

# بحوث في فقه المعاطاة

تقريراً لأبحاث المرجع الديني  
السيد كمال الحيدري رحمته الله

الجزء الثالث

بقلم  
نائل هاشم الحسيني

مؤسسة الإمام الجواد عليه السلام

للفكر والثقافة

الكاظمية المقدسة

باب الدروازة

١٤٤٠هـ - ٢٠١٨م

يُطلب من

• مؤسسة الإمام الجواد عليه السلام

للفكر والثقافة؛ بغداد

٠٠٩٦٤-٧٧٠٧٩٠٠٨٤٢

٠٠٩٦٤-٧٨٠٠٢٣٠٠٢٩

• مؤسسة الثقلين للثقافة والإعلام

كربلاء المقدسة

٠٠٩٦٤-٧٨٠١٤٢١١٩٤

• معرض الكتاب الدائم

النجف الأشرف

٠٠٩٦٤-٧٧١١٦٤١٦٦٩

• مكتبة زين العابدين

البصرة - الطويسة

٠٠٩٦٤-٧٧٠٦٠٧٢٢٧١

• مكتبة دار الأمير

الناصرية - الحبوبي

٠٠٩٦٤-٧٨٠٣٠٩٨٤٩١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## الباب الثالث

### تنبيهات المعاطاة

- التنبيه الأول: جريان شرائط البيع وأحكامه في المعاطاة
- التنبيه الثاني: كيفية إنشاء المعاطاة
- التنبيه الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية
- التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين
- التنبيه الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع
- التنبيه السادس: ملزمات المعاطاة
- التنبيه السابع: المعاطاة بعد اللزوم بيع أم معاوضة مستقلة؟
- التنبيه الثامن: في شمول المعاطاة للعقد غير الجامع لشرائط اللزوم



## مدخل

بعد أن تمّ الكلام في المعاطاة من جهة الموضوع والحكم، حيث توصلنا فيهما إلى أنّ المعاطاة محلّ البحث في المقام ومورد النزاع بين الأعلام هي المعاطاة المقصود بها التملك لا الإباحة، وأنها شرعاً مفيدة للملك الجائز وفاقاً للمحقق الكركي، وخلافاً للمشهور القائلين بإفادتها الإباحة المجردة، يقع البحث في هذا الباب في جملة من الأحكام المتفرقة المتعلقة بالمعاطاة، والتي أوردتها الشيخ الأعظم قدس سرّه بعنوان التنبيهات، ومجموع ما ذكره من هذه التنبيهات ثمانية؛ بالنحو التالي:

التنبيه الأول: جريان شرائط البيع وأحكامه في المعاطاة.

التنبيه الثاني: كيفية إنشاء المعاطاة.

التنبيه الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية.

التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين.

التنبيه الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع.

التنبيه السادس: ملزمات المعاطاة.

التنبيه السابع: المعاطاة بعد اللزوم بيع أم معاوضة مستقلة؟

التنبيه الثامن: في شمول المعاطاة للعقد غير الجامع لشرائط اللزوم.

وبسط البحث في هذه التنبيهات يقع في ضمن فصول.





## **التنبيه الأول**

### **جريان شرائط البيع وأحكامه في المعاطاة**

- المسألة الأولى: جريان شرائط البيع في المعاطاة
- المسألة الثانية: جريان أحكام البيع في المعاطاة
- المقام الأول: جريان الربا في المعاطاة
- المقام الثاني: جريان الخيارات في المعاطاة



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: الظاهر: أنَّ المعاطاة قبل اللزوم - على القول بإفادتها الملك - بيع، بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد: أنه ممَّا لا كلام فيه حتَّى عند القائلين بكونها فاسدة، كالعلامة في النهاية. ودلَّ على ذلك تمسُّكهم له بقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾.

وأما على القول بإفادتها للإباحة، فالظاهر: أنها بيع عرفي لم يؤثر شرعاً إلا الإباحة، فنفي البيع عنها في كلامهم ومعاهد إجماعاتهم هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادةً على الملك.

هذا على ما اخترناه سابقاً: من أنَّ مقصود المتعاطين في المعاطاة التملُّك والبيع، وأما على ما احتمله بعضهم - بل استظهره -: من أنَّ محلَّ الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحة، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً، ولا شرعاً.

وعلى هذا فلا بدَّ عند الشكِّ في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلَّة الدالَّة على صحَّة هذه الإباحة العوضيَّة من خصوص أو عموم، وحيث إنَّ المناسب لهذا القول التمسُّك في مشروعيَّته بعموم: (الناس مسلَّطون على أموالهم) كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطيَّة غير ما ثبت شرطيَّته، كما أنَّه لو تمسَّك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس.

والحاصل: أنَّ المرجع - على هذا - عند الشكِّ في شروطها، هي أدلَّة هذه المعاملة، سواء اعتبرت في البيع أم لا.

وأما على المختار: من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يكتفي على القول بإفادتها للملك، والقول بعدم إفادتها إلاّ بالإباحة؟ وجوه:

يشهد للأوّل: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع.

ويؤيده: أنّ محلّ النزاع بين العامة والخاصّة في المعاطاة هو: أنّ الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط، أم لا؟ - كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من الخاصّة والعامة - فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان وإن فرض مشاركاً له في الحكم، ولذا ادّعى في الحدائق: أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة: صحّة المعاطاة المذكورة إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، وأنها تفيد إباحة تصرف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض.

ومقابل المشهور في كلامه، قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة - كما صرح به بعد ذلك - فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

ويشهد للثاني: أنّ البيع في النصّ والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم، وثبت له الخيار في قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، ونحوه.

أما على القول بالإباحة فواضح، لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع والمشرّعة؛ إذ لا نقل فيه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام، فنحمله على الجري على ما هو بيعٌ باعتقاد العرف؛

لاشتماله على النقل في نظرهم، وقد تقدّم سابقاً - في تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً - بيان ذلك.

وأما على القول بالملك، فلأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في قوهم: (البيعان بالخيار)، وقوهم: (إنّ الأصل في البيع اللزوم، والخيار إنّما ثبت لدليل)، و (أنّ البيع بقول مطلق من العقود اللازمة)، وقوهم: (البيع هو العقد الدالّ على كذا)، ونحو ذلك.

وبالجملة، فلا يبقى للمتأمل شكّ في أنّ إطلاق البيع في النصّ والفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل.

ووجه الثالث: ما تقدّم للثاني على القول بالإباحة، من سلب البيع عنه، وللأول على القول بالملك، من صدق البيع عليه حينئذ وإن لم يكن لازماً.

ويمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفي وإن لم يفد عند الشارع إلّا بالإباحة، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع بناءً على انصراف (البيع) في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

والاحتمال الأوّل لا يخلو عن قوّة، لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك - كما عرفت من جامع المقاصد - وأما على القول بالإباحة، فلأنّها لم تثبت إلّا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً.

ثمّ إنّّه حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد أنّه - بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمر الهدى إلّا بعد

تلف العين، يعني العين الأخرى - ذكر: أنّه يجوز أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين، لأنها ليست عقداً، وكذا جهالة الأجل، وأنّه لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجوز له نكاحها قبل تلف الثمن، انتهى. وحكي عنه في باب الصرف أيضاً: أنّه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقيدين. أقول: حكمه قدس سرّه بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة وعدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريحٌ في عدم إفادتها للملك، إلّا أنّ حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع والصرف معللاً بأنّ المعاطاة ليست عقداً، يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك، حيث إنّ المفيد للملك منحصر في العقد، وأن يكون باعتبار عدم اللزوم، حيث إنّ الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم.

والأقوى: اعتبارها وإن قلنا بالإباحة، لأنّها بيع عرفي وإن لم يفد شرعاً إلّا الإباحة، ومورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب، ولما عرفت من أنّ الأصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك، الفساد وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم، وهو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة، وبقي الباقي.

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها أيضاً وإن خصصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتّى عند من لا يراها مفيدة للملك، أنّها معاوضة عرفيّة وإن لم تفد الملك، بل معاوضة شرعيّة، كما اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي، حيث قال: إنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة، انتهى.

ولو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا، لكونها معاوضة عرفاً، فتأمل.

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور، لأنّها إباحة عندهم، فلا معنى للخيار.

وإن قلنا بإفادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم - كما سيأتي عند تعرّض الملزمات - فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلّا أنّ أثره يظهر بعد اللزوم، وعلى هذا فيصح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم.

ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا تجري؛ لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار، وبين غيرها - كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الردّ دون الأرش - فتجري؛ لعموم أدلتها.

وأما حكم الخيار بعد اللزوم، فسيأتي بعد ذكر الملزمات إن شاء الله.

## الشرح

لا إشكال ولا شبهة في أنّ البيع العقدي اللفظي يعتبر فيه شرعاً مجموعة من الشرائط، كاعتبار تقديم إعطاء المثلن على الثمن إن قلنا باعتبار تقديم الإيجاب على القبول فيه، ومعلومية العوضين، ومعلومية الكيل والوزن إن كانا ممّا يكال أو يوزن، وقبض الثمن والمثلن في المجلس في الصرف والسلم، إلى غير ذلك، كما أنّ له مجموعة من الأحكام كحرمة الربا في المكيل والموزون، وثبوت الخيار، وحقّ الشفعة، وكون تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع، وغيرها.

وموضوع هذا التنبيه هو البحث والتحقيق في مسألة أنّ المعاطاة هل يعتبر فيها شرعاً ما يعتبر في البيع العقدي من الشرائط - عدا الصيغة طبعاً - والأحكام، أم لا يعتبر فيها ذلك؟

وقبل الدخول في عمق البحث في هذه المسألة، لابدّ من بيان مقدّمة ذكرها الشيخ الأعظم قدّس سرّه في المقام، يبتني عليها البحث، تتعلّق بصدق عنوان البيع على المعاطاة طبقاً للمسالك المذكورة فيها، حاصلها:

تقدّم في مبحث تحرير النزاع في موضوع المعاطاة وفي بيان الأقوال في حكمها أنّ المعاطاة إمّا أن يكون المقصود بها الإباحة المجردة عن الملك، أو يكون المقصود بها التملك مع إفادتها الملكية، أو يكون المقصود بها التملك مع إفادتها الإباحة شرعاً.

أمّا المعاطاة المقصود بها الإباحة، والتي احتملها بل استظهرها صاحب الجواهر قدّس سرّه وجعلها مصبّ الأقوال في المعاطاة، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً، لأنّ بيعيّتها تكون من السالبة بانتفاء الموضوع، لكون البيع متقوّماً بقصد المبادلة والتمليك، وكلاهما مفقودان في هذه المعاطاة.



وأما المعاطاة المقصود بها التملك، فعلى تقدير إفادتها الملكية اللازمة من أول الأمر أو بعد عروض إحدى الملزمات، فهي قطعاً بيع عرفاً وشرعاً، وحالها حال البيع اللفظي.

وعلى تقدير إفادتها الملكية الجائزة كما هو مختار الشيخ الأعظم قدس سره فالظاهر إنها بيع أيضاً، بشهادة ما تقدم من الأقوال في حكمها من رجوع الخلاف فيها إلى الحكم دون الموضوع، بل يظهر من كلام المحقق الكركي قدس سره في جامع المقاصد أن بيعيتها من المسلمات حتى عند القائلين بكون المعاطاة فاسدة، كما ذهب إليه العلامة في النهاية<sup>(١)</sup>.

قال المحقق الكركي قدس سره: «وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يتناولها، لأنها بيع بالاتفاق، حتى عند القائلين بفسادها، لأنهم يقولون هي بيع فاسد»<sup>(٢)</sup>. ويدل على بيعيتها عندهم تمسكهم لذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (البقرة: ٢٧٥)، فلو لم تكن المعاطاة بيعاً عندهم لما صح تمسكهم بالآية لكونها حينئذ أجنبية عن المقام، إذ لا معنى للتمسك بالكبرى إلا بعد ثبوت الصغرى. وبعبارة أخرى: إن المعاطاة إن لم تكن بيعاً، فلا تكون الآية الكريمة متكفلة لحكمها، بل تكون الآية أجنبية عنها كأجنبيتها عن حكم الهبة والصلح وغيرهما من المعاملات، وبما أن الفقهاء استفادوا من هذه الآية الكريمة لإثبات صحة المعاطاة ومملكتيتها كشف ذلك عن تسالمهم على كونها بيعاً عرفاً، ولذا قال الشيخ الأعظم قدس سره عند البحث في الاستدلال بالآية الكريمة على صحة المعاطاة ولزومها: «وأما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة»<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: نهاية الأحكام، العلامة الحلي، ج ٢ ص ٤٤٩.

(٢) جامع المقاصد، المحقق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٣) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٤٠.

وعلى تقدير إفادة المعاطاة المقصود بها التملك الإباحة كما هو رأي مشهور  
الأصحاب فيرى الشيخ الأعظم قدس سره أنها بيع عرفاً أيضاً وإن لم يؤثر شرعاً  
إلا الإباحة، وما ذكره بعض الأصحاب من نفي البيعة عن المعاطاة في كلماتهم  
فالمراد منه نفي البيع الشرعي المفيد للملك اللازم لا نفي أصل البيع ولو عرفاً.  
بعبارة أخرى: إن قلت: كيف يدعى أن المعاطاة بيع عرفاً مع أن الفقهاء  
ادّعوا الإجماع على كونها ليست بيعاً، وهم أيضاً من العرف؟

والجواب: إن الذي نفاه الفقهاء عن المعاطاة إنما هو البيع الشرعي المفيد  
للملك والزوج، لا صدق عنوان البيع عرفاً عليها<sup>(١)</sup>.

وذكر السيد اليزدي قدس سره إشكالاً على صدق البيعة عرفاً على المعاطاة  
المفيدة للإباحة، حاصله: أن الشيخ الأعظم قدس سره إن كان يقصد من ثبوت  
عنوان البيع عرفاً للمعاطاة المفيدة للإباحة أنه ثابت لها مع قطع النظر عن حكم  
الشارع فيها فكلامه صحيح لا غبار عليه، إلا أن هذا الصدق العرفي لا ينفع،  
لأن الشارع قد حكم فعلاً في المعاطاة بالإباحة، فسيرى العرف أن الشارع لم

---

(١) خالف في ذلك المحقق العراقي قدس سره حيث يرى أن المعاطاة معاملة مستقلة لا ربط  
لها بالبيع، فلا تجري فيها الشرائط المختصة بالبيع وأحكامه، نعم تجري فيها ما كان من  
أحكام مطلق المعاوضة كالربا مثلاً، وما ذكره المحقق الكركي قدس سره في جامع  
المقاصد من أن كون المعاطاة بيعاً لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة، مستنداً  
على ذلك بتمسكهم بآية الحل في الاستدلال عليها لا وجه له، لا اتفاق كلمة الأصحاب  
على نفي البيعة عنها، ولأن الاستدلال بالآية لم يقع في كلام من تقدّم على المحقق، وإنما  
تمسك بها هو ومن تأخر عنه، ويذكر العراقي أن الوجه في ذهاب المحقق الكركي قدس  
سرّه إلى بيعية المعاطاة لعلّه كونه في مقام بيان حصول الملك بها، فأطلق عليها البيع  
تسامحاً، أو لزعمه وجود التلازم بين الملكية والبيعة. (راجع: حاشية المكاسب، تقرير  
بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٢٦).

يمضى البيع المملّك، فلن يطلقوا على هذه المعاطاة بيعاً، لأن البيع في العرف لا يطلق إلا على ما كان مؤثراً في حصول الملكية.

بعبارة أخرى: «إن لفظ البيع اسم للمبادلة الواقعية باتّفاق العرف والشرع، وافتراقهما في البيوع الفاسدة - حيث يسمّيها الأوّل بيعاً دون الثاني - إنّما هو لأجل رؤية الأوّل إيّاها مبادلة دون الثاني، فمخالفة العرف في ذلك للشرع كمخالفة الأحول لصحيح العين - حيث يرى الواحد اثنين - في أنّها ليست من جهة أنّ مفهوم اللفظ عنده غير مفهومه عند غيره، بل من جهة تطبيقه الكلّي على ما ليس فرداً له؛ لتوهم كونه فرداً بواسطة الأحوالية، فلهذا لو أعلمه الشارع الذي هو مقرّ بمولويّته وصحّة نظره: بأنّ ما توهمه بيعاً لا بيع، يصير معترفاً بذلك، ويعدّ البيع الفاسد بعد ذلك أجنبياً عن البيع»<sup>(١)</sup>.

قال قدّس سرّه: «إن أراد أنّه كذلك حتّى مع ملاحظة كون أثرها الإباحة فهو ممنوع، وإن أراد أنّه عندهم بيع مع قطع النظر عن تصرّف الشارع فهو كذلك، وذلك لأنّه لا يعقل صدق البيع على ما لا يفيد إلا الإباحة، فإذا لاحظ أهل العرف أنّ الشارع حكم فيها بعدم الملكية وبمجرد الإباحة يقولون: إنّ لم يمض هذه المعاملة، ولا يطلقون عليها البيع حينئذ؛ إذ ليس البيع عندهم إلا ما كان مؤثراً في الملكية، فتدبر»<sup>(٢)</sup>.

وأجيب عنه:

أولاً: لا كلام في أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك بيع عند العرف، فتكون لأجل ذلك داخلة في ضمن العمومات الدالة على صحّة البيع ولزومه، فلا بدّ حينئذ من الالتزام بكونها مفيدة للملك اللازم من أوّل الأمر، إلا أنّ الإجماع

(١) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٩٨.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧١.

التعبدّي قام على عدم إمضاء الشارع للبيع المعاطاتي بحسب قصد المتعاطين، بل أمضاه بعد تحقّق شيء ما من التصرف وغيره، وحكم الشارع هذا من عدم إمضاء الملكية المقصودة حتّى زمان خاص، وحكمه بإباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة في ذلك الزمان، لا يُخرج المعاطاة عن كونها بيعاً حقيقياً عرفاً وشرعاً، نظير حكمه بتوقّف حصول الملكية في بيع الصرف والسلم على القبض، من دون أن يخرجها ذلك عن كونها بيعاً حقيقة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: المفروض أنّ المتعاطين قاصدان المبادلة مع إنشاء التمليك، وليس البيع إلّا ذلك، وأمّا ترتّب الأثر في الخارج عرفاً أو شرعاً فهو ليس مقوّماً للبيعية ولا دخالة له في الصدق، وإلّا لم يطلق على فاسد البيع أنّه بيع فاسد<sup>(٢)</sup>.

وجعل السيّد الكلبيكاني قدّس سرّه إشكال السيّد اليزدي هذا مبنيّاً، فذكر أنّ المبنى إن كان هو وحدة الموضوع له، غير أنّ الشارع يخطئ العرف من حيث التطبيق في بعض الموارد، فهذه التخطئة تكون كاشفة عن أنّ موردها ليس بيعاً عند المتشرّعة أيضاً فلا تكون مشمولة لأدلة الشرائط.

وأما إن كان المبنى هو أنّ أهل العرف قد وضعوا لفظ البيع لما أفاد الملك عندهم، سواء أفاد ذلك عند الشارع أم لا، فحينئذ يكون بيعاً عندهم، إلّا أنّهم بما هم متشرّعة سوف لن يروونه بيعاً؛ لعدم إمضاء الشارع له، وبسبب هذا الصدق العرفي يكون مشمولاً لأدلة الشروط، فإنّ الأحكام تنزل على المفاهيم العرفية<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٧٧.

(٢) راجع: بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمّد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٩٠.

(٣) راجع: بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب، تقرير بحث السيّد محمّد رضا الكلبيكاني، للسيّد علي الميلاني، ص ١٢٨.

إذن حاصل الكلام في هذه المقدمة أنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه يرى أنّ المعاطاة إن كان المقصود منها الإباحة فهي ليست بيعاً، وإن كان المقصود منها التمليك فتكون بيعاً.

بعد اتّضح هذه المقدمة، يقع البحث فعلاً في هذا التنبيه ضمن مسألتين:

### المسألة الأولى: جريان شرائط البيع في المعاطاة

والبحث فيها يقع في جهتين:

#### الجهة الأولى: جريان شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها الإباحة

أتضح من المقدمة الآنفه الذكر أنّ المعاطاة المقصود بها الإباحة لا يصدق عليها عنوان البيع عرفاً وشرعاً، لأنّ حقيقة البيع هي مبادلة مال بمال مع قصد إنشاء التمليك، ومن الواضح أنّ مجرد الإذن في التصرف لا يكون مشتملاً على هذه الحقيقة، وحينئذ ستكون هذه المعاطاة بهذا الفرض معاملة مستقلة لا ربط لها بالبيع، وبالتالي لن تكون شرائط البيع معتبرة فيها كما هو واضح.

قال أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه: «المعاطاة المقصود بها الإباحة، لا ينبغي الإشكال في أنّها خارجة عن البيع ولا يشملها ما دلّ على اعتبار الشرائط في البيع، كقوله عليه السلام: «نهى النبيّ صلّى الله عليه وآله عن بيع الغرر»، وذلك لأنّها إباحة محضة، ولا مانع من أن تكون غرريّة أو ربويّة، بأن يبيح منّا من الحنطة في مقابل منين منها، وبعبارة أخرى: مرجع اشتراط شيء في صحّة البيع إلى اعتباره في حصول الملك، والمفروض أنّ هذه المعاطاة لا يحصل بها الملك أصلاً، سواء وجدت تلك الشروط أم فقدتها»<sup>(١)</sup>.

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١١٧.

ثم إنّه إذا شككنا باعتبار شرط في هذه المعاطاة المقصود بها الإباحة لسبب من الأسباب، فقد ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّه لا بدّ حينئذ من الرجوع إلى الدليل الدالّ على صحّة الإباحة في هذه المعاطاة، والذي لا يخلو إمّا أن يكون هو إطلاق الأدلّة اللفظيّة، أو يكون الأدلّة اللبّيّة كالسيرة.

فإن كان المرجع هو الأدلّة اللفظيّة كقول النبيّ صلى الله عليه وآله: «الناس مسلّطون على أموالهم»<sup>(١)</sup>، كان مقتضى الإطلاق في السلطنة جواز هذه الإباحة المعوّضة، سواء كان ذلك الشرط المشكوك متضمّنًا فيها أم لا؛ لاقتضاء الإطلاق نفي ما يشكّ دخالته فيها، فتجاوز مثلاً إباحة جنس ربويّ مقابل مثله مع وجود التفاضل بينهما، فيكون مقتضى القاعدة بحسب هذا الدليل نفي شرطية غير ما ثبت شرطية.

وأما إن كان المرجع هو السيرة فمقتضى القاعدة سيكون العكس تماماً، وهو اعتبار شرطية ما شكّ في شرطية، ووجه ذلك واضح؛ فإنّ السيرة دليل لبّي لا بدّ فيها من الاقتصار على القدر المتيقّن، فلو لم نحرز أنّ مورد عمل العقلاء أو المتشرّعة هو الإباحة المعوّضة مطلقاً أو خصوص المتضمّن للشرط المشكوك، كان اللازم الأخذ بالمتيقّن، وهو ما كان متضمّنًا للشرط المحتمل.

قال الميرزا النائيني قدّس سرّه: «وأما بناءً على القول بالإباحة، فعلى ما اختاره صاحب الجواهر من أنّ إفادتها بالإباحة إنّما هي في صورة قصد الإباحة فلاّنه لو كان الدليل على صحّة الإباحة بالعوض هو قوله عليه السلام: (الناس مسلّطون على أموالهم) لكان إطلاقها مفيداً لصحّتها ولو مع فقد الشروط. وأمّا بناءً على ما تقدّم وسيأتي من أنّ قوله عليه السلام: (الناس مسلّطون) ليس ناظرًا إلى باب الأسباب ولا يدلّ على مشروعية صاحب المال وتسلّطه على الأحكام

(١) عوالي اللآلي، ابن أبي جمهور الأحسائي، ج ١ ص ٢٢٢.

فينحصر دليلها بالسيرة، ولا خفاء أنّ المتيقّن فيها صورة استجماع المعاطاة لجميع ما يعتبر في البيع إلا الصيغة»<sup>(١)</sup>.

وقال صاحب الدرر النجفية قدّس سرّه: «وإن قصدا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كون ذلك بيعاً، ولا مشمولاً لأدلة شروطه، وأمّا الدليل على إمضاء هذه الإباحة إن كان قوله: (إنّ الناس مسلّطون على أموالهم) فإن كان له الإطلاق بالنسبة إلى أنواع السلطنة وأسبابها معاً، وأنّ لهم السلطنة من حيث الهبة والصلح والبيع وسائر النواقل من الأنواع، وبالفعل، واللفظ أعمّ من أن يكون بالألفاظ الفارسية والعربية وغيرهما من الأسباب، وأنّ حجرهم عن بعض الأسباب يعدّ قصراً لسلطنتهم ينفي بإطلاقه كلّما يشكّ في شرطيته، وإن لم يكن له الإطلاق من حيث الأسباب، بل كان ظاهراً في الأنواع يراعى كلّما يشكّ في شرطيته، وإن كان الدليل على إمضاء ذلك هو السيرة، لا بدّ من مراعاة كلّما يشكّ في شرطيته، لأنّها أمر لبي والقدر المتيقّن منها هو ما إذا كان الإعطاء مستجمعاً لجميع الشرائط»<sup>(٢)</sup>.

وفصل الشيخ الأراكي قدّس سرّه:

- بين أن يكون مقصود المتعاطين إباحة التصرفات غير المتوقّفة على الملك، فيأتي كلام الشيخ الأعظم قدّس سرّه من الرجوع إلى أدلة الإباحة، فإن كان الدليل قاعدة التسليط ثبت عدم الاشتراط، وإن كان السيرة ثبت الاشتراط بالبيان المتقدّم.
- وبين أن يكون مقصودهما إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك خصوصاً أو عموماً، فلا يمكن حينئذ الاعتماد على قاعدة التسليط، بناءً على كون مفادها: أنّ العمل إن كان في نفسه مشروعاً فهو من قبل المالك مجوّز وبلا مانع شرعاً، لا

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٢.

(٢) الدرر النجفية (كتاب المتاجر)، الشيخ الفاضل القائيني النجفي، ج ١ ص ٦٩.

أن مفادها أن للمالك الحق في أن يفعل في ملكه ما يشاء، فيكون مورد القاعدة صورة عدم المانع، والمفروض في هذه المعاطاة بهذا القصد وجود المانع، إذ لم يجوز الشارع هذه التصرفات قبل حصول الملك، فلا تنهض القاعدة لإثبات جواز التصرف، فضلاً عن عدم الاشتراط.

نعم، يثبت جواز التصرف في هذه الصورة إن كان المدرك هو الدليل اللبّي من سيرة أو إجماع، فيلتزم حينها بحصول الملك القهري آنأ ما قبل التصرف، جمعاً بين الأدلة، فيكون مقتضى القاعدة حينئذ الاشتراط، تمسكاً بالقدر المتيقن، وهو صورة اجتماع شروط البيع ممّا عدا الصيغة<sup>(١)</sup>.

ثمّ إنه لا ينقضي العجب من إشكال جملة من الأعلام والمحققين<sup>(٢)</sup> على اعتماد الشيخ الأعظم قدس سرّه حديث السلطنة كدليل على الإباحة المعوّضية في هذه الجهة، ذاهبين إلى أن ذلك خلاف ما ذكره سابقاً من أن الحديث مشرّع

(١) راجع: كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ١٠٠-١٠١.

(٢) راجع على سبيل المثال: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٢. مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٧٦. التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١١٨. بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب، تقرير بحث السيّد محمد رضا الكلبايكاني، للسيّد علي الميلاني، ص ١٣٠. كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٢٧٧. المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الأملي، ج ١ ص ١٩٣. كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد رضا الكلبايكاني، لمحمد هادي المقدّس، ص ١١٦. نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٥٧. حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٣٤-٣٥. كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٣١. هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيد التبريزي، ج ٢ ص ١٠٨. وأخيراً وليس آخراً: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤١٧.



لسلطنة المالك على كل أنحاء التصرفات كما فقط لا كيفاً، فعموم الحديث إنما هو باعتبار أنواع السلطنة من البيع والإجارة والهبة والصلح وغيرها، وليس في مقام تشريع الأسباب، فلو شك في مشروعية أحد الأنواع كالهبة مثلاً، جاز التمسك بعموم الحديث لإثبات المشروعية والسلطنة فيها، أما لو علمنا بمقدار السلطنة وكميتها كعلمنا بأن سلطنة خاصة ثابتة لشخص كبيع ماله من غيره، لكن شكنا في كيفية هذه السلطنة كشكنا في اعتبار صيغة خاصة فيها، أو حصولها بمجرد التعاطي بدون الصيغة اللفظية، فحينئذ لا يكون حديث السلطنة متكفلاً لبيان هذه الجهة لكونه ليس في مقام تشريع الأسباب.

كما أن بعضهم رجع مرة أخرى ليناقد الشيخ الأعظم في مدلول الحديث وسنده،<sup>(١)</sup> مع أن الظاهر جداً من عبارة الشيخ قدس سره أنه في مقام بيان حكم جريان شرائط البيع في المعاطاة على تقدير كلا القولين من كون المقصود بها الإباحة المجردة كما يرى ذلك صاحب الجواهر قدس سره والمقصود بها التمليك، فتحديد حكم جريان الشرائط وفقاً للقول بقصد الإباحة في المعاطاة إنما هو بعد التنزل بصحة هذا القول وصحة أدلة إفادة الإباحة المعوضيّة فيه، فلم يخالف الشيخ الأعظم هنا رأيه السابق ليقال بوجود التنافي في كلامه، خاصة وأنه قال بعد ذلك: «وأما على المختار...» وهذا يعني أن ما ذكره من الرأي القائل بكون المعاطاة محلّ النزاع ومصبّ الأقوال هي المعاطاة المقصود بها الإباحة، فضلاً عن أدلتها، ليست هي الرأي المختار، كما هو واضح.

ولذا قال المحقق العراقي قدس سره بعد بيان جريان الشرائط هنا بحسب إطلاق الدليل اللفظي: «هذا على تقدير القول بدلالة عموم (الناس مسلّطون)

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٧٦.

على ذلك، وإلا فقد تقدّم منه رحمه الله أنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، والشكّ هنا في الأسباب، فلا يمكن رفعه بعموم الأنواع<sup>(١)</sup>.

وعلى كلّ حال فحاصل هذه الجهة أنّ المعاطاة المقصود بها الإباحة، والتي هي معاملة مستقلة وليست بيعاً، إذا شكّ في اعتبار شرط فيها مطلقاً - سواء كان هذا الشرط مطابقاً للشروط المذكورة في البيع أم غير مطابق - يرجع في الاعتبار وعدمه إلى أدلّة هذه المعاملة، فإن كان فيها عموم أو إطلاق فلا يعتبر الشرط المشكوك، وإلا اقتصر على القدر المتيقّن فيثبت الاعتبار.

### الجهة الثانية: جريان شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها الملك

بعد أن تمّ الكلام في جريان شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها الإباحة، أوقع الشيخ الأعظم قدّس سرّه البحث بعدها في مختاره في المقصود من المعاطاة محلّ البحث والنزاع بين الفقهاء، وهي المعاطاة المقصود بها التملك، والتي انقسم الفقهاء فيها كما عرفنا إلى ثلاثة آراء، الأوّل: أنّها مفيدة للملك اللازم كالبيع اللفظي، والثاني: أنّها مفيدة للملك الجائز، وهو مختار الشيخ الأعظم قدّس سرّه وفاقاً للمحقّق الكركي وأتباعه، والثالث: أنّها مفيدة للإباحة الشرعيّة المجردة، وهو رأي مشهور الأصحاب.

لم يتطرّق الشيخ الأعظم قدّس سرّه في بحث جريان شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها التملك إلى الرأي الأوّل أي: ما أفادت الملك اللازم، ولعلّ ذلك لوضوح نتيجة البحث فيها، فإنّ المعاطاة على هذا الفرض تكون بيعاً عرفاً وشرعاً بلا أدنى شكّ، فتشملها جميع أدلّة اعتبار شرائط البيع وأحكامها، إذ لا فرق بين هذه المعاطاة وبين البيع اللفظي إلا وجود الصيغة وعدمها.

وإن كان للسيد الخميني قدّس سرّه في ذلك رأي آخر، حيث يرى «أنّ ما

(١) حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٢٦.

ذكروا من ثبوت جميع شرائط العقد في المعاطاة بناءً على لزومها إلا الصيغة فقط، وأرسلوا إرسال المسلمات غير وجيه، ضرورة أن ما لدى العقلاء من المعاطاة لا يعتبر فيها كثير من الشروط التي اعتبرها الفقهاء في البيع بالصيغة، كالتوالي بين الإيجاب والقبول، مع أن بناء العرف في المعاطاة على خلافه<sup>(١)</sup>.

بعبارة أخرى: إن محل البحث هو تلك المعاملة المتعارفة بين الناس، والتي يدور رحي معاشهم عليها، وفي مثل هذه المعاملة إذا ورد اعتبار الشارع لشرائط فيها أو ردعه عنها التزم بذلك، وإلا فإن المرجع في تمييز المعتبر فيها عن غيره هم الناس أنفسهم، ونحن إذا رجعنا اليهم نجد أنهم لا يجعلون اعتباراً أصلاً لمثل تقديم الإيجاب على القبول، أو تواليهما، بل الواقع بينهم في الغالب على خلافه، فإن التاجر مثلاً يرسل ثمن الشيء إلى بائع في بلد آخر ويتعامل معه بالمعاطاة، وبعد مضي مدة من الزمن كأسبوع أو شهر أو أكثر يرسل البائع إليه المثلث، ويعتبر هذا تعاملًا طبيعيًا متعارفًا لا استهجان فيه عند العقلاء، ولم يثبت ردع الشارع عنه، بل ثبت عدمه مع ملاحظة أن هذا التعامل قد حصل كذلك في زمن حضوره، وعليه فالسيد الخميني قدس سره يرى أن الإنصاف هو القول باعتبار كل ما هو معتبر عند العرف والعقلاء في المعاطاة، وكذا كل ما ثبت اعتباره من الشرائط بدليل لفظي كعدم الربا والغرر وأمثاله، مما رتب على عنوان البيع، وأما غير ذلك مما هو ثابت بالإجماع والشهرة فلا اعتبار به<sup>(٢)</sup>.

هذا كله بالنسبة إلى الرأي الأول وهو أن المعاطاة مفيدة للملك اللازم، وأما المعاطاة وفقاً للرأين الثاني والثالث فقد ذكر الشيخ الأعظم قدس سره أن

(١) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٣٥.

(٢) راجع: البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد حسن الظاهري الخرّم آبادي، ج ١ ص ٢٦٨.

جريان شرائط البيع فيها تحتمل ثبوتاً ثلاثة وجوه ترجع جميعها إلى أنّ أدلة اعتبار الشروط في البيع هل لها إطلاق يشمل كلا البيعين العرفي والشرعي، أم ليس لها إطلاق فيهما، أم لها إطلاق في الثاني دون الأوّل.

ثمّ إنّ من الواضح أنّ هذه الوجوه جميعاً مبينة على وجود إطلاق يقتضي صحّة المعاملة، وإلاّ لو فرضنا عدم وجود إطلاق كهذا فلن ينفع حينئذ عدم إطلاق أدلة الشروط في إثبات عدم اعتبار الشرط المشكوك، لأنّ المرجع حينئذ سيكون أصالة عدم ترتّب الأثر، بخلاف ما لو كان هناك إطلاق يقتضي الصحّة، إذ الشكّ في اعتبار الشرط سيرجع إلى الشكّ في تقييد ذلك المطلق، والذي سينفيه أصالة الإطلاق.

والوجوه الثلاثة التي ذكرها الشيخ كالآتي:

**الوجه الأوّل:** الاعتبار مطلقاً سواء أفادت المعاطاة الملك الجائز أم الإباحة

ويشهد له أمران:

• **الأمر الأوّل:** إنّ صدق البيع العرفي على المعاطاة المقصود بها التملك ظاهر لا يقبل الشكّ، وذلك لأنّ المفروض أنّ المتعاطين هنا قاصدان لمبادلة مال بهال مع إنشاء التملك، فتصدق حقيقة البيع على هذه المعاطاة وإن أفادت شرعاً الإباحة، فتكون هذه المعاطاة من مصاديق البيع وأفراده، وبالتالي فإنّ جميع أدلة الشرائط الثابتة للبيع تشمل هذه المعاطاة، فما دلّ على معلوميّة العوضين في البيع مثلاً أو تساويهما في المكيل والموزون مع وحدة الجنس، أو القبض في بيع الصرف، يدلّ عليها في المعاطاة كذلك، لكونها مصداقاً حقيقياً للبيع، وعليه فيشترط في المعاطاة المذكورة جميع شرائط البيع اللفظي.

• **الأمر الثاني:** والكلام فيه يتوقّف على ذكر مقدّمتين:

**المقدّمة الأولى:** بناءً على عدم استفادة حكم المعاطاة - من حيث إفادتها

الملكيّة - من الأدلّة الاجتهاديّة، يكون مقتضى الأصل العملي الحاكم في المعاطاة المقصود بها التمليك حينئذ هو استصحاب عدم ترتّب الأثر فيها من النقل والانتقال، والمعبّر عنه بأصالة الفساد في المعاملات، فلا تفيد المعاطاة حينئذ شيئاً، لا الملك المقصود، إذ المفروض عدم الدليل على حصوله، ولا الإباحة لأنّ المفروض أنّ المتعاطين قاصدان التمليك، فكيف تقع الإباحة التي لم يقصداها؟

المقدمة الثانية: إنّ محلّ النزاع في المعاطاة ومصبّ الأقوال فيها بين العامّة والخاصّة، يرجع إلى مسألة واحدة وهي أنّ الصيغة اللفظيّة في البيع هل هي معتبرة كسائر شرائط أم لا؟ كما يفصح عن ذلك عنوان المسألة في كتب كثير من العامّة والخاصّة، حيث عنوانوا المسألة في أنّه هل تشترط الصيغة في البيع أم لا تشترط؟ فمن قال باعتبارها تكون المعاطاة عنده فاسدة، ومن قال بعدم اعتبارها تكون المعاطاة عنده صحيحة، فيظهر من هذا النزاع أنّ الفارق الوحيد بين البيعين الفعلي والقولي إنّما هو في اعتبار الصيغة وعدمها، دون غيرها من الشرائط، وهذا معناه أنّ المعاطاة محلّ البحث والكلام هي المعاطاة المتضمّنة لجميع شرائط البيع عدا الصيغة، فلو لم تكن سائر شرائط صحّة البيع مجتمعة فيها لما صدق عليها عنوان البيع حتماً.

ولذا قال صاحب الحقائق قدّس سرّه: «ثمّ إنّ ينبغي أن يُعلم أنّه لا بدّ في هذا البيع (أي: المعاطاة) من جميع الشرائط المعتبرة في صحّة البيوع، سوى الصيغة الخاصّة التي ادّعوها»<sup>(١)</sup>.

ثمّ قال: «المشهور بين القائلين بعدم لزوم بيع المعاطاة هو صحّة المعاطاة المذكورة، إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، وأنها تفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض المعيّن»<sup>(٢)</sup>.

(١) الحقائق الناضرة، الشيخ يوسف البحراني، ج ١٨ ص ٣٥٠.

(٢) المصدر نفسه، ج ١٨ ص ٣٥٦.

ولا يتوهم من ذكر المشهور في كلام صاحب الحقائق قدس سره وجود الخلاف بينهم في اشتراط استجماع المعاطاة الصحيحة المفيدة للإباحة لشرائط البيع، إذ الظاهر من كلماتهم عدم وجود الخلاف بينهم في ذلك، وإنّا المشهور في كلام صاحب الحقائق هو في مقابل قول العلامة في النهاية بفساد المعاطاة. ولذا قال المحدّث البحراني قدس سره بعد عبارته المتقدمة: «وعن العلامة في النهاية القول بفساد بيع المعاطاة، وأنّه لا يجوز لكلّ منهما التصرف فيما صار إليه، من حيث الإخلال بالصيغة الخاصّة»<sup>(١)</sup>.

وبعبارة أخرى: إنّ قول المشهور بالإباحة في المعاطاة يقابله قول للعلامة بالفساد، لا قول بعدم اشتراط استكمال شروط البيع فيها، فموضوع الحكم بالصحة عند المشهور وبالفساد عند العلامة هو المعاطاة المستكملة لشرائط البيع عدا الصيغة، فلو لم تكن مستكملة لها فإنّها فاسدة عند الجميع.

بعد بيان هاتين المقدمتين يتّضح: أنّ هذه المعاطاة وإن كان الأصل فيها الفساد إلّا أنّه خرج عن هذا الأصل المعاطاة محلّ النزاع والتي ذهب مشهور الفقهاء فيها إلى صحتها، وهي المعاطاة المستكملة لجميع شرائط البيع عدا الصيغة، وإنّا الخلاف بينهم فيها من حيث إنّ الصيغة هل لها دخالة في الزوم أم ليس لها دخالة فيه، ويبقى تحت أصالة الفساد غيرها كالمعاطاة مع الجهل بأحد العوضين، أو بدون القبض في الصرف والسلم، ونحو ذلك.

ومنه يتّضح الأمر في المعاطاة التي دلّ على إفادتها التملك الأدلّة الاجتهاديّة، حيث تكفي المقدّمة الثانية في إثبات اعتبار جميع شرائط البيع فيها<sup>(٢)</sup>.

(١) الحقائق الناضرة، الشيخ يوسف البحراني، ج ١٨ ص ٣٥٦.

(٢) يرى السيّد اليزدي قدس سره أنّ الأولى أن يكون الأمر الأوّل الذي ذكره الشيخ الأعظم كشاهد على جريان شرائط البيع في المعاطاة مطلقاً مختصاً بالمعاطاة المفيدة للملك،

والمتحصّل: أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك يعتبر فيها جميع الشروط  
المعتبرة في البيع وإن أفادت هذه المعاطاة الإباحة.  
ولا بأس بالإشارة إلى أنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه قد جعل الأمر الثاني مؤيّداً  
لا دليلاً أو شاهداً، والوجه في ذلك إنّما هو لكونه استشهداً بفعل الفقهاء من تفرّيع  
بحث المعاطاة على بحث ألفاظ العقود، ومن الواضح أنّ فعل الفقهاء هذا ليس  
دليلاً شرعياً يمكن الاستناد إليه في مقام الاستدلال، نعم هو يصلح للتأييد فقط.

