحمته للجواب عن الإشكال المزبور. و لعله لشمول الاذن للنماء، فإنّ الإذن في الأصل - مع عدم منع المالك عن التصرف في النماء مع القدرة عليه و العلم بكون العين منشأً للنماء الواقع تحت يد آخذ العين - ملازم عرفاً للإذن في التصرف في توابعها، فلو لم يكن راضياً بالتصرف في النماء لكان عليه التنبيه عليه بالنهي عنه، فيمكن التمسك بالإطلاق المقامى على شمول الإذن للنماء.

فلا يتوجه عليه ما أفيد من «كون تصرف المباح له في النماء تصرفاً في مال غيره بدون

إذنه، فهو حرام عقلاً و شرعاً<sup>أ</sup>. و ذلك لكفاية الإطلاق المقامي في تحقق الإذن في التصرف في النماء. و معه لا يكون حراماً كما لا يخفى.

و قد أجاب المحقق الثاني رحمته الله عن إشكال النماء بما هذا نصه: «فالحق أن يقال: إن مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان<sup>ب</sup> أن يكون النماء ملكاً له - أي للمباح له - بناءً على ما سيجيء في معنى الخبر... إلى أن قال: و حاصله: أن كل من تعهد ضمان شيء بالتضمين المعاملي فمنافعه له، و هذا من غير فرق بين أن يكون التضمين على نحو الإباحة أو التملك، فإن مقتضى إطلاقه كون منافعه للضامن. و معنى كون الشخص ضامناً لما يملكه أو لما أبيع له هو: أنه لو تلف كان دركه عليه و صار عوضه المسمى ملكاً للطرف الآخر... الخ»<sup>ج</sup>.

و فيه: ضعف النبوي - سنداً و عدم إنجباره - كما قيل - بعمل المشهور.

و لا يرد عليه ما في تقرير سيدنا الخوئي رحمته الله: «من عدم شمول الحديث لموارد التضمين على نحو الإباحة، لو جهين: أحدهما: أن لازم ذلك أن لا يكون للمالك الأصلي حق الرجوع إلى النماء، مع عدم كون الأصل ملكاً للمباح له، و هو بعيد.

ثانيهما: أن لازمه التفكيك بين الأصل و نمائه. و هو غريب» انتهى ملخصاً.

و ذلك لأنه بعد فرض دلالة النبوي على ذلك - و اعتباره سنداً - لا وجه للإشكالين المذكورين، لأنه يخصص عموم قاعدة سلطنة المالك على ماله، و عموم دليل تبعية النماء للعين، بل يكون حاكماً عليهما.

و الحاصل: أن إطلاق «الخراج بالضمان» للتضمين على نحو الإباحة محكم، و مقتضاه ملكية النماء بسبب ضمان الاصل ولو على نحو الإباحة. و تقييده بالتضمين على نحو التملك

أ : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٢١.

ب: عوالي اللئالي، ج ٢، ص ٢١٩، الحديث: ٨٩.

ج: منية الطالب، ج ١، ص ٥٨.

د : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٢٢.

### المناقشة في سائر وجوه الاستبعاد

(١) لما لم يتعرض المصنف رحمته لدفع جميع إستبعادات كاشف الغطاء واقتصر على جملة منها أراد إحالة دفع ما بقي منها على ما أفاده من الأجوبة، ولنذكرها تكميلاً للكلام:

فمنها: ما أفاده كاشف الغطاء رحمته في الاستبعاد الخامس في مملكية التلف القهري بقوله: «إن ملك التالف فعجيب، ومع به بعيد، لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم».

إذ يرد عليه: إمكان إختيار الشق الأول وهو تملك التالف آنأماً قبل التلف، لما عرفت في نظائره من أن المملكية الآتية وجه جمع بين الأدلة. وعليه يكون التلف كاشفاً عن سبق دخول المال في ملك الآخذ آنأماً، كما أن تلف المبيع في يد البائع - قبل قبضه من المشتري - كاشف عن إنفساخ العقد وعود المال الى ملك البائع آنأماً ووقوع التلف في ملكه.

وليس التلف سبباً للملك حتى يتجه إستعجاب كاشف الغطاء رحمته.

مضافاً إلى: أن تعليل إستحالة دخول المال في ملك الآخذ بعد التلف بقوله:

«وبعده ملك معدوم» ممنوع، إذ لو تم لم يختص بما بعد التلف، بل يجري في الدخول مقارناً لأن التلف، لأن حال التلف حال العدم، ولا واسطة بين الوجود و العدم.

ومنها: ما أفاده كاشف الغطاء رحمته في الاستبعاد السادس من قوله: «أن التصرف إن

جعلناه من النواقل القهرية، فلا يتوقف على النية فهو بعيد».

إذ يرد عليه: أنه لا مانع من كون التصرف ناقلاً قهرياً غير متوقف على النية، لإقتضاء

الجمع بين الأدلة ذلك، ولا يُعد فيه.

ومنها: ما أفاده في الإستبعاد الثامن بقوله: «قصر التملك على التصرف مع الاستناد

فيه الى أن إذن المالك فيه إذن في التملك، فيرجع إلى كون المتصرف في تملك نفسه موجباً قابلاً،

بلا مقيد، بإطلاقه محكم.

نعم الاشكال كله في ضعف سنده و عدم إنجباره، و سيأتي تفصيل الكلام فيه في

المقبوض بالعقد الفاسد إن شاء الله تعالى.

مما ذكرنا<sup>(١)</sup> تقدر على التخلُّص عن سائر ما ذكره<sup>(٢)</sup>.  
مع<sup>(٣)</sup> أَنَّهُ ﷺ لم يذكرها للاعتقاد.

و ذلك جارٍ في القبض بل هو أولى منه.

إذ يمكن أن يجاب عن إتحاد الموجب والقابل بأحد وجوه:

الأول: أن التصرف مملَّك. للجمع بين الأدلة. فلا حاجة الى الإيجاب والقبول حتى

يلزم إتحاد الموجب والقابل. إذ ليس هنا إذنٌ من الدافع للآخذ في تملك المال لنفسه حتى يكون

الآخذ موجباً وقابلاً. كي يتوهم إستحاله. لكونها متقابلين لا يجتمعان في واحد.

الثاني: أَنَّهُ لا مانع من إتحاد الموجب والقابل في العقود مع تعددهما إعتباراً كما حقق في

محلّه. وليسا متقابلين حتى يستحيل إجتماعهما في واحد.

الثالث: أن إتحاد الموجب والقابل إنما يترتب على الإذن المالك في تملك الآخذ المال

لنفسه. وهذا لا مجال له هنا. لأن الإباحة تعبدية مستندة الى الاجماع. لا مالكية.

وأما قوله في ذيل كلامه: «و ذلك جارٍ في القبض» ففيه: أن القبض لا يتوقف على الملك

حتى يكون الإذن فيه إذناً فيما يتوقف عليه من جهة إقتضاء الجمع بين الأدلة ملكية القبض

حينئذ. وهذا بخلاف الإذن في البيع والوقف ونحوهما من التصرفات المتوقفة على الملك. فإن

الإذن فيها إذنٌ في التملك الذي تتوقف عليه تلك التصرفات. وإلا يلزم لغوية الإذن في البيع

وشبهه.

وعليه ففرق واضح بين القبض والبيع. ومجرد إقتران القبض بقصد التملك لا يجعله

مساوياً لتلك التصرفات. فضلاً عن أولويته منها.

هذا تمام الكلام في الجواب التفصيلي المحلي الذي أفاده المصنف عن إستبعادات

كاشف الغطاء ﷺ .

(١) يعني: في دفع جملة من إستبعادات بعض الأساطين ﷺ .

(٢) كالاستبعاد الأخير و جملة مما تضمنته الاستبعادان الخامس والسادس.

(٣) هذه الجملة ناطرة الى جميع الاستبعادات الثمانية التي ذكرها الفقيه

## والانصاف أتمها إستبعادات في محلها<sup>(١)</sup>. وبالجملة<sup>(٢)</sup>: فالخروج

كاشف الغطاء رحمته وهو جواب ثانٍ عنها كما أشرنا إليه قبل الشروع في مناقشة كل واحد من الامور الثمانية. و مقصود المصنف: أن الأجوبة المتقدمة لو لم تكن وافيةً بدفع تلك الاستبعادات لم يقدح بقاؤها على حالها في القول بإفادة المعاطاة للإباحة تعبُداً. و وجه عدم القدح: أن كاشف الغطاء رحمته لم يذكر هذه الاستبعادات من باب إقامة الدليل على تعيين إفادة المعاطاة للملك، وإنما كان مقصوده مجرد إستبعاد القول بالإباحة، فلا بد للقول بالملك من إقامة دليل آخر حتى لو لم يمكن المناقشة في تلك الاستبعادات، و بقيت على حالها.

(١) و ذلك لأن غاية ما أفاده المصنف رحمته في تصحيح القول بالإباحة و التخلّص عن تلك الإستبعادات هو إقتضاء الجمع بين الأدلة للقول بالملك الآتاني قبل التصرف أو إرادته أو قبل التلف. مع أن مقصود كاشف الغطاء رحمته من هذه الوجوه إنكار هذا الجمع، للخدشة في تلك الأدلة، فإن إجماع السيد ابن زهرة مطنون المدركية بحديث نهي النبي صلّى الله عليه وآله عن بيع المنابذة و الملامسة، مع أنه إجماع منقول، و يسقطه عن الحجية لا يبيح موضوع للجمع المزبور من باب دلالة الإقتضاء، حتى يترتب أثر الملك على غير الملك، أو جعل ما لم يُعهد سببته للتمليك سبباً له كالتلف و التصرف، أو إرادته على التفصيل المتقدم (\*).

### فذلكة الكلام في المقام الثالث

(٢) هذا إلى قوله: «فالقول الثاني لا يخلو عن قوة» نتيجة ما فصله المصنف رحمته في المقام الثالث المنمقد لتحقيق حكم المعاطاة، من الاستدلال على الملك بوجوه خمسة، ثم المناقشة في

(\* و يمكن الإيراد على بعض الأساطين بالالتزام بعدم ملكية المعاطاة الى الآخر، و مع ذلك نلتزم بترتيب جميع آثار الملكية على المأخوذ بالمعاطاة، و لا يلزم من ذلك إلا مخالفة قاعدة واحدة، و هي جعل ما ليس بملك بحكم الملك في جميع الآثار، فلا يلزم من القول بالإباحة مخالفة قواعد عديدة و تأسيس قواعد جديدة، فتدبر.

الدلالة الالتزامية الشرعية، و في السيرة، و توجيه الملك الآتي، ثم استبعادات كاشف النطاء المترتبة على قول مشهور القدماء من إفادتها للإباحة، ثم المناقشة فيها، فالمقصود فعلاً ببيان المختار من الأقوال.

و توضيح ما أفاده **بَيِّنُ** : أن هنا طائفتين من الأدلة تقتضي إحداهما المصير إلى مسلك القدماء من الإباحة المحضة، و تقتضي ثانيتهما القول بالملك بنفسه مع الغض عن خصوصية الجواز و اللزوم.

أما الطائفة الأولى فهي ثلاثة وجوه:

الأول: إستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطة على ملك الدافع، و عدم مملوكيته للآخذ.  
الثاني: الشهرة الفتوائية القدمائية على إفادة المعاطة للإباحة المجردة عن الملك، كما طفحت به كلماتهم المتقدمة في المقام الثاني.

الثالث: الإجماع المدعى في الخلاف و الغنية على عدم تأثير المعاطة في الملك، بل تؤثر في الإباحة.

و المهم من هذه الأدلة هو الاستصحاب، إذ لا دليل على اعتبار الشهرة الفتوائية و الإجماع المنقول، فهما يصلحان لتأييد المطلب، و معاضدة الاستصحاب الذي هو دليل معتمد على القول بالإباحة، لو لم يكن هناك دليل حاكم عليه.

و أما الطائفة الثانية فهي ثلاثة وجوه أيضاً.

الأول: عمومات حل البيع و التجارة عن تراض، و إطلاقات بعض العقود كالهبة و الاجارة الشاملة للعقود القولية و الفعلية على حد سواء.

الثاني: السيرة العقلانية القطعية على ترتيب آثار الملك على المأخوذ بالمعاطة.

الثالث: الإجماع المدعى في جامع المقاصد و تعليق الارشاد على إفادة المعاطة للملك، بناء على حمل كلمات القائلين بالإباحة على الملك المترزّل. فإن تمّ هذا التوجيه فهو، و إلا كان الدليل على الملك أمرين: العمومات و السيرة.



عن أصالة<sup>(١)</sup> عدم الملك المعتضة بالشهرة<sup>(٢)</sup> المحققة إلى زمان المحقق الثاني،  
و بالاتفاق<sup>(٣)</sup>

و العمدة من هذه الثلاثة عموماً البيع والعقود، وجعل المصنف رحمته السيرة وإجماع  
المحقق الكركي رحمته مؤيدين للعمومات.

أما السيرة فلا مكان الخدشة فيها بعدم إحراز الإمضاء، وأنها ناشئة من قلة المبالاة  
في الدين.

و أما الإجماع فيمكن منعه بوجهين:

أحدهما: منع تحقق هذا الاتفاق، بعد صراحة كلمات القدماء في الإباحة، الآبية عن  
الحمل على الملك المترزّل.

و ثانيها: كونه - بعد تسليمه - محتمل المدركية، لاحتمال إستناد المجمعين الى السيرة  
و العمومات، فيكون العبرة بالمستند لا بالاتفاق.

و حيث أتضح أن عمدة الدليل على الإباحة هو الاستصحاب، و عمدة الدليل على  
الملك هو العمومات، تعيين الأخذ بالثاني، لعدم صلاحية الأصل العملي للمعارضة مع الدليل  
الاجتهادي حتى تصل النوبة الى الترجيح أو التساقط، لما تقرّر في الاصول من تقدم الدليل  
على الأصل العملي بالحكومة كما عليه المصنف، أو بالورود كما عليه المحقق الخراساني.

و نتيجة البحث: أن المختار كون المعاطاة مؤثرة في الملك، لا في الإباحة.

(١) هذا الأصل عمدة وجوه القول بالإباحة.

(٢) هذه هي المؤيدة الأولى لاستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاة على ملك الدافع.  
و تقييد الشهرة بزمان المحقق الثاني للتنبيه على إنقطاع شهرة القدماء على الإباحة، و حدوث  
شهرة أخرى على الملك المترزّل.

(٣) هذا هو المؤيد الثاني للاستصحاب المزبور. و قد تقدم كلام السيد في الغنية و الشهيد  
في القواعد عند نقل الأقوال في المقام الثاني، و الفرق بينها صراحة كلام السيد في الاجماع.  
و ظهور «عندنا» فيه في قواعد الشهيد.

المدعى في العنية و القواعد هنا<sup>(١)</sup>، و في<sup>(٢)</sup> المسالك في مسألة توقف الهبة على الإيجاب و القبول مشكلاً<sup>(٣)</sup>. و رفع<sup>(٤)</sup> اليد عن عموم أدلة البيع و الهبة و نحوهما<sup>(٥)</sup> المعتضدة<sup>(٦)</sup> بالسيرة<sup>(٧)</sup> القطعية المستمرة<sup>(٨)</sup>.

(١) أي: في حكم المعاطاة في خصوص البيع، و غرضه من التقييد بـ «هنا» التنبيه على إجماع المسالك في عقد الهبة.

(٢) حيث قال فيه: «و ظاهر الأصحاب الاتفاق على إفتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا، ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على إيجابها و قبولها لا يفيد الملك، بل مجرد الإباحة». بناءً على إتحاد حكم البيع و الهبة في توقفها على الصيغة و عدمه.

(٣) خبر «فالخروج» و وجه الإشكال: أن الاستصحاب حجة شرعية، و إطلاقه يقتضي الحكم ببقاء المأخوذ بالمعاطاة على ملك الدافع. هذا كله في دليل القول بالإباحة.

(٤) معطوف على «فالخروج» و غرضه بيان وجوه القول بالملك.

(٥) كالأجارة. و هذه العمومات هي العمدة في القول بالملك.

(٦) نعت لـ «أدلة».

(٧) هذه هي المعاوضة الأولى للعمومات، حيث إن بناء العقلاء على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطاة.

(٨) إلى عصر المعصومين عليه السلام، و ليست من السير المستحدثة حتى يشك في إضاهاها. و لا بد أن يكون مقصود المصنف تبيين من السيرة هنا ما يعم سيرة العقلاء و المتشرعة حتى تكون حجة في نفسها، إذ لو كانت السيرة عقلانية لا متشرعية كانت مخدوشة بما تقدم عنه من أنها ناشئة من قلة المبالاة في الدين.

و أما سيرة المتشرعة فلا سبيل لهذه الخدشة فيها، لأن بناء المتشرعة - بما هم متدينون - على أمر يكشف عن تلقية من الشارع و رضاه به.

و بدعوى<sup>(١)</sup> الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني - بناء<sup>(٢)</sup> على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة - أشكل<sup>(٣)</sup> (\*).

فالقول الثاني<sup>(٤)</sup> لا يخلو عن قوة.

و عليه<sup>(٥)</sup> فهل هي لازمة ابتداءً

(١) معطوف على «بالسيرة» وهذا هو المؤيد الثاني للقول بالملك.

(٢) قيد لـ «بدعوى الاتفاق» يعني: لو تمّ تأويل كلمات القدماء بالملك المترنزل فهو، وإلا لم يكن إجماع المحقق الثاني على الملك ثابتاً، لفرض تصريح القدماء بالإباحة، فأين الإجماع على الملك؟

(٣) خبر «و رفع» و وجه أشدية الإشكال - في رفع اليد عن العمومات - ما تقدّم من أنّها دليل إجتهادي حاكم على الأصل العملي.

فان قلت: بناءً على الحكومة لا إشكال في الخروج عن إستصحاب بقاء الملك حتى يكون رفع اليد عن العمومات أشدّ إشكالاً، لفرض ارتفاع موضوع الأصل العملي ببركة الدليل الاجتهادي.

قلت: نعم، لكن المصنف رحمته متحرّز عن مخالفة المشهور، فلذلك لم يكن عدم الإعتناء بالقول بالإباحة هيئاً، وإنما إلترّم بالملك لأجل المحجة الشرعية و هي العمومات.

(٤) هذه نتيجة المباحث المتقدمة في حكم المعاطاة، و أنّه يتعيّن الأخذ بالعمومات المقتضية لنفوذ المعاطاة و تأثيرها في الملكية بعد صدق البيع و التجارة و العقد عليها عرفاً، على ما مرّ مفصلاً.

#### المعاطاة تفيد الملك اللازم أو الجائز

(٥) أي: و على القول الثاني - و هو إفادة الملك - فهل هي لازمة؟ يعني: بعد إحراز تأثير المعاطاة في الملك، و بطلان سائر الأقوال تصل النوبة الى البحث عن أنّ الملك المترتب عليها

(\* الصواب أن يقال: «أشدّ إشكالاً» لأنه لا يجيء صيغة التفضيل من الأفعال المزيدة

كما لا يخفى.

مطلقاً<sup>(١)</sup> كما حُكي عن ظاهر المفيد رحمته، أو<sup>(٢)</sup> بشرط كون الدال على التراضي لفظاً، كما حُكي عن بعض معاصري الشهيد الثاني، وقواه جماعة من متأخري المحدثين، أو<sup>(٣)</sup> هي غير لازمة مطلقاً، فيجوز<sup>(٤)</sup> لكل منهما الرجوع في ماله، كما عليه أكثر القائلين بالملك<sup>(٥)</sup>، بل كلُّهم عدا من عرفت<sup>(٦)</sup>؟

لازمٌ كما في البيع بالصفة، أم متزلزلٌ يجوز لكل منهما الرجوع؟ في المسألة أقوال ثلاثة:  
أولها: إفادة المعاطاة للملك اللازم سواء أكان الدال على التراضي لفظاً أم كتابةً أم إشارةً أم غيرها. وهذا منسوب إلى الشيخ المفيد رحمته من أنها كالبيع القولي في اللزوم، ولا جواز إلا من ناحية الخيار.

ثانيها: إفادتها للملك اللازم، بشرط كون الدال على التراضي لفظاً، حكاه الشهيد الثاني عن بعض مشايخه. وواقفه جمعٌ، وقد تقدّمت كلماتٌ بعضهم في المقام الثاني عند بيان الأقوال.

ثالثها: إفادتها للملك المجازي دون اللازم، سواء أكان الدال على التراضي لفظاً أم غير لفظ، ويتوقف اللزوم على طروء أحد الملزمات، وهو منسوب إلى أكثر القائلين بالملك من عصر المحقق الثاني رحمته.

و اختار المصنّف رحمته القولَ الأوّل، و استدل عليه بوجوه ثمانية كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) أي: سواء كان الدال على التراضي لفظاً أم غير لفظ.

(٢) هذا هو القول الثاني الذي أبداه بعض معاصري الشهيد الثاني رحمته.

(٣) هذا هو القول الثالث الذي نسبته المصنّف رحمته إلى أكثر القائلين بالملك.

(٤) هذا متفرع على تأثير المعاطاة في الملك المجازي، كسائر العقود المجازة كالهبة في جواز الرجوع في العين ما دامت باقية.

(٥) حيث إن لزوم العقد موقوف على إنشائه باللفظ.

(٦) من المحقق الأردبيلي و جمع من علماء البحرين الذين إعتبروا دلالة اللفظ على

وجوه<sup>(١)</sup> أو فقها بالقواعد هو الأول<sup>(٢)</sup> بناءً على أصالة اللزوم<sup>(٣)</sup> في الملك (\*)

التراضي في اللزوم، وإن لم تعتبر صيغة خاصة عندهم.

(١) مبتدأ مؤخر لخبر محذوف، فكأنه قيل: «فيه وجوه ثلاثة».

(٢) وهو اللزوم من أول الأمر وإن لم يكن الدال على التراضي لفظاً.

### أدلة القول باللزوم

الدليل الأول: استصحاب الملك الحادث بالمعاطاة

(٣) المراد بهذا الأصل ما يعم اللفظي والعملي، لأنه يُؤَيِّدُ إسدالاً على اللزوم بالاستصحاب، ثم بالأدلة اللفظية الاجتهادية، وعليه فقوله بعده: «للك في زواله» ليس قرينة على إرادة خصوص الأصل العملي، بعد صراحة قوله بعد الفراغ من الاستصحاب: «ويدل على اللزوم مضافاً إلى ما ذكر عموم... الخ».

(\*) ثم إنه ينبغي التعرض لأمرٍ قبل الخوض في أدلة اللزوم.

منها: أن الغرض من البحث عن أصالة اللزوم وإن كان إثبات لزوم الملك بالمعاطاة كالبيع بالصيغة، وعدم تأثير رجوع أحدهما فيما دفعه إلى الآخر، إلا أن الأدلة المذكورة في المتن مختلفة المفاد، فبعضها يختص بالبيع كروايات خيار المجلس. وبعضها يُثبت لزوم الملك سواء أنشئ بالبيع أم بغيره من العقود المملّكة كالهبة والصلح، وذلك كالاستصحاب، وعدة من الأدلة الاجتهادية كآية التجارة عن تراضٍ وحديثي الجبل والسلطنة. وبعضها يفيد لزوم كل عقد شك في لزومه وجوازه كآية الوفاء بالعقود، وحديث «المؤمنون عند شروطهم» كما لو أحرز زوجية امرأة، وشك في دوامها وانقطاعها، فإنه ينبغي البناء على الدوام.

ومنها: أن مصب البحث عن أصالة اللزوم في الملك أو فيه وفي غيره هو العقود

المهدية، لخروج العقود الإذنية كالوكالة و العارية - على قول - عن حريم النزاع، لتقومها بالإذن المالكى، فيجوز الرجوع فيها قطعاً.

و لا فرق في العقود المهدية بين التنجزية منها كالبيع و الاجارة و الهبة و الصلح، و التعليقية كالسبق و الرماية. لشمول الأدلة الاجتهادية الآتية لكلا القسمين، بل و كذا الاستصحاب بناءً على جريانه في الأحكام التعليقية كما يراه المصنف رحمته.

و لم يظهر وجه لتخصيص مجرى الأصل بالعقود المهدية، إذ لا فرق بين إستصحاب حرمة العصير العنبي على تقدير الغليان، و بين إستصحاب ملكية الزامي على تقدير إصابة النصل مثلاً.

إلّا أن يقال: إنّ الملكية ليست عنده حكماً وضعياً مجموعلاً. بل هي منتزعة من التكليف، و هو كما ترى.

كما أنه بناءً على إنكار الاستصحاب التعليقي - كما ذهب إليه المحقق النائيني رحمته - لا وجه للقول باستصحاب الملك في مثل عقد سبق.

**ومنها:** أنّ أصالة لزوم تجري تارةً في الشبهة الحكمية كالشك في لزوم المعاطاة، و جريانها فيها منوط بحجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية. و أخرى في الشبهة الموضوعية كما صرح به المصنف في آخر استدلاله بالاستصحاب، كما إذا تنازع المتعاقدان فادعى أحدهما أنّ المنشأ هبة حتى يجوز له الرجوع، و الآخر أنّه صلح حتى يكون لازماً، فإنّه لا مانع من إثبات لزومه باستصحاب بقاء الملك.

نعم بناءً على عدم حجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية يُعَوَّل فيها على الأصل اللفظي المستفاد من عموماً الكتاب و السنة، بل هي المعتمد أيضاً في الشبهات الموضوعية، لعدم وصول النوبة الى الاستصحاب مع وفاء الأدلة الاجتهادية بإثبات لزوم العقد سواء في الشبهات الحكمية و الموضوعية.

للك (١) في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي (٢) (\*).

(١) إستدل المصنف رحمته على أصالة اللزوم بأدلة ثمانية كما يظهر من عدّها هنا، وصرّح به في أوّل التنبيه السادس بقوله: «إعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة» والدليل الأوّل هو الاستصحاب، وقد أجزأه تارةً في شخص الملك الحادث - بالمعاطاة، وأخرى في الملك الجامع بين الجائز واللازم، وثالثة في الملك مع تردده بين الشخصي والكلّي، فهنا تقارب ثلاثة ينبغي بيانها تبعاً لتعرض الماتن لها.

الأوّل: ما أفاده بقوله: «للك في زواله . . .» وهو إستصحاب بقاء شخص الملك - الحادث بالمعاطاة - بعد الرجوع، حيث يُشكّ في إرتفاعه بسبب رجوع مالكة الأوّل، وهو الدافع للمال الى المتعاطي الآخر، فيستصحب بقاء ملك الآخذ، لكونه من موارد الشك في رافعية الموجود، الذي لا ينبغي الارتباب في حجية الاستصحاب فيه، كحجّيته في الشك في وجود الرفع. فهو نظير العلم بدخول زيد في الدار والشك في موته بفجأة أو صاعقة أو إهدام سقفٍ عليه أو غيرها، فتستصحب حياته وتترتب عليها الأحكام الشرعية المترتبة عليها من حرمة تقسيم أمواله ووجوب الإنفاق وغيرها.

(٢) المراد به كل من المتعاطيين، لأنّ كل واحد منها ملك الآخر ماله بالمعاطاة، ويشك في انقاسها برجوع أحدهما، فيستصحب بقاء الملك الحادث بالمعاطاة، وعدم تأثير الرجوع في عود ملكيتها كما كان قبل المعاطاة.

(\* ) لا يخفى أنّه لا فرق في جريان الاستصحاب في الملك بين كون الملكية من أو صاف المال وبين كونها حكماً شرعياً، وذلك لأنّ الأحكام الشرعية من الأمور الاعتبارية التي لها في حدّ ذاتها ثباتٌ ودوام ما لم يرفعها رافع، ومن المعلوم أنّ الملكية أيضاً من الاعتباريات التي تقتضي بالطبع البقاء والاستمرار، فإذا حدثت بحكم ببقائها إلى أن يرفعها رافع، فما في حاشية السيد الاشكوري رحمته من «أن الملكية إذا كانت حكماً شرعياً لا يجري فيها الاستصحاب، لكون الشك في المقتضي محل تأمل، بل منع بناءً على جرياه الاستصحاب في الأحكام الكلية.

١) هذا إشكال على إستصحاب بقاء شخص الملك - لأجل إثبات لزوم المعاطاة - ومنشأ الاشكال وجهان:

أحدهما: إختلال بعض أركان الاستصحاب.

و الآخر: وجود أصل حاكم عليه حتى لو فرض إجتماع أركانه.

أما الوجه الأول، فتوضيحه: أنه يعتبر في جريان الاستصحاب تعلق اليقين والشك بشيء واحد ذاتاً مع تعدده زماناً. بحيث تكون القضية المتيقنة عين المشكوكة، كالقطع بعدالة زيد يوم الجمعة، والشك في بقائها يوم السبت، فإن متعلق اليقين والشك - وهو العدالة - واحد ذاتاً و متعدد زماناً.

وليس المقام كذلك، لأن متعلق اليقين هو القدر المشترك بين الفردين أعني به الملك اللازم والجائز، و متعلق الشك هو الفرد المعين وهو اللازم، إذ الحادث على تقدير كونه الفرد الآخر - وهو الملك الجائز - قد عُلِمَ إرتفاعه بالرجوع، فالشك في بقاء المستصحب يستند إلى الشك في حدوث الفرد اللازم، فيصح أن يقال: اليقين والشك لم يتواردا على موردٍ واحد حتى يجري فيه الاستصحاب، لتعلق اليقين بالقدر المشترك، و تعلق الشك بمحدث الفرد المعين، ومع إختلاف المتعلق لا يجري الاستصحاب، لعدم موضوع له حقيقة مع الإختلاف المزبور. وهذا نظير إختلاف شهادة البينة في تعيين المشهود به و ترديده، كما إذا شهد أحد العدلين بنجاسة أحد الكأسين مردداً، و الآخر بنجاسة أحدهما المعين، فلا يثبت النجاسة حينئذٍ بشهادتهما، لاختلاف المشهود به، فيبني على طهارتهما، إما لقاعدتها، و إما لاستصحابها.

و على هذا فجهة الاشكال هي تعدد متعلق اليقين والشك، لتعلق اليقين بالكلية، و تعلق الشك بمحدث الفرد الطويل، فلا يجري إستصحاب الشخص.

وأما الوجه الثاني، فتقريبه: أن إستصحاب الملكية وإن كان واجداً للشرائط من إجتماع أركانه من اليقين والشك، إلا أن هنا أصلاً حاكماً عليه يمنع عن جريان إستصحاب الملك،



أنّ الثابت<sup>(١)</sup> هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقرّ، و المفروض إنتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع<sup>(٢)</sup>، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أوّل الأمر<sup>(٣)</sup> فلا ينفع<sup>(٤)</sup> الاستصحاب - بل<sup>(٥)</sup> ربما يزداد إستصحاب بقاء عُلقة المالك - مدفوعة<sup>(٦)</sup>

و ذلك لأنّ الشك في بقاء الملك بعد رجوع المالك الأوّل ناشٍ من إنتطاع عُلقته بالمرة بسبب البيع المعاطاتي، و بقاء شيءٍ من تلك العُلقة التي أترها جواز الرجوع، فإذا إستصحبنا بقاء العُلقة لم يبقَ لاستصحاب ملكية المالك الثاني مجالٌ. هذا توضيح الوجهين و سيأتي الجواب عنها.

(١) يعني: أنّ المعلوم سابقاً هو كلّى الملك المشترك بين المتزلزل والمستقرّ، و ليس المعلوم هو خصوصية اللزوم، فلا يكون المستصحب شخصياً، بل يكون كلياً.

(٢) إذ لو كان المعلوم الملك المتخصّص بخصوصية الجواز فقد ارتفع قطعاً بالرجوع.

(٣) يعني: فيجري فيه إستصحاب العدم، فينتفي بذلك القدر المشترك، لأنّه لو كان باقياً فهو لأجل حدوث الفرد الطويل كاللزوم في المقام، و المفروض أنّه محكوم بالعدم بمقتضى الأصل.

(٤) بل لا يجري إستصحاب الفرد، لعدم العلم بحدوث الخصوصية - أي اللزوم - حتى يشك في بقائها، فيجري فيها الاستصحاب، بل العلمُ تملّق بالجامع، و الشك تملّق بحدوث الفرد الطويل، و مع مغايرة متعلّق اليقين و الشك لا يجري الاستصحاب.

(٥) هذا إشارة الى ثاني وجهي الاشكال في استصحاب شخص الملكية المهادنة بالمعاطاة، و محصله: عدم جريانه، لوجود الأصل الحاكم.

(٦) خبرُ قوله: «ودعوى» و هذا دفع الاشكال، و ليُعلم أنّ المصنف رحمته الله إقتصَرَ هنا على دفع الاشكال الأوّل، و لم يتعرض لدفع الاشكال الثاني - و لعلّه إتكالاً على وضوح وهنه - و إنّما أجاب عنه في أوّل الخيارات كما تفق عليه في التعليقة (\*). فالأولى الاقتصار هنا على

(\*) محصل ما أفاده في أوّل الخيارات هو: أنّ المستصحب إمّا عُلقة الملكية، و إمّا السلطنة على إعادة العين في ملكه، و إمّا العلاقة التي كانت بين المالك و عينه في مجلس البيع.

ما أفاده من دفع الاشكال الأول، فنقول: قد دَفَعَهُ بوجهين:  
 أحدهما: أنه لو سُلم كون المستصحب هو الجامع بين الملك المتزلزل والمستقر أمكن  
 إجراء الاستصحاب فيه بناءً على ما تقرر في الأصول من حجية القسم الثاني من أقسام  
 استصحاب الكلي.  
 وثانيها: أن المستصحب في المقام هو شخص الملكية الحادثة بالمعاطاة، وليس كلياً  
 أصلاً، وقد بَرَهَنَ عليه بما سيأتي توضيحه.

ولا مجال لاستصحاب شيء منها.  
 أمّا الملكية فللقطع بارتفاعها وانقطاعها بالمعاطاة حسب الفرض من إفادتها الملك،  
 لا الإباحة المحضة. فالعين بجميع شؤونها صارت ملكاً للغير، ولم تبقى الملكية السابقة على  
 التعاطي. ولو بقيت لزم اجتماع ملكيتين على مملوك واحد، وهو محال عقلي أو عقلائي.  
 وأمّا السلطنة على إستراد العين فهي لم تكن مجموعة للمالك حتى تستصحب، وإنما  
 هي سلطنة حادثة بعد زوال الملك، لدلالة دليل كما في الخيار، فإن دلّ دليل على ثبوتها فهو،  
 وإلا فالأصل عدمها. وليست هذه السلطنة من شؤون المالك على ماله حتى  
 تستصحب، لأنّ موضوع هذه هو المال المنتقل إلى الغير، فما لم ينتقل إلى الغير لا مجال لجعل  
 سلطنة الإستراد للمالك الأول.  
 وأمّا العلة المتحققة في مجلس العقد ففيها أولاً: إختصاصها بما ثبت فيه الخيار في  
 المجلس.

وثانياً: أنه لو شك في ثبوتها كان المرجع عموم وجوب الوفاء بالعقود القاضي بلزوم  
 العقد، ولا مجال للاستصحاب.

وثالثاً: أنه لا معنى للشك المزبور مع دلالة النص على إنتفاء الخيار مع الافتراق.  
 وعليه يبقى إستصحاب الملك الحاصل بالعقد سليماً عن الاشكال.

– مضافاً<sup>١</sup> إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب،

أما الوجه الأول فتقريبه: أننا نلتزم بكون المستصحب هنا كلياً، لا شخصياً، ولكن لا يسقط الاستصحاب عن الاعتبار، لما تقرّر في علم الاصول من شمول أدلة حجتيه – كقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تنقض اليقين بالشك» – لما إذا كان المتيقن شخصياً وكلياً، كما إذا علم بحدوث مردّد بين الأكبر والأصغر، أو بنجاسة مرددة بين البول والدم، فإنّه بعد الإتيان برفع الحدث الأصغر كالوضوء، وبقسّ المحل مرّة يشكّ في بقاء الحدث والنجاسة، فيستصحب كليّ الحدث والنجاسة، وهذا هو ثاني أقسام إستصحاب الكلي الذي حقيقته العلم بوجود الكلي في ضمن أحد فردين: أحدهما معلوم الارتفاع، والآخر محتمل الحدوث.

والمقام من هذا القبيل، فإنّه وإن لم يُعلم بحدوث إحدى الخصوصيتين بالمعاطاة – من جواز الملك ولزومه – حتى تستصحب، لكنه لا مانع من إستصحاب الجامع بينهما بعد كون الأثر مترتباً عليه، لا على الخصوصية.

و عليه فلخص هذا الجواب هو: كفاية إستصحاب كليّ الملك في إثبات المقصود، وهو لزوم المعاطاة، وعدم الحاجة الى إستصحاب الفرد – أي اللزوم – حتى يقال: إنّه مشكوك الحدوث، فلا يجري فيه الاستصحاب. لكن أركان الاستصحاب في القدر المشترك مجتمعة، لليقين بحدوث الملكية بالمعاطاة والشك في ارتفاعها برجوع أحد المتعاطين، ومنشأ الشك في بقاء القدر المشترك هو تردّد الحادث بين مقطوع البقاء والارتفاع.

هذا توضيح الجواب الأول. وأما الجواب الثاني فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) الترتيب الطبيعي يقتضي تقديم الجواب الثاني على هذا الجواب، لأنّه **تَبَيَّنَ جَعَلَ** المستصحب شخصياً، ومقصوده من الجواب الذّب عنه، وأجنبية الملك عن القدر المشترك، لكونه حقيقة واحدة، ولو سلّم كونه كلياً لم تمنع كليّته عن جريان الاستصحاب فيه، لما ثبت في الاصول من حجتيه في القسم الثاني، بل وبعض أقسام القسم الثالث.

(١) يمكن أن يكون إشارة إلى وجوه:

منها: عدم كفاية إستصحاب القدر المشترك في إثبات اللزوم. لأنّ الشك في بقائه مسبّب عن الشك في حدوث الفرد الطويل، و الأصلُ عدمه، فلا تصل النوبة إلى جريان الاستصحاب في القدر المشترك، لكون الشك فيه مسبباً عن الشك في حدوث الفرد الطويل، و الأصل الجارِي في الشك السببي حاكم على الأصل الجارِي في الشك المسيبي، هذا.

ففي المقام يتسبّب الشك في بقاء الملك و إرتفاعه - بعد الرجوع - عن الشك في حدوث ملك لازم بالمعاطاة، و يستصحب عدم حدوثه، لكون هذا عدم متيقناً قبل التعاطي، و يترتب على إحراز عدم حدوث الملك اللازم إرتفاعُ الملك بالرجوع، و ينتفي الشكُ تبعداً في بقاء القدر المشترك بين الملك اللازم و الجائز.

لكن المصنف أجاب عنه في رسالة الاستصحاب «بأنّ إرتفاع القدر المشترك من آثار كون الحادث ذلك المقطوع الارتفاع، لا من لوازم عدم حدوث الأمر الآخر. نعم اللّازم من عدم حدوثه عدم وجود ما هو في ضمنه من القدر المشترك في الزمان الثاني، لا إرتفاع المشترك بين الأمرين، و بينهما فرق واضح» (\*).

(\*) لكن أورد عليه السيد عليه السلام بأنّ المناط في جريان الأصل ترتب الأثر على المستصحب، و من المعلوم أنّ الحكم بمناعية النجاسة مثلاً مترتب على وجود القدر المشترك بين فذارة البول و الدم، لا على بقائه الذي هو الوجود بعد الوجود، و لا على حدوثه الذي هو الوجود بعد عدمه، و موضوع الأثر الشرعي في المقام هو وجود الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين، و من المعلوم أنّ وجوده من لوازم وجود الفرد الطويل، كما أنّ عدمه من لوازم عدمه، و يترتب على إستصحاب عدم الفرد الطويل عدم القدر المشترك بين الفردين.

و عليه فأصالة عدم الفرد الطويل حاكمة على أصالة وجود الكلّي، لتسبّب الشك فيه عن الشك في وجود ذلك الفرد من أوّل الأمر. قال عليه السلام: «فالشك في وجوده بعد حدوث ما يزيل أحد الفردين - على تقديره - نائش عن الشك في وجود الفرد الآخر من الأوّل و عدمه،

ومنها: أن الشك ليس في المقتضي حتى لا يجري فيه الاستصحاب على مبنى المصنف، بل في رافعية الموجود وهو الرجوع، حيث إن الملكية من الأمور الاعتبارية التي لها في حد ذاتها إقتضاء الدوام والاستمرار، فليست الملكية الجائزة كالنكاح المنقطع الذي لا إستمرار فيه، بل يرتفع بنفس مضي زمانه وأمدته. وهذا بخلاف الملك، فإن زواله منوط بطرود زماني كرجوع المالك الأصلي، فلا يكون الشك في الملكية شكاً في المقتضي، بل من الشك في وجود الرافع ورافعية الموجود.

فيندفع بهذا البيان ما في حاشية المحقق الخراساني رحمته من «عدم كفاية استصحاب القدر المشترك، لكونه من الشك في المقتضي الذي لا يكون الاستصحاب حجة فيه»<sup>أ</sup>.  
ووجه الاندفاع ظاهر مما ذكرنا.

ومنها: أن المقصود من إستصحاب القدر المشترك هو عدم تأثير الرجوع في زوال الملكية، وليس هو من آثار القدر المشترك بين الملك اللازم والجائز، بل من آثار خصوص الأول، فلا تصح دعوى كفاية تحقق القدر المشترك.

و محصل دفعه منع كون المقصود ذلك، بل المقصود من إستصحاب القدر المشترك إثبات صرف الملك، وعدم تأثير الرجوع في زواله لازم عقلي له، ولا ضير فيه بعد كون المستصحب حكماً شرعياً، كوجوب الاطاعة عقلاً المترتب على الوجوب والحرمة الثابتين شرعاً بالاستصحاب.

وإذا كان الأصل عدمه فلا يبقئ بعد ذلك شك في الوجود، بل ينبغي أن يبنى على العدم<sup>ب</sup>.  
و ما أفاده - من موضوعية نفس الوجود للأثر الشرعي دون خصوصية الحدود والبقاء - وإن كان متيناً، إلا أن في إستصحاب الكلبي يكون أصل حدوته متيقناً، وإنما يتمحض

أ: حاشية المكاسب، ص ١٣

ب: حاشية المكاسب، ص ٧٣

الشك في ناحية استمرار وجوده المعتر عنه بالبقاء، و الإهمال في المتيقن و المشكوك غير معقول. و عليه ينتج كلام الشيخ هنا من أنّ بقاء الكلّي - بعد طرؤه مزيل أحد الفردين - من لوازم كون الحادث الفرد الطويل، و ارتفاعه أثر وجوده بوجود الفرد القصير، و لأصل يُحرز به خصوصية الحادث. فيجري في الكلّي بلا مانع.

هذا مضافاً إلى: ما في تعبيره بعليّة وجود الفرد لوجود الكلّي و عدمه لعدمه من المسامحة، لاقضاء العليّة و السببية للإنينية و التعدد، مع أنّه لا إنينية بين الكلّي الطبيعي و مصداقه، فزيد هو الانسان، لأنّ وجود النوع معلول وجود الفرد، كالحراق المسبب عن وجود النار.

و إلى: أنّ الشك في بقاء الكلّي و ارتفاعه لم يتسبب عن الشك في حدوث الفرد حتى تنجته حكومة أصالة عدم حدوث الفرد الطويل على أصالة بقاء الجامع، بل يتسبب عن الشك في بقاء الفرد الحادث و ارتفاعه. هذا مع الغض عن اعتبار التسبب الشرعي في حكومة الأصل السببي على المسيبي.

**و منها:** ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق الثاني رحمته من منع صفروية المقام لاستصحاب الكلّي، و بيانه: أنّه يعتبر في جريان استصحاب الكلّي تنوّعه بنوعين أو أكثر مع الغض عن تعبد الشارع بالبقاء، كالحدث المرّد بين الأصغر و الأكبر، و الحيوان المرّد بين طويل العمر و قصيره، فيجري استصحاب القدر المشترك عند اليقين بنقض عدمه المحمولي بوجوده كذلك و الشك في بقائه، فيتعبد ببقاء ما يكون له في حد ذاته استعداد البقاء.

و هذا بخلاف المقام، فإنّ تنوّع الملكية بنوعي الجواز و اللزوم يستند إلى حكم الشارع ببقاء العلقة بعد الفسخ و الرجوع تارة، و بزوالها أخرى. و لا حقيقة لهاتين الحصتين مع الغض عن التعبد الشرعي كما كان الأمر في الحدث و الحيوان و نحوهما من الطبايع ذوات الأنواع.

و بعبارة أخرى: الحكم ببقاء الملكية و ارتفاعها مأخوذ في عقد الحمل، لا الوضع، مع أنّ المعتر في استصحاب القسم الثاني كون الموضوع بنفسه قدراً مشتركاً بين نوعين، سواء

حُكْم عليه بالبقاء والارتفاع أم لا.

ثم قال مقرر بحثه الشريف: «وإلى هذه الدقيقة أشار بقوله: فتأمل» أ.

ويظهر من موضع آخر من كلامه: أَنَّ جهة الاشكال في استصحاب الملكية هنا هي: أَنَّهُ يعتبر في استصحاب الكلي موضوعيته بنفسه للأثر غير ما يترتب على الخصوصية، فلو أُريد ترتيب أثرها على استصحاب الجامع لم يجر لأجل الاثبات<sup>٣</sup>.

أقول: ما أفاده «قدس الله نفسه الزكية» من ضابط جريان الاستصحاب في القدر المشترك مما لا غبار عليه، فيعتبر وجود الطبيعة المتنوعة - بنفسها - بنوعين أو أكثر، مع قطع النظر عن حكم الشرع والعقلاء، ويعتبر أن يكون لها أثر غير أثر الفرد.

لكن الكلام كله في أَنَّ اللزوم والجواز هل هما نوعان من الملك أم حكمان مترتبان على موضوع بسيط، وهما خارجان عن حريمه حقيقة؟ وكلماته قَبِيحٌ هنا لا تخلو من تشويش فقد صرَّح تارة<sup>٤</sup> «بأنَّ اللزوم والجواز نوعان من الملك متباينان بتمام هويتهما» وأخرى بأنَّ الملك يتنوع بالحكم، حيث قال: «فإنَّ تنوعه بنوعين ليس باختلاف السبب المملَّك ولا باختلاف حقيقته وماهيته من غير جهة أَنَّ أحدهما يرتفع بالفسخ، والآخر لا يرتفع».

فبناءً على كلامه الأول ينهدم أصل الاشكال في استصحاب جامع الملك، وذلك لكون الملكية كالحيوان والحدث في أَنَّ لكلٍّ منهما نوعين متباينين، وإن كان في الجمع بين النوعين و«التباين بتمام الهوية» مسامحة، إذ ليست الأنواع متباينة بتمام الهوية للمتنوع، كما لا يخفى. وبناءً على كلامه الآخر يتجه الاشكال لو تمَّ في نفسه، إذ لو كان اللزوم والجواز مأخوذين شرعاً في عقد الحمل تعيَّن أن يكون الموضوع ذات الملك، وحينئذٍ يستحيل تنوعه بلحاظ حكمه، وذلك لأمرين مسلمين:

أحدهما: تأخر كل حكم عن موضوعه رتبةً تأخر المعلول عن علته.

أ: المكاسب والبيع، ج ١، ص ١٧٢ و ١٧٣

ب: المصدر، ص ١٦٧

بأن<sup>(١)</sup> إنقسام الملك الى المترزّل والمستقرّ ليس باعتبار إختلافٍ في حقيقته، وإنما

(١) هذا هو الجواب الثاني من وجهي دفع الاشكال، و حاصله: منعُ إنقسام الملك الى قسمين و تنوّعه بنوعين حتى يكون كل من المترزّل و المستقر فرداً لطبيعة الملك كي يجري الاستصحاب في تلك الطبيعة التي هي القدر المشترك بينها. و على هذا فلا كليّ هنا حتى يجري فيه الاستصحاب، بل يجري في الشخص، و هو الملكية التي هي إضافة خاصة بين المالك و المملوك، فالترزّل و الاستقرار ينشأان - من حكم الشارع على الملك بزواله برجوع المالك الأصلي في بعض الموارد، و ببقائه و عدم زواله برجوع المالك الأصلي في بعضها الآخر. فاللزوم و الجواز حكمان للملك، و ليسا متّوعين له، بل هما من أحكام السبب المملّك لا من خصوصيات السبب و هو الملك.

و ثانيهما: أنّ مُنوع الطبيعة يكون في رتبة المتنوع، لا متأخراً عنه، كتنوع الكلمة إلى أنواعها الثلاثة: الاسم و الفعل و الحرف، فإنّ المتنوع و هي هذه الأنواع في رتبة ذات المتنوع و هي الكلمة.

و عليه فلو كان اللزوم و الجواز حكمين مترتبين على الملك لزم أن يكون تنوع الملك بهما من باب تنوع الموضوع بحكمه المتأخر عنه.

نعم إن أريد من التنوع ما يكون في رتبة الأثر مسامحة لا حقيقة كان صحيحاً، حيث إنّ الموضوع يتنوع بحكمه، لكن هذا المقدار غير قادح في استصحاب الجامع.

و المتحصل: أنّ حمل الأمر بالتأمل على ما أفاده السيد الطباطبائي و المحقق الخراساني و المحقق الثاني قده لا يخلو من خفاء. و لعلّ الأولى حملة على الإمعان في المطلب، و سلامته عن إشكالات استصحاب القسم الثاني المذكورة في علم الاصول.

و هذا لا ينافي بإصرار المصنف قده على أنّ اللزوم و الجواز حكمان شرعيان، و الملكية حقيقة بسيطة لا تعدد فيها.

وجه عدم المنافاة: أن إحراء الاستصحاب في القدر المشترك يكون من باب التنزل و تسليم تعدّد الملك اللازم و الجائز حقيقة بالنوع أو بالفرد أو بالمرتبة كما سيأتي بيانه عن قريب.



هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع<sup>(١)</sup> المالك الأصلي. ومنشأ هذا<sup>(٢)</sup> الاختلاف إختلاف حقيقة السبب المملّك، لا إختلاف حقيقة الملك، فجاوز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب<sup>(٣)</sup>، لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب<sup>(٤)</sup> (\*).

والحاصل: أنه بعد كون الجواز وال لزوم من أحكام الملك - لا من خصوصيات نفس الملك - لا جامع بينهما حتى يجري فيه إستصحاب الكلّي، بل الجاري فيه هو إستصحاب الشخص.

هذا كله بحسب الدعوى، وقد استدلّ عليه بوجهين سيأتي بيانها.

(١) متعلق بـ «زوال» و ضميراً «حقيقته عليه» راجعان الى الملك.

(٢) يعني: إختلاف حكم الشارع بجواز الرجوع و عدمه.

(٣) كالبيع والهبة وغيرهما من الأسباب المملّكة.

(٤) و هو الملك، فلا يكون اللزوم و الجواز من الخصوصيات الدخيلة في حقيقة الملك.

(\* ) أورد المحقق الخراساني رحمته الله عليه بما لفظه: «لو كان الجواز وال لزوم ها هنا بمعنى جواز فسخ المعاملة و عدمه كما في باب الخيار فلا شبهة في كونهما من أحكام الأسباب. و أما لو كانا بمعنى تراذّ العينين و تملك ما انتقل عنه و عدمه بلا توسط فسخ المعاملة - كما في الهبة - على ما صرّح به في الملزمات، فهما من أحكام المسببات لا محالة، و إختلافها فيهما كاشف عن إختلافها في الخصوصيات المختلفة في إقتضاء الجواز و اللزوم لثلاً يلزم الجزاف في أحكام الحكيم تعالَى شأنه، و إن كان إختلافها فيهما ناشئاً من إختلاف الأسباب ذاتاً أو غرضاً<sup>أ</sup>. و محصله: أن إبطال أثر العقد قد يكون بفسخه أو بإقالة أحدهما للآخر فمقتضاه كون اللزوم و الجواز من أحكام السبب، و قد يكون باسترداد العين كما في الهبة أو بتراد العينين كما في المعاطة، فيكونان من أحكام نفس الملك، كما أفاده المصنف في الملزمات. و حينئذ يكون إختلافهما كاشفاً عن وجود خصوصية في كل منهما غير ما في الآخر، و هذا المقدار كافٍ في

اختلاف الأحكام، وإن لم يكن إختلافهما بالحقيقة والماهية. و عليه يُشكل إستصحاب الشخص، و يتعين إجراؤه في القدر المشترك، هذا.

لكن يمكن أن يقال أولاً: إن مقتضى إستدلال المصنف عليه السلام على أصالة اللزوم في الملك بما سيأتي من آية وجوب الوفاء وأخبار خيار المجلس هو خروج اللزوم والجواز عن حقيقة الملك وكونهما من أحكام السبب المملّك. فالفسخ والإقالة يتعلّقان بنفس السبب كتعلق الإمضاء به. وهذا لا يُنافي ما سيأتي منه في الملزّمات من أن المعاطاة - مع قطع النظر عن أصالة اللزوم - تكون جائزة بالاجماع قبل تلف العينين، ولما كان دليلاً لبيئاً وجب الأخذ بالقدر المتيقن منه وهو تعلّق الجواز بالتراد المنوط ببقاء كلتا العينين بحالهما، ومن المعلوم أن رفع اليد عن أصالة اللزوم في الأسباب المملّكة - بالاجماع على عدم لزوم المعاطاة قبل التلف - لا يدلّ على كون جواز التراد من خصوصيات نفس الملك لا السبب المملّك.

نعم جواز إسترداد العين الموهوبة ابتداءً قبل فسخ العقد قد يكون شاهداً على إختلاف الملك الحاصل في الهبة الجائزة واللازمة سنخاً أو مرتبةً.

و ثانياً: أن اللزوم والجواز سواء استفيدا من نحو قول الشارع: «البيع لازم وغير لازم» أم من مثل قوله: «يجوز ترادّ العينين ولا يجوز» يكونان من أحكام الملك، وينشأن من إختلاف الأسباب، لما فيها من الخصوصيات المقومة للسبب المنوّعة له أنواعاً مختلفة الحقيقة، المقتضية للزوم تارةً وللجواز أخرى، ولهما معاً في وقتين كالبيع الخياري الجائز في مدة الخيار، واللازم في غيرها، والهبة للأجنبي المقتضية للجواز قبل التصرف، ولللزوم بعده. ولو كانا من الخصوصيات الموجبة لتنوّع الملك لزم تغاير الملكية في البيع في زمان الخيار للملكية فيما بعده، نظير تغاير زيد وعمرو، كما أنّ ذلك شأن الأفراد، فإنّها وإن اندرجت تحت حقيقة واحدة لكنها متباينات، لامتناع صدق كل منها على الآخر، فلو بُني على مغايرة الملك اللازم للجائز - كمغايرة زيد وعمرو - لزم إنعدام الملك الحادث أولاً، وحدوث ملك آخر، وهو كما ترى، إذ لا إنشاء غير الإنشاء الأوّل الموجب لحدوث الملكية، فإن كانت جائزة

و يدل عليه<sup>(١)</sup> -مع<sup>(٢)</sup> أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من

(١) أي: و يدل على كون الجواز و اللزوم من أحكام الملك لا من الخصوصيات المنوعة له... الخ.

(٢) ظاهره - بمقتضى السياق - كونه دليلاً على أن اللزوم و الجواز من أحكام الملك، لا من الخصوصيات الدخيلة في حقيقته، لكن من البديهي عدم إرادة ذلك، لأن غرضه توثيق عدم الحاجة الى إقامة الدليل على كون اللزوم و الجواز من أحكام السبب لا من الخصوصيات الدخيلة في المسبب و هو الملك.

وجه عدم الحاجة إلى ذلك: عدم توقف صحة الاستصحاب المزبور - وهو إستصحاب الملك - على إحراز كون اللزوم و الجواز من أحكام الملك لا من خصوصياته المنوعة له، لأن الاستصحاب المزبور يجري، و يُثبت اللزوم، و لو مع الشك في كون اللزوم و الجواز من خصوصيات نفس الملك حتى يكون المستصحب كلياً، أو من أحكام الملك حتى يكون شخصياً.

و الوجه في جريان إستصحاب الملكية مع هذا الشك هو: أنه بناء على كون الاشكال في جريان إستصحاب الكلي حكومة الأصل السببي يكون الشك هنا في وجود المانع عن إستصحاب الملكية، إذ لو كان المستصحب كلياً فالمانع موجود، و إن كان شخصياً فلا مانع، فرجع الشك حينئذٍ إلى الشك في وجود المانع و هو الأصل الحاكم و عدمه. و عليه لا مانع من جريان إستصحاب الملكية.

و بالجمللة: بناء على المنع عن جريان استصحاب الكلي - لأجل حكومة الأصل السببي

تصير لازمة بانقضاء زمان الخيار مثلاً.

و عليه فما أفاده المصنف في المتن «من إرجاع الاختلاف بين الملك اللازم و الجائز إلى الأسباب و وحدة حقيقته في جميع الموارد» سليم عن الاشكال، و سيأتي مزيد بيان له إن شاء الله تعالى.

عليه - لا مانع من جريان إستصحاب الملكية في المقام، لكون الشك في وجود المانع عن جريانه، حيث إنّه لو كان اللزوم والجواز من خصوصيات الملك لا من أحكامه لم يجز الاستصحاب، لكون المستصحب حينئذٍ كلياً، والأصل الحاكم عليه موجود. وإن كان من أحكامه فالمستصحب شخصي، والاستصحاب جارٍ فيه، فرجع الشك حينئذٍ إلى وجود المانع وهو الأصل الحاكم وعدمه، وما لم يجز وجود الحاكم يجري الأصل المحكوم، فلا مانع من جريان إستصحاب الملكية، فلا يتوقف جريان إستصحاب الملكية على إحراز كون اللزوم والجواز من أحكام الملك، لا من خصوصياته المنوَّعة له (\*).

هذا توضيح ما أفاده المصنف رحمته.

و منه يظهر أن قوله: «مع أنه يكفي في الاستصحاب» إشارة الى تقريب ثالث لاستصحاب الملك الحاصل بالمعاطاة، سواء أحرز كون المستصحب شخصياً أم كلياً، أم شك في شخصيته وكليته، وكان المناسب تأخير عتاه هو بصدده فعلاً من الاستدلال على أن الملك الحاصل بالعقد واحد شخصي، ويرجع تزلزله وإستقراره إلى السبب المملّك.

(\*) نعم بناءً على كون الاشكال في إستصحاب الكلي مغايرة القضية المتيقنة للمشكوكه إتجه عدم جريان إستصحاب الملكية إذا لم يحرز كون اللزوم والجواز من أحكام الملك أو من خصوصياته المنوَّعة له، لأنّه مع هذا الشك لا يحرز العنوان المأخوذ في أدلة الاستصحاب، إذ المستصحب إن كان كلياً لم ينطبق عليه نقض اليقين بالشك، لمغايرة القضية المشكوكه للمتيقنة، فلا يصدق عليه الإبقاء ولا النقص. وإن كان شخصياً إنطبق عليه ذلك. ومع الشك في إنطباقه لا يجوز التمسك بعموم دليل الاستصحاب، فإن إحراز موضوع الدليل شرط عقلاً لجواز التمسك به.

وإلى هذا ينظر ما أفاده سيدنا الاستاد رحمته من الاشكال على هذا الاستصحاب بقوله: «إذ مع الشك المذكور لا يحرز إجتماع ركني الاستصحاب اللذين هما شرط في جريانه، ومع عدم

إحراز ذلك لا مجال للتمسك بدليله، لعدم جواز التمسك بالعام ما لم يحرز عنوان موضوعه<sup>أ</sup>. فإن قوله **تَوَيَّرَ**: «إذ مع الشك» قرينة على إرادة الإشكال الأول على إستصحاب الكلّي، وهو مغايرة القضية المتيقنة للمشكوكة، لعدم تطرق هذا التعليل في المقام بناءً على الاشكال الثاني وهو حكومة الأصل السببي على المسببي كما هو ظاهر.

**و يظهر** مما ذكرنا غموض ما في تقرير المحقق الثاني **تَوَيَّرَ** في جريان الاستصحاب هنا من: أن المورد وإن كان من موارد التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، إلا أنه لا بأس به في المقام، بدهاء أن المانع عن جريان الاستصحاب في القسم الثاني من أقسام إستصحاب الكلّي هو حكم العقل، حيث إنّه لم يتم دليل لفظي على تخصيص عموم - لا تنقض - وإخراج إستصحاب الكلّي عن حيّزه، فمع الشك في كون المستصحب كلياً أو شخصياً يجري الاستصحاب، للزوم الاقتصار في تخصيص العام بالمخصص اللبّي على الأفراد المتيقنة، والتمسك في غيرها بعموم العام، ففي المقام لا مانع من التمسك بالاستصحاب مع الشك في كون الملك كلياً أو شخصياً<sup>ب</sup>.

انتهى ملخص كلامه على ما تقرير بعض أجلة تلامذته **تَوَيَّرَ**.

وجه الغموض: أنه - بعد البناء على صحة المبنى وهو جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية في المخصص اللبّي - يكون مورد البحث فيه ما إذا أحرز عنوان العام وكان الشك في إندراجه تحت الخاص وعدمه لشبهة خارجية، كتردد اليد الموضوعية على مال الغيريين العادية والأمانية، كالماء المرذّب بين كونه معتصماً وغير معتصم، وهكذا سائر الموارد التي أحرز كونها من مصاديق العام وشك في دخولها تحت الخاص. وكالشك في إيمان شخص من بني أمية مثلاً، فإن عنوان العام وهو كونه من بني أمية معلوم، والشك إنما هو في كونه مؤمناً ليحرم لعنه، وعدمه حتى يجوز لعنه.

فحينئذ يقال: إن تخصيص عموم «لعن الله بني أمية» بمن علم إيمانه منهم معلوم، وأما

أ: نهج الفقاهة، ص ٤٤

ب: المكاسب والبيع، ج ١، ص ١٧٣ و ١٧٤

من شك في إيمانه منهم فخروجه عنهم غير معلوم، فظهور العام فيه لم تنلتم حجته، فيتمسك به، فيقال بجواز لعنه.

وأما إذا لم يحرز عنوان العام، فلا وجه للتمسك به، كالمقام، فإنه بناءً على أن يكون الملك كلياً لا يندرج تحت عموم أدلة الاستصحاب، لو كان إشكال إستصحاب الكلّي عدم وحدة القضية المتينة والمشكوكة، نعم بناءً على كون إشكاله حكومة الأصل السببي لا مانع من جريانه، لأنه ما لم يحرز الأصل الحاكم يجري الأصل المحكوم.

ثم إن السيد عليه السلام أفاد: «أنه لا حاجة إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل فيه بما ذكر، بل يكفي استصحاب الفرد الواقعي المرّد بين الفردين، ولا يقدر تردده بحسب علمنا في تيقن وجوده سابقاً، والمفروض كون الأثر الثابت للقدر المشترك أثراً لكل من الفردين، فيمكن ترتيبه باستصحاب الشخص الواقعي المعلوم سابقاً، كما في القسم الأول من أقسام الاستصحاب الكلّي، وهو ما إذا علم بوجود الكلّي في ضمن فرد معين، فشك في بقائه، حيث إنّه حكم فيه بجواز استصحاب كل من الكلّي والفرد انتهى ملخصاً.

وفيه: أنه إن أريد بالشخص العلم بتشخصه فهو ممنوع، لامتناع العلم بتشخصه مع فرض تردده بين شخصين.

وبالجملة: لا يعقل العلم بالشخص الحقيقي الواقعي الخارجي مع تردده بين فردين. وإن أريد بالمردد ما هو مردد واقعاً، ففيه: أنه لا يعقل وجوده بوصف كونه مردداً، فإن الموجود في أيّ وعاء من أوعية الوجود متشخص بمشخصات وجودية توجب تعيينه، ويمتنع حينئذ تردده.

وإن أريد بالفرد المرّد المرّد عندنا والمعين في الواقع ليرجع إلى العلم الاجمالي بأحدهما ففيه: أنه عين الكلّي، إذ مع الفرض عن الخصوصيات المفردة يكون متعلق العلم نفس الكلّي. فالمتحصل: أنه لا معنى لاستصحاب الفرد المررد، لأنه على المعنى الصحيح ليس إلا الكلّي وقد تعرضنا في بحث الاستصحاب لشطرٍ مما يتعلق باستصحاب الفرد المررد، فراجع <sup>ب</sup>.

أ : حاشية المكاسب، ص ٧٣

ب : منتهى الدراية، ج ٧، ص ٣٨١ إلى ٣٨٨

خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملّك. ومع أنّ المحسوس<sup>(١)</sup> بالوجدان أنّ إنشاء<sup>(٢)</sup> الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد - أنّ<sup>(٣)</sup> اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإمّا أن يكون تخصيصُ القدر المشترك

(١) قد تقدم في توضيح قوله: «لا من الخصوصيات المأخوذة في السبب» الإشارة إلى: أنّه يُتَّوَقَّعُ إستدلالٌ بدليلين على مدعاه من أنّ الملكية في جميع الموارد حقيقة واحدة، وأنّ اللزوم والجواز غير متّوَعَّين لها، بل هما حكمان شرعيان عارضان عليها، ولا يتنوعُ الموضوع بحكمه المتأخر عنه.

وما أفاده بقوله: «مع أنّ المحسوس» هو الدليل الأوّل على هذه الدعوى، بتقريب: أنّ الملكية المنشأة في الهبة اللازمة - التي يكون الملك فيها لازماً - والملكية المنشأة في غير الهبة اللازمة من العقود الجائزة كالهبة للأجنبي تكونان على نهج واحد، فليس المنشأ في العقود اللازمة والجائزة إلا إضافة الملكية التي هي أمر بسيط شخصي، وإمّا الشارع حكّم في هبة ذي الرحم باللزوم، وفي هبة الأجنبي بجواز الرجوع.

و عليه فلا يوجب الحكم باللزوم تارةً وبالجواز أخرى تنوعاً في حقيقة الملك حتى يصير الملك اللازم حقيقةً مباينةً للملك الجائز، بل هما حكمان شرعيان للملك يستندان إلى السبب المملّك.

(٢) الأولى أن يقال: الملكية المنشأة في الهبة.

(٣) هذا دليل ثانٍ على كون اللزوم والجواز من أحكام الملك لا من مقوماته، ومحصله: أنّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك كان تخصيصُ القدر المشترك باللزوم والجواز - الموجبين لتخصُّصه - إمّا يجعل المالك، وإمّا يجعل الشارع، ولا ثالث لهما، لأنّها إن كانا حكيمين لموضوعهما فلا بد أن يكون التخصيصُ وظيفةً الشارع، وإن كانا دخيلين في الموضوع فلا بد أن يكونا من فعل المالك، فلا ثالث في البين.

فإن كان الأوّل فلازمه التفصيل في الحكم باللزوم أو الجواز بين صور ثلاث:

إحداها: أن يقصد المالك اللزوم، ويجعله، فيحكم به لا غير.

بإحدى<sup>(١)</sup> الخصوصيتين يجعل المالك أو بحكم الشارع.  
فان كان الأول<sup>(٢)</sup> كان اللزوم التفصيلي بين أقسام التملك المختلفة بحسب<sup>(٣)</sup>  
قصد الرجوع<sup>(٤)</sup> و قصد عدمه،

ثانيتها: أن يقصد الجواز، ويجعله، فيحكم به دون غيره.  
ثالثتها: أن لا يحكم بشيء من اللزوم والجواز فيما إذا لم يجعل المالك شيئاً منها  
ولم يقصده، بأن أنشأ الملكية المهملّة عن خصوصيتي اللزوم والجواز.  
و بالجملة: يدور اللزوم والجواز مدار قصد المالك لهما، فإذا قصد أحدهما حكّم به،  
وإلا فلا يحكم بشيء منها، وذلك - أي دوران اللزوم والجواز مدار قصد المالك - بديهي  
البطالان، ضرورة أنه لا يؤثر قصد المالك في ذلك أصلاً، ولذا لو وهب لأجنبي عيناً  
ولذي رحم أخرى مع التقلّة عن الجواز واللزوم كانت الهبة الأولى جائزة والثانية لازمة،  
وقصد اللزوم في الأولى يوجب البطلان، لأنه على خلاف تشريع الهبة للأجنبي، وعلى فرض  
الصحة تكون جائزة.

وكذا الحال إذا قصد الجواز في الثانية، فإنها لا تصح جائزة، بل إمّا تبطل وإمّا تصح لازمة.  
فالنسبة: أنه ثبت بالدليلين المتقدمين كون اللزوم والجواز من أحكام الملك.  
(١) هذا وقوله: «يجعل» و «بحكم» متعلق بـ «تخصيص» يعني: أن تعيين كلي الملك تارة  
في الجائز وأخرى في اللازم إمّا يتسبب عن قصد المالك وجعله، وإمّا يتسبب عن إرادة  
الشارع وحكمه، ولا ثالث لهما.

(٢) أي: كان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين يجعل المالك، وعليه فاسم  
«كان» ضمير راجع الى التخصيص.

(٣) متعلق بـ «المختلفة» أي: كان إختلاف حصول الملك الجائز تارة و اللازم أخرى  
دائراً مدار قصد المملك الرجوع حتى يكون جائزاً، وقصده عدم الرجوع حتى يكون  
المملك لازماً.

(٤) الأولى تبديله بقصد الجواز و اللزوم، وكذا قوله: «إذ لا تأثير لقصد المالك في  
الرجوع».



أو عدم قصده<sup>(١)</sup>. وهو<sup>(٢)</sup> بدهيى البطلان، إذ<sup>(٣)</sup> لا تأثير لقصده المالك في الرجوع و عدمه.

وإن كان<sup>(٤)</sup> الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده<sup>(٥)</sup> المنشئ، وهو<sup>(٦)</sup> باطل في العقود.

---

(١) أي: عدم قصد الرجوع، بأن قصد المالك التمليك المهمل العاري عن خصوصيتي اللزوم والجواز، فيلزم أن يقع الملك المشترك بينهما، لا خصوص اللازم والجائز. مع أنه بدهيى البطلان، إذ الملكية الاعتبارية لا تخلو من أن تقع لازمة أو جائزة، فعدم قصد الخصوصية لا يوجب وقوع الملك الجامع بين الخصوصيتين، وهذا دليل قطعي على بطلان الاحتمال الأول وهو دوران الجواز واللزوم مدار قصد المالك.

(٢) أي: التفصيل بين أقسام الملك - بحسب قصد الملك - باطلٌ بالبدهية، فإن الهبة لغير ذي رجم تفيد ملكاً متزناً لآ سواء قصد الواهب الرجوع في هبته أم لم يقصده، أو قصد عدم الرجوع.

(٣) تعليل لبدهية البطلان، وقد عرفته.

(٤) معطوف على «فإن كان الأول» وهذا هو الشق الثاني من المنفصلة، يعني: إذا كان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين مسبباً عن حكم الشارع باللزوم تارةً وبالجواز أخرى لزم تخلف قاعدة تبعية العقود للقصد، فإذا قصد المالك في الهبة لذي رجم الجواز - لقصده الرجوع، و حكم الشارع بصحة هبته ولزومها - لزم تخلف العقد عن قصد الرجوع، مع وضوح تبعية العقود الصحيحة للقصد.

(٥) لأن الشارع جعل الملكية اللازمة مع قصد المالك الملكية الجائزة، وبالعكس.

(٦) يعني: وإمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ باطلٌ، لما تقدم من أن العقود المصححة شرعاً تابعة للقصد، يعني: أن العقد الصحيح عبارة عن إمضاء الشارع العقد على النحو المقصود للمنشئ، فلا يمكن أن يكون مضمي شرعاً مع مخالفته لمقصود المنشئ، فلو قصد اللزوم مثلاً لم يصح إمضاء الشارع لذلك العقد على وجه الجواز.

و عليه فلا ربط لحكم الشارع - باللزوم والجواز - بقصد المتعاقدين أصلاً، إذ لا عبرة بقصدهما في لزوم العقد وجوازه.

فإن قلت: هذا الشق الثاني من المنفصلة ممنوع، لمنع الملازمة بين قوله: «وإن كان الثاني لزم إمضاء... الخ» وحينئذٍ لا سبيل لإحراز كون الملك المنشأ في العقود أمراً بسيطاً حتى يرجع الاختلاف باللزوم والجواز إلى التعبد الشرعي، بل يحتمل كون الملك الجائز مغايراً للملك اللازم حقيقةً، فلا يتم إستصحاب الشخص حينئذٍ، ولا بد من إستصحاب القدر المشترك وجه منع الملازمة: أن المصنف رحمته صرح في مناقشة أول إستبعادات كاشف الغطاء رحمته بأن مورد قاعدة تبعية العقود للقصد هو العقد الصحيح الذي أمضى الشارع ما قصده المتعاقدان، فإن أحرز الإمضاء تعين ترتب الأثر المقصود على العقد، وإن لم يحرز فلا.

و على هذا فلما كانت المعاطاة معاملة فعلية لم يحرز إمضاؤها شرعاً لم يكن بأس بتخلفها عن التمليك اللازم الذي قصده المتعاطيان. فلا مانع من كون الملك طبيعياً جامعاً بين اللازم والجائز، ويتوقف حصول كل واحد من النوعين أو الفردين على تعيين الشارع. ولم يلزم منه مخالفة قاعدة التبعية أصلاً، لأن هذه القاعدة مخصوصة بالعقود الصحيحة. ونتيجة ذلك عدم إثبات شخصية الملك حتى يرجع اللزوم والجواز إلى محض التعبد الشرعي. قلت: بل الملازمة ثابتة، فإنها مبتنية على مقدمتين مسلمتين:

الأولى: أن أصالة اللزوم لا تختص بالمعاملة الفعلية المملّكة، بل تجري في العقد اللفظي المملّك، مثلاً لو شك في أن الملكية المنشأة بعقد السبق والرمية جائزة يجوز الرجوع فيها قبل إصابة النصل، أو لازمة لا يجوز الرجوع فيها؟ جرى إستصحاب شخص الملك الحادث بالعقد، ويحكم بلزومه. ولا ريب في أن الملكية المنشأة بالعقد اللفظي حقيقة واحدة لا تعدد فيها بالنوع والمرتبة والفرد، ويرجع اللزوم والجواز إلى تأثير السبب المملّك، لا إلى نفس الملك.

الثانية: أنه ثبت عدم القول بالفصل بين موارد حصول الملك، فسواء كان اللزوم والجواز من خصوصيات السبب القولي أم من خصوصيات السبب - في المعاملة الفعلية -

لما<sup>(١)</sup> تقدّم<sup>(٢)</sup> أنّ العقود المصحّحة عند الشارع تتبع القصد. وإن أمكن<sup>(٣)</sup> القول بالتخلّف هنا في مسألة المعاطة بناءً على ما ذكرنا سابقاً<sup>(٤)</sup> إنتصاراً للقائل

تجري أصالة اللزوم في الملك، لبنائهم على حجية هذا الأصل في العقود القولية و المعاملات الفعلية، ولما كان المستصحب في العقد اللفظي شخص الملك الحادث بالمقد كان كذلك في السبب الفعلي أيضاً.

و نتيجة هاتين المقدمتين: أنّ قاعدة التبعية وإن لم تجر في المعاملة الفعلية كالمعاطة، إلا أنّ قاعدة اللزوم لا تختص بالمعاطة، بل تشمل العقود اللفظية المفيدة للملك أيضاً، فحينئذٍ تُجري فيها الدليل المزبور، وهو «أنّ اللزوم والجواز إن كانا من خصوصيات الملك بحكم الشارع لزم إمضاء الشارع العقد على غير الوجه الذي أنشأه العاقد، فيلزم تخلف العقد عنه، وهو باطل بالضرورة».

وعليه فإذا ثبت عدم كون اللزوم والجواز في العقود اللفظية من خصوصيات الملك -بحكم الشارع- ثبت عدم كونها من خصوصيات الملك في العقود الفعلية بحكم الشارع أيضاً، لعدم القول بالفصل في حقيقة الملك بين سببها القولي و الفعلي، فاللزوم والجواز خارجان عن حقيقة الملك مطلقاً من دون فرق بين موارد من العقود اللفظية و الفعلية.

(١) تعليل لبطلان الشق الثاني من المنفصلة، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «يعني: إذا كان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين... الخ».

(٢) حيث قال في مناقشة إستبعادات كاشف الغطاء رحمته: فإنّ تبعية العقد للقصد و عدم إنفكاكه عنه إنما هي لأجل دليل صحة ذلك العقد... الخ.

(٣) غرضه رفع محذور منافاة إمضاء الشارع لقاعدة تبعية العقود للقصد، و محصل ما أفاده في رفع المنافاة هو: أنّ مورد قاعدة تبعية العقود للقصد هو العقود القولية لا الفعلية، وقد تقدّم توضيحه بقولنا: «فان قلت: هذا الشق الثاني من المنفصلة ممنوع... الخ».

(٤) عند التعرض لأجوبة إستبعادات بعض الأساطين، حيث قال: «أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها... إلى أن قال: أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها دليل فلا يحكم

بعدم الملك من<sup>(١)</sup> منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطين.  
لكن<sup>(٢)</sup> الكلام في قاعدة اللزوم في الملك يشمل العقود أيضاً<sup>(٣)</sup>.

بترتب الأثر المقصود عليها».

(١) بيان لقوله: «ما ذكرنا».

(٢) هذا جواب قوله: «وإن أمكن القول بالتخلف» و غرضه تصحيح الشق الثاني من  
المنفصلة المتقدمة. وقد أوضحناه بقولنا: «قلت، بل الملازمة ثابتة... الخ».

(٣) يعني: كما تشمل المعاملات الفعلية، فقاعدة تبعية العقد للقصد وإن اختلفت بالعقود  
اللفظية، لكن أصالة اللزوم لا تختص بالمعاطاة، بل تعم العقود اللفظية أيضاً<sup>(\*)</sup>.

(\*) فتحصل: أن المستصحب شخصُ الملك الحادث بالمعاطاة، و اللزوم و الجواز  
حكمان على هذا الموضوع، و لإختلاف في حقيقته، إذ لو كان فإبما أن يستند الى قصد المالك  
أو إلى الشارع، و كلاهما ممنوع، لما تقدّم في التوضيح.

لكن قد يُشكل بأن إختلاف الملك الجائز و اللازم و إن كان مستنداً الى السبب المملّك،  
إلا أنه لا ريب في إقتضاء الأسباب المختلفة مسبباتٍ كذلك، فعقد الهبة يقتضي ملكاً جائزاً،  
و عقد الصلح يقتضي ملكاً لازماً، و لولا تفاوت إقتضاء هذين العقدين لم يعقل ترتب أمرين  
متفاوتين عليهما، لاستحالة تأثير المتباينين أثراً واحداً، و عليه يستكشف إختلاف المسبب  
من إختلاف السبب، لامتناع تأثير أسباب مختلفة في سبب واحد. و بهذا يشكل إستصحاب  
شخص الملك، إذ لا علم بالخصوصية اللاحقة.

وأجاب المحقق الاصفهاني رحمته عنه بما توضيحه: أن الأسباب و إن كانت مختلفة، إلا أنه  
لا يلزم تعدد حقيقة السبب المترتب عليها، و ذلك لأن السببين المملّكين بينهما جهة إشتراك،  
و جهة إمتياز، فبالنظر الى الجهة الأولى يؤثران في الملك، و إلى الثانية يؤثران في الحكم  
باللزوم و الجواز. فالبيع العقدي و المعاطاة يؤثران بجامعهما في تملك عين بعوض،  
و خصوصية البيع العقدي - و هي الصيغة الجامعة لشرائط التأثير - تؤثر في جعل اللزوم،

كما تقتضي خصوصية البيع الفعلي جعل الجواز. وبهذا يتجه إستصحاب شخص الملك الذي إقتضته الحيثية الجامعة بين السببين<sup>١</sup>، هذا.

لكن يمكن أن يقال: لايبعد أن يكون مراده **تَبَيُّرًا** إمكان تأثير الجامع بين السببين في الملك، و من المعلوم أن مجرد إمكان ذلك لا يُجدي في إستصحاب شخص الملك الحادث المترتب على السببين المختلفين، بل لابد من إحراز وحدته. فلو شك في كونهما مؤثرين بجامعهما في أصل الملك أو بخصوصيتهما حتى يكون الملك الجائز مغايراً لللازم لم ينتجه التمسك بدليل الاستصحاب لإحراز الشخص، بل هو مندرج في الشك في كون المستصحب الفرد أو الكلّي، وهو التقريب الثالث المتقدّم في المتن.

مضافاً إلى: إختصاص هذا التوجيه بالشبهة الحكمية أعني بها المعاطاة التي يحتمل فيها بقاء الملك بعد الرجوع و عدمه. ويشكل تطبيقه على الشبهة الموضوعية، كما لو تردّد العقد الخارجي بين الهبة و الصلح، إذ لاجماع أصيل بين إنشاء التسالم و التمليك المجاني، و سببية العقود أمر واقعي و إن كان إعتبارياً، و لا يكفي فيه الجامع الانتزاعي كعنوان المعاملة. مع أنه سيأتي من المصنف **تَبَيُّرًا** التصريح بحجية أصالة اللزوم في الشبهة الموضوعية كالحكمية.

**و لعلّ الأولى في حسم مادة الأشكال أن يقال:** إن المستصحب شخصي لاكلّي، لأنّ كلية الملكية إما أن تكون بالنوع أو بالمرتبة أو بالفرد، و الكل ممنوع. فإنّ الملكية العقلانية و الشرعية إما إعتبار مقولة الجدة، و إما إعتبار مقولة الاضافة، و إما إعتبار أمر آخر، و على كل منها لا مجال للتنوع فيها، لبساطتها.

**و أمّا الاختلاف بالشدّة و الضعف فكذلك،** لفقدان مناط التشكيك فيها، إذ مناطه أن يكون لحقيقة الشيء عرض عريض كالنور و السواد و البياض و نحوها ممّا يكون بعض مراتبه أشدّ من بعض. و أمّا إذا كان هناك شينان تصدق الطبيعة عليهما على السواء. و إن كان أحدهما باقياً لبقاء علته و الآخر زائلاً بزوال علته. كان أجنبياً عن الكلّي المشكك، فلا يصح أن

يقال: إن زيدا مالك للشيء الكذائي وأملك للآخر، ولا أن الشيء الفلاني مملوك والآخر أشد مملوكاً منه.

مع أنه تفرز عند أهله إختصاص الشدة والضعف بالحركة، والامور الاعتبارية أجنبية عن الاشداد والضعف المخصوصين بالمقولة الواقعية كالكيف. و عليه فليست الملكية اللازمة مرتبة قوية والجائزة ضعيفة.

**وأما الاختلاف الفردي** بأن يكون الملك اللازم والجائز فردين لطبيعة نوعية واحدة كزيد وعمرو، فممنوع أيضاً، ضرورة أن الملكية المنشأة بالعقد الخياري أو بالهبة الجائزة تصير بنفسها لازمة بانقضاء الخيار أو بتصرف المتهب، لأن الملكية الجائزة تنعدم ويحدث فرداً آخر، أو تنقلب إليه. لاستحالة كليهما.

**أما إنعدام فرد** و حدوث آخر فلتوقف الحدوث على الإنشاء سواء قلنا بالتسبيب أم بالموضوع والحكم، والمفروض عدم حدوث إنشاء آخر غير العقد الخياري أو العقد الجائز.

**وأما الانقلاب فلما قيل** من استحالة إنقلاب الموجود عمّا هو عليه.

**وبالجملة:** فالبرهان يقتضي الالتزام بكون الملكية المنشأة حقيقة واحدة في السبب المفيد للجواز واللزوم، فيحكم عليها في برهنة بالجواز، وفي أخرى باللزوم.

بل هذا هو مقتضى مقام الإثبات أيضاً، فإن قوله عليه الصلاة والسلام: «فإذا إفرقا وجب البيع» ظاهر في صيرورة نفس البيع الجائز لازماً بالتفرق عن مجلس المعاملة، لحدوث فرد آخر أو مرتبة أخرى.

هذا كله في امتناع تعدد الملكية الاعتبارية في نفسها.

**وأما احتمال كون اللزوم والجواز موجبين للتعدد النوعي أو الصنفي أو الفردي، فيدفعه:** أن هذا الاختلاف ليس بذاته مع الغض عن الأسباب المملّكة، بل بملاحظتها، بداهة إختلاف الأسباب في إقتضاء اللزوم والجواز عند العقلاء، فإن العقد عندهم على قسمين لازم وجائز، فالملك يتبع سببه أيضاً كذلك.

إذا عرفت هذا فنقول: إنَّ العقد اللازم إما سبب قهري للملك اللازم وواسطة ثبوتية له، بأن يُنسب اللزوم إلى الملك حقيقةً، وإما واسطة عروضية له بحيث يُنسب اللزوم إلى العقد أولاً وبالذات وإلى الملك ثانياً وبالعرض. لا سبيل إلى الأول كما ثبت في محله من إمتناع السببية الحقيقية للأسباب العقلانية و التشريعية، فيتعين الثاني وهو الوساطة العروضية، وكون إتصاف الملك باللزوم والجواز بالعرض والمجاز، ومن المعلوم أنه لا يوجب الاختلاف نوعاً أو صنفاً أو شخصاً.

فتحصل من جميع ما ذكرنا: أن إستصحاب الملك شخصي، ولا إشكال فيه، وليس كلياً. وقد ظهر مما بيّنا ضعف الاستدلال لا اختلاف المسببات بسبب اختلاف الأسباب. وكذا ضعف الاستدلال «بأنَّ اختلاف الأسباب لو لم يكن موجِباً لاختلاف المسببات لا يقتضي اختلاف الأحكام» وذلك لأنَّه إن أُريد باختلاف الأحكام اختلاف أحكام الأسباب، فهو لا يقتضي إلاَّ اختلاف الأسباب، لا اختلاف المسببات. وإن أُريد به اختلاف أحكام المسببات - مع كون المقصود بالأحكام اللزوم والجواز - ففيه: أنه مصادرة.

وإن أُريد به كشف الأسباب المختلفة عن المسببات المختلفة، ففيه: أنه غير صحيح، لما عرفت من عدم السببية الحقيقية في الأسباب العقلانية والتشريعية. هذا. ثم إنه بناءً على كون الملك كلياً، وأنَّ اللزوم الجواز من الخصوصيات المنوَّعة له يشكل جريان الاستصحاب فيه، لا لأجل الاشكالات التي أوردوها على إستصحاب الكلي في الاصول، لأنَّها واضحة الدفع، بل لأجل عدم وجود للجامع بين الأفراد الذي هو موضوع الأثر، إذ الموجود في كل فرد حصة من الكلي متخصصة بخصوصية مبيّنة لخصوصية أخرى مخصصة لحصة أخرى من الطبيعة، فلا يصدق شيء من الحصص الموجودة على الأخرى، لمباينتها لها، ومع عدم وجود الجامع كيف يصح إستصحابه؟ فحينئذٍ يصعب جريان استصحاب الكلي وينحصر في الشخصي، فتدبّر.

و يمكن دفعه بأن يقال: إنَّ موضوع الحكم إن كان وجود الكلي بحده الجنسي

وبالجملة<sup>(١)</sup>: فلا إشكال في أصالة اللزوم في كل عقد<sup>(٢)</sup> شك في لزومه شرعاً. وكذا<sup>(٣)</sup> لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من

(١) هذه خلاصة ما حققه المصنف رحمته في جريان إستصحاب الملك في الشبهة الحكمية - عند الشك في لزومه وجوازه - بتقاريب ثلاثة تقدمت مفصلاً.

(٢) مملك، لا لكل عقد ولو غير مملك أيضاً، ولذا لا تجري قاعدة اللزوم في العقد المردّد بين كونه قرضاً وبين كونه ودیعة، لعدم إحراز أصل الملك حتى تجري أصالة اللزوم في الشك في اللزوم والجواز كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في جريان أصالة اللزوم في الشبهة الحكمية التي هي المقصد الأصلي من عقد البحث، إذ الغرض المهم في المقام هو إثبات ترتب الملك اللازم على المعاطاة بعد الفراغ عن ترتب أصل الملك عليها. وسيأتي لهذا الأصل تنمة في جريانه في الشبهة الموضوعية إن شاء الله تعالى.

(٣) هذا إشارة إلى حجية أصالة اللزوم في الشبهة الموضوعية كالحكمية. وكلامه رحمته يتضمن جهتين من البحث:

إحداهما: بيان الحكم الكلي، أي ما يُفتي به الفقيه في كل مورد تردّد العقد الخارجي

لا الفصلي فالمعلوم هو نفس الجنس، ولا مانع من استصحابه وإن كان الجنس لا يوجد إلا بالفصل، لكن لما لم يكن الفصل ملحوظاً في مقام موضوعية الجنس فيصح أن يقال: إن الكلي علم بوجوده وشك في بقائه، فيستصحب.

وهذا نظير الحدث الذي هو موضوع لحرمة مسّ الكتاب العزيز فإذا علم بحدث مردّد بين الأصغر والأكبر جاز إستصحابه، فالمراد باستصحاب الكلي هو إستصحاب الجنس المعلوم وجوده في ضمن فصل. إلا أن الفصل لعدم دخله في موضوع الحكم غير ملحوظ حال الشك في بقاء الكلي، فإذا كانت الخصوصية الفصلية أو الفردية دخيلة في موضوع الحكم وتردّت بين خصوصيتين لا يجري إستصحاب الجامع، لكونه مثبتاً، بدهاة مثبتية الأصل الجاري في الكلي لإثبات أحد الفردين أو كليهما، بل يعامل معه معاملة العلم الإجمالي بوجود موضوع ذي حكم مردّد بين موضوعين، فيحتاط بالجمع بين كلتا الوظيفتين.



دون عوض، والهبة<sup>(١)</sup>.  
نعم<sup>(٢)</sup> لو تداعيا أحتمل

المملك بين كونه مفيداً للزوم والمجاز، كما لو شك في أن المنشأ صلح على هذه العين بلا عوض حتى يكون العقد لازماً، أم هبة حتى يكون العقد جائزاً يصح فيه الرجوع؟ فيبني على لزوم العقد باستصحاب الملك، وإن لم يترتب عليه أحكام عقد الصلح، لقصور الأصل الجاري في الجامع بين الخصوصيتين عن إثبات خصوصية الحادث. والظاهر أن المستصحب هنا هو الكلّي لا شخص الملك.

ثانيتها: بيان حكم ترفع المتعاقدين، وإدعاء أحدهما وقوع عقدٍ لازم، والآخر وقوع عقدٍ جائزٍ حتى يصح معه الرجوع. والحكم هنا يبتنى على ما هو مذكور في كتاب القضاء من أن العبرة بالفرض من الترفع أم بمصّب النزاع؟ وسيأتي بيان حكم هذه الصورة.  
(١) أي: هبة غير ذي رحم، وإلا كان العقد الواقع لازماً على كل حال، لكون الصلح لازماً. فتحصل: أن أصالة اللزوم تجري في الملك مطلقاً من غير فرق بين كونه ناشئاً من العقود اللفظية والفعلية، فإن للملك حقيقة واحدة في جميع العقود.