### إشكال للمحقّق الأصفهاني

ذكر المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه إشكالاً على ثبوت جريان شرائط البيع في  
المعاطاة المقصود بها التمليك، حاصله: أنّه لا كلام في صدق البيع العرفي على  
المعاملة المقصود بها التمليك، سواء أثرت في الملك شرعاً أم لم تؤثر، بل حكم  
الشارع فيها بالإباحة.  
كما أنّه لا كلام في أنّ أدلّة إمضاء البيع موضوعها هو البيع العرفي، فإنّه  
القابل للإمضاء شرعاً، فتكون هذه الأدلّة شاملة للمعاطاة محلّ البحث.  
إلا أنّ مجرد صدق البيع العرفي على المعاطاة لا يجعلها مشمولة لأدلّة اعتبار  
الشرائط، وذلك لأنّ دليل اعتبار شيء في البيع لا يعقل أن يكون موضوعه هو  
البيع العرفي، إذ إنّ اعتبار شخص غير منوط باعتبار شخص آخر كما هو واضح،  
فلا يعقل أن يكون موضوع أدلّة الاعتبار غير البيع الشرعي، فإنّ هذا البيع هو  
المنوط في نظر الشارع بشيء، فالبيع المساوق وجوده لنفوذه هو المنوط بكذا وكذا  
لا كلّ ما قصد به التمليك.

---

لعدم صدق البيع العرفي والشرعي على المعاطاة المفيدة للإباحة، وأمّا الأمر الثاني المؤيّد  
فهو لخصوص المعاطاة المفيدة للإباحة. راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم  
الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧١-٣٧٢.

وبعبارة أخرى: إن أدلة اعتبار شرائط البيع شرعاً متوقفة على ثبوت موضوعها عند الشارع أيضاً، فلا بد أن يقبل الشارع إفادة المعاملة الملكية لكي يحصل الشمول والانطباق، إذ لا معنى لأن يرتب الشارع الآثار على ما لا يراه - أو يراه غيره - موضوعاً لتلك الشرائط.

وعليه فالمعاطاة المقصود بها التمليك إن كانت مفيدة لإباحة التصرف فلا تجري فيها الشرائط المعتبرة في البيع؛ لعدم تحقق موضوعها وهو البيع الشرعي. ثم إن عمدة الأدلة على صحة المعاطاة إنما هي السيرة العقلانية المتصلة بزم المعصوم عليه السلام غير المردوع عنها، وهذه السيرة تعتبر حجة شرعية تصلح لتخصيص عموم أدلة اعتبار شيء في البيع، إن كان دليل الاعتبار لفظياً، كما تصلح للتقدم على دليل الاعتبار إن كان لبيئاً، لكونه قاصراً عن الشمول لمورد السيرة، فتكون السيرة حينئذ هي الدليل على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة الفاقدة لبعض الشرائط.

وعليه، فإن شرائط البيع اللفظي في المعاطاة المفيدة للملك شرعاً غير معتبرة أيضاً، إما لعدم مقتضي؛ لقصور دليل الاعتبار إن كان لبيئاً كما عرفت، أو لوجود المانع وهو قيام السيرة العملية في دائرة أوسع مما تقتضيه نصوص الاعتبار<sup>(١)</sup>. وأجيب عنه:

أولاً: إن السيرة ليست حجة شرعاً بما هي، وإنما حجيتها إن كانت عقلانية لأجل كونها كاشفة عن إمضاء المعصوم، أو كاشفة عن قوله إن كانت متشرعية، وما لم يحرز مناط حجيتها فإنها لا تكون حجة، ومع افتراض كون المعاطاة المقصود بها التمليك والمفيدة للملك بيعاً شرعاً، يكون موضوع أدلة اعتبار الشرائط متوفراً، فتشملها عمومات تلك الأدلة، فلا تحرز حجية السيرة حينئذ،

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٥٤-١٥٥.



على أن أدلة إمضاء المعاطاة شرعاً غير منحصر بالسيرة.  
قال السيد الميلاني قدس سره: «لكنّ الإنصاف عدم تمامية ما ذكر، لأنّ السيرة بما هي ليست بحجة، وإنّما حجيتها من أجل كاشفيتها عن تقرير المعصوم إن كانت عقلائية أو قوله إن كانت متشرعية، ولولا إحراز ذلك لم يكن لها حجّية، وهو مع وجود العمومات المعتبرة للشرائط في البيع - والمفروض كون المعاطاة بيعاً - مشكل»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: إنّ المعاطاة المقصود بها التملك تكون بيعاً حقيقياً وإن أفادت الإباحة، إذ إنّ حكم الإباحة فيها ليس مطلقاً وإنّما هو جارٍ إلى حين طرؤ أحد ملزمات المعاطاة، فيكون حينها بيعاً شرعياً لازماً، فتكون المعاطاة على ذلك نظير بيع الصرف والسلم، فكما أنّ هذين البيعين لا يخرجهما عن البيعية عرفاً وشرعاً توقّفهما على حصول القبض، فكذلك المعاطاة المفيدة للإباحة إلى حين عروض أحد الملزمات.

ولذا قال الميرزا النائيني قدس سره: إنّ في «الوجه الأخير - وهو حكم الشارع بالإباحة تعبداً على خلاف ما قصده المتعاطيان - وإن كان مستبعداً كما عدّه الشيخ الكبير من مستبعدات ما اختاره المشهور ولم يكن نقوض المصنّف قدس سره عليه وارداً، إلّا أنّه بناءً على كون مقصود المشهور هذا الذي استفاده الشيخ الكبير، لا ما وجّهنا به مقصودهم، فاعتبار الشروط فيها أيضاً ممّا لا إشكال فيه، مع أنّه يمكن توجيه آخر لكلامهم بحيث لا يرد عليه هذا الإشكال، وهو أنّه يمكن أن يجعل الشارع لحصول الملك شرطاً آخر، وهو التصرف أو التلف ونحو ذلك من الملزمات، كما اعتبر حصوله القبض في الصرف والسلم. فقول المشهور بالإباحة إنّما هو قبل الأوّل إلى البيع، أي: قبل حصول الشرط، فعلى هذا إذا قصد المتعاطيان التملك وأوجدا مصداق هذا العنوان واعتبر شرعاً في تحقّقه شرط

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٢٨٢.

متأخر - وهو التصرف أو التلف ، كشرطيّة القبض في حصول الملكية في الصرف والسلم - فلا تنخرم قاعدة (العقود تابعة للقصود). وعلى هذا فاعتبار الشروط أيضاً لا إشكال فيه، لأنّها بيع فيعتبر فيها ما يعتبر فيه<sup>(١)</sup>.

كما ذكر أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه أنّ الوجه في جريان شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها التمليك والمفيدة للإباحة: «ما هو مبني على ما اخترناه من كون هذه المعاطاة بيعاً مفيدة لما قصد بها من الملك، فيعمّها أدلّة صحّة البيع، غاية الأمر اعتبر في إمضائها شرعاً بالسيرة أو الإجماع شرط متأخر، وهو التصرف المتوقّف على الملك، كما اعتبر القبض في بيع الصرف، فإنّها على هذا تكون بيعاً حقيقة، فيعمّها أدلّة شروط البيع، ولا يوجب تأخر إمضائها شرعاً عدم جريان الشروط فيها، كما لا يوجب في بيع الصرف»<sup>(٢)</sup>.

ولا أقلّ من أنّ المعاطاة المفيدة للإباحة ليست بيعاً عرفياً بشكل مطلق، إذ هي بيع شرعيّ حتماً بعد عروض أحد الملزمات.

وبحسب تعبير الآخوند الخراساني قدّس سرّه عند تعليقه على ما ذكره الشيخ الأعظم من كون المعاطاة المفيدة للإباحة بيعاً عرفياً لم يؤثر شرعاً إلاّ الإباحة: «لكنّه قبل وجود أحد الملزمات، وإلاّ يصير بيعاً شرعياً يؤثر التمليك، ونفي البيع عنها في كلام المشهور القائلين بالإباحة هو البيع الشرعي بمجرّده، لا بعد وجود أحدها»<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: نسلم أنّ شرائط تأثير البيع هي عبارة عن أحكام تلحق البيع المؤثر في

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٣.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيّد الخوئي، للسيّد علي الشاهرودي، ج ٢ ص ٨٤.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٣٤.

النقل والانتقال، فكلّ ما لم يصدق عليه أنّه بيع كالمعاطاة المقصود بها الإباحة، أو صدق عليه إلّا أنّه غير مؤثّر في النقل كالمعاطاة المقصود بها التملك والمفيدة للإباحة، فلا تلحقها تلك الأحكام، ولكن مع ذلك نقول باعتبار جميع شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها التملك وإن أفادت الإباحة، وذلك لقيام الإجماع على جواز تصرّف المتعاطيين في المأخوذ بالمعاطاة، وهذا الإجماع من الأدلّة اللبّية التي يقتصر فيها على القدر المتيقّن، وهي المعاطاة المستكملة لشرائط البيع عدا الصيغة.

وبعبارة أخرى: إنّ عموم حرمة التصرف في مال الغير إلّا بأذنه يقتضي حرمة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة التي قصد بها التملك ولم يمضها الشارع، إلّا أنّ الإجماع دلّ على جواز التصرف فيه فيكون مخصّصاً لذلك العموم، وبما أنّه دليل لبّي فيقتصر في تخصيصه للعام على القدر المتيقّن، وهو المعاطاة المستجمعة لشرائط البيع بأكملها، ويبقى الباقي تحت العام.

وكان قد نبّه على هذا الجواب الآخوند الخراساني قدّس سرّه في تعليقته بقوله: «وأما بناءً على عدم الأوّل، وكون التملك بعد التصرف به، لا بها، فإطلاق أدلّة شروط البيع وإن كان لا يساعد على اعتبارها فيها، لعدم كونها بيعاً شرعاً، ولا يجدي كونها بيعاً عرفاً، بعد كشف الشارع عن حالها، وأنها ليست ببيع واقعاً، إلّا أنّ إفادتها لإباحة جميع التصرفات شرعاً قبل التصرف وحصول التملك به بعده، لمّا كان على خلاف الأصل، وجب الاقتصار في خلافه على القدر المتيقّن، وهو ما إذا كانت واجدة لجميع ما يعتبر في صحّة البيع، فتدبر جيّداً»<sup>(١)</sup>.

وتبعه في ذلك الميرزا الإيرواني قدّس سرّه حيث قال: «إنّ شرائط البيع شرائط لتأثير البيع في حصول الملك، فلا يبقى محلّ لاعتبارها بعد القطع بعدم تأثير المعاطاة في الملك، ومجرد صدق البيع لا يصلح وجهاً لتوجّه أدلّة اعتبار

(١) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٣٦.

تلك الشرائط إليها، ولكن مع ذلك يعتبر الشرائط من باب أن تأثير المعاطاة المقصود بها الملك في الإباحة وترتب ما يترتب على المعاطاة من الأحكام التعبدية خارج عن وسع الأدلة اللفظية حتى يؤخذ بإطلاقها، وإنما هو شيء ثبت بالدليل اللبّي من الإجماع والسيرة، والمتيقّن من معقدهما المعاطاة التي جمعت كافة شرائط البيع سوى الإنشاء اللفظي، فلا يتعدّى في الحكم إلى غيرها»<sup>(١)</sup>.

كما ذكر أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه في مقام الاستدلال على جريان شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها التمليك والمفيدة للإباحة: «أنّ مقصود كلّ من المتعاطين إنّما هو تمليك ماله لصاحبه بإزاء ما يأخذه منه، وليس غرضهما من هذا التمليك بالعوض إلّا إيجاد البيع، وحيث إنّ فاقده للصيغة فيحكم بفساده كسائر المعاملات الفاقدة لشروطها، ولكن قام الإجماع على جواز التصرف لآخذ فيما أخذه بالمعاطاة، ولم يقدّم دليل على ذلك في سائر المعاملات الفاسدة، وبما أنّ الإجماع دليل لبّي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقّن، وهو أن تكون المعاطاة واجدة لجميع شرائط البيع، حتّى الشروط التي وقع الخلاف في اعتبارها فيه إلّا الصيغة. وعلى الجملة: إنّ ما قصده المتعاطيان لم يقع في الخارج، وقد قام الإجماع على جواز التصرف لكلّ منهما فيما أخذه من صاحبه، وأيضاً قد اقتضت الضرورة الشرعية حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه، فالجمع بين هذه الأمور يقتضي جواز التصرف في المورد المتيقّن، وهو البيع الجامع للشرائط»<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: إنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه إن كان مقصوده أنّ أدلة شرائط البيع سوف تُخرج البيع العرفي عن كونه بيعاً عرفياً مع فقد أحدها، كان إشكال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه وارداً عليه، وذلك لأنّ الشرط الشرعي لا يمكن له أن

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٦٨.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيدي، ج ٢ ص ١٧٨.

يضيق المفهوم العرفي ولا أن يحدّد اعتبار أهل العرف، لأنّ المفروض وجود نظرين مختلفين، ولا يؤثّر نظر أحدهما في نظر الآخر.

لكنّ الظاهر أنّ مقصود الشيخ قدّس سرّه ليس كذلك، وإنّما مقصوده أنّ أدلّة شرائط تتوجّه إلى البيع العرفي لا بمعنى نفى بيعيّته، بل بمعنى أنّ هذا البيع العرفي لا يمضيه الشارع إن كان فاقداً للشرط، فلا يرد الإشكال عليه حينئذ، إذ لا يوجد في المقام تضيق للبيع العرفي، وإنّما يوجد تضيق في التأثير فقط، فالتأثير هو الجامع للشرائط الشرعيّة، لا أنّ موضوع الأدلّة هو البيع الشرعي كما ذكر المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه.

وبعبارة مختصرة: إنّ موضوع أدلّة شرائط البيع ليس هو البيع الشرعي، وإنّما نفسه البيع العرفي، غاية الأمر أنّ أدلّة الشرائط هذه تضيق من دائرة التأثير في ذلك البيع، فلا يكون الإشكال وارداً على الشيخ الأعظم قدّس سرّه<sup>(١)</sup>.

خامساً: إنّ الغالب وقوعه في الخارج إنّما هو البيع المعاطاتي، وأمّا البيع اللفظي فهو نادر التحقّق خارجاً جدّاً، وعليه يكون حمل إطلاق أدلّة اعتبار الشروط على البيع اللفظي حملاً على الفرد النادر، وهو أمر مستهجن عرفاً. وهذا ما أشار إليه الشيخ الأعظم قدّس سرّه بقوله: «ومورد الأدلّة الدالّة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب»<sup>(٢)</sup>.

سادساً: إنّ المعاملات أمور عرفيّة قد أمضاها الشارع، فكلّ عنوان يرد في لسان الأدلّة الشرعيّة من عناوين المعاملات فإنّه يحمل على ما هو المتعارف عند

(١) راجع: بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب، تقرير بحث السيّد محمّد رضا الكلبايكاني، للسيّد علي الميلاني، ص ١٣١-١٣٢.

(٢) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٧١.

العرف، إلّا أن يدلّ الدليل على تدخّل الشارع وتصرّفه في الموضوع من حيث الزيادة أو النقيصة، وعليه فالأدلة الشرعية الدالة على اعتبار الشرائط في البيع، إنّما المقصود من موضوعها هو البيع العرفي، فتكون شاملة للمعاطاة.

سابعاً: إنّ موضوع أدلة اعتبار شرائط البيع يستحيل أن يكون هو البيع الشرعي؛ لاستلزامه الدور، إذ إنّ شرعية البيع تتوقّف على وجود الشرائط المعتبرة شرعاً فيه، ووجود هذه الشرائط بحسب الفرض يتوقّف على كون البيع شرعياً.

ولذا قال أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني: «ويرد عليه أنّه قال: إنّ المعلق والمنوط به هو البيع الشرعي، فما المقصود بالبيع الشرعي؟ فلو تمتّ شرعية هذا البيع قبل حصول المعلق عليه والمنوط به، فكلامه رحمه الله تامّ، لكن بما أنّه لا يعقل أن يتمّ صحّة المقيّد قبل القيد، لأنّ رتبة شرعية كلّ مقيّد تكون بعد رتبة القيد، فتكون رتبة شرعية البيع متأخرة عن رتبة القيد، فيستحيل أن يكون موضوع البيع هو البيع الشرعي»<sup>(١)</sup>.

وعليه، فموضوع أدلة اعتبار شرائط البيع لابدّ أن يكون البيع العرفي، خاصّة مع ملاحظة أنّ الشارع في باب المعاملات ليس مؤسساً وإنّما هو ممضٍ، ومعنى الاشتراط هو أنّ هذا البيع العرفي بعد امتلاكه للشرط الصادر من الشارع يصبح شرعياً.

ثامناً: إنّ السيرة القائمة على صحّة المعاطاة إن فرضنا كونها سيرة متشرّعة كان لما أفاده المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه من تخصيص السيرة لعمومات أدلة اعتبار شرائط البيع وجه، إلّا أنّ السيرة فعلاً هي سيرة عقلاء، وهي قائمة على أنّ التعامل غير منحصر بالعقد القولي بل يتحقّق بالمعاطاة أيضاً، وهذه السيرة لا

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري القمي،

يمكن لها أن تخصّص عموم أدلة الشرائط، إذ إنّ تخصيص السيرة للعمومات يتوقّف على عدم رادعية تلك العمومات لها، وعدم رادعية العمومات يتوقّف على كون السيرة مخصّصة لها، وهذا دور واضح، وعليه فلا تكون السيرة محرزة الإمضاء في عدم اعتبار الشرائط<sup>(١)</sup>.

إذن فمقتضى إطلاق أدلة اعتبار شرائط البيع هو شمولها لما يعمّ البيع المعاطاتي والبيع اللفظي.

هذا تمام الكلام في إيراد المحقّق الأصفهاني على الشيخ الأعظم، وما ذكره الأعلام في الإجابة عنه.

يبقى الإشكال الذي ذكره السيّد اليزدي قدّس سرّه، والذي بيّناه في بداية هذا البحث، من عدم صدق البيعية عرفاً على المعاطاة المفيدة للإباحة، إذ العرف لا يرى هذه المعاطاة بيعاً بعد عدم إمضاء الشارع للبيع المؤثّر في حصول الملكية فيها.

والجواب المذكور على هذا الإشكال هناك هو الجواب هنا، ويمكن أن يضاف أيضاً: أنّ لفظ البيع لا حقيقة شرعية له، فهو ليس من الأمور التي اخترعها الشارع المقدّس، وإنّما هو أمر متداول عن أهل العرف، فكما أنّ المفهوم من لفظ (الماء) إذا ورد في لسان الشارع هو عين المفهوم منه عند العرف، فكذلك الأمر في عنوان (البيع)، فإذا قال الشارع: أنّ البيع يشترط في كذا وكذا، كان معناه: أنّ البيع المتعارف يشترط فيه كذا وكذا<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤٢٦-٤٢٧.

(٢) راجع: بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب، تقرير بحث السيّد محمّد رضا الكلبايكاني، للسيّد علي الميلاني، ص ١٣١.

### الوجه الثاني: عدم الاعتبار مطلقاً سواء أفادت الملك الجائز أم الإباحة

ويشهد له: أنّ المتأمل في النصوص الشرعية المتكفلة لبيان أحكام البيع كقولهم عليهم السلام: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) ونهى النبي عن بيع الغرر، وإقالته في البيع ونحوها، وفتاوى الفقهاء كقولهم: (إنّ الأصل في البيع اللزوم، والخيار إنّما ثبت لدليل) و(إنّ البيع بقول مطلق من العقود اللازمة) و (البيع هو العقد الدالّ على نقل العين) و (البيع هو تمليك عين بعوض) وغيرها من الفتاوى والكلمات المختصة بباب البيع، يظهر له بما لا يقبل الشك أنّ المقصود من البيع فيها هو خصوص البيع اللازم الشرعي العقدي الذي لا يجوز فسخه إلاّ بدليل يثبت الخيار أو جواز التقايل، وعليه ستكون أدلة اعتبار شرائط في البيع مختصة بالبيع اللازم ولا تشمل البيع العرفي المفيد شرعاً للملك الجائز أو الإباحة.

أمّا عدم شمولها لما أفاد الإباحة فواضح، باعتبار أنّ المعاطاة وإن صدق عليها أنّها بيع مفيد للنقل عند العرف، إلاّ إنّها ليست كذلك عند الشارع، وإن أطلق عليها الشارع أحياناً من باب المسامحة عنوان البيع؛ جرياً على ما هو صادق بنظر العرف، الذين لا عبرة بنظرهم من دون إمضاء الشارع.

ونبه الشيخ الأعظم قدّس سرّه على أنّ هذه المسألة - أعني: كون المقصود من البيع في كلام المشرّعة ومعقد إجماعهم على كون المعاطاة ليست بيعاً هو البيع الصحيح الشرعي المحكوم باللزوم والخيار، وبما أنّ المعاطاة المفيدة للإباحة لا لزوم فيها ولا خيار فلا يصدق البيع عليها شرعاً - قد تقدّم بيانها في المباحث السابقة في تصحيح ما ادّعاه السيّد ابن زهرة قدّس سرّه في الغنية من الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً، حيث ذكر الشيخ الأعظم هناك بعد نقله لكلمات الأعلام في المعاطاة ما نصّه: «وأما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً - كابن زهرة في الغنية - فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التي هي



إحدى العقود، ولذا صرّح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحّة البيع، ودعوى أنّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها<sup>(١)</sup>.

وأما عدم شمولها لما أفاد الملك الجائز فلأنّ البيع المطلق في النصّ والفتوى ينصرف إلى خصوص الفرد المحكوم باللزوم دون غيره كما مرّ قبل قليل، فالقصد من البيع المأخوذ في موضوع الخيار والإقالة والنهي عن الغرر في النصوص وكذا في الفتاوى: هو البيع المفيد للملك اللازم والذي يثبت له الخيار، ولا لزوم في المعاطاة المفيدة للملك الجائز كما هو واضح، كما لا خيار فيها، إذ لا معنى للخيار فيها مع كونها جائزة.

وبعبارة أخرى: إنّ أدلّة اعتبار شرائط البيع لا إطلاق لها لكي تشمل البيع العرفي المفيد للملك الجائز المتزلزل والمفيد للإباحة؛ لمكان الانصراف إلى خصوص الفرد اللازم، ومع عدم الإطلاق لا يمكن التمسك بأدلة اعتبار الشرائط فيها.

ويظهر من المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه ميله إلى هذا الوجه، وإن كان بدليل آخر أوضحناه في إشكاله المتقدّم على الوجه الأوّل.

ثمّ لا يذهب عليك أنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه في بيانه لدليل الوجه الثاني ليس في مقام بيان رأيه وحكمه فيه حتّى يورد عليه<sup>(٢)</sup> بأنّ ما ذكره في آخر الدليل من قوله: (وبالجملة فلا يبقى للمتأمل شكّ في أنّ إطلاق البيع في النصّ والفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل) منافٍ لما سيذكره بعد أسطر في وجه تفصيل آخر في المسألة بين الشرائط، إذ سيسلّم هناك

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٤٠-٤١.

(٢) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتح الشهيد التبريزي، ج ٢ ص ١١٠، وهدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ٢٢-٢٥.

بالإطلاق وعدم وجود انصراف في النصوص، ومناف لما سيذكره أيضاً فيما بعد في تقوية الوجه الأول، لكونه مبتنياً على عدم الانصراف في النص والفتوى معاً، أو في خصوص الأول، بل الشيخ الأعظم قدس سره في مقام بيان ما يراه أصحاب هذا الوجه دليلاً معتبراً عليه، فما ذكره من عدم وجود شك في الانصراف إنما هو بحسب رأيهم لا بحسب ما يراه هو، وإلا فإنه سيذكر الوجه المختار عنده فيما بعد.

### الوجه الثالث: التفصيل بين المعاطاة المفيدة للملك، والمفيدة للإباحة

حيث تعتبر شرائط البيع في المعاطاة المفيدة للملك دون المعاطاة المفيدة للإباحة، والوجه في ذلك: أن موضوع أدلة اعتبار شرائط البيع إنما هو البيع الشرعي، ولا شك أن البيع المفيد للملك الجائز بيع عرفاً وشرعاً كما تقدم بيانه في الوجه الأول، فتكون مشمولة لأدلة اعتبار الشرائط، أما المعاطاة المفيدة للإباحة فهي ليست بيعاً شرعياً وإن كانت بيعاً عند العرف كما تقدم في الوجه الثاني، فلا تكون مشمولة لأدلة اعتبار شرائط البيع.

ويرى السيّد اليزدي قدس سره أن هذا الوجه هو الأوجه، وفقاً لما يراه من كون المعاطاة المفيدة للملك الجائز بيعاً عرفاً وشرعاً، بعكس المعاطاة المفيدة للإباحة التي هي ليست بيعاً، لا عرفاً ولا شرعاً، كما أوضحناه في إشكاله المتقدم في صدق البيعة عرفاً على المعاطاة المفيدة للإباحة.

ولذا قال قدس سره: «ومّا أشرنا إليه يظهر أن الأوجه الوجه الثالث، فيشترط فيها الشرائط، ويلحقها الأحكام بناءً على الملك، لصدق كونها بيعاً، بخلاف القول بالإباحة فإنها بعد فرض أن الشارع حكم عليها بها - لا بالملك - لا تكون بيعاً لا شرعاً ولا عرفاً، أما الأول فواضح، وأما الثاني فلأن حكمهم بكونها بيعاً إنما هو مع قطع النظر عن حكم الشارع، وإلا فلا يصدق عليها ذلك، إذ ليس إلا تمليك عين بعوض، وليس لنا بيع يكون أثره الإباحة، والحاصل: أن

العرف بعد اطلاعهم على حكم الشرع يقولون: إنَّ الشارع لم يمضِ هذا البيع، لا أنَّه إمضاه وجعل فائدته الإباحة، فتدبر<sup>(١)</sup>.

#### الوجه الرابع: التفصيل بحسب أدلة اعتبار شرائط البيع

إنَّ الشرائط المعتمدة في البيع اللفظي يمكن تقسيمها إلى قسمين: شرائط ثبت اعتبارها عن طريق الدليل اللفظي بالنصوص الشرعية، وأخرى ثبت اعتبارها عن طريق الدليل اللبّي من إجماع الفقهاء، وعليه فيمكن أن يفصل في اعتبار الشرائط بين المعاطاة المفيدة للملك والمعاطاة المفيدة للإباحة بحسب أدلة اعتبار تلك الشرائط، وبحسب الانصراف المذكور في الوجه الثاني لكن بافترض تحقّقه في كلمات الفقهاء دون النصوص الشرعية.

فإن كان دليل الاعتبار لفظياً تمسك بإطلاقه في شموله للبيع بكلا قسميه العرفي والشرعي؛ لفرض عدم تحقّق الانصراف فيه، وبعبارة أخرى: يكون موضوع تلك الأدلة البيع العرفي بما هو وإن لم يفد عند الشارع إلا الإباحة، لكون الأحكام الشرعية تنزل على المفاهيم العرفية، فيشمل - على ذلك - المعاطاة سواء أفادت الملك أو الإباحة.

وأما إن كان دليل الاعتبار لبياً كالإجماع لم تعتبر الشرائط في المعاطاة، إذ يقتصر في هذا الدليل اللبّي على القدر المتيقّن وهو شرائط البيع المبني على اللزوم بحسب طبعه، كما يدعو إليه الانصراف المفترض تحقّقه من كلمات المجمعين، لا مطلق البيع حتّى لو كان مفيداً للملك الجائز فضلاً عن الإباحة الشرعية، فتكون المعاطاة غير المفيدة للزوم خارجة عن دائرة الاعتبار.

هذا ويظهر أنّ كلا الوجهين الثالث والرابع القائلين بالتفصيل يبتنيان على أساس واحد وهو حقيقة موضوع أدلة اعتبار الشرائط، فإن كان الموضوع

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٣.

خصوص البيع الشرعي يأتي التفصيل في الوجه الثالث، باعتبار أن المعاطاة المفيدة للملك بيع شرعي داخل في الموضوع بعكس المعاطاة المفيدة للإباحة. وإن كان الموضوع هو البيع العرفي فالمفروض أن تشمل المعاطاة بكلا قسميها المفيدة للملك الجائز والمفيدة للإباحة؛ لصدق البيع عليهما عرفاً، ولكن لأجل انصراف البيع في كلمات الفقهاء إلى خصوص البيع اللازم - كما ذكر في الوجه الثاني - كان لزماً التفصيل في المسألة بين كون دليل الاعتبار نصاً شرعياً فيشمل المعاطاة بكلا قسميها، وبين كونه إجماع الفقهاء فلا يشمل المعاطاة لأجل الانصراف المذكور.

### الوجه المختار عند الشيخ الأنصاري

يرى الشيخ الأعظم أن الوجه الأول - وهو اعتبار الشروط في المعاطاة مطلقاً - هو أقوى هذه الوجوه، وذلك لأن المعاطاة المقصود بها التمليك إن كانت مفيدة للملك الجائز ستكون داخلة في موضوع أدلة اعتبار شرائط البيع، فإن هذا الموضوع لا يخلو أمره:

- إما أن يكون هو البيع العرفي، وهو الحق، ومن الواضح أن هذه المعاطاة بيع عند العرف، وقد تقدّم من المحقق الكركي قدس سره قوله في جامع المقاصد: «إنّ المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم»<sup>(١)</sup>.
- أو يكون الموضوع هو البيع الشرعي الأعم من اللازم والجائز فتكون داخلة فيه أيضاً بلا شك، إذ البيع الشرعي هو ما كان مؤثراً في النقل والانتقال عند الشارع، وهذا متحقق في المعاطاة المفيدة للملك الجائز شرعاً.
- ولذا تقدّم من الشيخ الأعظم قوله: «إنّ البيع في العرف اسم للمؤثر منه في

(١) جامع المقاصد، المحقق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرعة من حيث إنهم متشرعة ومتدينون بالشرع صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً<sup>(١)</sup>.

كما تقدم منه قدس سره أن اللزوم والجواز إنما هما من أحكام السبب لا من مقومات البيع المسبب، حيث قال: «إن انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي، ومنشأ هذا الاختلاف حقيقة السبب المملك، لا اختلاف حقيقة الملك، فجواز الرجوع وعدمه من الأحكام الشرعية للسبب، لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب»<sup>(٢)</sup>.

وبعبارة مختصرة: إن المعاطاة المقصود بها التملك والمفيدة للملك الجائز بيع حقيقي داخل في موضوع أدلة اعتبار شرائط البيع.

وأما دعوى اختصاص موضوع أدلة اعتبار الشرائط بالبيع العقدي - أي: البيع الشرعي اللفظي المفيد للزوم - فلا وجه لها، وذلك لأن الغالب وقوعه في الخارج إنما هو البيع المعاطاتي، وأما البيع اللفظي فهو نادر التحقق في الخارج، وعليه يكون حمل إطلاق أدلة اعتبار الشروط على خصوص البيع اللفظي حملاً على الفرد النادر.

ومنه يظهر الحال في دعوى انصراف البيع - في النص والفتوى، أو في الفتوى خاصة - إلى البيع اللازم، إذ «الإنصاف يقتضي منع الانصراف»<sup>(٣)</sup>.

ولذا قال الميرزا النائيني قدس سره: «ودعوى انصراف البيع إلى البيع العقدي فتختص شروط البيع به، غير مسموعة، لأن الانصراف إنما يتم إذا كان

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٣٧.

(٢) المصدر نفسه، ج ٣ ص ٥١-٥٢.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٣.

صدق المفهوم على المعاطاة ضعيفاً بحيث تكون خارجاً عن حقيقة البيع بنظر العرف واقعاً، ولا شبهة أنها ليست كذلك. وبالجملّة: اختصاص الأدلة الدالة على اعتبار الشروط في العوضين أو المتعاقدين بالبيع المنشأ باللفظ لا وجه له<sup>(١)</sup>. كما ذكر الميرزا الإيرواني قدس سرّه في ردّ الانصراف المدعى: أنّه «لا شكّ في إطلاق لفظ البيع وشموله لما حكم عليه الشارع باللزوم وما حكم عليه بالجواز، وأمّا عند العرف فالكلّ لازم بلا انقسام إلى قسمين حتّى يدعى الانصراف إلى القسم اللازم منه»<sup>(٢)</sup>.

وأمّا المعاطاة المفيدة للإباحة، فإن كان موضوع أدلة اعتبار شرائط هو البيع العرفي، فلا شكّ في شمولها لها، فإنّها بيع عرفي قطعاً، فيشترط في هذه المعاطاة جميع ما يشترط في البيع اللفظي عدا الصيغة، فكما أنّ المعاطاة الفاقدة لشروط البيع لا تفيد الملك، فكذلك لا تفيد الإباحة، وإن كان موضوع الأدلة هو البيع الشرعي، فلا بدّ من عدم شمولها لأنّها ليست بيعاً شرعياً إذ لا تؤثر في النقل والانتقال عند الشارع، ولكن مع ذلك نقول بالشمول؛ لما ذكرناه من المؤيد في الوجه الأوّل، والذي كان حاصله: أنّ الأصل الحاكم في هذه المعاطاة بعد عدم إفادتها للملكية هو الفساد، فالمفروض أنّها لا تفيد شيئاً، لا الملك وهذا واضح ولا الإباحة لكونها خلاف المقصود، خرج عن هذا الأصل ما اتفق الفقهاء على صحته وهي المعاطاة الجامعة لجميع شرائط البيع اللفظي عدا الصيغة، ويبقى الباقي، كالمعاطاة الفاقدة لشرط آخر من شروط البيع غير الصيغة، كمعلومية العوضين مثلاً<sup>(٣)</sup>.

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٢.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٦٩.

(٣) ولكنّ هذا وجه إذا كان الدليل على إفادة المعاطاة الإباحة لئباً كالإجماع والسيرة، إذ المتيقّن من معقدها هي المعاطاة المستجمعة للشرائط، لكنّه لا ينسجم مع كون الدليل

وعليه فالوجه الأوّل القائل باعتبار شرائط البيع مطلقاً في المعاطاة سواء أفادت الملك الجائز أو الإباحة هو الأقوى، وأيد جملة من الأعلام والمحققين مختار الشيخ الأعظم هذا، فذكر السيّد محسن الحكيم قدس سرّه أنّه «من ذلك يظهر أنّه لا بدّ من اعتبار الشروط مطلقاً، أمّا بناءً على الملك فلا إطلاق أدلّة اعتبارها واحتمال انصرافها إلى البيع اللازم لتكون شرائط للزوم لا وجه له، بل لا يمكن الالتزام به لو أريد من الزوم ما يقابل الخيار أيضاً، إذ لا ينفكّ البيع عن الخيار لا أقلّ من خيار المجلس. نعم لو كان الشرط مستفاداً ممّا لا إطلاق له فاللزام البناء على عدم اعتباره لإطلاق أدلّة الصحّة التي عرفتها، وأمّا بناءً على الإباحة فلو سلّم عدم إطلاق أدلّة الشروط بحيث تشمل المعاطاة بناءً على الإباحة كما هو الظاهر، إمّا لأنّ البيع المأخوذ في موضوع تلك الأدلّة اسم للمسبّب المفروض انتفاؤه، وإمّا لكونه اسماً للسبب، لكن منصرف دليل اعتبار الشروط اعتبارها في ترتّب المقصود منه وهو الملك أو المبادلة مثلاً، والمفروض عدم حصوله، وحصوله عرفاً ممّا لا يرتبط بتلك الأدلّة؛ إذ لا يعقل اعتبار تلك الشروط فيه؛ لأنّه ممّا لا يقبل الجعل التشريعي، لكنّ عدم الإطلاق في دليل الإباحة يوجب الرجوع - مع فقد أحد الشروط - إلى أصالة عدمها للشكّ في ترتّبها حينئذ. وممّا ذكرنا تعرف الإشكال في جملة من فقرات العبارة كما تعرف صحّة قوله رحمه الله: والاحتمال الأوّل لا يخلو من قوّة»<sup>(١)</sup>.

كما ذكر السيّد القزويني قدس سرّه: أنّ «الأقوى هو القول الأوّل لأنّ الأصل في المعاملات مطلقاً هو الفساد حتّى بالنسبة إلى إباحة التصرفات إلّا ما

---

عليها لفظياً كقاعدة طيب النفس أو قاعدة السلطنة، بناءً على مشرعيّتها للأسباب، إذ لا وجه حينها لا اعتبار شروط البيع فيها.

(١) نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٥٨.

خرج بالدليل، والقدر المتيقن خروجه من المعاطاة هي الجامعة لشروط صحة البيع، وأما الفاقدة لها كلّها أو بعضها فلا دليل على خروجها فتكون باقية»<sup>(١)</sup>.

### مخالفة الشهيد الأوّل قدّس سرّه

سبق أن ذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه في تأييده للوجه الأوّل أنّ هناك اتفاقاً بين الأصحاب على كون المعاطاة محلّ البحث ومصّبّ الآراء إنّما هي المعاطاة المستجمعة لجميع شرائط البيع عدا الصيغة، وكان قد استشهد الشيخ لذلك بعبارة لصاحب الحقائق بيّن فيها أنّ مشهور الأصحاب القائلين بإفادة المعاطاة المقصود بها الملك الإباحة يعتبرون جميع شرائط البيع اللفظي فيها عدا الصيغة، وقوله: (المشهور) إنّما هو في قبال رأي العلامة في كون المعاطاة بيعاً فاسداً، لا أنّه إشارة إلى وجود الخلاف بينهم.

إلا أنّه يظهر من عبارة محكيّة عن الشهيد الأوّل قدّس سرّه في شرحه على قواعد العلامة<sup>(٢)</sup> مخالفته لهذه المسألة وميله إلى الوجه الثالث القائل باعتبار

(١) ينابيع الأحكام، السيّد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٥٤٠.

(٢) الحاكي هو السيّد محمّد جواد العاملي في مفتاح الكرامة حيث نقل عبارة الشهيد الأوّل بقوله: «وفي حواشي الكتاب: لا يجوز لأحدهما أن يخرجها في زكاة أو خمس أو ثمن الهدى قبل التلف - يريد تلف العين الأخرى - وقال: ويجوز أن يكون الثمن والمثمن مجهولين، لأنّها ليست عقداً، وكذا جهالة الأجل، وقال: لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن فإن وطئ كان بشبهة، انتهى».

ثم إنّ السيّد العاملي ذكر معلقاً على ما نقله من كلام الشهيد: «وتجوز جهالة في الثمن والمثمن والأجل ممّا يقضي بأنّه لا يشترط فيها جميع الشروط المعتبرة في صحة البيوع سوى الصيغة».

ثم قال مؤيداً: «لكن في المسالك التصريح باشتراط ذلك، وقد يدعى أنّه ظاهر الأكثر لكنّ الظهور في محلّ التأمل، لأنّ كثيراً من العبارات محتمل للأمرين وبعضها كادت



الشرائط في خصوص المعاطاة المفيدة للملك دون المعاطاة المفيدة لإباحة التصرف، حيث ذكر قدس سرّه - بعد منعه إخراج المأخوذ بالمعاطاة في ما يشترط فيه الملك كأداء الزكاة والخمس، وشراء الهدى<sup>(١)</sup>، إلّا بعد تلف العين المقابلة، لعدم إفادة المعاطاة الملك قبل طرؤ الملزم - أربعة موارد يظهر منها عدم توقّف تأثير المعاطاة المقصود بها التمليك في إباحة التصرف على استجماعها لشرائط البيع اللفظي عدا الصيغة، وهذه الموارد الأربعة هي:

أولاً: جواز المعاطاة على العوضين المجهولين، حيث يباح لكل من المتعاطين التصرف في ما انتقل إليه، ومن المعلوم أنّ البيع اللفظي يشترط فيه العلم بالعوضين بما ينتفي معه الغرر، فعدم اشتراط ذلك في المعاطاة دليل على

---

تكون ظاهرة في الاشتراط ظهوراً في الجملة، فلتلحظ العبارات فإنّ الأمر كما قلناه، وإنّما المتيقّن اشتراطه فيها عندهم هو رضا كلّ من المتعاقدين، ولو كانوا مطبقين على اعتبار جميع الشرائط ما صحّ للشهيد - وهو أعلم بمراهم - تجويز الجهالة فيما عرفت.

ثمّ أضاف قدس سرّه: «وهل يشترط في المعاطاة عند المشهور جميع الشرائط المعتبرة في صحّة البيع ما عدا الصيغة، أم لا يشترط تنفيذ الإباحة ولو خلت عن اللفظ بالكلية أو كان ولكن كان الثمن أو المثلن مجهولاً أو الأجل إلى غير ذلك ممّا لا يعلم إلغاء الشارع له بالكلية؟ احتمالان أو قولان. وقضيّة كلام الشهيد في حواشيه عدم الاشتراط، لأنّه جوّز الجهالة في الثمن والمثلن والأجل. وإطباق السلف والخلف على تناول ما في يد الصبيّ فيما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية كبيعه للخبز ونحوه قاضٍ بعدم الاشتراط، إذ ليس ذلك إلّا معاطاة. وكذا إطباقهم على اشتراط التقابض في الصرف قبل التفرّق إلّا أن يكون معاطاة فإنّهم صرّحوا حينئذ بعدم الشرط». راجع: مفتاح الكرامة، ج ١٢ ص ٥١٠-٥١٢.

(١) من واجبات حجّ التمتع: الهدى من الإبل أو البقر أو الغنم الذي يُنحر يوم العيد في منى، ومن المعلوم أنّ الثمن الذي يشتري به هذا الهدى لا بدّ أن يكون ملكاً للحاجّ، ويرى الشهيد قدس سرّه أنّ ما أخذ بالمعاطاة لا يصلح أن يكون ثمناً للهدى؛ لعدم كونه ملكاً للمتعاطي.

عدم اعتبار شرائط البيع اللفظي فيها.

ثانياً: جواز المعاطاة المفيدة للإباحة نسيئة من دون تعيين الأجل الذي يستحق فيه البائع مطالبة المشتري بالثمن عند حلوله، ومن المعلوم اشتراط ذلك في البيع اللفظي، فعدم اشتراطه كاشف عن عدم اعتبار الشرائط فيها.

ثالثاً: عدم جواز وطء الأمة المشتراة بالمعاطاة؛ لأن ذلك مما يتوقف على الملك، وهو غير حاصل في المعاطاة لكونها مفيدة للإباحة المجردة، بخلاف البيع اللفظي، وهذا كاشف عن عدم اعتبار شرائط البيع اللفظي في المعاطاة، نعم لو تحقق المزمع بأن تلف الثمن في يد البائع جاز وطؤها للمشتري، لفرض تحقق الملك حينئذ بذلك.

رابعاً: عدم اشتراط التقابض في مجلس العقد في بيع الصرف والسلم بالمعاطاة، بل يكفي إعطاء أحدهما وأخذ الآخر، بخلاف ما لو وقع هذان البيعان بالصيغة، إذ يشترط فيهما حينئذ التقابض في المجلس، وهذا كاشف عن عدم اعتبار ما يعتبر في البيع اللفظي في المعاطاة المفيدة للإباحة التعبدية.

والحاصل: أن هذا الذي ذكره الشهيد قدس سره كاشف عن عدم كون المعاطاة المقصود بها الملك والمفيدة للإباحة بيعاً، فيكون عدم اعتبار ما يعتبر في البيع فيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

وبعبارة أخرى: إن ما يستفاد من كلام الشهيد مطلبان يبتنيان على عدم بيعية المعاطاة المفيدة للإباحة وأنها معاوضة برأسها:

الأول: أن المعاطاة لا تفيد ملكاً.

الثاني: أن الشرائط المعتبرة في البيع غير معتبرة في المعاطاة.

توجيه كلام الشهيد الأول قدس سره

ثم إن الشيخ الأعظم بعد بيانه لما ذكره الشهيد الأول، حاول أن يوجه كلام

الشهيد بنحو لا يعدّ مخالفاً لمسألة اعتبار شرائط البيع اللفظي في المعاطاة مطلقاً، سواء أفادت الملك أم الإباحة، وحاصله: أنّ ما حكم به قدّس سرّه من عدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة، وعدم جواز نكاح الأمة المأخوذة بها، صريح في عدم إفادة المعاطاة عنده الملك. والظاهر بحسب تعليل الشهيد في حكمه بعدم اعتبار معلوميّة العوضين في المعاطاة بقوله: (لأنّها ليست عقداً) أنّه قدّس سرّه يرى أنّ الشرائط المعتبرة في البيع إنّما هي معتبرة في خصوص البيع العقدي، والتي يحتمل فيها احتمالان، الأوّل: أن تعتبر في خصوص البيع المملّك مطلقاً سواء أفاد اللزوم أم الجواز، والثاني: أن تعتبر في خصوص البيع المملّك اللازم، وكلاهما متتفیان عن المعاطاة محلّ البحث؛ لفرض إفادتها الإباحة دون الملك.

بعبارة أخرى: إنّ التعليل المذكور قرينة على أنّ الشهيد قدّس سرّه يرى عدم اعتبار الشرائط المذكورة في المعاطاة؛ لكونه يرى أنّ المعاطاة المفيدة للإباحة ليست بيعاً، وإلاّ لما منع من اعتبارها فيها، فيكون عدم اعتبار الشرائط فيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

ولذا حكى السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: «ففي حواشي الكتاب: أنّها معاوضة برأسها إمّا لازمة وإمّا جائزة، فقد جعلها أولاً وآخرها معاوضة على حدة»<sup>(١)</sup>.

وعليه يكون النزاع بين الشهيد الأوّل وبين المشهور والشيخ الأعظم مبنائياً، إذ الشيخ يقول باعتبار شرائط البيع في المعاطاة لأنّه يرى أنّ المعاطاة بيع عرفي وأنّ موضوع أدلّة اعتبار الشرائط هو البيع العرفي، فتكون المعاطاة مشمولة لأدلة الاعتبار، بينما يرى الشهيد أنّ موضوع الأدلّة هو خصوص البيع العقدي، فتكون المعاطاة خارجة عن موضوع الأدلّة تخصّصاً.

(١) مفتاح الكرامة، السيّد محمد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥١١.

ثم بعد اتّضح كون الخلاف مبنائياً، يبدأ الشيخ الأعظم بمناقشة مبنى الشهيد الأوّل، حيث يؤكّد على ضعف مبناه، وأنّ الأقوى هو الوجه الأوّل من اعتبار جميع شرائط البيع في المعاطاة سواء أفادت الملك أم الإباحة؛ لما ذكره في الاستدلال عليه من أنّ الظاهر أنّ موضوع أدلّة اعتبار الشرائط هو البيع العرفي، لكون الخطابات الشرعيّة موجّهة إلى العرف، فيشمل المعاطاة؛ لصدق البيع عليها عرفاً. وتخصيص تلك الأدلّة بالبيع العقدي كما فعل الشهيد الأوّل قدّس سرّه تقييدٌ بغير الغالب وتخصيصٌ للأكثر المستهجن عرفاً، ولما عرفت من أنّ الأصل في هذه المعاطاة بعد عدم ترتّب الأثر المقصود بها هو الفساد، خرج عن ذلك ما هو محلّ اتّفاق بين العلماء على صحّته، وهو المعاطاة المستجمعة للشرائط عدا الصيغة، وخلافهم فيها من حيث لزوم وعدمه غير ضائر؛ لكون اللزوم والجواز أمرين خارجين عن حقيقة وماهيّة البيع كما مرّ عليك في المباحث السابقة، وعليه فيلزم الشهيد قدّس سرّه القول بفساد المعاطاة مع عدم وجود الشرائط، لا الصحّة مع إفادة الإباحة. فالحاصل: أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك - وإن أفادت الإباحة - يعتبر فيها جميع ما يعتبر من شرائط في البيع اللفظي. هذا تمام الكلام في المسألة الأولى.

### المسألة الثانية: جريان أحكام البيع في المعاطاة

المسألة الأخرى التي بحثها الشيخ الأعظم في هذا التنبيه هي مسألة جريان الأحكام الثابتة للبيع اللفظي في المعاطاة، واكتفى الشيخ بالبحث في جريان حكمين فقط من أحكام البيع، وهما حرمة الربا وثبوت الخيارات، فلذا يقع الكلام في هذه المسألة في مقامين:

#### المقام الأوّل: جريان الربا في المعاطاة

ذكرنا أنّ صور المعاطاة محلّ البحث في هذا التنبيه ثلاث:

الصورة الأولى: المعاطاة المقصود بها التملك والمفيدة للملك الجائر.

الصورة الثانية: المعاطاة المقصود بها التملك والمفيدة للإباحة الشرعية.

الصورة الثالثة: المعاطاة المقصود بها الإباحة والمفيدة للإباحة كذلك.

ومسألة جريان حكم الربا في هذه الصور الثلاث للمعاطاة تتوقف على تحديد موضوع أدلة تحريم الربا، ولا يخلو:

أولاً: أن يكون موضوع تحريم الربا هو خصوص البيع الشرعي، فعندئذ سيحرم الربا في خصوص المعاطاة في الصورة الأولى لصدق البيع عليها عرفاً وشرعاً.

ثانياً: أن يكون موضوع التحريم هو البيع العرفي، فتشمل أدلة التحريم حينئذ الصورتين الأولى والثانية للمعاطاة دون الصورة الثالثة، وهذا هو رأي الشيخ الأعظم قدس سره.

ثالثاً: أن يكون موضوع التحريم هو خصوص المعاوضة الشرعية، فيشمل الحكم حينئذ الصورتين الأولى والثانية للمعاطاة، أما الأولى فواضح؛ باعتبار أنها بيع شرعي وإن أفادت الجواز، وأما الثانية فلا عتراف الشهيد الأول في شرحه على قواعد العلامة على كون المعاطاة المفيدة للإباحة معاوضة شرعية مستقلة، على ما حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة بقوله: «ففي حواشي الكتاب أنّها معاوضة برأسها إمّا لازمة وإمّا جائزة»<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن يكون موضوع التحريم هو المعاوضة العرفية، فيشمل الحكم حينها جميع صور المعاطاة، حتّى المعاطاة المقصود بها الإباحة؛ لصدق كونها معاوضة عند العرف.

إلا أنّ الشيخ الأعظم استشكل في كون موضوع أدلة تحريم الربا هو مطلق المعاوضة وإن كانت عرفية، وتأمّل في ذلك، ولعلّ الوجه فيه هو أنّ الظاهر من

(١) مفتاح الكرامة، السيّد محمد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥١١.

الأدلة كون الربا إمّا في البيع أو في المعاوضة الملكية، دون المعاوضة الإباحية. إذ إنّ (الاستبدال) الوارد في بعض الروايات - كرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «أنّ علي بن أبي طالب كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، ولم يكن علي يكره الحلال»<sup>(١)</sup> - إن كان المقصود منه هو الاستبدال المطلق الشامل للاستبدال من حيث الإباحة أو الملك، كانت الحرمة ثابتة، إلّا أنّ الظاهر من هذا اللفظ هو بدلية الشيء عن الشيء في حدّ نفسه من جهة المكان لا من حيث عروض شيء عليه، ومن الواضح أنّ البدلية الإباحية ليست بدلية عن الشيء في حدّ نفسه، وذلك لأنّ الإباحة فيها حيثية الترخيص من المالك وليس أحد المالكين بدلاً عن الآخر، فلا تكون الإباحة بالعوض إباحة مطلقة مجّانية، ولا دليل على جريان الربا في الإباحة بالعوض؛ لعدم وجود إطلاق في الاستبدال. وبالجملّة: فإنّ الربا يجري في المعاوضات إن كانت ملكية، لا الأعم من الملكية والإباحية<sup>(٢)</sup>.

بعبارة أخرى: إنّ الظاهر من أدلة تحريم الربا إمّا اختصاصه بالبيع فلا يجري حيثنذ في المعاطاة المقصود بها الإباحة؛ لعدم صدق البيع عليها لا عرفاً ولا شرعاً، وإمّا شموله لمطلق المعاوضة الظاهر منها كونها ملكية بين المالكين لا شرطية بين الإباحتين، فلا يجري فيها أيضاً لكون المعاوضة فيها بين الإباحتين لا بين المالكين. ولذا قال أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه ردّاً على جريان الربا في المعاطاة المقصود بها الإباحة: «وفيه: أنّا لم نعثر في الربا على إطلاق يعمّ جميع المعاوضات حتّى الإباحة المشروطة بمثلها»<sup>(٣)</sup>.

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي، ج ٧ ص ٩٧ باب بيع الواحد الاثنین وأكثر من ذلك وما يجوز منه وما لا يجوز.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٢٨٥.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ

وأوضح السيّد اليزدي قدّس سرّه وجه التأمل بقوله: «إنّه بناءً على تعميم الربا لمطلق المعاوضات أيضاً إنّما تجري في المعوّضات التمليكيّة، أي: المقصودة بها الملك، لا الإباحيّة، فيشكل جريانها فيها إذا كان قصدهما الإباحة، خصوصاً إذا كانت الإباحة في مقابلة الإباحة، لا المباح في مقابلة المباح، فتدبر»<sup>(١)</sup>.

وذكر صاحب (غاية الآمال) وجهاً آخر للتأمل يرجع إلى عدم صدق المعاوضة العرفيّة على المعاطاة المقصود بها الإباحة، فقال: إنّ ما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه من تأمل «إشارة إلى أنّ إطلاق أهل العرف اسم المعاوضة عليها إنّما هو بالنظر إلى ما هو المركوز في أذهانهم والمتعارف بينهم من قصد المتعاطيين إلى معاوضة العين بالعين، ولو فرض أنّه اتّفق في مورد قصد كلّ منهما إباحة ماله بإزاء إباحة الآخر بأن قصد الأوّل إباحة ماله لبيح له الآخر ماله فأباح الآخر أيضاً لما رأى ذلك، ثمّ اطّلعوا على قصدهما إلى الإباحة لم يطلقوا على ذلك اسم المعاوضة»<sup>(٢)</sup>.

والحاصل: أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك عند الشيخ الأعظم قدّس سرّه بيع، سواء أفادت الملك أم الإباحة، والقدر المتيقّن من موضوع أدلّة تحريم الربا هو البيع، فيكون الربا جارياً فيها<sup>(٣)</sup>.

علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٢١.

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٤.

(٢) غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، الشيخ محمّد حسن المامقاني، ج ٢ ص ١٩١.

(٣) يخالف الميرزا الإيرواني قدّس سرّه ما ذكره الشيخ الأعظم هنا، حيث يرى أنّ ظاهر أدلّة تحريم الربا هو حرمة في المعاملة المفيدة للنقل، لا في كلّ معاملة وإن لم تغد ذلك، وعليه فالمعاطاة غير المؤثّرة في الملك وإن قصد بها التمليك وصدق عليها البيع لا يجري فيها الربا. (راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٦٩).

### المقام الثاني: جريان الخيارات في المعاطاة

الحكم الآخر من أحكام البيع الذي تعرّض له الشيخ الأعظم قدّس سرّه من حيث جريانه في المعاطاة هو حكم ثبوت الخيار، والبحث فعلاً في هذه المسألة يقع في مرحلتين، الأولى في جريان الخيار في المعاطاة قبل طرؤ الملزم، والثانية في جريانه فيها بعد طروئه، وتعرّض الشيخ الأعظم هنا إلى المرحلة الأولى، وأوكل البحث في الثانية إلى ما سيأتي في التنبيه السابع.

وقبل الدخول في البحث لا بأس بالإشارة إلى أنّ المانع الذي قد يتوهم من جريان الخيار في المعاطاة قبل اللزوم لا يخلو إمّا أن يكون هو تحصيل الحاصل، أو اجتماع المثلين، أو اللغوية، فمحور البحث في إثبات جريان الخيار في المعاطاة ستركّز حول دفع هذا التوهم.

إجمالاً تعرّض الشيخ الأعظم هنا إلى حكم جريان الخيار في صورة المعاطاة المقصود بها التملك، فحكم بعدم جريان الخيار في المعاطاة المفيدة للإباحة، وجريانه في المعاطاة المفيدة للملك الجائز، مع احتمال وجود تفصيل في المعاطاة المفيدة للملك الجائز بين الخيارات الثابتة لخصوص البيع اللازم كخيار المجلس وخيار الحيوان فلا تجري فيها، وبين غيرها كخيار العيب وخيار الغبن فتجري. وأمّا تفصيل الكلام فيقع البحث في ثلاث جهات بحسب صور المعاطاة الثلاث المذكورة في المسألتين السابقتين:

#### الجهة الأولى: في ثبوت الخيار للمعاطاة المقصود بها الإباحة

لم يتعرّض الشيخ الأعظم قدّس سرّه إلى حكم جريان الخيارات في صورة المعاطاة هذه، ولعلّ ذلك لوضوح عدم جريان الخيار فيها ثبوتاً وإثباتاً، أمّا عدم جريانه فيها ثبوتاً فلا أنّ الخيار معناه ملك فسخ العقد<sup>(١)</sup>، ومن المعلوم أنّ المعاطاة

(١) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٥ ص ١١.



المقصود بها الإباحة ليست عقداً كي يثبت فيها الخيار، وإنما هي إباحة محضة يجوز فيها لكلا المتعاطين التصرف في ما أخذه من الآخر.

ومنه يتضح عدم جريان الخيار في هذه المعاطاة إثباتاً، إذ إن عدم الإمكان ثبوتاً يستدعي عدم شمولها لأدلة الخيارات إثباتاً.

قال أستاذنا السيد الخوئي قدس سره: «المعاطاة التي قصد بها الإباحة لا يجري فيها شيء من الخيارات لعدم المقتضي له لا ثبوتاً ولا إثباتاً، أمّا ثبوتاً فلأن الخيار ملك فسخ العقد، وليست هذه المعاطاة عقداً، ولأن الخيار إنما يجعل فيما يكون ثبوته توسعة لذي الخيار ويكون انتفاؤه كلفة عليه، ولا كلفة في هذه المعاطاة بعد عدم كونها عقداً لازماً، فلا معنى لجعل الخيار فيها لا شرعاً ولا بجعل المتعاطين، وأمّا إثباتاً فلأنه إذا لم يمكن الثبوت لم يمكن الإثبات، ولأن أدلة الخيار المختصة بالبيع لا تشمل هذه المعاطاة لأنها ليست بيعاً، والخيار المستند إلى ثبوت الضرر في اللزوم لا يثبت في المقام؛ لانتفاء موضوع الضرر وهو الملك»<sup>(١)</sup>.

**الجهة الثانية: ثبوت الخيار للمعاطاة المقصود بها التملك والمفيدة للملك الجائز**

لا يخلو الأمر في هذه الصورة إمّا من ثبوت الخيار فيها مطلقاً، أو عدم ثبوته مطلقاً، أو التفصيل بين الخيارات الثابتة للبيع اللازم من غير جهة الخيار (كخيار المجلس وخيار الحيوان وخيار تأخير الثمن) فلا تجري في المعاطاة لكونها مفيدة للملك الجائز لا اللازم، وبين الخيارات الثابتة بدليل عام وغير مختصة (كخيار العيب وخيار الغبن) فتجري في المعاطاة.

مستند القائلين بالاتجاه الثاني هو إشكال اللغوية الأنف الذكر، إذ إن أثر الخيار إنما هو جعل العقد جائزاً، وهذا لا ينسجم مع المعاطاة المفيدة للملك

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٢٢.

الجائز، إذ إنَّ جعل الخيار في المعاطاة الجائزة ذاتاً لجعلها جائزة بالعرض لا معنى له، بل يكون لغواً محضاً وتحصيلاً للحاصل.

وبالمقابل يكون مستند القائلين بالاتجاه الأوّل هو أنّ المعاطاة المفيدة للملك الجائز بيع عرفاً وشرعاً فتجري فيها أحكام البيع، ومنها ثبوت الخيارات، ولا لغوية في المقام ما دام هناك فائدة من وجود الخيار فيها في الجملة.

أمّا القائلون بالاتجاه الثالث، أي: التفصيل، فمستندهم في ذلك أنّ الاستفادة من أدلة الخيارات المختصة بالبيع أنّها مجعولة للعقود اللازمة من غير ناحية الخيار؛ فقولهم: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) يستفاد منه كون البيع لازماً ذاتاً من حين وقوعه لولا الخيار، والمعاطاة محلّ البحث تكون جائزة ذاتاً حتّى مع عدم الخيار، فلا تشملها تلك الأدلة. نعم، الخيارات الثابتة بدليل عام كخيار الغبن ونحوه لا تكون أدلتها مختصة بالمعاملات من غير ناحية الخيار، فتكون شاملة للمعاطاة.

ذهب الشيخ الأعظم إلى القول بالاتجاه الأوّل؛ أي: ثبوت الخيارات مطلقاً للمعاطاة المفيدة للملك الجائز من أوّل الأمر، من غير فرق بين الخيار المختصّ بالبيع كخيار المجلّس والحيوان وغير المختصّ به كخيار العيب، ثمّ احتمل بعد ذلك الاتجاه الثالث، وهو التفصيل.

وحاصل ما ذكره قدّس سرّه في ردّ إشكال اللغوية عن الاتجاه الأوّل أنّ هذه المعاطاة وإن أفادت الجواز قبل طرؤ الملزم من التلف أو التصرف، إلّا أنّه يمكن جعل الخيار فيها بالنظر إلى مرحلة اللزوم بعد طرؤ سببه، فيستطيع المتعاطي من حين المعاطاة وقبل اللزوم إسقاط هذا الخيار الذي سيكون ثابتاً بعد اللزوم أو المصالحة عليه، فلا يخلو جعل الخيار في هذه المعاطاة من فائدة، فلا لغوية في البين، وعليه يمكن جعل الخيارات مطلقاً في المعاطاة المفيدة للملك الجائز.

هذا في مقام الثبوت، إلّا أنّ الإشكال في مقام الإثبات، إذ يظهر من أدلة

الخيارات اختصاص بعضها بالبيع اللازم، ولذا احتمل الشيخ الأعظم قدس سره بعد ذلك القول بالتفصيل<sup>(١)</sup>.

وذكر أستاذنا السيد الخوئي قدس سره تفصيلاً في المقام لرد إشكال لغوية جعل الخيار في المعاطاة المفيدة للملك الجائز حاصله: أنّ الجواز الثابت للمعاطاة ذاتاً لا يخلو إمّا أن يكون جوازاً حكماً أو جوازاً حقياً، والمقصود من الجواز الحكمي هو ذلك الحكم الشرعي الذي لا يجوز إسقاطه باختيار المتبايعين، كما في الهبة، فإنّها جائزة بحكم الشارع ولا يجوز إسقاطها أبداً، أمّا الجواز الحقيقي فهو ما يكون باختيار المتبايعين، حيث يمكن لمن له الخيار إسقاطه كما في خيار العيب والغبن.

وعلى كلا التقديرين، إمّا أن يكون هذا الجواز في المعاطاة متعلقاً بالعقد حيث يجوز الفسخ، وإمّا أن يكون متعلقاً بالعين حيث يجوز التردّد، كما سيذكر ذلك الشيخ الأعظم قدس سره في التنبيه السادس، فهذه صور أربع:

**الصورة الأولى:** أن يكون الجواز في المعاطاة حقياً ومتعلقاً بالعقد، ولا مانع من جعل الخيار للمعاطاة في هذه الصورة، غاية الأمر أنّه سيجتمع فيها خياران، أحدهما ذاتي ناشئ من الجواز الذاتي الحقيقي للمعاطاة، والآخر عرضي ناشئ من جعل الخيار فيها، ولا مانع من اجتماع خيارين في مورد واحد أبداً؛ لفائدة إمكان

---

(١) ذكر بعض المحققين أنّ خيار العيب والغبن وإن كانت أدلتها عامّة إلا أنّهما أولى من غيرهما في عدم الجريان في المعاطاة المفيدة للملك الجائز، إذ إنّ دليلهما هو قاعدة نفي الضرر، ومن الواضح أنّ الضرر إنّما ينشأ من وجوب الوفاء بالمعاملة، وبما أنّ هذه المعاطاة جائزة ذاتاً، فلا وفاء فيها، فلا ضرر كي ينشأ منه الخيار (راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٠)، لكن يرد عليه ما أفاده الشيخ الأعظم في نفيه للغوية جعل الخيار، إذ يمكن أن يكون جعل خيار العيب أو الغبن بلحاظ اللزوم الحاصل في المعاطاة بعد طرؤ سببه، فيمكن للمتعايطين إسقاطه قبل اللزوم والمصالحة عليه.

٦٠..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣

إسقاطه وإعماله بعد إسقاط الخيار الأوّل، نظير اجتماع خيارى المجلس والحيوان في مورد واحد، فلا يلزم اللغوّة مطلقاً.

**الصورة الثانية:** أن يكون الجواز في المعاطاة حقّاً ومتعلّقاً بترادّ العينين، وعدم اللغوّة في جعل الخيار في هذه المعاطاة أوضح من الصورة الأولى، إذ إنّ الخيار المجمعول يكون متعلّقه العقد، بينما الجواز المعاطاتي يكون متعلّقه بحسب الفرض ترادّ العينين، فلم يجتمعا على موضوع واحد ليلزم منه محذور.

**الصورة الثالثة:** أن يكون الجواز في المعاطاة حكماً ومتعلّقاً بترادّ العينين، فهنا لا يوجد اجتماع أيضاً؛ لكون أحدهما متعلّقاً بالعقد، والآخر بترادّ العينين، فلا محذور.

**الصورة الرابعة:** أن يكون الجواز في المعاطاة حكماً ومتعلّقاً بالعقد، فقد يقال هنا بلزوم اللغوّة في جعل الخيار؛ لاشتراكهما في متعلّق واحد وهو العقد، فيكون من اجتماع جوازين في مورد واحد، لكنّ هذا المحذور غير جارٍ أيضاً في المقام كما أشار إليه الشيخ الأعظم قدّس سرّه، إذ إنّ الجواز الذاتي في المعاطاة لا يبقى إلى الأبد، وإنّما سيرتفع عند طرؤ أحد الملزمات، فيتحقّق للخيار بعد طرؤ الملزم محلّ، فتكون النسبة بينهما عموماً من وجه، إذ قد يتلف أحد العوضين في المجلس مثلاً فيسقط الجواز الحكمي ويبقى الجواز الخياري على حاله، وقد يتلف بعد انقضاء محلّ الخيار، كخيار المجلس ونحوه.

نعم، لو كان الجواز المعاطاتي مستمراً إلى الأبد للزم من ذلك اللغوّة في جعل الخيار في مثله، كما في المعاطاة المقصود بها الإباحة.

وعليه، فالسيد الخوئي قدّس سرّه يذهب إلى جريان الخيارات في المعاطاة المفيدة للملك الجائز مطلقاً.

ويظهر من السيّد الميلاني قدّس سرّه تأييد ذلك، حيث قال بعد تبنيّه عدم

جريان الخيارات البيعية في المعاطاة؛ للزومها اللغوية: «اللهم إلا أن يقال: بأن الخيار حق، وموضوعه عبارة عن حل العقد، والجواز في قولنا: (المعاطاة تفيد الملك الجائز) حكم، وموضوعه هو التراد. فالخيار غير الجواز موضوعاً وحكماً، ولا يخفى الفرق بين الحق والحكم، من حيث إن الأول يصلح عليه ويقبل السقوط والانتقال، بخلاف الثاني.

وربما يقال: لو فرضنا أن الخيار والجواز واحد، فلم لا يكونان سببين لمسبب واحد هو جواز التراد، وقد أجاز الشيخ في الخيارات أن يكون للخيار الواحد سببان؟<sup>(١)</sup>.

ثم إن السيد الخوئي قدس سره يرى أن ما احتمله الشيخ الأعظم قدس سره - من التفصيل بين الخيارات الخاصة بالبيع كخيارات المجلس والحيوان وبين الخيارات العامة، فلا تجري الأولى في المعاطاة المفيدة للملك الجائز؛ لدعوى كونها مختصة بالبيع اللازم من غير جهة الخيار، بينما تجري الثانية فيها - مما لا يمكن المساعدة عليه؛ وذلك لما يلي:

أولاً: إن هذا التفصيل في المعاطاة لو تم لجرى مثله أيضاً في البيع بالصيغة من دون فرق، إذ لو اجتمعت فيه عدة من أسباب الخيار، وكان دليل كل واحد منها مخصوصاً بالعقد اللازم من غير ناحية الخيار بحسب الفرض، لوجب الحكم حينها بعدم جواز اجتماع أكثر من خيار فيه، كخيار المجلس مثلاً مع خيار العيب، مع أنه لم يلتزم بذلك أحد.

ثانياً: إن أدلة الخيارات وإن اختص بعضها بالعقد الذي يكون طبعه اللزوم، إلا أن ذلك لا ينافي ثبوتها فيه إن كان ذلك العقد جائزاً من جهات أخرى عارضة، إذ اللزوم فيه إنما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه.

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ٢٨٨.

بعبارة أخرى: إنَّ المعاطاة مبنية على اللزوم بحسب قصد المتعاطين، فيكون طبعها اللزوم فتتعلق بها الخيارات، غاية الأمر أنَّ الجواز ثبت فيها بالسيرة ونحوها ما لم يحصل العين أو التصرف فيها.

وهذه النكتة قد أُشير إليها في أخبار خيار المجلس، التي تدلُّ على أنَّ المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع، إذ الظاهر من وجوب البيع ولزومه فيها إنَّما هو لزومه من ناحية خيار المجلس فقط، وهذا لا ينافي جواز البيع من نواحٍ أخرى<sup>(١)</sup>.

ثمَّ إنَّ الميرزا النائيني قدَّس سرَّه ذهب إلى القول بالاتِّجاه الثاني من عدم جريان الخيارات مطلقاً في المعاطاة مطلقاً قبل اللزوم، لكن لا من جهة لغويّة جعل الخيار وإنَّما من جهة أخرى بيَّنها قدَّس سرَّه في قوله: «الأقوى عدم الخيار فيها قبل اللزوم؛ وذلك لما عرفت - وسيجيء تفصيلاً -: أنَّ الخيار حقٌّ وسلطنة لذي الخيار على التزام الآخر، فهو يسلِّط على التزامه ويكون مالكاً له ولا يكون الآخر مالكاً لالتزامه، فكان الالتزامان كلاهما بيده. أمَّا التزام طرفه فلائنه لا يكون لطرفه حلَّ العقد إذا لم يكن له الخيار، وأمَّا التزام نفسه فلائنه ليس لطرفه منعه إذا أراد هو حلَّ العقد. وهذا المعنى لا يتصوّر في المعاطاة؛ لانتفاء الالتزام فيها رأساً، فيكون نفي الخيار فيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع. أي: لا عقد والتزام حتّى يثبت فيه الخيار»<sup>(٢)</sup>.

وقال أيضاً في موضع آخر: «أمَّا قبل اللزوم فالأقوى عدم جريان الخيارات

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٨١-١٨٣. والتنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٢٣-١٢٤. وراجع أيضاً: الدرر النجفيّة (كتاب المتاجر)، الشيخ الفاضل القائيني النجفي، ج ١ ص ٧١-٧٣.

(٢) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمّد تقي الآملي، ج ١ ص ١٩٥.

مطلقاً، سواء قلنا بالملك أو الإباحة، لأنّ الخيار هو ملك التزام نفسه مع كونه مالكاً لالتزام طرفه. وبعبارة أخرى: أثر إقالة الطرفين يملكه ذو الخيار، فهو مالك لكلا الالتزامين، ومالكيّة الالتزام إنّما تجري في العقد دون الفعل الذي لا ينشأ به إلّا تبديل طرف الإضافة دون البقاء على هذا التبديل والالتزام به، وبالجملة: بعد ما عرفت أنّ الجواز في المعاطاة من باب عدم تحقّق الملزم، فلا يجري فيها الخيار؛ لأنّه مقابل للالتزام العقدي، فلو لم يكن التزام فلا خيار<sup>(١)</sup>.

وعليه، فلا يجري في المعاطاة - سواء أفادت الملك أم الإباحة - الخيارات المختصّة بالبيع كخيار المجلس والحيوان، ولا الخيارات العامّة كخيار العيب والغبن. وأجيب عنه: بأنّ هذا مخالف للسيرة العقلائيّة الجارية على معاملة العقد الفعلي معاملة العقد اللفظي، وعدم تفريقهم بينهما من حيث الآثار والنتائج، فكما يعدّون العقد اللفظي التزاماً بمحتوى العقد ومضمونه، كذلك يعدّون العقد الفعلي التزاماً فعلياً بمضمون ما تعاطيا عليه، والشاهد على ذلك عدم تفريق العقلاء بالتمسك بخيار الغبن لرفع الخسارة بين العقد اللفظي والعقد الفعلي<sup>(٢)</sup>.

**الجهة الثالثة: في ثبوت الخيار للمعاطاة المقصود بها التمليك والمفيدة للإباحة**

يرى الشيخ الأعظم قدّس سرّه عدم ثبوت الخيار في المعاطاة على مبنى المشهور القائلين بإفادتها الإباحة المجردة، لأنّه لا معنى لجعل الخيار فيها، إذ الغرض من جعل الخيار إنّما هو تمكين من له الخيار من الرجوع، ومن الواضح أنّ هذا حاصل في هذه المعاطاة لجواز رجوع المبيع ما دامت العين باقية. وبعبارة أخرى: إنّ حقّ الخيار عبارة عن حقّ إقرار العقد وإزالته، وهو

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٤.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤٣٥.

حاصل في المعاطاة المفيدة للإباحة، فيكون جعله ثانية لغواً، لأنّه جعل لما هو حاصل بالوجدان.

وإن شئت فقل: إنّ المانع من ثبوت الخيار في المعاطاة المفيدة للإباحة ثبوت لا إثباتي، لأنّ الخيار معناه ملك فسخ العقد ورفع مضمونه بالفسخ، وهذا المعنى للخيار غير موجود في المعاطاة المفيدة للإباحة، لأنّ المضمون وهو التملك غير متحقّق، والإباحة المتحقّقة فيها ليست مضمون العقد، وإنّما هي حكم شرعيّ. ولذا قال السيّد الحكيم قدّس سرّه: «الفسخ إنّما يطرأ على مضمون العقد فيرفعه، والعقد على هذا القول لا مضمون له ولا مفاد، وغاية ما ثبت إباحة التصرّفات وليست هي مضمون العقد، من دون فرق بين أن تكون شرعيّة وأن تكون مالكيّة، إذ الثانية لو قيل بها فهي مستفادة من الإعطاء والتسليط وليست مضمون العقد»<sup>(١)</sup>.

هذا ولكنّ الظاهر عدم الفرق بين حكم هذه الجهة وسابقتها من حيث ثبوت الخيار، لأنّ ما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه هنا يمكن أن يُردّ عليه نقضاً: بثبوت الخيار في المعاطاة على القول بالملك وفي البيع العقدي المجتمع فيه أكثر من خيار واحد، كأن علم بالغبن أو العيب قبل التفرّق عن مجلس العقد، كما أوضحنا ذلك في الجهة السابقة، وحالاً: بأنّه يكفي في تحقّق فائدة لجعل الخيار انقلاب الجواز في المعاطاة إلى اللزوم في بعض الأحيان.

ولذا قال أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه: «إن كان الخيار حقّاً متعلّقاً برّد العين فلا ينبغي الريب في عدم ثبوته فيها لانتفاء موضوعه، لأنّ العين لم تخرج عن ملك مالكيها ولم يحصل النقل والانتقال وإنّما أُبيح التصرّف فيها شرعاً. وإن كان الخيار بمعنى ملك فسخ العقد فالظاهر ثبوته فيها، لما بيّنا من أنّها بيع عرفاً

(١) نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٥٩.



وشرعاً، غاية الأمر توقّف تأثيره في الملك على حصول أحد الملزمات، فتعمّها أدلّة الخيار، إذ لا يشترط في ثبوته التأثير الفعلي للبيع، بل تكفي قابليّته للتأثير، وأثر الخيار حينئذ التمكن من رفع تلك القابليّة، فإذا أمضى المعاطاة وأسقط خياره ترتّب عليه إباحة التصرف فعلاً والملك بعد التصرف، وإذا فسخها انتفت الإباحة بانحلال موضوعها وهو المعاطاة، ولا يحصل الملك بعد التصرف. ونظير ذلك: بيع الصرف قبل القبض، فإنّه تشمله أدلّة الخيار مع عدم فعليّة تأثيره في الملك؛ لتوقّفه على القبض، فإذا أسقط الخيار وجب الإقباض وترتّب عليه الملك، وإذا فسخ العقد سقط عن قابليّة التأثير بعد الإقباض<sup>(١)</sup>.

يبقى الكلام في المعاطاة المقصود بها الملك والمفيدة للملك اللازم، ولا إشكال في ثبوت الخيار لها؛ لكونها بيعاً حقيقةً فيجري فيها كلّ أحكام البيع ومنها الخيار، ولم يتعرّض الشيخ الأعظم لهذه الصورة؛ لوضوحها. وبهذا ينتهي البحث في التنبيه الأوّل من تنبيهات المعاطاة.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «الظاهر أنّ المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع». أي: الظاهر من القائلين بإفادة المعاطاة للملك، وتعبيره بالظاهر في قبال احتمال كونها معاوضة مستقلة، على ما يظهر من الشهيد الأوّل في الحواشي على ما نقله الشيخ الأعظم في المتن<sup>(٢)</sup>.  
والتقييد بقبل اللزوم لأجل أنّه لا شكّ في بيعيّة المعاطاة المفيدة للملك اللازم، أو اللازمة بعروض أحد الملزمات.

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٢٥.

(٢) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٧٠.

• قوله قدّس سرّه: «بل الظاهر من كلام المحقّق الثاني..». مقصوده التّركي من مجرد ظهور الأدلّة على بيعيّة المعاطاة، والذي لا ينفي احتمال كونها معاملة مستقلّة، إلى ظهور كون بيعيّتها من المسلّمات عند الفقهاء بحيث يحصل القطع به.

• قوله: قدّس سرّه: «فالظاهر أنّه بيع عرفي». أي: إنّ المعاطاة بيع عرفاً، وتذكير الضمير هنا إمّا باعتبار الخبر وهو قوله: (بيع)، أو باعتبار رجوعه إلى التعاطي.

• قوله قدّس سرّه: «هذا على ما اخترناه سابقاً..». في قوله عند تحرير محلّ النزاع في المعاطاة: «والذي يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنّهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التملك»<sup>(١)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً». أمّا عدم كونها بيعاً عرفاً فلعدم قصد المتعاطين الملك والبيع، وأمّا عدم كونها كذلك شرعاً فلعدم وجود دليل يدلّ على أنّ الشارع جعل هذا التعاطي بيعاً على خلاف قصد المتعاطين ورغبتهم، فيكون نفي البيعة عن المعاطاة هنا من السالبة بانتفاء الموضوع.

• قوله قدّس سرّه: «وعلى هذا..». أي: بناءً على كون محلّ الكلام هو المعاطاة المقصود بها الإباحة لا التملك.

• قوله قدّس سرّه: «من خصوص أو عموم». المقصود من الدليل الخاصّ هو السيرة القائمة بين الناس في الإباحات المعوّضة، ووجه الخصوصية فيها هو اقتصارها على إعطاء كلّ منهما ماله للآخر بقصد إباحة التصرف، أو هو الإجماع الذي استدلّ به السيّد ابن زهرة على كون المعاطاة مفيدة لإباحة التصرف.

أمّا الدليل العامّ فالمقصود منه إطلاق حديث السلطنة كمّاً وكيفاً، لدلالته

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٣٤.

على مشروعية تصرف الإنسان في أمواله بمطلق أنحاء التصرف وبأي سبب من الأسباب عدا ما خرج بالدليل.

• قوله قدس سره: «كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية...». أي: الأصل اللفظي وهو إطلاق قاعدة السلطنة المقتضي لمشروعية كل تصرف في المال كما وكيفاً.

• قوله قدس سره: «كان مقتضى القاعدة العكس». أي: عكس التمسك بقاعدة السلطنة، لكون السيرة دليلاً لبياً يقتصر فيها على القدر المتيقن، وهو ما إذا كانت المعاطاة المقصود بها الإباحة مستجمعة لكل شرائط البيع، فإذا شك في اعتبار شرط فيها كان مقتضى السيرة اعتباره.

• قوله قدس سره: «إنّ المرجع على هذا عند الشك في شروطها هي أدلة هذه المعاملة سواء اعتبرت في البيع أم لا». أي: على تقدير كون المقصود من المعاطاة الإباحة المجردة، فيجب الرجوع عند الشك في اعتبار شرط فيها إلى أدلتها من عموم قاعدة السلطنة والسيرة، فإذا تمسكنا بعموم القاعدة تكون النتيجة نفي اعتبار الشرط المشكوك، وإن كان هذا الشرط معتبراً في البيع.

وإذا تمسكنا بالسيرة تكون النتيجة لزوم الاقتصار على القدر المتيقن، وهو صحة المعاطاة المقصود بها الإباحة إن كانت جامعة لجميع الشروط حتى الشرط المحتمل اعتباره فيها، وإن لم يكن هذا الشرط المحتمل معتبراً في البيع.

• قوله قدس سره: «ويؤيده أنّ محلّ النزاع بين العامة والخاصة...». التعبير هنا بالتأييد دون الدلالة لكونه استشهاداً بما فعله الفقهاء من تفريع بحث المعاطاة على بحث ألفاظ العقود، ومن الواضح أنّ فعل الفقهاء هذا ليس دليلاً شرعياً من الكتاب أو السنة أو الإجماع، إلّا أنّ هذا المقدار يصلح للتأييد كما لا يخفى.

• قوله قدس سره: «ولذا ادّعى في الحقائق...». أي: ولأجل لزوم اجتماع

جميع شرائط البيع في المعاطاة إلا الصيغة ادعى صاحب الحدائق...

• قوله قدّس سرّه: «أمّا على القول بالإباحة فواضح». أي: أمّا على القول

بإفادة المعاطاة بالإباحة يكون عدم صدق البيع عليها واضحاً.

• قوله قدّس سرّه: «إذ لا نقل فيه عند الشارع». هذا تعليل لما ذكره من عدم

كون المعاطاة بيعاً على القول بإفادتها بالإباحة المجردة، إذ إنّ نقل العين من

مقومات صدق عنوان البيع، والمفروض أنّ هذه المعاطاة تفيد مجرد الإباحة، فلا

نقل فيها، فيكون ذلك كاشفاً عن عدم بيعيّتها.

• قوله قدّس سرّه: «بيان ذلك». فاعل لقوله: «تقدّم»، أي: بيان أنّ المقصود

من لفظ البيع في كلمات الفقهاء ومعقد إجماعهم على نفي البيع عن المعاطاة هو

البيع الصحيح الشرعي المحكوم عليه شرعاً باللزوم والخيار، وبما أنّ المعاطاة لا

لزوم فيها ولا خيار فلا يصدق عليها البيع شرعاً، وإطلاق الشارع عليها عنوان

البيع إنّما هو بلحاظ الصدق العرفي.

• قوله قدّس سرّه: «لكونها بيعاً ظاهراً». أي: لكون المعاطاة المقصود بها

التمليك والمفيدة للملك بيعاً، والتقييد بقوله: «ظاهراً» إشارة إلى احتمال كونها

معاملة مستقلة، وإن كان احتمالها ضعيفاً.

• قوله قدّس سرّه: «كما عرفت من جامع المقاصد». حيث حكى الشيخ

الأعظم قدّس سرّه عنه في أوائل بحث المعاطاة أنّ المعروف بين الأصحاب أنّ

المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم.

• قوله قدّس سرّه: «وأمّا على القول بالإباحة...». معطوفة على قوله: «على

القول بالملك»، ومراده إثبات اعتبار شرائط البيع في المعاطاة حتّى وإن أفادت

الإباحة، فالمعاطاة الفاقدة للشرائط كما أنّها لا تفيد الملك، كذلك لا تفيد الإباحة.

• قوله قدّس سرّه: «وكذا جهالة الأجل». معطوفة على (يجوز)، أي: كما

يجوز أن يكون الثمن والمثمن مجهولين في المعاطاة، فكذلك يجوز أن تكون المدّة

مجهولة فيها أيضاً، كما في النسيئة والسلف.

• قوله قدّس سرّه: «وأنّه لو اشترى أمة...». معطوفة على (وأنّه يجوز)، أي:

ذكر الشهيد أنّه لو اشترى أمة.. الخ.

• قوله قدّس سرّه: «إنّه لا يعتبر التقابض...». نائب فاعل لقوله: (حكي)

مؤوّلاً بالمصدر، أي: حكي عن الشهيد عدم اعتبار التقابض في المجلس.

• قوله قدّس سرّه: «حيث إنّ الشروط المذكورة». مثل معلوميّة العوضين

والتقابض في بيع الصرف وإقباض الثمن في بيع السلم ونحوها.

• قوله قدّس سرّه: «ولما عرفت من أنّ الأصل في المعاطاة...». هذه العبارة

معطوفة على قوله: «لأنّها بيع عرقي»، وذكر السيّد الكلانتر قدّس سرّه في معرض

تعليقه على هذه العبارة ما لفظه: «لم أعثر على هذا الأصل الذي أفاده الشيخ

قدّس سرّه من بداية المعاطاة في قوله: (الكلام في المعاطاة) إلى قوله هذا: (ولما

عرفت)، وسألت كثيراً من الأفاضل عنه لعلّهم عثروا عليه فلم أوفق للجواب،

ولعلّ قراءنا الكرام يعثرون عليه في القريب العاجل فيرشدوننا إليه...»<sup>(١)</sup>.