(٢) إستدراك على قوله: «وكذا لو شك... الخ»، وهذا إشارة إلى الجهة الثانية مما تعرض له في الشبهة الموضوعية، يعني: أن مقتضى أصالة اللزوم - مع شك كل من المتعاقدين في كون الواقع عقداً لازماً أو جائزاً - هو البناء على اللزوم، وعدم تأثير رجوع المالك الأصلي في الفسخ لكنه في صورة الاختلاف والتراجع هو التحالف، كما لو ادّعى أحدهما العلم باللزوم لكون العقد الواقع صلحاً، وإدعى الآخر العلم بالمجاز وأنه هبة.

توضيحه: أنه تارة يكون الفرض من الدعوى تعيين خصوصية السبب الواقع، وأنه صلح أو هبة، وأخرى يكون الفرض بقاء الملك بالرجوع وعدمه.

ففي الصورة الأولى يرجع إلى التحالف، لعدم أصل يقتضي تعيين العقد الواقع، وقول كل منها مخالفاً للأصل، فكل منها مدّعٍ لشيء يُنكره الآخر، فينطبق على هذه الصورة ضابطة التحالف التي هي إدعاء كل من المتداعيين على الآخر ما ينفيه الآخر، بدون الاتفاق على أمر واحد، كما في الحدائق التصريح به.

التحالف<sup>(١)</sup> في الجملة<sup>(٢)</sup>.

ويدل<sup>(٣)</sup> على اللزوم - مضافاً إلى ما ذكر<sup>(٤)</sup> - عمومُ قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [ قوله ] :  
«الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(٥)</sup>

وإن شئت فقل: إنَّ قول كلِّ منها موافق للأصل من جهةٍ ومخالفٌ له من جهةٍ أخرى.  
وفي الصورة الثانية يُقدِّم قول من يدعي إنتفاء الملكية بالرجوع، لمخالفة قوله لقاعدة اللزوم.

(١) ويقابلُ هذا الاحتمالُ ما عن المشهور من إحتال كون اليمين على مدَّعي الجواز، وإن كانت صورة الدعوى تعيين العقد. وهذا وجيه، لأنَّ المدار في المرافعات على أغراض المترافعين ونتيجة دعواهم. ومن المعلوم أنَّه لا أثر لتعيين العقد إلا ما يترتب عليه من الأثر وهو اللزوم أو الجواز.

وما عن الجواهر من «إحتال التحالف مطلقاً سواء أكانت صورة الدعوى تعيينَ العقد أم الجوازَ واللزوم» لا يخلو من غموض. و التفصيل في محله.  
(٢) وهو الصورة الأولى. وهي كون الغرض تعيينَ العقد الواقع.

#### الدليل الثاني: حديث السلطنة

(٣) هذا هو الدليل الثاني على أصالة اللزوم، وهذا وما بعده من عمومات الكتاب والسنة تدل على أصالة اللزوم في الملك بما أنَّها أصل لفظي لا عملي، ولذا كان الأنسب تقديم هذه الأدلة السبعة على ما ذكره من الاستصحاب كما لا يخفى وجهه.

(٤) وهو أصالة اللزوم في الملك.

(٥) هذا تقريب الاستدلال بالحديث الشريف النبوي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على أصالة اللزوم في الملك بالاطلاق.

ومحصل تقريب الاستدلال - على نحو لا يرد عليه إشكال الشبهة المصدقية - هو: أنَّه قد تقدم في أدلة ملكية المعاطاة أنَّ هذا الحديث وإن كان قاصراً عن إثبات مشروعية

الأسباب، إلا أنه يدل على سلطة المالك على أنحاء التصرفات في ماله، سواء أكان تصرفاً خارجياً أم اعتبارياً.

وعلى هذا نقول: إن مقتضى تشريع سلطة مطلقة للمالكين على أموالهم هو جواز كل تصرف للمالك بمجرد تحقق التعاطي المفيد للملك حسب الفرض، ومنع الغير عن التصرفات المزاحمة، ومن المعلوم أن فسخ المالك الأول وتملكه لما انتقل عنه بالمعاطة يُنافي تلك السلطة المطلقة، فيدفع بإطلاق السلطة، ويثبت به عدم نفوذ فسخه، ولا نغني بلزوم الملك إلا عدم تأثير فسخ المالك الأول فيه.

فإن قلت: إن التمسك بهذا الحديث للزوم الملك تشبُّث به في الشبهة المصدقية، لأن موضوع السلطة هو المال المضاف إلى المالك، وأن السلطة مترتبة على هذه الإضافة ترتب الحكم على موضوعه، ومن المعلوم أن إطلاق السلطة - كسائر الأحكام - لا يقتضي حفظ الموضوع، إذ ليس شأن الحكم ذلك، بل الحكم يثبت على تقدير وجود الموضوع من باب الاتفاق، فإحفاظ ملكية المال للمالك خارج عن مدلول السلطة التي هي متفرعة على هذه الإضافة، ولعل رجوع المالك الأول يرفع موضوع السلطة وهو ملكية المال للمالك الآخذ، لاحتمال خروجه عن ملكه برجوع مالكة الأصلي، وحينئذ لا يمكن تطبيق القاعدة، لعدم إحراز موضوعها.

ولو قيل بأن الاستصحاب يقتضي بقاء المال على ملك من إنتقل إليه بالملك الشرعي، قلنا: انه رجوع عن الاستدلال بقاعدة السلطة على اللزوم إلى الاستصحاب، هذا.

قلت: لا يرد هذا الاشكال، وذلك لأن مقتضى إطلاق السلطة الفعلية للمالك على ماله هو المنع عن المزاحمات التي منها تملك الغير له بالفسخ، فإن تملك الغير ينافي سلطة المالك بداهة، فالقاعدة تقتضي عدم تأثير الفسخ في رجوع المال إلى ملك مالكة الأول، ولا نغني باللزوم إلا عدم نفوذ تملك المالك الأصلي له بالفسخ.

وبالجملة: فاحتمال خروج المال عن ملك المالك بلا إذنه مني بقاعدة السلطة، فليست الشبهة مصداقية حتى لا يجوز التمسك بالقاعدة.

فإن<sup>(١)</sup> مقتضى السلطنة أن لا يخرج<sup>(٢)</sup> عن ملكيته<sup>(٣)</sup> [ ملكه ] بغير إختياره، فجواز تملكه<sup>(٤)</sup> عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافي للسلطنة المطلقة.  
فاندفع<sup>(٥)</sup> ما ربما يتوهم من<sup>(٦)</sup>: أن غاية مدلول الرواية سلطة الشخص على ملكه، ولا نسلّم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي<sup>(٧)</sup> (\*).

(١) هذا تقريب الاستدلال بالحديث، و محصله: ظهوره في أن المجرى هو السلطنة المطلقة غير المحدودة بشيء، فإذا تحققت إضافة الملكية بالمعاطاة مثلاً وقعت جميع شؤون المملوك تحت إختيار المالك الفعلي وسلطته، ولم يُجز لغيره - سواء كان هذا الغير المالك الأول أم شخصاً أجنبياً - أن ينتزع المال من ماله بدون رضاه، ومن المعلوم أن المال لو لم يكن ملكاً لازماً للمتعاطي لجاز للمالك الأول أن يستردّه منه، ولم تكن سلطة المتعاطي مطلقاً، بل كانت مقيدة بعدم رجوع الطرف، مع أن مدلول الحديث سلطة المالك مطلقاً وغير مقيدة ب رجوع الآخر وعدم رجوعه، وهذا هو اللزوم.

(٢) الضمير المستتر و ضميراً «تلكه، فيه» راجعة الى المال.

(٣) هذا الضمير و ضمائر «اختياره، عنه، رضاه» راجعة الى المالك، المستفاد من العبارة.

(٤) يعني: إذا جاز للمالك الأول أن يملك المال بالرجوع كان منافياً للسلطنة المطلقة للمالك الفعلي.

(٥) هذه نتيجة تقريب الاستدلال، و مقتضاه عدم المجال لاحتمال كون المقام من التمسك بالدليل في الشبهة المصادقية، الذي تقرّر عدم جوازه في الأصول.

(٦) قد تقدّم توضيح هذا التوهم بقولنا: «فإن قلت: ان التمسك بهذا الحديث... الخ» كما تقدّم جوابه بقولنا: «قلت: لا يرد هذا الاشكال...».

(٧) إذ لعله عاد بالرجوع الى ملك المالك الأول، و يرتفع موضوع سلطة المالك الفعلي حينئذ. هذا تمام التوهم. و لم يذكر المصنف رحمته جوابه إتكالاً على ما أفاده في تقريب الاستدلال بالحديث، و قد تقدم توضيحه.

(\*) قد استشكل في هذا النبوي تارة بضعف السند.

و أخرى بأنه غير مسوق لبيان أنحاء السلطنة ليكون دليلاً على لزوم العقد بمعنى عدم

جواز الرد، لمنافاته لإطلاقها، بل مفاده عدم الحجر و إستقلال المالك فيما ثبت مشروعيته.  
و نالته - بعد تسليم دلالاته على جعل السلطنة - بأنه لا إطلاق له، بل الثابت السلطنة في  
الجملة، و هو غير مجدٍ في المقام.

و رابعةً بأنّ التمسك بالحديث لعدم نفوذ رجوع المالك الأصلي في عود المال إليه  
منوط بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، لأنّه يشك في كون رجوعه فسحاً للمعاملة  
و موجباً لعود المال إلى مالكه، و مع الشك لا مجال للتشبيث بدليل السلطنة كما هو واضح، هذا.  
**أقول:** قد إتضح مما ذكرناه حول الحديث - في أدلة مملكية المعاطاة - حالّ الاشكالات  
الثلاثة الأولى، و لا حاجة الى الاعادة.

إنما الكلام في الاشكال المختص بالمقام و هو شبهة إندراجه في التمسك بالدليل في  
الشبهة المصدقية، فنقول: لا ريب في كون دليل السلطنة معلقاً على عدم مزاحمة سلطنة العبد  
لسلطنة مولاه. لكنه منوط باحرازها بالعلم بها أو بقيام الحجة عليها. و أما مع الشك في تحقق  
سلطنة المولى يُبنى على عدمها كالشك في ورود المخصص اللفظي أو الوارد أو الحاكم، فإنّه لا  
أثر لمجرد احتمالها - بعد الفحص عنه و عدم الظفر به - في قبال إطلاق الدليل اللفظي، و لا وجه  
لرفع اليد عنه بمجرد الإحتمال المزبور.

فهو نظير ما إذا ورد «أكرم العلماء» و احتتمل خروج شعرائهم عن حيزٍ و جوب الاكرام،  
أو وُرد «كل مشكوك الحكم حلال» و احتتمل قيام أمانة على حرمة شرب التنن، و من المعلوم  
أنّ هذه الأمانة على فرض وجودها واردة أو حاكمة على دليل حلية مشكوك الحكم، و لكن  
لا نرفع اليد عن هذا الدليل بصرف احتمال قيام أمانة على الحرمة، كما لا نرفع اليد عن عموم  
دليل و جوب «إكرام العلماء» بمجرد احتمال ورود دليل على حرمة إكرام شعرائهم.

و كذا الحال في دليل السلطنة، فلا نرفع اليد عن إطلاقه بمجرد احتمال وجود الرافع.

نعم لا بد في التمسك بالإطلاق من الفحص عن المقيد كما ثبت في محله.

ثم إن هنا إشكالاً آخر على الاستدلال أفاده المحقق الاصفهاني رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بقوله: «ان المنفي بالالتزام هي السلطنة المنافية لسلطنة المالك على جميع التصرفات الواردة على المال، دون غيرها من أنحاء السلطنة... وليس سلطة الغير على الرجوع سلطنة على تملك المال على حد سلطنة الشفيع على تملك مال المشتري ببذل مثل الثمن لتكون مزاحمة لسلطان المالك، بل سلطنة على الرد والاسترداد، فهو في الحقيقة سلطنة على إزالة الملكية، و المالك له السلطان على الملك لا على الملكية...»<sup>أ</sup>.

و محصله: أن الفسخ و الرجوع يُؤثر في إبطال موضوع السلطنة، و بيانه: أن مقتضى ترتب السلطنة على «أموالمهم» تأخرها رتبة عن إضافة الملكية تأخر كل حكم عن موضوعه، و الاضافة متأخرة عن العقد المملك كالمعاطاة، و حيث إن نسبة الفسخ الى العقد نسبة الراجع إلى المرفوع فلو فسح المالك الأصلي كان مقتضاه إعدام العقد الموضوع لإضافة الملكية الموضوعية للسلطنة، و مع تأخر سلطة المتعاطي عن العقد - الذي ينحل بالفسخ و الرجوع - يرتبتين لم تكن سلطنته بقول مطلق منافية لتأثير الفسخ في إعدام العقد، لاستحالة تكفل الحكم بإبقاء موضوع نفسه، و لا تأثيره في أمرٍ متقدم بالرتبة على موضوع نفسه.

و بعبارة أخرى: الفسخ يزيل العقد، و سلطة المتعاطي لا تمنع من تأثير الفسخ، لقيامها بموضوعها و هو الملكية الناشئة من العقد.

و عليه فلا يصلح الحديث لإثبات أصالة اللزوم، فإن دلالة إنمّا هي بمدلوله الإلزامي و هو إقتضاء سلطة المالك - على جميع التصرفات سلطنة مطلقة - عدم سلطة الغير على ما يزاحم هذه السلطنة المطلقة، و إلا لم تكن مطلقة. و أنت خبيرٌ بأن موضوع هذه السلطنة المطلقة المأل المضاف - باضافة الملكية - الى المالك. و مع تعلق الفسخ بالعقد الموجب للملكية لا مجال لنفيه باطلاق سلطة المالك لكل تصرف في ملكه، هذا.

و هذا البيان و إن لم يخل عن قوة و دقة، إلا أنه يمكن أن يقال: إن الفسخ و إن تعلق

ولما ذكرنا تمسك المحقق رحمته في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن<sup>٢</sup>

(١) أي: ولأجل كون مقتضى السلطنة المطلقة على الملك عدم خروجه عن ملكه بغير اختياره تمسك المحقق في الشرائع على لزوم القرض - الذي هو من موجبات الملك - بأن فائدة الملك السلطنة. و غرض المصنف إقامة الشاهد على ما استظهره من الحديث النبوي من دلالة على جعل السلطنة المطلقة للمالك على أموالهم، وأن تحديدها بشيء يتوقف على دليل. قال المحقق: «القرض يملك بالقبض، لا بالنصرف، لأنه فرع الملك، فلا يكون مشروطاً به. و هل للمقرض إرتجاعه؟ قيل: نعم ولو كرهه [أكرهه] المقرض. و قيل: لا، وهو الأشبه، لأن فائدة الملك التسلط»<sup>أ</sup>.

(٢) يعني: أن فائدة ملك المقرض هي السلطنة على العين المقرضة، وهذه السلطنة مانعة عن رجوع المقرض، فليس له الرجوع بدون إذن المدين، لأن تملكه برجوعه منافية لسلطنة المقرض على ماله، فلا ينفذ. فدليل السلطنة يدل بالدلالة الالتزامية على عدم جواز الرجوع، و عدم نفوذه، لأن لازم نفوذه عدم سلطنة المالك على ماله.

بالعقد ابتداءً لا بالمال، لكن الظاهر عدم موضوعية حل العقد بما هو، وإنما الغرض التوسل بالفسخ الى إسترداد المال، وإخراجه عن ملك مالكة الفعلي، كما أن نفس العقد طريق لتملك مال الغير، و حينئذ فلو كان لغير المالك حق الفسخ و الرجوع كان معناه سلطته على إخراج المال عن ملك مالكة الفعلي رغماً لأنفه و بلا طيب نفسه، و هذا ينافي جداً - بحسب النظر العرفي - لجعل سلطنة مطلقة للمالك، لقرض عدم مانعتها عن تصرف غير المالك بفسخ العقد. و حديث تعدد الرتبة و إن كان صحيحاً، لكنه أجنبي عن باب الاستظهار العرفي المعول عليه في الخطابات الشرعية. و عليه فهذا الاشكال يمكن منعه.

و المتحصّل: أن المهم في الاستدلال بحديث السلطنة هو إحراز مشرعيته و عدم كونه في مقام بيان أمر عدمي، و هو إستقلال المالك و عدم حجرة عن التصرفات المشروعة في نفسها. و المسألة لا تخلو بعد من تأمل.

فائدة الملك السلطنة. ونحوه العلامة تتبرر في موضع آخر<sup>(١)</sup>.  
 ومنه<sup>(٢)</sup> يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحلُّ مالُ امرئٍ إلا عن طيب نفسه»

فالمتحصل: أنه لا ينبغي الاشكال في كون تملك مال الغير بلاذنه - وبدون طيب نفسه - منافياً لسلطنة المالك، فيُدفع بإطلاق دليل السلطنة.

(١) يعني: غير كتاب القرض، و لعل مقصود المصنف ما أفاده العلامة في بيع التذكرة بقوله: «يجوز بيع كل ما فيه منفعة، لأن الملك سبب لاطلاق التصرف»<sup>أ</sup>.

وفي قرض المختلف ما يستفاد منه المطلب أيضاً، حيث قال - في مسألة عدم جواز إسترجاع المقرض العين المستقرضة - مالفظه: «و قال ابن ادریس: ليس له ذلك إلا برضى المقرض. وهو الأجدد. لنا: أنه ملكه بالقرض و القبض، فلا يتسلط المالك على أخذه منه، لانتقال حقه الى المتل أو القيمة»<sup>ب</sup> لدلالته على إقتضاء الملك السلطنة على التصرف في ماله، وإنما لا يجوز للمقرض الرجوع في العين من جهة إنقطاع إضافته عن العين بما لها من المشخصات، وانتقال حقه الى البدل.

#### الدليل الثالث: حديث توقف حلية مال الغير على طيب نفسه

(٢) يعني: ومن تقريب الاستدلال - على أصالة اللزوم في الملك - بحديث السلطنة يظهره جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحل...» وهذا هو الدليل الثالث على أصالة اللزوم، و ينبغي البحث أولاً في متن الحديث و سنده، ثم دلالته على المدعى، فنقول: لم أظفر في كتب الأخبار بالنص المذكور في المتن، إذ فيها روايات خمس تختلف عما أثبت المصنف تتبرر.

الأولى: معتبرة سماعاً و زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث: «ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من إئتمنت عليها، فإنه لا يحل دم

أ: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٤

ب: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٩٢



إمرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه [نفسه] أ.

الثانية: ما في تحف العقول عن رسول الله ﷺ: «أنه قال في خطبة حجة الوداع: أيها الناس إنما المؤمنون إخوة، ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه»<sup>٣</sup>.

الثالثة: ما في عوالي اللثالي عنه ﷺ قال: «المسلم أخو المسلم، لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه»<sup>٤</sup>.

الرابعة: رواية محمد بن زيد الطبري، قال: «كتب رجل من تجار فارس من بعض موالي أبي الحسن الرضا عليه السلام: يسأله الإذن في الخمس، فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم... لا يحل مال إلا من وجه أحله الله»<sup>٥</sup>.

الخامسة: ما في التوقيع المبارك إلى محمد بن جعفر الأسدي - في جواب مسائله عنه عليه الصلاة والسلام: «و أما ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحتنا، هل يجوز القيام بعبارتها وأداء الخراج منها، و صرف ما يفضل من دخلها الى الناحية، إحتساباً للأجر، و تقرُّباً إليكم، فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحل ذلك في مالنا، من فعل شيئاً من ذلك بغير أمرنا فقد إستحل منا ما حُرِّم عليه، و من أكل من أموالنا شيئاً فإنما يأكل في بطنه ناراً، و سيصل سعيراً»<sup>٦</sup>.

و هذا التوقيع الشريف و إن كان مُرسلاً في الإحتجاج، لكنه مُسند بنقل الصدوق في

أ : وسائل الشيعة ج ٣، ص ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث: ١، ورواه أيضاً في ج ١٩،

ص ٣، الباب ١ من أبواب قصاص النفس، الحديث: ٣

ب : وسائل الشيعة ج ٣، ص ٤٢٥، الحديث: ٣

ج : عوالي اللثالي، ج ٣، ص ٤٧٣، الحديث: ١، و بمضمونه الحديث ٣ من نفس الصفحة، و في ج ١،

ص ٢٢٢، الحديث: ٨٩٨، ج ٢، ص ١١٣ و ٢٤٠

د : وسائل الشيعة ج ٦، ص ٣٧٥، الباب ٣ من أبواب الأتفال و ما يختص بالامام، الحديث: ٢

هـ : بحار الأنوار، ج ٥٣، ص ١٨٣، كمال الدين و تمام النعمة ص ٤٨٥، طبع النجف الأشرف، و فيه

«ولا يحل» بدل «فلا يحل». وسائل الشيعة ج ٦، ص ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الاتفال، الحديث: ٦

كمال الدين مفلاً وجه لرميه بالارسال بقول مطلق، فلاحظ.

و عدم إنبطاق ما في المتن على إحداهما واضح، فيحتمل أن المصنف تتبعاً نقل المضمون والمعنى لا اللفظ، ويحتمل سهو الناسخ.

و كيف كان فتقريب الاستدلال بما في المتن: أن الحديث يدل على كون سبب حلية التصرف في أموال الناس منحصراً في رضا الملاك، و أنه لا يجوز لغير المالك شيء من التصرفات، و حيث إن المال إنتقل الى ملك المتعاطي بنفس المعاطاة لم يجوز للغير - سواء أكان هو المالك السابق أم أجنبياً عن المعاملة - أن يتملك ذلك المال بدون رضا مالكة الفعلي، حيث إن تملكه كذلك منافٍ لانحصار سبب الحيل في الرضا و طيب النفس، كمنافاة تملكه بدون رضاه لسلطنة المالك المطلقة.

و عليه فانحصار سبب الحيل في رضا المالك يكشف عن عدم نفوذ فسخ المالك الأصلي، لأن الفسخ و الرجوع تصرف في مال من إنتقل إليه المال بالمعاطاة، و كل تصرف غير مقرون برضا المالك ممنوع شرعاً، فلا عبرة برجوع المالك الأصلي، و هذا معنى لزوم الملك بالمعاطاة. فإن قلت: إن موضوع حرمة التصرف و التملك هو المال المضاف إلى الغير، فما دام هذا الموضوع محققاً ثبتت الحرمة، و إلا فلا، إذ لا يتكفل الحكم لموضوعه نفياً و إثباتاً.

و عليه فالتمسك بأحاديث الحيل على لزوم المعاطاة لا يخلو من شبهة التثبيت بالدليل في الشبهة الموضوعية، إذ لو اشترى زيد كتاباً من عمرو ودينار - بالمعاطاة - حرم على عمرو التصرف في الكتاب ما لم يرجع عن بيعه، لأنه تصرف في مال الغير، و أما إذا رجع و فسخ المعاطاة إحتل خروج الكتاب عن ملك زيد و انتقاله إلى ملك نفسه، لاحتال إفادة المعاطاة ملكاً جائزاً، فلم يجرز حينئذ كون الكتاب مال زيد كي يترتب عليه حكمه - أعني به حرمة تصرف عمرو فيه - حتى يستكشف منها لزوم المعاملة.

قلت: لا مجال لهذه الشبهة، لما تقدم في حديث السلطنة، من أنه ليس المعمول سلطنة

حيث<sup>(١)</sup> دلّ على إنحصار سبب جِلِّ مال الغير<sup>(٢)</sup> أو جزء<sup>(٣)</sup> سببه في<sup>(٤)</sup> رضا المالك، فلا يحل<sup>(٥)</sup> بغير رضاه.

مهملة حتى يتطرق إليه الشك في تأثير الرجوع، بل السلطنة مطلقة، ونقول هنا: إن المقرّر في الأصول: إفاضة حذف المتعلّق للعموم، وفي المقام يكون الفعل المحذوف المتعلق بالمال في قوله **عَلَيْهِ**: «لا يحل مالٌ إمرئٍ» كل فعل يتعلّق بمال الغير سواء أكان تصرفاً خارجياً كالأكل والشرب واللبس ومطالعة الكتاب وسكنى الدار ونحوها، أم تصرفاً إعتبارياً كتملكه وبيعه وقفه، وعليه فكلُّ تصرفٍ في مال الغير منهي عنه إلا إذا كان بطيب نفس المالك، فلا ينفذ تملكه إلا بإذنه، فلا أثر لرجوع المالك الأول.

وبهذا ظهر أجنبية المقام عن التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، لدلالة الحديث على أنّ نفس رجوع المالك الأول - الذي يوجب الشك في إنقطاع إضافة المال الى الغير - هو المتعاطي - مما لا عبرة به، لأنّ الرجوع الموجب لخروج المال عن ملك المتعاطي منهيّ عنه وغير نافذ شرعاً.

(١) هذا تقريب الاستدلال، وقد تقدم توضيحه آنفاً بقولنا: «و كيف كان فتقريب الاستدلال بما في المتن... الخ».

(٢) كما في موارد إباحة المالك ماله للغير كالإذن له في شربه وأكله، فإنّ الرضا هنا سبب منحصراً لحلوية تصرف غير المالك.

(٣) معطوف على «سبب» أي: دلّ على إنحصار جزء سبب الحيل في رضا المالك، وذلك كما في موارد التملك بالعوض كالبيع أو بلا عوض كالهبة، فإنّ الرضا جزء السبب، وجزؤه الآخر هو العقد سواء أكان قولياً أم فعلياً.

(٤) متعلق بـ «إنحصار».

(٥) أي: فلا يحلّ مالٌ الغير من دون رضا مالكه.

أصالة اللزوم - حرمة التصرف في مال الغير ..... ٥١٩

و توهُم<sup>(١)</sup> تعلق الحيل بمال الغير<sup>(٢)</sup>، و كونه<sup>(٣)</sup> مال الغير - بعد الرجوع - أوّل الكلام - مدفوع<sup>(٤)</sup> بما تقدّم<sup>(٥)</sup> من أن تعلق الحيل بالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملك أيضاً<sup>(٦)</sup>، فلا يحل<sup>(٧)</sup> التصرف فيه، و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك (\*).

(١) غرض التوهُم درج المقام في التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، و هو ممنوع عندهم.

(٢) يعني: أن قوله عليه السلام: «لا يحل» متعلق بـ«مال امرئ» و من المعلوم أن الحكم بالحرمة منوط بإحراز كون المال «مال امرئ» حتى لا يجوز التصرف فيه، و المفروض الشك في بقاء إضافة الملكية بعد الرجوع و الفسخ.

(٣) أي: لم يحرز كون المال مال الغير بعد رجوع المالك الأصلي حتى يحرم عليه التصرف فيه.

(٤) خبر «و توهُم» و تقدم توضيحه بقولنا: «قلت: لا مجال لهذه الشبهة، لما تقدّم...».

(٥) يعني: في حديث السلطنة، فكما أن حذف متعلق السلطان يفيد إطلاق السلطنة المجعولة، كذلك يفيد حذف متعلق «لا يحل» عموم التصرف، الشامل للخارجي و الإعتباري، و من المعلوم أن المالك الأصلي لو فسخ المعاملة و تملك - ما باعه بالمعاطاة - كان فسخه تصرفاً في مال غيره، فهذا الفسخ غير نافذ.

(٦) كما يشمل التصرف الخارجي كالأكل و الشرب و ركوب الدابة و نحوها.

(٧) هذا متفرع على عموم حرمة التصرف في مال الغير، المستفاد من حذف المتعلق، و مقصوده من قوله: «فلا يحل له» هو التصرف الخارجي، بقرينة قوله: «و لا تملكه» الناظر إلى التصرف الاعتيادي.

(\* لا يخفى أن مقتضى عموم المحذوف الذي يتعلق به الجل هو إرادة الجامع بين الحل التكليفي و الوضعي، لامتناع أعمية الموضوع من المحمول، و لذا لا يصح أن يقال: «الحيوان إنسان». و في المقام لما كان المحذوف عامّاً للتصرف الخارجي كالأكل و الشرب و نحوهما، و الإعتباري كالبيع و الصلح و الهبة و نحوها أرم أن يكون المحمول - وهو الجل -

أيضاً عاماً، فيصير المعنى حينئذٍ: أن كل تصرف خارجي و إعتباري في مال الغير ممنوع إلا بطيب نفس المالك، فالمراد بالجلّ عدم المنع، واستفادة خصوص التكليف أو الوضع إنّما هي باختلاف المتعلق، فإذا قيل: «أكل مال الغير مثلاً أو شرب الفقاع أو أكل لحم الخنزير عند الإضطراب حلال» فالمراد الجلّ التكليفي. و إذا قيل: «غسل الرجلين في الوضوء حال التقية أو لبس الميتة أو الحرير أو الذهب أو ما لا يؤكل في الصلاة كذلك حلال» فالمراد به الحل الوضعي.

و الحاصل: أن الحلّ و الحرمة يستعملان في الجامع، و يراد الخصوصية باختلاف المتعلق، فلا يتوقف الاستدلال على إرادة خصوص الحل الوضعي من قوله ﷺ: «لا يحل».

نعم قد يشكل الاستدلال بما أفاده سيدنا الاستاد ﷺ: من توقف الاستدلال به على أن يكون المراد من الحلبة الحلبة الوضعية، ليكون موضوعها التصرفات الاعتبارية التي منها التملك. أما لو كان المراد منها الحلبة التكليفية كما هو الظاهر منها، و لا سيما بقرينة السياق و المورد، إذ لم نعر على المتن المذكور إلا على ما رواه سماعة... إلى أن قال: اختصت بالتصرفات بالحقيقتية مثل أكله و لبسه و نحوهما، فلا تشمل التملك» أ.

و قريب منه ما في تقرير السيد المحقق الخوئي ﷺ و محصله: أن الحلّ و إن كان أعم من التكليف و الوضع، لكونه لغةً بمعنى الإطلاق و الإرسال، في قبال التحريم الذي هو بمعنى المنع و الحجر، فيناسب كليهما، و يصح إستعماله فيهما، و تستفاد خصوصية إحداهما من إختلاف القرائن و الموارد، فإذا أسند الحلّ إلى أمرٍ إعتباري كالبيع أريد منه الجلّ التكليفي و الوضعي معاً، و إذا أسند إلى الأعيان الخارجية أريد منه التكليف خاصة كقوله تعالى: ﴿ و أحلّ لكم الطيبات ﴾ و هكذا لفظ التحريم. و لفظ الحلّ في الحديث الشريف نُسب إلى المال، و هو إمّا عين خارجية، و إمّا منفعتها.

و على كلا التقديرين لا معنى لحليته إلا باعتبار ما يناسبه كالتصرف، فيراد من حلية المال حلية التصرف فيه، كما أن المراد من حلية المأكولات حلية إستعمالها الأكلية، فمعنى الرواية: أن الشارع المقدس لم يُرخص في التصرف في مال امرئ إلا بطيب نفسه، فتكون أجنبية عما نحن فيه<sup>أ</sup>.

لكن يمكن أن يقال: إن الاستدلال لا يتوقف على إرادة الحلية الوضعية، لتمايمته مع إرادة الجامع أيضاً. بل يتم حتى مع ظهورها في التكليف خاصة، لدلالة حرمة التصرف الخارجي - في مال الغير بعد الفسخ - التزاماً على عدم تملكه بالفسخ، إذ مع نفوذ تملكه لا وجه لحرمة التصرف فيه تكليفاً، وعليه فلو سلمنا إختصاص التصرف بالخارجي دون الاعتباري، والجلب بالتكليفي تم الاستدلال بالحديث أيضاً على المدعى.

و أما إستفادة خصوص الحلية التكليفية عند الإضافة الى الأعيان فلا تخلو من غموض. فإن الحلية المسندة الى الأعيان يراد بها كل من التكليف والوضع، كقوله تعالى: ﴿أحل لكم الطيبات، وطعام الذين أوتوا الكتاب حلٌ لكم، وطعامهم حلٌ لهم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾<sup>ب</sup> فإن الجلب المضاف الى الطيبات والطعام تكليفي، والمضاف الى المحصنات وضعي، لأن المراد به العقد عليهن. وكذا في قوله تعالى في المطلقة ثلاثاً: ﴿فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره﴾<sup>ج</sup>.

وبالجملة: فإطلاق «الجلب» المضاف الى الأعيان على كل من الحل التكليفي والوضعي ممّا لا ينبغي التأمل فيه.

بل يمكن أن يقال: بعدم الحاجة الى التقدير حتى يقال: إن المقدر هو التصرف الخارجي، بتقريب: أن إطلاق إضافة الجلب الى ذات المال مبني على الإذعاء، ضرورة أنه لا معنى

أ : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٣٩

ب : المائدة، الآية: ٥

ج : البقرة، الآية: ٢٣٠

لكون الذات حلالاً أو حراماً، و يديهي أن صحّة هذا الإدعاء منوطاً بكون المال بجميع شؤونه غير حلال، فلا تصح هذه الدعوى إذا كان المأل ببعض شؤونه حلالاً. و لا ريب في كون التصرفات المعاملية من أوضح شؤون المال و تحولاته، فلو حلّ لغير المالك تلك التحولات المعاملية كان إدعاء عدم حلية الذات له مستهجناً.

و دعوى «عدم كون التحولات المعاملية من التصرفات» مدفوعة، بما عرفت من أن التصرفات المعاملية من التحولات الشائعة في المال، كما يشهد به مراجعة العقلاء، فإنّ المعاملات تُعدّ عندهم من أوضح التصرفات. و لو تنزّلنا عن صدق التصرف على المعاملة كفى كونها من الشؤون البارزة للمال بحيث لا تصحّ دعوى نفى حلّ ذات المال بدونها. فلا يمكن المساعدة على ما في تقرير سيدنا الخوئي: من كون المقدّر خصوص التصرف، فيراد من نفى الحل نفى الترخيص، و هو أجنبي عما نحن فيه من نفى تملك الغير الذي هو حكم وضعي.

فالمتحصل: أنّ كون المعاملات من التصرف مما لا يبنغي الإرتياب فيه. و يشهد له التبادر، فإنّه بالنسبة الى التصرفات الخارجية و المعاملية سواء.

وقد ظهر مما ذكرنا - من كون التحولات المعاملية تصرفاً حقيقةً بمقتضى التبادر لا مجازاً - صحة التمسك على أصالة اللزوم في الملك بموثقة سماع المتقدمة من دون ورود شيء من الإشكالات عليه، من كون التمسك بها بعد رجوع المالك الأصلي تشبهاً بها في الشبهة المصادقية، و من كون متعلق الجلّ المضاف الى المال خصوص التصرفات الخارجية، و من كون ظاهر «لايحلّ» بقريئة السياق و المورد الحلية التكليفية المتعلقة بالتصرفات الخارجية، و من كون الجمع بين إرادة الحكم التكليفي و الوضعي إستعمالاً لللفظ في أكثر من معنى. فإنّه بعد النظر الى مقدمات ثلاث، قبل الاستدلال بالموثقة يظهر عدم ورود شيء من هذه الاشكالات.

المقدّمة الأولى: كون الجلّ بمعنى المضي و عدم المنع عنه في الشريعة، و هذا المعنى أعمّ من التكليف و الوضع مع وحدة المعنى.

و يمكن الاستدلال أيضاً<sup>١١</sup> بقوله تعالى: ﴿ و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض ﴾ أ.

### الدليل الرابع: حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض

(١) يعني: كما أمكن الاستدلال بما مضى من حديثي السلطنة والحيل. وكان الأنسب تقديم الاستدلال بهذه الآية المباركة - و آية وجوب الوفاء بالعقود - على الاستدلال بالحديثين الشريفيين.

المقدمة الثانية: أن التصرف أعم من الخارجي والاعتباري بحكم التبادر.

المقدمة الثالثة: كون الحذف أمانة على كون المقدّر عامّاً، بل قد عرفت عدم الحاجة إلى التقدير وكفاية الإذعاء في صحة الاستدلال، وإرادة جميع التحولات في الذات وإن لم تسمى تصرفاً، إذ لا يصح إطلاق عدم حلية الذات إلا بملاحظة كون المنفي جميع الشؤون والتحويلات.

وربما يشهد به مورد الرواية وهو حبس الأمانة وعدم ردّها، إذ ليس الحبس تصرفاً محسوساً كالأكل والشرب، فلو كان المراد خصوص التصرفات الحسبية لم تنطبق الكبرى الكلية على المورد، وهو حبس الأمانة، واستهجانها غير خفي.

وأما عطف حرمة المال فيها على حرمة دم المسلم فليس قرينة على تعيّن إرادة الحرمة التكليفيّة فيه من جهة عدم تصوّر حرمة الدم وضعاً. ووجه عدم القرينية ما ذكرناه من أعمية الحلية من التكليف والوضع.

ولو سلّمت قرينتها عليها لم يقدر في الاستدلال، لما تقدم أيضاً من إقتضاء حرمة مطلق التصرف في مال الغير - بدلالاتها الالتزامية - على عدم تملكه بالفسخ.

فالمتحصل: أن الاستدلال بالموثقة و ما بمضمونها - على فرض اعتباره - على أصالة اللزوم في الملك و جيه كما اختاره المصنف رحمته.



و لا ريب<sup>(١)</sup> أنّ الرجوع ليست تجارة<sup>(٢)</sup> و لا عن تراض<sup>(٣)</sup>.

و كيف كان فهذه الآية دليل على أصالة اللزوم في الملك، و للمصنف تقريران للاستدلال بها.

أحدهما: بالنظر الى مجموع المستثنى و المستثنى منه: و هو رابع الأدلة على اللزوم. و الآخر: مقصوداً على إستفادة المحكم من عقد المستثنى منه بلا ضمّ الاستثناء، و هو خامس الأدلة و سيأتي توضيح كلا الوجهين إن شاء الله تعالى.

(١) هذا شروع في تقريب الوجه الأوّل - أعني به دلالة المستثنى منه و المستثنى معاً على لزوم الملك - و حاصله: أنّ الأكل كناية عن التصرف كما هو الشائع، يعني: أنّ مجوّز التصرف في مال الغير منحصر - بمقتضى المحصر - في التجارة عن تراض، فالآية في مقام سلب سببية الباطل للنقل و التمليك، و من المعلوم أنّ الرجوع ليس تجارة عرفاً، بل حلاً و فسخاً لها، و لا عن تراض، لعدم رضا المالك الفعلي برجوع المالك الأصلي.

و عليه فمقتضى إنحصار السبب الناقل و المملّك للأموال في التجارة عن تراض هو عدم كون الرجوع مملّكاً و ناقلاً، لكونه باطلاً عند العقلاء عرفاً و شرعاً. فالآية الشريفة تدلّ على بطلان الفسخ و عدم تأثير رجوع المتعاطي فيما أعطاه للآخر، و ذلك لأنّ المدار في جواز أكل مال الغير هو صدق التجارة عن تراض على السبب المحلّل له، و حيث إنّه لا يصدق أصل التجارة - و لا بقيد التراض - على الرجوع أستكشِف منه حرمة التصرف في المال بعد الرجوع، و هو دليل لزوم المعاطاة، و كون الرجوع لغواً.

(٢) وجه عدم صدق عنوان التجارة على رجوع المتعاطي هو كون التجارة لغة: الإعطاء و الأخذ بقصد الاسترباح، و هذا المفهوم منحصر في المعاملات الموجبة لنمو رأس المال و زيادته. و من المعلوم أنّ المتعاطي عند رجوعه لا يحصّل ربحاً، و إنّما يستردّ عين ماله التي تعاطى بها.

(٣) وجه عدم كون الرجوع تجارة عن تراض - لو سلّم صدق التجارة عليه - و اضح،

فلا يجوز<sup>(١)</sup> أكل المال.

و التوهم المتقدم في السابق<sup>(٢)</sup> غير جارٍ هنا، لأن<sup>(٣)</sup> (\*) حصر مجوز أكل المال

لفرض عدم رضا المتعاطي الآخر به، وإلا كان إقالة من الطرفين .

(١) يعني: فلا يجوز لأحد المتعاطين أن يتصرف فيما أعطاه للآخر، لأن تصرفه فيه أكل

لمال غيره بالباطل.

(٢) يعني: في تقريب الإستدلال بمجديي السلطنة و عدم جُل مال غيره إلا يطيب نفسه. و التوهم المزبور هناك هو: أن التمسكَ بها من التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، ضرورة أنه بعد رجوع المالك الأصلي يشك في كون المال ملكاً للغير، لإحتمال رجوع المال إليه، فلا يكون أكله حينئذٍ أكلاً لمال غيره، بل لمال نفسه. و مع هذا الشك لا تحوز الإضافة التي هي موضوع السلطنة و حرمة التصرف، فيكون التمسك بالدليل تشبُّهاً به في الشبهة الموضوعية.

(٣) تعليل لعدم جريان التوهم المزبور، و حاصل وجه عدم جريانه هنا هو: أن المستفاد من الآية حصرُ سبب تملك أموال الناس في التجارة عن تراض، بحيث يكون تصرف الأكل فيه تصرفاً في ماله لا في مال غيره، و من المعلوم أن هذا الحصر ينبي سبب رجوع المالك الأصلي بتملكه، لعدم كون رجوعه تجارةً عن تراض، بل من الأسباب الباطلة، فهذه الآية الشريفة نصٌ في عدم كون رجوع المالك مملكاً، لعدم إندراج الرجوع في «التجارة عن تراض» و كل ما لم يكن كذلك يُعد من الأسباب الباطلة.

و بالجملة: ففاد الآية الشريفة هو: أنه لا يجوز للإنسان أن يأكل مالا على أنه ماله، وهو مال لغيره واقعاً، إلا إذا كان بسبب التجارة عن تراض، و ليس مفادها عدم جواز تصرفه في مال الغير حتى يقال: إنه بعد رجوع المالك يشك في أنه مال الغير، فلا يصح التمسك بالآية، لكونه من التشبث بالدليل في الشبهة المصدقية.

(\*) هذا التقريب - كما عرفت - ناظر إلى سلب سببية الباطل للتملك.

و يمكن أن يُقرَّب على وجه آخر، و هو: أن النهي عن الأكل ناظر إلى حرمة الأكل ابتداءً،

في التجارة إنما يُراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل<sup>(١)</sup> لا لغيره.  
ويمكن التمسُّك أيضاً بالجملة المستثنى منها<sup>(٢)</sup>، حيث إنَّ أكلَ المال و نقله

(١) يستفاد هذا القيد في المستثنى منه بقرينة المقابلة للمستثنى، بداهة أنَّ المترتب على المستثنى هو الأكل بعنوان كون المال ملكاً للأكل، لأنَّ أثر التجارة عن تراخي التي هي سبب شرعي للنقل و التمليك هو كون المتصرّف - بعد وقوع هذه التجارة - مالكاً للمال، و قرينة المقابلة تقتضي كون المأكول في المستثنى منه أيضاً - بعنوان كونه ملكاً لذي اليد، و عدم جواز أخذه منه.

و على هذا فلا يرُدُّ عليه التخصيصُ بمثل الضيافة و غيرها مما يجوز الأكل فيه بدون تجارة عن تراخي، لأنَّ خروجها بناءً على هذا المعنى موضوعي، إذ المفروض أنَّ المالك أجاز للأكل أن يتصرف فيه.

نعم يرد عليه التخصيصُ بالإرث و نحوه، كانتقال مال المرتد الفطري الى وارثه بالارتداد، فإنَّ الوارث يتصرف في المال على أنه مال الأكل مع عدم كون السبب المحلَّ تجارة عن تراخي.

#### الدليل الخامس: حرمة الأكل بالباطل

(٢) يعني: مع الغضِّ عن الإستثناء، بخلاف التقريب الأوّل الذي كان تمسُّكاً بمجموع جمليّ المستثنى منه و الاستثناء.

و محصّل تقريب الإستدلال بالوجه الثاني: أعني به جملة المستثنى منها - مع قطع النظر

و إلى بطلان السبب ثانياً، فدلالته على حرمة الأكل مطابقيه، و على بطلان السبب الذي ينشأ منه الأكل إلزامية، حيث إنَّ النهي يدلُّ مطابقةً على حرمة الأكل، و إلزاماً على بطلان سببها، إذ لا منشأ لحرمة الأكل إلا بطلان منشأها و سببها، فيعلم من حرمة الأكل عدمُ صحته سببه و كونه من الباطل، فحرمة الأكل تكشف عن كون الفسخ و الترادُّ سبباً باطلاً عرفاً و غير نافذ شرعاً.  
و الفرق بين التقريبيين واضح، لأنَّ الأوّل مدلول مطابقي، و الثاني إلزامي.

و نقله عن مالكة<sup>(١)</sup> بغير رضئ المالك أكلٌ و تصرفُ بالباطل عرفاً<sup>(٢)</sup>. نعم<sup>(٣)</sup> بعد إذن المالك الحقيقي و هو الشارع - و حكمه التسلُّط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك - يخرج<sup>(٤)</sup> عن البطلان (\*)

عن الإستثناء - هو: أن تملكُ أموال الناس قهراً و بغير رضئ منهم تملكُ بالباطل، و هو حرام بمقتضى النهي عنه، فيكون تملكُ المال بالفسخ بدون رضئ مالكة أكله بالباطل، إلا إذا أذن له الشارع في الفسخ، فحينئذٍ يخرج التملك بالفسخ عن الباطل و يكون جائزاً كما ثبت ذلك شرعاً في موارد:

منها: أكل المازة من ثمرة الشجرة الممرور بها، فإنه بعد إذن الشارع يخرج عن أكل المال بالباطل.

و منها: الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار.

و منها: تملكُ أموال المرتد الفطري بالارتداد. و غير ذلك من الأسباب القهرية لتملكُ

أموال الناس، فإن إذن الشارع يُخرجها عن الباطل.