والظاهر أنّ المراد من هذا الأصل هو استصحاب عدم ترتّب الأثر على المعاملة،

وأنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه قد أشار إليه عند مناقشته لاستبعادات الشيخ كاشف

الغطاء المتقدّمة، حيث قال: «لكنّ الإنصاف أنّ القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون

من توجيه كلماتهم، فإنّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم

الملكيّة، ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحّة التصرفات المذكورة»<sup>(٢)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «وبقي الباقي». المقصود منه المعاملة الفاقدة لبعض

شرائط البيع، فإنّه يبقى تحت أصالة الفساد.

(١) تعليقة السيّد الكلانتر على المكاسب، ج ٦ ص ٢٣٤.

(٢) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٣٥.

• قوله قدّس سرّه: «وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها أيضاً». أي: إنّ وجه تحريم الربا في المعاطاة يظهر ممّا ذكرناه في وجه اعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقاً، من كون موردها هو البيع العرفي والمعاطاة بيع عرفاً.

• قوله قدّس سرّه: «وإن خصصنا الحكم بالبيع». كلمة (إن) هنا وصلية، أي: وإن خصصنا الحكم وهو حرمة الربا بالبيع فضلاً عن تعميمه لمطلق المعاوضة الشاملة للإباحة المعوّضة، لصدق عنوان البيع عرفاً على المعاطاة. ويظهر من هذه العبارة أنّ المسألة محلّ خلاف، إذ لا يرى جميع الفقهاء اختصاص حرمة الربا بالبيع، بل بعضهم يرى حرمة في كلّ معاوضة. ولا بأس بنقل كلام للمحقّق المامقاني في غاية الآمال أشار فيها إلى هذا الخلاف، حيث قال قدّس سرّه: «اعلم أنّه قد وقع الخلاف في ثبوت الربا في كلّ معاوضة واختصاصه بالبيع، فالمحكّي عن السيّد والشيخ والقاضي وابن المنوج وفخر المحقّقين والشهيد بن ابن العباس والقطيني والحليّين والمحقّق الأردبيلي قدّس سرّهم هو الأوّل، وهذا هو الذي صرح به المحقّق قدّس سرّه في كتاب الغصب حيث قال: ولا تظنّ أنّ الربا يختصّ بالبيع بل هو ثابت في كلّ معاوضة ربويّين متّفقي الجنس انتهى، وإن كان عبارته في باب الربا توهم الاختصاص في بادي الرأي؛ فإنّه قال: وهو يثبت في البيع مع وصفين الجنسيّة والكيل أو الوزن، وفي القرض مع اشتراط النفع انتهى، بل عن المحقّق الأردبيلي رحمه الله في (آيات الأحكام) نسبة هذا القول - أعني: ثبوته في كلّ معاوضة - إلى الأكثر، وذهب ابن إدريس رحمه الله إلى الثاني، قال في (السرائر): ولا يكون الربا المنهيّ عنه المحرّم في شريعة الإسلام عند أهل البيت عليه السلام إلّا فيما يكال أو يوزن، فأما ما عداهما من جميع المبيعات فلا ربا فيها بحال لأنّ حقيقة الربا في عرف الشرع هو بيع المثل من المكيل أو الموزون بالمثل متفاضلاً نقداً أو نسيئة انتهى، ووافقه العلامة في

(الإرشاد) حيث قال: وأما يثبت في بيع أحد المتساويين جنساً بالآخر<sup>(١)</sup>.

• قوله قدس سره: «بل الظاهر التحريم...». هذا ترقُّ من الشيخ من مجرد ظهور جريان حكم الربا في المعاطاة بناءً على اختصاصها بالبيع، إلى إثبات حكمه فيها حتّى مع التشكيك في صدق البيع على المعاطاة.

• قوله قدس سره: «كما اعترف بها الشهيد رحمه الله...». أي: بشرعية المعاوضة، وذكر بعض المحققين أنّه «لم يعلم المراد من المعاوضة العرفية، كما لم يعلم الفرق بينها وبين الشرعية، وما هو المناط فيهما»<sup>(٢)</sup>، لكن يظهر أنّ المقصود من المعاوضة الشرعية هنا المعاوضة بين العينين في الإباحة، في قبال المعاوضة العرفية التي هي المبادلة بينهما في الملك.

• قوله قدس سره: «جائزة أو لازمة». كلمة (أو) هنا ليست للترديد وإنّما للتنويع، أي: إنّ المعاطاة التي هي معاملة مستقلة تكون على قسمين كالعقود اللفظية، قسم منها لازم وآخر جائز.

ويستفاد من قول الشهيد قدس سره: «جائزة أو لازمة» أنّه يرى أنّ المعاطاة معاوضة شرعية، إذ إنّ اللزوم والجواز من لوازم الحكم الشرعي.

• قوله قدس سره: «لأنّها إباحة عندهم». توجد في بعض النسخ بدلاً من هذه العبارة (لأنّها جائزة عندهم)، والصحيح ما أثبتناه هنا وفقاً لنسخة مصحّحة، إذ إنّ مشهور القدماء يرون أنّ المعاطاة مفيدة للإباحة لا الملك الجائز<sup>(٣)</sup>.

(١) غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، الشيخ المامقاني، ج ٢ ص ١٨٩.

(٢) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٩٤.

(٣) فيظهر أنّ الاشتباه من النسخ لا من الشيخ قدس سره، والعجيب أنّ السيّد الخوئي قدس سره نسب الاشتباه إلى الشيخ رغم أنّه يقول بعد ذلك أنّه وجد في بعض النسخ الصحيحة لفظ (إباحة) بدلاً من كلمة (جائزة). (راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث

• قوله قدّس سرّه: «بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم». أشكل على الشيخ الأعظم قدّس سرّه بأنّه قد كرّر القول سابقاً ولاحقاً أنّ المعاطاة المفيدة للملك الجائز بيع قبل اللزوم وبعده، بل حتّى على القول بإفادتها الإباحة فإنّها بيع عرفاً، لا يؤثّر شرعاً إلاّ الإباحة، فلا معنى لما ذكره هنا من البناء على كونها بيعاً قبل اللزوم<sup>(١)</sup>.  
أجاب بعضهم: أنّ هذا البناء في قبال كونها معاوضة مستقلة كما سيأتي الإشارة إليه في التنبيه السابع من تنبيهات المعاطاة<sup>(٢)</sup>.

وردّ بأنّ المعاوضة المستقلة لا يخلو الأمر فيها إمّا أن تكون لازمة أو جائزة، فإن كانت لازمة صحّ جعل الخيار فيها، وإن كانت جائزة لم يصحّ، فلا يكون لهذه العبارة التي ذكرها الشيخ الأعظم قدّس سرّه في المقام معنى<sup>(٣)</sup>.  
ويرى السيّد الكلبيكاني قدّس سرّه أنّ الصحيح أن يقول في العبارة: بناءً على صيرورتها لازمة بعد طرؤ الملزم، أي: يصحّ جعل الخيار الآن ليؤخذ به بعد صيرورة المعاطاة لازمة بوجود الملزم<sup>(٤)</sup>.

ويدفع السيّد الميلاني قدّس سرّه الإشكال بأنّ الشيخ الأعظم في هذه العبارة ناظر إلى مسلك الشهيد الثاني قدّس سرّه والذي سيأتي الإشارة إليه في التنبيه السابع، من أنّ المعاطاة هي جزء السبب والتلف تمامه، فإنّ من ملزمات المعاطاة التصرف، ومنها التلف، فتكون المعاطاة جزء السبب، وبعد أن يتحقّق الجزء

السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٨٠.

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٦٩. ومصباح

الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٨٠.

(٢) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتحّ الشهيد التبريزي، ج ٢ ص ١١٦.

(٣) راجع: بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب، تقرير بحث السيّد محمّد رضا الكلبيكاني، للسيّد علي الميلاني، ص ١٣٨.

(٤) راجع: المصدر نفسه، ص ١٣٩.



الآخر وهو التصرف أو التلف يصدق على المعاطاة حينها البيع بالحمل الشائع، وأما قبل ذلك فجزء السبب هو المتحقق، فلا يصدق عنوان البيع. كما يمكن حمل كلام الشيخ في العبارة على أن المعاطاة تفيد الملك الجائز فيمكن أن يجري فيه الخيار، فإن لزم بأحد الملزمات ظهر أثر الخيار، لأن الخيار يناسب لزوم<sup>(١)</sup>.

• قوله قدس سره: «بالنسبة إلى الردّ دون الأرش». لو وجد المشتري بالبيع العقدي عيباً في المبيع كان مخيراً بين فسخ العقد وردّ المبيع إلى البائع، وبين أن يمضي العقد ويأخذ الأرش، والذي هو الثمن الفارق بين الصحيح والمعيب. إلا أن هذا التخيير المذكور هناك غير جارٍ في المعاطاة على فرض وجود عيب في المأخوذ بها، إذ للمتعاطي حق الردّ فقط أو الإمضاء فقط، وليس مخيراً بين الردّ والأرش، وذلك لأن خيار العيب الثابت للمعاطاة إنما ثبت بهذا المقدار فقط، حيث إن أدلة خيار العيب تشمل المعاطاة بالنسبة إلى الردّ فقط، وأما الأرش فهو حكم تعبدي ثبت للبيع اللفظي المفيد للملك اللازم، وليس ممّا يقتضيه مطلق الخيار، وليس من شؤونه، فهو نظير الخيارات المخصوصة للبيع كخيار المجلس وخيار الحيوان في عدم جريانها في سائر العقود المعاوضة.

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٢٨٦.



## التنبيه الثاني

### كيفية إنشاء المعاطاة

وهي في صور:

- الإعطاء من الطرفين سواء قلنا بإفادة المعاطاة الملكية أو الإباحة
- الإعطاء من طرف والأخذ من الطرف الآخر، من دون أن يعطي الأخذ شيئاً
- الإيصال والوصول من دون حصول الإعطاء لا من الطرفين ولا من طرف واحد
- مجرد الكلام والمقاولة من دون حصول الإعطاء ولا الإيصال



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«الأمر الثاني: إنّ المتيقّن من مورد المعاطاة: هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته، فلا يتحقّق المعاوضة ولا الإباحة رأساً، لأنّ كلّاً منهما ملك أو مباح في مقابل ملكيّة الآخر أو إباحته، إلّا أنّ الظاهر من جماعة من متأخري المتأخّرين - تبعاً للشهيد في الدروس - جعله من المعاطاة، ولا ريب أنّه لا يصدق معنى المعاطاة، لكنّ هذا لا يقدر في جريان حكمها عليه، بناءً على عموم الحكم لكلّ بيع فعليّ، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكاً له بعوض، أو مبيعاً له به، وأخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو إباحة له بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراءً، وأخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب والقبول الفعليّان بفعل واحد في زمان واحد.

ثمّ صحّة هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملّكاً واضحة، إذ يدلّ عليها ما دلّ على صحّة المعاطاة من الطرفين، وأمّا على القول بالإباحة، فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة، اللهمّ إلّا أن يدعى قيام السيرة عليها، كقيامها على المعاطاة الحقيقيّة.

وربّما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثمن من غير صدق إعطاء أصلاً، فضلاً عن التعاطي، كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء، ووضع الفلس في المكان المعدّ له إذا علم من حال السقاء الرضا

بذلك، وكذا غير الماء من المحقّرات كالخضروات ونحوها، ومن هذا القبيل الدخول في الحَتَام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحَتَام مع غيبته. فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما، مع الرضا بالتصرّف، ويظهر ذلك من المحقّق الأردبيلي رحمه الله أيضاً في مسألة المعاطاة، وسيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله.

ثمّ إنّّه لو قلنا بأنّ اللفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة، أمكن خلوّ المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال، ولا يبعد صحّته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك، وأمّا على القول بالإباحة فالإشكال المتقدّم هنا أكد.

## الشرح

إنَّ كلَّ معاملة، ومنها المعاطاة، يوجد فيها أمران:  
الأمر الأول: المنشأ، وهو ذلك الأمر الاعتباري المقصود للمتعاملين، وهو  
إمّا التملك أو الإباحة.

الأمر الثاني: الإنشاء، وهو المبرز للقصد النفساني والموجد للأمر الاعتباري.  
الشيخ الأعظم قدّس سرّه عقد التنبيه الثاني من تنبيهات المعاطاة للبحث في  
الأمر الثاني من هذين الأمرين، أمّا الأمر الأول فسيستوفي الشيخ الكلام فيه في  
التنبيه الرابع إن شاء الله تعالى.

وحاصل الكلام في التنبيه الثاني: أنَّ المعاطاة الدائرة في لسان الفقهاء، ومن  
السيرة والدليل القائم على إمضاءها هل تختصّ بما إذا كان التعاطي فعلاً من  
الطرفين، أم إنّها تشمل ما كان الإعطاء فيها من طرف واحد؟

وعلى فرض شمول ذلك، فهل تشمل أيضاً مجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث  
فيها من دون صدق الإعطاء فضلاً عن التعاطي، كأخذ الماء مع غيبة السقاء  
ووضع المال في المكان المخصّص له إذا علم من حال السقاء رضاه بذلك،  
وكدخول الحماّم ووضع الأجرة في كوز صاحب الحماّم مع غيبته؟

وعلى فرض شمول ذلك أيضاً، فهل اللفظ غير المعتبر في العقد يكون  
كالفعل في انعقاد المعاطاة، بالرغم من عدم حصول الإعطاء والإيصال، فتكون  
المقابلة على مبادلة شيء بشيء كافية في تحقّق عنوان البيع فيها؟

هذه صور أربع أشار إليها الشيخ الأعظم في هذا التنبيه، والبحث يقع فعلاً  
في بسط الكلام فيها.

## الصورة الأولى: كون الإعطاء من الطرفين سواء قلنا بإفادة المعاطاة الملكية أو الإباحة

ذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه أنّ هذه الصورة هي القدر المتيقّن من المعاطاة الممضاة والتي لا نقاش فيها، وهي مقتضى الجمود على مدلول هيئة المفاعلة والمشاركة بين اثنين في المبدأ، فيكون الإعطاء من أحد المتعاطين جزء السبب المؤثر في الملكية أو الإباحة، وإعطاء الآخر هو المتمم للسبب، نظير الإيجاب اللفظي الذي لا يترتب عليه الأثر إلّا مع انضمام القبول إليه. وعليه، فلا يكفي في هذه الصورة أن يكون الإعطاء من طرف واحد، إذ المعاوضة سواء كانت تملّكية أو إباحية متوقّفة على قيام كلّ من المالين مقام الآخر في الملكية أو الإباحة، فلا بدّ أن يكون الإعطاء من كلا الطرفين المالكين، وإلّا فإنّ الإعطاء من طرف واحد سيكون تملّكاً أو إباحة من دون عوض ومقابل.

### تأييد الميرزا النائيني للشيخ الأنصاري

ثمّ إنّ الميرزا النائيني قدّس سرّه رغم أنّه لا يؤيّد ما ذكره الشيخ الأعظم من تعبيره عن هذه الصورة بالقدر المتيقّن، لكون المعاطاة كمفهوم لم ترد في نصّ شرعيّ أو معقد إجماع تعبدي<sup>(١)</sup>، إلّا أنّه يرى مقالة الشيخ في صحّة هذه الصورة

(١) قال الشيخ الوحيد الخراساني: «إنّ المعاطاة بهذا المعنى ليس بموضوع في الأدلّة الشرعيّة، بل موضوع حكم الأدلّة الشرعيّة الواردة في حقّ المعاطاة هو البيع بالفعل في مقابل البيع بالقول، ومنه يظهر وجه التأمّل في كلام الشيخ القائل بأنّ القدر المتيقّن منها هو الإعطاء من الطرفين، لأنّ القدر المتيقّن يثبت عند وجود إطلاق دليل في المقام، وهو مفقود في ما نحن فيه، حيث لم يقدّم دليل يفيد توقّف مفهوم المعاطاة على الإعطاء من الطرفين» (العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد رضا الأنصاري القميّ، ج ١ ص ٤٣٩).

لكن قد يقال: إنّ الظاهر من تعبير الشيخ الأعظم قدّس سرّه عن هذه الصورة بأنّها القدر



وشمول أدلة إمضاء المعاطاة لها، وذلك لأنّ المناط في تحقّق عقد من العقود من خلال الفعل هو كون ذلك الفعل مصداقاً لهذا العنوان ويُحمّل عليه بالحمل الشائع الصناعي، كحمل الإنسان على زيد مثلاً، ولا يكفي مجرد قصد العنوان من الفعل من دون أن يكون ذلك الفعل عرفاً من مصاديق هذا العنوان، إذ إن عناوين العقود إنّما هي من المنشآت، والمنشأ لا يتحقّق إلّا بما هو آلة لإنشائه، ولذا نجد أنّ مثل الصلح والهبة المعوّضة والنكاح والضمان لا يمكن لها أن تقع بالفعل؛ لعدم وجود فعل يكون مصداقاً لهذه العناوين، فلا يفيد قصد إيجادها بالفعل<sup>(١)</sup>.

وسبق الآخوند الخراساني قدّس سرّه الميرزا في الإشارة إلى هذه النكتة بقوله: «إنّ لفظ المعاطاة ليس ممّا ورد في آية أو رواية، ولا في معقد الإجماع، بل من المعلوم أنّه عبّر بها عن المعاملة المتعارفة المتداولة، فالمدار في ترتيب الأحكام والآثار على ما هو المتعارف، وإن لم يصدق عليه معنى المعاطاة، بل معنى الإعطاء، بل ولو لم يصدق عليه بناءً على حصول التملك وتحقّق المعاملة بالمقابلة، ويكون الإعطاء من طرف أو طرفين من باب الوفاء بها، لا إحداثاً أو تكميلاً لها، على ما احتملناه»<sup>(٢)</sup>.

إلّا أنّ الميرزا يختلف مع المحقّق الآخوند في أنّ المعاطاة المتعارفة بين الناس إنّما هي خصوص ما كان الإعطاء فيها من الطرفين، ولا يمكن شمولها لما كان

---

المتيقّن لعدم الإشكال في شمولها للمعاطاة المفيدة للملك والمفيدة للإباحة، فيكون هذا التعبير في قبال الصور الأخرى التي لا تخلو من إشكال في شمولها لكلا المعطاتين، حيث نسب الشيخ الصورة الثانية إلى ظاهر جماعة ثمّ خصّها بالمعاطاة المفيدة للملك فقط دون المفيدة للإباحة، كما عبّر عن الصورة الثالثة بقوله (وربّما يدعى) والتي فيها إشارة إلى التضعيف، وسيأتي من الشيخ في التنبيه الثامن تخصيصه هذه الصورة بالمعاطاة المفيدة للإباحة دون الملك، كما أنّه استشكل في صحّة الصورة الرابعة في شمولها للمعاطاة المفيدة للإباحة.

(١) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٥.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٣٨.

الإعطاء فيها من طرف واحد، لأنّ البيع هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، ومن الواضح أنّ المعاطاة ذات الإعطاء من طرف واحد والأخذ من الطرف الآخر ليست مصداقاً لذلك، إذ النسبة حينئذ بين كونها بيعاً وكونها هبة معوّضة متساوية، ومجرّد مقاولتهما على كونها بيعاً وقصدهما ذلك من إيجاد الفعل غير نافع بعد عدم كونه مصداقاً له، وعليه تكون هذه الصورة هي المتعيّنة للمعاطاة الممضاة دون غيرها.

فإذا قيل: إنّ الأمر كذلك حتّى في صورة الإعطاء من الطرفين، إذ يحتمل فيه أيضاً أن يكون هبة معوّضة.

يجيب الميرزا عن ذلك بوجود الفرق بين الصورتين، إذ إنّ التبديل المكاني المتحقّق في الإعطاء من الطرفين بطبعه الأصلي إنّما هو تبديل لأحد طرفي الإضافة الاعتباريّة بإضافة مثلهما، فيصدق عليه البيع حقيقة، فيكون إخراج الإعطاء من الطرفين عن دائرة البيع وإدخاله في دائرة الهبة يحتاج إلى مؤونة زائدة، وهذا بخلاف الإعطاء من طرف واحد الذي لا تبديل خارجيّ فيه.

قال قدّس سرّه: «فإنّه لو كان في البين تعاطٍ فنفس هذا التبديل المكاني بطبعه الأصلي تبديل لأحد طرفي الإضافة الاعتباري بطرف إضافة أخرى، والمفروض أنّهما قصداً به التبديل البيعي وأوجدا ما هو مصداق له، فإخراجه عن البيع وإدخاله في الهبة المعوّضة يحتاج إلى مؤونة زائدة وهذا بخلاف ما إذا كان الإعطاء من طرف واحد، فإنّه ليس هناك تبديل خارجيّ حتّى يكون قصد إنشاء التبديل الاعتباري منه كافياً»<sup>(١)</sup>.

وردّ عليه أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه بأنّ البيع وإن كان هو مبادلة مال بمال، إلّا أنّ المقصود من هذا المبادلة هي المبادلة الاعتباريّة لا الخارجيّة المكانية،

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٦.

أي: المبادلة الحاصلة في عالم الاعتبار المبرزة في الخارج بالفعل أو القول، ومن الواضح أنّ هذا المعنى متحقّق في الإعطاء من طرف والأخذ من الطرف الآخر، لأنّهما قصدا المبادلة بين المالين حسب الفرض، وقد أبرزها من خلال إعطاء أحدهما وأخذ الآخر في قبال العوض<sup>(١)</sup>.

هذا مضافاً إلى أنّه يمكن القول: «إنّ المعاطاة من الجانبين قليلة جداً بل كلّ ما يقع في الخارج من المعاطاة معاطاة من جانب واحد، فالبائع مثلاً يبرز اعتباره بإعطاء ماله والمشتري يبرز قبوله بأخذه، فيكون إعطاء الثمن بعد ذلك وفاءً بالمعاملة التي أوقعها بالإعطاء والأخذ، لا أنّه مقوم للمعاطاة والمعاملة كما هو ظاهر، فلذا لو سألنا المشتري عن المبيع أنّه مال من؟ قبل أن يدفع عوضه إلى البائع، يجيبنا بأنّه مالي اشتريته بكذا وكذا، إلّا فيما إذا لم يطمئنّ البائع بالمشتري فأعطى بإحدى يديه المبيع وأخذ بالأخرى الثمن حين دفعه المبيع، وهو قليل جداً كما هو واضح. فتحصل: أنّ المعاطاة من جانب في هذه الصورة كالمعاطاة من جانبين في جريان جميع الأحكام التي ذكرناها فيها»<sup>(٢)</sup>.

إلّا أنّ الذي يسهّل الخطب أنّ الميرزا النائيني تراجع عن رأيه هذا، كما يظهر ذلك من تعليقه على المسألة في منية الطالب، حيث أيد صحة المعاطاة التي يكون الإعطاء فيها من طرف واحد، واعترف بكونها مصداقاً للبيع، فقال: «ولكنّه يمكن أن يقال: لا فرق بين التعاطي والإعطاء من طرف واحد في أنّ تشخص الفعل مع كونه ذا وجوه هو القصد. ودعوى عدم كون الفعل الواحد مصداقاً لتبديل أحد طرفي الإضافتين لا وجه لها، لأنّه لو لم يتعقّب الأخذ لكان كالإيجاب

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيدي، ج ٢ ص ١٨٦.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٢٧.

اللفظي بلا قبول، وأمّا مع تعقّب إعطاء المبيع إيجاباً للبيع، وأخذ المشتري قبولاً منه، ثمّ تسليمه الثمن وفاءً للمعاملة كتسليمه في المعاملات القوليّة. وبالجملّة: لو قصد البائع من إعطائه المثلّثين تبديله بالثلّثين في ذمّة المشتري أو بالثلّثين المشخّص الخارجيّ فعدم كونه هذا الإعطاء مصداقاً لتبديل أحد طرفي الإضافة الاعتباري لا وجه له»<sup>(١)</sup>.

### اعتراض الميرزا الإيرواني على الشيخ الأعظم

في قبال رأي الميرزا النائيني الأنف الذكر القاضي باختصاص المعاطاة بما كان الإعطاء فيها من الطرفين، وفي قبال رأي الشيخ الأعظم من كون هذه الصورة هي القدر المتيقّن من الإمضاء، يرى الميرزا الإيرواني عدم معقوليّة شمول أدلّة صحّة المعاطاة لصورة الإعطاء من الطرفين، فضلاً عن كونها هي القدر المتيقّن، فضلاً عن اختصاصها بها، وحاصل ما أفاده قدّس سرّه: أنّ المشتري عندما يأخذ المثلّثين من البائع فهو إمّا أن ينشئ بأخذه القبول أو لا، فإن أنشأ القبول بأخذه تمتّ المعاملة، فيكون إعطاؤه الثمن من باب الوفاء للمعاملة الأولى التي تمتّ مع البائع من خلال إعطاء البائع وأخذ المشتري. وإن لم ينشئ القبول بأخذه فالمعاملة حينئذ غير منعقدة، ويكون إعطاؤه الثمن للبائع بعد ذلك تملكاً مستقلاً وإيجاباً آخر، فيتحقّق إيجابان لمعاملة واحدة من دون حصول قبول، وهذا ممتنع.

قال قدّس سرّه: «المعاطاة المقصود بها المبادلة والمعاوضة سواء كان العوض عيناً أو تملكاً لا يعقل توقّفها على العطاء من الطرفين بل المعاوضة تتمّ ويحصل إنشاؤها بالعطاء من جانب بقصد المبادلة والأخذ من الجانب الآخر. فإن أعطى الثاني بعد ذلك، كان إعطاؤه وفاءً لما التزم به بأخذه لما أعطاه الأوّل، لا أنّه أحد

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٦.

أركان المعاملة ومما قام به إنشاؤها؛ وذلك لأنه إن كان بأخذه لما أعطاه الأول منشأ لقبول ما ملكه الأول فقد كملت المعاملة وتم إنشاؤها بلا حاجة إلى عطاء منه وكان إعطاؤه وفاء لما التزم به في أخذه، وإن لم يكن منشأ لقبول ما ملكه الأول لم يجد إعطاؤه ولو بقصد المعاوضة في تحصيل إنشاء المعاوضة من الطرفين وارتباط أحدهما بالآخر بل كان الإعطاء انكشافاً لطلب صدر من الطرفين في عدم انعقاد المعاملة بهما وكان كل منهما ناقصاً وبلا قبول، فالعطاء انكشافاً لطلب صدر من الطرفين ينشأ بهما تملكان مستقلان لا تملك واحد معاوضي<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه: أن المقصود من امتناع أن يكون الإعطاء الثاني قبولا إن كان امتناعاً ثبوتياً، بمعنى عدم إمكان جعل الإعطاء مصداقاً للقبول بل هو مصداق دائمٍ للإيجاب، فهذا مجرد دعوى لا دليل عليها، وإن كان امتناعاً إثباتياً، فهو ممنوع، لأنّ عمومات أدلة البيع والتجارة عن تراخٍ منطبقة على كل ما يتحقق به التملك وإنشاء المقصودان، وعليه فلا مانع من حصول التملك الفعلي بالإعطاء من الطرفين، بأن يعدّ إعطاء المثلث إيجاباً وإعطاء الثمن قبولا<sup>(٢)</sup>.

### تفصيل للسيد الميلاني

ذكر السيد الميلاني قدس سره لصورة الإعطاء من الطرفين ثلاثة أنحاء يختلف الإيجاب والقبول تبعاً لها:

**النحو الأول:** أن لا يكون الثمن حين الإعطاء متشخصاً في الخارج، بأن يسأل المشتري البائع مثلاً: بكم هذا الشيء؟ فيقول له البائع: عشرة دنانير، فيأخذ المشتري العين من البائع (بقصد التملك)، ثم بعد ذلك يخرج العشرة

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٠.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤٤١.

دنانير من محفظة نقوده، ففي هذه الحالة يكون إعطاء البائع العين إيجاباً، وأخذ المشتري لها قبولاً، أمّا إعطاء المشتري الثمن فيكون أداءً لما في الذمة، إذ إنّ العوض بعد أن لم يكن متشخصاً في الخارج فلا محالة يكون كلياً في الذمة.

**النحو الثاني:** أن يكون الثمن حين الإعطاء متشخصاً ومتعيناً في الخارج، ويكون أخذ المثل من قبل المشتري بقصد التملك، ففي هذه الحالة يتحقق البيع بمجرد الأخذ بهذا القصد، ويكون إعطاء الثمن تسليماً للعوض الملتزم به وليس بقبول.

**النحو الثالث:** أن يكون الثمن حين الإعطاء متشخصاً ومتعيناً في الخارج، ويكون أخذ المثل من قبل المشتري لا بقصد التملك، بل مجرد التناول، ويكون قصد التملك حين دفع الثمن المتشخص المتعين، ففي هذه الحالة يكون إعطاء الثمن هو القبول، وهنا لو أعطى المشتري الثمن بقصد التمليك لا التملك بالعوض وقعت المعاملة فاسدة، لا الذي يتحقق حينها تمليكاً وإيجاباً لا تمليك وقبول<sup>(١)</sup>.

### **الصورة الثانية: كون الإعطاء من طرف والأخذ من الآخر دون أن يعطي الأخذ شيئاً**

لا إشكال أنّ معنى المعاطاة المستفاد من هيئة المفاعلة غير منطبق على هذه الصورة لظهور الهيئة في اعتبار الإعطاء من الجانبين فعلاً، فلا يكون إعطاء أحدهما من المعاطاة، إلّا أنّ ذلك لا يمنع من جريان حكم المعاطاة عليها بناءً على كون مفاد الدليل على مشروعية المعاطاة هو صحّة البيع الفعلي في قبال البيع اللفظي، سواء تحقّق ذلك الفعل بالتعاطي من الجانبين، أم بالإعطاء من جانب واحد.

وبعبارة أخرى: إنّ الإعطاء من طرف واحد والأخذ من الطرف الآخر وإن لم يصدق عليه مفهوم المعاطاة لكونها مصدراً من باب المفاعلة، وهي تقتضي

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٢٩٠.

صدور الفعل من الاثنين كالمضاربة، فلا تكون صادقة على ما صدر الإعطاء فيه من طرف واحد، فيخرج هذا الإعطاء عن المعاطاة موضوعاً، إلا أنه لا إشكال في كونه محكوماً بحكم المعاطاة، بناءً على عموم الحكم لكل بيع فعليٍّ من دون خصوصيةٍ للتعاطي من الطرفين، إذ من الواضح أن الإعطاء من طرف واحد يكون مصداقاً للبيع الفعلي وإن لم يكن مصداقاً للمعاطاة، إذ لم يرد عنوان المعاطاة في آية أو رواية حتى يكون لها خصوصية.

وعليه، يكون إعطاء المالك ماله للطرف الآخر في مقابل العوض تمليكاً أو إباحة للآخر، ويكون أخذ الطرف المقابل للمال تملكاً أو إباحة له بإزاء العوض، فإذا وقع الإعطاء من طرف البائع والأخذ من المشتري كان الإعطاء بمنزلة الإيجاب، والأخذ بمنزلة القبول، أما إذا وقع الإعطاء من طرف المشتري والأخذ من البائع، كان الإعطاء هو القبول، والأخذ هو الإيجاب، بناءً على صحة تقدّم القبول على الإيجاب، فيحصل حينئذ الملك أو الإباحة بالنسبة إلى المأخوذ وكذلك بالنسبة إلى العوض الآخر في النسيئة أو السلف.

هذه الصورة هي مختار الشهيد الأول قدّس سرّه في الدروس، حيث جعلها من المعاطاة فقال: «ومن المعاطاة أن يدفع إليه سلعة بثمن يوافقه عليه من غير عقد، ثم تهلك عند القابض فيلزم الثمن المسمّى»<sup>(١)</sup>.

كما أنّها ظاهر مختار جماعة من متأخري المتأخرين، منهم:

• **الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك** حيث قال: «لو وقعت المعاملة بقبض أحد العوضين خاصة - كما لو دفع إليه سلعة بثمن وافقه عليه، أو دفع إليه ثمناً عن عين موصوفة بصفات السلم فتلف العوض المقبوض - ففي حقوق أحكام المعاطاة، ولزوم الثمن المسمّى والمثمن الموصوف، نظر: من عدم صدق اسمها -

(١) الدروس الشرعية في فقه الإمامية، الشهيد الأول، ج ٣ ص ١٩٢.

لأنّها مفاعلة تتوقّف على العطاء من الجانبين ولم يحصل، والاقتصار بما خرج عن الأصل على موضع اليقين إن كان - ومن صدق التراضي على المعاوضة، وتلف العين المدّعى كونه كافياً في التقابض من الجانبين، والظاهر أنّ الحكم واحد<sup>(١)</sup>.

• والمحدث البحراني قدّس سرّه في الحقائق فقال: «إنّ من فروع المسألة بناءً على ما قرّره فيها: ما لو وقعت المعاوضة بقبض أحد العوضين خاصّة، كما لو دفع إليه سلعة بثمن وافقه عليه أو دفع إليه ثمناً عن عين موصوفة بصفات السلم فتلف العوض المقبوض، ففي حقوق أحكام المعاطاة ولزوم الثمن المسمّى والثمن الموصوف إشكال، ينشأ من عدم صدق اسم المعاطاة - لأنّها مفاعلة تتوقّف على العطاء من الجانبين، ولم يحصل، ويعضده أيضاً: الاقتصار فيما يخرج عن الأصل على موضع اليقين إن كان - ومن صدق التراضي على المعاوضة، وتلف العين المدّعى كونه كافياً في التقابض من الجانبين. وبالصحة هنا صرح في الدروس.. أقول: ويؤيّده أنّ التسمية بالمعاطاة في هذا البيع إنّما وقعت في كلامهم؛ إذ لا نصّ في المقام. فوجوب ترتّب الصحة على الإعطاء من الجانبين - بناءً على هذا اللفظ - لا وجه له. نعم، لو كان هنا نصّ ورد بهذه التسمية لاقتضى تفريع ذلك عليه<sup>(٢)</sup>.

• وصاحب الجواهر قدّس سرّه بقوله: «لا يخفى عليك أنّ لفظ المعاطاة لم يكن في نصّ ونحوه حتّى يكون الحكم دائراً مداره، وحينئذ فلا يشترط فيها بجميع صورها قبض العوضين، بل يكفي قبض أحدهما.. وعلى كلّ حال فلا يعتبر التقابض فيها قطعاً للسيرة القطعية التي هي الأصل في إثباتها، فيجري حكم البيع والإباحة على قبض أحدهما<sup>(٣)</sup>.

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٥١.

(٢) الحقائق الناضرة، الشيخ يوسف البحراني، ج ١٨ ص ٣٦٤.

(٣) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٣٨.



• والسيد المجاهد قدس سره في المناهل بقوله: «لو وقعت المعاملة بقبض أحد العوضين خاصة مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهالة، كما لو دفع إليه سلعة بثمن وافقه عليه أو دفع إليه ثمناً عن عين موصوفة بصفات السلم، أو وقعت من غير قبض من الطرفين، صحّت وترتب عليها ما يترتب على المعاطاة بالمعنى المذكور من الأحكام، فيه إشكال، من عدم صدق المعاطاة على جميع الأفراد لأنّها مفاعلة توقّف على الإعطاء من الجانبين، وهو مفقود في كثير من الأفراد فلا يشملها ما دلّ على صحّة المعاطاة، فيلزم فيها الرجوع إلى الأصل لما تفرّد عند المحقّقين من لزوم الاقتصار فيما خرج عن الأصل على موضع اليقين، وهو هنا ما اشتمل على التقابض، ومن أنّ العلة في صحّة المعاطاة هو الرضاء من الطرفين وهو حاصل في جميع الأفراد، فيلزم الحكم بصحّتها.. وقد يقال لا نسلم عدم صدق المعاطاة حيث لا يتحقّق التقابض بل الظاهر صدقها.. سلّمنا ولكنّ أكثر الأدلّة دالّة على صحّة البيع الخالي عن الإيجاب والقبول - بل جميعها - لا يختصّ بالمعاطاة ولا هي موضوعها كما لا يخفى، بل هي شاملة لجميع الأفراد، فينبغي الحكم بصحّتها عملاً بالعمومات السليمة عن المعارض، فإذا المعتمد هو الاحتمال الثاني، بل قد يدعى ظهور الاتفاق عليه من القائلين بصحّة المعاطاة، ولئن تنزّلنا فلا أقلّ الشهرة العظيمة»<sup>(١)</sup>.

### رأي الشيخ الأنصاري في صحّة هذه الصورة

يمكن البحث في هذه الصورة في ثلاثة مقامات:

المقام الأوّل: أن يكون الإعطاء والأخذ بقصد الإباحة.

لم يتعرّض الشيخ الأعظم قدس سره لهذه الصورة، ولا شكّ في أنّ ذلك ليس بيعاً، ولكن مع ذلك لا إشكال فيها، إذ الإباحة فيها إباحة مالكيّة، يكفي

(١) المناهل، السيد محمد بن علي الطباطبائي، ص ٢٦٩.

فيها مجرد الإذن في التصرف من قبل المالك سواء كان بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بغير ذلك، فيكون حالها كحال الإعطاء من الجانبين، في جريان الأدلة الدالة على إباحة التصرفات مع رضا المالك.

المقام الثاني: أن يكون الإعطاء والأخذ بقصد التمليك، وتترتب عليه الملكية في الخارج.

يرى الشيخ الأعظم قدس سره أن صحة هذه الصورة من الواضحات، إذ بناءً على كونها بيعاً مفيداً للملك يكون حالها كحال المعاطاة من الطرفين، إذ تجري فيها جميع الأدلة التي أقيمت على إفادة المعاطاة الملك واللزوم، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١)، و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (النساء: ٢٩)، وغيرها من الأدلة المذكورة سابقاً، فهي بيع عرفاً وشرعاً، فلا إشكال في كونها مشمولة لأدلة صحة البيع.

المقام الثالث: أن يكون الإعطاء والأخذ بقصد التمليك، وتترتب عليه الإباحة في الخارج.

استشكل الشيخ الأعظم قدس سره في الحكم بصحة هذه الصورة، لعدم وجود دليل على إفادتها الإباحة كما في المعاطاة من الطرفين، فإن كلمات الأصحاب القائلين بإفادة المعاطاة إباحة التصرف ظاهرة في كون الإعطاء من الجانبين لا من جانب واحد، وهذا الظهور مما لا يمكن إنكاره، ومع عدم الدليل يكون مقتضى القاعدة عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه، إلا أن يدعى قيام السيرة على الإباحة في هذه الصورة أيضاً، كقيامها على الإباحة فيما إذا كانت المعاطاة حاصلة من الطرفين، وبدون قيام هذه السيرة لن يمكن التعدي في المقام منها وإثبات أن المعاطاة من طرف واحد كالمعاطاة من الطرفين<sup>(١)</sup>.

(١) لا بأس بالإشارة إلى أن الميرزا الإيرواني قدس سره - الذي تعرضنا إلى رأيه في الصورة

ويرى بعض الأعلام كالسيد الكلبايكاني قدس سره أن السيرة في هذه الصورة في مورد الإباحة قائمة بلا أدنى شك<sup>(١)</sup>.  
وذكر المحقق الأصفهاني قدس سره: أنه بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة فالمناطق تحقق السيرة على مثله، ومن الواضح شيوع النسيئة والسلف في المعاطاة عند العرف<sup>(٢)</sup>.

الأولى في عدم معقولية أن يكون الإعطاء في المعاطاة من الطرفين - ذكر ما ظاهره عدم صحة المعاطاة المتحقق فيها الإعطاء من جانب واحد أيضاً، حيث قال: «وأما اعتبار العطاء من جانب واحد فهو أيضاً باطل...».

لكن الظاهر أن مراده من عدم الاعتبار هنا نفي انحصار صحة المعاطاة بصورة الإعطاء من جانب واحد كما فعل الميرزا النائيني قدس سره بحصرها في صورة الإعطاء من الجانبين، وذلك لقريتين:

الأولى: قوله عند رده لا اعتبار الإعطاء من الجانبين في بداية الفقرة: «بل المعاوضة تتم ويحصل إنشاؤها بالعطاء من جانب والأخذ من الجانب الآخر»، وقوله بعد ذلك: «فالعطاء المعاوضي يكون إنشاؤه دائماً بالعطاء من جانب والأخذ من الجانب الآخر».

الثانية: أن ما ذكره من سبب لبطالان اعتبار الإعطاء من جانب واحد يصدق على هذه الصورة بلا شك، كما يظهر للمتأمل.

قال قدس سره: «فإن دليل صحة المعاطاة إن كانت هي الأدلة اللفظية المتقدمة لإطلاقها كما ينفي اعتبار اللفظ في الإنشاء كذلك ينفي اعتبار الفعل؛ فكل ما حصل به إنشاء المعاملة صح بمقتضى تلك الأدلة، وإن كانت هي السيرة والإجماع، فكل أحد يعلم أن السيرة لا تدور مدار الإنشاء بأسباب خاصة بل كل ما حصل به إنشاء المعاملة من قول أو فعل أو إشارة كفى في ترتيب أثر المعاملة عند العقلاء وأهل العرف». (راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٠-٧١).

(١) راجع: بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب، تقرير بحث السيد محمد رضا الكلبايكاني، للسيد علي الميلاني، ص ١٤٢.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٥٧.

## تفصيل للسيد الميلاني

ذكر السيد الميلاني قدس سره لصورة الإعطاء من طرف واحد والأخذ من الطرف الآخر أنحاء خمسة يختلف الإيجاب والقبول تبعاً لها:

**النحو الأول:** أن يعطي البائع المتاع ويكون الثمن في ذمة المشتري إلى الأجل المتفق عليه، فيكون بيعاً نسيئاً، ففي هذه الحالة يكون هذا الإعطاء إيجاباً والأخذ من الطرف الآخر قبولاً، وتكون ذمة الأخذ مشغولة بالثمن.

**النحو الثاني:** أن يعطي المشتري الثمن ويكون المثلث في ذمة البائع إلى الأجل المتفق عليه، فيكون الإعطاء هنا إيجاباً والأخذ قبولاً، فهذا بيع سلم.

**النحو الثالث:** أن يعطي المشتري الثمن عوضاً ويأخذه البائع على أن يكون بيعاً للمثلث الذي في ذمته، فيكون الإعطاء قبولاً والأخذ إيجاباً، من باب تقدّم القبول على الإيجاب، وهذا بيع سلف، ويرى السيد الميلاني قدس سره عدم تمامية هذا النحو؛ إذ كيف يكون الأخذ هنا بيعاً للمعوض مع أنه لم يتحقق إنشاء لا فعلاً ولا قولاً بالنسبة إلى بيعه، ومجرد إفادة القرائن الخارجية ذلك غير كافٍ بعد احتياج إنشاء التملك إلى دالٍّ يدلّ عليه من فعل أو قول، وهو غير موجود في البين.

**النحو الرابع:** أن يكون المثلث في يد المشتري كما لو كان قد استأجر داراً فأراد أن يشتريها من المالك، فيعطي الثمن للمالك وهو ما يزال في الدار، وهذا النحو كسابقه يكون إعطاء الثمن اشتراءً وقبولاً وأخذ المالك الثمن بيعاً وإيجاباً، ويرى السيد الميلاني عدم تمامية هذا النحو أيضاً للسبب نفسه في النحو السابق.

**النحو الخامس:** أن يكون الثمن موجوداً مسبقاً عند مالك الدار، فلا إعطاء للمثلث من المشتري، غير أن المالك يعطي الدار، فيكون الإعطاء إيجاباً وأخذ المشتري قبولاً، ويرى السيد الميلاني قدس سره أن هذا النحو لا إشكال فيه أصلاً.

### الصورة الثالثة: المتحقق هو الإيصال والوصول من دون حصول الإعطاء لا من الطرفين ولا من طرف واحد

فالوصول يتسبب بالإيصال إلى التملك، والطرف الآخر يتسبب بوصول المال إليه إلى مطاوعته، فيتحقق من ذلك الإيصال وهذا الوصول البيع، إذ البيع هو مبادلة عين بمال، فكل فعل يكون مبرزا لهذا التبديل الاعتباري فهو بيع فعلي وإن لم يصدق عليه المعاطاة بالمعنى الاصطلاحي، ومع صدق البيع على الفعل يكون مشمولاً لعموم أدلة صحة البيع، فالحكم في المعاطاة لا يدور مدار صدق المعاطاة بعد عدم ورود عنوانها في آية أو رواية أو معقد إجماع تعبدّي حتى يدور الحكم مدارها.

ويذكر الشيخ الأعظم أنّ هذه الصورة ليست مجرد افتراض، وإنّما هي أمر واقع في الخارج والسيرة جارية عليها، ومصاديقها من الحياة كثيرة؛ منها:

أولاً: أن يأخذ الشخص الماء من السقاء مع غيبته، ويضع المال عوض الماء في المكان المخصّص له مع علمه بأنّ السقاء راضٍ بذلك.

ثانياً: أن يأخذ الشخص شيئاً حقيراً من دكاكين الخضّارين أو البقالين أو العطّارين مع غيبتهم حين الأخذ، ويجعل عوض ما يأخذه في صندوقهم، مع العلم أو الاطمئنان برضاهم بذلك.

ثالثاً: أن يرد الشخص الحمام فلا يجد صاحبه، فيغتسل فيه ثم يضع الأجرة في المكان المخصّص، مع علم ذلك الشخص أنّ الحمامي راضٍ بذلك.

فهذه الأمثلة الثلاثة تؤكّد أنّ المعيار في المعاطاة إنّما هو مجرد وصول كلا العوضين أو أحدهما مع وجود الرضا بالتصرّف.

ونسب الشيخ الأعظم القول بهذا الرأي إلى المحقّق الأذربيلي قدّس سرّه، ولعلّه استفاد ذلك من ظاهر ما أفاده الأذربيلي في شرحه على الإرشاد في قوله: «فاعلم أنّ الذي يظهر أنّه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع - المملّك الناقل للملك

من البائع إلى المشتري وبالعكس - إلى الصيغة المعيّنة كما هو المشهور، بل يكفي كلّ ما يدلّ على قصد ذلك مع الإقباض»<sup>(١)</sup>.

بناءً على كون المراد من الإقباض هنا هو مجرد الوصول والإيصال، لا تسليم أحد المتعاطين ماله للآخر كما هو ظاهر الكلمة.

وسياًتي من الشيخ الأعظم قدّس سرّه مزيد توضيح لهذه الصورة في التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة، حيث يقول فيه: «والسيرة موجودة في المقام أيضاً، فإنّ بناء الناس على أخذ الماء والبقول وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له، وعلى دخول الحنّام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحنّامي»<sup>(٢)</sup>، وعليه فتمام الكلام في هذه الصورة في انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث موكول إلى محلّه هناك، فانتظر.

### مناقشات الأعلام في الأمثلة المذكورة

أورد جملة من الأعلام والمحققين بعض الإشكالات في الأمثلة التي ذكرها الشيخ الأعظم قدّس سرّه كمصداق لصورة انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث عند العرف، ونكتفي ببيان إشكاليين:

الإشكال الأوّل: ما ذكره الميرزا الإيرواني، حيث منع كون هذه الأمثلة الثلاثة المذكورة من المعاطاة المجردة عن الفعل، بل هي من المعاطاة التي يتحقّق التعاطي فيها من الطرفين، فتكون الأمثلة من مصاديق الصورة الأولى.

قال قدّس سرّه: «التعاطي من الجانبين في الأمثلة التي ذكرها موجود. فوضع الماء في موضع معدّ لأن يؤخذ إعطاءً من السقاء للسقاء، وهكذا فتح باب الحنّام

(١) مجمع الفائدة، المقدّس الإرديلي، ج ٨ ص ١٣٩.

(٢) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ١١٣.

للداخلين. ووضع الفلاس من شارب الماء والداخل في الحَمَّام في موضع أعدّ لذلك، أخذ منه للفلاس. فكلّ منهما قد أعطى، وكلّ قد أخذ ما أعطاه الآخر<sup>(١)</sup>.

**الإشكال الثاني:** ما ذكره أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه، وحاصله: أنّ جميع الأمثلة التي ذكرها الشيخ الأعظم قدّس سرّه هنا لا تمتّ بصلة لهذه الصورة الثالثة؛ أعني: تحقّق المعاطاة بمجرد أخذ المثلث ووضع الثمن عوضاً عنه، بل هذه الأمثلة إمّا أنّها من صغريات الصورتين السابقتين، أو أنّها خارجة بالكلية عن دائرة المعاطاة.

أمّا بالنسبة إلى المثال الأوّل فلأنّ البيع يشترط فيه معلوميّة العوضين كمّاً ومقداراً، وأحد العوضين في هذا المثال مجهول المقدار من الابتداء، إذ إنّ شرب الماء يختلف باختلاف الأشخاص والحالات، فقد يكون الشخص ضمّاناً جداً فيشرب كمّية كبيرة، وقد يكون عطشه اعتيادياً فيشرب مقداراً قليلاً، ومن الواضح أنّ هذا الاختلاف يوجب الغرر في البيع.

وكذا الأمر في المثال الثالث، إذ لا يعلم مقدار الماء الذي يصرفه الوارد على الحَمَّام، ولا المدة التي يبقى فيها، فيلزم منه الغرر، فنستكشف من ذلك أنّ هذين المثالين ليسا من مصاديق البيع، إذ لو كانا من البيع لحكمتنا بفسادهما للغرر، مع أنّه لم يلتزم أحد ببطلانهما، فلا محيص حينئذ عن جعل هذين المثالين ونحوهما معاملة مستقلة من قبيل الإباحة بالعوض، أي: إباحة التصرف بشرط وضع الثمن بإزائه على نحو الشرط المتأخّر.

وأمّا المثال الثاني فهو من مصاديق البيع المعاطاتي المتعارف، والذي يكون الإعطاء فيه من الطرفين، غاية الأمر أنّ إيجاب البيع فيه ليس من قبل المالك مباشرة وإنّما هو من قبل وكيله، فالخضار والبقال والعطّار وأمّثالهم من أصناف التجّار

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧١.

عندما يضعون بضاعتهم في المكان المخصّص فهم يوكلون الواردين على دكاكينهم في بيع بضاعتهم بالقيمة المتعارفة ووضع ثمنها في الموضع المخصّص للنقود، فيكون أخذ المتاع إيجاباً بالوكالة وقبولاً بالأصالة، نظير قول القائل: اعتق عبدك عني.

وما ذكر من اعتبار تعيين الوكيل في صحّة الوكالة كإشكال على صحّة المعاطاة في هذا المثال<sup>(١)</sup> غير قادح، لأنّ هذا الاشتراط إنّما يعتبر في الوكالات الشخصية دون الوكالات النوعية، فإنّ توكيل عنوان كلّ ينطبق على أشخاص معيّنين يكون توكيل شخص معيّن، لا توكيل شخص غير معلوم، كما إذا قال: إنّ علماء النجف وكلائي في بيع كتبي، أو تعمير مدرستي أو بناء المساجد من خالص مالي، فإنّ ذلك صحيح قطعاً، ومن الواضح أنّ ما نحن فيه من هذا القليل<sup>(٢)</sup>.

ثمّ إنّ الميرزا الإيرواني - وتبعه في ذلك السيّد الخوئي أيضاً - ذكر مثلاً يمكن أن تنطبق عليه هذه الصورة، وهو أن يكون مال كلّ من الطرفين عند الطرف الآخر إمّا بعنوان الأمانة أو الغصب أو بإطارة الريح له ونحو ذلك، ثمّ قصد كلّ واحد من الطرفين أن يكون ما بيده عوضاً عمّا في يد الآخر، فلا إعطاء في المقام لا من الطرفين ولا من طرف واحد، ومع ذلك فالمعاوضة صحيحة.

قال الميرزا الإيرواني قدّس سرّه: «وإنّما يتحقّق المعاملة بلا عطاء من شيء من الجانبين فيما إذا كان المالان عند كلّ منهما بسبق أمانة أو غصب أو إطارة ريح فقصد المعاوضة بلا فعل من كلّ منهما، والظاهر أنّ القصد الساذج لا أثر له، فإنّ إنشاء المعاملة بما ينبئ عن قصدتهما من إشارة أو نحوها صحّ وإلا فلا، ويحتمل

(١) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٧.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٨٩-١٩١. والتنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٣٠-١٣١.



الاكتفاء بالقصد إذا علم كل منهما قصد صاحبه، فإن مناط انعقاد المعاملة هو القصد إليها، والإنشاء معتبر على وجه الكاشفة دون الطريقة<sup>(١)</sup>.

وذكر أستاذنا السيد الخوئي قدس سره في بيان المثال الصحيح لهذه الصورة: «والأولى أن يمثل لها بما إذا أودع أحد عند عمرو ديناراً والآخر أودع عنده ثوباً، وحين الاسترداد اشتبه الودعيّ فدفع الثوب للمالك الدينار، والدينار للمالك الثوب، وبعدما أخذاهما وعلما باشتباه الودعيّ أبقى كل واحد منهما ماله عند الآخر بعنوان التمليك. وكذا يمكن التمثيل بما إذا كان لزيد عند عمرو دينار فأطارت الريح ثوب عمرو إلى دار زيد فأبقى كل منهما ماله عند الآخر على نحو التمليك»<sup>(٢)</sup>.

ويبين قدس سره الوجه في صحة هذه المعاوضة بقوله: «لا يبعد صدق مفهوم البيع على ذلك، لأننا ذكرنا مراراً أن البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي، ومن الظاهر أنه لم ترد آية ولا رواية ولا انعقد إجماع على اختصاص ذلك المبرز بشيء خاص، ولا أن عنوان المعاطاة قد ورد في دليل لكي يؤخذ به ويحكم بعدم صدقه على ما نحن فيه، وعليه فإبقاء كل من الجانبين ماله عند الجانب الآخر مبرز خارجي لا اعتبار الملكية»<sup>(٣)</sup>.

واستدرك قدس سره بأن هذا كله فيما إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الملك، «وأما إذا قلنا بأنها تفيد الإباحة شرعاً مع قصد التمليك فيها، فلا يمكن القول بالإباحة في المقام لأنها أمر على خلاف القاعدة، يتوقف ثبوتها على قيام سيرة أو إجماع، وتحققهما في المقام غير معلوم، لأنه أمر نادر الاتفاق وقل ما يتفق أن يشته

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧١.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٣١.

(٣) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للميرزا التوحيد، ج ٢ ص ١٩١.

الودعيّ أو تطير الريح مال أحدهما إلى دار الآخر»<sup>(١)</sup>.

## الصورة الرابعة: مجرد الكلام والمقابلة من دون حصول الإعطاء ولا الإيصال

وذلك بأن ينشأ البيع باللفظ الفاقد لشرائط صيغة البيع، من دون تحقق إعطاء العوضين أو أحدهما أو إيصاله، كأن يقول مثلاً: (عوّضت) بدلاً من (بعت)، أو قال أحدهما: (هذا لك) فقال الآخر: (وهذا لك أيضاً بدل ما أعطيتني)، أو أن يقول البائع مثلاً: (إنّ هذا الفرس قيمته مائة دينار) وبصرف هذه المقابلة يتبأنى البائع والمشتري على أن يكون الفرس للمشتري، والمائة دينار للبائع، بلا أخذ وإعطاء وإيصال ووصول من الجانبين.

يرى الشيخ الأعظم قدّس سرّه أنّ هذه المعاملة الحاصلة بنفس هذه المقابلة - لا بالإعطاء الواقع بعدها، بل ذلك الإعطاء سيكون مجرد وفاء بالمعاملة - لا بدّ من التفصيل في حكمها بين القول بترتب الملك والقول بترتب الإباحة، فتصحّ على الأوّل مع صدق البيع على إنشاء البيع باللفظ غير المعتبر في العقد، وإن لم يصدق على هذه المعاملة مفهوم المعاطاة بالمعنى الاصطلاحي، وذلك لما عرفت من أنّ عنوان المعاطاة لم يرد في آية أو رواية كي يناقش في صدقه في هذا المقام، بل العنوان المأخوذ في الأدلة الموجب للنقل والانتقال إنّما هو عنوان البيع أو العقد أو التجارة، والمفروض أنّ هذه المعاملة المقصود بها الملك يصدق عليها عنوان البيع، فتكون الضابطة في صحّة المعاملة متحقّقة، فيكون حينها اللفظ غير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة.

وأما على الثاني - أي: القول بترتب الإباحة - فالأمر مشكل، إذ يرد عليه ما

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٣١.

ذكر في الصورة الثانية من أنّه بعد عدم حصول الملك بهذه المعاملة لا دليل على تأثيرها في الإباحة، بل الإشكال هنا أكد، لأنّ الدليل على صحّة المعاطاة وإفادتها الإباحة إنّما هو السيرة والإجماع، وهما دليلان لبيان يقتصر فيهما على القدر المتيقّن وهو تحقّق المعاطاة بالتعاطي من الطرفين، فلو أمكن أن نتعدّى من التعاطي المتبادل، إلى الإعطاء من طرف واحد، لم يتّجه التعدي إلى المقام ممّا لا فعل فيه أصلاً، وإنّما هو مجرد إنشاء لفظي ملحون لا يصدق عليه المعاطاة موضوعاً، كما لا تشمل قاعدة السلطنة الموجبة للإباحة المالكية ما نحن فيه - كما هو واضح - لعدم قصد المتعاملين الإباحة.

قال أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه في بيان وجه الأكديّة في الإشكال: (الوجه في أكديّة الإشكال ظاهر، لأنّها إباحة شرعية غير مالكية يتوقّف ثبوتها على قيام سيرة أو إجماع، وقيامهما في هذا القسم من المعاطاة العارية عن الإيصال والوصول والقبض والأخذ معلوم العدم، بخلاف القسم السابق الذي كان فيه الإعطاء من جانب واحد<sup>(١)</sup>).

### تفصيل للسيّد الميلاني

ذكر السيّد الميلاني قدّس سرّه تفصيلاً في المقام، حاصله: أنّ هذه الصورة من المعاطاة على أقسام ثلاثة:

الأوّل: أن يكون المبيع في يد المشتري فيتقاولان، ثمّ يعطي المشتري الثمن للمالك المبيع، فيكون إعطاء الثمن اشتراءً وقبولاً وأخذه إيجاباً وبيعاً. ومثله: لو كان الثمن في يد البائع أمانة، فيتقاولان، ثمّ يعطي البائع السلعة للمشتري، فيكون هذا الإعطاء إيجاباً وأخذه قبولاً.

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٣٢.

وفي هذه الصورة لو اكتفي في تحقّق البيع بالقصد النفساني لكانت هذه المعاملة بيعاً، ولو قلنا بلزوم الإنشاء فليست بيعاً، لأنّ الدالّ على إنشاء التمليك فيها إنّما هو القرينة دون أن يكون هناك إنشاء لفظي.

الثاني: أن يكون كلا العوضين عند الطرفين، فيتقاولان، فلا يحصل منهما فعل لفرض وجود العوضين عندهما، وهذا عبارة عن الوصول بلا حاجة إلى الإيصال، والكلام في بيعيته من عدمه كسابقه<sup>(١)</sup>.

الثالث: أن يكون هناك مجرّد مقابلة من دون أن يكون العوضان عند الطرفين، فإن كان قصدهما من المقابلة التمليك والتملك وقلنا بتحقّق البيع بأيّ لفظٍ كان، كان ذلك بيعاً، وإن كان قصدهما مجرّد المقابلة، أو المقابلة مع التمليك ولم نقل بكفاية مطلق اللفظ، فلا أثر حينئذ لهذه المعاملة<sup>(٢)</sup>.

---

(١) أشار إلى هذا القسم المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه حيث عدّه صورة خامسة للمعاطاة تضاف إلى الصور الأربع التي ذكرها الشيخ الأعظم، فقال ما لفظه: «وهنا فرض آخر خالٍ عن الفعل، وهو: ما إذا كان مال كلّ منهما بيد الآخر، فإنّه يقال بلزوم الردّ والتقابض الجديد، فإن كان لعدم حصول عنوان التعاطي إلّا به فقد مرّ أنّه لا موجب له، وإن كان لعدم فعل يتسبّب به إلى الملكيّة، فيمكن دفعه بأنّ إبقاءه تحت يد الآخر وإمساكه تحت يده فعلا اختيارياً يمكن التسبّب بهما إلى التمليك والتملك» (حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٥٩).

وأجيب عنه: بأن البيع من الأمور الإنشائيّة التسببيّة، وإنشاؤه لا بدّ أن يكون بسبب عرقيّ، ومجرّد ترك المتاع عند الآخر لا يصلح أن يكون سبباً لإنشاء البيع، اللهمّ إلّا إذا أنكرنا السببيّة العرفيّة والتزمنا بتحقّق البيع بأيّ سبب ومبرز كان وإن لم يكن عرفياً، كما في الإبقاء في الفرض. (راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري القميّ، ج ١ ص ٤٥٤).

(٢) راجع: محاضرات في فقه الإماميّة (كتاب البيع)، السيّد محمّد هادي الميلاني، ص ١٣٠.

## رأي السيّد الخوئي في هذه الصورة من المعاطاة

يذكر أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه أنّ ما أفاده الشيخ الأعظم في المقام من صحّة المعاملة على تقدير إفادة الملك غير واضح وليس بمفهوم، وأنّ تصوير هذه الصورة من المعاطاة لا يخلو أيضاً من غموض، وذلك لأنّ مقصوده قدّس سرّه من عبارته هنا لا تخلو من أحد احتمالين لا يمكن الالتزام بهما:

**الاحتمال الأوّل:** أن يقصد حصول مجرّد المقابلة من دون إنشاء المعاملة بها، كما إذا قال أحدهما: سأبيّعك بيتي، فقال الآخر: أنا سأشتريه منك، فهنا لم يحصل عقد ولا بيع لكي تكون هذه الصورة مشمولة لعموم أدلّة صحّة البيع.

**الاحتمال الثاني:** أن يقصد إنشاء المعاملة من خلال الألفاظ غير المعتبرة كما هو ظاهر قوله: (اللفظ غير المعتبر في العقد)، من دون أن يكون هناك إعطاء وإيصال، فهذا سيكون حينئذ من البيع الفاسد، فلا يمكن أن يكون مشمولاً لأدلة صحّة البيع. وعليه، فالحكم بالصحة هنا في غير محلّه، كما أنّه يصعب تصوير هذه الصورة وإعطاء مثال لها لا يدخل في ضمن الصور الثلاث المتقدّمة.

قال قدّس سرّه: «كلّما تأملنا فيما أفاده (قدّس الله نفسه) على تقدير إفادة الملك لم نفهم ما أراده، والمحشون أيضاً لم يكتبوا عليها شيئاً، ولا ندري أنّهم ماذا فهموا من عبارة الكتاب ولم يستشكلوا عليها في المقام، والوجه في عدم فهمنا أنّ الأمر في عبارته يدور بين احتمالين كلاهما لا يمكن الالتزام به، لأنّه إن أراد مجرّد المقابلة من دون إنشاء المعاملة بها؛ كما إذا قال أحدهما: سأبيّعك داري، وقال الآخر: أنا أيضاً سأشتريه، فهذا لا يكون بيعاً حتّى يشمل عمومات أدلّة البيع أبداً، إذ لا عقد ليشمله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولا بيع ليقال ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وهكذا. وإن أراد بذلك إنشاء المعاملة بالألفاظ غير المعتبرة كما هو ظاهر قوله: «اللفظ غير المعتبر في العقد» من دون إيصال ولا أخذ ولا إقباض، فهو من البيع الفاسد لا محالة، فكيف يصحّ

أن يقال إنه يشمل عمومات أدلة البيع مع فرض فساده، فيكون شمول أدلة البيع له وإمضاؤه بها من التناقض الظاهر. فالمتحصّل أنّا لم نفهم مراده حقيقةً ولا تصوير هذه الصورة من المعاطاة، فلا نتصوّر منها إلا الأقسام الثلاثة المتقدمة المشتملة على الأخذ من جانبين، والمشتملة على الأخذ من جانب واحد، والعارية عن الأخذ والإعطاء المشتملة على الوصول والإيصال<sup>(١)</sup>.

هذا ويرى الميرزا النائيني قدّس سرّه أنّ المقابلة إنّما هي التباني على أمر، وهذا التباني ليس بيعاً، فلا يصحّ إطلاق البيع على ما نحن فيه، نعم إنّ أبرز هذا التباني في الخارج عن طريق اللفظ غير المعتبر في العقد بحيث يخرج عن حالة البناء القلبي والوعد والإخبار فلا يبعد أن يكون ذلك صلحاً، إذ الصلح لا يعتبر فيه لفظٌ مخصوصٌ، وحقيقته هو التباني على أمرٍ والتسالم عليه<sup>(٢)</sup>.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «حصول التعاطي فعلاً من الطرفين». التقييد بالفعليّة هنا هو لأجل إخراج الصور الثلاث الأخرى التي لا يتحقّق الإعطاء فيها بعنوان إنشاء المعاملة بل لأجل الوفاء بها، كما هو الحال في القبض في البيع اللفظي.

• قوله قدّس سرّه: «لأنّ كلّاً منهما ملك أو مباح في مقابل ملكيّة الآخر أو إباحته». مقصوده: أنّ البيع المملّك وكذا الإباحة المعوّضة لابدّ في تحقّقهما من قيام كلّ من العوضين مقابل الآخر في وصف الملكيّة أو الإباحة، فإذا لم يحصل ما يوجب هذا القيام بأن كان إعطاء المالك من طرف واحد يبقى ما عند الطرف

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٣٢-١٣٣.

(٢) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٧.

الآخر بلا عوض، فلا تتحقق المعاوضة.

• قوله قدّس سرّه: «إلا أنّ الظاهر من جماعة...». هذا استدراك لما ذكره في الصورة الأولى من عدم كون الإعطاء من طرف واحد موجباً للملك والإباحة لعدم صدق المعاطة، وهو شروع في بيان الصورة الثانية للمعاطاة التي يكون الإعطاء فيها من طرف والأخذ من الطرف الآخر.

• قوله قدّس سرّه: «ولا ريب أنّه لا يصدق معنى المعاطة». أي: لا يصدق معنى المعاطة على صورة الإعطاء من طرف واحد، لأنّ المعاطة مصدر من باب المفاعلة، والمفاعلة موضوعة لصدور الفعل من الاثنين كالمضاربة والمشاركة والمعانقة والمصافحة وغيرها.

هذا، لكنّ الإنصاف أنّ المفاعلة لا تقتضي صدور الفعل من الاثنين دائماً، فإنّ المساقاة والمزارعة والمناكحة والمسافرة كلّها من باب المفاعلة رغم أنّ الفعل الصادر فيها من السقي والزرع والنكاح والسفر إنّما هو صادر من طرف واحد لا من الطرفين.

• قوله قدّس سرّه: «لكنّ هذا لا يقدر في جريان حكمها عليه...». أي: عدم صدق معنى المعاطة لا يقدر في جريان حكم المعاطة من الملك أو الإباحة على صورة الإعطاء من طرف واحد، بناءً على شمول حكم المعاطة لكلّ ما صدق عليه عنوان البيع بالفعل في قبال البيع باللفظ.

• قوله قدّس سرّه: «أو مبيحاً له به». الأنسب أن يقول: (أو إباحة له بعوض)، أو يقول: (مملّكاً له بعوض)، وذكر بعض المحقّقين وجود نسخة ورد فيها (إباحة) بدلاً من (مبيحاً).

• قوله قدّس سرّه: «فيحصل الإيجاب والقبول الفعليّان بفعل واحد في زمان واحد». مقصوده أنّه في زمان واحد يحصل إعطاء واحد مقترن بأخذ الطرف

الآخر، فلا يأتي عليه الإشكال بأنّه هنا يوجد فعّالان لا فعل واحد، أحدهما الإيجاب الحاصل من أخذ البائع، والآخر القبول الحاصل من إعطاء المشتري. وذكر بعض المحقّقين تفسيراً آخر للعبارة حاصله: أنّ الإعطاء - من جهة أنّه أخذ في مفهومه الأخذ، إذ لا إعطاء دون أخذ - ينحلّ إلى أمرين، أحدهما الدفع والآخر الأخذ، فيصحّ نسبة الإيجاب والقبول إليه، أمّا الإيجاب فبلحاظ الأمر الأوّل، وأمّا القبول فبلحاظ الأمر الثاني<sup>(١)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «ثمّ صحّة هذا». أي: صحّة المعاطاة المتحقّقة بالإعطاء من طرف واحد فقط.

• قوله قدّس سرّه: «وكذا غير الماء من المحقّرات». هذا إشارة إلى الصورة الثالثة من صور المعاطاة التي يكتفى فيها بالإيصال والوصول من دون الإعطاء إنّما تجري على فرض صحّتها في الأمور اليسيرة فقط دون الخطيرة كبيع العقار مثلاً.

• قوله قدّس سرّه: «وسيّأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله تعالى». سيأتي من الشيخ الأعظم قدّس سرّه مزيد بيان (لصورة المعاطاة التي يتحقّق التعاطي فيها بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثل من غير إعطاء أصلاً) في التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة.

• قوله قدّس سرّه: «أمكن خلوّ المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً». لا يخفى أنّ التعبير هنا بالمعاطاة لا يخلو من مسامحة؛ لعدم وجود إعطاء من الأساس، فالمقصود بها هو المعاملة والمعاوضة.

• قوله قدّس سرّه: «فالإشكال المتقدّم..». الإشكال الذي تقدّم منه في الصورة الثانية بقوله: (فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة).

(١) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١١٩.



### **التنبیه الثالث**

#### **تمییز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلیة**

- المبحث الأول: بیان الشیخ الأنصاري للمسألة ورأیه فیها
- المبحث الثاني: آراء الأعلام فی المسألة



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«الأمر الثالث: تميّز البائع من المشتري في المعاطة الفعلية مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً - كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة - واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف.

وأما مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدت قيامه مقام الثمن في العوضيّة، فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً أنّ هذا المقدار من الحنطة يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنّه اشترى اللحم بالحنطة، وإذا انعكس انعكس الصدق، فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدينار هو الثمن، وصاحبه هو المشتري.

ولو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة، أو لو حظ القيمة في كليهما، بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم، فتعاطيا من غير سبق مقابلة تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً، ففي كونه بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ منهما، بناءً على أنّ البيع لغة - كما عرفت -: مبادلة مالٍ بمال، والاشتراء: ترك شيء والأخذ بغيره - كما عن بعض أهل اللغة - فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة، وأنّه اشترى الحنطة، فيحتمل لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة. نعم، لا يترتب عليهما أحكام البائع ولا المشتري؛ لانصرافهما في أدلّة تلك الأحكام إلى من اختصّ بصفة البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين.

أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً، لصدق الموجب عليه، وشراءً بالنسبة إلى الآخذ، لكونه قابلاً عرفاً.

أو كونها معاطاة مصالحة، لأنها بمعنى التسالم على شيء، ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: (لك ما عندك، ولي ما عندي) على الصلح.

أو كونها معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة. وجوه، لا يخلو ثانيها عن قوة؛ لصدق تعريف (البائع) لغةً وعرفاً على الدافع أولاً، دون الآخر، وصدق (المشتري) على الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر.

## الشرح

لما كان البيع من الأمور الإضافية القائمة بالطرفين من البائع والمشتري، وكان كل واحد من هذين الطرفين قد وقع في الأدلة موضوعاً لأحكام خاصة؛ كثبت الخيار للمشتري في بيع الحيوان ثلاثة أيام مثلاً، وحكم حنث الحلف لو كان الحلف على عدم البيع والشراء أو العكس، ونحو ذلك من الأحكام، كان لازماً بيان ما يميز به البائع عن المشتري في المعاملة المعاطية، حيث عقد الشيخ قدس سره هذا التنبيه لبحث هذه المسألة، وقبل الدخول في التفاصيل لابد من الإشارة إلى أمور:

الأمر الأول: قيّد الشيخ الأنصاري البحث في هذا التنبيه في تمييز البائع عن المشتري بالمعاطاة الفعلية، وذلك لأنه لا إشكال في إمكان تمييز البائع عن المشتري في البيع اللفظي، حيث يكون التمييز بينهما فيه عن طريق كيفية اللفظ المنشأ، فمن يوجب البيع بقوله (بعت) يكون هو البائع، ومن يقبل بقوله (قبلت) هو المشتري، كما أنه لا إشكال في إمكان التمييز بين البائع والمشتري في المعاطاة بالمقاولة أيضاً بحسب كيفية المقاولة، أمّا في المعاطاة الفعلية الخالية من اللفظ والكلام فإنه من الصعب تمييز طرفي المعاملة من بائع ومشتري، لأن كليهما فاعل، وفعلهما متشابه غير معيّن لأحد العنوانين بالخصوص<sup>(١)</sup>.

---

(١) يرى المحقق الإيرواني قدس سره عدم صحة هذا الكلام، بل إن التمييز بين البائع والمشتري لابد أن يكون في مرحلة سابقة على الإنشاء، وعلى ضوءها يكون حكم البائع هو إنشاء الإيجاب وحكم المشتري هو إنشاء القبول.

قال قدس سره: «كأن المصنّف زعم أن تميّز البائع من المشتري في صورة الإنشاء باللفظ واضح لا غموض فيه على أن يكون الموجب هو البائع والقابل هو المشتري، فلذا خصّ

الأمر الثاني: ذكر بعض الأعلام أنه لا إشكال في أن غرض الشيخ الأعظم قدس سره من هذا التنبيه ليس هو تمييز البائع عن المشتري بحسب المفهوم، إذ إن مفهوميها من الواضحات التي لا تحتاج إلى بيان، ضرورة أن من أنشأ البيع يسمي بائعاً، ومن يقبل ذلك يسمي مشترياً.

كما أن الغرض ليس هو تمييز أحدهما عن الآخر في موارد الشبهات المصدقية، بأن يوجد بيع معاطاتي في الخارج ولكن لم يميز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجية، وذلك لبداية رجوع هذه المسألة إلى باب المرافعات التي لا صلة لها بالمقام.

وإنما الغرض الأساس الذي من أجله عقد هذا التنبيه هو التعرّض لمفهوم البائع والمشتري من حيث السعة والضيق لكي يستوضح مقدار صدقهما، وهو ما عبّر عنه الشيخ الأعظم قدس سره في أول كتاب الطهارة بالشك في الصدق، بأن يكون للمفهوم أفراد متيقنة ويشك في سعة بالنسبة إلى الأفراد المشكوك، والذي يكون مرجعه في الحقيقة إلى الشبهة المفهومية، ولذا نجد أن الأصحاب لم يجعلوها قسماً آخر وراء الشك في أصل المفهوم<sup>(١)</sup>.

---

البحث بالمعاطاة المتشابه فيها الفعلان صورة، وهو فاسد؛ فإن التمييز ينبغي أن يكون في مرتبة سابقة على الإنشاء حتى يكون الإنشاء بالإيجاب وظيفه البائع والإنشاء بالقبول وظيفة المشتري، فينبغي طلب مميّز يمتاز به البائع عن المشتري في كلّ بيع بلا اختصاص له بالبيع المعاطاتي وإننا نحتاج إلى تميّز كلّ منهما عن الآخر؛ إذ لكلّ حكم يخصّه، ومنه اختصاص إنشاء الإيجاب بالبائع وإنشاء القبول بالمشتري». (حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧١).

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٩٣. ومحاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيّد الخوئي، للسيّد علي الشاهرودي، ج ٢ ص ٩٢.

فأشكل عليه: أنَّ الشبهة المفهوميَّة إنّما هي حيث يكون هناك قدر متيقّن، فيشكّ في دخول الزائد عليه في المفهوم، وإذا كان البائع هو من ينشئ البيع والمشتري هو من يقبله، فالأمر حينئذ يدور بين الوجود والعدم، إذ إنّ البائع إمّا أن يكون قد أنشأ البيع أو لم ينشئه، فلا يكون المورد من الشبهة المفهوميَّة.

قال أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني: «إذا التزمنا بأنّ البائع مفهوم ينطبق على الذي أنشأ وصدر منه البيع، ومفهوم المشتري ينطبق على مَنْ قَبِلَ البيع، فحينئذ يدور أمر المفهومين بين الوجود والعدم، فلا يعقل حدوث الشبهة المفهوميَّة بالنسبة إليهما كما تصوّره القائل، نعم تحصل الشبهة المفهوميَّة إذا كان سعة المفهوم وضيقة مردّداً منذ البداية بين الأقلّ والأكثر مع وجود قدر متيقّن له»<sup>(١)</sup>.

وحينئذ لا تخلو عبارة الشيخ الأعظم من الاضطراب في المقام، فبعض عباراته توحى أنّه في مقام بيان صور المسألة إثباتاً، وأخرى توحى أنّه يتكلّم في مقام الثبوت، ففي بيانه للصورة الأولى - على ما سيأتي - يظهر منه قدّس سرّه قصده التمييز في مقام الإثبات، خاصّة مع قوله: (مما تعارف جعله ثمناً كالدراهم والدنانير) فإنّ التعارف يتلاءم مع كون الشبهة في المصدق، وأنّه المرجع في مقام الإثبات، وهذا يناسبه مقام المرافعة.

وأما في الصورة الثانية فيظهر منه أنّ قصده التمييز في مقام الثبوت، وأنّ الكلام في الشبهة المفهوميَّة، كما يظهر ذلك من قوله: (فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن)، وقوله: (فيكون المدفوع بنيّة البدليّة عن الدرهم والدينار هو الثمن)، فإنّ هذا التعريف يرجع إلى تحديد المفهوم، كما أنّ الوجوه التي سيذكرها بعد ذلك كلّها ترجع إلى الشبهة المفهوميَّة لا المصدقيّة التي هي محلّ الكلام.

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد علي الأنصاري القميّ، ج ١ ص ٤٦٥.

وبعبارة أخرى: إنَّ البحث يقع تارة عن كيفية تحقُّق مفهوم البيع والشراء ومفهوم البائع والمشتري، وأخرى عن مصداق كل واحد منهما، «ويستفاد ممَّا ذكره خلال القسم الأوَّل - من أنَّه لو تعارف ثمنية أحد المالين المتبادل بينهما فصاحبه مشتري ما لم يصرَّح بالخلاف - أنَّه يقصد تميُّزهما في مقام الإثبات، لأنَّ التصريح بالخلاف وعدمه يعدّان من شؤون مقام الإثبات، ولكنَّ بيانه في الوجه الثاني - من أنَّ صاحب الحنطة إذا قصد قيامها مقام الثمن ودفعها إلى صاحب اللحم فإنَّه يعدّ مشترياً - يفيد أنَّه ناظر إلى مقام الثبوت والواقع، فلو كان الشيخ بصدد بيان الأمر الثبوتي فإنَّ البيان الأوَّل ناقص، وإنَّه لو كان بصدد بيان الأمر الإثباتي فالثاني باطل»<sup>(١)</sup>.

ولذا قال السيّد الحكيم قدّس سرّه: «عبارات المصنّف - رحمه الله - لا تخلو من اضطراب لأنَّ بعضها ظاهر في كونه في مقام التمييز بين المفهومين ثبوتاً، وبعضها ظاهر في كونه في مقام التمييز بينهما إثباتاً»<sup>(٢)</sup>.

الأمر الثالث: إنَّ المحقّق الآخوند قدّس سرّه أشكل في عدّ هذه المسألة من تنبيهات المعاطاة؛ لعدم الاختصاص بها، وحاصل ما أفاده: أنَّه كما نحتاج في البيع الفعلي إلى التمييز بين البائع والمشتري، فكذلك نحتاج إليه في البيع اللفظي أيضاً، إذ مع عدم القصد فيه يقع التردّد بينهما كما يحصل في البيع الفعلي تماماً، وعليه فالمملك بائع والمتملّك مشتري، بلا فرق بين القول والفعل، نعم توجد خصوصية في الفعل وهي خلوه من القرائن الحالية والمقالية فنحتاج فيه إلى ضوابط تميّز لنا البائع عن المشتري، بخلاف القول فإنَّه يتضمّن قرائن تدلّنا على

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد علي الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤٥٧.

(٢) نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٦١.



البائع والمشتري من دون حاجة إلى ضوابط التمييز، إلا إذا كانت الألفاظ المستعملة في العقد اللفظي من المجاز أو الكناية فنحتاج حينها إلى البحث عما يميز لنا البائع عن المشتري.

قال قدس سره: «لا يخفى أنه ليس هذا من تنبيهات المعاطاة، لعدم اختصاصه بها، وأن المنشئ للتمليك بالعوض بائع، ومنشئ التملك به مشتري، من غير فرق فيما قصدا به بين اللفظ والفعل، فلو لم يقصد كل واحد منهما إلا ما قصد الآخر، فهما بائعان، أو مشتريان كذلك، أي: من غير فرق بينهما، فلا فرق فيما هو المميز لكل منهما عن الآخر مفهوماً بينهما، نعم بينهما فرق في التمييز خارجاً، وهو أنه غالباً يكون في البيع بالصيغة ما يدل بظاهره على أن أيهما بائع وأيها مشتري، بخلاف الفعل؛ لعدم دلالة بنفسه، ويكون الدلالة بالقرينة، وربما لا يكون، أو لا يكون محفوظة، وربما يعكس الأمر، لو قلنا بكفاية المجاز، والكفاية في الصيغة»<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه:

أولاً: إن ما ذكره قدس سره من كون البائع مملكاً والمشتري متملكاً مع القصد، وكلاهما بائعان أو مشتريان مع عدمه، ممنوع لا يمكن المصير إليه، إذ مع عدم القصد إلى التملك أو التملك مع كون البائع هو المملك والمشتري هو المتملك كيف يكونان بائعين أو مشتريين؟ فما هذا إلا ترديد بين باطلين<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: إن الشيخ الأعظم قدس سره يعتبر في ألفاظ البيع انعقاد ظهور للفظ كي يصح العقد، وإلا فالعقد باطل، وعليه إن كان هناك ظهور فالتمييز لا محالة

(١) حاشية المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٣٩.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد علي الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤٦٦.

حاصل، وإن لم يكن ظهور كما في الكناية والمجاز فالمعاملة باطلة ولا حاجة معه إلى التمييز، فما ذكره الأخوند قدس سره من تعميم التمييز إلى العقود اللفظية أيضاً ليس على ما ينبغي، نعم بناءً على كفاية الإيجاب المجازي أو الكنائي في صحة البيع وإن لم ينعقد ظهور كان لما ذكره وجه<sup>(١)</sup>.

بعد اتّضح هذه الأمور يقع الكلام فعلاً في تفصيل المسألة ويكون في

مبحثين:

### المبحث الأول: بيان الشيخ الأنصاري للمسألة ورأيه فيها

ذكر الشيخ الأعظم قدس سره لمسألة التمييز بين البائع والمشتري في المعاطاة

الفعلية صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون أحد العوضين من النقود المتعارف جعلها ثمناً كالدرهم والدينار، والعوض الآخر يكون من العروض والمتاع، فمن الواضح حينها أن من يعطي المتاع يسمى بائعاً، ومن يعطي النقود يسمى مشترياً، ما لم يصرح بالخلاف<sup>(٢)</sup>، وذلك لقيام سيرة العقلاء وديدنهم على ذلك.

لكن لا يخفى أن هذا مبني على الغالب، إذ إن الثمن غالباً ما يتمحّض في جهة المالّة كالدرهم والدينار، والمثمن غالباً ما يكون هو المتاع الذي يطلبه الشخص لرفع حاجته كالثوب لأجل اللبس والطعام لأجل الأكل، بخلاف

(١) راجع: العقد النضيد، مصدر سابق، ج ١ ص ٤٦٦.

(٢) لكن لا خصوصيّة للتصريح في المقام، إذ للقصد دخالة في ذلك، فلو أعطى مالك النقود بقصد التمليك بإزاء متاع الطرف المقابل، وكان قصد مالك المتاع تملك النقود بإزاء المتاع، بحيث يكون قصد تملك النقود من مالها أصلياً، وقصد تملك المتاع تبعياً عكس قصد مالك المتاع، فيكون حينها صاحب المتاع مشترياً ومعطي النقود بائعاً. (راجع: إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٩٩).

الدراهم والدنانير فإنَّها بما هي غير رافعة لحاجة من الحاجات.  
ولعلَّه إلى ذلك أشار الراغب الأصفهاني في المفردات بقوله: «المشتري دافع الثمن وأخذ المثلَّ، والبائع دافع المثلَّ وأخذ الثمن، هذا إذا كانت المبيعة والمشاركة بناضٍ وسلعة»<sup>(١)</sup>.

**الصورة الثانية:** أن يكون كلا المالين من العروض والمتاع، فلا يخلو الأمر حينئذٍ من إحدى حالتين:

**الحالة الأولى:** أن يكون إعطاء أحد العوضين بما هو بدل من النقود، ويكون إعطاء الآخر بما هو من دون قصد هذه البدليَّة، فالذي يعطي على نحو البدليَّة يكون هو المشتري، والآخر هو البائع، كما في بيع القماش مثلاً في بعض القرى للفلاحين، فإنَّ الفلاح ربَّما يعطي بدلاً من النقود الحنطة لبائع القماش، فيكون أخذ البائع الحنطة باعتبار أنَّ الفلاح ليس عنده نقود، فيقوم النقد بما يعادله من الحنطة، فكأنَّ الفلاح قد دفع النقد ولكن بما يعادله من الحنطة، فيكون مشترياً، أمَّا بائع القماش فليس في إعطائه المتاع هذا اللحاظ فيكون بائعاً.