هذا بحسب الكبرى. و تطبيقها على المقام هو: أن الشارع لما لم يأذن في فسخ المعاطة

- لفرض عدم ثبوت جواز الرجوع بعد - كان التصرف في مال الغير بإخراجه عن ملكه أكله له بالباطل، و هو حرام تكليفاً و وضعاً.

(١) و هو الذي اشترى المأل بالمعاطة و صار مالكا له.

(٢) هذه الكلمة صريحة في أن موضوع حرمة الأكل هو الباطل العرفي الصادق على

فسخ أحد المتعاطين و رجوعه فيما انتقل عنه، و ليس المراد به الباطل الشرعي حتى تتجه شبهة التمسك بالدليل في شبهة المصادقية.

(٣) إستدراك على موضوعية الباطل العرفي لحرمة الأكل، يعني: أن ترخيص الشارع

لأكل مال الغير كاشف عن كونه سبباً حقاً لا باطلاً.

(٤) ظاهر الخروج عن البطلان هو الخروج الموضوعي لا الحكمي بالتخصيص.

ولذا<sup>(١)</sup> كان أكل المازة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي<sup>(٢)</sup>، وكذا الأخذ بالشفعة<sup>(٣)</sup>، و الفسخ بالخيار<sup>(٤)</sup>، وغير ذلك من الأسباب القهرية<sup>(٥)</sup> (\*).

فقصوده ظاهراً تخطئة الشارع نظرَ العرف فيما يرونه باطلاً كأكل المازة من ثمرة الشجرة الممرور بها، فهذا سبب حق عرفي بعد إلتفاته إلى إباحة الأكل شرعاً.

والوجهُ في الخروج الموضوعي لا الحكمي هو: أن عنوان «الباطل» كالعلة التامة لحرمة الأكل غير قابل للتخصيص، وعليه فوارد ترخيص الشارع في الأكل خارجة عن الباطل تخصصاً.

(١) يعني: ولأجل خروج موارد ترخيص الشارع في الأكل عن «الباطل» موضوعاً كان أكلُ المازة باطلاً بنظر العرف لولا إذن الشارع، وأما بعد إذنه فليس أكله باطلاً.

(٢) يعني: وبعد إذن المالك الحقيقي يخرج الأكل عن كونه أكلاً بالباطل إلى كونه أكلاً بالحق.

(٣) حيث إنَّ الشريك مسلطٌ على فسخ عقد المشتري ببذل مثل الثمن إليه، فيضم حصّة المشتري الى حصّة نفسه قهراً وإن لم يرَضَ المشتري به، وهذا أكلٌ للمال بالباطل بنظر العرف لولا إطلاعه على ترخيص المالك الحقيقي.

(٤) الظاهر إرادة الخيار التعبدي كخيارى المجلس والحيوان، فإنَّ الفسخ بهما باطل عرفاً، ما لم يطلع على تخيير الشارع للمتعاقدين أو لصاحب الحيوان. وأما الأخذ بالخيارات المستندة الى شرط ارتكازي أو إلى جعل نفس المتعاقدين فليس أكلاً للمال بالباطل عرفاً من أول الأمر، بل هو سبب حقٌ ينظرهم.

(٥) كالإرث والإرتداد والإتلاف في حال الغفلة كالنوم، فإنَّ هذه أسباب باطلة للملك ما لم يطلع العرف على جعل الشارع، وأما مع الاطلاع فيحكم العرف أيضاً بحقية هذه الأسباب للأكل.

باطلاً عرفاً مع احتمال إذن الشارع فيه، للشك في الموضوع، إذ مع الاذن الشرعي يخرج عن الباطل حقيقةً، فالشك حينئذٍ يكون في عنوان الباطل كما حررناه في التعليقة الآتية فلاحظ.

(\* قد يمنع دلالة الآية الشريفة على لزوم الملك بما في تقرير السيد الخوئي رحمته من:

أنَّ الاستدلال بها مبني على أن يكون المراد بالباطل هو الباطل العرفي ليكون متميزاً عند العرف

عن السبب الصحيح. أمالو أريد الباطل الواقعي كما هو قضية وضع الألفاظ للمفاهيم الواقعية أو احتملت إرادة ذلك من كلمة الباطل في الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لاحتمال أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة الواقعية لا الباطلة كذلك. فحينئذ يكون التمسك بالآية لكون الفسخ سبباً باطلاً من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصادقية. انتهى ملخصاً.

و فيه: أنّ المراد بالباطل هو الباطل العرفي، لكون المخاطب بهذا الخطاب هو العرف كسائر الخطابات، ما لم يثبت كون موضوع الخطاب مخترعاً شرعياً، لأنه لا يبد حينئذ من الرجوع الى الشارع، إذ لا سبيل للعرف الى معرفته، والالتزام بكون الباطل هو الواقعي الذي لا سبيل للعرف إليه يستلزم سقوط الخطاب عن الاعتبار، لصيرورته حينئذ مجملاً.

بل تطبيق الآية على القمار الذي هو مورد نزول هذه الآية المباركة - كما في صحيحة زياد بن عيسى: «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوله عزّ وجلّ ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ فقال: كانت قریش يُقَامر الرجل بأهله و ماله، فنهاهم الله عزّ و جلّ عن ذلك»<sup>٣</sup> وقريب منه ما عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى ونحوهما غيرهما<sup>٤</sup> - يدلّ على كون المراد بالباطل هو العرفي حيث إنّ القمار عند العرف والعقلاء من مصاديق الباطل، فليتناقل.

ثم إنّه على تقدير كون الباطل هو الواقعيّ يمكن التمسك أيضاً بالآية المباركة لأجل الاطلاق المقامي، فإنّه لو لم يكن نظر العرفي حينئذ معتبراً في مقام التمييز كان الخطاب ساقطاً، للاجمال كما مرّت الإشارة إليه.

وبالجملة: فالباطل العرفي هو موضوع حرمة الأكل في الآية المباركة، وإذا شككنا في تخصيصه فمقتضى أصالة العموم هو عدم التخصيص، فمن هذه الناحية لا يرد إشكال على

أ: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٤١

ب: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ١١٩، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١

ج: المصدر، ص ١٢١، الحديث: ١٤

التمسك بالآية الشريفة.

نعم يرد عليه: أن عنوان «الباطل» معلق على عدم ورود دليل من الشارع، إذ مع وروده يخرج موضوعاً عن الباطل، و يكون خروجه بالتخصيص لا التخصيص، لإبائه الآية المباركة عن التخصيص الحكمي كما لا يخفى. فالتعليق على عدم الورد من الشارع بشيء من قيود موضوع الحكم، فكأنه قيل: الباطل العرفي هو المعلق على عدم ورود شيء من الشرع على خلافه كأكل المازة والأخذ بالشفعة والفسخ بالخيار، فإنها باطلة عرفاً، لكن مع ورودها من الشرع تخرج حقيقة عن الباطل، فالتمسك بالآية الشريفة - مع احتمال ورود دليل من الشارع على خلافه - يكون تشبيهاً بالدليل في الشبهة المصدقية.

ففرق بين هذه الآية وبين حديث السلطنة، حيث إن احتمال إعماله تعالى سلطنته من قبيل المخصص الذي يكون الموضوع محفوظاً معه. بخلاف الباطل، فإنه معلق موضوعاً على عدم حكم الشارع، إذ مع حكمه لا يكون باطلاً حقيقة، فالتمسك بالآية حينئذٍ تشبث بالدليل في الشبهة المصدقية، هذا.

إلأن يقال: إن مرجع ذلك إلى كون المراد بالباطل هو الشرعي، إذ لا أثر للباطل العرفي بدون كونه باطلاً شرعياً. والبناء عليه يوجب كون الباطل في الآية المباركة عنواناً مشيراً إلى ما جعله الشارع باطلاً كالقمار وبيع الحصة والبيع الربوي ونحوها، وهذا خلاف ظاهر العناوين المأخوذة في الخطابات، و يكون النهي عن أكل المال مؤكداً لسلب سببية الباطل الشرعي للتمليك، و لا يكون حكماً تأسيسياً، و من المعلوم أن حمل الباطل والنهي عن الأكل على المشيرية والتأكيد خلاف الأصل، فلا محيص عن الالتزام بكون المراد بالباطل هو العرفي، غاية الأمر أنه يخرج عن حكمه في بعض الموارد، كالشفعة والخيار وأكل المازة من ثمرة الشجرة، مع صدق الموضوع و هو الباطل العرفي عليه. نظير سلب المائتة عن بعض الأموال العرفية كالخمر والخنزير ونحوهما بعد ما عرفاً، و الشارع الأقدس ألغى مائتها، فيكون خروج بعض الموارد عن الباطل العرفي بالتخصيص، لا التخصيص حتى لا يجوز التمسك بالآية الشريفة في صورة الشك في كون الرجوع سبباً باطلاً أو صحيحاً، لكون الشبهة مصدقية.

فالظاهر أَنَّ الآية الشريفة و زانها وزان حديث السلطنة، فكما لا مانع من التمسك به لعدم نفوذ رجوع المالك الأصلي، وكذلك لا مانع من التمسك بهذه الآية لذلك. فالفرق بينهما وبالتخصُّص في الآية، فلا يجوز التمسك بها، و التخصيص في حديث السلطنة فيجوز ذلك فيه لا يخلو من غموض.

مع أنه بعد تسليم كون المراد بالباطل هو الشرعي يمكن التمسك بالآية أيضاً بمقتضى الإطلاق المقامي، بأن يقال: إنَّ المقصود بالباطل و إن كان شرعياً، لكن تمييزه منوط بنظر العرف، فكلمة كان باطلاً عرفاً فهو باطل شرعاً إلا ما ثبت خروجه.

ثم إن المحقق الايرواني رحمته ناقش في الاستدلال بالآية المباركة بأن الاستدلال بها إنما يصح إذا قلنا إن الفسخ و الرجوع من الأسباب المفيدة للملك. أما إذا قلنا بأن شأنهما رفع أثر السبب المملوك، ثم الملك يكون حاصلًا بما كان من السبب أولاً، لم يكن الأكل بسبب الفسخ أكلاً بالباطل أ.

لكن لا يخفى ما فيه، لأن هذه المناقشة إنما تنجته بناءً على دلالة الآية على حرمة الأكل إن حصل المال بسبب باطل مستقل. لكنه ليس كذلك، لظهورها في إبقاء تأثير الباطل مطلقاً و إن كان جزء العلة، فإن تأثير الفسخ في دفع المانع عن تأثير السبب الأول أكل للمال بالباطل و لو بنحو جزء العلة.

و الحاصل: إنَّ التسبب بالباطل لأكل مال الناس - ولو بنحو دفع المانع - حرام و لو بمناسبة الحكم و الموضوع، إذ المناسب للباطل هو عدم دخله في سببته للنقل و التملك حتى ينحو جزء السبب أو الشرط أو عدم المانع.

فتحصَّل مما ذكرناه: أنه يمكن التمسك تارةً بالمستثنى منه مع الغض عن الإستثناء بما تقدَّم من التقريرين، أحدهما: سلب سببية الباطل للنقل و التملك. و الآخر: النهي عن أكل المال الحاصل بسبب باطل.



و أخرى بالمستثنى، بأن يقال: إن إطلاق تجويز أكل المال الحاصل بالتجارة يقتضي جوازه بعد الرجوع والفسخ أيضاً، وهذا الإطلاق الأحوالي يكشف عن عدم نفوذ الفسخ، وإلا لم يكن وجه لجواز الأكل حينئذ.

و ثالثة: بالحصص المستفاد من مجموع الجملتين.

لكن إبتنى السيد رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِ في حاشيته الاستدلال بالحصص على كون الاستثناء متصلاً بأن يقال في تقريب الاتصال: كأنه قيل: لا تأكلوا أموال الناس إلا أن تكون تجارة، فإن كل أكل باطل نظير قولك: «لا تعبد غير الله شركاً» أي فإنه شرك، فيكون المستثنى منه الأموال، وقوله تعالى: «بالباطل» قيداً توضيحياً، وذكره لبيان علة الحكم، لا إحترازياً. أو يقال: إن المستثنى منه محذوف أي: لا تأكلوا أموال الناس بوجه من الوجوه إلا بوجه التجارة فإن الأكل لا بهذا الوجه باطل.

و أنت خبير بما فيه، إذ الكلام في ظهور الآية في كون الاستثناء متصلاً، لا في إمكانه حتى يتكلف في وجه تصوره بما ذكره. و ما أفاده في وجه الاتصال خلاف الظاهر و تأويل مخالف لفهم العقلاء و لكلمات المفسرين و للروايات الواردة في نزول الآية المباركة، و قد تقدم بعضها كصحيحة زياد بن عيسى، فإن ظاهر تلك الروايات كظاهر نفس الآية هو النهي عن الأكل بالسبب الباطل، فالقيد إحترازي لا توضيحي، فالاستثناء حينئذ منقطع كقوله تعالى: ﴿ لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً إلا قليلاً سلاماً سلاماً ﴾ .

و الحاصل: أن الاستثناء ليس متصلاً أولاً. و على فرض الاتصال يمكن منع دلالة الآية على الحصر في التجارة ثانياً، لأن قوله تعالى: «بالباطل» تعليل لحرمة الأكل، إذ المتفاهم العرفي منه كون البطلان موجباً لذلك، كما أن الظاهر المتفاهم عرفاً أن إستثناء التجارة في مقابل الباطل لكونها حقاً.

و على هذا فالمستفاد حلية الأكل بكل حق، و حرمة بكل باطل، فلا يختص الحق

أ: حاشية المكاسب، ص ٧٤

ب: الواقعة، الآية: ٢٥

هذا كله<sup>(١)</sup> مضافاً إلى ما دلَّ على لزوم خصوص البيع<sup>(٢)</sup>، مثل قوله **عَلَيْهِ** :  
 «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا»<sup>أ</sup>.

(١) يعني: أَنَّ الأدلة المتقدمة على أصالة لزوم الملك - من الاستصحاب و حديثي السلطنة والحيل، وآية النهي عن أكل أموال الناس بالباطل - كانت أدلة عامة على لزوم الملك سواء أكان السبب المملُك فعلاً إختيارياً من العناوين المعاملية والحيازة ونحوها، أم قهرياً كالارث والإرتداد. وهذا بخلاف الدليل الآتي فَإِنَّ مفاده لزوم الملك الحاصل بالبيع خاصة.

### الدليل السادس: أخبار خيار المجلس

(٢) هذا دليل سادس على لزوم الملك، و هي طائفة من الأخبار الواردة في خيار المجلس، و تقريب الاستدلال بها يتم بوجوده ثلاثة:

الأول: جعل الخيار في البيع، حيث إنَّ جعله مختص بالبيع اللازم، و مقتضى إطلاق الجعل ثبوت الخيار في البيع المعاطي، فنبت الخيار فيه يكشف عن اللزوم، فتكون المعاطاة بيعاً لازماً لأجل ثبوت الخيار فيها، الذي هو من خصائص البيع اللازم.  
 الثاني: دلالة مفهوم الغاية، ببيان: أَنَّ ماهية الخيار مغيةٌ بعدم الافتراق، لقوله **عَلَيْهِ** :

بالتجارة، بل يندرج فيه كل حق ليس بتجارة كالإباحات و القرض، و التملك في مجهول المالك، وغيره من الحقوق الواجبة و المستحبة، و لا ينتقض الحصر بها حتى نحتاج الى بعض التكاليف كما صدر عن بعضهم.

كما أنه على فرض كون الاستثناء منقطعاً تدل الآية على التنوع بين الباطل و الحق بمناسبة الحكم و الموضوع، فلا فرق في دلالة الآية عرفاً على سقوط الباطل لبطلانه عن السببية - أو صيرورته موجباً لحرمة الأكل من المال الحاصل بالباطل، و ثبوت سببية الحق لحقيقته - بين كون الإستثناء متصلاً و منقطعاً، فلا يتوقف الاستدلال بالآية الشريفة على أن يكون الاستثناء متصلاً.

أ: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٤٦، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث: ٣ و غيره.

«إذا افترقا وجب البيع» إذ مفهومه بقاء الخيار قبل الافتراق، ومع سقوط الخيار، وسقوطه ملازم للزوم، ومن المعلوم أنّ مقتضى إطلاق البيع على المعاطاة هو صدق البائع على من باع معاطاة، فتكون لازمة.

الثالث: قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» بتقريب: أنّ الإطلاق يقتضي أن يكون البيع واجباً فعلياً من جميع الجهات، لكن يقيد بأدلة سائر الخيارات، أما لو أريد جعل الزوم من حيث خيار المجلس لا مطلقاً فلا يدل سقوط الخيار - من حيث المجلس - على الزوم من سائر الهيئات، وحينئذ يشترك المعاطاة مع البيع بالصفة في أنّ المدلول عليه برواية خيار المجلس هو الزوم الحيثي أي من حيث خيار المجلس، وأما من سائر الجهات فلا دلالة فيها على الزوم.

وعلى كلّ فهذا المقدار من الزوم الثابت للمعاطاة كافٍ لإثبات المدعى وهو إقتضاء طبع البيع مطلقاً للزوم (\*).

(\* لا يخفى أنّه بناء على جواز جعل الخيار في البيع الجائز ذاتاً لا يدلّ جعله على لزومه، لأنّ الخيار حينئذٍ لازم أعم، ومن المعلوم أنّه لا يدل على الملزوم الخاصّ وهو البيع اللازم، فالإستدلال حينئذٍ على التقريب الأوّل ساقط، لما عرفت من عدم دلالة اللازم الأعم على الملزوم الخاصّ.

وبناء على عدم صحة جعل الخيار للجائز ذاتاً بحسب حكم العقل أو العقلاء فإن كان هذا الحكم كالقيد الحافٍ بالكلام كان إطلاق قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» مقيداً بالبيع اللازم، فمع الشك في لزوم بيع كالمعاطاة لا يصح التمسك بإطلاقه، لكون الشبهة مصداقية.

وإن كان الحكم المذكور كالمخصّص المنفصل الذي لا يوجب تقيّد الموضوع عند صدور الخطاب المطلق، بل يقيدُه، بل يكون القيد لبيئاً منفصلاً، فعلى القول بجواز التمسك

بالعام في الشبهة المصدقية في مثله - كما قيل - فيصح التمسك بإطلاق «البيعان بالخيار» لإثبات الخيار في المعاطاة وكشف لزومها. نظير التمسك بقوله عَلَيْهِ: «لعن الله بني أمية قاطبة» في مورد الشك في إيمان واحد منهم لجواز لعنه، وكشف عدم إيمانه.

و بالجملة: فبناءً على جواز التمسك بالعام في المخصص اللبّي المنفصل يجوز التمسك بمثل «البيعان بالخيار» لإثبات الخيار في المعاطاة وكشف لزومها.

و على القول بعدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصدقية مطلقاً من غير فرق بين المخصصات اللفظية و اللبية المتصلة و المنفصلة كما هو المنصور فلا يصح التمسك بالإطلاق لكشف حال الموضوع، هذا.

فان قلت: إن الشبهة المصدقية للمخصص اللبّي الذي لا يجوز فيها التمسك بالعام في الشبهة المصدقية هو ما إذا خرج عن العام عنوان بحسب حكم العقل كالمؤمن الذي خرج عن حيز عموم «لعن الله بني أمية» و شك في مورد أنه مصداق الخارج أولاً. و أما إذا شك في أصل الخروج و لو من جهة عدم إحراز مصداق للعنوان العقلي - كما فيما نحن بصدده، إذ لم يحرز أن للبيع مصداقاً جائزاً - فليس الشك فيه من قبيل الشبهة المصدقية للمخصص المحرزة مخصّصته.

قلت: لا فرق في عدم جواز التمسك إذا كان المخصص عقلياً بين ما ثبت تحقق أفراد من العنوان الخارج عن العام و شك في فرد آخر، و بين ما لم يثبت ذلك لأن تحقق الفرد و عدمه لا دخل له في الحكم العقلي بالتخصيص.

مثلاً حكم العقل بعدم جواز لعن المؤمن ثابت، و موجب لعدم دخوله في قوله: «لعن الله بني أمية قاطبة» من غير نظر إلى خصوصيات المصاديق و خروجها و دخولها، فلو شك في فرد أنه مؤمن أو لامع العلم بعدم إيمان غيره منهم يكون من الشبهة المصدقية للمخصص، لا من الشبهة في أصل التخصيص، لأن التخصيص بحكم العقل ثابت على النحو الكلي لا الجزئي، إذ لا شك في خروج المؤمن عن هذا العام، فالشك في إيمان واحد منهم يندرج في

الشك في مصداق المخصص، لا في أصل التخصيص.

و ما نحن فيه من هذا القبول بناءً على كون عدم الدخول أو التخصيص بحكم العقل، فإن البيع الواقع بين البيعين مخصص بعدم كونه جائزاً بالذات، فإذا شك في أن المعاطاة جائزة بالذات أو لا، لا يجوز التمسك بمثل: البيعان بالخيار، هذا.

لكنه لا يخلو من غموض، لأن الشبهة المصدقية هي الشبهة الموضوعية التي يرجع في رفع الشك عنها إلى غير الشارع. وليس المقام كذلك، لأن المرجع في لزوم المعاطاة وجوازها هو الشارع لا غيره، وإن كانت بالنظر إلى المخصص العقلي شبهة مصداقية، للشك في مصداقيتها له كما هو واضح، لكن في كون هذا النحو من الشبهة المصدقية مانعاً عن التمسك بإطلاق دليل التشريع منع.

فالحق: أن مثل هذه الشبهة تلحق بالشبهة الحكمية التي مرجعها إلى الشك في التخصيص، لا مصداق المخصص المعلوم، فلا مانع من هذه الحيثية من التمسك بإطلاق مثل «البيعان بالخيار» لاثبات لزوم المعاطاة، هذا.

**وأما الاستدلال بمفهوم الغاية ففيه:** أن نفي ماهية الخيار لا يكون ملازماً للزوم، ونفي الجواز، ضرورة مغايرة ماهية الخيار للجواز الحكمي، لما ثبت في محله من أن الخيار حق مجعول لذي الخيار قابل للنقل والاسقاط والارث، بخلاف الجواز الحكمي، حيث إنه حكم للمعاملة كالهبة والوكالة، وليس حقاً مجعولاً لأحد حتى يقبل ما ذكر في الخيار، فنفي ماهية الخيار لا ينافي بقاء الجواز الحكمي.

**وأما الاستدلال بذيل الرواية** وهو قوله **عَلَيْهِ**: «فإذا افترقا وجب البيع» ففيه: أنه يقع التعارض بين إطلاق الصدر وإطلاق الذيل بعد وضوح كون الموضوع فيهما واحداً من حيث الإطلاق والتقييد، يعني أنه لو أريد من الصدر مطلق البيع أو مقتضاه كان في الذيل كذلك.

توضيحه: أن أصالة الإطلاق في الصدر تقتضي كون البيع بلا قيد موضوع الحكم، بإطلاقه يشمل البيع القولي والمعاطاتي سواء أكانت المعاطاة لازمة واقعاً أم جائزة. وأصالة

الإطلاق في الذيل تقتضي الوجوب مطلقاً بعد الافتراق في الموضوع المأخوذ في الصدر، فيقع التعارض بينهما، لأنَّ الوجوب المطلق يصادف البيع الجائز. فلا بدَّ من رفع اليد عن إطلاق الذَّيل أو الصدر. وعلى التقديرين لا يصح التمسك بالذيل لإثبات اللزوم في مورد الشك فيه. أمَّا على الأوَّل فلأنَّ الوجوب الحيثي لا ينافي الجواز، فوجوب البيع من حيث خيار المجلس لا ينافي جوازه من حيث الذات و سائر الحيثيات، فهذا الوجوب لا يثبت اللزوم في مورد الشك كالمعاطاة. وعلى القول بالوجوب الفعلي و ارتكاب التقييد بالنسبة الى الجائز -على فرض وجوده - كان التمسك به تشبهاً بالدليل في الشبهة المصدقية للمخصص لاحتمال كون المعاطاة مصداقاً للمخصص، فلا تكون لازمة.

و أمَّا على الثاني فلأنَّ البيع في الصِّدر إذا اختصَّ بالبيع اللازم كان في الذيل كذلك، فتصير الشبهة مصداقية، لأنَّه يشك في أنَّ المعاطاة مثلاً من النوع الجائز بالذات أو اللازم، فيشك في موضوعيته للدليل، فلا يصح التمسك به مع هذا الشك، من دون فرق بين كون التخصيص متصلاً و منفصلاً، لفظياً و بئياً.

**و بالجملة:** فلا يصح التمسك بالعام لإثبات لزوم ما يشك في لزومه كالمعاطاة مطلقاً، سواء أقلنا بتقييد إطلاق الصدر أم الذيل، لما عرفت من أنَّ تقييد الذيل بالوجوب الحيثي لا يثبت اللزوم، لعدم منافاة بين الجواز و بين الوجوب الحيثي. و من أن تقييد الصِّدر بالبيع اللازم يوجب كون الشبهة في مشكوك اللزوم مصداقية.

هذا كله مع الغض عن الروايات.

**وأقام النظر إليها فهي على طوائف ثلاث:**

**الأولى-** وهي أكثر ما في الباب - ما لم يصرح فيها بالمفهوم كقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام». و نحوها

أ : وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١. رواه الكليني عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله: البيعان... الحديث و الرواية صحيحة، لكون الرواة بأجمعهم تقات، فلاحظ تراجمهم.

في عدم التصريح بالمفهوم صحيحة زرارة<sup>أ</sup> و رواية علي بن أسباط<sup>ب</sup> والحسين بن عمر بن يزيد<sup>ج</sup> وغيرها.

**الثانية:** ما صرح فيه بالمفهوم، كصحيحة فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ فقال لي: ثلاثة أيام للمشتري. قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»<sup>د</sup>.

وصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «أئما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»<sup>هـ</sup>.

**الثالثة:** ما يتضمن حكاية فعل المعصوم عليه السلام لما يوجب البيع، كصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله «عليه الصلاة والسلام» أنه قال: «إن أبي اشترى أرضاً يقال لها العريض، فلما استوجبهما قام فمضى، فقلت له: يا أبا عبد الله عجلت القيام؟ فقال: يا بني أردت أن يوجب البيع»<sup>و</sup> ونحوها غيرها.

**أما الطائفة الأولى** فلا ريب في عدم دلالتها على المقصود، إذ فيها -مضافاً إلى ما مر من: أن نفي طبيعة الخيار لا ينافي الجواز الحكمي، لأن الخيار حق و الجواز حكم، ونفي الأول لا ينافي الثاني، فلا يثبت نفي الخيار اللزوم في مشكوك اللزوم - أن دلالتها على المدعى منوطاً بكون المراد بالخيار المجعول ماهيته المطلقة حتى تدل الغاية النافية للخيار على سلب ماهيته، كي يدعى أن هذا السلب ملازم للزوم. ومن المعلوم عدم إرادة ماهية الخيار، إذ لا معنى

أ: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث: ٢

ب: المصدر، ص ٣٤٦، الحديث: ٥

ج: المصدر، ص ٣٤٦، الحديث: ٦

د: المصدر، ص ٣٤٦، الحديث: ٣، رواه الكليني عن محمد بن يحيى الططار عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن جميل عن فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام، و الكل ثقات، فالرواية صحيحة.

هـ: المصدر، الحديث: ٤

و: المصدر، ص ٣٤٧، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث: ١ و ٢ وغيرهما من أخبار الباب.

لجعل الافتراق غاية لمطلق الخيار مع كونه غايةً لخيارٍ واحدٍ فقط، بداهةً أنّ سائر الخيارات على كثرتها غير معيّنة بالافتراق، فجعل الافتراق غايةً لماهية الخيار - مع كونه غايةً لخيارٍ واحدٍ و مسقطاً له فقط مع ثبوت سائر الخيارات - مستهجنٌ عند أبناء المحاورة، فلا بد من إرادة خيارٍ خاصٍّ و هو خيار المجلس، و من المعلوم أنّ سلبه من السلب الخاص غير الملازم للزوم.

**وَأما الطائفة الثانية** فيظهر الجواب عنها مما تقدم في الجواب عن الطائفة الأولى، فإنّ قوله **عليه السلام**: «فلا خيار» محمول على الخيار المذكور في الصدر، لتبعية الذيل له.

مضافاً إلى: ما عرفت من أنّ سلب ماهية الخيار مع ثبوت جميع الخيارات - إلاً واحداً - مستهجنٌ عرفاً، فمع كون جميع الروايات بصدد بيان ثبوت خيار خاص لا طبيعة الخيار - و أنّ المسلوب بعد الغاية و هي الافتراق هو الخيار الخاص، لا لأجل أنّه المفهوم، بداهة كون المفهوم الاصطلاحي هو ما إذا عُلق على الغاية سنخ الحكم لا شخصه - لا يبقى ظهور لصحيحة الحلبي في الإطلاق، و لا في حكمٍ آخر غير ما في سائر الروايات، فلا محيص عن حمله على الوجوب الحيثي.

و بالجملة: فلو دار الأمر بين الحمل على الوجوب الفعلي المطلق، و الالتزام بخروج جميع الخيارات على كثرتها تقييداً، و بين الحمل على الوجوب الحيثي، فالترجيح للثاني. فعلى هذا لا يصحّ التمسك بالروايات التي صرّح فيها بالمفهوم، لأنّه ليس من المفهوم المصطلح، بل من السلب الخاص الذي لا يترتب عليه إلاً الوجوب الحيثي، لا الوجوب الفعلي المطلق المترتب على المفهوم المصطلح كما لا يخفى.

**وَأما الطائفة الثالثة** ففيها - مضافاً إلى ظهورها باعتبار قوله **عليه السلام**: «استوجبها في البيع بالصيغة، و إلى: تعارف البيع بالصيغة في الأراضي و القرى، و بعد إشترائها معاطاةً - أنّها قضية شخصية لا يعلم الحال فيها، فليس لها إطلاق يشمل المعاطاة.

**فتلخص:** أنّ روايات خيار المجلس بطوائفها الثلاث لا تدل على لزوم المعاطاة،



و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup>

### الدليل السابع: الأمر بالوفاء بالعقود

(١) هذه الآية الشريفة دليل سابع على أصالة اللزوم، ونسب الفاضل العراقي رحمته إلى المشهور إستدلالهم بها على لزوم كل عقد عرفي. ولم يتعرض المصنف رحمته هنا لتقريب دلالتها على المدعى، وإنما أفاده في أدلة اللزوم في أول الخيارات، فينبغي توضيح كلامه هنا و عدم الإحالة على بحث الخيارات مع ما بين المبحثين من الفصل الكثير، فنقول و به نستعين و بوليّه

و عمدة الوجه في عدم دلالتها على ذلك هو كون الوجوب حيثياً، بعد وضوح جعل الافتراق غايةً لخصوص خيار المجلس، فسلب الخيار حينئذٍ سلب الخاص، فكيف يترتب عليه سلب العام وهو طبيعة الخيار؟ فلا إطلاق لوجوب البيع يقتضي لزومه على وجه الإطلاق بعد الافتراق. فما في تقرير سيدنا الخوني رحمته من «أن إطلاقها يقتضي اللزوم على وجه الإطلاق بعد التفريق، فلا موجب لصرفها إلى اللزوم من ناحية خيار المجلس» في غاية الغموض، فلاحظ و تأمل.

ألهم إلا أن يقال: إن مقتضى إطلاق البيع الموضوع للخيار هو لزوم البيع بالافتراق، سواء أكان بيعاً فعلياً أم قولياً، فنفس هذا الإطلاق ينفي الفرد الجوازي للبيع. و بعبارة أخرى: كأنه قيل: كل فرد من أفراد البيع فيه الخيار، ما لم يفترق المتبايعان، فمع افتراقهما يجب البيع و جوباً مطلقاً. غاية الأمر أن هذا الإطلاق يُقيد بأدلة سائر الخيارات، فإن سائر الخيارات ثابتة بأسبابها الخاصة. بخلاف خيار المجلس، فإنه ثابت للبيع أولاً و بالذات، ولذا أُطلق الخيار فيه بقوله: «البيعان بالخيار» و أريد به أن الخيار الثابت لطبع البيع مع الغض عن خصوصية المبيع هو خيار المجلس فقط، فلا ينافي ثبوت خيار الحيوان و غيره من الخيارات. فدعوى دلالة أخبار خيار المجلس على لزوم البيع بسقوطه قريبة جداً، و الله العالم.

أ : المائة، الآية : ١

ب : عوائد الأيتام، ص ١

ج : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٤٣

صلوات الله وسلامه عليه نتوسل ونستجير:

إن الاستدلال بالآية المباركة يكون تارةً بجعل الأمر بالوفاء مولويًا، وأخرى إرشاداً الى صحة المعاملة بالمعنى الأعم، ولما كان مختار المصنف هو الأول كان اللازم الإقتصاص على المقدمات الدخيلة في إثبات مقصوده تَبَيَّرُ.

الأولى: أن الأصل الأولي في مدلول هيئة «افعل» هو الوجوب التكليفي وبعث المكلف نحو المادة، وهذا أصل متبع لا يرفع اليد عنه إلا بقرينة، كما التزموا به في صرف الأمر بأجزاء المركبات الى الإرشاد الى الجزئية. وأما في المقام فلا قرينة تقتضي الحمل على الإرشاد الى صحة المعاملة ولزوم العقد، فيبقى الأمر بالوفاء على ظاهره من الوجوب المولوي.

الثانية: أن معنى الوفاء الذي وقع في حيز الأمر هو القيام بمقتضى العقد، كما عن البيضاوي، فإذا دلّ عقد البيع على تملك العاقد ماله لغيره وجب عليه العمل بمقتضاه من تسليمه الى المشتري، و ترتيب آثار مملوكيته له، فلا يجوز أخذه منه بغير رضاه، فإذا تصرف البائع فيه بغير رضى المشتري كان ذلك نقضاً للعقد لا وفاة به.

ثم إن في هذا الوفاء المأمور به مدلولاً آخر، وهو إطلاقه الأزمان والأحوالي، وربما يعبر عن الأول بعمومه بحسب الأزمان، كما في دوران الأمر بين الرجوع الى حكم العام واستصحاب حكم المخصص.

الثالثة: أن «العقود» التي يجب الوفاء بها تكليفاً والعمل بمقتضاها قد اختلفت كلماتهم في المراد بها في خصوص الآية المباركة، كما اختلفت كلمات أعلام اللغة في أصل معنى العقد، فينبغي الإشارة الى كلا الاختلافين.

أما في معناه اللغوي ففي اللسان: «العقدُ نقيضُ الحمل» أ وفي المفردات: «المجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك

للمعاني نحو عقد البيع»<sup>أ</sup> وفي القاموس : «عَقَدَ الحبلَ و البيعَ و العهدَ يعقده: شدّه»<sup>ب</sup> و في الصحاح: «عقدتُ البيعَ و الحبلَ و العهدَ فانعقد»<sup>ج</sup> و عن البيضاوي: «العقدُ: العهدُ المشدّد». و في مجمع البيان: «العقود جمعُ عقد بمعنى مقود، و هو أوكد المهود. و الفرق بين العقد و العهد: أن العقد فيه معنى الإستيثاق و الشّد، و لا يكون إلّا بين متعاقدين، و العهد قد ينفرد به الواحد، فكل عهد عقد، و لا يكون كل عقد عهداً. و أصله: عقدُ الشيء بغيره، و هو وصله به، كما يعقد الحبل»<sup>د</sup>.

هذه بعض كلماتهم، و لعلها تتلخّص في معنيين:

أحدهما: مطلق العهد و الالتزام النفساني سواء أكان بين شخصين كالعقود، أم شخص واحد كالحلف و اليمين، و سواء أكان مشدّداً لا يجوز فسخه و العدول عنه أم غير مشدّد. ثانيهما: خصوص العهد المؤكّد الذي يقتضي بحسب طبعه العمل بمقتضاه، و عدم الرجوع عنه. هذا بحسب اللفّة.

و أما اختلاف المفسّرين في خصوص ما يراد من العقود في هذه الآية المباركة، فقد نقل أمين الاسلام أقوالاً أربعة بعد تفسير العقود بالمهود.

أحدها: المهود التي كان أهل الجاهلية يعاهد بعضهم بعضاً على النصرة و المؤازرة و المظاهرة على من حاوّل ظلمهم.

ثانيها: المهود التي أخذها الباري جلّ و علا على عباده بالايان به و طاعته فيما أحلّ لهم أو حرّم عليهم.

أ: مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص ٣٤١

ب: القاموس المحيط، ج ١، ص ٣١٥

ج: صحاح اللفّة، ج ٢، ص ٥١٠

د: مجمع البيان، ج ٣، ص ١٥١

ثالثها: العقود التي يتعاهدها الناس كعقد الأيمان و عقد النكاح و العهد و البيع، أي العقود الفقهية و المعاملات بالمعنى الأعم.

رابعها: العقود المأخوذة من أهل الكتاب على العمل بما فيها من تصديق نبيِّنا ﷺ .  
ثم رجَّح أمينُ الاسلام ﷺ القولَ بعموم العهود لكلِّ ما أوجبه الله تعالى على العباد و الفرائض و الحدود و العقود الفقهية المتداولة بين العقلاء.<sup>أ</sup>

و هذه المعاني الأربعة أنهارها الفاضل التراقي إلى ستة أو ثمانية، فراجع كلامه<sup>ب</sup>.  
وكيف كان فتقريب الاستدلال بالآية الشريفة على لزوم المعاطاة هو: أن العقد - سواء أكان مطلق العهد أم خصوص المؤكَّد - يصدق على المعاطاة، إذ لا شبهة في أن عنوان العقد لا يتقوم باللفظ، لحصول المعاقدة - و الربط بين التزامين - بكلِّ من اللفظ و الفعل، فيجب الوفاء بما يقتضيه العقد من تملكٍ أو تزويجٍ أو غيرهما، و يحرم نقضه.  
و من المعلوم أن الوفاء بالعقد ليس مجرد ترتيب الأثر عليه حدوثاً، بل يدور صدقُ الوفاء مدارَ القيام بمقتضى العقد بقاءً أيضاً، فلو لم يستمرَّ العاقدُ في العمل بمقتضى العقد لم يصدق الوفاء به، بل صدقَ مقابله و هو النقض الذي هو رفع اليد عن بقاء مقتضى العقد.  
فإذا باع زيدٌ كتاباً من عمرو بالمعاطاة و سلَّمه إياه، و لكنَّه بعد ساعةٍ رجَّعَ و استردَّ الكتاب منه لم يصدق أنه وفي بالعقد بقولٍ مطلق، بل صدقَ عليه عنوانُ النقض، لأنَّ وفاءه كان في الساعة الأولى خاصة، مع أن مدلول الآية الشريفة وجوبُ ترتيب أثر العقد في جميع الآتات المتأخرة عن العقد، و هذا هو اللزوم، إذ لا يجوز للبائع أن يفسخ العقدَ و يتملك الكتابَ مرَّةً أخرى.

و بهذا التقريب ظهر عدمُ جريان توهم التمسك بالعام في الشبهة المصدقية «لاحتال تأثير الفسخ و الرجوع في رفع أثر العقد، و عود المال الى البائع» وجه عدم الجريان: أن الآية

أ: مجمع البيان، ج ٣، ص ١٥١ و ١٥٢

ب: عوائد الأيام، العائدة الاولى، ص ٢ إلى ٥

بناءً<sup>(١)</sup> على أن العقد هو مطلق العهد كما في صحيحة عبدالله بن سنان، أو العهد المشدّد كما عن بعض أهل اللغة<sup>(٢)</sup>، وكيف كان<sup>(٣)</sup> فلا يختص<sup>(٤)</sup>

المباركة - بمقتضى الاطلاق - تدل على وجوب الوفاء بالعقد في كل حال و في كل زمان، فالتصرفات الواقعة بعد الفسخ محرّمة أيضاً، لكونها نقضاً للعقد، و ينتزع من حرمة هذه التصرفات تكليفاً فسادُ الفسخ وضماً، و عدم ارتفاع العقد به بناءً على ما حرّر في الاصول من إنتزاع الوضع من التكليف و عدم تأصله في الجمل، هذا.

(١) قد عرفت وجه هذا التقييد، و أن الاستدلال بالآية يتوقف على أحد القولين في

المراد بالعقد.

أحدهما: مطلق العهد، كما رواه عليّ بن إبراهيم في تفسيره - بسند صحيح - عن

الصادق عليه السلام.

ثانيهما: خصوص العهد المشدّد، كما ورد في كلام جمع من اللغويين.

و أمّا لو كان المراد بالعقد في هذه الآية المباركة أموراً آخر - كما تقدمت في كلام مجمع

البيان - كانت أجنبية عمّا نحن فيه.

(٢) كالفيروزآبادي و الجوهري و البيضاوي، و نحوهم صاحب معيار اللغة.

(٣) أي: سواء أكان العقد مطلق العهد أم خصوص المشدّد يتجه الاستدلال، لعدم

إختصاص مطلق العهد - و لا خصوص المشدّد منه - باللفظ، لصدقه على إنشائه بالفعل أيضاً.

و بالجملة: فالمراد بالوفاء بالعقد هو العمل به مستمراً، و يقابله الحُلُّ و التقصُّ.

و المقصود بالأمر هو وجوب الوفاء تكليفاً في جميع الأزمنة التي منها زمان فسخ أحدهما،

فلا ينفذ الفسخ في إنحلال العقد.

(٤) أي: لا يختص العقد باللفظ كما قيل، إذ المعاقدة كما تحصل بالقول كذلك تحصل

بالفعل، فتكون المعاطاة عقداً، حيث إن المراد بالشّد مطلق الربط و إن لم يكن لازماً، و لذا يمكن

الجمع بين التفسير بالعهد الموثق و بين حسن الوفاء به، و هو كالمفسّر لسائر كلمات أهل اللغة

تمن عبّر بالشّد كالقاموس و المعيار و المنجد و أقرب الموارد، فالمراد بالإحكام

باللفظ (\*) فيشمل المعاطاة .

والشّد هو إيقاع الربط كما يستفاد من المحكيّ عن أقرب الموارد «عَقَدَ الحَبْلَ و البَيْعَ و العهدَ و البَيْنَ و نحوها عقداً: أَحَكَّهُ و شدّه، و هو نقيض حلّه» و عنه «حل القعدة حلاً: نقضها و فتحها».

(\*) خلافاً للمحقق الثاني بَيِّنْهُ حيث ذهب إلى اختصاص العقد باللفظ، فإنه بعد تقسيم اللزوم الى حكمي و حقي - و تمثيله للأوّل بالنكاح و الضمان و الهبة لذي الرحم و نحو ذلك من القربات التي لا رجعة فيها، و لذا لا تصحّ فيها الإقالة، و لا يصح جعل الخيار لأحد الزوجين في النكاح. و للثاني بالعقود المعاوضية اللفظية من التنجيزية كالصالح و البيع و الإجارة، و التعليلية كالسبق و الرماية - قال مالغظه:

«فإن بقوله: بعثُ يُنشأ أمران: أحدهما مدلول مطابق لللفظ، و هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله الذي ينشأ بالفعل أيضاً، لأنه أيضاً مصداق لعنوان البيع بالحمل الشائع الصناعي. و ثانيهما: مدلول إلزامي له، و هو إلزامهما بما أنشأه، و هو يختص بما إذا أنشأ التبديل باللفظ دون الفعل، فإن الدلالة الالتزامية بحيث يرى في العرف و العادة ملازمة بين تبديل طرف إضافة بمثله و التزام البائع بكون المبيع بدلاً عن الثمن و التزام المشتري بكون الثمن عوضاً عن المضمن تجري في اللفظ.

و أمّا الفعل فقاصر عن إفادة هذا المعنى، فإن غاية ما يفيدُه هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله إذا قصد منه. و أمّا إلزام البائع ببقاء بدلية المبيع للثمن فليس الفعل دالاً عليه ... الى أن قال: فعلى هذا لا يمكن ثبوتاً أن يفيد الفعل الالتزام العقدي، بل هو خارج بالتخصص عن عموم أوفوا بالعقود، فإن العقد إنما يسمى عقداً لكونه مفيداً للعهد المؤكّد و الميثاق و التعهد، و الفعل قاصر عن إفادة هذا المعنى.

نعم يمكن إيجاد هذا المعنى بالفعل أيضاً، إلا أنه لا بالتعاطي، بل بالمصافقة و نحوها. و أمّا باب الألفاظ فحيث إن الملازمات العرفية من أنحاء المدلولات، و العرفُ يرى من أوجد البيع بلفظ - بعث - أنه إلزام ببقائه على ما أنشأه، فيمكن أن ينشأ بلفظ - بعث -

معنيان: أحدهما نفس التبديل، و ثانيهما إلتزامهما بما التزم به من التبديل<sup>أ</sup>.  
 و أنت خبير بأن ما أفاده تَبَيَّنَ مما لم يقدّم عليه دليل، إذ قوله: «بعثت» مثلاً لا يدلّ بمادته و لا بهيئته على الإلتزام ببقاء بدليّة المبيع عن الثمن، و ذلك لأنّ معنى مادّة - بعثت - هو التبديل أو التملك، فمدلول المادة ليس غير تبديل طرف الإضافة. و الهيئته تدلّ على نسبة البيع الى المتكلم نسبةً صدورية. و أمّا الإلتزام باستمرار البدليّة بين المالكين فهو معنى إسميّ أجنبيّ عن مدلول كل من المادة و الهيئته.

فالحق أن يقال: إن كان الإلتزام المزبور من لوازم التبديل المذكور عرفاً، فهذا اللازم ثابت له بمجرد تحقّقه، لأنّه من لوازم ذات التبديل، لا بما أنّه مفاد اللفظ، فإذا ثبت المعنى و هو التبديل بلفظ أو فعل ثبت لازمه المزبور. و عليه فيمتنع التفكيك بين التبديل المتحقّق باللفظ أو الفعل و بين الإلتزام ببقائه.