وبعبارة أخرى: «إذا كان كلا العوضين نقداً أو كان كلاهما متاعاً ولكن كان نظر أحد المتعاملين من المبادلة إلى حفظ ماليَّة ماله في ضمن أيِّ متاع كان مع كون غرضه في ذلك هو تحصيل الربح والمنفعة، كأهل التجارة والكسب، وكان نظر الآخر إلى رفع حاجته وكشف نوائبه وكرباته فقط، فإنَّ الأوَّل يسمَّى بائعاً والثاني يسمَّى مشترياً، وعلى هذا فيكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو الماليَّة الخالصة لكي يكون ذلك قائماً مقام النقود ويعنون بعنوان الثمنية، ومثال ذلك: أن يعطي أحدٌ مقداراً من الحنطة ليأخذ لحماً وكان غرضه من إعطاء الحنطة أنَّها تساوي درهماً، فإنَّ هذا يسمَّى مشترياً وبأذل اللحم يسمَّى بائعاً، وإذا انعكس

(١) المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، ص ٢٦٠.

الأمر انعكس الصدق أيضاً<sup>(١)</sup>، أي: إذا كان المقصود هو بدليّة اللحم عن الدرهم، يكون اللحم هو الثمن وبأذله يكون مشترياً، والمعوّض هو الحنطة وبأذله يكون بائعاً.

الحالة الثانية: أن يكون إعطاء كلّ من العوضين بإزاء الآخر بما هو من دون لحاظ قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة، بل كان غرض كلّ من المتعاقدين هو تحصيل الربح والمنفعة مع حفظ ماليّة ماله في ضمن أيّ متاع كان، أو يكون إعطاء كلّ واحد منهما بقصد البدليّة عن الدرهم والدينار، فيكون نظر كليهما إلى رفع الاحتياج ودفع الضرورة، من غير سبق مقاوله تدلّ على كون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً، كما إذا احتاج مالك القماش إلى الحنطة ومالك الحنطة إلى القماش، أو أعطى كلّ واحد منهما متاعه مقوّمًا له بالدرهم أو الدينار، فأعطى مالك القماش عشرة أمتار بإزاء عشر كيلو غرامات من الحنطة، باعتبار أن كلّ متر من القماش يساوي كيلو غرام من الحنطة في القيمة.

ذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه في تمييز البائع عن المشتري في هذه الحالة أربعة وجوه:

الوجه الأوّل: أن يكون ذلك بيعاً وشراء لكل واحد من المتبايعين، باعتبار تحقّق كلا عنواني البيع والشراء بفعلهما، فإنّ الأصل في البيع لغة؛ كما في المصباح هو: (مبادلة مال بمال)<sup>(٢)</sup>، وهنا كلّ واحد من المتبايعين بدّل متاعه بمتاع الآخر، والشراء هو: ترك الشيء والأخذ بغيره؛ كما جاء ذلك في القاموس حيث قال: «كلّ من ترك شيئاً وتمسّك بغيره فقد اشتراه، ومنه: اشتروا الضلالة بالهدى»<sup>(٣)</sup>،

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيدي، ج ٢ ص ١٩٣.

(٢) المصباح المنير، الفيومي، ج ١ ص ٦٩.

(٣) القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ج ٤ ص ٣٤٨.

وهنا كلّ من المباعين ترك شيئاً وأخذ غيره.

ولذا قال الراغب الأصفهاني: «إذا كانت (المبايعة) بيع سلعة بسلعة صحّ أن يتصوّر كلّ واحد منهما مشترياً وبائعاً»<sup>(١)</sup>.

وعليه، فلو حلف أيّ من المتبايعين على عدم البيع أو عدم الشراء لحنث بذلك، نعم لا تترتب أحكام البائع خاصّة ولا أحكام المشتري خاصّة عليهما؛ لانصراف عنوان البائع والمشتري في أدلّة تلك الأحكام على خصوص من كان بائعاً محضاً أو مشترياً محضاً، فلا تثبت تلك الأحكام لمن كان مصداقاً لكلا العنوانين باعتبارين في معاملة واحدة.

لكن يمكن أن يرد على هذا الوجه: أنّ لازم ذلك صدق عنواني البائع والمشتري على كلا طرفي العقد في جميع المقامات، ولا يختصّ بهذه الصورة. ولذا قال السيّد اليزدي قدّس سرّه: «لا يخفى أنّه مع هذا البناء يصدق البائع والمشتري على كلّ من الطرفين في جميع المقامات، ولا اختصاص له بهذه الصورة، وهذا معنى آخر للفظ البيع والشراء، والكلام في صدق المعنى المعروف وعدمه، ومن المعلوم عدم إمكان اجتماع الوصفين عليه، أي: على المعنى المعروف في مورد واحد، وذلك لأنّه إن كان مملّكاً ماله بعوض فلا يمكن أن يكون متملكاً أيضاً، وبالعكس كما هو واضح، وقد يتخيّل إمكان ذلك بناءً على جواز استعمال اللفظ في معنيين فيما إذا كان إنشاء المعاملة باللفظ، فإنّه يقصد بقوله (بعت) تمليك ماله بعوض، وتملك مال الآخر بعوض، وأنت خير بما فيه، إذ الشيء الواحد لا يمكن أن يملك بوجهين، فلا بدّ من إرادة أحد الوجهين، ومعه لا يمكن الإنشاء على الوجه الآخر إلّا مع العدول عن الأوّل»<sup>(٢)</sup>.

(١) المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، ص ٢٦٠.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٦.

كما ذكر أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه: «أنّ عنوان البائع وعنوان المشتري بالمعنى المزبور العامّ كما يصدق على كلّ منهما في المقام كذلك يصدق على كلّ من المتبايعين في كلّ بيع، حتّى فيما إذا كان أحد العوضين نقداً والعوض الآخر عرضاً، ولازم ذلك أن لا يختصّ أحد المتبايعين في البيوع المتعارفة بكونه بائعاً وثانيهما بكونه مشترياً، وهذا بديهيّ البطلان»<sup>(١)</sup>.

**الوجه الثاني:** أن يكون ذلك بيعاً بالنسبة إلى من يعطي ماله أولاً بقصد كونه ملكاً للآخر بالعوض، ويكون أخذ الآخر اشتراءً، والدفع ثانياً يكون من باب الوفاء لما تمّ من المعاوضة بالدفع الأوّل، فيكون تمييز البائع عن المشتري في هذه الصورة من خلال التقدّم والتأخّر في الدفع.

استظهر الشيخ الأعظم هذا الوجه واستقره في مقام الإثبات وذكر أنّه لا يخلو من قوّة، باعتبار أنّ تعريف البائع لغةً كما يستفاد من تعريف المصباح المتقدّم بأنّه مَنْ يعطي المثلّث ويأخذ الثمن يصدق على الدافع ماله أولاً إلى الآخر، وتعريف المشتري لغةً كما في القاموس بأنّه من يأخذ الشيء أولاً ويترك الآخر يصدق على أخذ ما دفعه الأوّل، فإنّه هو الذي يستلم المثلّث ويدفع بدلها، إلّا أنّ الشيخ أمر بالتدبّر في المسألة بعد ذلك، ولعلّه إشارة إلى أنّ ذلك مبنيّ على منع تقدّم القبول على الإيجاب، فيكون المتقدّم موجّباً لا محالة، وممّا لا إشكال فيه أنّ البيوع اللفظيّة يجوز فيها تقدّم القبول على الإيجاب، فلذا يمكن في البيع المعاطاتي أن يقصد المعطي أولاً قبول الإيجاب المتأخّر، كما أنّه أخصّ من المدعى أيضاً؛ لاختصاصه بما إذا تقدّم أحد الإعطائين على الآخر، ولا يشمل ما إذا تقارن الإعطائان عرفاً، وعليه فهذا الوجه وإن كان صحيحاً في الجملة إلّا أنّه لا يتمّ في جميع الموارد وعلى وجه الإطلاق.

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٩٤.

الوجه الثالث: أن يكون ذلك صلحاً معاطاتياً، فإن المصالحة في اللغة بمعنى التسالم على الشيء، وهذا ينطبق على التعاطي الحاصل في المقام، فإن كل واحد من المتعاطيين يتسالم على تبديل ماله بمال الآخر، ولذا حمل الفقهاء التسالم الحاصل في الرواية الواردة في قول أحد الشريكين<sup>(١)</sup> لصاحبه: (لك ما عندك ولي ما عندي) على المصالحة<sup>(٢)</sup>.

فإن كلا الشريكين تسالما على أن ما عند كل منهما ملك له وما عند الآخر ملك للآخر، والإمام عليه السلام حكم بجواز ذلك ونفوذه مع التراضي به، والفقهاء حملوا هذا التسالم على المصالحة، فيكون ذلك شاهداً على أن المصالحة والتسالم هما بمعنى واحد، وما نحن فيه في التعاطي يكون من هذا القبيل، فإن كل واحد من المالكين المتعاطيين يعطي ما عنده ويأخذ ما عند الآخر، فهما قد تسالما على أن ما عند كل واحد منهما يكون ملكاً له، وهذا التسالم عبارة أخرى عن المصالحة.

لكن يمكن أن يرد عليه ما أورده أستاذنا السيّد الخوئي قدس سره بما حاصله: أن المقصود من الصلح هنا إما أن يكون مصداقاً من مصاديق مفهوم التسالم بالحمل الشائع، أو هو إنشاء لمفهوم المصالحة المتميز عن بقية العقود، أمّا الأول فهو وإن كان لا بأس فيه باعتبار أن مفهوم التسالم واسع يشمل جميع العقود، إلا أن هناك فرقاً بين إنشاء الصلح كعقد يكون المنشأ فيه هو عنوان الصلح وبين إنشاء معاملة يكون التسالم فيها حاصلًا بين طرفيها، وأمّا الثاني فهو

(١) لم يرد لفظ الشريكين في الرواية، ولعلّه من باب المصداق.

(٢) الرواية عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن حماد، عن حريز، عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي. قال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»، (الكافي، الشيخ الكليني، ج ٥ ص ٢٥٨، باب الصلح).

واضح البطلان، إذ التعاطي الحاصل لا ربط له بمفهوم المصالحة بما هي.  
وأما الرواية فهي أقرب إلى الهبة المعوضة<sup>(١)</sup> منها إلى الصلح؛ لكون موردها من قبيل الشركة، ولا أقل من احتمال ذلك فتكون مجملة لا يصلح الاستشهاد بها.  
قال قدس سره: «إن كان المراد من الصلح ما هو مصداق لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو حسن، لأن مفهوم التسالم أمر وسيع يشمل جميع العقود حتى النكاح، إلا أن المنشأ في كل عقد بدءاً غير ما هو المنشأ في الصلح، بديهية أن كل معاملة وإن كانت لا تصدر إلا عن تسالم من الطرفين على تلك المعاملة لكنه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح، فكم فرق بين إنشاء الصلح وبين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين، نعم إن نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تتحد مع نتيجة بعض العقود الأخرى، وإن كان المراد من الصلح ما هو أنشئ لمفهوم المصالحة التي تتميز عن بقية العقود فهو واضح البطلان، ضرورة أن التعاطي المذكور بعيد عن مفهوم الصلح وحقيقته، وأما الرواية المزبورة فلا وجه لحملها على الصلح بل هي تناسب الهبة المعوضة، وهذا واضح لا ريب فيه»<sup>(٢)</sup>.

الوجه الرابع: أن يكون ذلك معاملة مستقلة غير مندرجة تحت أي عنوان من العناوين المتعارفة للعقود؛ لعدم صدق مفهوم البيع والشراء والصلح عليها، فيجب الوفاء بها بمقتضى آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

هذه هي تمام الوجوه التي ذكرها الشيخ الأعظم قدس سره في تمييز البائع عن المشتري طبقاً للتصوير المشار إليه في الأمر الثاني.

ولا بأس من الإشارة أخيراً إلى أنه قد يقال: إن محل الكلام في هذا التنبيه هو تمييز البائع عن المشتري، وهذا معناه أننا نعلم مسبقاً أن هذه المعاملة الفعلية

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٦٠.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٩٥.



الحاصلة ينطبق عليها عنوان البيع قطعاً، لكننا نشكّ في كون أيّ من الطرفين هو البائع وأيّ منهما هو المشتري، وعليه فالوجه الثالث والرابع من كون هذه المعاملة مصالحة أو معاملة مستقلة لا ينسجم مع الفرض المذكور. وبعبارة أخرى: نحن نعلم أنّه قد حصلت مبادلة، وأنّ هذه المبادلة هي بيع، وليست مصالحة أو معاملة مستقلة، ثمّ نشكّ في تحديد البائع والمشتري، فيأتي البحث في تعيين الضابطة للتمييز بينهما، وليس الشكّ هنا معناه أن نفرض أنّها مصالحة معاطائيّة أو معاملة مستقلة خارجة عن عنوان البيع، فإنّ هذا خلاف الفرض.

ولذا قال بعض المحقّقين: «إن كان محلّ الكلام هنا مثل السابق تشخيص البائع عن المشتري مع العلم بتحقيق عنوان البيع تفصيلاً وتحقّق عنوان البائع والمشتري إجمالاً مردّداً بين احتمالات ثالثها كون كلّ منهما بائعاً ومشترياً كما يساعد عليه سياق العنوان وجعل هذا من التنبيهات، فلا مجال لذكر الوجهين الآخرين، ضرورة أنّ احتمالها منافٍ لفرض العلم بقصد عنوان البيع والعلم بتحقيقه، وإن كان محلّ الكلام تشخيص عنوان المعاملة وأنّه بيع أو صلح أو معاملة مستقلة للشكّ في أنّ قصدهما هذا أو هذا أو ذاك، وأنّ ما هنا فهو عنوان لمسألة أخرى إنّما ذكره في ذيل العنوان المذكور لمناسبة ما، فلا مجال لجعل الوجه الثاني بل الأوّل أيضاً في عرض الوجهين الآخرين، لأنّ ما كان في عرضهما احتمال البيعيّة لا احتمال خصوصيّة طرفيه بعد الفراغ عن أصل تحقّق البيع، كما هو ظاهر الوجه الأوّل والثاني»<sup>(١)</sup>.

إلا أن يقال: إنّ عنوان التنبيه إنّما يتعلّق بالمسألة في الجملة، إذ فيها صور متعدّدة، قد يقال في بعضها إنّ المعاملة خارجة عن عنوان البيع وداخلية في المصالحة أو إنّها معاملة مستقلة، والشيخ الأعظم قدّس سرّه يعطي رأيه في المسألة ويرى أنّ المعاملة في جميع صورها بيع، فيحدّد الضابطة في التمييز بين البائع والمشتري في جميع الصور.

(١) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٢١.

## المبحث الثاني: آراء الأعلام في المسألة

تعددت آراء الأعلام وتشعبت في مسألة تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة التي يكون كلا العوضين فيها من النقيدين أو كليهما من غيرهما - بعد الاتفاق على كون المشتري هو باذل النقد والبائع هو باذل السلعة في المعاطاة التي يكون فيها أحد العوضين من النقود والآخر من العروض - ما بين مؤيد للشيخ الأعظم في استظهاره الوجه الثاني من الوجوه المتقدمة، وما بين معارض له، وفي الجملة يمكن تصنيف الفقهاء بحسب آرائهم في المسألة - بحسب تبّعنا - إلى مجموعات ثلاث:

**المجموعة الأولى:** تبنت رأي الشيخ الأعظم نفسه في الوجه الثاني والذي ذكر أنه لا يخلو من قوّة، من أن البائع هو من يعطي ماله أولاً، والمشتري هو المتأخر في الإعطاء.

وأبرز من ذهب إلى هذا الرأي هو الميرزا النائيني على تفصيل حاصله: إن الضابطة العامة في تمييز البائع عن المشتري هي أن البائع هو الذي يفكّ المالين عن طرفي الإضافة ويشدّ كلّ واحد منهما مكان الآخر، والمشتري هو الذي يطاوع البائع في فعله، وفي المعاطاة التي لا يكون فيها أحد العوضين من النقود والآخر من العروض، بل كان كلاهما من النقود أو كلاهما من العروض، ولم يقصد قيام أحد العوضين مقام المثلن والآخر مقام الثمن، لا بدّ لأجل التمييز بين البائع والمشتري فيها من التفصيل، فإنّ التعاطي فيها إمّا أن يقع تدريجياً أو يقع دفعياً، فعلى الأوّل يكون البائع هو من ابتداءً بالإعطاء ويكون الآخر هو المشتري كما ذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه، وعلى الثاني يكون تمييز البائع عن المشتري مشكلاً واقعياً؛ بمعنى أن لا واقع له إلا الإيهام، لأنّ كلّ واحد من الإعطائين يصلح أن يقع به الإيجاب والقبول واقعاً، ولا يوجد في البين معيّن بحسب الواقع، فيكون تخصيص أحدهما لأن يقع به الإيجاب والآخر للقبول تخصيصاً بلا مخصص،

وعليه فلا بدّ في هذه الحال من الحكم بوقوع البيع لأنّه الأمر المتيقّن<sup>(١)</sup>، وكون أحد طرفي المعاملة لا على نحو التعيين بائعاً والآخر مشترياً من دون امتياز بينهما واقعاً، ورفع اليد عن ترتيب الآثار المختصّة بعنوان البيع أو الشراء والبائع أو المشتري<sup>(٢)</sup>. كما ذهب إلى هذا الرأي أيضاً المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه، حيث قسّم البحث في المسألة إلى بحثين أحدهما ثبوتي والآخر إثباتي، وذكر أنّ البائع ثبوتاً هو ما يصدر منه التسبيب إلى الملك، بينما المشتري هو الذي يطاوع البائع في ذلك، لذا ففي مقام الاشتباه في التمييز إثباتاً، وبعد فرض أنّ أحد الطرفين موجب

(١) يرى الميرزا النائيني قدّس سرّه أنّ هذه المعاطاة الدفعية لا يخلو أمرها إمّا أن تكون صلحاً أو بيعاً أو معاملة مستقلة، والصلح فيها لا ينبغي احتمال له لكونه أمراً غير معقول، إذ إنّ حقيقة الصلح هو التسالم والتباني، وهو أمر قصديّ، والمعاطاة فعل خارجيّ يمكن أن يكون مصداقاً للعناوين الأولى كالقيام والجلوس أو للعناوين المنتزعة منها من مسبباتها كالتعظيم والتوهين، ولكن لا يعقل أن يكون مصداقاً لما يتحقّق بالقصد، فلا يصلح هذا التعاطي الدفعي أن يكون مصداقاً للصلح، فيتعيّن حينئذ أن يكون بيعاً، وكونها معاملة مستقلة لا وجه له في المقام، إذ مع كون قصد الطرفين التبدّل لا يكون إلّا بيعاً. (راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٠١).

(٢) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث النائيني، للشيخ محمد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٠١. منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٨-١٦٩. وذكر السيّد الخوئي قدّس سرّه تعليقاً على ما ذكره الميرزا النائيني في المقام ما نصّه: «وهذا ممّا لم نفهمه فعلاً، كما لم نفهمه حين البحث في درسه، وذلك: أولاً: أنّه لا معنى لكون أحدهما بائعاً بلا تعيّن أو لكون أحدهما مشترياً كذلك. وثانياً: أنّ نسبة المعاملة إلى كلّ واحد منهما على حدّ سواء، فلا معنى لصيرورة أحدهما بائعاً والآخر مشترياً، وهل هذا إلّا من قبيل الترجّح بلا مرجّح لأنّ كليهما واجدان لما هو موجود في الآخر، ومعه كيف صار هذا بائعاً دون الآخر». (التنقيح في شرح المكاسب - موسوعة الإمام الخوئي -، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٣٦).

والآخر مطاوع، إن كانت المبادلة بين غير النقيدين وأحدهما فمن الواضح عرفاً أنّ مالك النقد هو المشتري، ومالك غيره هو البائع، سواء تقدّم الإعطاء أم تأخّر، وإن كانت المبادلة بين النقيدين في كلا الطرفين أو بين غيرهما كذلك فالمناط هو ما ذكره الشيخ الأعظم من الدفع أولاً، فالدافع أولاً يكون هو البائع لأنّه هو المتسبّب في الملك ظاهراً غالباً، بينما الدافع ثانياً هو المشتري لكونه مطاوعاً<sup>(١)</sup>.

وذكر السيّد الحكيم قدّس سرّه أنّ العوضين «لو كانا معاً من قبيل العروض أو من قبيل النقود فلا يبعد كون تقدّم أحدهما قرينة على كونه بائعاً والآخر مشترياً، جرياً على أصالة التطابق بين التقدّم الزماني والرتبي، ولو تساوى لم يبعد الحكم بأنّ الطالب المساوم هو المشتري والآخر هو البائع؛ للغلبة. وقد يتفق وجود قرائن مميّزة فيعول عليها، وإلا فلا ميز بينهما في الظاهر»<sup>(٢)</sup>.

المجموعة الثانية: تبنت الوجه الرابع من الوجوه المتقدّمة، وهو كون المعاطاة محلّ البحث معاملة مستقلة ليست مندرجة تحت أيّ عنوان من العناوين المعاملية المتعارفة، وأبرز من ذهب إلى هذا الرأي من الأعلام السيّد اليزدي قدّس سرّه حيث ذكر في حاشيته أنّ «الأقوى هو الوجه الأخير كما لا يخفى»<sup>(٣)</sup>. كما تبني هذا الرأي أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه، حيث قال بعد بيانه للوجه الرابع: «وهذا هو الصحيح عندنا»<sup>(٤)</sup>.

واحتمله الشيخ الأراكي قدّس سرّه حيث قال بعد ذكر عدّة وجوه: «ربّما يؤيد الأخير منها (وهو أنّه ليس في البين بائع ولا مشتري واقعاً، بل حصل تمليكاً من المالكين، كلّ منهما في عرض الآخر) أنّ من المتعارف أنّ المبدّل للحنطة

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٦١.

(٢) نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٦١.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٧.

(٤) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٩٦.

بالشعير مثلاً لو سئل عنه: هل بعت الحنطة؟ يقول: (نفرو ختم ولكنه تاخت زدم به جو) <sup>(١)</sup>، وعلى هذا فيكون هذا القسم من المعاطاة معاوضة مستقلة، غير داخلية في شيء من العناوين المتعارفة <sup>(٢)</sup>.

**المجموعة الثالثة:** تبنت وجوهاً أخرى غير الوجوه الأربعة التي ذكرها الشيخ الأعظم قدس سره، فذكر الميرزا الإيرواني قدس سره أن الضابطة في التمييز بين البائع والمشتري لا بد أن تكون عامّة في كلّ بيع سواء كان لفظياً أم فعلياً ولا اختصاص لها بالبيع المعاطاتي كما فعل الشيخ الأعظم قدس سره، وأفاد أن التبع يقضي بأن المعيار في الشراء النظر إلى خصوصيّة المال الذي يأخذه من الطرف المقابل، وأن المعيار في البيع عدم النظر إلى خصوصيّة المال الذي يأخذه من الطرف الآخر، فيكون غرض البائع من أخذ الثمن هو التحفّظ على مالّيّة المبيع والإمساك بها، كما أن غرض المشتري هو تمكّنه من خصوصيّة المال الآخر والأخذ بها، فإن تحققت هذه الضابطة فيها، وتدخل المعاطاة في البيع، وإلا فهي معاملة مستقلة، محكومة بالصحة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، لكن من دون أن تجري عليها الأحكام المترتبة على خصوص البيع والشراء بعنوانها.

قال قدس سره: «الظاهر أن المائز أمر وجدائي في كلّ المقامات لا أن مائزه في كلّ مقام شيء غير مائزه في الآخر، كما حار به كلام المصنّف فحوّل القول من باب إلى باب من غير جدوى، والذي تحصّل لي من تصفّح الموارد وتتبّع الجزئيات: أن البائع يقال لكلّ من بذل خصوصيات ماله وأغمض النظر عنها ولكن أمسك على مالّيته بأخذ البدل، فهو في أخذه للبدل لا نظره إلا إلى حفظ تمّوله ولكي لا ينقص ماله بدفع العين كما في صورة الدفع المجاني، فمالّيّة البدل وقيامه مقام

(١) النصّ بالفارسيّة، ومعناه: لم أبع، بل قابضتها بالشعير.

(٢) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ١٠٥.

الأصل في حفظ تمّوله مطلوب له، بلا نظر إلى خصوصيات البدل، وإنّما لا يختار في الأغلب غير النقود، لا لنظر له إلى خصوصية النقود، بل لأنّ النقود أسهل في الحمل والنقل واشتراء الأجناس بها، بخلاف غير النقود فإنّها تحتاج إلى التحويل إلى النقود ثمّ صرفها في المصارف، وأمّا المشتري فهو بعكس ذلك يقال لكلّ من رغب في خصوصيات الأعيان التي يتلقاها من المأكولات والمشروبات والملبوسات بل والنقود، فمقصوده أولاً وبالذات الأعيان لتحصيل مقاصده بها، وحيث لا تعطى مجّاناً وبلا بدل التجأ إلى إقامة بدلها مقامها ليسدّ به مالية العين، فالمأخوذ مقصود له بالأصالة والدفع مقصود له بالتبع حيث لا يعطى مجّاناً، نعم قد تكون خصوصيات العين مطلوبة مرغوبة لكلّ من الجانبين كما في تبديل كتاب بكتاب أو عباء بعباء، والظاهر أنّ المعاملة في مثل هذا خارجة عن حقيقة البيع ليس فيها بائع ولا مشتري، وهي مع ذلك صحيحة بحكم العمومات المصححة للمبيع ولكلّ معاملة، كعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup>.

وللسيد الخميني قدّس سرّه وجهة نظر أخرى في المسألة حاصلها: أنّ البيع قد يطلق ويراد به ما يقابل الشراء، وقد يطلق ويراد به ما يقابل العقود الأخرى كالصلح والإجارة والهبة ونحوها، والثاني هو البيع المسببي الذي يعبر عنه بمبادلة مالٍ بمال، وهو مسبب من أسباب خاصّة، كالإيجاب والقبول، إلّا أنّه غير متقومّ بهما، لأنّ المسبب لا يعقل أن يتقومّ بسببه، أو الأمر الاعتباري بموضوع اعتباره؛ للزوم تقدّم الشيء على نفسه، وهو محال حتّى في الاعتباريات، وعليه فماهية البيع المسببي عبارة عن مبادلة مالٍ بمال، من غير تقييد بسبب خاصّ.

إذن المبادلة الحاصلة في البيع إنّما تتمّ عرفاً بمعاوضة العينين، من غير اعتبار كون أحد الإعطائين إيجاباً، والآخر قبولاً، بل المبادلة كما يمكن أن تحصل

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٢.

بالإيجاب والقبول، كذلك تحصل بإيجابين، بأن يقول أحدهما: (ملكتك هذا الكتاب بدرهم) ويقول الآخر: (ملكتك الدرهم بكتابك)، بل يظهر أنها تتحقق أيضاً بإيجاب واحد بلا قبول، فلو قال وكيل المتبايعين: (بادلت بين ماليهما)، أو قال: (بعت هذا الكتاب بالثمن الكذائي)، لكفى ذلك في حصول المبادلة، فإنَّ القبول إنما يحتاج إليه لإظهار الرضا بما أوقع الموجب، وهذا غير محتاج إليه هنا، وذلك لأنَّ إيقاع المبادلة بين المالين أو التملك بالعوض مع إذن الطرفين، هو تمام السبب والموضوع للمبادلة عند العقلاء، وقد عرفت أنَّ المبادلة بين المالين هو تمام حقيقة البيع، من غير تقييد بسبب خاص.

والظاهر أنَّ منشأ توهم اعتبار القبول والمطاوعة في البيع، وتوهم تقوّم بهما، إنما هو من شيوخ إيقاع المعاملات بالإيجاب والقبول، فصار ذلك سبباً لزعم انحصار السبب فيهما، أو تقوّم الماهية بهما.

وفي المعاطاة لو علم أنَّ إعطاء الثمن كان بقصد إيجاب المعاملة، وإعطاء المثل أو أخذ الثمن كان بقصد القبول، كان الموجب صاحب الثمن، والقابل صاحب السلعة، وأمّا إذا كان لكلٍّ منهما متاع أو نقد، وتبادلاً من دون قصد الإيجاب والقبول، فلا ينبغي الإشكال في كونه بيعاً عقلياً ومبادلة بين المالين، وأمّا تشخيص البائع من المشتري في مثله، فإنَّما يلاحظ إن قلنا بلزوم وجود البائع والمشتري في جميع البيوع، وقد عرفت عدم لزومه، وإمكان تحقق المبادلة بإيجابين، بل بإيجاب واحد، فحيثُ يمكن أن يقال بصدق (البائع) عليهما معاً، وعدم صدق (المشتري) على واحد منهما، ولا محذور في ذلك.

وإن أُبَيِّنَ عنه فيمكن أن يقال بصدقهما عليهما باعتبارين، فإنَّه باعتبار العين التي أعطاهما يكون بائعاً، وباعتبار أخذها من الآخر يكون مشترياً، ولا يشكل عليه بلزوم أطراف ذلك في جميع المعاملات؛ لوجود الفرق بين المعاملات. فلو

قصد أحدهما المبادلة وحصل الرضا من الآخر، كان الأوّل بائعاً، والثاني مشترياً. وبالجملّة: فإنّ البائع والمشتري متمايزان عرفاً بحسب نوع المعاملة، وفي الموارد الجزئية التي قد يحصل فيها الاشتباه بينهما لا يبعد أن يكون كلّ واحد منهما بائعاً ومشترياً<sup>(١)</sup>.

وذكر بعض المحقّقين أنّ أقرب الطرق لتمييز البائع عن المشتري هو الإحالة إلى العرف، لكونه أوضح من غيره في التمييز، ولانطباقه على أغلب الموارد، وما لم يحصل تمييزهما منه في النادر المخفيّ امتياز من العرف، فالمرجع فيه إلى الأصل العملي الذي يختلف مقتضاه بحسب اختلاف موارد الشكّ<sup>(٢)</sup>.

هذا تمام الكلام في آراء الفقهاء في هذه المسألة، علماً أنّ للأخذ والردّ في كلماتهم ومناقشتها بما يعين القول الصواب مجالاً واسعاً يضيق به المقام، لذا يوكل إلى بحوث استدلالية أعمق وأوسع.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «تمييز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية». ذكرنا في الشرح أنّ تقييد المعاطاة هنا بالفعلية مع أنّ المعاطاة هي عبارة أخرى عن المعاملة الفعلية إنّما هو لإخراج المعاملة التي تكون في حكم المعاطاة، كما إذا حصلت المعاملة بمجرد الكلام والمقاولة باللفظ الفاقد لبعض شرائط الصيغة، من دون حصول الإعطاء لأحد العوضين، والسبب في إخراج هذه المعاطاة عن محلّ البحث هو كون البائع والمشتري متمايزين فيها، فالبادئ هو البائع والآخر هو المشتري فلا يحتاج التمييز فيها إلى مؤونة وضابطة، بخلاف المعاطاة الفعلية فإنّه

(١) راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٤٣-٢٤٦. وكتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ٢ ص ٧-١٣.

(٢) راجع: التعليقة على المكاسب، السيّد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٦٥-٣٦٦.



لابدّ من تمييز أحدهما عن الآخر بالصور المذكورة.

• قوله قدّس سرّه: «ما لم يصرّح بالخلاف». التصريح بالخلاف كأن يقول صاحب النقد: (بعتك الدينار بهذه الشاة)، فيقول صاحب الشاة: (قبلت)، فإنّ الدينار في هذه الصورة سيكون هو المثلّث والمبيع فيكون صاحبه هو البائع، والشاة هي الثمن وصاحبها هو المشتري.

• قوله قدّس سرّه: «وإذا انعكس انعكس الصدق». أي: إذا قصد وقوع اللحم بدلاً عن الدرهم باعتبار أنّه يساويه في القيمة، يصير حينئذ المثلّث في المثال السابق ثمنًا هنا وهو اللحم، وبأذله يكون مشترياً، والثمن هناك ثمنًا هنا وهو الحنطة، وبأذله هو البائع.

• قوله قدّس سرّه: «أو لوحظت القيمة في كليهما». معطوف على «من دون نيّة قيام...»، والمعنى: ولو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر ولوحظت القيمة في كليهما.

• قوله قدّس سرّه: «من غير سبق مقابلة». التقييد هنا بعدم سبق المقابلة واضح، إذ مع سبق المقابلة على التعاطي يكون هذا السبق قرينة على كون أحدهما بالخصوص بائعاً والآخر مشترياً، فلا شكّ في تعيينهما حتّى تأتي فيه الاحتمالات المذكورة.

• قوله قدّس سرّه: «ففي كونه بيعاً وشراء» جزاء لقوله: «ولو لم يلاحظ»، وخبر مقدّم لقوله: «وجوه»، وهذا شروع في ذكر الوجوه المحتملة في المسألة.

• قوله قدّس سرّه: «كما عرفت» في أوّل كتاب البيع، حيث قال: «وهو في الأصل كما عن المصباح: مبادلة مال بمال»<sup>(١)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «فحنت لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٧.

الحنطة». هذه هي الثمرة المترتبة على الوجه الأول وهو صدق البائع والمشتري على كل واحد من الطرفين، ووجه الحنث وعدم الوفاء بمقتضى اليمين أن الخالف هو بائعٌ ومشتريٌ في الوقت ذاته، بل تجب عليه كفارتان لو حلف مرتين، مرة على عدم بيع اللحم، وأخرى على عدم شراء الحنطة.

• قوله قدس سره: «نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع ولا المشتري» استدراك على قوله: «فيصدق على صاحب اللحم..»، والمقصود أنه بناءً على صدق كلا عنواني البائع والمشتري على كلا الطرفين، لا تشملهما أحكام البائع بالخصوص ككونه ضامناً للمبيع قبل القبض، كما لا تشملهما أحكام المشتري بالخصوص ككون خيار الحيوان له؛ لانصراف أدلة تلك الأحكام إلى خصوص من صدق عليه عنوان البائع بالخصوص، ومن صدق عليه عنوان المشتري بالخصوص، ولا تعم من كان في معاملة واحدة بائعاً ومشترياً باعتبارين مختلفين.

• قوله قدس سره: «أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً» معطوف على قوله: «كونه بيعاً وشراء»، وهذا هو الوجه الثاني من الوجوه المحتملة في المسألة.

• قوله قدس سره: «أو كونها معاطاة مصالحية». تأنيث الضمير هنا إنما هو باعتبار الخبر، كما هي طريقة الشيخ الأعظم قدس سره، وهذا هو الوجه الثالث من الوجوه المحتملة.

• قوله قدس سره: «ولذا حملوا الرواية الواردة..». أي: لأجل أن المصالحية في اللغة بمعنى التسالم والتوافق حملوا الرواية على الصلح، والمقام من هذا القبيل، فإن صاحب اللحم يقول لصاحب الحنطة: (أعطيك اللحم وأخذ الحنطة) فيقبل، فيكون هذا إنشاءً للتسالم على مبادلة أحد العوضين بالآخر.

• قوله قدس سره: «وجوه» مبتدأ مؤخر، خبره قوله: «ففي كونه».

• قوله قدس سره: «فتدبر» ذكرنا وجهه في الشرح فراجع.

## التنبية الرابع

### أقسام المعاظة بحسب قصد المتعاطيين

- الوجه الأول: تملك المال بإزاء المال
  - الوجه الثاني: تملك المال بإزاء التملك
  - الوجه الثالث: إباحة المال بإزاء العوض
  - الوجه الرابع: إباحة المال بإزاء الإباحة
- الإشكال الأول: في صحّة إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على ملكيّة المتصرّف
- الإشكال الثاني: في صحّة الإباحة بإزاء العوض
- الإشكال في الوجه الرابع: في صحّة الإباحة بإزاء الإباحة



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«[الأمر] الرابع: إنَّ أصل المعاطاة - وهي إعطاء كلٍّ منهما الآخر ماله

- يُتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه:

أحدها: أن يقصد كلٌّ منهما تملك ماله بهال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملّكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها، فدفع العين الثاني خارج عن حقيقة المعاطاة، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة، وبهذا الوجه صحّحنا سابقاً عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقوّمة بالعطاء من الطرفين.

ومثله في هذا الإطلاق: لفظ (المصالحة) و (المساقاة) و (المزارعة) و (المؤاجرة) وغيرها، وبهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن والقرض والهبة، وربّما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن عطاء، وفي صحّته تأمّل.

ثانيها: أن يقصد كلٌّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إيّاه، فيكون تملكاً بإزاء تملك، فالمقاولة بين التملّكين لا الملكين، والمعاملة متقوّمة بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقّق المعاطاة. وهذا بعيد عن معنى البيع وقريب إلى الهبة المعوّضة، لكون كلٍّ من المالين خالياً عن العوض، لكنّ إجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل، إذ

لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأوّل، لأنّه إنّما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه، إلّا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأوّل على نحو الداعي، لا العوض، فلا يقدح تخلّفه، فالأولى أن يقال: إنّها مصالحّة وتسالم على أمر معيّن أو معاوضة مستقلّة.

ثالثها: أن يقصد الأوّل إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إيّاه، فيكون الصادر من الأوّل الإباحة بالعوض، ومن الثاني - بقبوله لها - التملك، كما لو صرح بقوله: أبحت لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر، فيكون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوّره على نحو الداعي، وعلى نحو العوضيّة.

وكيف كان، فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطيين لهما، ومنشأ الإشكال:

أولاً: الإشكال في صحّة إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على ملكيّة المتصرّف، بأن يقول: أبحت لك كلّ تصرّف، من دون أن يملكه العين.

وثانياً: الإشكال في صحّة الإباحة بالعوض، الراجعة إلى عقد مركّب من إباحة وملك.

فنقول: أمّا إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك، فالظاهر أنّها لا تجوز، إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرّد

إذن المالك، فإنَّ إذن المالك ليس مشرعاً، وإنَّما يمضي فيما يجوز شرعاً، فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه؛ بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره؛ غير معقول - كما صرح به العلامة في القواعد - فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟ نعم، يصحَّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود:

أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: (أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك) أن ينشئ توكيلاً له في بيع ماله له، ثمَّ نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو في نقله أولاً إلى نفسه ثمَّ بيعه، أو تملكاً له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تملك له، ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله، كما صرح في التذكرة: بأنَّ قول الرجل لمالك العبد: (أعتق عبدك عني بكذا) استدعاء لتمليكه، وإعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويقدر وقوعه قبل العتق آنأما، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع، ولا شكَّ أنَّ المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً، ولا في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا قصد التملك بالإباحة المذكورة، ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتَّى يتحقَّق تملك ضمنيٍّ مقصود للمتكلم والمخاطب، كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسألة (أعتق عبدك عني)، ولذا عدَّ العامة والخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء التي عرّفوها: بأنَّها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحّة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثّلوا للعقلي بقوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾، وللشرعي بهذا المثال، ومن المعلوم - بحكم

الفرض - أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة.

الثاني: أن يدلّ دليل شرعيّ على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأ ما، فيقع البيع في ملكه، أو يدلّ دليل شرعيّ على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأ ما لا يقبل غير العتق، فإنّه حينئذ يقال بالملك المقدّر آنأ ما، للجمع بين الأدلة. وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّة هذه الإباحة العامة، وإثبات صحّته بعموم مثل: (الناس مسلّطون على أموالهم) يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاهما لقواعد آخر مثل: توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلن مالاً له، وتوقّف صحّة العتق على الملك، وصحّة الوطاء على التحليل بصيغة خاصّة، لا بمجرد الإذن في مطلق التصرف.

ولأجل ما ذكرنا صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف، في أنّه لو دفع إلى غيره مالاً وقال: اشتر به لنفسك طعاماً - من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء - لم يصحّ، كما صرح به في مواضع من القواعد، وعلّله في بعضها بأنّه لا يعقل شراء شيء لنفسه بهال الغير. وهو كذلك؛ فإن مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه، وإلا لم يكن عوضاً وبدلاً، ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف، لكن لا يجوز وطاء الجارية مع أنّ الإباحة



المتحققة من الواهب تعم جميع التصرفات.

وعرفت أيضاً: أنّ الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمان الهدي، ولا وطء الجارية، مع أنّ مقصود المتعاطين الإباحة المطلقة.

ودعوى: أنّ الملك التقديري هنا أيضاً لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم (الناس مسلطون على أموالهم) الدال على جواز هذه الإباحة المطلقة، وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديري، مدفوعة: بأنّ عموم (الناس مسلطون على أموالهم) إنّما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كلّ تصرف جائز شرعاً، فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلّا أنّه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلّا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

ومن المعلوم: أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل الدال على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض، فلا يشمل العموم في (الناس مسلطون على أموالهم) حتّى يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديري آنأ ما.

وبالجملة، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم (الناس مسلطون على أموالهم) الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على

عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر.

نعم، لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين، بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آناً ما، فتأمل.

وأما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع والعتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكاً تقديريةً نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميت، أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل، بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع، وليس كذلك فيما نحن فيه.

وبالجملة، فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمني المذكور أولاً في (اعتق عبدك عني)؛ لتوقفه على القصد، ولا على الملك المذكور ثانياً في شراء من يعتق عليه؛ لتوقفه على التنافي بين دليل التسلّط ودليل توقف العتق على الملك، وعدم حكومة الثاني على الأول، ولا على التملك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب وذوي الخيار؛ لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبقَ إلا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرح بذلك كما لو قال: (بيع مالي لنفسك)، أو (اشتر بمالي لنفسك)، أم أدخله في عموم قوله: (أبحث لك كلّ تصرّف)، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إمّا لازماً، بناءً على أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثّر، أو موقوفاً على الإجازة، بناءً على أنّ المالك لم ينو تملك الثمن.

هذا، ولكن الذي يظهر من جماعة - منهم قطب الدين والشهيد قدس سرهما - في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء.

ويظهر أيضاً من محكي المختلف، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة أن له وطء الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن، فراجع. ومقتضى ذلك: أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك، فتأمل. وسيأتي توضيحه في مسألة الفضولي إن شاء الله تعالى.