و إن لم يكن الإلتزام المزبور من لوازم التبديل لم يدلّ التبديل عليه، سواء أنشئء التبديل باللفظ أم بالفعل. و من المعلوم أنّ بناء العرف في تبديل الأموال بالبيع على استمرار البدلية بين الثمن و المبيع، فنفس التبديل من غير فرق بين إنشائه باللفظ أو الفعل يدلّ على الإلتزام المزبور. فدعوى «عدم صدق العقد على المعاطاة لخلوها عن اللفظ، فلا تدل على الإلتزام بالبقاء» خالية عن البرهان.

فلا فرق بين اللفظ و الفعل في الدلالة على الإلتزام المذكور، فصدق العقد على المعاطاة مما لا ينبغي الارتياح فيه، فيشمّلها عموم «أوفوا بالعقود» و يدل على نفوذ التبديل الحاصل من المعاطاة، و الإلتزام و ببقائه و عدم نقضه هذا.

وقد أورد على الاستدلال بالآية المباركة بوجوه:

**الأول:** ما في حاشية المحقق الأيرواني تَبَيَّنَ و غيرها من: أنّ التمسك بالآية بعد الفسخ غير جائز، لكونه من التثبيت بالدليل في الشبهة المصداقية، إذ من المحتمل كون الفسخ موجّباً لإنحلال العقد و ارتفاعه، فلا يحرز معه وجود العقد و بقاؤه حتى يشملهم عموم «أوفوا»، هذا<sup>ب</sup>.

أ: منية الطالب . ج ١ . ص ٦٤

ب: حاشية المكاسب . ص ٨١

و فيه: أنه إن أريد بالعقد الانشائي أو النفساني المقيد بالانشاء فلا إشكال في زواله بنفسه لا بالفسخ. وإن أريد به العهد النفساني فزواله بالفسخ منوط بجعل الفسخ رافعاً له، ومقتضى الإطلاق الأحوالي هو بقاء العقد، و يترتب عليه وجوب إبقائه و عدم نقضه.

وكذا لو كان المشكوك فيه موضوع العقد كالمبادلة التي وقع العقد عليها.

تقرير الشبهة: أنه يحتمل إرتفاع المبادلة بالفسخ، فلا معنى حينئذٍ لوجوب الوفاء بالعقد عليها، للشك في موضوع العقد، الموجب للشك في إندراجها في موضوع وجوب الوفاء.

و الجواب عن ذلك: أن الإطلاق الأحوالي يقتضي لزوم الوفاء في جميع الحالات التي منها حال الفسخ و مقتضى هذا الإطلاق وجود العقد بعد الفسخ، فالمبادلة مثلاً باقية بعد، فيجب الوفاء بالعقد عليها.

و بالجملة: الإطلاق الأحوالي يحرز بقاء موضوع العقد بعد الفسخ.

**الثاني:** أن خطاب «أوفوا» يمنع تكليفاً عن الفسخ واسترجاع العين، لاوضعاً، والمدعى هو عدم تأثير الفسخ في جل العقد لا حرمة التصرف تكليفاً، هذا.

و فيه أولاً: أن وجوب الوفاء ليس تكليفاً، بل هو إرشاد الى صحة المعاملة في جميع الأزمنة و الحالات التي منها حال الفسخ، إذ لا معنى لحرمة التلفظ بكلمة «فسختم أو رجعت» بل المراد هو الارشاد الى صحة العقود و نفوذها حدوداً و بقاء، بحيث لا يؤثر الفسخ في إنحلال العقد و نقضه.

و ثانياً: أن حرمة التصرف في العين بعد الفسخ تكشف عن عدم نفوذ الفسخ في رجوع الفاسخ، إذ لا وجه لحرمة فيها بعد الفسخ إلا بقاء العين على ملك مالكة الفعلي و عدم رجوعه الى ملك الفاسخ، فحرمة التصرف لازم بقاء العقد و عدم إنفاسحه، و هذه الدلالة الالتزامية كافية في إثبات بقاء العقد و عدم تأثير الفسخ فيه، و لا نعني باللزوم إلا بقاء العقد بعد الفسخ، هذا.

**الثالث:** أن الآية لا تجدي في إثبات اللزوم عموماً، وإنما تجدي لإثباته في خصوص ما إذا كان العقد متعلقاً بالفعل حتى يخاطب بخطاب «أوفوا» فلا تشمل الآية العقد الواقع على



النتيجة كالمقام، إذ العقد المعاطاتي واقع على النتيجة. هذا محصل ما يظهر من حاشية المحقق الايرواني <sup>١</sup>.

و فيه: أنّ البيع المعاطاتي كالقولي يتعلق بالتملك أو التبديل، من دون فرق بين العقد القولي والفعلي، فكُلُّ منهما يتعلق بالتبديل مثلاً الذي هو فعل يتعلق به خطاب أوفوا، هذا.

مع أنّ العقد الواقع على النتيجة يتعلق به «أوفوا» باعتبار مقتضياته، فإنّ الملكية يترتب عليها آثارٌ من حرمة تصرف غير المالك أو حرمة مزاحمته، فالوفاء بالملكية عبارة عن التصرفات المترتبة عليها، كما لا يخفى.

الرابع: احتمال إرادة غير ما تعارف بين الناس من المعاطاة ونحوها مما لا يكون مفاده غير التملك و التملك، بأن يكون مرادهم بالعقد - زائداً على الصيغة ونحوها - التشديد والإحكام بقول أو عمل، فلا تشمل الآية المعاطاة المبحوث عنها في المقام، فحينئذ لا يصح الاستدلال بالآية للزوم المعاطاة، هذا.

و فيه: أنّه لا منشأ لهذا الاحتمال إلا ما ورد في كلام بعض اللغويين من تفسير العقد بالعهد المشدّد. لكنّه غير وجيه، لما فيه أولاً من عدم ثبوته، والظاهر أنّه بمعنى العُقدة، وهي أعم من المشدّدة، فهي بالفارسية بمعنى «گره» سواء أكانت محكمة مبرمة أم لا، ففي المنجد: «وَعَقَدَ الخَيْطَ جَعَلَ فِيهِ عَقْدَةً»<sup>٢</sup>.

و التبادر يقضي بأنّه مطلق ما جُعِلَ في الحبل والخيط.

و يشهد لعدم اعتبار الإستيثاق و التوكيد في معناه قولٌ من فسرَه بمطلق العهود

أ: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٨١

ب: المنجد في اللغة، ص ٥١٨، الطبعة المشرونة.

كابن عباس وجماعة من المفسرين على ما في مجمع البيان. وعلى هذا فاستعير عقد الحبل لمطلق الربط في الأمور الاعتبارية سواء أكان فيها شذوذاً أم لا.

و ثانياً: من معارضة من قال من اللغويين باعتبار الشذو في لفظ من لا يقول باعتباره منهم، فلا دليل حينئذ على اعتبار الشذو فيه، فلا مانع من التمسك بالآية الشريفة للزوم المعاطاة. **الخامس:** لزوم تخصيص الأكثر، لخروج المعاملات الجائزة، وهي أكثر من العقود اللازمة، بل وخروج العقود الخيارية، فيخرج بسبب خيار المجلس مثلاً مطلق البيوع، هذا. وفيه أولاً: أنه لا يلزم ذلك، لكثرة العقود اللازمة، وقلة العقود الجائزة.

و ثانياً: أن كل تخصيص أكثر من مستهجن، وأن المستهجن منه هو ما إذا كان الباقي تحت العام بعد التخصيص في غاية القلة، بحيث يكون التعبير عن القليل ببيان العام مستهجنًا عند أبناء المحاورة، وخارجاً عن طريقة البيان عندهم، هذا وأما الخيارات فهي من باب التقييد لا التخصيص، والخيار يكون حينئذ من قبيل إعتبار التقابض في صحة بيع الصرف، فالبيع المشدد المعبر عنه باللازم مقيّد بعدم الخيار فيه، فالتقييد تارة يكون في ناحية الصحة، وأخرى في ناحية الزوم.

ثم إن هذا الاشكال - أي: لزوم تخصيص الأكثر - مبني على كون الآية المباركة بصدد بيان الوجوب التكليفي أو اللزوم الوضعي. وأما إذا كانت بصدد الإرشاد إلى الصحة فلا إشكال، إذ ليس مفادها حينئذ إلا الصحة المشتركة بين العقود - بأسرها - اللازمة والجائزة، فلا يلزم تخصيص أصلاً كما لا يخفى. لكن لازمه أجنبية الآية عن أدلة اللزوم بناءً على ما استفاد من المصنّف رحمته من عدم كونها من أدلة صحة البيع، حيث إنه لم يستدل بها عليها.

**السادس:** أن المراد بالعقود هي العقود المتعارفة في زمان نزول الآية الشريفة، فلا عموم فيها يشمل المعاطاة.

و فيه: أن الجمع المحلّ باللام ظاهر في العموم الشامل للعقود المتعارفة في

ذلك الزمان وغيره، ومن المعلوم أن حمل اللام على العهد إلى عقود خاصة خلافاً للأصل. ونظير هذا الاشكال ما يقال أيضاً من: أجنبية الآية عن العقود الفقهية والعهود المتعارفة، إذ المراد بها العقود التي أخذها الرسول الأعظم ﷺ من المسلمين من الاقرار بولاية أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين، كما يظهر مما رواه القمي عن أبي جعفر الثاني عليه السلام، قال عليه السلام: «ان رسول الله ﷺ عقد عليهم لعلي عليه السلام بالخلافه في عشرة مواطن، ثم أنزل: يا أيها اللذين آمنوا أوفوا بالعقود التي عقدت عليكم لأمر المؤمنين عليه السلام».

وعليه فلا موضوع للاستدلال بهذه الآية على اللزوم من كون الأمر بالوفاء مولوياً أو إرشادياً، ومن كون العقود مطلقاً للعهود أو خصوصاً الموثق منها.

لكن يمكن أن يقال: بأن ورود الآية المباركة في الأمر بالوفاء بالميثاق المأخوذ من المسلمين - بل من كافة أهل السماوات والأرضين - و تطبيقها عليه لا يمنع من عموميتها الاستفادة من الجمع المحلّي باللام، ومن تفسيره بمطلق العهود كما في صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة، فالأمرور به هو الوفاء بكل عقد و عهد يلتزم به المؤمن و أقر به، سواء أكان التزاماً معاملياً أم نذراً أم عقد القلب على الإنقياد للإمام المفترض الطاعة، و القيام بما يقتضيه. وعليه فلا مانع من هذه الجهة عن الأخذ بالعموم، والله العالم.

**السابع:** ما عن الفاضل التراقي رحمته من أنه يحتمل أن يكون المراد بالعقود في الآية سائر معاني العهد كالوصية والأمر والضمنان، قال: «و لو سلمنا أن للعهد معنى يلائم العقود الفقهية، فإرادة ذلك من الآية غير معلومة».

وفيه: أولاً: أنه لم يظهر مرادفة العقد للعهد، بل الظاهر خلافه. وثانياً: أن المتسالم عليه بين اللغويين والفقهاء وغيرهم شمول «العقد» للعقود الفقهية.

أ : تفسير البرهان، ج ١، ص ٤٣٦

ب : عوائد الايام، ص ٨

وكذلك<sup>(١)</sup> قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>أ</sup>

### الدليل الثامن: الأمر بالعمل بالشرط

(١) كما دلت آية وجوب الوفاء بالعقود على اللزوم، كذلك يدل عليه ما روي عنه ﷺ من قوله: «المؤمنون عند شروطهم» وهذا هو الدليل الثامن. وذلك آخر الأدلة التي إستدل بها المصنف رحمته على أصالة اللزوم في الملك.

و ينبغي التعرض لأمرين قبل تقريب الاستدلال:

الأول: أن هذا الحديث الشريف روي مُرسلاً عن النبي الأعظم ﷺ وربما يُرْمَى بالضعف للإرسال، لكنّه رويّ مسنداً في نصوص معتبرة أسنده الإمام عليه السلام في بعضها إلى النبي ﷺ. ولم يُسندْها إليه في بعضها الآخر، وإن كان كلام أولهم وآخرهم صلى الله عليهم أجمعين نوراً واحداً نابعاً من الوحي الالهي و ترجماناً له.

**الثامن:** ما عنه رحمته أيضاً من: أن العهد الموثق إما العقدُ اللازمُ شرعاً، فلائد من إجراره. ومعه لا حاجة الى التمسك بالآية. أو الموثقُ العرفي، فلائد من إثباته. وليس مجرد بنائهم على الإبقاء على مقتضى العقد توثيقاً له، لأن ما لا يقصد فيه الاتيان ألتة لس عهداً، فحصول التوثيق يحتاج الى أمرٍ آخر، وعلى المستدل إثبات التوثيق عرفاً<sup>ب</sup>.

وفيه: ما عرفته من أن المراد بالتوثيق هو العرفي، ولا موجب لإرادة اللزوم الشرعي من العقود اللازمة، بعد ما مرّ من عدم كون الوثيقة أمراً زائداً على نفس الربط أو خصوص اللازم منه على الإحتمالين المتقدمين. فيصح التمسك بالآية لصحة كلِّ معاملة على الثاني، ولصحة المعاملات المبنية على اللزوم عند العرف على الأول.

نعم مع الشك في الموضوع - أعني به العقديّة - لا مجال للرجوع الى الآية المباركة كما هو واضح.

فتحصل: أنه يصح التمسك بالآية على صحة المعاطاة بناءً على كون: ﴿أوفوا بالعقود﴾ بصدد بيان صحة العقود، وعلى لزومها بناءً على كونها بصدد اللزوم الوضعي، هذا.

أ: عوالي الثاني، ج ١، ص ٢١٨، الحديث: ٨٤، و ص ٢٩٣، الحديث: ١٧٣

ب: عوائد الايام، ص ٨

ففي معتبرة منصور بن بزرج - الآتية في التعليقة - إستدلّ الامام الكاظم عليه السلام بهذه الجملة على وجوب الوفاء بالشرط فقال: «فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: المؤمنون عند شروطهم». أ  
 وفي موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليتب لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً». ب

وكذا في معتبرتي عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام ج.

و في معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «و المسلمون عند شروطهم...». د

و عليه فهذا المضمون قد قامت الحجة على صدوره من أهل بيت الوحي عليهم الصلاة والسلام، و مجرد روايتها مرسلّة في عوالي اللثالي غير قادح في الاعتبار.  
 مضافاً الى: أنّها من الروايات المعتمد عليها في الكتب الفقهية من عصر شيخ الطائفة كما لا يخفى: على المتتبع.

الثاني: أنّ المحقق الأردبيلي رحمته الله إستدل بهذا الحديث الشريف على اللزوم، حيث قال: «لعله يظهر عدم الخلاف في أنّ مقتضى البيع هو اللزوم، مستنداً إلى الكتاب و السنة، مثل قوله تعالى: أوفوا بالعقود، و مثل قول أبي عبدالله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله، فإنه لا يجوز، في صحيحة عبدالله بن سنان، و غير ذلك كما سيجيء، فهو مؤيد لما قلناه من اللزوم في بيع المعاطاة، فتذكر». هـ

أ : وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث: ٤

ب : وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث: ٥

ج : المصدر، الحديث: ٢ و ١

د : وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٤٠٨، الباب ٢١ من أبواب موانع الإرث، الحديث: ١

هـ : مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ٣٨٣

وقد حكاه المصنف عنه في أول الخيارات عند ذكر هذا النبوي في عداد أدلة اللزوم، لكنه ناقش في دلالاته بمنع صدق الشرط على الإلتزامات الابتدائية، فراجع.

وأما تقريب الاستدلال بهذا النبوي على لزوم كل عقدٍ سواء أكان مقتضاه الملكية أم غيرها فهو: أن الشرط أطلق على الإلتزام الابتدائي - لا خصوص الإلتزام المأخوذ في ضمن عقدٍ ومعاملَةٍ - في موارد:

منها: قوله عليه السلام في ردٍّ من إشتراط على نفسه عدم الترويج بأمرأةٍ أخرى: «إن شرط الله قبل شرطكم» حيث أطلق الشرط الأول على حكم الله الأولي من تشريع الترويج بأربع. ومنها: قوله عليه السلام في خيار الحيوان: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام» إذ المقصود بالشرط ليس الإلتزام المجمعول في عقد البيع، بل نفس كون المشتري بالخيار إلى ثلاثة أيام. ومنها: ما ورد في دعاء الندبة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في هذه الدنيا» فإن المقصود بالشرط هو الميثاق المأخوذ من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام من الإعراض عن زخارف الدنيا والزهد فيها.

ومنها: غير ذلك مما سيأتي في التعليقة.

فإطلاق الشرط في النصوص على التمهّد الابتدائي مسلّم.

وكذا ورد في كلام بعض اللغويين، قال في المنجد: «الشرط: إلزام الشيء و إلتزامه» وأظاهرة أعمية الشرط من الإلتزام الابتدائي والضمي، فكما يصدق الشرط على الإلتزام بجنيطة ثوب في ضمن بيع كتاب بدينار، كذلك يصدق على نفس بيع الكتاب بدينار، لما فيه من الإلتزام بالمعاملة والمبادلة بين المالين.

وعليه فيشمّل الشرط الإلتزامات المعاملية، من غير فرقٍ بين كونها مبرزةً بمظهرٍ قولي كالبيع بالصيفة، و فعلي كالبيع المعاطاتي، فكأنه قيل: إن المؤمن ملزّم بشرطه، وأنه لا يزول شرطه بالفسخ، فالبيع المعاطاتي من الإلتزامات التي لا تزول بالفسخ، وليس هذا إلا اللزوم،

فإنَّ الشرط لغةً<sup>(١)</sup> مطلق الالتزام<sup>(٢)</sup> فيشمل ما كان بغير اللفظ<sup>(٣)</sup>.

فيدل الحديث المزبور على لزوم المعاطاة (\*).

(١) لا بد أن يكون مقصودُ المصنف من اللغة: بعض اللغويين، وإلا صحَّ نسبه إلى اللغة بقول مطلق، إذ فيها بأيدينا من كتبهم تخصيصُ الشرط بالالتزام الضمني، في اللسان: «إلزام الشيء و إلتزامه في البيع ونحوه» أو نحوه في القاموس وأقرب الموارد. بل في المنجد أيضاً قبل عبارته المتقدمة، حيث قال: «شَرَطَ عليه في بيع ونحوه: أُلزمه شيئاً فيه». وعليه فكون الشرط في اللغة بمعنى مطلق الالتزام غير ثابت. وتام الكلام في التعليقة الآتية.

(٢) يعني: سواء أكان ابتدائياً أم ضمناً، وسواء أكان قولياً أم فعلياً، وعليه فالإطلاق هنا من ناحيتين.

(٣) كالمعاطاة، فإنَّ الالتزام القلبي فيها يكون كالالتزام في البيع القولي، فيشمه الحديث الدال على وجوب الوفاء به بقول مطلق، ومن المعلوم أن رجوع أحد المتعاطيين فيما انتقل عنه بالمعاطاة نقضٌ للشرط، وهو منهي عنه تكليفاً، وليس بنافذٍ وضماً، وهذا هو المقصود من لزوم المعاطاة.

(\*) فيه: أنَّ الاستدلال المزبور مبني على كون الشرط مطلقَ الالتزام، لا خصوص الالتزام الضمني، وذلك غير ثابت، لما عرفت من إختلاف اللغويين في معنى الشرط، وذهاب أكثرهم إلى كونه إلتزاماً في ضمن بيع ونحوه. ومقتضى القاعدة التساقط، والمتيقن - بل المتبادر - خصوص الالتزام الضمني، فلا يُطلق على الابتدائي حقيقةً حتى يصح الاستدلال به على المعاطاة، ولا أقلَّ من الشك في الشمول.

لا يقال: إنَّ إستعماله في الشروط الابتدائية في الروايات كافٍ في ردِّ قول بعض أهل اللغة ممن خصَّ الشرط بالضمني، وإثبات كونه أعمَّ منه ومن الابتدائي، فيطلق «الشرط» على

نفس البيع كما يُطلق على الالتزام الواقع في ضمنه.

فمن تلك الروايات: قول أبي جعفر عليه السلام - في ردِّ من إشتراط عدمَ التزويج بأمرأةٍ أخرى - «ان شرط الله قبل شرطكم» إذ المراد بشرط الله جلَّ و علا هو نفس تشريع التزويج بالثانية، فأطلق الشرط على الحكم الأولي على حدِّ إطلاقه على الالتزام الضمني، المدلول عليه بقوله عليه السلام: «شرطكم».

ومنها: قول عايشة لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - في قضية شراء بريدة - «إِنَّ أَهْلَ بُرَيْرَةَ إِشْتَرَوْا وَلَاءَهَا» فتأمل.

ومنها: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «... و شرط الله أكد» ج

ومنها: قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام» د

ومنها: قول الامام السجَّاد عليه السلام في دعاء التوبة: «و أوجب لي محبتك كما شرطت. و لك ياربِّ شرطي أن لا أعود في مكروهك» هـ

ومنها: ما ورد في دعاء الندبة من قوله عليه السلام: «بعد أن شرطت عليهم الرُّهد... الخ». هذا. فإنه يقال: بعد تسليم كونه مستعملاً في الموارد المذكورة في الشرط الابتدائي - إن الاستعمال أعم من الحقيقة. مع إمكان التفصي عن ذلك: أمّا في قوله عليه السلام: «شرط الله قبل شرطكم» و «شرط الله أكد» فيكونهما مجازاً بقرينة المشابهة، حيث إن شرط الرجل في ضمن عقد النكاح عدم التزويج على إمرأته مشابهة لشرطه تعالى جواز تعدد التزويج في النكاح.

و أمّا مثل قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان... الخ» فبأن المراد به ظاهراً غير الإلزام

- أ: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٤٦، الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ١  
 ب: وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٤٠، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ١  
 ج: مستدرک الوسائل، ج ١٣، ص ٣٠٠، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢  
 د: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١  
 هـ: الصحيفة السجادية، الدعاء الحادي والثلاثون: دعاء التوبة.



والالتزام. وإطلاق الشرط عليه باعتبار الشرط الأصولي و هو كون اللزوم معلقاً على إنقضاء الثلاثة، فلزومه معلق على إنقضائها، و جوازه معلق على بقاء الثلاثة.

و الحاصل: أن شرط جواز البيع هو عدم مضي الثلاثة، فإطلاق الشرط على خيار الحيوان بهذه العناية.

و أما قوله عليه السلام: «و أوجب لي محبتك كما شرطت» فإضافة التعليق منه أيضاً، حيث إن الحب معلق على التوبة، فليس المراد به الالتزام أو الالتزام كما هو مورد البحث.

و أما قوله عليه السلام: «و لك يارب شرطي» فالمراد به هو الضمني، لأن شرط عدم العود وقع في ضمن التوبة.

و أما شرط الولاء للبايع في قصة شراء بريرة فظهوره في الالتزام الضمني لا الابتدائي مما لا يخفى، فراجع الرواية الثانية من نفس الباب، فإنها كالصريحة في أن موالي بريرة شرطوا الولاء في ضمن البيع، ففضى صلى الله عليه وسلم بأن الولاء للمعتق لا للبايع.

و أما إطلاقه على البيع في روايات باب من باع سلعةً بثمن حالاً و بأزيد منه مؤجلاً - كقوله عليه السلام في رواية عمار في حديث «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث رجلاً إلى أهل مكة، و أمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع» أ و في رواية سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلف و بيع، و عن بيعين في بيع»<sup>ب</sup> و رواية الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وسلم: «قال: و نهى عن بيعين في بيع»<sup>ج</sup> - فالظاهر أنه من الإطلاق على الشرط بمعنى التعليق، لا بمعنى الالتزام الابتدائي حتى يتم مدعى المستدل.

توضيحه: أن المراد هو بيع سلعةً بثمنين مختلفين - زيادةً و نقيصةً - باختلاف كونه

مؤجلاً وحالاً، فكأنه قال: إن كان حالاً فيكذا، وإن كان مؤجلاً فيكذا، بإطلاق الشرط على البيع حينئذ باعتبار هذا التعليق الذي هو شرط، لا بمعنى الإلزام و الإلتزام حتى يكون إلتزاماً إبتدائياً، و ثبت به إطلاق الشرط على الإلتزام مطلقاً و إن كان إبتدائياً، و باعتبار التبادل يصدق «بيعان في بيع».

وأما الروايتان الواردتان في أبواب المهور فهما:

**الأولى:** ما رواه منصور بن بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة، ثم طلقها، فبانت منه، فأراد أن يراجعها، فأبث عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بداله في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بنس ما صنع، و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار؟ قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: المؤمنون عند شروطهم.» أ

**الثانية:** ما رواه ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل قال لإمرأته: إن نكحتك عليك أو تسزيت فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء. إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له و لا عليه.» ب

و نقول فيهما: أما الرواية الأولى التي استدل بها على إلحاق الشروط الإبتدائية بالضمنية حكماً - و إن لم يصدق عليها الشرط موضوعاً - فالجواب عنها - بعد الغض عن ظهورها في الشرط الضمني الواقع في ضمن العقد أو وقوع العقد مبتئياً عليه - هو: أن الإلحاق الحكمي إنما يصح بعد إعتبار الرواية. و ليس كذلك، لأنها معارضة بما دل على بطلان هذا النحو من

أ: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث: ٤  
و كلمة: «بزرج» بضم الباء الموحدة - و قد تفتح - و ضم الزاء المعجمة، و سكن الراء المهملة ثم الجيم، معرب: بزرگ أي الكبير، نص عليه في القاموس، كما نقله العلامة الماسكاني رحمته الله في تنقيح المقال.

ب: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٤٧، الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث: ٢

الشروط، ولذا حُجِّمَت على التقية أو الاستحباب، هذا.

و أما الرواية الثانية الظاهرة في كون شرطته مفروغاً عنها، وأن عدم الجواز إنما هو لأجل مخالفته لكتاب الله، ولا أقل من إثبات الإلحاق حكماً، ففيها: - مضافاً إلى عدم ثبوت كونه ابتدائياً، لقوة احتمال أن يكون الشرط في ضمن العقد و لو بوقوع عقد النكاح مبنياً عليه - أن الاستدلال المزبور مبني على التقية، حيث إن الطلاق لا يقع بهذا النحو مطلقاً وإن كان الشرط سائغاً، ولعل بناء الناس على إدراج هذا النحو من الالتزام في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «المؤمنون عند شروطهم» إنما كان لأجل قرائن، لا لكونه مقتضى العرف واللغة.

**و الحاصل:** أن دلالة هذين الخبرين على أعمية الشرط للابتدائي - و إلحاق الابتدائي

بالضمني حكماً - في غاية المنع.

**و أمّا ماورد في باب إشتراء الطعام و تغير السعر قبل قبضه من الروايات أ - التي يظنّ منها إطلاق الشرط على البيع، أو مطلق القرار، و كذا في باب السلف و غيره - ففيه: أن المراد به ظاهراً هو الشرط بمعنى التعليق، أو الشرط الضمني، فلا تجدي في المقام، و لا تثبت إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي حتى يقال: إن المعاطاة أيضاً التزام ابتدائي، فيشملة حديث: المؤمنون عند شروطهم.**

**فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنه لم يثبت إطلاق الشرط لغةً و عرفاً على الالتزام الابتدائي**

**الذي جعل المصنّف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ الاستدلال مبنياً عليه، هذا.**

و لا يخفى أنه يمكن منع صحة الاستدلال بالحديث المزبور و لو بعد تسليم أعمية الشرط للشرط الابتدائي موضوعاً أو حكماً، و ذلك لأنّ البيع مبادلة خاصة أو تعليق عين متمولة بعوض متمول على ما تقدم في محله، و على التقديرين لا يندرج البيع و غيره من

العقود في الشرط الذي معناه الالتزام، و من المعلوم أنّ الإلزام أو الالتزام ليس معنى مطابقاً للمعاملات، ولا إلتزامياً لها. نعم بناء العقلاء على لزوم بعض المعاملات وإن كان مسلماً، لكنه غير كون المعاملة إلزاماً وإلتزاماً، كما هو مورد البحث. فدعوى تمامية الاستدلال بناءً على أعمية الشرط للشرط الإبتدائية غير مسموعة.

نعم لو ثبت كون الشرط مطلقاً الجعل والقرار - أو مطلق الجعل المستتبع للإلزام والصيق كما عن بعض حواشي المتن - لكان البيع ونحوه داخلاً فيه، وأصح التمسك بحديث: المؤمنون عند شروطهم.

لكنهما ضعيفان، إذ لازم الأول صحة إطلاق الشرط على جعل النُصْب والإشارات، وهو كما ترى.

ولازم الثاني صحة إطلاق الشرط على جعل الأمانة الشرعية المستتبعة للصيق والإلزام، ولم يعهد هذا الإطلاق أصلاً.

نعم يمكن إلغاء الخصوصية عرفاً والتعدي إلى الشروط الإبتدائية - بل إلى مطلق الجعل والقرار - بمناسبة الحكم والموضوع، بدعوى: أنّ العرف يفهم من مثل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «المؤمنون عند شروطهم» أن ما يكون المؤمن مُلزماً به هو نفس الجعل وقراره من غير دخالة لعنوان الشرط فيه، فالضمنية والإبتدائية والشرط وسائر عهوده على السواء في ذلك، فينتج الاستدلال حينئذٍ بحديث «المؤمنون عند شروطهم» على لزوم المعاطاة، هذا.

لكنه لا يخلو من تأمل، لأنّ إلغاء الخصوصية منوط بالعلم بوحدة المناط، أو ظهور اللفظ في العموم ولو بقرينة توجب كون اللفظ ظاهراً فيه عرفاً. والكل مفقود في المقام. ومجرد الاحتمال غير مجدٍ كما لا يخفى. فالاستدلال بالحديث لإثبات لزوم المعاطاة وكونها كالبيع بالصيغة غير وجيه. هذا.

فتلخص ممّا ذكرنا: أنّ الاستدلال بحديث «المؤمنون عند شروطهم» لا يستقيم بشيء من الوجوه المزبورة: من أعمية الشرط للشرط الإبتدائية، ومن إلغاء خصوصية الشرط،

والمحصل<sup>(١)</sup>: أن الحكم باللزوم

(١) لما فرغ المصنف رحمته من إقامة الدليل على أصالة اللزوم نبه على ما تحصل منها تمهيداً للمناقشة في ترتب الملك اللازم على خصوص المعاطاة في البيع. و حاصل تلك الأدلة الثمانية أمران:

الأول: أن الأصل في كل عقد مملك هو اللزوم، سواء حصل بالبيع أم الصلح أم الهبة أم غيرها، و تزلزه منوط بدليل خاص.

الثاني: أن الأصل في خصوص البيع هو اللزوم، سواء أنشئ باللفظ أم بالتعاطي. و عليه فلا يبقى مجال لسائر الأقوال في المسألة، مثل كون المعاطاة بيعاً فاسداً كما في نهاية العلامة، و كونها مفيدة للباحة المحضة كما نص عليه المشهور في كلماتهم، و كونها مفيدة للملك اللازم بشرط كون الدال على التراخي لفظاً كما نقله الشهيد الثاني عن بعض مشايخه، و وافقه جمع.

و مقصود المصنف فعلاً تمهيد الكلام لرفع اليد عن هذا الأمر الثاني، و أن أصالة اللزوم في العقود المملكة و البيع اللفظي و إن كانت حجة، إلا أنها في خصوص المعاطاة معارضة

و من جعل الشرط مطلق الجعل أو خصوص الجعل المستتبع للإلزام و الضيق، و لا من إطلاق الشرط على البيع في بعض الروايات المتقدمة، و ذلك لما عرفت من المناقشة في الجميع.

ثم إن قوله و الله اعلم: «المؤمنون عند شروطهم» جملة خبرية استعملت في مقام الانشاء كسائر الجمل الخبرية المستعملة في الانشاء، و المنشأ هو الوجوب كما يقتضيه الغلبة فدعوى: «كون المستفاد منها حكماً أخلاقياً مسوقاً لما يقتضيه الايمان و يقود إليه، نظير: المؤمن إذا وعد و فني» كما أفاده المحقق الايرواني رحمته غير مسموعة. فدلالة الحديث على وجوب الوفاء بالشروط مما لا مساع لإنكاره. و بقية الكلام في هذا المقام موكولة الى مبحث الشروط.

في مطلق الملك<sup>(١)</sup>، و في خصوص البيع<sup>(٢)</sup> مما لا يُنكر. لكن<sup>(٣)</sup> الظاهر فيما نحن فيه<sup>(٤)</sup> قيام الإجماع

بالاجماع على عدم لزوم الملك فيها، فلا بد من علاج المعارضة، وستأتي تنمة الكلام في ذلك. (١) كما اقتضته الأدلة العامة، وهي آيتا حرمة الأكل بالباطل ووجوب الوفاء بالعقود، وحديث السلطنة والحل والشرط، والاستصحاب.

(٢) كما اقتضاه أخبارُ خيار المجلس، لاختصاص مدلولها بلزوم عقد البيع.

(٣) هذا شروع في الاشكال على القول بإفادة المعاطة للملك اللازم، و غرضه إقامة الدليل على تخصيص قاعدة لزوم - في الملك و البيع - بالمعاطة، وأن الملك الحاصل بالمعاطة خارج عن حيز هذه القاعدة، لوجوه:

أولها: الاجماع، و هو يقرّر تارةً بنحو الاجماع البسيط، و أخرى بنحو الاجماع المركب.

ثانيها: دلالة بعض الأخبار على اعتبار اللفظ في إنشاء البيع.

ثالثها: السيرة على عدم الاكتفاء بالتعاطي في البيوع الخطيرة.

أما الاجماع فالظاهر تحققه، في الجواهر - لدى التعليق على قول المحقق: و لا يكفي التقابض - مالفظه: «للأصل المقرّر بوجوه: الاجماع بقسميه أو الضرورة. و صدقُ البيع مثلاً بعد التسليم و التجارة عن تراضٍ لا يستلزم تحقق العقد الذي يترتب عليه اللزوم...»<sup>(١)</sup>

و عليه لا بد من تخصيص أصالة لزوم في الملك و البيع، و الالتزام بالملك المترزّل الذي اختاره المحقق الثاني، و يتوقف لزوم المعاطة على طروء بعض الملزمات من التلف و التصرف ونحوهما.

هذا كله في أصل تحقق الاجماع، و سيأتي بيان بعض الوجوه المؤيدة له.

و أما سائر الأدلة فسيأتي بيانها بعد ذلك إن شاء الله تعالى:

(٤) و هو المعاطة.

على عدم لزوم المعاطة<sup>(١)</sup> بل ادّعاء صريحاً بمعض<sup>(٢)</sup> الأساطين في شرح القواعد.  
ويعضده<sup>(٣)</sup> الشهرة المحققة، بل لم يوجد به<sup>(٤)</sup> قائل

(١) هذا هو الاجماع البسيط على عدم لزوم المعاطة، في مقابل الاجماع المركب الآتي.  
(٢) يعني: أن كاشف الغطاء رحمته يدعى الاجماع على عدم لزوم المعاطة، لا بمجرد الاجماع على اعتبار اللفظ في البيع، لاحتمال إرادة عدم الصحة لا عدم اللزوم. لوضوح أن الاجماع على اعتبار اللفظ يلتزم مع القول بالإباحة كما هو المشهور، والقول بالملك المترزل.  
وبهذا ظهر وجه إضرابه عن ظهور الاجماع الى صراحته في نفي اللزوم، حيث إن معقد إجماع مثل صاحب الجواهر مجرد اعتبار اللفظ في البيع والعقود اللازمة. ومعقد إجماع كاشف الغطاء نفي تأثير المعاطة في الملك اللازم.

(٣) أي: وعضد الشهرة الإجماع، و غرضه تأييد دعواه الاجماع - على عدم لزوم المعاطة - بأمر ثلاثة، وهي الشهرة و اجماعان منقولان:

فالأول هو الشهرة الفتوائية القطعية على عدم ترتب الملك اللازم على المعاطة. قال الشهيد الثاني - في شرح قول المحقق: و لا يكفي التقابض - مالفظه: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون إجماعاً، غير أن ظاهر المفيد رحمته يدل على الاكتفاء في تحقق البيع بما دل على الرضا به...» فإن المشهور ينكرون لزوم الملك بالمعاطة، سواء أقيمت عبائرهم على ظاهرها من الإباحة المحضنة، أم حُملت على الملك الجائز.

و على هذا فالاجماع المدعى على عدم اللزوم يتأيد بفتوى المشهور، ويشكل مخالفته بدعوى كونه منقولاً بخبر الواحد.

(٤) أي: بلزوم المعاطة، و غرضه الترقى عن الشهرة إلى دعوى الاجماع، يعني: أن الاجماع الذي ادّعاء كاشف الغطاء على عدم اللزوم ليس إجماعاً حادناً، بل هو مستلحق من السلف الصالح، لذهاب الأصحاب طراً - قبل عصر المحقق الأردبيلي - الى عدم اللزوم.  
فان قلت: إن القائل باللزوم من القدماء هو المفيد، فلا إجماع منهم على عدم اللزوم،

إلى زمان بعض<sup>(١)</sup> متأخري المتأخرين، فإن<sup>(٢)</sup> العبارة المحكيّة عن المفيد رحمته في المقنعة لا تدلّ على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به<sup>(٣)</sup>، فإن المحكي عنه أنه قال: «ينعقد البيع على تراضٍ بين الإثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعاً وتراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان» انتهى.

ولا ينحصر القائل باللزوم في المحقق الأردبيلي وغيره ممن هو في طبقة متأخري المتأخرين. قلت: الظاهر إتفاق القدماء على عدم اللزوم، لعدم إحراز مخالفة الشيخ المفيد لهم، اذ في عبارته احتمالان، وليس كلامه صريحاً ولا ظاهراً في اللزوم حتى يعدّ مخالفاً للمشهور.

(١) وهو المحقق الأردبيلي والكاشاني<sup>(٢)</sup> والمحدث الجزائري رحمته قال جدنا الأجل السيد الجزائري رحمته في ذيل الكلام المتعلق بآية التجارة - على ما حكى عنه - مالفظة: «و اعلم أنه يمكن أن يستفاد من ظاهر الآية حكمان، أحدهما عدم توقف المبايعة و لزومها على العقد المصطلح بين فقهائنا من الإيجاب و القبول كميّة و كميّة، لأنّه جعل مناط الصحة هو التراضي، و هذا عن شيخنا المفيد طاب ثراه في تجويز بيع المعاطاة. و ثانيها: فساد بيع الفضولي، لأنّه لم يقع عن تراضٍ من أهل المال، و إليه ذهب الشيخ رحمته في المبسوط. و المشهور بين علمائنا الجواز تعويلاً على رواية عروة، و ذكرَ مضمونَ الرواية، ثم قال: وفيه بعد تسليم الرواية جاز أن يكون ذلك لكون النبي صلّى الله عليه وآله وكلّه وكالة مطلقة» انتهى كلامه رفع مقامه.

و الشاهد في قوله: «عدم توقف المبايعة و لزومها على العقد المصطلح بين الفقهاء» لصراحة هذا الكلام في إفادة المعاطاة ملكاً لازماً.

(٢) هذا دفع ما يتوهم من منافاة ما عن المفيد من اللزوم لقوله: «بل لم يوجد به قائل ... الخ» و قد تقدم توضيحه بقولنا: «ان قلت ... قلت».

(٣) أي: الاعتراف بعدم الدلالة، قال العلامة في المختلف: «و لا تكفي المعاطاة في العقد،

أ: المقنعة، ص ٥٩١

ب: مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٤٢، مفاتيح الشرائع، ج ٣، ص ٤٨

ج: غاية المرام في شرح تهذيب الاحكام، الجزء الثالث، مخطوط.



و يقوى<sup>(١)</sup> إرادةُ بيان شروط صحة العقد الواقع بين إثنين وتأثيره في اللزوم، وكأنه لذلك<sup>(٢)</sup> حكى كاشفُ الرُّموز عن المفيد و الشيخ رحمتهما اللهُ: أَنَّهُ لا بَدَّ في البيع عندهما من لفظ مخصوص.

ذهب إليه أكثر علمائنا، وللمفيد رحمتهما اللهُ قولٌ يوهم الجواز، فإنه قال: و البيع ينعقد... الخ» ثم قال العلامة: «و ليس في هذا تصريحٌ بصحته، إلا أَنه موهم»!

و مقصوده: أَن العبارة المذكورة تُوهِم صحة المعاطاة - عند المفيد - و إفادتها للملك، و ليست صريحةً في ذلك حتى يُعدَّ المفيدُ مخالفاً للقائلين بعدم لزوم المعاطاة.

(١) غرضه أَن عبارة الشيخ المفيد رحمتهما اللهُ تحتمل ضعيفاً إرادة اللزوم بعد إستجماع البيع للشروط التي ذكرها، و من المعلوم أَن الصيغة لم تُذكر من تلك الشروط، و مقتضى ذلك كون المعاطاة الجامعة لتلك الشرائط لازمة، فعليه يكون الشيخ المفيد رحمتهما اللهُ مخالفاً للمُجمعين.

و لكن يحتمل في عبارته قوياً عدمُ إرادة إنحصار شروط الصحة و اللزوم فيما ذكره حتى يقتضي عدمُ التصريح بشرط آخر إنعقاد البيع و لزومه، بل مقصوده بيان شرائط الصحة كمعرفة العوضين، و الزاضي بالبيع، و شرائط اللزوم كالتقابض المترتب على البيع، و الإفتراق بالأبدان، و مقتضى شرطية شيءٍ هو فقدان المشروط بانتفائه، كشرطية الطهارة للصلاة، فإن مقتضى شرطيتها هو إنعدام الصلاة بانعدامها، و من المعلوم أَن شرطية الطهارة لها لاتنافي شرطية شيءٍ آخر للصلاة كما لا يخفى.

و عليه فشرطية ما ذكره الشيخ المفيد رحمتهما اللهُ لصحة البيع و لزومه لاتنافي شرطية غيره كالإيجاب و القبول.

و يؤيده أَن الشيخ المفيد لم يذكر الصيغة في عقد النكاح، مع أَن اعتبارها فيه من القطعيّات، فحينئذٍ لا يمكن عدُّ المفيد مخالفاً.

فغرض المصنف من قوله: «و يقوى» هو عدمُ كون المفيد مخالفاً للمُجمعين.

(٢) يعني: و لأجل كون مراد المفيد شروطاً صحة البيع و لزومه حكى كاشفُ الرُّموز... الخ، حيث بنى الفاضلُ الأبِّي رحمتهما اللهُ صحة بيع الفضولي و بطلانه على إقتضاء النهي في المعاملات فساداً

و قد تقدّم<sup>١</sup> دعوى الإجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً<sup>٢</sup>.

المنهي عنه. و عدمه، فالقائل بالاعتضاء يلزمه القول بالفساد، إلا أن يقول إن عقد البيع لا يستلزم لفظاً مخصوصاً، بل كل ما يدل على الانتقال فهو عقد، ثم قال: «و اذا تقرر هذا فلا إشكال على شيخنا دام ظله - وهو المحقق الحلبي - لأن النهي عنده في المعاملات لا يقتضي الفساد، و لا للبيع لفظ مخصوص. بل يُشكل على الشيخين، لأنها يُخالفانه في المسألتين»<sup>أ</sup>.  
و الشاهد في الجملة الأخيرة، حيث إنه نَسَبَ - جازماً - إلى الشيخ المفيد و الطوسي قِيَرًا إعتبارَ لفظ مخصوص في عقد البيع، فيكون مختار الشيخ المفيد ما هو المشهور من إعتبار الصيغة المخصوصة في إنعقاد البيع، و ليست المعاطاة بيعاً.

و لعل إسناد كاشف الرموز إعتبارَ اللفظ المخصوص في البيع الى المفيد يُؤَيِّدُ يكون لأجل إعتبار التقابض بعد قوله: «و ينعقد البيع» إذ لا معنى لشرطية التقابض للمعاطاة، لأن حقيقتها التقابض، و لا معنى لكون شيء شرطاً لنفسه، فلا بد أن يراد بالبيع بقوله: «و ينعقد البيع» خصوص القولي، و عليه فمورد كلام الشيخ المفيد هو البيع اللفظي، لا الأعم منه و من الفعلي، و لا خصوص الفعلي حتى يقال: إنّه قائل باللزوم، و مخالفٌ للمُجمِعين القائلين بعدم لزوم المعاطاة.

(١) غرضه قِيَرًا من الإشارة الى كلام السيد ابن زهرة قِيَرًا تأييد ما ادعاه بقوله: «بل لم يوجد به قائل الى زمان بعض متأخري المتأخرين» وهذا معارضٌ ثانٍ للإجماع المنقول الذي إدعاه بعض الأساطين، فليس ذلك إجماعاً منقولاً بخبر الواحد حتى يُرمى بعدم الاعتبار، بل هو إجماع متضافر النقل.

(٢) حيث قال في عبارته المنقولة عند نقل الأقوال في المعاطاة: «و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة . . . فإن ذلك ليس ببيع. يدلُّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه»<sup>ب</sup>.

أ: كشف الرموز ج ١، ص ٤٤٥ و ٤٤٦

ب: غنية النزوع، ص ٥٢٤ (المواضع الفقهية).

وهو <sup>(١)</sup> نصٌّ في عدم اللزوم (\*).

(١) يعني: وإجماع السيد ابن زهرة على نفي بيعية المعاطة نصٌّ في عدم لزومها بلحاظ القدر المتيقن منه.