وأما الكلام في صحة الإباحة بالعوض - سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها - فمحصله: أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلا أن المباح له يستحق التصرف، فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً، مع التأمل في صدق التجارة عليها، فضلاً عن البيع، إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبة له لغة، لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ (الصلح)، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين: (لك ما عندك ولي ما عندي)، ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين، ولو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم (الناس مسلطون على أمواتهم)، و(المؤمنون عند

شروطهم).

وعلى تقدير الصحة، ففي لزومها مطلقاً، لعموم (المؤمنون عند شروطهم)، أو من طرف المباح له، حيث إنه يخرج ماله عن ملكه، دون المبيع، حيث إن ماله باقٍ على ملكه، فهو مسلّط عليه، أو جوازها مطلقاً، وجوه، أقواها أوّلها، ثمّ أوسطها.

وأما حكم الإباحة بالإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا في سابقه، والأقوى فيها أيضاً الصحة واللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛ لأصالة التسلّط.

## الشرح

الغرض من عقد هذا التنبيه هو بيان أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين، والأقسام المتصورة من هذه الحيثية كثيرة أنهاها بعضهم إلى عشرة<sup>(١)</sup>، بل إلى ستة عشر<sup>(٢)</sup>، اكتفى الشيخ الأعظم قدس سره هنا ببيان أربعة منها، وذلك اقتصاراً على مورد الكلام والإشكال، دون ما لا كلام فيه ولا إشكال<sup>(٣)</sup>، ولندرة وقوع بعضها وخروجها عما هو المتعارف من قصد المتعاطين<sup>(٤)</sup>، مع أنّ منها ما لا دليل على صحته أصلاً<sup>(٥)</sup>.

ولاتّضح حكم الأقسام الأخرى المتصورة من الأقسام الأربعة المذكورة<sup>(٦)</sup>، وقبل الدخول في تفاصيل البحث لابدّ من الإشارة إلى الفارق بين هذا التنبيه والتنبيه الثاني، حاصله اختلاف الجهة المبحوث عنها هنا عن الجهة المبحوث

---

(١) قال الميرزا الإيرواني قدس سره: «الوجوه المتصورة عشرة؛ فإنّ المبادلة إمّا أن تكون بين المالكين أو بين الفاعلين أو بين مال وفعل، ثمّ ما كان بين المالكين إمّا أن يكون بين المالكين في ملكيّتهما أو بين المالكين في إباحتهما أو بالاختلاف، وما كان بين الفاعلين إمّا أن يكون بين تملّكين أو بين إباحتين أو بين تملّيك وإباحة، وما كان بين مال وفعل صورته أربع؛ فإنّ الفعل إمّا أن يكون إباحة أو تملّيكاً، والمال إمّا أن يجعل عوضاً في كونه ملكاً أو في كونه مباحاً فهذه عشرة كاملة». (حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٣. وراجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٧).

(٢) راجع: كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ١٠٦.

(٣) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٦١.

(٤) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، لمحمد تقي الأملي، ج ١ ص ٢٠٤.

(٥) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخنوساري، ج ١ ص ١٧١.

(٦) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٩٨.

عنها هناك، فالمعاملة، أيّ معاملة كانت، ومنها المعاطاة في البيع، فيها جهتان لابدّ من تحقّقهما:

**الجهة الأولى:** المنشأ، أي: الأمر الاعتباري المقصود للمتعاملين، وهو في المقام إمّا التملك أو الإباحة.

**الجهة الثانية:** الإنشاء، وهو المبرز الخارجي لذلك القصد الاعتباري النفساني.

كان البحث في التنبيه الثاني عن الجهة الثانية، وهو بيان المبرز الخارجي لما قصده المتعاطيان، ولذا قال الشيخ الأعظم قدّس سرّه في مطلع بحثه هناك: «إنّ المتيقّن من مورد المعاطاة حصول التعاطي فعلاً من الطرفين»، أمّا البحث هنا فهو عن الجهة الأولى وبيان أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين، ولذا قال الشيخ في مطلع بحثه: «إنّ أصل المعاطاة.. يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه»، إذن فمرجع البحث في أحد الأمرين غير ما هو مرجع البحث في الأمر الآخر<sup>(١)</sup>.

ثمّ إنّ مقتضى الترتيب المنطقي للبحوث في التنبيهات المذكورة إلى الآن للمعاطاة تقديم التنبيه الثالث على الثاني، إذ إنّّه بعد تشخيص كون المعاطاة من صغريات البيع يقع الكلام في أنّ أيّ واحد من المتعاطيين هو البائع وأيّا منهما هو المشتري، كما أنّ الأنسب أيضاً تقديم التنبيه الرابع على الثالث.

وعلى كلّ حال فالوجوه المتصورة التي ذكرها الشيخ الأعظم للمعاطاة بحسب قصد المتعاطيين في المقام أربعة، يقع الكلام فعلاً في تفصيل البحث فيها.

### **الوجه الأول: تملك المال بإزاء المال**

بأن يقصد كلّ من المتعاطيين تملك ماله بهال الآخر، فالمقابلة هنا تكون بين المالكين لا بين التملّكين الذي هو المناط في الوجه الثاني، فتتمّ المعاملة بالإعطاء

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا التوحيد، ج ٢ ص ١٩٦.

من أحد الطرفين والأخذ من الطرف الآخر، ويكون هذا الإعطاء والأخذ هو الإيجاب والقبول الذي تحصل به المعاملة، أمّا إعطاء الطرف الثاني فهو خارج عن حقيقة المعاطاة ولا ربط له بركني المعاملة، فليس هو إنشاء للقبول ولا إنشاء للتمليك، بل هو وفاء لما التزم به بإزاء ما تملكه، وعليه فلو مات القابل بعد المطاوعة وقبل أن يدفع ماله للطرف الآخر المعطي فالمعاطاة تامّة؛ لحصول الإيجاب والقبول فيها بالإعطاء والأخذ، فيجب على ورثة الآخذ الميّت تسليم العوض إلى المعطي وفاءً بالمعاملة التي قد تمت بأخذ المورث.

فإن قيل: كيف تتحقّق المعاطاة بالإعطاء والأخذ الواحد مع أنّها مصدر من باب المفاعلة الظاهر في كون المبدأ فيها صادراً من الطرفين ومتقوماً بفعل الاثنين؟ أجاب الشيخ الأعظم قدّس سرّه عن ذلك بأنّ صدق المعاطاة في المقام ليس بلحاظ اللغة وهيئة المفاعلة<sup>(١)</sup>، وإنّما بلحاظ مقابلة العقد الفعلي للفظي، وأنّ المعاملة لم تتحقّق باللفظ وإنّما بالفعل، مع غصّ النظر عن كون المبدأ والفعل - وهو الإعطاء - حاصل من الجانبين أم حاصل من جانب واحد؟

بعبارة أخرى: إنّ المعاطاة قد تطلق ويراد منها المعنى الاصطلاحي المتوافق مع ظاهر هيئة المفاعلة من الاشتراك في المبدأ وكون التعاطي من الطرفين، وقد تُطلق ويراد منها المعاملة الفعلية في قبال المعاملة القولية، فإطلاقها على مجرد الإعطاء والأخذ إنّما هو باعتبار هذه الحيثية الثانية.

وإطلاق المعاطاة - التي هي من هيئة المفاعلة - على المعاملة التي يكون فيها الإعطاء من طرف واحد ليس أمراً شاذّاً ونادراً في الفقه، فمثله صدق عنوان

---

(١) تعرّضنا تفصيلاً إلى المعنى اللغوي للمعاطاة وهل يشترط أن يكون الإعطاء الحاصل فيها متبادلاً بين الطرفين أم يكفي الإعطاء من أحدهما، في المبحث الأوّل من الفصل الأوّل من الباب الأوّل من هذا الكتاب في مناقشة تعريف الشيخ الأنصاري قدّس سرّه للمعاطاة، وآتاه تعريف لغويّ أم اصطلاحيّ، فراجع.

المصالحة والمزارعة والمؤاجرة والمضاربة، فهذه العناوين رغم كونها من مصاديق هيئة المفاعلة إلا أن المبدأ فيها قائم بالموجب، والقابل شأنه مجرد القبول ليس إلا. ومنه يظهر الوجه في إطلاق عنوان المعاطاة في ضمن عقود أخرى لا يتحقق من القابل فيها إعطاءً أصلاً، بل يكون إنشاؤها من خلال إعطاء الموجب فقط، كما في المعاطاة في الرهن والقرض والهبة، فالرهن المعاطاتي هو عبارة عن إعطاء العين المرهونة إلى المرتهن وقبض المرتهن لها ولا شيء آخر غير ذلك، وكذا الأمر في القرض والهبة، حيث لا يوجد فيها إلا الإيجاب بالإعطاء من قبل المقرض والواهب، والقبول بالأخذ من قبل المقرض والمتَّهب.

بل قد تطلق المعاطاة على المعاملة الحاصلة بالفعل من دون تحقق إعطاء فيها ولو من طرف واحد، كما أشير إليه في التنبيه الثاني المتقدم، فالمعاملة الفعلية تتحقق بإيصال العوضين إلى الطرفين من دون إعطاء وأخذ أصلاً، كما في أخذ البقل من الدكان أو أخذ الماء من آنية السقاء ووضع العوض في المكان المعد له، إلا أن في صحة هذه المعاطاة الفعلية الحاصلة من دون وجود إعطاء تأمل، لأن المتيقن من الدليل اللبّي على صحة المعاطاة في البيع هو إنشاء المعاملة بالفعل من خلال تحقق الإعطاء من الطرفين، ولا أقل من كونه من طرف واحد، وأما مجرد الإيصال فلا، إذ ليس فيه إنشاء للتمليك لا فعلاً ولا قولاً، ولا يوجد فيه إلا التباي من دون أن يكون هناك إعطاء وأخذ، وهو أدنى مراتب التجارة.

ثم إن الميرزا النائيني ذكر إشكالاً على الشيخ الأعظم في التنبيه الثاني ينطبق على المقام، حاصله: أن البائع والمشتري كلّ واحد منهما يملك ما في يده، فعندما يبيع البائع بضاعته فإنه يقوم بتبديل طرف الإضافة في ملكه، بإضافة الملكية إلى نفسه محفوظة، إلا أن المتبدّل بالبيع إنما هو طرف الإضافة، فعلى سبيل المثال: لو أريد بيع الدار، فإن هذه الدار باعتبار أنها مملوكة للبائع تكون إضافة الملكية بالنسبة إليه محفوظة، إلا أن طرف



الإضافة وهو الدار تبدل عند البيع إلى شيء آخر وهو المال مثلاً، وهذا بخلاف الإرث الذي يكون المتبدل فيه هو المضاف بينما الملكية والمملوك محفوظان، وبخلاف الهبة أيضاً، فإن المتبدل فيها هو نفس الإضافة، إذ بالهبة تنقطع الإضافة عن المالك وتتصل بغيره.

ثم إنه في البيع اللفظي يكون هناك تمليك للمتع بعوض الثمن، أي: إن البائع قد بدّل المتاع بالثمن، ووضع الثمن مكان المتاع، فقله: (بعثك هذا بذاك) معناه ملكتك هذا بأن يكون ذاك قائماً مقام هذا في ملكيتي، فالبائع يدخل ملك المشتري في ضمن ملكيته عوضاً عما أخرجه، والمشتري بقبوله يقبل فعل البائع هذا.

أما في البيع الفعلي، فليس فيه في الخارج إلا الإعطاء، وهذا الإعطاء ليس فيه دلالة إلا على التمليك والتسليط الخارجي، ولا دلالة له على أن هذا التمليك في مقابل عوض يقوم مقام المال المعطى، إذ الفعل لا لسان له، أما الأخذ فإن كان بقصد جعل العوض قائماً مقام المعوض فلا دليل عليه، وإن كان بقصد ضمان المثل أو القيمة فهو قرض، وإن كان لا بقصد الضمان فهو قبول للهبة، والمفروض أن البائع غير قاصد للقرض ولا للهبة.

وعليه، فالأخذ لا يمكن أن يكون قبولاً للبيع بحيث تتم به المعاملة، بل هو مقدمة لإعطاء الثمن، وهذا الإعطاء للثمن هو القبول، فلا بد من حصول التعاطي بين الطرفين كي تتم المعاملة<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه أننا لو سلمنا بأن إعطاء البائع في المعاملة الفعلية كان إيجاباً منه وأخذ المشتري ليس بقبول، فحينئذ لو أعطى المشتري ماله فإنه قد ملك البائع الثمن، والبائع إنما سيملكه بالأخذ، والمفروض أن الأخذ ليس قبولاً،

(١) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث النائبي، للشيخ محمد تقي الآمل، ج ١ ص ١٩٧.

فهنا قد تحقق إيجاب من البائع بلا قبول من المشتري، وإيجاب من المشتري بلا قبول من البائع، فيكون لدينا في معاملة واحدة إيجابان وهو غير جائز.

ثم إنه ما الدليل على كون إعطاء المشتري يكون قبولاً لا إيجاباً، إذ المفروض أن الفعل لا لسان له، فإن قلتم بوجود قرينة في المقام تدل على أن إعطاء المشتري قبول، وأن ما يعطيه للبائع هو عوض عما أخذه منه، قلنا: إن هذه القرينة نفسها تدل على أن إعطاء البائع للمتاع كان بعنوان المعوضيّة عما سيعطيه المشتري.

إذن فالبائع إن كان يعطي متاعه بقصد المعوضيّة عن مال المشتري، والمشتري يأخذ هذا المتاع على ما قصده البائع، يكون الأخذ قبولاً، وإن لم يعط البائع بقصد المعوضيّة، أو كان الأخذ من المشتري لا على ما قصده البائع، فالبيع عندئذ غير حاصل، وعليه فالحق مع الشيخ الأعظم<sup>(١)</sup>.

هذا، ويرى السيّد اليزدي قدس سرّه - وتبعه في ذلك المحقق الآخوند قدس سرّه - بأن ما ذكره الشيخ الأعظم في المقام من كون الأخذ هو القبول الذي تتم به المعاملة غير متعين، إذ من الممكن أن يقصد الأخذ القبول بدفعه الثمن لا بأخذه المتاع، فيكون الأخذ حينئذ من باب الاستيفاء ومقدمة لقبول دفع العوض.

ولذا قال قدس سرّه: «يمكن أن يكون إنشاء القبول العوض أيضاً، بأن يكون أخذ المعوض من باب الاستيفاء لا بعنوان القبول، وكان على المصنّف قدس سرّه أن يذكر هذا الوجه أيضاً، لأنّه - مضافاً إلى إمكانه - هو الغالب الوقوع، فلا وجه لإهماله، مع أنّه أشار إليه في الأمر الثاني، ولعلّه أهمله لوضوحه. فإن قلت: إذا أعطاه البائع بعنوان التمليك فلا يعقل أخذه إلا بعنوان القبول، فيكون دفع العين الأخرى من باب الوفاء لا محالة، قلت: نمنع ذلك، إذ من المعلوم إمكان أن يكون

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٠٥-٣٠٧.

الأخذ بعنوان تتميم الإيجاب والاستيفاء للمبيع، وهذا واضح»<sup>(١)</sup>.  
كما قال الأخوند قدس سره: «لا يخفى أنه لا يتعين هذا على هذا الوجه؛  
لإمكان أن لا يقصد بأخذه التملك، بل بدفعه، وإنما أخذ مقدّمة لقبوله بدفع  
العوض، فلو مات قبل الدفع مات قبل تمام المعاطاة، فلا تغفل»<sup>(٢)</sup>.  
ويرد عليهما عين ما أورد على إشكال الميرزا النائيني المتقدّم، فتدبر.  
وخلاصة الكلام في الوجه الأوّل: أنّ الشيخ الأعظم قدس سره التزم فيه  
بالصحّة، لكونه المصدق الواضح للبيع المعاطاتي، باعتبار أنّ الحاصل في المقام  
عقد فعليّ يشمل إطلاق دليل ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، وإن لم  
يصدق عليه عنوان المعاطاة بالمعنى اللغوي.

ثمّ إنّ من الواضح أنّ ما أفاده الشيخ الأعظم هنا (من كون المعاطاة تحصل  
بالإعطاء من جانب واحد والأخذ من الجانب الآخر فيكون الإعطاء الثاني وفاءً  
لما التزمه على نفسه بأخذه لا أنّه مقوم للمعاملة) أجنبيّ عمّا نحن بصدد من بيان  
أقسام المعاملة المعاطاتيّة بحسب مقصود المتعاطين في مقام الثبوت، إذ البحث  
في أنّ المعاطاة تحصل بأيّ شيء خارجاً قد مرّ بحثه في التنبيه الثاني، وإنّما ذكره  
الشيخ هنا لبيان الأثر والحكم المترتب على هذا الوجه وإن كان غير مرتبط  
مباشرة بما نحن بصدد.

ومن هنا ذكر الميرزا النائيني إشكالاً على الشيخ الأعظم بوقوعه في التناقض  
بين ما ذكره هنا من تحقّق المعاطاة بالإعطاء والأخذ، وما ذكره في التنبيه الثاني  
المتقدّم من أنّ القدر المتيقّن في مورد المعاطاة حصول التعاطي من الطرفين.  
قال قدس سره: «إنّ الإيجاب والقبول يتحقّق بدفع العين أولاً من البائع

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٨.

(٢) حاشية المكاسب، الأخوند الخراساني، ص ٤٠.

وقبضها من المشتري، وخروج ما يدفعه المشتري ثانياً ويقبضه البائع عن حقيقة المعاوضة فيلزمه أن تكون المعاملة حاصلة دائماً بدفع العين أولاً وقبلها، ويكون دفع المشتري دائماً خارجاً عن حقيقة المعاوضة. وعلى هذا، فلا وجه لما التزم به في الأمر الثاني من أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، لأنه لا وجه لتيقنه من بين الأفراد، لأن المفروض أن العطاء الثاني لا أثر له، ولا يتحقق به إلا عنوان الوفاء بالمعاملة، لأن دفع المشتري إنما هو من باب التزامه به على نفسه»<sup>(١)</sup>.

كما أشار إلى هذا الإشكال أيضاً المحقق العراقي قدس سره في حاشيته بقوله: «إن في احتمال صدق المعاطاة على عطاء واحد مع وجود العطاءين وكونه القدر المتيقن من مورد المعاطاة لا يخلو من شيء»<sup>(٢)</sup>.

وأجاب عن هذا الإشكال أستاذنا السيد الخوئي قدس سره بما حاصله: أن الالتزام بكون الإيجاب والقبول يحصلان بالإعطاء والأخذ أولاً، ودفع العين ثانياً خارج عن حقيقة المعاطاة وأنه وفاء بالعقد لا ينافي كون القدر المتيقن في مورد المعاطاة هو ما إذا حصل التعاطي من الطرفين، وذلك لأن العقد وإن حصل بالقبض والإقباض أولاً، إلا أن القدر المتيقن منه في قبال العقد اللفظي هو ما يتعقبه الإعطاء من الطرف الثاني أيضاً<sup>(٣)</sup> كما ذكر ذلك الشيخ في التنبيه الثاني.

ولا يخفى ما في كلامه قدس سره من الغموض والإبهام، فإن الأخذ الصادر من الطرف الثاني يكون بعنوان القبول، فيقوم مقام القبول في العقد اللفظي، فيحصل العقد بالإعطاء والأخذ، ولا حاجة معه إلى الإعطاء الثاني بل لا يصلح

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٦٩.

(٢) حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٣٤.

(٣) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، لمحمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٩٧.

لأنه سيكون تحصيلاً للحاصل، فلا معنى لكون القدر المتيقن بالإعطاء من الطرفين إنما هو لأجل المقابلة مع العقد اللفظي.

ولعل الأولى في دفع الإشكال ما ذكره بعض المحققين بأن مقصود الشيخ الأعظم قدس سره من القدر المتيقن من مورد المعاطاة هو القدر المتيقن من معنى المفاعلة من حيث هو الاشتراك في المبدأ بين الطرفين وصدور الفعل منهما، المستلزم لصدور العطاء من كلا المتعاطيين، والإيجاب كما ينشأ بالعطاء، فذلك القبول، ويكون أخذ الثاني للعين متمماً للإيجاب لا أنه إنشاء للقبول<sup>(١)</sup>.

وما يسهل الخطب أن المعاطاة لم ترد في آية أو رواية ليؤخذ بالقدر المتيقن منها، وإنما هي معاملة عرفية متداولة بين الناس يكون المرجع فيها هو العرف.

### الوجه الثاني: تملك المال بإزاء التملك

بأن يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله للآخر بإزاء تملك الآخر ماله إيّاه، فيكون تملكاً في قبال تملك، أي: يكون تملك الأول مشروطاً بتمليك الثاني، بحيث لو لم يملك الثاني لانتفى تملك الأول، فكأنّ المقابلة الحاصلة بينهما هكذا: (ملكتك هذا الكتاب على أن تملكني الدينار).

ويقع البحث في حكم هذا الوجه من جهتين:

### الجهة الأولى: في إمكان المقابلة بين التملكين عقلاً

اختلفت آراء الأعلام في إمكان تعقل حصول المعاملة التي يكون التقابل فيها بين التملكين، فذهب الشيخ الأعظم هنا إلى إمكانها ثبوتاً وصحتها إثباتاً. وكونها متقومة بصدور التملك من كلا الطرفين ولا يكفي فيها صدوره من طرف واحد، يستلزم أن يكون الإعطاء فيها صادراً من كلا الطرفين. وعليه فلو

(١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٨٠.

مات الثاني قبل أن يملك ماله للأول بأن يعطيه إياه، لم تتحقق المعاطاة. والسيد اليزدي قدس سره وإن ذهب إلى ما ذهب إليه الشيخ قدس سره من إمكانية التقابل بين التملكين وعدم وجود محذور عقلي فيه، إلا أنه يرى أن لا مانع من حصول هذه المعاملة بالإعطاء والأخذ كما في الوجه الأول، بل يرى أنه المتعين في المقام؛ «إذ هو مثل أن يقول: (ملكك هذا بعوض أن تخط لي ثوباً) فإنه يملك عليه الخياطة، لا أن يكون القبول بإيجادها، فلو مات قبل ذلك لا تبطل المعاملة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفعل بإزاء الفعل أو بإزاء المال، ففي ما نحن فيه يملك عليه التملك، ألا ترى أنه لو وقعت هذه المعاملة بالصيغة اللفظية كانت كذلك، كأن يقول: (ملكك الدار بعوض تملكك إياي كذا) فإذا قال: (قبلت) تمت المعاملة، ووجب عليه التملك من باب الوفاء، وهذا واضح»<sup>(١)</sup>.

بل ذهب الميرزا الإيرواني قدس سره إلى أكثر من ذلك، فذكر أن «ما توهمه المصنّف (من أنّ المعاوضة إن كانت بين تملكين، يكون العطاء الثاني أحد أركان المعاملة ومكانته مكانة القبول، فلو لم يحصل لم تكن المعاملة منعقدة) باطل؛ فإنّ جعل العوض فعلاً لا يغيّر حال المعاملة حتّى يكون الفعل جزءاً متمماً لإنشاء المعاملة بل يكون حال الفعل في هذه الصورة حال المال في الصورة السابقة في أنه بالعطاء والأخذ تتمّ المعاملة فيستحقّ الآخر الفعل ويكون الفعل أداءً لما اشتغلت الدّمة به بالأخذ، كما في البيع المنشأ باللفظ إذا جعل الثمن عملاً، وكما في الاستيجار على العمل»<sup>(٢)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٧٩. ويرى السيد الميلاني أن ما ذكره السيد هنا غير صحيح وأنه سهو من قلمه الشريف، إذ المفروض أنّ المعوض هو التملك، ومجرد أخذ المتاع ليس هو المعوض. (راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٠٩ وص ٣١١).

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٢.

أمّا الميرزا النائيني قدّس سرّه فيرى عدم معقوليّة مثل هذه المعاملة، وذلك لأنّ التملك لا يخلو أمره إمّا أن يراد به معناه المصدري، أي: تبديل إضافة بإضافة بما هو فعل الفاعل، أو يراد به معناه الاسم المصدري، أي: مبادلة إحدى العلقين بالأخرى، والتي هي نتيجة تبديل الإضافتين، وعلى كلا الفرضين لا يصلح التملك للمعاوضة.

أمّا على معناه المصدري فلا يصلح أن يبذل بإزائه العوض، وذلك لكونه ملحوظاً للمتعاوضين كالمعنى الحرفي بما هو غير مستقلّ في اللحاظ، بل ملحوظ بما هو طريق ومقدّمة لإيجاد معنى الاسم المصدري، وهذا الأمر معلوم وجداناً؛ لوضوح أنّ مقصود المتعاوضين ليس هو فعل التملك من حيث هو فعل.

وبعبارة أخرى: إنّ المعاملة عبارة عن تسبيب إلى إيجاد المضمون وهو معوّضية شيء لشيء، ومن الواضح أنّ كون الشيء معوّضاً، أي: المسبّب، ملحوظ باللحاظ الاستقلالي للمتعاوضين، أمّا الإنشاء وهو السبب فهو وإن كان مراداً وصادراً بالاختيار إلّا أنّه ملحوظ لهما في مرحلة التأثير باللحاظ الآلي، أي: إنّ آلة وطريق إلى تحقّق شيء آخر، والتمليك باعتباره معوّضاً كما في الفرض فهو مسبّب، فيكون ملحوظاً بالاستقلال، وباعتباره سبباً يكون ملحوظاً بالآليّة، واجتماع هذين اللحاظين في أنّ واحد وفي شيء واحد أمر مستحيل.

وأمّا على معناه بالاسم المصدري فلأنّ الملكيّة التي هي السلطنة والإضافة المخصوصة القائمة بين المال والمالك، هي سلطنة موجبة لصحّة التصرفات الصادرة عن المالك في ماله من الإعطاء والنقل وغيرها من التصرفات، فهي سلطنة على المال في نقله وتقليبه وتقلّبه، وهذه السلطنة بنفسها لا تكون منشأ لسلطنة المالك على تقليب هذه السلطنة نفسها بحيث يبدلها من مكانها إلى مكان آخر، ولا يكون في البين سلطنة أخرى على تلك السلطنة لكي يصير بالسلطنة الثانية سلطاناً على السلطنة الأولى، وإلّا لتسلسل، وإنّما هو سلطان على المال فقط

لا أنه سلطان على السلطنة على المال، وعليه فإذا لم تكن سلطنته تحت سلطانه فليس له الحق في تبديلها ولا تحويلها، بل إنما هو بها يكون مسلطاً على تبديل المال، وعليه فتبديل الملكية في حد نفسه أمر غير معقول<sup>(١)</sup>.

وما ذكره الميرزا النائيني هنا كان قد أشار إليه المحقق الأصفهاني قدس سره بقوله: «إن أصل المقابلة بين التمليكين فيه غموض وخفاء، فإن التملك بالإعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالي، ولا يعقل اجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد»<sup>(٢)</sup>.

وتبعهما في هذا الرأي أيضاً أستاذنا السيد الخوئي قدس سره حيث ذكر أن المبادلة بين التمليكين غير معقولة جداً، وهي ممنوعة ثبوتاً وإثباتاً، أما ثبوتاً فلأن المبادلة لا بد أن تكون بين مالين موجودين فعلاً في الخارج أو اعتباراً في الذمة، ولا تحصل في ما كان موجوداً في زمان ثم انعدم، كما في التملك الذي كان موجوداً ثم انعدم بقوله ملكتك، فلا معنى لتمليكه لشخص آخر بعد انعدامه، وأما إثباتاً فلا يمكن إنشاء المبادلة بقوله: (ملكتك الدار) مثلاً، بل لا بد لأجل ذلك من إيقاع عقد آخر على نفس التملك بأن يقول: (آجرتك على أن تملكني دارك بإزاء تملكي البستان لك).

فقال قدس سره في توضيح عدم الإمكان والمعقولة ثبوتاً: «إن المراد بالمبادلة

(١) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٠٦.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٦٢. لكن لا يخفى عليك أن التملك في المقام إنما هو ملحوظ بلحاظ واحد فقط، وهو اللحاظ الاستقلالي، لأن المعوض - وهو التملك - مقصود للمعطي بالاستقلال، كما في فرض نقل إضافة الملكية، إذ إن هذا النقل ملحوظ ومقصود استقلالاً، وعليه فالعوض سواء كان إضافتي للملكيتين أم نقل التملك بإزاء مثله من الطرف الآخر مما لا تناله يد اللحاظ الآلي أصلاً، فلا يلزم اجتماع اللحاظين الآلي والاستقلالي المتباينين.



في البيع هو أن يكون أحد المالين في مقابل الآخر وعوضاً عنه وينوب منابه في عالم الاعتبار، وهذا إنما يتصور في الأمور الموجودة خارجاً أو فيما هو فيه شائبة الوجود كما في الذمم، وأمّا ما مضى وانعدم فلا يعقل أن يكون قائماً مقام مال الآخر بوجه، وعليه فلا يعقل أن يكون تمليكك هذا في مقابل تمليك الآخر لأنّه بمجرد إنشاء التمليك حصلت الملكية وانعدم التمليك، وما لا وجود له كيف يقع في مقابلة شيء آخر في عالم الملكية والاعتبار»<sup>(١)</sup>.

وقال في موضع آخر: «إن حقيقة البيع عبارة عن إعدام إضافة مالكيّة عن كلّ من العوضين وإيجاد إضافة أخرى مالكيّة في كلّ منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك بسلطنة أخرى، لكي يحتاج ذلك إلى وجود سلطنة ثالثة، وهكذا حتّى يلزم منه التسلسل، وهذا بخلاف مقابلة التمليك بالتمليك فإنّها تحتاج إلى وقوع المقابلة بين السلطنتين وهو يحتاج إلى سلطنة أخرى، وهكذا إلى غير النهاية، وإذن فمقابلة التمليك بالتمليك بعيد عن حدود البيع»<sup>(٢)</sup>.

وأضاف أيضاً: «إنّ مفهوم البيع إنّما هو إنشاء تبديل عينٍ بعوضٍ، وقد تقدّم ذلك عند البحث عن تعاريف البيع، ومن المعلوم أنّ التمليك بنفسه من قبيل الأفعال فلا يقع مبيعاً»<sup>(٣)</sup>.

وذكر في توضيح المنع إثباتاً: «إنّ من المستحيل نقل التمليك إلى غيره بدءاً بإعطاء العين أو بقبول ملكيّتها، بل لا بدّ في نقل التمليك من إنشاء آخر يتضمّن ذلك، كقوله: ملكتك تمليكي العين الفلانيّة، أو بأن يشترط التمليك في ضمن عقد لازم بأن باع داره من شخص واشترط في ضمن البيع أن يملكه ماله

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٣٨.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٩٩.

(٣) المصدر نفسه، ج ٢ ص ١٩٩.

الفلاني، بحيث يكون متعلق الشرط نفس التملك دون المملوك»<sup>(١)</sup>.  
 وخلاصة كلامه: «إنّ الملكية الشرعية اعتبار شرعي غير قابل للتمليك،  
 والتمليك العقدي فعل من أفعال العاقد، وهو وإن كان قابلاً للتمليك إلاّ أنّه  
 غير قابل له بتمليك المال لفظاً بمثل ملك، أو بإعطاء المال فعلاً»<sup>(٢)</sup>.

### الجهة الثانية: في اندراج المعاملة تحت عنوان معاوضي

من الواضح أنّ من يرى عدم إمكان حصول التقابل بين التملكين ثبوتاً لا  
 يحكم بصحة هذه المعاملة في مقام الإثبات، ولا يلتزم باندراجها تحت أيّ عنوان  
 معاملي، لأنّ القابلية العرفية للصحة في ضمن أيّ سبب كان لا يمكن تحصيلها  
 بعد استحالة أصل المقابلة عقلاً، فإن ثبتت الصحة إثباتاً فلا بدّ من إخراج هذه  
 المعاملة عن كونها مبادلة تملك بتمليك، لكي تخرج عن المحذور العقلي، بخلاف  
 من يلتزم بعقلانية هذه المقابلة، فله أن يقول بالصحة العرفية أيضاً<sup>(٣)</sup>.

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٩٩. لكنّ  
 ما ذكره قدس سرّه هنا غير واضح، إذ إنّ التملك بإزاء التملك إن كان مستحيلاً؛  
 لكونه مبادلة بين السلطتين وهو مستلزم للتسلسل، فكيف يرتفع المحذور بمجرد وقوع  
 التملك شرطاً في ضمن عقد، وكيف يخرج ذلك عن كونه مبادلة بين سلطتين؟!.

(٢) المصدر نفسه، ج ٢ ص ١٩٩.

(٣) يرى الشيخ الوحيد الخراساني أنّ «الإشكال في قبول المبادلة ليس من جهة الإشكال  
 العقلي، بل من جهة أنّ الإنشاء لابدّ أن يكون السبب فيه عقلياً، فلا يمكن إنشاء  
 العناوين المعاملية - قولاً أو فعلاً - بمطلق الأفعال أو الأقوال والألفاظ، بل لابدّ أن  
 تكون لها الصلاحية لإبراز العنوان المطلوب والمقصود، ولذا تقدّم من المحقّق النائيني:  
 أنّه لا يمكن إنشاء البيع بسبب ليس فيه السببية للمسبّب كالطيران في الهواء، بل لابدّ أن  
 يكون السبب سبباً عرفاً وعقلاً، و(ملكك المال) لا يوجب المبادلة بين التملكين عرفاً  
 بل يفيد المبادلة بين المالكين.. إذن فالمحذور إثباتي وليس ثبوتي». العقد النضيد، تقرير

احتمل الشيخ الأعظم قدّس سرّه في هذه المعاملة أموراً أربعة:  
الأوّل: أن تكون بيعاً، الإيجاب فيها إعطاء الطرف الأوّل، والقبول هو  
إعطاء الطرف الثاني.

الثاني: أن تكون هبة، وأقرب إلى الهبة المعوّضة، باعتبار خلوّ كلّ من المالين  
عن العوض، إذ المقابلة بحسب الفرض وقعت بين التملّكين اللذين هما فعّلان،  
لا بين المملّكين.

الثالث: أن تكون صلحاً.

الرابع: أن تكون معاملة مستقلة.

أمّا الاحتمال الأوّل فيرى الشيخ الأعظم قدّس سرّه بعده، وذلك لأنّه يعتبر  
في مفهوم البيع أن يكون المبيع من الأعيان، وفي المقام المفروض أنّ المبادلة  
حاصلة بين التملّكين وهما من الأفعال لا الأعيان، لذا تكون هذه المعاملة  
خارجة عن معنى البيع.

وأمّا الاحتمال الثاني فيرى الشيخ أنّه وإن كان قريباً من الناحية المذكورة، إلّا  
أنّه بعيد من ناحية أخرى، إذ إنّ حقيقة الهبة هو الإعطاء بلا مقابل، فقوامها  
المجانّة، وأمّا اعتبار العوض في الهبة المعوّضة فهو على نحو الاشتراط أو  
الداعويّة لا على نحو المقابلة والمعاوضة، وما نحن فيه حصل التملّيك بإزاء  
التمليك، لا على نحو المجانّة وبلا بدل.

وبعبارة أخرى: إنّ المفروض في المقام حصول المقابلة بين التملّكين على  
نحو الاشتراط، بأن يقصد كلّ واحد من الطرفين تمليك ماله للآخر بشرط  
تمليك الآخر، بحيث لو تخلف الثاني ولم يملّك ماله لانتفى تمليك الأوّل، ومثل  
ذلك ليس هبة معوّضة، إذ إنّ تمليك الواهب فيها ليس معلقاً على شيء، ولذا لو

تخلّف المتّهب يثبت الخيار للواهب لا أنّ الهبة تبطل من الأساس.

ولذا قال الميرزا النائيني قدّس سرّه في بيان الإشكال على إجراء حكم الهبة المعوّضة على المقام: «وأما أنّه لا يكون هبة معوّضة فلا أنّ الهبة المعوّضة عبارة عن تمليك مجّانيّ مشروط بتمليك مجّانيّ آخر، لا مبادلة تمليك بتمليك، وتوضيحه: أنّ بين الواهب وبين ماله يتصوّر علاقة خاصّة وخيط مخصوص يعبر عنه بملكيّة أحد طرفيه ممدود على المال وطرفه الآخر على رقبة المالك، والهبة ليست عبارة عن نقل تلك الإضافة إلى المتّهب، بل معنى الهبة وروحها هو إحداث إضافة وسلطنة بين المال وبين المتّهب، فالواهب يوجد ويحدث خيطاً ممدوداً بين المال وبين المتّهب ويسلّطه على المال مجّاناً وبلا عوض، ويلزمه انتفاء خيطه الممدود بينه وبين المال لانتفاء طرفه وهو المال بصيرورته طرف الخيط الحادث بينه وبين المتّهب، لا أنّه ينقل ذاك الخيط إلى المتّهب ويعلقه على رقبته، ولا أنّه يحدث خيطاً من كتم العدم بإزاء عوض، فروح الهبة متقوم بأن يكون على نحو المجّان، ولذا لو أدّى بقاء المعاوضة وقيل: (وهبتك هذا بهذا) لم يكن هبة وإنّما المعوّضة منها هي التي وقع فيها شرط تمليك مجّانيّ عن المتّهب وهبة أخرى عنه، فظهر أنّ هذا الوجه لا ربط له بباب الهبة أصلاً»<sup>(١)</sup>.

كما ذكر المحقّق العراقي قدّس سرّه أنّ الوجه في عدم إجراء حكم الهبة المعوّضة على ما نحن فيه: «أنّ التمليك هنا بإزاء التمليك، فلا يتحقّق الأوّل إلّا بعد تحقّق الآخر، وفي الهبة المعوّضة لوحظ التمليك الآخر على نحو الاشتراط، ويكون في الحقيقة قيداً للالتزام بعدم الرجوع، كالاشرط في ضمن البيع حيث يوجب تخلّفه ثبوت الخيار لا البطلان»<sup>(٢)</sup>.

(١) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمّد تقي الآمل، ج ١ ص ٢٠٦.

(٢) حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٣٤.

ثم يستدرك الشيخ الأعظم قدس سره بأن ما نحن فيه يمكن إلحاقه بالهبة المعوّضة ولكن بكيفية أخرى يحصل فيها تغيير للموضوع والحكم معاً، بأن يقال: إنّ الأوّل عندما ملّك ماله للآخر فإنّه ملّكه مطلقاً لا على نحو الاشتراط، غاية الأمر أنّ دأعيه لهذا التملك هو رجاء تملك الثاني ماله له، ومن الواضح أنّ مجرد تحلّف الداعي لا يضرّ بصحة المعاملة، كما إذا باع شخص داره بداعي علاج ابنه المريض، فعوفي ابنه من المرض بعد بيع الدار وقبل صرف المال في العلاج، فإنّ البيع في هذه الحالة صحيح لا غبار عليه، ولا خيار للبائع أصلاً، وما نحن فيه من هذا القبيل، فيندرج التملك بإزاء التملك حيثنّذ في قسم آخر من أقسام الهبة المعوّضة، وهو ما إذا لم يشترط فيها العوض، وإنّما يهب المتّهب شيئاً للواهب جزاء إحسانه، بحيث لو لم يعطِ المتّهب شيئاً للواهب لم يضرّ ذلك بصحة الهبة. لكن من الواضح أنّ هذا الفرض بعيد أيضاً عن محلّ الكلام في المقام، لفرض أنّ المقابلة بين التملّكين فيها على نحو الاشتراط لا الدأعية. وعليه، يرى الشيخ أنّ تصحيح المعاملة ينحصر بأحد الاحتمالين المتبقّين وهما:

أوّلاً: أن تكون المعاملة من الصلح المعاطاتي، على اعتبار أنّهما تسالما على إنشاء التملك بإزاء التملك.

ثانياً: أن تكون معاملة مستقلة مشمولة بإطلاق (التجارة عن تراض) الدالّ على صحتها.

لكنّ الإنصاف أنّ هذه المعاملة ليست صلحاً، وذلك لأنّ الصلح بمعنى التسالم وإن كان حاصلًا فيها، إلّا أنّ مجرد التسالم لا يكفي في جعل المعاملة صلحاً، لأنّ هذا التسالم والصلح موجود في جميع المعاوضات، ولكون الصلح عقد إنشائي لا بدّ من وقوع التسالم فيه في حيّز الإنشاء.

ولذا قال أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه: «وأما احتمال كونه مصالحة فمدفوع بما تقدّم من أنّ الصلح عبارة عن إنشاء التسلم، وأما واقعه فمتحقّق في ضمن كلّ عقد»<sup>(١)</sup>.

كما رفض الميرزا النائيني قدّس سرّه كون المعاملة صلحاً باعتبار ما ذهب إليه من عدم معقوليّة التقابل بين التملّكين<sup>(٢)</sup>، ولأنّ الصلح لا يقع بالفعل أصلاً<sup>(٣)</sup>. وعليه، فإن شملت العمومات مثل (التجارة عن تراض) و(أوفوا بالعقود) هذه المعاملة، ولم تكن تلك العمومات مختصّة بالمعاوضات المتعارفة أو الخاصّة، حكمنا بصحّتها وأنها معاوضة مستقلّة، وإلاّ فهي معاملة باطلة.

### الوجه الثالث: إباحة المال بإزاء العوض

بأن يقصد البازل أوّلاً إباحة ماله للآخر بإزاء أن يملك الآخر ماله إيّاه، فيكون الفعل الصادر من البازل الموجب هو مجرد إباحة التصرّف في ماله ولكن مع العوض لا بدونه، والفعل الصادر من الآخذ القابل هو قبول تلك الإباحة بتمليك ماله للموجب المبيع، وعليه فالآخذ لا يملك ما أباحه البازل، بل يحقّ له التصرّف فيه مع بقاء ملكيّته للباذل المبيع الذي سوف يتملّك العوض بمجرد قبول الآخذ، فيكون هذا التعاطي بمنزلة الإباحة اللفظيّة، كأن يقول: (أبحت لك التصرّف في الكتاب بدرهم) أي: بمعنى أن يكون الدرهم ملكاً لي. إذن فوزان هذا الوجه وزان الوجه الأوّل مع فارق واحد وهو أنّ قصد المعطي في الوجه الأوّل التملّك، بينما قصده هنا الإباحة.

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٨ ص ١٣٨.

(٢) ولأجل ذلك رفض أيضاً كونها معاملة مستقلّة، بل هي معاملة باطلة.

(٣) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث النائيني، للشيخ محمّد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٠٦.

### الوجه الرابع: إباحة المال بإزاء الإباحة

أن يقصد كل من المتعاطين إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله أيضاً إياه، فيكون إعطاء كل واحد منهما إباحة بشرط إباحة الآخر على نحو المقابلة، أو يكون إعطاء كل منهما إباحة بداعي إباحة الآخر، فتنتفي المقابلة بين الإباحتين اللتين هما من الأفعال ويكون إباحة الطرف الآخر هو الداعي إلى إباحة الطرف الأول، كما تقدّم تصوير إمكان ذلك في الوجه الثاني. إذن، فوزان هذا الوجه وزان الوجه الثاني مع فارق وهو أن الفعلين كانا هناك هو التملك بينما هنا الإباحة.