فان قلت: لا وجه لجعل إجماع السيد مؤيداً ومعاضداً لإجماع بعض الأساطين على عدم ترتب الملك اللازم على المعاطة، وذلك لأنَّ مقصود السيد من الاجماع على نفي بيعية المعاطة نفي الماهية والصحة، لقوله: «وإنَّما هو إباحة التصرف» و عليه فالمعاطة عند ابن زهرة بيع فاسد لا يفيد الملك أصلاً لا مترزلاً ولا مستقراً، و تنفيذ الإباحة تعبداً، فلا ربط لكلامه بنفي الملك اللازم وإثبات الملك الجائز حتى يكون معاضداً لاجماع كاشف الغطاء على نفي اللزوم. قلت: لا مانع من الاستشهاد بكلام السيد و جعل دعواه الاجماع مؤيداً لعدم اللزوم.

وذلك لدلالة قوله: «ليس ببيع» على أمرين: أحدهما: نفي اللزوم، والآخر: نفي الصحة. ودلالته على الأوّل تكون بالصراحة، إذ الأثر الأقصى المترتب على البيع هو الملك اللازم، وهو غير مترتب على المعاطة سواء قيل بإفادتها الإباحة أم بإفادتها الملك المترزّل. ودلالته على الثاني - وهو نفي طبيعة البيع عن المعاطة - تكون بالظهور، لاحتمال إرادة نفي اللزوم خاصة. وحينئذٍ فيؤخذ بالقدر المتيقن من قول السيد: «ليس ببيع» وهو عدم مماثلة المعاطة للبيع بالصفة في اللزوم، ولا يؤخذ بظهور كلامه في نفي أصل بيعية المعاطة. و عليه يتجه ما أفاده المصنف رحمته من جعل إجماع الغنية موافقاً لاجماع بعض الأساطين على عدم لزوم المعاطة.

(\*) هذا غير ظاهر، لأنَّ نفي البيعية لا يستلزم عدم اللزوم، لإمكان أن يكون المعاطة إباحة لازمة عندهم، فنفي بيعية المعاطة لا يدلّ - ولو بنحو السالبة بانتفاء الموضوع - على نفي اللزوم.

إلا أن يقال: أنّ المدعى هو نفي الملك اللازم، و الإباحة اللازمة غير الملك اللازم.

و لا يقدر<sup>(١)</sup> كونه<sup>(٢)</sup> ظاهراً في عدم الملكية الذي<sup>(٣)</sup> لا نقول به.  
و عن جامع المقاصد: «يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع»<sup>(٤)</sup>.  
نعم<sup>(٥)</sup> قول العلامة رحمته الله في التذكرة: «أن الأشهر عندنا: أنه لا بد من الصيغة»<sup>أ</sup>

(١) يعني: لا يقدر ظهور كلام الغنية - في نفي بيعية المعاطاة - في المدعى، وهو عدم لزوم المعاطاة.

وجه عدم القدر رفع اليد عن ظهور كلام السيد في نفي ملكية المعاطاة، وذلك لقيام الأدلة على إفادتها للملك الجائز، فهذا الظهور لا يمكن الأخذ به من جهة معارضة الأدلة على ملكية المعاطاة بمنعها صغرياً. وقد تقدم توضيح وجه عدم القدر بقولنا: «فان قلت ... قلت».  
(٢) يعني: كون إجماع الغنية ظاهراً في نفي الموصوف وهو طبيعة البيع، لا خصوص الوصف وهو اللزوم.

(٣) وصف لقوله: «عدم الملكية» يعني: لا نقول بعدم الملكية.

(٤) هذا الاجماع معارض ثالث لإجماع بعض الأساطين.

وقد تحصل إلى هنا: أن الاجماع المتضافر نقله قد قام على عدم ترتب ملك لازم على المعاطاة، وعليه لا بد من تخصيص أصالة اللزوم - في الملك والبيع - بهذه الاجماع المنقولة. وسيشرح المصنف في هدم هذه الاجماع، فانتظر.

(٥) إستدراك على قوله: «لكن الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم

المعاطاة» ومقصوده الإشكال على هذا الاجماع بوجهين:

أحدهما: منغ تحققه في نفسه، لوجود المخالف المعتد به.

وثانيهما: منغ حججته، لكونه فاقداً لمناط الاعتبار وهو الكشف عن رأي

المعصوم عليه السلام.

و توضيح الوجه الأول: أن كلام العلامة في التذكرة: «أن الأشهر عندنا ... الخ» يدل

عرفاً على وجود الخلاف المعتد به في المسألة، بحيث يقدر في دعوى الاجماع على عدم اللزوم،

إذ لو كان المخالف شاذاً لعبّر العلامة بالمشهور، كما لا يخفى على العارف بمحاورات الفقهاء.

يدل<sup>١</sup> على وجود الخلاف المعتد به في المسألة. و لو كان المخالف شاذاً لعبّر بالمشهور.

وكذلك<sup>٢</sup> نسبته في المختلف إلى الأكثر.

و في التحرير: «أن الأقوى أن المعاطاة غير لازمة»<sup>٣</sup>.

ثم<sup>٣</sup> لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملّكة، وإنما تفيد الإباحة

(١) خبر قوله: «قول العلامة».

(٢) يعني: وكذلك كلام العلامة في المختلف و التحرير يدل على وجود الخلاف المعتد به، وذلك فإن نسبة عدم اللزوم إلى الأكثر في الأول - وجعله أقوى في الثاني - يدل أيضاً على وجود الخلاف المعتد به القادح في دعوى الاجماع على عدم اللزوم في المعاطاة.

و مع دلالة هذه العبارات الثلاث - من التذكرة و المختلف و التحرير - على وجود الخلاف المعتد به كيف تصح دعوى الاجماع على اللزوم؟ ففرض المصنف من ذكر هذه العبارات الثلاث توهين الاجماع المدعى على عدم اللزوم.

(٣) هذا هو الوجه الثاني من الاشكال على الاجماع البسيط على عدم اللزوم، وحاصله: أن الاجماع على عدم اللزوم - بعد تسليمه و الإغراض عن وجود الخلاف المعتد به الذي إستظهرناه من كلمات العلامة تَبَيَّنَ في التذكرة و المختلف و التحرير - غير مفيد، لذهاب كثير من القائلين بعدم اللزوم بل أكثرهم إلى كون المعاطاة مفيدة للإباحة، و هذا الاجماع لا يكشف عن إفادة المعاطاة للملك الجائز، لإمكان ذهاب كلهم أو جُلهم إلى اللزوم على تقدير عدو لهم عن الإباحة، و بنائهم على إفادة المعاطاة للملك. فالاجماع المفيد المطابق للمدعى هو إتفاقهم على عدم اللزوم على تقدير إفادتها للملك، و هذا غير معلوم، فالإجماع المفيد غير متحقق، و المتحقق غير مفيد.

أ: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١

ب: تحرير الأحكام، ج ١، ص ١٦٤

لم يكن<sup>(١)</sup> هذا الاتفاق كاشفاً<sup>(٢)</sup>، إذ<sup>(٣)</sup> القول باللزوم فرع الملكية، ولم<sup>(٤)</sup> يقلل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له. وهذا مما<sup>(٥)</sup> يوهن حصول القطع بل الظن من الإتفاق المذكور، لأن<sup>(٦)</sup> قول الأكثر بعدم اللزوم سالية بانتفاء الموضوع<sup>(٧)</sup>. نعم<sup>(٨)</sup> يمكن أن يقال: - بعد ثبوت الاتفاق المذكور - إن أصحابنا بين قائل

(١) جواب «لو فرضنا».

(٢) يعني: عن رأي المعصوم عليه السلام بعدم لزوم الملك في المعاطاة، مع أن مناط حجية الاجماع عندنا هو الكشف عن رأيه عليه السلام.

(٣) تعليل لعدم كاشفية الاجماع المتقدمة.

(٤) يعني: والحال أنه لم يقل بالملكية إلا بعض ... الخ.

(٥) يعني: وعدم القول بالملكية إلا من بعض متأخري المتأخرين تبعاً للمحقق الثاني يوهن حصول القطع أو الظن بقول المعصوم عليه السلام من الإنفاق المزبور الذي ادّعاه السيد والمحقق الكركي، والمفروض أن مناط حجية الاجماع إنما هو الكشف عن قوله عليه السلام أو عن حجة معتبرة.

(٦) تعليل لقوله: «يوهن» توضيحه: أن السالية بانتفاء الموضوع لا تُثبت السالية بانتفاء المحمول التي هي مورد البحث، فإن نفي الملكية لا يُثبت الملك الجائز على تقدير القول بإفادة المعاطاة للملك.

وإن شئت فقل: أن الاجماع تقييدي، وهو غير كاشف عن كون إفادة المعاطاة للملك المترئز لإجماعية، لأن نفي اللزوم وإن كان ظاهراً في سلب المحمول على ما هو الأصل في القضايا السلبية، إلا أن هنا قرينة على إرادة سلب الموضوع، حيث إن الأكثر قائلون بإفادة المعاطاة للإباحة دون الملك، فالمراد بنفي اللزوم نفي الملك، لا نفي وصفه وهو اللزوم مع وجود أصل الملك.

(٧) لكونهم قائلين بالإباحة، فلا بيع حتى يكون لازماً أو جائزاً.

(٨) هذا بظاهرة استدراك على مناقشته في الاجماع على عدم اللزوم، ولكنه في الحقيقة

بالمملك الجائز و بين قائلٍ بعدم المملك رأساً<sup>(٢)</sup> فالقول بالمملك اللازم قول ثالث<sup>(٣)</sup>، فتأمل<sup>(٤)</sup>.

و كيف كان<sup>(٥)</sup> فتحصيل<sup>(٦)</sup> الإجماع على وجه إستكشاف قول الامام عليه السلام

---

إشارة الى الدليل الثاني على تخصيص قاعدة اللزوم في المعاطاة، وهو الاجماع المركب. و حاصل تقريبه: أن الأصحاب بين قائل بالمملك الجائز و بين قائل بعدم المملك رأساً، بل بالإباحة، فهم على هذين القولين، و من المعلوم أن القول بالمملك اللازم مخالف لهما معاً، و يكون قولاً ثالثاً لا يجوز إبداعه.

و عليه فلا بد من الالتزام باختصاص المملك اللازم بالبيع القولي، دون المعاطاتي. (١) كالمحقق الثاني و من تبعه.

(٢) كما هو مذهب مشهور القدماء من القول بإباحة التصرف.

(٣) يعني: فلا يجوز إحدائه، لكونه خرقاً للإجماع المركب.

(٤) لعلّه إشارة إلى: أن عدم جواز إحدات القول الثالث مبنيٌ على رجوع الاجماع المركب إلى البسيط، بأن يكون الفريقان متفقين على نفي الثالث، لا أن يكون نفي الثالث منتزِعاً منها. و من المعلوم أنه لم يثبت إتفاقهم هنا على نفي الثالث. و عليه فدعوى الاجماع المركب غير مفيدة في المقام.

أو إشارة إلى: أنه إذا كان المقصود نفي القول بالمملك اللازم من دون قصد إلى إثبات المملك الجائز لم يكن حاجة حينئذٍ إلى التشبث بالاجماع المركب، لكفاية نفس الاجماع البسيط على عدم اللزوم في نفي المملك اللازم.

(٥) يعني: سواء أريد تخصيص قاعدة اللزوم في المعاطاة بالاجماع البسيط أو المركب، فإن كليهما ممنوع.

(٦) هذا تقريبُ الاشكال على كلا تقريبي الاجماع على نفي اللزوم، و محصله: عدم تحقق الإتفاق - بسيطاً و مركباً - لدلالة كلمات العلامة في التذكرة و المختلف و التحرير على وجود الخلاف المعتد به في المسألة، و معه لا تصح دعوى الإجماع على عدم اللزوم في المعاطاة، إذ

من قول غيره من العلماء - كما هو طريق المتأخرين - مشكلاً<sup>(١)</sup>، لما ذكرنا<sup>(٢)</sup>، وإن كان هذا<sup>(٣)</sup> لا يقدح في الاجماع على طريق القدماء، كما بيّن في الأصول. وبالجملة<sup>(٤)</sup>: فما ذكره في المسالك<sup>(٥)</sup> من قوله - بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم -: «ما أحسنه - وما أمتن دليلاً إن لم ينعقد الاجماع على خلافه» في غاية الحسنِ والمثانة.

ليس إتيان جماعة كاشفاً عن قول المعصوم عليه السلام كما هو مناط حجية الاجماع عند المتأخرين. (١) خبرٌ «و تحصيل».

(٢) من عدم تحقق الاتفاق على عدم لزوم المعاطاة، بل المسألة خلافية.

(٣) أي: ما ذكرناه من وجود الخلاف المعتد به، حاصله: أن الخلاف قادح في الاجماع على طريقة المتأخرين، وهي كشف قول المعصوم عليه السلام حدساً عن قول المجمعين. وغير قادح فيه على طريقة القائلين بأن مناط حجية الاجماع دخول المعصوم عليه السلام، فلا مانع حينئذٍ من تحقق الإجماع ولو مع مخالفة كثير منهم ممن هو معلوم النسب، إذ المفروض وجود الامام عليه السلام في غيرهم.

(٤) هذه خلاصة ما ذكره من النقض والابرار حول الاجماع المدعى على عدم اللزوم.

(٥) حيث قال: «و الذي اختاره متأخروا الشافعية و جميع المالكية إنعقاد البيع بكل ما دلّ على التراضي، و عدّه الناس بيعاً، و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم. و ما أحسنه و أمتن دليلاً إن لم ينعقد الاجماع على خلافه».

و هذه العبارة و إن كانت ظاهرة في كفاية مطلق الكاشف لا خصوص اللفظ، لكن

تعبيره بـ «و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم» قرينة على أن مراده من الحسن و المثانة هو ما نبه عليه في أوّل بحث المعاطاة - بعد نقل كلام المفيد - بما لفظه: «و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً - أي إلى اللزوم - لكن يشترط في الدال كونه لفظاً».

و كيف كان فوجه المناسبة في نقل كلام المسالك هو: تأييد ما أفاده المصنف عليه السلام من



و الإجماع<sup>(١)</sup> وإن لم يكن محققاً على وجهٍ يوجب القطع، إلا أن المظنون قوتياً  
تحققه<sup>(٢)</sup> على عدم اللزوم مع عدم لفظٍ دالٍّ على إنشاء التملك، سواء لم يوجد لفظٌ  
أصلاً<sup>(٣)</sup> أم وُجد ولكن لم يُنشأ التملك به<sup>(٤)</sup>، بل كان من جملة القرائن على قصد  
التملك بالتقابض<sup>(٥)</sup> (\*).

التردد والتأمل في ثبوت الاجماع على إناطة لزوم الملك باللفظ، حيث إن ظاهر المسالك هو  
تردده في ثبوت الاجماع، ومع التردد فيه يتعين التسكك بعموم ما دلَّ على لزوم الملك.

(١) مقصوده **يُتَبَيَّنُ** - بعد أن مَنَعَ آنفاً من تحقق إجماع تعدي على اعتبار الصيغة في لزوم  
الملك - التفصيلُ في المسألة، وتأيد الاجماع في صورتين، إذ الصُّور ثلاث:  
الأولى: أن لا يوجد لفظٌ دالٌّ على التملك أصلاً، بأن كانت المقاومة بالإشارة والكتابة،  
ثم تحققت المعاطاة. وحكم هذه الصورة عدم اللزوم، للاجماع المظنون تحققه.

الثانية: أن يوجد لفظٌ دالٌّ على التراضي، ولكن كان في مقام المقابلة، لا في مقام إنشاء  
التملك، فكان الإنشاء كالصورة السابقة بنفس التقابض. وهذه الصورة كالأولى في عدم اللزوم، للاجماع.  
الثالثة: أن يوجد لفظٌ دالٌّ على التراضي وأنشئت المعاملة به، لا بنفس التقابض.  
وحكم هذه الصورة اللزوم، لفرض تحقق الانشاء بالصيغة، سواء أكانت ملحونة مادة أو هيئة،  
أم صحيحة جامعة لشرائط الصحة والتأثير في الملك اللازم.

(٢) والظنُّ وإن لم يُعْنِ من الحقِّ شيئاً، لكن لا بأس بالاعتداد عليه في الخروج عن مخالفة  
المشهور القائلين باعتبار الانشاء القولي.

(٣) أي: لا في مقام المقابلة ولا في مقام الانشاء. وهذه أولى الصور الثلاث.

(٤) أي: باللفظ، وهذا إشارة الى الصورة الثانية.

(٥) و بقيت صورة واحدة خارجة عن معقد الاجماع، وهي ما إذا كان إنشاء المعاملة  
باللفظ الملحون مثلاً، فإنه يؤثر في اللزوم كالصيغة الجامعة للشرائط.

(\* ) محصل الكلام: أن المدعى هو تخصيص عموم قاعدة لزوم الملك بالمعاطاة،

فالمقصود هو كون المعاطاة مفيدة للملك الجائز، و من المعلوم أنّ الاجماع البسيط على هذا المدعى غير ثابت، لأنّ جُلّ القائلين بعدم اللزوم ذهبوا إلى أنّ المعاطاة لا تفيد الملك، بل تفيد الاباحة. و حيث إنّ مناط حجّية الاجماع كشفه عن رأي المعصوم عليه السلام لم يكن قول القائلين بالاباحة كاشفاً عن كون رأيه عليه السلام هو الملك الجائز، بل يكون كاشفاً عن عدمه.

و أما قول غيرهم ممن يقول بالملك الجائز فهو و إن كان مطابقاً للمدعى، لكنه ليس إجماعاً كما هو ظاهر، فالاجماع البسيط المحصل غير حاصل، و المنقول منه و إن كان ثابتاً، لكنه ليس فيه طائل، لعدم اعتباره على ما ثبت في الاصول.

**وأما الاجماع المركب فهو ما لم يرجع الى البسيط لا يكون حجة، و من المعلوم أنّ رجوعه إليه منوط بالعلم بذهاب كل من الطائفتين - على تقدير بطلان قوله - إلى قول الطائفة الاخرى حتى يثبت إجماعهم على نفي القول الثالث. و عدم ثبوته هنا بديهي، لكون مسألة المعاطاة ذات أحوال سبعة كما عرفت سابقاً، فالاجماع بقسميه أعني البسيط والمركب غير حاصل. ثم إنّه على فرض حصول الاجماع المحصل لا سبيل الى القطع بكونه من الاجماع التبديدي، لقوة احتمال استناد المجمعين الى بعض الوجوه كالروايات التي زعموا دلالتها على إعتبار اللفظ في اللزوم.**

**وأما الشهرة على ثبوت الملك الجائز ففيها أولاً: عدم حجيتها كما ثبت في الاصول.**

و ثانياً: معارضتها لشهرة القدماء على إفادة المعاطاة للاباحة.

**وأما ما أفاده المصنف رحمه الله من دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في الأشياء الخطيرة بالمعاطاة، و إنّما يكتفون بها في المحقرات التي لا يلتزمون بلزوم المعاملة فيها، ففيه أولاً: عدم تحقق السيرة كذلك، بل السيرة في الكل على نهج واحد.**

و ثانياً: بعد تسليمها - تكون أخص من المدعى الذي هو أعم من المعاطاة الواقعة على

الأمتعة الخطيرة و الحقيمة.

و ثالثاً: يمكن أن يكون الوجه في التفصيل احتمال عدم إمكان التعاطي من الطرفين

وقد يظهر<sup>(١)</sup> ذلك<sup>(٢)</sup> من غير واحدٍ من الأخبار<sup>(٣)</sup>.

(١) هذا إشارة الى الدليل الثاني على لزوم تخصيص أصالة اللزوم في الملك بالمعاطاة، كما أنّ الاجماع المتقدم - من بسيطه و مركبه - هو الدليل الأول على التخصيص.

و محصل هذا الوجه: دلالة طائفةٍ من الأخبار على اعتبار اللفظ - في الجملة - في مقام إنشاء البيع، وعدم كفاية التعاطي العاري عنه.

(٢) قال السيد الطباطبائي رحمته: «يعني: يظهر إشتراطُ اللزوم بكون إنشاء المعاملة باللفظ في الجملة». أ. وقال الفقيه المامقاني رحمته: «يعني: أنه يظهر منها إنتفاء اللزوم بانتفاء مطلق اللفظ الدال على الإنشاء، سواء لم يوجد أصلاً أم وُجد ولكن لم يُنشأ به التمليك»<sup>٣</sup>.  
و مفاد كلام كلا العَلَمين واحد بالتأمل.

(٣) قال السيد: «و لعلّ نظره في ذلك إلى ما أشرنا إليه سابقاً من الخبر الوارد في بيع المصحف و أطنان القصب»<sup>٤</sup> مثل قوله عليه السلام في موثّق سماعه: «لا تشتري كتاب الله عزّ و جلّ، ولكن إشتري الحديدَ و الورق و الدفتين، و قلّ: أشتري منك هذا بكذا و كذا»<sup>٥</sup>.

المعتبر في المعاطاة في مثل الدار و اليستان و الذّكان و نحوها من غير المنقولات التي زعموا أنّه لا يتحقق فيها العطاء من الطرفين.

أو: إحتمال عدم إفادة المعاطاة للملكية، بل للإباحة. و حيث إنّ بناءهم على التمليك اللازم في الامتعة الخطيرة لئلا يرجعوا فيها تشبثوا في نقلها بالبيع القولي.  
و مع هذه الاحتمالات لا تكشف السيرة عن إعتبار اللفظ في لزوم الملك حتى تصلح لتخصيص عموم أدلة لزوم الملك في المعاطاة كما لا يخفى.

أ: حاشية المكاسب، ص ٧٤

ب: غاية الآمال، ص ١٨٦

ج: حاشية المكاسب، ص ٧٤

د: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ١١٤، الباب ٣١ من أبواب ما يكتب، الحديث ٢

بل<sup>١</sup>) يظهر منها أن إيجاب البيع باللفظ - دون مجرد التعاطي - كان متعارفاً بين أهل السُّوق والتجار.

و نحوه غيره من الروايات الواردة بهذا المضمون التي جَمَعَهَا في الوسائل في باب عدم جواز بيع المصحف و جواز بيع الورق و المجلد.

و مثل رواية العجلي عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبارٍ بعضه على بعض من أجمه واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة طن، فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت ... الخ»<sup>٢</sup> (\*).  
 (١) قال الفقيه المامقاني رحمته الله ما لفظه: «هذا الظهور يحصل من ملاحظة أخبار متعدده، بمعنى: أن التعارف يستفاد من المجموع، لأن كل واحد منها يدل عليه ...» ثم ذكر جملة من تلك الروايات:

منها: ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبدالله، قال «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السمسار أيشترى بالأجر؟ فيدفع إليه الورق ويشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فاشتت أخذته و ما شئت تركته، فيذهب و يشترى، ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت و دَع ما كرهت. قال:

(\* لكنتك خبير - بعد الغض عمًا في سند ما عدا الموثق من الضعف - بعدم الدلالة على اشتراط اللزوم بالصيغة، لقوة احتمال كونها في مقام بيان كيفية إنشاء القبول في البيع القولي، و من المعلوم عدم دلالتها حينئذ على اشتراط الصيغة في صحة البيع أو لزومه حتى تدل على عدم صحة أو لزوم البيع المعاطاتي، هذا.

مع أن ذلك في الخبر الأخير من كلام الراوي لا الامام عليه السلام .  
 و بالجملة: فهذه الروايات و أمثالها لا تدل على اعتبار الصيغة في صحة البيع أو لزومه.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ١١٤-١١٦، الباب ٣١ من أبواب ما يكتب به .

ب: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٧٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١ .

لا بأس<sup>أ</sup>.

و منها: ما رواه إسحاق المدائني في جواز بيع المبيع قبل قبضه، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة يشترون الطعام، فيتسامون بها، ثم يشتريه رجل منهم، فيسألونه، فيعطيه ما يريدون من الطعام، فيكون صاحب الطعام هو الذي يدفعه إليهم و يقبض الثمن. قال: لا بأس، ما أراهم إلّا وقد شركو» الحديث<sup>ب</sup>.

ثم قال عليه السلام: «وجه الدلالة: أنه ليس شيء من المعاملتين على وجه وقع فيه الصيغة الخاصة المقررة، وإنما وقع المقابلة كما لا يخفى على من تدبر فيها. ويمكن استظهار ما ذكره المصنف عليه السلام من ملاحظة أخبار آخر في أبواب البيع»<sup>ج</sup> (\*).

(\*) لكن في دلالتها على كون المتعارف إيجاب البيع باللفظ تأمل، بل منع، لأن ما وقع في تلك الروايات من الألفاظ بين المتبايعين إنما وقع في مقام المقابلة، لا في مقام إنشاء البيع، وإلا يلزم جواز بيع المجهول، إذ لا يعلم السمسار المقدار الذي يأخذه صاحب الورق. وأما إنشأؤه فهل وقع باللفظ أم بالفعل - أي التعاطي - فالروايات لا تدل عليه أصلاً. ثم أنه على فرض دلالتها على التعارف المزبور فلا تنفي تعارف إنشاء البيع بالتعاطي أيضاً.

و على تقدير دلالتها على عدم التعارف بالتعاطي لا تدل على عدم اعتبار التعاطي في مقام الإنشاء، كما لا توجب إنصراف أدلة البيع و نفوذه عن البيع المنشأ بالفعل. بل يظهر من بعض الأخبار عدم دخل اللفظ في اللزوم، كصحيحة جميل عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل اشتري طعاماً، كل كُرْ بشيء معلوم، فارتفع الطعام أو نقص، وقد اكتال

أ : وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٩٤، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ :

ب : وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧ :

ج : غاية الآمال، ص ١٨٦

## بل<sup>١</sup> يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة

و بهذا يظهر وجه إضراب المصنف عن قوله: «و قد يظهر ذلك» الى قوله: «بل يظهر» وذلك لأن قوله: «قد يظهر» ربما يوهم ضعف ظهور بعض الأخبار في توقف لزوم الملك على اللفظ، فأراد يُثَبِّتُ التنبية على قوة دلالة الأخبار على المدعى، و وجه القوة: أن البيع بالصيغة إذا كان متعارفاً بين أهل السوق و التجار في عصر التشريع إقتضى إنصراًف إطلاق أدلة الامضاء - مثل آية جِلُّ البيع - الى خصوص البيع القولي، و خروج الفعلي عن حريم تلك الأدلة. فالهمم حينئذٍ إحراز صغرى التعارف، و المدعى دلالة مجموع الأخبار على هذا التعارف من قبيل تراكم الظنون و إن كان كل واحد من الأخبار بخصوصه قاصراً عن إثباته. (١) هذا دليل ثالث على خروج المعاطاة عن عموم قاعدة اللزوم في الملك - غير ما سبق من الاجماع و التعارف - و ظاهره الترقى عن مجرد تداول البيع القولي إلى قيام السيرة المستمرة

بعضه، فأبى صاحب الطعام أن يُسَلِّمَ له ما بقي، و قال: إنما لك ما قبضت. فقال: إن كان يوم اشتراه ساعره على أنه له، فله ما بقي. و إن كان إنما اشتراه و لم يشترط ذلك، فإن له بقدر ما نَقَدَ<sup>أ</sup>.  
وجه الدلالة: أنه عَلَيْهِ حَكَمَ باللزوم بمجرد المساعرة و إن لم يكن إنشاء المعاملة باللفظ، بإطلاق «الاشتراء» يشمل الانشاء باللفظ و الفعل، هذا.

لكن الظاهر أنه ليس إلا في مقام بيان حكم الباقي الذي لم يقبضه المشتري، و أنه هل يستحق المشتري مطالبته من البائع أم لا؟ فأجاب عَلَيْهِ بأنه إن كان يوم اشتراه قَدَّرَ المبيع بتمام ذلك الطعام فله المطالبة من البائع، و إلا فلا. و أما كون إنشاء البيع باللفظ أو الفعل فليس الخبر في مقام بيانه حتى يصح التمسك بإطلاقه.

ثم إنه بعد تسليم الدلالة على عدم التعارف المزبور يقع التعارض بينه و بين ما ذكره الفقيه المامقاني رَضِيَ من الروايات التي ادعى اللَّهُ دلالتها على التعارف المذكور، فيرجع الى إطلاق أدلة البيع سواء أكان إنشاؤه باللفظ أم بالفعل.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٤٠١، الباب ٢٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ٣

- التي<sup>(١)</sup> يراد بها عدم الرجوع - بمجرد<sup>(٢)</sup>

على إنشاء المعاملات الخطيرة بالصيغة، فلو لم يكن مجرد تعارف البيع اللفظي موجباً لانصراف أدلة صحة البيع الى خصوص ما كان متداولاً في ذلك العصر قلنا: إن قيام سيرة المتشركة و العقلاء على عدم الإكتفاء بمجرد التعاطي كافٍ في إختصاص قاعدة لزوم الملك بالبيع اللفظي.

و الفرق بين هذا الدليل و سابقه هو: أن الوجهين المتقدمين يدلان على عدم كفاية التعاطي مطلقاً سواء أكان العوضان خطيرين أم حقيرين. ولكن هذا الدليل مخصوص بالأموال الخطيرة مع زيادة قيد، فهنا صور ثلاث:

الأولى: أن يكون العوضان من المحقرات - وربما يقدر بما لا يبلغ حد القطع في السرقة - فهنا جرت سيرتهم على كفاية التعاطي و ترتب ملك جائز عليه، و جواز الرجوع فيه.

الثانية: أن يكون العوضان من الأموال الخطيرة كالدور و البساتين، و يجعل المتبايعان أو أحدهما خياراً فيه، فهذه كالصورة الأولى في بنائهم عملاً على إنشاء المعاملة بالمعاطاة.

الثالثة: أن يكون العوضان من الأموال الخطيرة مع بنائهم على لزوم المعاملة و عدم جواز فسخها أصلاً، و هذه الصورة مورد قيام سيرة المتشركة و العقلاء على عدم الإقتصار بالفعل كالمصافقة، بل يلتزمون بالإنشاء اللفظي، بحيث يكون لزوم الملك بنظرهم متوقفاً عليه.

و على هذا فالسيرة مخصصة لعموم أدلة لزوم الملك في المعاطاة بالنسبة الى الأموال الخطيرة التي لا يلتزم فيها بعدم الفسخ و الرجوع. و من المعلوم أن سيرة المتشركة حجة بنفسها، لكونها متلقاة من الشرع، و لا يطالب بدليل على إضائها، فالهم إحراز أصل السيرة التي هي إجماع عملي.

(١) هذه إشارة الى الصورة الثالثة المتقدمة، و مفهومها يدل على الاكتفاء بالتعاطي في

الأموال الخطيرة عند جعل الخيار لها أو لأحدهما.

(٢) متعلق بقوله: «الاكتفاء».

التراضي(\*)).

نعم<sup>(١)</sup> ربما يكتفون بالمصافقة، فيقول البائع: «بارك الله لك» أو ما أَدَّى هذا المعنى بالفارسية<sup>(٢)</sup>.

نعم<sup>(٣)</sup> يكتفون بالتعاطي في المحقرات، و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل يُنكرونها على المُمتنع عن الرجوع مع بقاء العينين<sup>(٤)</sup>.  
نعم<sup>(٥)</sup> الاكتفاء في اللزوم بمطلق الانشاء القولي غير بعيد،

(١) مقصوده تَبَيُّهُ أَنْ سيرتهم و إن إستقرت على إنشاء المعاملة باللفظ في البيوع الخطيرة، لكنّه لا ينافيها إكتفاؤهم في بعض الموارد بالمصافقة، و عدم الاتيان بالصيغة التامة مادةً و هيئةً. و وجه عدم المنافاة واضح، إذ المناط في السيرة إلترام أغلب المشترعة و العقلاء، و لا يقدر مخالفة بعضهم في تحقها.

(٢) كقول البائع: «خَيْرَسْ را ببيني».

(٣) هذا إشارة الى الصورة الأولى من الصور الثلاث، و هي الاقتصار على التعاطي في المحقرات، مع إعتقادهم جواز المعاملة و عدم لزومها مادامت العينان باقيتين. و عليه فالإقتصار على المعاطاة في المحقرات ليس بمعنى كونها عقداً لازماً فيها، بل يلتزمون بكونها جائزة، يصح الرجوع فيها.

(٤) و أمّا مع تلفها فتصير لازمة قطعاً.

(٥) هذه كالتتمّة لما أفاده بقوله: «بل يمكن دعوى السيرة» و مقصوده أنّ البناء العملي على عدم الاكتفاء بمجرد التراضي - و لزوم الاتيان باللفظ - لا ينافي قيام السيرة العملية على

(\*) هذه الدعوى ممنوعة، بل دعوى جريان السيرة العقلانية على معاملة أموالهم بالمعاطاة من غير فرق بين الأموال الخطيرة و الحقيمة قريبة جداً. و على تقدير تسليم السيرة المزبورة يكفي في ردعها مثل ﴿أحل الله البيع﴾ و ﴿أوفوا﴾ و نحوهما من أدلة اللزوم. و مع هذا الردع كيف تكشف عن السنة حتى تخصص العمومات؟



للسيرة<sup>(١)</sup> (\*) و لغير واحد من الأخبار<sup>(٢)</sup>، كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة.

الاقتصار بمطلق اللفظ في إنشاء البيع سواء أكان واجداً لجميع ما يعتبر في الإيجاب والقبول مادةً وهيئةً، أم كان فاقداً لبعض ما يعتبر فيها. وعلى كلِّ ثبت المقصود، وهو قيام السيرة على عدم الاكتفاء بمجرد التراضي، ودخل اللفظ في اللزوم.

(١) أي: سيرة المتشركة بما هم متشركة.

(٢) التي تقدّم بعضها، وإليك بعضها الآخر:

فنها: ما ورد في بيع العبد الآبق مع الضميمة، كموثقة سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد، وهو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح، إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: اشتري منك هذا الشيء، وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي تقدّه فيما اشترى منه». أ. بتقريب: أنه عليه السلام علم السائل كيفية إنشاء شراء العبد الآبق مع ضميمته، فكان أصل دخل اللفظ في اللزوم مستغنى عن البيان.

ومنها: ما ورد في بيع اللبن في الضرع، كموثقة سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «سألته عن اللبن يُشترى وهو في الضرع، فقال: لا، إلا أن يجلب لك منه اسكرجةً، فيقول: إشتري مني هذا اللبن الذي في الأسكرجة وما في ضرعها بثمان مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة»<sup>٣</sup> وتقريب الدلالة كما تقدم.

ومنها: فحوى الأخبار الواردة في النكاح المشتتة جميعاً على الإيجاب والقبول بلفظ

(\*) هذه السيرة ممنوعة جداً إن أريد بها سيرة العقلاء بما هم عقلاء. وإن أريد بها بما هم منشروهون فنمنع ثبوت هذه السيرة لهم أيضاً. وعلى فرض الثبوت نمنع استقرارها على جنس اللفظ بل يراعون جميع الخصوصيات من الماضوية والعربية وتقديم الإيجاب على القبول.

أ: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٢٦٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع، الحديث: ٢

ب: المصدر، ص ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع، الحديث: ٢

بقي الكلام في الخبر الذي تَمَسَّك به في باب المعاطاة تارةً على عدم إفادة المعاطاة بإباحة التصرف<sup>(١)</sup>، وأخرى على عدم إفادتها للزوم، جمعاً<sup>(٢)</sup> بينه<sup>(٣)</sup> وبين

المضارع، والمشملة على الإيجاب بـ «نعم» والقول بالأمر.

هذا تمام الكلام في الوجوه الثلاثة الموجبة لخروج المعاطاة عن قاعدة اللزوم في الملك. وقد استقر رأي المصنف رحمته أخيراً على اعتبار الانشاء القولي في البيوع الخطيرة، وإن لم يكن جامعاً لكل ما يعتبر في الصيغة، وسيأتي تنمة بحث أصالة اللزوم، وهي تحقيق مفاد الأخبار الدالة على حصر المحلِّ والمحرَّم في الكلام.

(١) وكونها بيعاً فاسداً، وهذا مبني على أوَّل الوجوه الأربعة التي سيذكرها المصنف رحمته في معنى قوله عليه السلام: «إِنَّمَا يَحُلُّ الْكَلَامَ وَيُحْرِمُ الْكَلَامَ» والمراد بأوَّل الوجوه هو: أن يكون النطق والكلام تمام المناط في تحليل شيءٍ وتحريمه، فلا يتحقق شيء من الحيلِّ والحرمَة بالقصد المجرَّد عن الكلام، ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال. وعليه فلا تكون المعاطاة سبباً للإباحة ولا للملك.

(٢) قيد لقوله: «عدم إفادتها للزوم» يعني: إستدلَّ بعضهم بهذا الخبر على إناطة اللزوم باللفظ، لا أصل صحة المعاطاة، والوجه في هذا هو الجمع بين هذا الخبر وبين الأدلة المتقدمة على إفادة المعاطاة للملك.

(٣) أي: بين الخبر وهو قوله عليه السلام: «إِنَّمَا يَحُلُّ الْكَلَامَ ... الخ» وبين ما دلَّ على صحة البيع مطلقاً كقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ فيجمع بينهما بحمل «إِنَّمَا يَحُلُّ الْكَلَامَ» على أن

(\*) لكنه جمع تبرُّعي لا شاهد له، ومقتضى القاعدة وقوع المعارضة بينهما، وحيث أن النسبة بينهما عموم من وجه يُرجع في المجمع - وهو البيع الفعلي المعاطاتي - إلى أصالة الفساد. وعليه فلا يؤثر المعاطاة في الملكية.

ما دلّ على صحة مطلق البيع كما صنعه في الرياض<sup>(١)</sup>، وهو قوله عليه السلام: «إنما يحلُّ الكلام ويحرّم الكلام»<sup>(٢)</sup>.

و توضيح المراد منه يتوقف<sup>(٣)</sup> على بيان تمام الخبر، وهو ما رواه ثقة الاسلام في باب «بيع ماليس عنده» والشيخ<sup>(٤)</sup> في باب «النقد والنسيئة» عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجّاج عن خالد بن الحجّاج أو ابن نجيب، قال: «قلتُ لأبي عبد الله عليه السلام: الرُّجُلُ يَحْيِيُّني وَيَقُولُ: إِشْتَرِي هَذَا الثَّوْبَ وَأَرْجُحُكَ كَذَا وَكَذَا، فَقَالَ: أَلَيْسَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؟ قُلْتُ: بَلَى، قَالَ: لَا بَأْسَ، إِنَّمَا يَحْلُلُ الْكَلَامَ وَيُحْرِمُ الْكَلَامَ»<sup>(٥)</sup>.

اللزوم منوط بالكلام، فيراد بقوله عليه السلام: «يحلُّ الكلام» أنه يلزم الكلام، فالمعاطاة وإن كانت صحيحة، لكنها غير لازمة، بل هي مفيدة للملك الجائز. أمّا الملكية فلكونها بيعاً، وأمّا غير اللزوم فلعدم الكلام.

(١) وفي مفتاح الكرامة و شرح كاشف النطاء على القواعد وغيرهما أيضاً. قال في الرياض: «ففي الصحيح وغيره من المعتبرة: أنه إنّما يحلُّ الكلام، وهي وإن اقتضت حرمة التصرف، إلّا أنّها محمولة على اللزوم وعلى ما بعد الرجوع، جمعاً بينه وبين ما دلّ على الإباحة بالتراضي...»<sup>(٦)</sup>.

(٢) هذا المضمون وُردَ في روايات متعددة، ولكن المقصود فعلاً التعرض لرواية خالد كما سينقله المصنف في المتن.

(٣) وجهُ التوقف تطرُقُ احتمالات عديدة في الجملة المستدل بها، وهي «إنّما يحلُّ الكلام ويحرّم الكلام» فلا بد من التأمل في جميع فقرات الرواية، عسى أن يكون صدرها قرينة معيّنة لما يُراد من الذيل.

(٤) ظاهر العطف يقتضي إتّحادَ طريقي الشيخ والكليبي، واشتراك السند من

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ٤

ب: رياض المسائل، ج ١، ص ٥١١؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٧

ابن أبي عمير الى الامام الصادق عليه السلام . و نتيجة ذلك تردّد الراوي عن الامام - في الكافي والتهذيب - بين «خالد بن الحجاج و خالد بن نجيح».

مع أن الأمر ليس كذلك، لعدم إختلاف نُسَخ التهذيب في هذا السند، بل الظاهر توافقها في ضبط الراوي بعنوان «خالد بن الحجاج». وإنما حُكِيَ إختلاف نُسَخ الكافي المصححة، ففي بعضها «خالد بن نجيح» و في بعضها «خالد بن الحجاج».

و عليه كان المناسب أن يقتصر المصنف عليه السلام على سند الكافي الذي تردّد الراوي فيها بين ابن الحجاج و ابن نجيح، ثم تعقيبه بذكر سند الشيخ بأن يقول، «و رواه الشيخ في باب النقد و النسيئة عن خالد بن الحجاج».

و كيف كان فلا بأس بالإشارة الى سند الرواية، ففي الكافي «علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجيح، قال: قلت لأبي عبد الله ... الخ»<sup>١</sup>. و رواها شيخ الطائفة عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج ...»<sup>٢</sup>.

و الظاهر إعتبار السند برواية الشيخ، لأنّ إسناده الى الحسين بن سعيد صحيح، كما لا يخفى على من راجع مشيخة التهذيب.

و ابن أبي عمير معلوم الحال، و يحيى ابن الحجاج و خالد قد وثّقها النجاشي بقوله في ترجمة يحيى: «ثقة، و أخوه خالد»<sup>٣</sup> و عليه فلا شبهة في سند الرواية بنقل الشيخ.

إنّما الكلام في سندها بنقل الكافي، و منشأ الاشكال إختلاف نسخ الكتاب في الراوي عن الامام الصادق عليه السلام كما ذكرناه، و المفروض عدم ثبوت و ناقة خالد بن نجيح بوجه

أ: الكافي، ج ٥، ص ٢٠١، الحديث: ٦

ب: تهذيب الاحكام، ج ٧، ص ٥٠، الحديث: ١٦

ج: تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٦٣ من المشيخة.

د: رجال النجاشي، ص ٣١١، الطبعة الحجرية.

يُعتمد عليه.

و في مثله إِمَّا أن يقال بترجيح النسخة المشتملة على «خالد بن الحجاج» و وقوع السهو من قبل نَسَاخ الكافي، لقرينية وحدة متن الرواية - سؤالاً و جواباً، و إتحاد الطريق من ابن أبي عمير إلى خالد، و كون المسؤول في كلا الطريقين الامامَ الصادق عليه السلام - على ضبط الراوي في النسخة الأصلية من الكافي بعنوان «خالد بن الحجاج».

و إِمَّا أن يقال - كما هو الظاهر - بأنَّ ما ذُكر من القرائن لا يورث الإطمئنان بضبط الراوي - في النسخة الأصلية من الكافي - بـ «خالد بن الحجاج» بعد شهادة غير واحد من أهل الخبرة باشتغال بعض النسخ المصححة على «ابن نجيب»، و بعضها على «ابن خالد». و حينئذ يُشكل الإعتماد على سند الكافي، و يتعيَّن الأخذُ بسند الشيخ، و المفروض صحته كما أشرنا إليه.

و كم له من نظير، حيث يُروى عن المعصوم عليه السلام كلامٌ واحد بطريقين أو أكثر، و يكفي صحة إحدى الطريقين في شمول أدلة حجية خبر الثقة له.

و ليكنَّ المقام منها، فتكون الرواية ضعيفةً بنقل ثقة الاسلام، و معتبرةً بنقل شيخ الطائفة.

و أمَّا إحتمال سراية الضعف من سند الكافي الى سند التهذيب فمَّا لا وجه له. نعم لو رواها الشيخُ عن الكافي - كما في كثير من روايات كتابي التهذيب و الاستبصار - كان لذلك الاحتمال وجهٌ بالنظر إلى أضطبية ثقة الاسلام من الشيخ، فتأمل. و أمَّا في خصوص هذه الرواية لا موضوع للبحث، لأنَّ الشيخ رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد، لا عن ثقة الاسلام.

فالتنتيجة: أنَّ الرواية معتبرة سنداً، و العويصة كُلُّها في مفاد التعليل كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

وقد وَرَدَ بِمضمون هذا الخبر رواياتٌ أُخِرَ<sup>(١)</sup> بِمجرّدة عن قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّمَا يُحْمَلُ» كُلُّهَا تَدَلُّ عَلَى: أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهذهِ المِوَاعِدَةِ وَالمِقَاوَلَةِ مَا لَمْ يَوْجِبْ بَيْعَ المِتَاعِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيهِ مِنْ صَاحِبِهِ.

(١) رواها الشيخُ الحُرُّ في الباب الثامن من أبواب العقود.  
 منها: معتبرة ابن سنان عن أبي عبدالله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: «لَا بَأْسَ بِأَنْ تَبِيعَ الرَّجُلَ المِتَاعَ لَيْسَ عِنْدَكَ، تَشَاوُمُهُ، ثُمَّ تَشْتَرِي لَهُ عَلَى الَّذِي طَلَبَ، ثُمَّ تَوَجَّهَ عَلَى نَفْسِكَ، ثُمَّ تَبِيعَهُ مِنْهُ بَعْدُ»<sup>أ</sup>.  
 وَأَمَّا فَقَهُ رِوَايَةِ خَالِدِ سَوَالًا وَجَوَابًا بِمِلاَحِظَةِ رِوَايَةِ الِآتِيَةِ فِي المِتْنِ - فَهُوَ أَنَّ الفِرْضَ التَّوَصَّلُ إِلَى حَلِيَةِ الرِّيحِ الَّذِي يَأْخُذُهُ السَّمْسَارُ، وَحَلِيَةِ المِتَاعِ الَّذِي يَشْتَرِيهِ الرَّجُلُ مِنْهُ.

و توضيحه: أَنَّ المِستَفادَ مِنَ السَّوْأْلِ أَمْرَانِ:  
 أَحَدُهُمَا: أَنَّ رَجُلًا يُرَاجِعُ السَّمْسَارَ وَيُفَاوِضُهُ عَلَى شِراءِ ثُوبٍ مِنْهُ، فيقولُ السَّمْسَارُ: إِنَّهُ لَيْسَ لِي، فيأمره الرَّجُلُ بِشِراءِهِ مِنْ مالِكِهِ حَتَّى يَشْتَرِيَهُ هَذَا الرَّجُلُ مِنَ السَّمْسَارِ بِشِمْنٍ أَزِيدٍ، بِأَنَّ تَكُونَ الزِّيادَةَ رِبْحَ السَّمْسَارِ بِإِزاءِ عَمَلِهِ.  
 الثَّانِي: أَنَّ مَفْرُوضِ الرِوَايَةِ شِراءَ السَّمْسَارِ الثُّوبَ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَبِيعُهُ لِلرَّجُلِ، لِأَنَّهُ وَكَيْلًا عَنِ الرَّجُلِ فِي شِراءِ الثُّوبِ مِنْ مالِكِهِ، وَ لَأَنَّهُ أَجِيرًا لَهُ، إِذْ لَوْ كانَ السَّمْسَارُ وَكَيْلًا أَوْ أَجِيرًا لِلأَمْرِ لَمَّا افْتَقَرَ إِلَى عَقْدٍ جَدِيدٍ بَيْنَ السَّمْسَارِ وَ الأَمْرِ، بَلْ كانَ الأَمْرُ مالِكًا لِلثُّوبِ بِنَفْسِ شِراءِ السَّمْسَارِ الثُّوبَ مِنْ مالِكِهِ، هَذَا ما يَسْتَفادُ مِنَ السَّوْأْلِ.  
 وَأَمَّا الجِوابُ فَقَدْ اسْتَفْصَلَ فِيهِ الإِمامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ مِنَ السَّائِلِ بِأَنَّ الرَّجُلَ الَّذِي يَرِيدُ الثُّوبَ - بَعْدَ اسْتِدْعائِهِ مِنَ السَّمْسَارِ شِراءَ الثُّوبِ مِنْ مالِكِهِ - لا يَجْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُلْزَمًا بِأَخْذِ الثُّوبِ مِنَ السَّمْسَارِ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَخِيرًا بَيْنَ الأَخْذِ وَ الانصِرافِ.  
 فَعَلِيَ الأَوَّلُ بِبِطْلانِهِ، لِأَنَّ السَّمْسَارَ قَدْ باعَ الثُّوبَ مِنَ الأَمْرِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهُ مِنْ مالِكِهِ، وَهُوَ مَنهِي عَنْهُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ عِنْدَهُ.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ١

ونقول: إن هذه الفقرة - مع قطع النظر<sup>(١)</sup> عن صدر الرواية - تحتل وجوهاً:<sup>(٢)</sup>

و على الثاني يصح، لأنَّ خياره بين الأخذ والترك كاشف عن عدم وقوع البيع بين السمسار و الأمير، بل كان الواقع مجرد مقابلة و موعدة، و هما من مقدمات البيع لانفسه، و حينئذٍ يجوز للسمسار أن يبيع الثوب من الأمير بعد أن يشتريه من مالكه، و يحلّ الربح للسمسار كما يحلّ الثوب للأمير.

و على هذا فما من شأنه تحليل الثوب و الربح هو مجرد المقابلة بين السمسار و الأمير، و ما من شأنه تحريمها هو إنشاء البيع اللازم. هذا كله مفاد السؤال و الجواب.

و قد علّل عليه السلام هذا التفصيل بجملة «إنما يحلّ الكلام و يحرم الكلام» و لما كان اللازم مناسبة هذا التعليل للحكم المعلّل به فينبغي أن يكون المراد من الكلام المحلّل هو المقابلة الواقعة بين الرجل و السمسار، و من الكلام المحرم هو إنشاء البيع.

و بهذا يظهر أجنبية التعليل عن مقصود القائلين بتوقف صحة العقد أو لزومه على اللفظ، و لهذا أشار المصنف عليه السلام بقوله: «مع قطع النظر عن صدر الرواية» إلى أنه لا بد من فرض جملة «إنما يحلّ...» منفصلة عن ذلك السؤال و الجواب حتى يتطرّق فيها احتمالات أربعة أو أزيد.

و أمّا لو أريد التحفظ على عليّته لجوابه عليه السلام لم تجر الوجوه الأربعة فيه، بل يتعين وجه واحد و هو الاحتمال الثالث منها، كما سيأتي مشروحاً.

(١) إذ مع النظر الى صدر الرواية لا يتطرّق إلّا وجه واحد لثلاً يكون تعليله عليه السلام أجنبياً بالمرّة عمّا علّله به من حلية المقابلة و الموعدة، و حرمة إنشاء البيع.

(٢) مقصوده عليه السلام أن ذيل الرواية - مع قطع النظر عن صدرها - يبحث عنه في مقامين، أحدهما الثبوت، و الآخر الإثبات. فيقع الكلام أولاً في محتملات فقه الذيل، ثم في إستظهار

الأول<sup>(١)</sup>: أن يُراد من الكلام في المقامين<sup>(٢)</sup> اللفظ الدال على التحريم والتحليل، بمعنى أن تحريم شيءٍ وتحليله لا يكون إلا بالنطق بهما<sup>(٣)</sup>، فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام<sup>(٤)</sup> ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال<sup>(٥)</sup>

أحدِها إن لم يَصِرَ مجملاً.

(١) هذا الاحتمال هو ظاهر الجملة بدوياً، وقد إستظهره كلُّ من استدلَّ بها على دخل الإنشاء القولي في اللزوم، بل مقتضى إناطة التحليل والتحريم بالكلام عدم تأثير المعاطاة في الإباحة فضلاً عن الملك الجائز، لكنهم رفعوا اليد عنه للجمع بين الأدلة كما تقدم في عبارة الرياض، ونحوها ما في مفتاح الكرامة وغيرها.

وكيف كان فحصل هذا الاحتمال الأول: أن الملحوظ هو نفس طبيعة الكلام مع الغض عن مدلوله. فموضوع التحليل والتحريم هو نفس اللفظ، بخلاف المعاني الآتية، فإن اللفظ لوحظ فيها حاكياً ومرآة، ولذا لا يكون جامع بين هذا المعنى الأول وبين سائر المعاني الآتية، لامتناع إجتماع اللحاظين الآتي والاستقلالي.

فإن أمكن إرادة هذا المعنى من قوله **عَلَيْهِ**: «انما يحلل...» صحَّ الاستدلال به على المقام، لفقد الانشاء اللفظي في المعاطاة حتى يوجب الإباحة أو الملكية، إذ القصد المجرد عن الكلام - أو المبرز بغير اللفظ - لا يترتب عليه أثر.

(٢) أي: في مقام التحريم والتحليل، فإذا كان شيء حراماً لم يحل بغير الكلام، وإن كان حلالاً لم يحرم إلا باللفظ.

(٣) أي: بالتحليل والتحريم، فلولا النطق لا يُحرّم الحلال، ولا يحلّ الحرام شيء آخر من القصد، أو الكاشف الآخر كالكتابة والتقايض والإشارة ونحوها.

(٤) كالنذر، لإناطة وجوب الوفاء به بالتلفظ بصيغة النذر، ولا تكفي النية المجردة عنه، على المشهور، وكذا الحال في الظهار والطلاق.

(٥) كما في المعاطاة، لوجود الكاشف عن القصد الى البيع وهو التعاطي، ولكنه غير



كاف، لتوقف حلية التصرف في المأخوذ بالمعاطاة على الإنشاء اللفظي المفقود حسب الفرض.

(\* لا يخفى أنه قد تقدّم سابقاً عدم إختلاف بين الجِلّ و الحرمة التكليفيين والوضعيين فى المفهوم، فالمراد بالمحلّية و المحرّمية أعمّ من التكليف و الوضع، كإباحة و طي الأمة مثلاً بقوله: «أحللت لك و طي أمتي» و كالملكية الحاصلة بقوله: «بعث». كما أنّ إطلاق مفهوم الجِلّ و الحرمة يقتضي عدم الفرق بين التحليل و التحريم مع الوساطة و بدونها.

أما المحلل تكليفاً بلا واسطة كتحليل مالك الأمة، و مع الوساطة كعقد النكاح الموجب لتحقق الزوجية التي هي توجب حلية الاستمتاع.

و أما المحرّم تكليفاً بلا واسطة كالظهار، و معها كالطلاق القاطع للزوجية، و الموجب لحدوث الأجنبية التي تترتب عليها جرمة الاستمتاع.

و أما المحلّل الوضعي فكالعقود الصحيحة الموجبة للنفوذ و حصول الانتقال، أو غيره مما هو مقصود في المعاملة.

و أما المحرّم الوضعي فكالعقود الفاسدة كالبيع الربوي و الفرري، و كالشروط المفسدة لها.

بل مقتضى إطلاق موضوعية طبيعة الكلام هو كون كلام واحد محللاً و محرّماً كالفسخ، فإنّه يُحرّم المثلث على المشتري، و الثمن على البائع، أو محللاً فقط أو محرّماً كذلك.

بل مقتضى الاطلاق المزبور شمول الكلام لكلام الشارع، فمحلّية المعاطاة وضعاً بواسطة الكلام هو عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود و نحوه، فكلام الشارع في مقام

الجعل قد يكون محللاً كما في المعاطة، وقد يكون محرماً كما في بيع المجهول ونحوه سواء أكان مع الوسط أم بدونه.

و بالجمله: فيمكن الاستدلال على محللية المعاطة وضعاً بأن الكلام محلل، والمراد بالكلام هو مثل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

و على هذا المعنى يندفع إشكال تخصيص الأكثر الآتي في كلام المصنف رحمته، إذ جميع المحرّمات والمحلّلات ترجع الى سببية الكلام لهما، فإنّ تنجّس المأكولات والمشروبات يوجب حرمتها بكلام دلّ عليها، كما أنّ حليتهما بتطهيرهما أيضاً مما دلّ عليه كلام الشارع.

وكذا محللية التذكية و ذهاب الثلثين، و تحليل الخمر، و استبراء الحيوان الجلال و تخميس المال المختلط بالحرام، و غير ذلك من موارد التحليل. و كذا محرّمية موت الحيوان بغير التذكية، و غليان العصير، و الجلل، و خلط المال الحرام بالمال الحلال، إلى غير ذلك من موارد التحريم، فإنّ التحليل و التحريم في الجميع مما دلّ عليه كلام الشارع.

إلّا أن يقال: إنّه مع البناء على تعميم الكلام لكلام الشارع لا يستفاد الحصر أيضاً، لأنّ الأحكام الثابتة بقاعدة الملازمة خارجة عن هذا الحصر، فالحصر الحقيقي لا يتصور في محللية الكلام و محرّميته، فلا بدّ من حمله على الحصر الاضافي.

و الحق أنّ دلالة كلمة «إنّما» على الحصر محلّ تأمل كما ذكر في محله.

لكن هذا التوجيه أجنبي عن مقالة المستدل بهذه الرواية على اعتبار اللفظ في إنشاء المعاملات. و عليه فتوجيه كلامه بأنّ المحلّلات و المحرّمات تنتهي بأسرها الى بيان الشارع ممّا ياباه كلام المستدل جدّاً.

الثاني<sup>(١)</sup>: أن يراد بالكلام<sup>(٢)</sup> اللفظ مع مضمونه، كما في قولك: «هذا الكلام صحيح أو فاسد»<sup>(٣)</sup>، لا مجرد اللفظ أعني الصوت. ويكون المراد<sup>(٤)</sup>: أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي جلاً و حرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام.

(١) محصل هذا الاحتمال الثاني: أن المقصود الواحد يختلف حكمه باختلاف المضامين المؤداة بالكلام، يعني: أن المقصود الواحد إذا أديّ بعبارة مخصوصة صار حلالاً، وإن أديّ بعبارات أخرى لم يحل، مثلاً: يكون الفرض من النكاح السلطنة على بضع المرأة، وهو يحصل بقولها: «متعتك نفسي» ولا يحصل بقولها: «سلطنتك على بُضعي أو أجرتك بُضعي».

وكذا البينونة المقصودة بالطلاق، فإنها تحصل بقول الزوج: «أنت طالق» ولا تتحقق بقوله: «أنت خليّة أو مسرّحة أو مطلّقة أو بريّة».

فلخص هذا الوجه هو ملاحظة المطلب الوحداني المقصود الذي يمكن أداؤه بمضامين متعددة، فيكون أداؤه بمضمون محرّماً و بمضمون آخر محلّلاً. وعليه فليس المراد في هذا الوجه الثاني محلّلية وجود اللفظ و محرّمية عدم اللفظ كما كان في الاحتمال الأول، إذ على الاحتمال الثاني يوجد اللفظ في الجميع، لكن المراد من «إنما يحرم و يحلل الكلام» هو محرّمية لفظ و محرّمية لفظ آخر، مع إشراكها في تأدية المطلب الواحد.

و يؤيد إرادة هذا الاحتمال ما ورّد في أخبار عمدة المزارعة، و سياقي بيانها.

(٢) في قوله **الكلام**: «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام».

(٣) حيث إن مقصود القائل: «هذا الكلام صحيح» هو صحة مضمونه، لا مجرد صحة الألفاظ و الكلمات إعراباً و بناءً، فالمنظور إليه هو المفاد و المدلول اللّذاني يتوصل إليها بالألفاظ.

(٤) أي: ويكون المراد من محلّلية الكلام و محرّميته: أن المطلب الواحد... الخ.

مثلاً المقصود الواحد - وهو التسليط على البضع مدة معينة - يتأتى بقولها: «ملكتك بضعي أو سلطتك عليه أو آجرتك نفسي أو أحللتها لك» وبقولها: «متعت نفسي بكذا» فما عدا الأخير موجب لتحريمه<sup>(١)</sup>، والأخير محلل.

و على هذا المعنى<sup>(٢)</sup> ورد قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في عدة من روايات المزارعة:

منها<sup>(٣)</sup>: ما في التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع

(١) المراد من إيجاب تلك العبارات لحرمة المرأة هو عدم تأثيرها شرعاً في حلية البضع، وبالإضافة لحرمة ثابتة قبل هذه الألفاظ من جهة كونها أجنبية.

(٢) أي: على هذا الوجه الثاني - من معنى الكلام المحلل والمحرم - ورد قوله عليه السلام في روايات المزارعة: «إنما يحرم الكلام» و غرضه تأكيد هذا الاحتمال الثاني.

و تقريب التأييد: أن قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في باب المزارعة هو نفس التعبير الوارد في رواية خالد بن نجيح من قوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» و حيث إن المقصود بالجملة الواردة في المزارعة واضح لا إجمال فيه، فليكن التعليل في رواية خالد - من جهة مطابقة المتن - محمولاً على هذا الاحتمال الثاني الذي هو ظاهر رواية المزارعة أيضاً.

و وجه ظهورها: أن مقصود المالك و العامل جعل حصة الأول ثلثاً و حصة الثاني ثلثين، و هذا المطلب الواحد إذا أنشئ باشتراط ثلث للثقة و ثلث للبذر لم يقع صحيحاً، بل هو عقد فاسد، و إذا أنشئ بقول الزارع: «أزرع في أرضك و لك منها ثلث و لي ثلثان» كان صحيحاً. ثم علل عليه السلام بطلان الإنشاء الأول بقوله: «فإنما يحرم الكلام» و من المعلوم أن مسانحة العلة للحكم المعلل بها ضرورية، فيتعين أن يراد بجملة «إنما يحرم الكلام» إنشاء عقد المزارعة بلفظ دون لفظ آخر.

و حيث إن رواية خالد قد اشتملت على هذا المتن كان المناسب حمل «الكلام» على هذا الاحتمال الثاني، و هو اللفظ مع مضمونه.

(٣) و كذا يشتمل على التعليل روايتان أخريان:

الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام : «أنت سُئِلَ عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر و ثلثاً للبقر، فقال: لا ينبغي له أن يُسمي بذاراً ولا بقرأ، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرعُ في أرضك، ولكَ منها كذا وكذا، نصفُ أو ثلثُ أو ما كان من شرط، ولا يُسمي بذاراً ولا بقرأ، فإنما يُحرّم الكلام»<sup>أ</sup>.  
الثالث<sup>١</sup>: أن يراد بالكلام في الفقرتين:

الاولى: صحيحة الحلبي قال: «سُئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً، و للبقر ثلثاً، قال: لا ينبغي أن يسمي شيئاً، فإنما يُحرّم الكلام»<sup>ب</sup>.  
الثانية: معتبرة سليمان بن خالد، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع، فيزرع أرض آخر، فيشترط للبذر ثلثاً و للبقر ثلثاً، قال: لا ينبغي أن يسمي بذاراً ولا بقرأ، فإنما يُحرّم الكلام»<sup>ج</sup>.

١) هذا الاحتمال الثالث مبني على حمل «الكلام» في جملة التحريم و التحليل على تعبير واحد و جملة واحدة، مع كون محرّمته و محلّيته بحسب تعدد المحل أو الوجود و العدم. و يمكن توضيحه بوجهين:

الأول: ما يظهر من الفاضل الزاقي<sup>٢</sup>، و حكي عن المحقق القمي في جامع الشتات و سبقتها المحدث الكاشاني، حيث قال: «الكلام هو إيجاب البيع، و إنّما يُحلّل نفيًا، و إنّما يُحرّم إثباتاً»<sup>٥</sup>.

و محصله: أنّ المراد بالكلام في الفقرتين لفظٌ واحد يكون محرّمًا في حال وجوده، و محرّمًا في حال عدمه، أو بالعكس، بأن يكون وجوده محللاً و عدمه محرّمًا. فالأول و هو

أ : تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٩٤، باب المزارعة، الحديث: ٨٥٧؛ وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٠١.

الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة الحديث : ١٠

ب: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٩٩، الباب ٨ من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث: ٤.

ج : وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٠٠، الباب ٨ من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث: ٦.

د : مستند الشيعة، ج ١، ص ٣٦٢.

هـ: الوافي، ج ٣، ص ٥٩، الطبعة الحجرية.

الكلام الواحد<sup>(١)</sup>، ويكون تحريمه وتحليله باعتبار وجوده وعدمه، فيكون وجوده محللاً وعدمه محرمًا، أو بالعكس. أو<sup>(٢)</sup> باعتبار محله و غير محله، فيحل في محله و يحرم في غيره.

و يحتمل<sup>(٣)</sup> هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

محرمية وجود الكلام نظير تسمية البذر و البقر في إنشاء المزارعة، فإنه محرم أي يوجب استمرار الحرمة السابقة على العقد، وعدم هذه التسمية محللة. و الثاني نظير إذن المالك - قولاً - لغيره في التصرف في ماله، فإن وجود هذا اللفظ محلل، و عدمه محرم.

الثاني: أن المراد بالكلام وجوده، و يكون إتصافه بالمحللية و المحرمية باعتبار وجوده في محل أو زمان، فاللفظ الواحد محرم في محل و محلل في محل آخر. مثلاً: صيغة «أنكحت و قبلت» إن صدرت من المحرم كان محرمًا غير مؤثر في حدود علقه الزوجية، و إن صدرت من المحلل كانت محللاً و مؤثرًا في التزويج. و كالعقد على ذات العدة، فإنه محرم أبداً، و على الخلقة محلل.

(١) يعني: فالمتصف بالتحليل و التحريم حينئذٍ كلام واحد مع اتحاد مضمونه، و هذا هو الفارق بين هذا الوجه الثالث و بين سائر الوجوه. بخلاف الوجه السابق، فإن المتصف بهما كلامان، حيث إن تسمية البذر و البقر محرم، و التعبير بالنصف أو الثلث كلام محلل.

فالفارق بين هذا الوجه و سابقه هو: تعدد الكلام المتصف بالتحليل و التحريم هناك و اتحادهما هنا.

كما أن فرق هذا الاحتمال مع الاحتمال الأول هو: أن المناط في التحريم و التحليل هناك كان في طبيعة الكلام في مقابل الفعل. لا بما أنه كلام واحد أو متعدّد، و لا باعتبار وجوده في محل و عدمه في محل آخر.

(٢) معطوف على «باعتبار» و هذا إشارة الى الإحتمال الثاني المذكور في الوجه الثالث.

(٣) أي: الوجه الثالث، فيقال: إن وجود تسمية البذر و البقر محرم، و عدمها محلل. أو

يقال: إن قول الزارع للمالك: «لي الثلثان و لك الثلث» محلل، و عدمه محرم.

و أمّا تقريب إحتمال حمل أخبار المزارعة على الوجه الثالث فهو: نهي الإمام عليه السلام عن

## الرابع<sup>(١)</sup>: أن يراد من الكلام المحلّل خصوصُ المقالوة و المواعدة، و من الكلام المحرّم إيجابُ البيع

تسمية ثلثٍ للبذر و ثلثٍ للبقر، فهذه التسمية محرّمة و موجبة لفساد العقد و حرمة التصرف، و عدمُ هذه التسمية محلّل، بأن يقول - كما علمه عليه السلام -: «لي الثلث و لك الثلثان» مثلاً.

فإن قلت: إن إحتيال إرادة هذا الوجه الثالث من روايات المزارعة ينافي تصريح المصنف عليه السلام في الوجه الثاني بقوله: «و على هذا المعنى وَرَدَ قوله عليه السلام : إنّما يحرم الكلام». و المنافاة واضحة، لأن أخبار المزارعة إمّا أن تكون مجملة محتملة لكل من الوجه الثاني و الثالث، و إمّا أن تكون ظاهرةً في خصوص الاحتمال الثاني، فإن كانت محتملةً لكلا الوجهين لم يصحّ قوله في الوجه الثاني: «و على هذا المعنى ورد...» و إن كانت ظاهرةً في خصوص الإحتمال الثاني لم يصحّ قوله هنا: «و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة».

قلت: لا تنافي بين كلامي المصنف عليه السلام، لأن مدعاه في الاحتمال الثاني هو ظهور أخبار المزارعة فيه، و أنّ المطلب الواحد يمكن تأديته بعبارتين: إحداها محلّلة و الأخرى محرّمة. و من المعلوم أنّ هذا الظهور لا ينافي إحتيال تنزيل تلك الأخبار على الوجه الثالث، بأن يقال: إنّ وجود الكلام - أي تقييد حصّة العامل بالبذر و البقر - محرّم، و عدم هذا التقييد محلّل.

و الحاصل: أنّ ظهور الكلام في معنى لا ينافي إحتيال إرادة معنى آخر منه. و إنّما يتحقق التهافت بينهما إذا ادّعي تارة صراحة الكلام في مؤداه، و أخرى إحتياله لمعنى آخر.

(١) محصّل هذا الوجه: أنّ المراد بالكلام المحلّل - بالنظر إلى صدر الرواية و مورد السؤال فيها - خصوص المقالوة، و بالكلام المحرّم إيجاب البيع، لأنّه بيع قبل الشراء، و هو غير جائز. و تقدم مزيد توضيح لهذا الوجه عند بيان فقه الرواية قبل الشروع في المقام الأوّل المنعقد لبيان محتملات التعليل.

ثم إنّه ينبغي تنعيم الكلام ببيان فوارق هذه المحتملات الأربعة، فنقول: إنّ الكلام في هذا الوجه الرابع متعدّد، لكون المقالوة التي هي الكلام المحلّل مغايرة لإيجاب البيع الذي هو الكلام المحرّم. فهذا الوجه الرابع يغاير الوجه الثاني في أنّ المضمون فيه متعدّد، إذ المواعدة غير الإيجاب. و بعبارة أخرى: المقالوة و البيع مطلبان، لا مطلب واحد.

و إيقاعه<sup>(\*)</sup>.

بخلاف الوجه الثاني، فإنَّ المقصود من الكلام شيء واحد، وهو كون ثلثي الزرع للزارع، والاختلاف إنما يكون في التأدية، وعليه فيكون المعنى الرابع أخص من الثاني. ويُشارك هذا الوجه الرابع الوجه الثاني في تعدد الكلام الموضوع للتحليل والتحريم هذا. والوجه الرابع يغيّر الوجه الثالث بالمباينة، لأنَّ الكلام المحلّل والمحرمّ متعدد في الرابع، ومتّحد في الثالث.

كما أنّ هذا هو الفرق أيضاً بين الوجه الثاني والثالث، فإنَّ الكلام المحلّل والمحرمّ في الوجه الثاني متعدد، وفي الثالث متّحد.

كما أنّه ظهر الفرق بين مجموع هذه الوجوه الثلاثة وبين الوجه الأوّل، بكون الملحوظ إستقلالاً في الأوّل هو اللفظ مع الغض عن معناه، بخلاف الوجوه الثلاثة، فإنَّ الملحوظ فيها إستقلالاً هو المعنى، واللفظ ملحوظ فيه آلياً، كما تقدم آنفاً. فالفرق بين الوجه الأوّل وبينها هو التباين.

(١) فالآلام في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : «الكلام» على هذا المعنى الرابع يكون للمعهد، فلا يستفاد منه ضابط مطّرد في جميع الموارد.

هذا تمام الكلام في مقام الثبوت، وسيأتي الكلام في مقام الاثبات.

(\*) وفي التعليل احتمال خامس و سادس، فالأوّل ما احتمله المحقق النائيني رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال المقرّر: «أن يراد من الكلام نفس معنى اللفظ، لا اللفظ بمعناه، فيصير حاصله: أنّ البيع قبل الشراء محرّم، و بعده محلّل. وهكذا في باب المزارعة، فإنَّ جعل شيء بازاء البقر و البذر محرّم، و جعله بازاء عمل الزارع محلّل». وقد سَبَقَهُ إلى هذا المعنى صاحبُ الجواهر<sup>ب</sup> و المحقق الخراساني و غيرهما<sup>ج</sup>.

أ : منية الطالب، ج ١، ص ٦٦

ب : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١٧

ج : حاشية المكاسب، ص ١٥



و محصل هذا الوجه: أن المراد بالكلام هو الالتزام المعاملي السالب عرفاً للاختيار، والمراد بالتحريم والتحليل بالإضافة إلى شخصين، وهما البائع والمشتري، لا إلى كلامين من شخصين، بحيث يكون أحدهما محرماً والآخر محللاً، فإن المثمن يحرم على البائع بالتزامه المعاملي، ويحل للمشتري، وفي الثمن بالعكس. وإطلاق الكلام على الالتزام شائع. ومنه «كلام الليل يحويه النهار» كما قد يطلق عليه القول، فيقال: «أعطيت قولاً بذلك» وقوله تعالى ﴿ولكن حقّ القول مني لأملأن جهنم من الجنة والناس أجمعين﴾<sup>أ</sup>.

وبعارة أخرى: لا يراد بالكلام اللفظ، ولا دخله في الأثر، إذ المؤثر هو المعنى، والكلام بما أنه فإن في معناه، إذ هو ما به ينظر لا فيه ينظر، فالكلام المحلّل والمحرّم هو الالتزام المعاملي المحرّم للمبيع على البائع والمحلّل له للمشتري.

وهذا المعنى الذي أفاده صاحب الجواهر قد يساعده الذوق الفقهي السليم، ويتأيد بكثير من النصوص الواردة في بيع الدلال، كصححة ابن سنان الآتية في المتن وغيرها ممّا رواها ثقة الاسلام في باب بيع ما ليس عنده، وأنه إن كان مجرد مفاوضة ومقابلة فلا بأس، وإن كان إيجاب البيع ففيه بأس.

لكن الانصاف أن هذا الوجه يستلزم إسقاط خصوصية الكلام المأخوذ موضوعاً للتحليل والتحريم، ولغوية ذكره، وهو بمكان من الفساد. فمقتضى ظاهر التعليل هو كون الكلام المنشأ به إيجاب البيع قبل الشراء محرماً، وبعده محللاً، فالمناط في التحريم والتحليل هو الكلام، فيدل قوله **عليه السلام**: «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» على كون إيجاب البيع المتحقق بالكلام دون غيره قبل الشراء محرماً، وبعده محللاً، فلا عبرة بإيجاب البيع بغير الكلام كإنشائه بالمعاطاة.

و ما أفاده المحقق الايرواني **رحمته** في تأييده بإطلاق الكلام على الالتزام المجرد عن

اللفظ إستشهاداً بمثل «كلام الليل يمحوه النهار» غير ظاهر، إذ لو سلم الاطلاق المزبور لم يقتض سقوط أصالة الحقيقة في معنى الكلام، وحمله على الالتزام المجرد عن النطق. ولو كان المحلل والمحرم هو الالتزام البيعي لكان المناسب أن يقال: «يحلل البيع ويحرم البيع». هذا مضافاً إلى: لزوم جعل الحصر إضافياً، أي كون البيع محرمًا بالإضافة إلى المقابلة التي ليست محرمة، مع ظهور «انما» في حصر المحلل في البيع بالإضافة إلى كل شيء.

الاحتمال السادس: ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته وهو: «أن الإيجاب الصحيح في ذاته يؤثر تارة في الجبل وأخرى في الحرمة، كالنكاح المؤثر في الحلبة، والطلاق المؤثر في الحرمة. والمراد: أن السبب المؤثر تارة في الحلبة وأخرى في الحرمة منحصر في الكلام. لأن الصحيح المحلل، والفاقد المحرم منحصر في الكلام حتى يورد عليه بالاشكال في المحللية والمحرمة»<sup>أ</sup>.

وحاصله: أن الموصوف بالمحللية والمحرمة هو خصوص الإنشاء الصحيح، ولا عبرة بالإنشاء الفاسد أصلاً. فالكلام الصحيح المحلل كالعقد في النكاح، والمحرّم كالطلاق. وبعبارة أخرى: شأن طبيعة الكلام الصحيح: التحليل والتحرير، فهو ينقسم إلى قسمين: لأنّ الكلام الواحد محلل وجوداً ومحرّم عدماً. أو بالعكس. أو أنّ الكلام إن كان مقابلة فهو محلل، وإن كان بيعاً فهو محرّم، وغير ذلك من المحتملات.

وهذا ينطبق على مورد الرواية وهو بيع ما ليس عنده، فإنّ الدلال إذا أوجب البيع قبل أن يتملك المبيع كان إنشاؤه الصحيح محرّمًا، وإن أوجبه بعد تملكه له كان محللاً، هذا. وهذا الاستظهار وإن كان وجيهاً، لكن تطبيقه على مورد سؤال خالد لا يخلو من شيء، لأنه سأل عن حكم الربح وبيع الثوب من الأمير، فأجاب عليه السلام - وكما في روايات أخرى - بأنّ الأمر إن كان بالخيار فلا بأس، وإلا فبغيره بأس، ثم علّله بمحللية الكلام ومحرّميته.

ولا يبعد حمله على المعنى الثالث من عدم محرمة المقابلة ومحرمة إيجاب البيع،

ثم<sup>(١)</sup> إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول<sup>(٢)</sup>، لأنه<sup>(٣)</sup> - مع لزوم تخصيص الأكثر،

(١) هذا ناظر إلى المقام الثاني وهو الاثبات، وأن أي واحد من تلك الوجوه الأربعة يكون ظاهر الكلام ومراداً منه.

(٢) مع أن المجدي للاستدلال بذيل رواية خالد بن المحجاج على عدم لزوم الملك بالمعاطاة هو إرادة هذا المعنى الأول.

(٣) أي: لأن المعنى الأول يوجب، وهذا وجه عدم إرادة الاحتمال الأول، وهو يرجع إلى وجهين:

أحدهما: أن المعنى الأول يستلزم تخصيص الأكثر، لأن مقتضاه حصر المحل والمحرّم في الكلام، مع أنه ليس كذلك، لكثرة المحرّمات والمحلّلات في الشريعة، مع عدم كون المحلّ والمحرّم فيها كلاماً، كمحرّمة الغليان، ومحلّية ذهاب الثلثين، ومحرّمة الموت بغير التذكية للحيوان القابل للتذكية، ومحلّية التذكية، ومحرّمة الجلجل، ومحلّية الاستبراء منه، إلى غير ذلك.

ثانيهما: أن الفقرة المذكورة - أعني بها: محلّية الكلام ومحرّميته - علّة للحكم المذكور قبله، وإرادة المعنى الأول منها توجب عدم إرتباطها بالحكم المزبور وعدم إنطباقها عليه، لأنّ الحكم - على ما يستفاد من جملة من الروايات - هو الجواز إذا لم يوجب السمسارُ البيع قبل الشراء من مالكة، ولا دخل للكلام في هذا الحكم أصلاً، بل المدار في الجواز وعدمه هو الإيجاب قبل الشراء. وعدم الإيجاب قبله، فليس المدار في التحليل والتحرّيم هو النطق حتى يصحّ تعليل الحكم بالجواز وعدمه به، فإنّ إيجاب البيع من قبيل المعنى دون اللفظ، فلا يصحّ التعليل به.

أو على المعنى الخامس. وأما مجرد إنقسام الكلام الصحيح إلى محلّ تارة ومحرّم أخرى، فلا يظهر إنطباقه على مورد السؤال.

و لعل الاعتراف بعدم وضوح أمر التطبيق أولئ من التصرف في ظاهر التعليل، والله العالم بحقائق الامور.

حيث<sup>(١)</sup> إنَّ ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ -  
يوجب<sup>(٢)</sup> عدم إرتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع<sup>(٣)</sup> كونه  
كالتعليل له، لأنَّ ظاهر الحكم - كما يستفاد من عدة روايات أخر<sup>(٤)</sup> - تخصيص  
المجواز<sup>(٥)</sup> بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة، ولا<sup>(٦)</sup> دخل (\*).

(١) هذا تعليل للزوم محذور تخصيص الأكثر، يعني: أنَّ ظهور التعليل في حصر سبب  
التحليل و التحريم الشرعيين في اللفظ يوجب ورود الاشكال عليه، و ذلك لكثرة الأسباب  
المحللة و المحرمة التي لا دخل للفظ فيها أصلاً، و هذا يكشف إنَّ عن إباء التعليل عن الحمل على  
الاحتمال الأوّل، بل لا بد من إرادة معنى آخر منه لا يترتب عليه محذور تخصيص الأكثر  
و غيره.

(٢) خبر «لأنه» و هذا إشارة الى الوجه الثاني من وجهي الاشكال على الاحتمال الأوّل،  
و محصله: أجنبية التعليل عن الحكم المعلل به، مع وضوح إعتبار المناسبة و السنخية بين  
الحكم الشرعي و علته.

(٣) أي: و الحال أنَّ قوله **عَلَيْهِ** : «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام» يكون كالعلة لقوله  
**عَلَيْهِ** : «لا بأس» و هل يتصور تعليل حكم بأمر أجنبي عنه؟

(٤) كمعتبرة ابن سنان المقدمة في ص ٥٨٥، و رواية يحيى ابن الحجاج الآتية في  
ص ٦٠٧.

(٥) المستفاد من قوله **عَلَيْهِ** : «لا بأس».

(٦) يعني: و الحال أنَّ المجواز المزبور لا دخل للفظ فيه حتى يعلّل بحصر المحلّل و المحرّم  
في الكلام.

(\*) بل له دخل في التحليل و التحريم، لما عرفت من دلالة قوله **عَلَيْهِ** : «إنما يحلل  
الكلام» على كون مناط التحليل و التحريم هو الايجاب المتحقق بالكلام قبل شراء الثوب من  
مالكة و بعده، دون غير الكلام من الفعل، فلا يتحقق بالمعاطاة بيع ما ليس عنده.

لا شتراط النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلّل به<sup>(١)</sup>؟  
و كذا<sup>(٢)</sup> المعنى الثاني، إذ ليس هنا<sup>(٣)</sup> مطلبٌ واحد حتى يكون تأديته بمضمون  
محللاً و بآخر محرّماً.

فتعيّن المعنى الثالث<sup>(٤)</sup>، و هو: أنّ الكلام الدالّ على الالتزام بالبيع لا يُحرّم

(١) يعني: فكيف يكون «إنّما محلّل» علّة لمشروعية المفاولة بين الدالّ و المشتري

للثوب، و علّة لعدم مشروعية إيجاب البيع قبل شراء الثوب من مالكة؟

(٢) معطوف على «المعنى الأوّل» أي: أنّ الظاهر عدم إرادة المعنى الثاني كعدم إرادة

المعنى الأوّل، و وجه عدم إمكان حمل التعليل - في رواية خالد - على الاحتمال الثاني هو: أنّه  
لو كان في مورد الرواية مطلبٌ واحد يؤدّي بتعبيرين أو أكثر كما في النكاح المنقطع أمكن  
تطبيق التعليل على الاحتمال الثاني، ولكن مورد السؤال و جواب الامام عليه السلام مطلبٌ واحد -  
و هو إيجاب بيع ما لا يملكه السمسار - و هذا يؤدّي بإنشاء واحد لا بكلامين حتى يكون  
أحدهما محللاً و الآخر محرّماً.

(٣) يعني: ليس في مورد الرواية مطلبٌ واحد حتى يكون أداؤه بمضمونه محرّماً

و بمضمون آخر محللاً، بل الموجود في الرواية مطلبٌ واحد يُعبّر عنه بكلام واحد، غاية أنّ  
هذا الكلام الواحد عدّمه محلّل و وجوده محرّم، يعني: أنّ إنشاء البيع - قبل أن يشتري  
السمسار الثوب من مالكة - محرّم، لكونه من بيع ما ليس عنده، و هو منهي عنه.

(٤) أو المعنى الرابع، فإنّ مجرد بطلان الوجهين الأوّلين غير كافٍ في تعيّن الاحتمال

الثالث، بل لابد من إبطال الاحتمال الرابع أيضاً. ولكن مقصوده تفويض ملاءمة التعليل لمورد  
الرواية، و تطبيقه عليه سواء قلنا بالاحتمال الثالث، أم الرابع كما سيأتي تصريحه بقوله:

و كذا يظهر دخل الكلام بناء على الاحتمال الثاني، لأنّ مقتضى حصر المحلّل و المحرّم

في الكلام هو عدم تحقق بيع ما ليس عنده إلا بالكلام، فهذا الحصر ينفي تحقق إيجابه بغير

الكلام، و هذا كافٍ في إثبات عدم ترتب أثر على المعاطاة في غير هذا المورد.

هذه المعاملة، إلا وجوده قبل شراء العين<sup>(١)</sup> التي يريد بها الرجل، لأنه بيع<sup>(٢)</sup> ما ليس عنده، ولا يُحْتَلُّ إلا عدُّه، إذ مع<sup>(٣)</sup> عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعة، وهو<sup>(٤)</sup> غير مؤثِّر.

فحاصل الرواية: أن سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصرٌ في

#### «أو المعنى الرابع».

(١) كالثوب الذي هو مورد رواية خالد بن الحجاج أو خالد بن نجيح.

(٢) أي: لأنَّ الكلام الدال على الالتزام بالبيع، و هذا تعليل لقوله: «لا يحرم هذه المعاملة» و حاصله: أن الموجب لحرمة هذه المعاملة هو كونه من بيع ما ليس عنده، و من المعلوم أنه لا يتحقق هذا العنوان إلا بوجود الكلام الدال على البيع، فالحرمة إنما تكون بوجود الكلام، و المحلّية بعده قبل الشراء من المالك.

(٣) تعليل لقوله: «ولا يُحْتَلُّ إلا عدُّه» و حاصله: أن إسناد التحليل إلى عدم الكلام إنما هو لأجل عدم تحقق الكلام الموجب للبيع، حيث إنَّ الكلام الموجود كان هو التواعد بالمبايعة لا نفس البيع، و من المعلوم أن المواعدة ليست بيعاً حتى تحرم.

و بالجملة: فالمناسب لمورد الرواية إرادة المعنى الثالث، و هو كون وجود الكلام - أي إنشاء البيع - محرماً، و عدمه محللاً.

و به يظهر أجنبية التعليل عن إناطة لزوم البيع بإنشائه باللفظ خاصة كما هو مراد المستدل بهذه الرواية على عدم لزوم المعاطاة.

ثم لا يخفى أن الاحتمال الثالث كان منحللاً إلى وجهين: أحدهما: إناطة التحليل و التحريم بالوجود و العدم، و الآخر: إناطتها معاً بالوجود، غايته دخل الحال و الزمان في محلّية إنشاء تارةً و محرمة نفس ذلك الانشاء أخرى. و كلام المصنف هنا موافق للوجه الأول، لعدم تعرضه لتطبيق التعليل على الوجه الثاني وإن كان ممكناً كما لا يخفى.

(٤) يعني: و مجرد التواعد غير مؤثِّر.

الكلام عدماً<sup>١</sup> ووجوداً<sup>٢</sup>.

أو<sup>٣</sup> المعنى الرابع، وهو: أن المقاوله والمراضة مع المشتري الثاني<sup>٤</sup> قبل اشتراء العين محلل للمعاملة، وإيجاب<sup>٥</sup> البيع معه محرم لها.

(١) يعني: أن المحلل هو عدم إنشاء البيع قبل أن يشتري السمسار الثوب من مالكة.

(٢) يعني: أن المحرم هو إنشاء البيع قبل شراء الثوب من مالكة، ووجه محرميته هو كونه من بيع ما ليس عنده.

(٣) معطوف على «الثالث» يعني: فتعين المعنى الرابع بعد بطلان المعنيين الأولين، وحاصله: أن المراد بالكلام المحلل في مورد الرواية هو المقاوله والمواعدة، وبالكلام المحرم إيجاب البيع، وهذا المعنى ينطبق على مورد الرواية كالتطبيق الثالث. وعلى هذا الاحتمال الرابع يصير التعليل أجنبياً عن مرام القائل بتوقف لزوم الملك على اللفظ وعدم تأثير المعاطاة فيه.

فتحصل: أن المصنف تَبَيَّنَ رجَّح من المعاني الأربعة إثنين، أحدهما المعنى الثالث وهو إضافة التحليل إلى عدم الكلام، والتحریم إلى وجوده. والآخر المعنى الرابع، وهو كون الكلام المحلل المقاوله، والمحرم إيجاب البيع.

وإستبعاد إرادة المعنيين الأولين. إذ في أولها: لزوم تخصيص الأكثر، وعدم إرتباط العلة بالحكم المعلل.

وفي ثانيهما: عدم مطلب واحد يمكن تأديته بمضمونين حتى يكون أحدهما محللاً والآخر محرمًا، بل مطلب واحد لا يتأدى إلا بمضمون واحد، وهو إيجاب البيع قبل الشراء، فلا بد من إرادة المعنى الثالث أو الرابع.

هذا محصل ما أفاده المصنف في معنى الرواية.

(٤) وهو الرجل الآير، والمشتري الأول هو السمسار الذي يشتري الثوب من مالكة.

(٥) معطوف على «المقاوله» يعني: وأن إيجاب السمسار البيع مع المشتري الثاني محرم

للمعاملة.

و على كلا المعنيين<sup>(١)</sup> يسقط<sup>(٢)</sup> الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاطاة (\*).

- (١) وهما المعنى الثالث والرابع اللذان يتعين حمل التعليل على أحدهما.
- (٢) أما وجه سقوطه بناءً على المعنى الثالث فهو: أن المحلَّ حينئذٍ في هذه المعاملة الخاصة منحصراً بعدم الكلام البيعي الإنشائي قبل شراء الدلال لنفسه، والمحرم فيها هو وجود الكلام البيعي قبله، ولا يدل هذا على عدم كفاية غير الكلام - ومنه المعاطاة - في جميع الموارد حتى في بيع إنسان مال نفسه.
- والحاصل: أن الرواية لا تدلّ إلا على أن وجود إيجاب «بيع ما ليس عنده» محرم قبل الشراء، وعدمه محللٌ قبله.
- وأما وجه سقوطه بناءً على المعنى الرابع فهو: أن مفاده حينئذٍ هو: أن المحلَّ في مورد الرواية منحصراً في المقاوله والمواعدة، والمحرم منحصراً في الكلام الإنشائي، ومن المعلوم أن هذا أيضاً أجنبي عن إعتبار اللفظ في البيع في غير مورد الرواية، وهو بيع ما ليس عنده، وعدم كفاية المعاطاة فيه، فلا يدلّ على إعتبار اللفظ في بيع ما عنده حتى تكون دليلاً على عدم تأثير المعاطاة في إنشاء البيع في جميع الموارد.
- وكذا يسقط الخبر على المعنى الثاني، لأنّ اللفظ فيه ملحوظ أيضاً آلياً لا إستقلالياً فالاستدلال بالرواية على اعتبار الكلام في إنشاء البيع مبني على الوجه الأوّل الذي إستظهره جمع من الفقهاء.

(\*) بل المصير إلى المعنى الثالث والرابع بعيد أيضاً، إذ يلزم في الثالث التفكيك بين الكلامين المتحدّين سياقاً، لأنّ الظاهر كون وجود الكلام في كلّ من الفقرتين محللاً ومحزماً، فجعل وجود أحدهما مؤثراً في الحل، وعدم الآخر مؤثراً في الحرمة، أو العكس غير وجيه، هذا مضافاً إلى: أن المؤثر في وجود الجلّ و الحرمة هو الوجود، لا العدم، فإستناد الجلّ أو الحرمة إلى العدم غير سديد كما هو ظاهر، فإنّ عدم الكلام لا يؤثّر في الحرمة، بل تستند الحرمة



إلى حرمة التصرف في مال الغير، لا إلى عدم علة ضده.

ففي باب المزارعة لا يكون حرمة التصرف في الثلثين من الزرع الموسومين للبذر و البقر مستندة إلى عدم الكلام، بل إلى ما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير هذا. وفي الرابع: أنه مع النظر إلى الصدر لا مع الغض عنه كما هو المفروض في الاحتمالات الأربعة، فإن جعل الكلام المحلّل المواعدة و المحرّم إيجاب البيع هو عين مورد الرواية، كما هو واضح. فكيف يكون مع الغض عنه.

و لا تبعد دعوى: إنسباق المعنى الثاني من المعاني المتقدمة من جملة «إنما يحلّل الكلام و يحرم الكلام» في بيع ما ليس عنده، و من قوله **عَلَيْهِ**: «إنما يحرم الكلام» في روايات المزارعة، إذ الظاهر أن الروايات في مقام جعل التحليل و التحريم للكلام، و أن المقاصد يختلف حكمها باختلاف المضامين المؤداة بالكلام.

ففي بيع ما ليس عنده - الذي يكون المقصود منه تملك الشخص للمتعاب ببيع خاص - إذا عبّر عنه بالوعد كان محللاً، و إذا عبّر عنه بإيجاب البيع كان محرماً. و في باب المزارعة يكون المقصود تملك الزارع ثلثي الزرع، فإن عبّر عن هذا المقصود بجعل ثلث للبقر و ثلث للبذر كان محرماً، و إن عبّر عنه بجعل الثلثين بإزاء عمل الزارع كان محللاً.

إلا أن يقال: إنّ المقابلة ليست كلاماً محللاً، إذ المحلّل هو إيجاب البيع بعد الشراء، فوجود المقابلة كعدمها. كما أنّ محرّمية جعل الثلث للبقر و الثلث للبذر أيضاً غير صحيحة، لأنّ المحرم هو التصرف في مال الغير بدون إذنه، لا أنّ المحرّم هو جعل الثلث للبذر، نعم هو لقوّ.

**فالأولى** إرادة الشق الثاني من المعنى الثالث، و هو كون الكلام محرّماً في مورد و محللاً

في غيره، كما يوجب بيع ما ليس عنده، فإنه محرّم قبل الشراء، و محلّل بعده.

و إرادة المعنى الثاني في روايات المزارعة.

نعم<sup>(١)</sup> يمكن إستظهار إعتبار الكلام في إيجاب البيع

(١) إستدراك على قوله: «يسقط الخبر عن الدلالة» ومقصوده توجيه الاستدلال بالتعليل على عدم لزوم المعاطاة بناءً على تطبيق التعليل على الاحتمال الثالث، ومحصله: أن مقتضى حصر المحلّل والمحرّم في الكلام هو إحصار إيجاب البيع بالكلام، وعدم تحقّقه بغيره من الإشارة والمنازعة والمعاطاة، إذ لو تحقّق البيع بغير اللفظ كان مخالفاً لمقتضى حصر المحلّل والمحرّم في الكلام.

والفرق بين هذا التقريب وبين الوجه الأوّل حينئذٍ هو: إبتناء الوجه الأوّل على حصر جميع المحلّلات والمحرّمات في الكلام، سواء في العقود والإيقاعات وغيرها، ولذا ناقش فيه المصنّف تقيّدًا بلزوم تخصيص الأكثر، من جهة عدم توقف الحلية والحرمة على اللفظ في موارد كثيرة. بخلاف هذا الاحتمال الأخير، فإن المراد بالكلام بقرينة مورد السؤال هو إيجاب البيع، فالتعليل من أوّل الأمر مخصوص بباب البيع، فكأنّه عليه الصلاة والسلام قال: «إنما يُحلّل الكلام البيعي ويحرّم كذلك» فإيجابُ البيع محرّم للنوب والريح إذا كان قبل شراء الدالّ، وإيجابه بعد شراء الثوب من مالكة محلّل لها.

و على كلّ حال لا يستفاد من الروايات المشتملة على قوله ﷺ: «إنما يُحلّل الكلام ويحرّم الكلام» عدم نفوذ المعاطاة، أو توقف لزومها على الكلام، لأن الاستدلال بها موقوف على الوجه الأوّل، مع دلالة كلمة «إنما» على الحصر. وكلاهما محل النظر والمنع، هذا.

مضافاً إلى: ما في الحصرين من التنافي، لأن مقتضى حصر المحلّل في الكلام إنتفاء الحلية بعدمه، فيلزم أن يكون عدم الكلام محرّماً، وهذا ينافي حصر المحرّمية بالكلام، وكذا العكس، وهذا التنافي موجود سواء أكان المراد بالكلام نفسه كما هو مقتضى المعنى الأوّل، أم مضمونه كما هو مقتضى المعنى الأوّل، أم مضمونه كما هو مقتضى المعاني الأخر، فلو عولج هذا التنافي بجعل الحصر إضافياً بمعنى كون نوع من الكلام محللاً لا محرّماً، ونوع آخر منه محرّماً لا محللاً إنتنع الاستدلال بالرواية حتى على المعنى الأوّل، إذ لا تثبت توقف الصحة كئيّة على اللفظ. ودعوى عدم القول بالفصل تنافي القول بالإنتفاء بمطلق الدالّ كما لا يخفى.

بوجه آخر<sup>١١</sup> بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع<sup>(٢)</sup>، بأن<sup>(٣)</sup> يقال: إن حصر المحلّ والمحرمّ في الكلام لا يتأتى إلا مع إحصار إيجاب البيع في الكلام، إذ لو وَقَعَ بغير الكلام لم ينحصر المحلّ والمحرمّ في الكلام.

إلا أن يقال<sup>(٤)</sup>: إن وجه إحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد<sup>(٥)</sup>، إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول، فتأمل<sup>(٦)</sup>.

---

و عليه فدلالة التعليل على توقف لزوم البيع على الكلام تامّة، ولا يترتب اللزوم على المعاطاة.

(١) يعني: غير الوجه الأوّل الذي تَعَدَّر حملُ التعليل عليه، لتخصيص الأكثر، وأجنبية الحكم عن التعليل.

(٢) وهو المعنى الثالث.

(٣) هذا تقريب الوجه الآخر المبني على الاحتمال الثالث الذي ارتضاه المصنف. وقد تقدم تفرّيقه آنفاً.

(٤) هذا إشكال على قوله: «نعم يمكن استظهار...» ومحصّله: كون التوجيه المزبور مخصوصاً بمورد الرواية مما لا تجري المعاطاة فيه، ولا يدلّ على إعتبار اللفظ في موارد أخرى يمكن تحقّق البيع فيها بالتعاطي، وبيانه: أن حصر المحلّ والمحرمّ في مورد الرواية في الكلام يكون لأجل نكته، وهي: أن المعاطاة غير متحققة هنا، لأنّ المتاع - وهو الثوب - عند مالكة الأوّل، فلا يتحقّق إيجاب البيع من الدلّال بالمعاطاة، بل لا بدّ من إنشائه بالقول.

(٥) وأمّا في الموارد التي يكون المبيع فيها عند البائع والثمن عند المشتري - ويمكن إنشاء البيع بالتعاطي - فلا تدلّ رواية خالد على إعتبار اللفظ في التحريم والتعليل، و عليه فالدليل أخصّ من المدعى.

(٦) إشارة إلى ضعف قوله: «الأ أن يقال» حاصله: إمكان المعاطاة في المورد أيضاً.

لظهور قوله: «اشتر لي هذا الثوب» في كون الثوب عند الدلّال، فيمكن المعاطاة فيه.

وكيف كان<sup>(١)</sup> فلا تخلو الرواية عن إشعارٍ أو ظهور<sup>(٢)</sup>.  
 كما يُشعر به<sup>(٣)</sup> قوله عليه السلام في روايةٍ أُخرى واردة في هذا الحكم<sup>(٤)</sup> أيضاً<sup>(٥)</sup>.  
 وهي رواية يحيى بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن رجلٍ قال لي: إشتري لي  
 هذا الثوب أو هذه الدابة، وبعنيها، أربحك كذا وكذا، قال لا بأس بذلك،  
 إشتريها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»<sup>(٦)</sup>.  
 فإن<sup>(٧)</sup> الظاهر أن المراد من مواجهة البيع

ولو سلم عدم كون المتاع عند الدالّ أمكن أن يقال بكفاية المعاطاة بإعطاء الثمن من  
 جانب والأخذ من آخر، كما سيأتي تحقيقه في التنبيه الثاني إن شاء الله تعالى.  
 (١) أي: سواء تمّ هذا التوجيه المبني على الوجه الثالث، أم لم يتم.  
 (٢) في إعتبار الكلام في التحليل والتحرير بملاحظة الإستظهار المزبور.  
 (٣) أي: يُشعر بانحصار إيجاب البيع في الكلام قول أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام في  
 رواية يحيى بن الحجاج.

(٤) وهو التفصيل في شراء المتاع من الدالّ بين تحقيقه قبل أن يشتريه الدالّ من  
 مالكة، فيبطل، وبين تحقيقه بعده فيصح.

(٥) يعني: كما ورد هذا الحكم في رواية خالد بن الحجاج أو خالد بن نجيع، ومقصود  
 المصنف أن الحكم المزبور يدلّ عليه أكثر من رواية، ولا ينحصر الدليل عليه في رواية خالد  
 المتقدمة. نعم لا ظهور للرواية في إعتبار اللفظ، وإنما هو مجرد إشعار.

(٦) يعني: إلى أن تشتريها، وحاصله: أنه لا تبعه الدابة إلا بعد أن تشتريها من مالكة.  
 (٧) مقصوده بالظاهر هو الإشعار، لأنه جعل هذه الرواية مُشيرة باعتبار اللفظ في لزوم  
 البيع، ومحصله: أنه يلزم من هذه الرواية أن الامام عليه السلام أمره بإيجاب البيع باللفظ، وأن  
 نهيه عليه السلام عن مواجهة البيع قبل شراء العين من المالك ظاهرٌ في النهي عن إنشائه، لا مجرد  
 النهي عن إعطاء العين إلى المشتري قبل أن يشتريها السمسار من مالكة.

ليس مجرد إعطاء العين للمشتري<sup>(١)</sup>.

و يُشعرُ به<sup>(٢)</sup> أيضاً<sup>(٣)</sup> رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يُريد أن يبيع ببعاً، فيقول: أبيعك بـده دوازده، أو: ده يازده، فقال: لا بأس، إنما هذه المراوضة<sup>(٤)</sup>، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة<sup>(٥)</sup>». فإنَّ ظاهره - على ما فهمه بعضُ الشراح<sup>(٥)</sup> - أنه لا يكون ذلك في المقابلة التي قبل العقد، وإنما يُكره حين العقد.

و في صحيحة ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تُساومه، ثم تشتري له<sup>(٦)</sup> نحو الذي طلب، ثم توجه على نفسك، ثم تبيعه منه بعد<sup>(ب)</sup>».

(١) حتى يحتمل كفاية المعاطاة.

(٢) أي: وتُشعر رواية العلاء بانحصار إيجاب البيع في اللفظ.

(٣) كما أشعرت رواية يحيى بن الحجاج و خالد بن نجيح بالانحصار المزبور.

(٤) قال في مجمع البحرين: «تراوض على أمر، نستقرُّ على أمر<sup>(ب)</sup>» والمراد بجمع البيع هو

العزم عليه، يعني فإذا عزم على البيع جعل رأس المال والربح جملة واحدة، و يستمها.

(٥) وهو سيدنا الجد المحدث السيد نعمة الله الجزائري رحمته الله، وحاصله: أن تسمية الربح

مكروهة في نفس العقد، لا في المقابلة والمراوضة التي ليست هي ببعاً، فكأن إعتبار اللفظ في

إنشاء البيع مفروغ عنه، وإنما كان السؤال عن جواز بيان نسبة الربح في الإيجاب، فأجاب عليه السلام

بعدم البأس ببيانه في المقابلة التي هي من مقدمات أصل البيع.

(٦) أي: تشتري لذلك الرجل، و توضيحه: أن شراء السمسار متاعاً من مالكة يكون

تارةً بفرض نفسه وكيلاً عن الرجل الذي يُريد ذلك المتاع، فيتملكه الرجل بمجرد أن يشتراه

أ: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٨٦، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ٥

ب: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ١

ج: مجمع البحرين، ج ٤، ص ٢١١ و ٢١٢

السماز من مالكة ويكون أخرى بشرائه لنفسه، فيبيعه بعده للرجل.  
 و مورد الرواية هو الثاني، بقرينة قوله ط: «ثم توجهه على نفسك» أي: تشتريه  
 لنفسك، و بعد تملكه تبيعه للرجل.  
 و على كل تقدير لابد من حمل «تشتري» على مقدمات الشراء، لدلالة «توجهه على  
 نفسك» على الشراء من مالكة.  
 هذا تمام الكلام في الأخبار التي ادعى المصنف ت إشعارها بدخل اللفظ في لزوم  
 البيع (\*). و بذلك ينتهي البحث في إفادة المعاطاة للملك اللزوم، و يقع الكلام في التنبهات.

(\*) لكن إشعار هذه الأخبار باعتبار الإنشاء القولي - فضلاً عن ظهورها فيه - محل  
 تأمل.

أما قوله ط في رواية يحيى بن الحجاج: «و لا تواجهه البيع قبل أن تشتريها» فلائنه  
 لو كان المراد منه إيجاب البيع باللفظ كان مقتضى عطف «تشتريها» بـ «أو» على «تستوجبها»  
 إرادة الإشتراء معاطاةً، فتكون الرواية من هذه الجهة دليلاً على صحة المعاطاة، فلا دلالة  
 و لا إشعار فيها على اعتبار اللفظ في اللزوم.

و عليه فما استظهره المصنف بقوله: «فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد  
 اعطاء العين للمشتري» و إن كان صحيحاً، إلا أنه غير مُجدد، ضرورة عدم دلالة مواجهة البيع على  
 اعتبار اللفظ في انعقاده، لأن إيجاب البيع لا ينحصر عرفاً باللفظ، فيمكن أن تكون هذه الرواية  
 دليلاً على صحة المعاطاة.

و أما قوله ط في رواية العلاء: «فإذا جمع البيع جملة واحدة» فلا إشعار فيه  
 أيضاً بعدم تحقق إيجاب البيع بغير اللفظ، لإمكان حصوله بالفعل، بأن يجمع رأس المال مع  
 الربح، و يُعطي المجموع في قبالة المبيع. و لا يستفاد إعتبار جمعها في عبارة واحدة، فإذا كان  
 رأس المال ثمانية و الربح اثنين و جَب عليه الجمع بينهما بأن يقول: «بعتك المتاع الفلاني

بعثرة دنانير» أو يعطي المجموع للمشتري.

نعم إذا كان المراد بالجملة ما اصطلاح عليه النحاة - من الكلام المفيد لفائدة يصح السكوت عليه - كان دالاً على إعتبار اللفظ في إيجاب البيع، لكنه كما ترى.

و أما صحيحة ابن سنان فكذلك لا دلالة فيها على المدعى، ولا إشعار به، لأن قوله **طَيَّبَ** : «توجه على نفسك ثم تبيعه منه» لا يستفاد منه حصراً الإيجاب المؤثر في اللفظ. فالحق أن هذه الروايات الثلاث مسوقة لبيان أحكام أخرى، وليست ناظرة إلى توقف اللزوم على الإنشاء القولي.

وقد يستدل لاعتبار اللفظ في إيجاب البيع بالروايات الواردة في بيع المصحف كرواية سماعة عن أبي عبدالله **عليه السلام** قال: «سألته عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: لا تشتري كتاب الله ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين، وقُل: اشترى منك هذا بكذا وكذا» أ.

تقريب الاستدلال بها هو: أن قوله **طَيَّبَ** : «قل أشترى» ظاهر في الوجوب الوضعي، فلا يتحقق الشراء إلا باللفظ، وبالقائه خصوصية المورد يتعدى إلى مطلق البيع، بل و سائر المعاملات، فيعتبر الكلام في إنشاء جميعها، هذا.

لكنك خبير بما فيه أولاً: من عدم دلالة قوله **طَيَّبَ** : «قل أشترى» على إرادة الإيجاب وإيقاع المعاملة، بل ظاهره أنه في مقام المقابلة قبل البيع، من دون نظر إلى إنشاء البيع باللفظ أو المعاطة.

و ثانياً: من أنه لا بأس بالالتزام باعتبار إيقاع البيع باللفظ في مثل المورد من المجموع الذي يراد بيع بعضه، فإنه لا بد من ذكر ما يقع عليه البيع، لتوقف إرتفاع الجهالة على ذكره، ففي مثله لا بأس بالالتزام بإيجاب البيع باللفظ. لكن اعتبار اللفظ فيه لا يدل على إعتباره في غيره من سائر الموارد كما هو مورد البحث.

إلأن يقال: إن الجهالة ترتفع بالمقابلة، ولا يتوقف إرتفاعها على إيقاع البيع باللفظ.

و ثالثاً: من أنّ الرواية ليست في مقام بيان إعتبار اللفظ في البيع و عدمه، بل في مقام بيان عدم جواز بيع نفس المصحف، و أنّ الجائز بيعه هو الحديد و نحوه، فقولُه **عَلَيْهِ**: «قل اشترى منك نفس ... الخ» كناية عن إيقاع البيع على الحديد و نحوه، لا أنّه يراد به وجوب التلفظ. فتأمل.

و رابعاً: من أنّه - بعد تسليم كونه في مقام إيجاب البيع بما ذكر في الرواية - لا يدل إلاّ على إعتبار كون الإيجاب القولّي على النحو المزبور، و ذلك لا ينفي إنشاء البيع بغير اللفظ، كما لا يخفى.





## الفهرست

الموضوع	الصفحة
كتاب البيع	٥
العقد هو الربط بين التزامين	٥
إقسام العقد إلى تنجيزي و تعلقي و إذني	٧
إقسام السبب المملّك إلى اختياري و قهري	٧
كلام المحقق الايرواني: أ - الحيازة أم الأسباب المملّكة	٨
ب - تقابل الحيازة و الاعراض	٨
ج - اتحاد طائفة من المعاملات حقيقة و اختلاف طائفة أخرى كذلك	٩
تعريف البيع لفةً	١٤
المراد بالأصل في كلام المصباح	١٥
البيع تبديل الاضافة و طرفها	١٨
كلام المحقق النائيني	١٨-٢٠
المناقشة في جعل البيع تبديل طرفي الاضافتين خاصة	٢٠-٢٢
المبادلة بين الماليين تحصل بإنشاء البائع	٢٢
عدم إختصاص المبادلة بالاضافة الملكية و شمولها للاضافة الحقية و المصرفية	٢٣
اعتبار مالية العوضين	٢٣
مناقشات في تعريف البيع بالمبادلة	٢٥
أ - كلام السيد الطباطبائي	٢٥
ب - كلام المحقق الخراساني	٢٧
سلامة تعريف البيع بالمبادلة عن الاشكال	٢٩
إختصاص المعوّض بالأعيان	٣١
معنى العين	٣٣
استعمال البيع في نقل المنافع في بعض الأخبار و الكلمات	٣٥

- توجيه الاستعمال المزبور بالمسامحة و المجاز..... ٤٠
- استعمال الاجارة مجازاً في تمليك العين..... ٤١
- كلام السيد الطباطبائي في تمليك المنافع..... ٤١-٤٢
- النظر في ما أفاده السيد..... ٤٢-٤٥
- تحقيق اختصاص المبيع بالأعيان..... ٤٥-٥٢
- لا فرق في المبيع بين العين الشخصية و الكلية بأقسامها..... ٥٢
- كلام الفاضل التراقي في تصحيح بيع الكلبي..... ٥٦-٥٧
- كلام السيد الطباطبائي في تصحيح بيع الكلبي..... ٥٨
- العرض أعم من العين و المنفعة..... ٥٩
- كلام الوحيد البهبهاني في اعتبار عينية العوضين و النظر فيه..... ٦١-٦٢
- اعتبار عينية العوضين و النظر فيه..... ٦٢-٦٦
- عمل الحرّ، و حكم وقوعه تمناً في البيع..... ٦٧-٧٠
- صدق المال على عمل الحرّ سواء وقعت معاوضة عليه أم لا..... ٧١
- توقف الاستطاعة المالية على مالكية مؤونة الحج فعلاً، و عدم صدقها على عمل الحرّ... ٧٢-٧٥
- ضمان حابس الحرّ الكسوب لما يفوت منه..... ٧٥-٨٥
- أقسام الحقوق..... ٨٦
- القسم الأول: ما لا يقبل المعاوضة..... ٨٩
- القسم الثاني: ما لا يقبل النقل و إن جاز إسقاطه..... ٩٠-٩٦
- منع كاشف الغطاء عن وقوع الحقوق بأسرها عوضاً في البيع..... ٩٢
- مناقشة صاحب الجواهر في كلام كاشف الغطاء و مقايضة عوضية الحق ببيع الدين..... ٩٢-٩٤
- إشكال المصنف على قياس نقل الحق ببيع الدين..... ٩٤-٩٩
- مناقشات الأعلام في منع وقوع الحق القابل للنقل تمناً في البيع..... ٩٩-١٠٧
- القسم الثالث: الحقوق القابلة للانتقال القهري..... ١٠٧
- المنع من وقوعها عوضاً في البيع..... ١٠٩
- تلخيص ما أفاده المصنف في وقوع الحقوق تمناً في البيع..... ١١٠-١١٢
- ١١٣-١٧٨ رسالة في الحق و الملك
- الموضع الأول في الملك..... ١١٣-١٢٨
- تعريف الملك في كلمات الاصحاب..... ١١٣-١١٦

٦١٥	الفهرست
١١٦	الملكية العرفية و الشرعية باعتبار الواجدية
١١٦	١- إطلاق الملك على معانٍ أربع
١١٦	الملكية الحقيقية هي الاحاطة الصادقة على فاعل منه الوجود و ما به الوجود
١١٧	الملكية الذاتية
١١٧- ١١٨	الملكية المقولية
١١٨- ١٢٠	الملكية الاعتبارية
١٢١	٢- المراد باعتبارية الملكية العرفية
١٢٢	٣- الأحكام الوضعية مجعولة بالأصالة و ليست منتزعة من التكليف
١٢٢- ١٢٤	كلام المصنف في انتزاع الملكية و نحوها من التكليف
١٢٤- ١٢٦	مناقشة المحقق الاصفهاني في كلام المصنف
١٢٦- ١٢٨	مناقشة المحقق العراقي في كلام المصنف
١٢٨- ١٧٨	الموضع الثاني: في الحق
١٢٨- ١٣٧	المقام الأول: تعريف الحق
١٣٧- ١٣٩	تمييز الحق عن الحكم إثباتاً
	المقام الثاني: أقسام الحقوق
١٤٠	التنافي بين قابلية كل حق للاسقاط و تقسيم الحقوق إلى ما يقبل الاسقاط و ما لا يقبله
١٤٣	مناقشة المحقق الاصفهاني في قاعدة: لكل ذي حق إسقاط حقه
١٤٥	إختصاص القاعدة بالحقوق المجمعول فيها سلطنة أو أولوية
١٤٧	القسم الأول: ما لا يقبل الاسقاط و النقل و الانتقال
١٤٧	القسم الثاني: ما يقبل السقوط دون النقل و الانتقال
١٤٨- ١٥٠	القسم الثالث: ما يقبل الاسقاط و النقل الى من ينطبق عليه العنوان لا مطلقاً
١٥٠	القسم الرابع: ما يقبل السقوط و النقل و الانتقال
١٥٠	كلام المحقق الاصفهاني في كون العنوان معرفاً تارة، و مقوماً أخرى
١٥١	قابلية هذا القسم من الحقوق للنقل و الانتقال
١٥٣	المقام الثالث: الشك في كيفية المجمعول
١٥٤	أ- الشك في أن المجمعول حق أو حكم
١٥٤- ١٥٥	كلام بعض الاعاظم في حق المارة و النصاص

- الشك في بقاء حقّي الخيار و الشفعة بعد الإسقاط ..... ١٥٦
- ب - حكم الشك في قابلية الحق للإسقاط ..... ١٥٧
- ج - حكم الشك في قابلية الحق للانتقال ..... ١٥٧
- استصحاب بقاء الحق بعد موت ذي الحق ..... ١٦٠ - ١٥٧
- د - حكم الشك في قابلية الحق للنقل الاختياري ..... ١٦٠
- مناقشة المحقق الاصفهاني في الرجوع الى إطلاق أدلة المعاملات ..... ١٦٤ - ١٦١
- المقام الرابع: ذكر بعض الامور المرددة بين الحق و الحكم ..... ١٧٢ - ١٦٥
- حقّ السبق في المشتركات ..... ١٧٢ - ١٦٥
- جواز أخذ المال بازاء الاعراض عن المكان الذي سبق إليه ..... ١٧٢
- المقام الخامس: جواز المعاوضة على الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط ..... ١٧٣
- ما أفاده المحقق الثاني في المنع عن جعل الحقوق ثمناً في البيع ..... ١٧٤
- فذلكة مباحث الحقوق ..... ١٧٧

#### تعريف البيع في كلمات الفقهاء

- ١٧٩
- ١ - تعريفه بالانتقال، و النظر فيه ..... ١٨١
- ٢ - تعريفه بالعقد الدال على الانتقال ..... ١٨٣
- ٣ - تعريفه بالنقل بالصيغة المخصوصة ..... ١٨٨
- المناقشة في التعريف الثالث بوجوه ثلاثة ..... ١٩٦ - ١٨٩
- الأول: عدم مرادفة النقل للبيع ..... ١٨٩
- الثاني: استلزام أخذ الصيغة خروج المعاطاة عن الحد ..... ١٩١
- الثالث: استلزام أخذ الصيغة للدور ..... ١٩٦ - ١٩١
- ٤ - التعريف المختار: إنشاء تمليك عين بمال ..... ١٩٧
- البحث في حقيقة الانشاء ..... ٢٠٧ - ١٩٨
- الاستدلال للمشهور من كون الانشاء إيجاباً ..... ٢٠٢ - ١٩٩
- مختار المحقق الثاني من كون الانشاء آلة لتحقيق المنشأ ..... ٢٠٢
- مختار المحقق العراقي من كون الانشاء إبرازاً كالأخبار، و المائر بينهما ..... ٢٠٣
- كلام السيد المحقق الخوني في أن الانشاء اعتبار و إبراز ..... ٢٠٤
- بعض ما يورد على القول بأن الانشاء إبراز لا إيجاب ..... ٢٠٥

٦١٧	الفهرست
٢٠٥-٢٠٦	بيان معنى آخر للابراز
٢٠٧-٢٦٥	مناقشات في التعريف المختار
٢٠٨	أ- توقفه على جواز الايجاب بلفظ التملك
٢١٠-٢١٤	ب- خروج بيع الدين عن التعريف، والجواب عنه
٢١٤-٢١٨	تحقيق ما افاده المصنف في تصحيح بيع الدين، وتنظيره بالتهاتر القهري
٢١٥	كلام المحقق الأردبيلي في منع التهاتر القهري
٢١٦-٢١٨	بيان المحقق الثاني في تصحيح بيع الدين
٢١٩	ج- إنتقاض تعريف البيع بالمعاطاة
٢٢١-٢٢٤	د- إنتقاض تعريف البيع بالشراء
٢٢٤-٢٢٨	تحقيق مقصود المصنف من كون الشراء تملكاً ضمناً
٢٢٨	هـ- انتفاض تعريف البيع باستيجار عين بعين
٢٢٩	و- انتفاض تعريف البيع بعقد الصلح
٢٣١	ز- انتفاض تعريف البيع بعقد الهبة المعوضة
٢٣٢-٢٣٥	الجواب عن انتفاض تعريف البيع بالصلح
٢٣٥-٢٤١	إقامة شواهد على مغايرة المنشأ في الصلح و البيع
٢٤١-٢٤٥	الجواب عن إنتفاض التعريف بالهبة المعوضة
٢٤٥	التعويض المشترط في الهبة تملك مستقل
٢٤٨	كلام كاشف الفطاء من أن البيع أصل في تملك الأعيان
٢٥٠	المناقشة في الأصل المذكور
٢٥١	ح- نقض تعريف البيع بعقد القرض
٢٥٢	إختلاف مفهومي القرض و البيع
٢٥٣	تحقيق ما افاده المصنف من كون القرض تملكاً على وجه ضمان البذل
٢٥٤	مختار المحقق الايرواني في حقيقة القرض
٢٥٧	إقامة شواهد أربعة على خروج القرض عن العقود المعاوضة
٢٥٨-٢٦٣	مناقشات أعلام المحسنين في تعريف البيع بانشاء تملك عين بعمال
٢٦٤-٢٨٨	استعمال البيع في غير إنشاء التملك مجازاً
٢٦٥	كلام صاحب المقابس في إطلاق البيع حقيقة على معانٍ ثلاثة أخرى
٢٦٦	الأول: إيجاب البائع بشرط إنضمام القبول إليه

٢٦٧.....	الثاني: الانتقال المترتب على العقد.....
٢٦٨.....	الثالث: العقد المؤلف من الايجاب و القبول.....
٢٧١ - ٢٧٨.....	تحقيق المعنى الأول.....
٢٧٦.....	البيع كالايجاب و الوجوب لا كالكسر و الإنكسار.....
٢٧٩.....	تحقيق المعنى الثاني.....
٢٨٢.....	تحقيق المعنى الثالث.....
٢٨٦.....	اطلاق البيع في النصوص على الانتقال الشرعي المسبب عن العقد.....
٢٨٩ - ٣١٦.....	وضع ألفاظ المعاملات للصحيح أو للأعم.....
٢٨٩ - ٢٩٦.....	كلام الشهيدين في الوضع لخصوص الصحيح.....
٢٩٧.....	الاشكال على كلام الشهيدين بامتناع التمسك باطلاق الأدلة.....
٣٠٠.....	توجيه الوضع للصحيح.....
٣٠٤.....	تقريب التمسك بالاطلاق بوجهين بناءً على الوضع للصحيح.....
٣٠٥.....	الوجه الأول: حمل العنوان المعاملي على المعنى الاسمي.....
٣٠٦.....	الوجه الثاني: حمل العنوان المعاملي على المعنى المصدرى.....
	تحقيق مراد المصنف من خروج البيع الفاسد شرعاً عن الأدلة الامضائية، و أنه موضوعي
٣١٠.....	أو حكمي.....
٣١٤.....	أدلة تنفيذ المعاملات هل تدل على امضاء المسبب أو السبب؟.....
٣١٦.....	عدم كون صيغ العقود أسباباً للامور الاعتبارية.....
٣١٧	<b>الكلام في المعاطاة</b>
٣١٨.....	المقام الأول: تعريف المعاطاة.....
٣١٨.....	صُور المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين.....
٣١٩.....	الصورة الاولى: قصد الاباحة.....
٣٢٠.....	الصورة الثانية: قصد التملك البيعى.....
٣٢١.....	الصورة الثالثة: وقوع التعاطي بلا قصد البيع و لا تصريح بالاباحة.....
٣٢١.....	الصورة الرابعة: قصد الملك المطلق.....
٣٢١.....	مناقشة المصنف في الصورتين الأخيرتين المذكورتين في الجواهر.....
٣٢٣.....	تحقيق كلام الجواهر.....

٦١٩	الفهرست
٣٢٥	أعمية تمليك العين من البيع
٣٢٦	المقام الثاني: الأوقال في المعاطاة
٣٣٠	تحرير محل النزاع
٣٣١	كلام المحقق الثاني في توجيه الاباحة بالملك الجائز مع قصد الملك
٣٣٢	حمل صاحب الجواهر القول بالاباحة على قصدها دون قصد الملك
٣٣٣	مناقشة المصنف في كلامي المحقق الثاني و صاحب الجواهر
٣٣٣	سلامة كلام صاحب الجواهر عن إشكال المصنف عليه
٣٣٦-٣٤٤	الاستشهاد بكلمات الفقهاء على إبقاء الاباحة على ظاهرها مع قصد الملك
٣٤٥	كلام المحقق الثاني في توجيه الاباحة بالملك الجائز
٣٤٧	المناقشة في التوجيه المزبور
٣٤٩-٣٥٣	توجيه حمل الاباحة على الملك الجائز
٣٥٤	إستلزام القول بالاباحة لمخالفة القواعد لا يقتضى الحمل على الملك الجائز
٣٥٧	ذهاب القائل بالاباحة الى عدم كون المعاطاة بيعاً
٣٦١-٣٧١	تفصيل الأوقال في المعاطاة
٣٦١	القول الأول: اللزوم مطلقاً كالبيع اللفظي
٣٦٢	القول الثاني: اللزوم بشرط دلالة اللفظ على التراضي
٣٦٣	القول الثالث: الملك الجائز مطلقاً
٣٦٤	القول الرابع: إباحة مطلق التصرفات
٣٦٤	القول الخامس: إباحة التصرف غير المنوط بالملك
٣٦٥	القول السادس: كون المعاطاة بيعاً فاسداً
٣٦٦	ذهاب مشهور القدماء الى القول الرابع
٣٧١-٤٧٨	المقام الثالث: الاستدلال على الملك بأدلة خمسة
٣٧١	الدليل الأول: السيرة
٣٧٣	الدليل الثاني: آية حلّ البيع، بوجوه ثلاثة
٣٧٤	التقريب الأول: دلالة الآية على حلية التصرفات بالمطابقة، و على صحة البيع المعاطاتي بالملازمة الشرعية
٣٧٥-٣٨١	تحقيق دلالة الآية على صحة المعاطاة مطابقةً
٣٨١	المناقشة في الاستدلال بالملازمة الشرعية



- التقريب الثاني: دلالة الآية على صحة البيع بالمطابقة و النظر فيها..... ٣٨٣
- صدق البيع العرفي على المعاطاة ..... ٣٨٤
- الدليل الثالث: آية التجارة عن تراض، بتقريب دلالتها على الحلية التكليفية، و بالملازمة الشرعية على الصحة..... ٣٨٧
- تقريب دلالة الآية على حلية التملك ..... ٣٩٠
- الاستثناء متصل أم منقطع ..... ٣٩٠ - ٣٩٣
- الدليل الرابع: حديث السلطنة..... ٣٩٤
- منع دلالة الحديث على تنفيذ الأسباب ..... ٣٩٥
- تحقيق حديث السلطنة سنداً و دلالة..... ٣٩٧ - ٤٠٨
- الاستشهاد بكلمات جمع من الفقهاء على عمل المشهور بالحديث..... ٣٩٧ - ٤٠١
- الاقوال في مدلول الحديث:
- أ- دلالة على جعل سلطنة مطلقة كماً و كيفاً، اختاره السيد و المحقق الاصفهاني..... ٤٠١ - ٤٠٥
- ب- دلالة على جعل سلطنة مطلقة كماً، اختاره المصنف هنا ..... ٤٠٦
- ج- دلالة على استقلال المالك و عدم حجره، لا السلطنة، اختاره المحقق الخراساني..... ٤٠٦
- تقوية القول الثالث ..... ٤٠٨
- مناقشة المصنف في الملازمة الشرعية بين حلية البيع و التجارة تكليفاً و بين مملكتيهما ٤١٦ - ٤٠٩
- المناقشة في الاستدلال بالسيرة..... ٤١٤
- التقريب الثالث: دلالة الآيتين على صحة البيع و التجارة بالملازمة العرفية..... ٤١٧
- الدليل الخامس: الاجماع المركب ..... ٤١٨
- إتحد البيع و الاجارة و الهبة حكماً ..... ٤١٨
- استلزام القول بالاباحة تأسيس قواعد جديدة ..... ٤٣٩ - ٤٢١
- القاعدة الاولى: عدم تبعية العقود للقصد..... ٤٢٢
- القاعدة الثانية: مملكية إرادة التصرف ..... ٤٢٣
- القاعدة الثالثة: ترتيب آثار الملك على المباح ..... ٤٢٥
- القاعدة الرابعة: تصرف أحد المتعاطيين في المأخوذ بالمعاطاة يقتضي تملك الآخر لما أخذه... ٤٣١
- القاعدة الخامسة: ترتب آثار غير مهودة على التلف ..... ٤٣٢
- القاعدة السادسة: مملكية التصرف قهراً أو إختياراً..... ٤٣٦
- القاعدة السابعة: مملكية حدود النماء..... ٤٣٧

٦٢١	الفهرست
٤٣٨	القاعدة الثامنة: استلزام ملكية التصرف لاجتماع المتقابلين
٤٣٩ - ٤٧٥	المناقشة في الاستعدادات المذكورة
٤٤٠ - ٤٥٣	الإيراد على القاعدة الأولى بالحلّ والنقض
٤٤١	اختصاص قاعدة تبعية العقود للقصد بالمعقود الصحيحة
٤٤٢	النقض على قاعدة التبعية بموارد خمسة
٤٤٣	الأول: إنقلاب ضمان المسمى بالواقعي عند فساد العقد
٤٤٦	الثاني: الشرط الفاسد غير مُفسد للعقد
٤٤٧	الثالث: بيع ما يملك و ما لا يملك
٤٤٨	الرابع: بيع الغاصب لنفسه
٤٤٩	الخامس: إنقلاب النكاح المنقطع بالدائم عند ترك ذكر الأجل
٤٤٩ - ٤٥٣	تحقيق إنقلاب العقد المنقطع بالدائم
٤٥٣	الفرق بين المعاطاة و العقود الصحيحة التي قد تتخلف عن القصد
٤٥٤	المناقشة في القاعدة الثانية، واقتضاء الجمع بين الأدلة ملكية التصرف
٤٥٦	تنظير المقام بتصرف ذي الخيار و الواهب
٤٥٨	المناقشة في القاعدة الثالثة:
٤٥٩	جواز تعلق الاستطاعة و الأخماس و نحوهما بالمأخوذ بالمعاطاة بناءً على الإباحة
٤٥٩	تحقيق تعلق الامور الأحد عشر بالمأخوذ بالمعاطاة
٤٦١	المناقشة في القاعدة الرابعة:
٤٦١	جواز كون تصرف أحدهما مملكاً للآخر
٤٦٢	المناقشة في القاعدة الخامسة
٤٦٢	لا محذور في كون تلف إحدى العينين مملكاً للطرفين
٤٦٣	إيراد السيد على المصنف
٤٦٧	المناقشة في القاعدة السادسة
٤٦٨	يجوز للمبيح و للمباح له المطالبة من الغاصب
٤٦٨	المناقشة في القاعدة السابعة
٤٦٩	احتمال حدوث النماء في ملك المبيح
٤٧١	عدم وفاء كلام المصنف بدفع اشكال ملكية حدوث النماء

- ٤٧٢..... المناقشة في سائر القواعد التي رتبها كاشفُ النطاء على القول بالاباحة.
- ٤٧٤-٤٧٩..... فذلكة الكلام في إثبات افادة المعاطاة للملك و بطلان القول بالاباحة وغيرها
- ٤٧٨-٦١١ اصالة اللزوم في الملك
- ٤٧٩..... الأقوال في لزوم الملك الحاصل بالمعاطاة و جوازه.
- ٤٨٠-٥٦٠..... أدلة القول باللزوم.
- ٤٨٢-٥٠٩..... الدليل الأول: الاستصحاب، بتقارب ثلاثة .....
- ٤٨٢..... أ- استصحاب شخص الملك الحادث بالمعاطاة.
- ٤٨٤..... المناقشة في إستصحاب شخص الملك.....
- ٤٨٦..... ب- كفاية إستصحاب كَلْمِي الملك في إثبات اللزوم .....
- ٤٨٧-٤٩١..... الخدشة في الاستصحاب الكَلْمِي هنا بوجوده أو ردها أعلام المحشين .....
- ٤٩٢..... ما أفاده المصنف من تقوية كون المستصحب هنا شخص الملك لا كَلْمِيه .....
- ٤٩٢..... إيراد المحقق الخراساني على المصنف بتهافت كلاميه في اللزوم و الجواز .....
- ج - جريان إستصحاب الملك سواء كان اللزوم و الجواز من أحكام الملك أم من خصوصياته
- ٤٩٤..... المنوَّعة له .....
- ٤٩٨-٥٠٣..... الاستدلال بوجهين على بساطة الملكية و كون اللزوم و الجواز حكيمين لها .....
- ٥٠٣..... كلام المحقق الاصفهاني في توجيه وحدة الملك و تأثير الأسباب المختلفة في مسيات مختلفة .....
- ٥٠٤..... بساطة الملكية .....
- ٥٠٧..... جريان أصالة اللزوم في كل من الشبهة الحكمية و الموضوعية .....
- ٥٠٨..... حكم تداعي المترافعين .....
- ٥٠٩..... الدليل الثاني: حديث السلطنة .....
- ٥١١..... شبهة التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية بمدرجوع المالك الأصلي .....
- ٥١٣..... مناقشة المحقق الاصفهاني في الاستدلال بالحديث على أصالة اللزوم .....
- ٥١٥..... الدليل الثالث: حديث توقف حلية مال الغير على طيب نفسه .....
- ٥١٩..... شبهة التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية .....
- ٥٢٠-٥٢٣..... المناقشة في الاستدلال بالحديث بما أفاده السيد الاستاد و السيد الخوئي رحمهما الله .....
- ٥٢٣..... الدليل الرابع: النهي عن أكل مال الغير الآ بالتجارة عن تراض .....
- ٥٢٥..... شبهة التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية .....
- ٥٢٦..... الدليل الخامس: حرمة الأكل بالباطل .....

٦٢٣	الفهرست
٥٢٩-٥٣١	هل المراد بالباطل هو الواقعي أو العرفي؟
٥٣١	مناقشة المحقق الايرواني في الاستدلال بالآية على أصالة اللزوم
٥٣٢	ما أفاده السيد من إبتناء الاستدلال على إتصال الاستثناء
٥٣٣-٥٤٠	الدليل السادس: أخبار خيار المجلس
٥٣٤	تقريب دلالة الاخبار على لزوم البيع بوجوه ثلاثة
	المناقشة في الاستدلال بالأخبار على اللزوم لمنع المتسك بالعام في الشبهة المصدقية
٥٣٥	مطلقاً
٥٣٦	الخدشة في الاستدلال بمفهوم الغاية
٥٣٧	أخبار خيار المجلس طوائف ثلاث
٥٤٠	الدليل السابع: الأمر بالوفاء بالعقود
٥٤١	المراد بالمقدلفة و في خصوص الآية المباركة
٥٤٥	مناقشة المحقق الثاني في دلالة الآية على اللزوم باختصاص المقد باللفظي
٥٤٧	مناقشة المحقق الايرواني في دلالة الآية بالشبهة المصدقية
٥٤٨-٥٥١	مناقشات أخرى في الاستدلال بالآية المباركة
٥٥١-٥٦٠	الدليل الثامن: الأمر بالعمل بالشرط
٥٥٤	توقف الاستدلال على صدق الشرط على الالتزام الابتدائي
٥٥٧-٥٥٩	النظر إلى مفاد الأخبار الآمرة بالوفاء بالشرط
٥٦٠	صفوة ما تقدم في الاستدلال على أصالة اللزوم
٥٦١	الخروج عن أصالة اللزوم في خصوص المعاطاة بوجوه ثلاثة
٥٦١	أ- الاجماع المنقول على عدم تأثير المعاطاة في الملك اللازم
٥٦٢	شهرة القول بالجواز إلى عصر متأخري المتأخرين
٥٦٣	مفاد كلام الشيخ المفيد في المتعة
٥٦٧	مفاد كلمات العلامة في التذكرة و التحرير و المختلف
٥٦٩	ب- الاجماع المركب على عدم لزوم المعاطاة
٥٧١	المناقشة في الاجماع على عدم اللزوم
٥٧٤	ج- إستفادة عدم لزوم المعاطاة من بعض الأخبار
٥٧٧	دعوى قيام السيرة على إنشاء البيوع الخطيرة باللفظ
٥٧٩	الاقتصار على التعاطي في المحقرات

٦٢٤.....	هدى الطالب / ج ١
٥٨١.....	الرواية الحاصرة للمحلل والمحرم في الكلام.
٥٨٣.....	صحة سند الرواية بنقل التهذيب.
٥٨٦.....	محتملات التعليل مع قطع النظر عن مورد السؤال، وهي أربعة أو ستة:
٥٨٧.....	الأول: حصر مطلق المحلل والمحرم في اللفظ.
٥٩٠.....	الثاني: إختلاف المضمون الواحد حليّة و حرمة باختلاف الألفاظ المؤدية له.
٥٩١.....	تأييد هذا الوجه بأخبار المزارعة.
٥٩٢.....	الثالث: أ- محلليّة وجود الكلام و محرمية عدمه، أو بالعكس.
٥٩٣.....	ب- محلليّة وجود كلام واحد و محرميته باعتبار محلّه.
٥٩٣.....	احتمال إرادة هذا الوجه في أخبار المزارعة.
٥٩٤.....	الرابع: الكلام المحلل هو المقاوله، والمحرم إنشاء البيع.
٥٩٥.....	بيان احتمال خامس في التعليل، افاده صاحب الجواهر وغيره.
٥٩٧.....	بيان احتمال سادس أفاده المحقق الاصفهاني.
٥٩٨.....	كلام المصنف في إستظهار أحد الوجوه الأربعة.
٥٩٨.....	منع الاحتمال الأوّل.
٦٠٠.....	منع الاحتمال الثاني.
٦٠٠.....	تعيّن الاحتمال الثالث أو الرابع.
٦٠٣.....	سقوط التعليل عن اثبات توقف لزوم البيع أو صحته على إنشائه باللفظ.
٦٠٥.....	تقريب آخر للاستدلال بالتعليل على اعتبار اللفظ في إنشاء البيع.
٦١١ - ٦٠٧.....	اشعار روايات أخرى باعتبار اللفظ.
٦١٣.....	الفهرست.