يرى الشيخ الأعظم قدس سرّه أنه سواء قلنا بإمكان تصوّر الإباحة بداعي الإباحة في الوجه الرابع أم أنّ المقابلة كانت فيه بين الإباحتين على نحو العوضيّة والاشتراط، فكلا الوجهين الثالث والرابع يواجهان في مقام الإثبات إشكالين، أحدهما عامّ مشترك بين كلا الوجهين، والآخر مختصّ بالوجه الثالث، ولا بدّ من الإشارة هنا إلى أنّ البحث من الآن فصاعداً في هذا التنبيه لن يكون مختصّاً بالمعاطاة بل يعمّ ما لو كان بالمعاطاة أو باللفظ، كما أنّ الكلام سيكون مبنياً على فرض قصد الإباحة في المعاطاة كما ذهب إليه بعض الأعلام كصاحب الجواهر قدس سرّه<sup>(١)</sup>، وإلا فإنّ المعاطاة المعهودة بين العقلاء والمتشرّعة — كما بيّنا سابقاً — هي ما يقصد بها الملك كالبيع باللفظ، وهو المشهور بين الفقهاء.

### الإشكال الأول: في صحة إباحة جميع التصرفات

أي: حتّى المتوقّعة على ملكيّة المتصرّف؛ بأن يقول المبيع للطرف الآخر:

(١) ولذا ذكر السيّد الحكيم قدس سرّه أنّ الإشكال الأوّل الذي سيذكره الشيخ الأعظم فيه تعريض بصاحب الجواهر قدس سرّه الذي ذكر أنّ إباحة كلّ منهما المتصرّف للآخر على جهة المعوّضة لا فرق فيها بين أنواع التصرفات، ما توقّف منها على الملك وغيره. راجع: نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٦٥.

(أُبحث لك كل تصرف) لكن من دون أن يملكه العين، وهذا هو الإشكال المشترك بين الوجهين الثالث والرابع، ومنشأ الإشكال فيه: عدم وجود دليل على مشروعية إباحة جميع التصرفات حتى ما توقّف منها على ملكية المتصرف كالبيع والعتق والوقف ونحوها، والتمسك بعموم دليل السلطنة بتقريب: (أن مالك العين له سلطنة على ماله فيجوز له أن يبيع ماله لغيره بأن يتصرف فيه بمختلف أنحاء التصرف وإن كان تصرفاً متوقفاً على الملك) غير نافع في المقام ولا يثبت الصحة، وذلك لأن دليل السلطنة إنما يثبت السلطنة للمالك بإيجاد المسببات بأسبابها الشرعية، ولا تدل على إثبات السلطنة على نفس الأسباب.

بعبارة أخرى: إن هذه القاعدة إنما تثبت صحة كل تصرف ثبت جوازه من الشرع بدليل آخر، فهي ليست قاعدة مشرعة، فالناس مسلطون على أموالهم لا على أحكام أموالهم، ولما كان توقّف صحة مثل البيع والوقف والعتق ونحوها على الملك من الأحكام الشرعية لا من شؤون سلطنة المالك، لم يجوز للمالك أن يبيع للغير مطلق التصرف في ماله حتى المتوقّف على ملكية المتصرف، وعليه فهذه التصرفات التي هي راجعة إلى مرحلة الأسباب خارجة تخصّصاً عن عموم دليل السلطنة.

والحاصل: «أنه ليس من وسع المالك إباحة ما لم يسوّغه الشارع لغير المالك إلا بجعل موضوع ما أباحه الشارع بأن يملكه، والمفروض في المقام أنه لم يملك؛ فإذا لم يملك فكيف يبيع له ما إباحته منوطة بالملك، وليس دليل سلطنة الناس ودليل حل التصرف في مال غيره بإذنه مشرعاً ومرخصاً فيما لم يرخصه الشارع بالإذن الساذج بلا تمليك، كما ليس مشرعاً في جواز ما منعه الشارع من التصرفات كأن يطأ عبد الغير بإذنه أو يأكل لحمه أو يؤذيه بإذنه»<sup>(١)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٤.



واستشهد الشيخ الأعظم على عدم جواز إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك بكلام ذكره العلامة في القواعد في بحث الشروط يستفاد منه: أن سلطنة المالك على ماله مقصورة على التصرفات المشروعة بنفسها، حيث قال قدس سره: «لو قال: بع عبدك من فلان على أن عليّ خمسمائة، فباعه بهذا الشرط بطل؛ لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري، فليس له أن يملك العين والثمن على غيره، بخلاف: أعتق عبدك وعليّ خمسمائة، أو: طلق امرأتك وعليّ مائة، لأنه عوض في مقابلة فك»<sup>(١)</sup>.

محل الاستشهاد: أن بيع الشخص مال غيره لنفسه بحيث يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك ذلك الغير غير معقول في حد نفسه؛ لعدم صدق مفهوم البيع عليه - لأن البيع هو مبادلة مال بمال، ومن الواضح أن هذا المفهوم لا يتحقق إلا برفع الإضافة المالكية عن أحد العوضين ووضعها على العوض الآخر، ومع عدم دخول الثمن في ملك من خرج الثمن عنه باعتباره غير مالك، كان ذلك خارجاً عن مفهوم البيع قطعاً<sup>(٢)</sup> - فكيف يجوز للمالك أن يأذن في بيع ملك نفسه مع عدم وصول العوض إليه، لفرض دخول العوض في ملك المأذون له؟! والحاصل: أن إباحة المالك جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك تتضمن محذوراً عقلياً وآخر شرعياً.

أما المحذور العقلي فإن من جملة التصرفات المباحة بالإباحة المطلقة: البيع، وهو

(١) قواعد الأحكام، العلامة الحلي، ج ٢ ص ٩٤.

(٢) قال الميرزا النائيني قدس سره في بيان سبب الخروج عن مفهوم البيع: «وذلك لما تقدم في أول المعاطاة من عدم جواز خروج أحد العوضين في البيع عن شخص ودخول الآخر في ملك شخص آخر غير من خرج عنه العوض، كأن تخرج الدراهم عن ملك زيد بإزاء دخول المعوض من ملك عمرو إلى ملك بكر، فإنه قد أوضحنا مغايرته مع معنى البيع الذي هو تبديل طرفي الإضافة». (المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الآمل، ج ١ ص ٢٠٨-٢٠٩).

مستحيل عقلاً في المقام، إذ إنّ حقيقة البيع متقوّمة بتبديل طرفي الإضافة والملكيّة من الثمن إلى المثلث وبالعكس، وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يدخل المثلث في كيس من خرج منه الثمن وبالعكس، فلو فرضنا أنّ المباح له بالإباحة المطلقة أراد أن يبيع المال المباح، فلا يخلو إمّا أن يبيعه للمالك وهذا خلاف الفرض من جواز التصرف فيه بنفسه، وإمّا أن يبيعه لنفسه وهذا غير معقول بعد خروج المثلث من ملك المبيع ودخول الثمن في ملك المباح له، إذ يكون منافياً لمفهوم المبادلة والمعاملة.

وأما المحذور الشرعي فإنّ مقتضى (لا بيع إلّا في ملك) يستدعي أن يكون تصرف المباح له غير المالك تصرفاً في غير الملك فيكون باطلاً وفقاً لهذا النصّ، فتكون الإباحة المطلقة غير جائزة شرعاً.

وأيد الميرزا النائيني قدّس سرّه الشيخ الأعظم في ما ذهب إليه من عدم جواز الإباحة المطلقة، فذكر أنّ حقيقة البيع إنّما هو تبديل المالكين، «ولازمه خروج العوض عن ملك من يدخل في ملكه المعوّض، وبالعكس، فمع بقاء ما أخذ بالمعاطاة في ملك مالكة - أي: المبيع - لا يمكن دخول العوض في ملك المباح له من دون خروج المعوّض عن ملكه، وليس اعتبار هذا الشرط لإخراج التملك المجاني حتّى يقال: يعقل تملك الإنسان مال غيره بعوض يملكه بإزائه، كما يعقل تملك مال بعوض يملكه غيره<sup>(١)</sup>، بل لبيان حقيقة البيع وهو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، فإذا كان في المثلث أحد طرفي الإضافة مالكة والطرف الآخر هو المثلث وكان في طرف الثمن أيضاً كذلك فلا بدّ أن يقوم العوض مكان المعوّض في الطرفيّة، ولازمه أن يصير مالك المعوّض مالكاً للعوض، وبالعكس، فلا يعقل أن يقع التملك من غير المالك ويقع العوض ملكاً لهذا الغير، ولا يعقل أن يقع التملك من المالك بعوض يملكه غيره مع أنّ المعاملة مجانيّة بالنسبة

(١) هذا تعريض منه بما ذكره أستاذه المحقق الأصفهاني قدّس سرّه وسيأتي.

إلى الغير الذي أخرج منه المال في المثل الأول، والمالك في المثل الثاني، وإن لم يخرج المال مجّاناً وبلا عوض<sup>(١)</sup>.

ثم عمّم الميرزا هذا الكلام على جميع العقود المعاوضيّة<sup>(٢)</sup>.

وتبعهما في هذه النتيجة أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه حيث ذكر أنّ البيع وإن كان يصحّ صدوره من غير المالك، إذا إنّ من التصرفات التي يصحّ أن تصدر من المالك أو وكيله أو نائبه أو ممّن أذن له قبلها أو بعدها أو مقارناً لها، والذي لأجله صحّ بيع الفضولي كما سيأتي، إلّا أنّه لا يصحّ صدوره إلّا للمالك بحيث تعود نتيجته إليه بغضّ النظر عمّن صدر منه البيع، لأنّ البيع مبادلة، ومفهوم المبادلة يقتضي دخول المعوّض في ملك من خرج عنه العوض وبالعكس، وعليه فلا يقع البيع إلّا للمالكين، ولا يقع للغير وإن صرح المالك بوقوعه للغير، كأن قال: بع مالي لنفسك<sup>(٣)</sup>.

ثم إنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه ذكر بأنّه لا بأس بالإذن في التصرفات المتوقّفة على الملك على وجوه جميعها مفقوداً في المقام.

### الوجوه المتصورة في تصحيح الإباحة المطلقة

استدرك الشيخ الأعظم قدّس سرّه على ما ذكره من الحكم بعدم صحّة إباحة جميع التصرفات حتّى ما توقّف منها على الملك بأنّ إذن المالك لغيره في البيع يمكن تصحيحه بأحد وجوه ثلاثة لا موضوع لها في المقام:

• الوجه الأول: أن يقصد المبيع من قوله: (أبحث لك أن تباع مالي لنفسك)

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٧٦.

(٢) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ١٧٧-١٧٨.

(٣) راجع: التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٨ ص ١٤١-١٤٣.

أحد ثلاثة أمور:

**الأمر الأول:** إنشاء توكيل للمباح له في أن يبيع الوكيل المباح له مال الموكل المبيع بالوكالة للمبيع، ثم ينقل المباح له الثمن من المبيع إلى نفسه بالهبة عن طريق الوكالة أيضاً، فيصبح الثمن بذلك ملكاً للمباح له.

**الأمر الثاني:** إنشاء توكيل للمباح له في نقل مال المبيع له وتمليكه لنفسه، ثم يبيع المباح له المال المنتقل إليه لنفسه، فيكون بيعه صحيحاً باعتبار أنه يبيع لما يملك.

**الأمر الثالث:** أن لا يكون هناك توكيل في البين وإنما يكون المبيع قاصداً من هذه العبارة نفسها إنشاء التمليك للمباح له على وجه الكناية، من باب ذكر اللازم وهو إباحة بيع المال لنفس الآخذ المباح له وإرادة الملزوم وهو التمليك، فيكون التمليك الحاصل هنا تمليكاً كنائياً، لا صريحاً ولا ظاهراً، ويكون بيع المباح له بمنزلة قبوله للتمليك<sup>(١)</sup>، فيكون بيعه بيعاً لما يملك.

وهذا نظير ما لو قال أحدهم لآخر: (اعتق عبدك عتي بكذا)، حيث ذكر الفقهاء أن في هذه العبارة استدعاء لتمليك المولى عبده لهذا الشخص القائل، واعتاق المولى للعبد جواب لهذا الاستدعاء، فيكون هناك بيع ضماني ناشئ من الاستدعاء والجواب يحصل أنا ما قبل عتق المولى العبد عن القائل، وهذا البيع الضماني لا يشترط فيه الشرائط المقررة لعقد البيع كالإيجاب والقبول وغيرهما.

قال العلامة قدس سره في التذكرة بعد بيان الشرائط المعتبرة في صيغة البيع: «فروع: الأول: إنما يفتقر إلى الإيجاب والقبول فيما ليس بضماني من البيوع، أما

(١) هذا ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره لكن من الواضح أنه بعد كون العبارة المذكورة من المبيع كناية عن التمليك يكون تحقق القبول للمباح له بمجرد الأخذ، ولا يتوقف تملكه وقبوله على البيع، اللهم إلا أن يفرض أن المباح له لم يستلم المال كي يتحقق قبوله، فيكون إنشاء القبول حينئذ بنفس بيع المال.

الضمني ك (أعتق عبدك عني بكذا) فيكفي فيه الالتماس والجواب، ولا تعتبر الصيغ المتقدمة إجماعاً<sup>(١)</sup>.

يذكر الشيخ الأنصاري أنه لا يمكن تصحيح الإباحة المطلقة على هذا الوجه بجميع صورته لأنه لا ينطبق على المقام، إذ إن المقصود في ما نحن فيه مجرد الإباحة ليس إلا، وليس المقصود هو الإذن والتوكيل في البيع عن المالك ثم التوكيل في تملك الثمن بالهبة كما في الأمر الأول، وليس المقصود الإذن والتوكيل في التملك حتى تقع التصرفات في ملك المباح له كما في الأمر الثاني، وليس المقصود إنشاء التملك بلفظ الإباحة كناية كما في الأمر الثالث، إذ المقام أجني عنه بالمرّة، لأن التملك يتوقف على القصد والاعتبار، وهذا القصد والاعتبار ليس حاصلًا في ما نحن فيه، إذ المبيع ليس قاصداً إلا الإباحة وليس قاصداً تملك ماله، بل حتى لو فرضنا أنه قاصد التملك، امتنع تحقق هذا القصد باعتبار أن المباح له ليس قاصداً التملك.

ولذا يكون قياس ما نحن فيه بمسألة (اعتق عبدك عني بكذا) قياساً مع الفارق، إذ إن في تلك المسألة كان هناك قصد للتمليك، غايته أنه ليس قصداً بالاستقلال وإنما بالتضمن، إذ يفهم من قول الأمر (اعتق عبدك عني) أنه يقصد تملك العبد قصداً إجمالياً، بمعنى أن الأمر لو التفت إلى توقف العتق الصحيح على تملكه العبد لوكل مولى العبد في التملك، ولأجل هذا القصد الإجمالي عدّ الأصوليون دلالة هذا الكلام على التملك من الدلالة الاقتضائية، التي هي عبارة عن دلالة الكلام على أمر مقصود للمتكلّم يتوقف صحّة كلامه عليه عقلاً أو شرعاً، ومثلوا للعقلي بقوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾<sup>(٢)</sup>، إذ إن سؤال القرية وغيرها من الجمادات أمر غير ممكن عقلاً، فيدلّ ذلك بالدلالة الاقتضائية على

(١) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، ج ١٠ ص ١٠.

(٢) قوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعِيرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ (يوسف: ٨٢).

تقدير كلمة (أهل) حتى يكون الكلام صحيحاً، فتكون صحة الكلام متوقفة عقلاً على الدلالة الاقتضائية، كما مثّلوا للشرعي بالمثال المذكور؛ أعني قوله: (اعتق عبدي عني بكذا)، إذ إنّ صحة هذا الكلام شرعاً متوقفة على أن يقدر الملك الضمني للمستدعي، إذ إنّ لا عتق إلا في ملك شرعاً، أمّا في المقام فقصد التمليك ولو إجمالاً منتفٍ، إذ المفروض أنّ المبيع فيه لا يقصد إلا الإباحة<sup>(١)</sup>، فتكون دلالة الاقتضاء هنا مفقودة، فالمقام خارج عن ذلك.

فتحصل: أنّ الوجه الأول من إنشاء التوكيل أو التمليك بالكناية، لا موضوعية له في المقام، فلا يندفع به الإشكال.

• **الوجه الثاني:** قيام دليل شرعيّ على حصول الملك للمباح له تعبدًا بمجرّد إباحة المبيع، وإن لم يكن المبيع قاصداً التمليك بالإباحة المذكورة<sup>(٢)</sup>، ويمكن تقريب هذا الدليل الشرعي الدالّ على مالكية المباح له بأحد تقييين:

**التقريب الأول:** أن يبقى المال على ملك المبيع إلى زمن إرادة المباح له التصرف فيه تصرفاً متوقفاً على الملك كبيعه، فيحكم حينئذ بانتقال المال إلى ملك المباح له آنأ ما حين البيع، فيكون البيع حاصلاً في ملك المباح له لا في ملك المبيع.

**التقريب الثاني:** أن يبقى المال على ملك المبيع حتى في الآن الذي يريد فيه المباح له البيع، فيكون البيع واقعاً على مال المبيع، وبعد البيع يدلّ الدليل على انتقال الثمن إلى ملك المبيع آنأ ما تحقيقاً لمفهوم المعاوضة من دخول العوض في

---

(١) كما هو محلّ البحث في الوجهين الأخيرين من الوجوه المتصورة للمعاطاة بحسب قصد المتعاطين، إذ المقصود فيها منحصر في الإباحة، في قبال الوجهين الأولين اللذين كان القصد فيهما التمليك.

(٢) يفترق هذا الوجه الثاني المصحح للإباحة المطلقة عن الوجه الأول بأنّ الملكية في الوجه الأول كانت مقصودة للمبيع إمّا بالتوكيل أو بالإنشاء الكنائي، بينما الملكية هنا تحصل قهراً بجعل الشارع وإن لم تكن مقصودة للمبيع من الأساس.

كيس من خرج المعوض من كيسه، ثم ينتقل الثمن قهراً تعبداً إلى ملك المباح له. وقيام الدليل الشرعي على هذه الملكية الآنية ليس أمراً مستبعداً في الشرع بل له نظير، كما ذكره في مسألة دخول العمودين أنا ما في ملك ولدهما المشتري ثم إعتاقهما عليه قهراً، وذلك للجمع بين دليل صحة الشراء ودليل إناطة العتق بالملك، ودليل عدم ملكية الولد لعموديه، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن مقتضى الجمع بين قوله: (الناس مسلطون على أموالهم)<sup>(١)</sup> الدال على جواز الإباحة المطلقة، وقوله: (لا بيع إلا في ملك)<sup>(٢)</sup> الدال على توقف البيع على حصول الملك، هو تحقق الملك التقديري الآني للمباح له، وهذا الجمع بين الأدلة كافٍ في إثبات الملكية التقديرية بلا حاجة إلى إثباتها بدليل خاص.

إذن فهذا الوجه يرتكز على أمرين:

الأمر الأول: وجود دليل شرعي على صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك.

الأمر الثاني: تحقق الملكية الآنية التقديرية بمجرد الجمع بين هذا الدليل الشرعي وبين ما دل على توقف مثل العتق والبيع على الملك، فلا حاجة لإثبات هذه الملكية الآنية إلى دليل خاص.

الشيخ الأعظم قدس سره لا يرتضي هذا الوجه في المقام، فيناقش بداية في الأمر الأول منه ثم يناقش بعدها في الأمر الثاني.

### مناقشة الشيخ الأعظم للأمر الأول

أما مناقشته للأمر الأول فيذكر قدس سره أن مجرد احتمال الدليل الشرعي

(١) عوالي اللآلي، ابن أبي جمهور الأحسائي، ج ١ ص ٢٢٢.

(٢) الوارد في الرواية: «لا يجوز بيع ما ليس يملك». (راجع: الكافي، ج ٧ ص ٤٠٢، باب النوادر. تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي، ج ٧ ص ١٥١، باب أحكام الأرضين).

الدال على صحة إباحة جميع التصرفات حتى ما توقّف منها على الملك غير كافٍ في المقام بل لابد من وجود دليل كهذا في مقام الإثبات، وهو مفقود في ما نحن فيه. فإن قلت: إنّ الدليل على صحة الإباحة المطلقة موجود وهو قاعدة السلطنة التي يقتضي إطلاقها جواز تصرف المالك في أمواله بكلّ أنحاء التصرف تكليفاً، ونفوذ هذه التصرفات وضعاً، وبالتالي يمكن أن يبيع المالك ماله للغير إباحة مطلقة. قلت: إنّ قاعدة السلطنة بإطلاقها وإن اقتضت صحة الإباحة المطلقة إلا أنّه لا مجال للأخذ بهذا الإطلاق، وذلك لوجود قواعد مسلّمة أخرى معارضة لها مثل توقّف انتقال الثمن إلى شخص على خروج المثلث عن ملكه، وتوقّف صحة العتق على الملك، وتوقّف صحة الوطء على التحليل بصيغة خاصّة<sup>(١)</sup>، ووجه التعارض بين قاعدة السلطنة وهذه القواعد الثلاث واضح، وعليه فلا بد من رفع اليد عن إطلاق قاعدة السلطنة<sup>(٢)</sup> بأن يقال: إنّ القاعدة تثبت جواز التصرفات غير المتوقّفة على الملك. ولأجل كون قاعدة السلطنة لا تصلح لإثبات الإباحة المطلقة حتى في التصرفات المتوقّفة على الملك، بل لابد من دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج عنه الآخر، كما هو مقتضى مفهوم المعاوضة، صرح مشهور الفقهاء بل قيل بعدم وجود الخلاف بينهم بأن المالك لو دفع مالاً لشخص وقال له: (اشتر بهذا المال طعاماً لنفسك)، فصحة هذا الشراء، وجواز تصرف الآخذ بالطعام تتوقّف على قصد الدافع الذي يمكن تصوّره في إحدى أربع صور إحداها هي مفروض البحث: الصورة الأولى: أن يكون قصد الدافع إعطاء المال للآخذ على وجه

(١) قال صاحب الجواهر قدّس سرّه: «أمّا الصيغة فلا خلاف في اعتبارها فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، فلا يكفي التراضي مطلقاً». (جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٣٠ ص ٢٩٨).

(٢) سيأتي من الشيخ الأعظم بعد قليل القول بحكومة هذه القواعد الثلاث على قاعدة السلطنة.



الإقراض، فيتملك الآخذ المال بالقرض، فيكون بيعه صحيحاً لكونه حاصلًا في ملكه، وتترتب عليه الآثار.

**الصورة الثانية:** أن يكون قصد الدافع الإذن للآخذ في اقتراض الطعام منه لنفسه بعد الشراء من مال الدافع، والذي يترتب عليه جواز تصرف الآخذ في الطعام.

**الصورة الثالثة:** أن يكون قصد الدافع الإذن للآخذ في أن يؤدي دينه بمال الدافع بعد شراء الآخذ طعاماً في ذمة نفسه، فيكون إذنًا من الدافع في إيفاء الآخذ لدينه، فيكون تصرف الآخذ في الطعام المشتري صحيحاً، غاية الأمر أنه سيكون مدينًا للدافع بماله الذي أدى به دينه.

نعم السيد اليزدي خالف الشيخ الأعظم في هذه الصورة وذكر أن إشكال الشراء بمال الغير عينه يجري في مسألة الوفاء بالدين من مال الغير، فهما إشكالاً ودفعاً من واحدٍ واحدٍ.

قال قدس سره: «لكن لا يخفى أن إشكال الشراء للنفس بمال الغير يجري نظيره في أداء الدين بمال الغير، والدفع مشترك، فتدبر»<sup>(١)</sup>.

وأجاب المحقق الأصفهاني عن ذلك بالفرق بين صورتين، إذ إن محذور الشراء بمال الغير هو امتناع المعاوضة الحقيقية، التي تقتضي دخول كل من العوضين في ملك الآخر، فلا يعقل حينها تملك المشتري للطعام مع خروج العوض عن ملك الأمر.

وهذا بخلاف الوفاء بالدين، فإنه ليس فيه معاوضة بين عينين؛ لاستقرار الكلي في ذمة المديون، ولا مانع من أدائه بملك الغير بإذنه.

نعم، لو قيل بوقوع الفرد طرفاً للمعاملة بمجرد انطباق الكلي عليه، أو أن نفس وفاء الدين كان مبادلة، بحيث يلزم دخول العوض في ملك شخص وخروج

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٨٧.

المعوض عن ملك شخص آخر، لكان الأداء بهال الغير كالشراء به في الامتناع.  
إلا أن كليهما ممنوع، أمّا الأول فلاستحالة خروج المعاملة من حدّ إلى حدّ  
آخر، فحيث كان الثمن كلياً مستقرّاً في الذمّة، امتنع أن ينقلب إلى العين  
الشخصيّة التي يحصل بها الأداء.

وأما الثاني فلأنّ الوفاء بنفسه ليس معاملة ومبادلة، بل هو محض تطبيق  
الكلي على فرد، بل كذا الأمر في الوفاء بغير الجنس، فإنّ مرجعه إلى رفع اليد عن  
الخصوصيّة والقناعة بأصل الماليّة.

قال قدّس سرّه: «وتوهم أنّه يجري فيه إشكال الشراء بهال الغير بلا محلّ، فإنّ  
إشكال الشراء لنفسه بهال الغير هو عدم إمكان المعاوضة الحقيقيّة، بخلاف أداء  
الدين فإنّه ليس فيه معاوضة إلا على توهم استقرار المعاملة على الفرد بانطباق الكلي  
عليه، أو أنّ الوفاء كليّة مبادلة، وكلاهما غير صحيح، أمّا الأول: فلما ذكرنا في محله  
في نظائر المقام من أنّ المعاملة المتقوّمه بطرفين يستحيل خروجها من حدّ إلى آخر،  
وانقلاب ذلك التعلّق الخاصّ إلى تعلّق آخر، وأمّا الثاني: فإنّ الوفاء ليس إلا تطبيق  
الكلي على ما لا يتوقّف في انطباقه عليه إلى مؤنة معاملة، بل كذا الأمر في الوفاء بغير  
الجنس فإنّ مرجعه إلى رفع اليد عن الخصوصية والرضا بأصل الماليّة، فتدبر»<sup>(١)</sup>.

الصورة الرابعة: أن لا يكون قصد الدافع حين دفعه ماله إلى الآخذ أحد  
الأمر الثلاثة المذكورة، بل يكون قصده مجرد الإباحة المطلقة، وهذا هو محلّ  
الكلام ومفروض البحث، فذكر فيه الفقهاء أنّه لا يجوز للآخذ المباح له أن  
يشترى الطعام لنفسه بهذا المال المدفوع إليه بذلك القصد.

وأشار الشيخ الأعظم إلى أنّ العلامة قدّس سرّه صرّح في عدّة مواضع من  
القواعد بما ذكر من عدم الجواز، حيث قال في هذه المسألة: «وكذا لو دفع إليه مالاً

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٧٣-١٧٤.

وأمره بشراء طعام له لم يصحَّ الشراء، ولا يتعيّن له بالقبض، أمّا لو قال: اشتر به طعاماً واقبضه لي ثمّ اقبضه لنفسك، صحَّ الشراء، وفي القبض قولان<sup>(١)</sup>.

كما ذكر أيضاً في موضع آخر سبقت الإشارة إليه عند بيان الإشكال: «لو قال: بع عبدك من فلان على أنّ عليّ خمسمائة، فباعه بهذا الشرط بطل، لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري، فليس له أن يملك العين والثمن على غيره، بخلاف: أعتق عبدك وعليّ خمسمائة، أو: طلق امرأتك وعليّ مائة، لأنّه عوض في مقابلة فكّ»<sup>(٢)</sup>.

ووافق الشيخ الأعظم ما قاله العلامة في تعليل الحكم بعدم الجواز في بعض مواضع القواعد من أنّه لا يعقل شراء شخص شيئاً لنفسه بهال الغير<sup>(٣)</sup>، وذلك لما ذكر عند بيان أصل الإشكال من أنّ مفهوم المعاوضة مقتضاه دخول العوض في كيس من خرج المعوّض من كيسه، وبغير ذلك لا يعقل تحقّق المعاوضة، وعليه فخرج الثمن من ملك المعطي ودخول الطعام في ملك الآخذ خلفاً لمفهوم المعاوضة.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم أيّد إشكاله على هذا الوجه من كون إباحة المبيع لا يمكن أن تكون مطلقة تشمل جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك لعدم الدليل، بما ذكره علّمان، أحدهما شيخ الطائفة والآخر الشهيد الأوّل.

حيث أفتى الشيخ الطوسي قدّس سرّه في الهبة المعاطيّة بأنّها تفيد إباحة التصرف للموهوب له في العين الموهوبة، لكنّه استثنى وطء الجارية، فمنه يُعلم عدم تأثير الإباحة في التصرفات المتوقّفة على الملك، إذ إنّ إباحة الوطء متوقّفة على الملك، فلو كانت الإباحة مؤثّرة حتّى في التصرفات المتوقّفة على الملك لكان

(١) قواعد الأحكام، العلامة الحليّ، ج ٢ ص ٨٧.

(٢) المصدر نفسه، ج ٢ ص ٩٤.

(٣) هذا ما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه لكنّ الموجود في عبارة القواعد هو (البطلان) لا (عدم المعقوليّة)، ولعلّ الشيخ استفاد المعنى، أو أنّه ربّما ظفر بعدم المعقوليّة في موضع آخر من القواعد خفي علينا.

وطؤها جائزاً أيضاً.

قال قدّس سرّه في المبسوط: «وإذا وصلت الهدية إلى المهدى إليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم، ويكون ذلك إباحة من المهدى حتّى أنّه لو أهدى إليه جارية لم يجوز أن يستمتع بها، لأنّ الإباحة لا تدخل في الاستمتاع»<sup>(١)</sup>.  
 أمّا الشهيد الأوّل فقد حكى عنه في حاشيته على القواعد<sup>(٢)</sup> - وسبقت الإشارة إليه في مواضع منها في الأقوال في المعاطاة ومنها في التنبيه الأوّل - عدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وضمن الهدى، وعدم جواز وطء الجارية المأخوذة بالمعاطاة، رغم أنّ المتعاطين قاصدان للإباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات حتّى المنوطة بالملك، وما ذلك إلّا لأنّ مثل هذه الأمور تتوقّف على الملك، والإباحة المطلقة غير مستلزّمة لإباحة التصرفات المتوقّفة على الملك، لأنّ إباحة المالك إنّما تكون نافذة في حدود ما ثبتت مشروعيتها من الشارع، ولا تكون هي بنفسها مشرّعة حتّى يترتّب عليها جواز التصرف فيما يتوقّف على الملك.  
 وقريب منه ما ذكره قدّس سرّه في الدروس حيث قال: «نعم يكون إباحة للتصرف حيث يكون متصوّراً، فلو كانت جارية لم يحلّ له وطؤها لأنّ الاستمتاع لا يحصل بالإباحة»<sup>(٣)</sup>.

(١) المبسوط في فقه الإمامية، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٣١٥.

(٢) ذكرنا سابقاً أنّ الحاكي لهذه الفتوى هو السيّد محمّد جواد العاملي قدّس سرّه في مفتاح الكرامة حيث نقل عبارة الشهيد الأوّل بقوله: «وفي حواشي الكتاب: لا يجوز لأحدهما أن يخرجها في زكاة أو خمس أو ثمن الهدى قبل التلف - يريد تلف العين الأخرى - وقال: ويجوز أن يكون الثمن والمثمن مجهولين، لأنّها ليست عقداً، وكذا جهالة الأجل، وقال: لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجوز له نكاحها قبل تلف الثمن فإنّ وطئ كان بشبهة، انتهى).  
 مفتاح الكرامة، السيّد محمّد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥١٠.

(٣) الدروس الشرعية في فقه الإمامية، الشهيد الأوّل، ج ٢ ص ٢٩١.

## مناقشة الشيخ الأعظم للأمر الثاني

وأما مناقشته للأمر الثاني الذي دافع عنه صاحب الجواهر قدس سره واعتمده كدليل على صحة إباحة كل من الطرفين التصرف للآخر على وجه المعاوضة، حيث قال في مقام الاستدلال: «وللجمع بين ما دلّ على صحة هذا التصرف في هذا المال المفروض إباحته، وبين ما دلّ على أن لا بيع إلا في ملك، قدر الملك ضمناً، نحو ما قدره في: إعتق عبدك عني، وانعتاق العمودين على المشتري لهما، ونحو ذلك، ولا حاجة إلى شاهد لهذا الجمع، بل هو مقتضى الدليلين، ضرورة أن غاية ما دلّ على اعتبار الملك اقتضاء عدم وقوع التصرف المزبور على غير المملوك مثلاً، فيكفي فيه التقدم الذاتي الذي هو كتقدم العلة على المعلول»<sup>(١)</sup>، فحاصلها: أن الجمع بين الأدلة فرع التعارض بينها، وهو منتفٍ في المقام.

توضيحه: أن قاعدة السلطنة لا يصلح عمومها لأن يكون دليلاً على الإباحة المذكورة، وذلك لأن هذه القاعدة ليست مشرعة بحيث تكون دليلاً على جواز تصرف شك في جوازه، أو مخصصاً لعموم دلّ على عدم المشروعية، وإلا لو كان كذلك لكان الأنسب أن يعبر فيها: أن الناس مسلطون على أحكامهم، لا على أموالهم. وعليه، فمقتضى عموم هذه القاعدة أن الشارع قد أباح للمالك كل تصرف هو جائز في حد ذاته، وأنه ليس محجوراً عليه في التصرفات المباحة شرعاً للمالك في ماله، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى دلّ الدليل الشرعي كقوله: (لا بيع إلا في ملك) على عدم جواز أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه، فلا تكون هناك معارضة بين تلك القاعدة وهذا الدليل، إذ إن قاعدة السلطنة تدلّ على سلطنة الناس على أموالهم في التصرفات المباحة شرعاً، ودلّ (لا بيع إلا في ملك) على توقف صحة البيع على

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٣٢.

إنشائه من المالك بالمباشرة أو بالتسبيب، وأنه ليس من التصرفات الجائزة للمالك شرعاً أن يبيع للغير بيع مال نفسه، فيكون الدليل حاكماً على القاعدة ومضيّقاً لموضوعها لتشمل التصرفات الجائزة شرعاً فقط، فلا تعارض مستقرّ بينها وبين الدليل حتّى تترتب عليه الأحكام من الجمع أو التساقط أو التخيير أو غير ذلك.

وهذا نظير حكومة دليل عدم جواز عتق عبد الغير بقوله: (لا عتق إلا في ملك) على عموم وجوب الوفاء بالنذر أو العهد، فيما لو نذر شخص أن يعتق عبد غيره له أو لذلك الغير، إذ لم يتوهم فقيه في الجمع بين دليل عدم جواز عتق مال الغير وبين دليل وجوب الوفاء بالعهد والنذر بالالتزام بحصول الملك التقديري القهري للناذر أنا ما قبل العتق كي يعتق العبد في ملك الناذر، بل اتفق الجميع على حكومة (لا عتق إلا في ملك) على عموم وجوب الوفاء بالعهد والنذر، وما ذلك إلا لأنّ الجمع بين الدليلين متوقف على وحدتهما رتبة لا حكومة أحدهما على الآخر.

ومنه يتّضح عدم صحّة قياس ما نحن فيه على مسألة عتق العمودين، إذ الالتزام بالملك التقديري في تلك المسألة إنّما كان لدفع التعارض الحاصل بين الأدلة الثلاثة فيها بالجمع بينها، والذي يدلّ بالدلالة الاقتضائية على لزوم الالتزام بالملك التقديري الآتي، بخلاف ما نحن فيه في الإباحة المطلقة، إذ لا تعارض في أدلة المقام كي نلتزم بالملك التقديري فيه.

والحاصل: إنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل، أمّا العقل فلما عرفت من أنّ مفهوم المعاوضة متوقف على دخول العوض في ملك من خرج المعوّض من ملكه، وأمّا النقل فلعدم شمول قاعدة السلطنة لهذا البيع كي يثبت الجواز، لأنّ بيع مال الغير لنفسه أمر غير جائز شرعاً كما دلّت عليه النصوص الشرعية؛ بأن لا بدّ من دخول العوض في ملك مالك المعوّض، والقاعدة ليست مشرّعة كي تدلّ على جواز البيع الذي لا يكون جائزاً في حدّ نفسه بأن تكون مخصّصة للأدلة الشرعية المانعة، أو معارضة لها فيلتزم

بالمملك التقديري، بل غاية ما تدلّ عليه هو نفوذ سلطنة المالك في التصرفات التي ثبت جوازها شرعاً، والمفروض عدمه في المقام.

استدرك الشيخ الأعظم قدس سرّه بعد ذلك على ما ذكره من عدم إمكان الجمع بين قاعدة السلطنة وما دلّ على عدم جواز البيع أو العتق إلّا في ملك بالالتزام بالمملك التقديري الآني، لحكومة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه على عموم قاعدة السلطنة، وحاصل الاستدراك: أنّ جميع ما ذكرناه لإثبات عدم جواز إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على المملك إنّما يصحّ إن كان دليل الجواز منحصراً في قاعدة السلطنة، فيقال حينها إنّ دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه حاكمٌ عليها، والحال أنّ دليل المشروعية غير منحصر بتلك القاعدة، بل يمكن أن يقال: إنّّه يوجد هناك دليل خاصّ على صحّة الإباحة المطلقة الشاملة لما يتوقّف على المملك، وهو قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيبة نفس منه»<sup>(١)</sup>، إذ يستفاد منه حليّة جميع التصرفات في مال الغير إن كانت عن طيب نفس منه حتّى التصرفات المتوقّفة على المملك، وهذا الخبر غير محكوم بدليل توقّف البيع أو العتق على المملك، بل معارض له كما هو واضح، فأدلة إناطة صحّة البيع والعتق بالمملك تقتضي وقوعهما من المالك حصراً لا من المباح له، وهذا الخبر يدلّ على حليّة كلّ تصرف في مال الغير عند رضاه وطيب نفسه، سواء كان ذلك التصرف ممّا يكفي في جوازه إذن المالك أو كان متوقّفاً على المملك، وعليه فيبيع المباح له لنفسه مجمع دليلين، يقتضي أحدهما الصحّة والآخر البطلان، فيقع التعارض، وبما أنّ الجمع بين الأدلّة المتعارضة مهما كان أولى من

(١) عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن أبي أسامة زيد الشحام، عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفسه» (الكافي، الشيخ الكليني، ج ٧ ص ٢٧٣، باب القتل).

الطرح، يلتزم هنا بالملك التقديري الآني القهري جمعاً بين الأدلة المتعارضة بدلالة الاقتضاء، بأن يدخل المبيع آنأما في ملك المباح له قبل البيع كي يكون البيع حاصلاً في ملكه، وعليه فلا مجال لإنكار صحة الإباحة المطلقة بتوسط هذه الملكية التقديرية.

ثم تأمل الشيخ قدس سره في ما ذكره في الاستدراك ولعله إشارة إلى أن هذا الجمع المذكور جمع تبرّعي لا شاهد عليه، بل لابد من العمل بمقتضى باب التعارض، فإن كان التعارض بين الأدلة بالتباين لزم الأخذ بالمرجح إن كان وإلا فالتساقط أو التخيير، وإن كان التعارض بالعموم والخصوص تعيّن التخصيص، فيصبح خبر (طيب النفس) كقاعدة السلطنة في كونه قاصراً عن إثبات جواز الإباحة المطلقة، غاية الأمر أن القاعدة كانت محكومة بينما الخبر مخصّص، لكن النتيجة واحدة.

• الوجه الثالث: أن يكون التصرف كاشفاً عن ثبوت الملك للمتصرف بحيث يقع ذلك التصرف في ملكه، كما في مسألة تصرف ذي الخيار في المال المنتقل عنه ببيع أو عتق أو وقف، وكما في مسألة تصرف الواهب ببيع العين الموهوبة إلى غير ذي رحم من دون فسخ العقد لفظاً أو استرداد العين من المتهب، فإن صحة البيع يكشف آنأما تحقق الملكية للواهب بالرجوع عن الهبة ولذي الخيار بالرجوع عن العقد في زمن الخيار قبل حصول البيع، فيكون البيع حاصلاً في ملك.

بعبارة أخرى: إن الواهب عندما يهب ماله إلى شخص غير ذي رحم، فالشارع قد جوّز له الرجوع في هبته، فلو تصرف الواهب في المال الموهوب ببيع ونحوه كان مقتضى الجمع بين دليل جواز الرجوع وصحة المعاملة الحاصلة من الواهب بعد الهبة اعتبار المعاملة رجوعاً فعلياً عن الهبة، وعود المال الموهوب إلى صاحبه آنأما، ثم الخروج من ملكه إلى ملك المشتري.

وليكن ما نحن فيه من هذا القبيل، فالجمع بين دليل جواز إباحة كلّ التصرفات ودليل توقّف البيع والعتق على الملك، يقتضي الالتزام بصحة هذه



الإباحة، وصيرورة المال ملكاً للمباح له بالملكيّة التقديرية الآتية، كي يقع بيعه وعتقه في ملكه.

لكنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه ذكر أنّ هذا الوجه أيضاً قاصر عن حلّ الإشكال، وذلك لما يلي:

أولاً: إنّ كون التصرف بالبيع كاشف عن تحقّق الرجوع قبله مسألة مبنائية، إذ إنّها تتمّ على مبنى من يقول بكفاية الرضا الباطني المستكشف بالتصرف الفعلي في الفسخ والإمضاء، بحيث تكون نية الفسخ هي المناط في حصول الفسخ إن كان لها كاشف، فيكون التصرف لأجل ذلك واقعاً في ملك المتصرف لتحقق الرجوع والفسخ قبله بالنية.

وأما بناءً على عدم كاشفية التصرف الفعلي عن الرجوع والفسخ، وتوقف الرجوع على الإنشاء باللفظ أو استرداد العين كان بيع الواهب وذو الخيار باطلاً، لوضوح عدم وجود كاشف عن رجوع المال إلى مالكة قبل بيعه.

ثانياً: إنّ قياس ما نحن فيه بمسألة بيع الواهب وذو الخيار قياس مع الفارق. توضيحه: إنّ الملكية الآتية التي التزم بها الفقهاء في بعض الفروع الفقهية تكون على نحوين، تارة تكون ملكية تقديرية افتراضية، نظير مالكية الميت للدية، فهو يمتنع تملكه لها حقيقة ولو في آنٍ واحد، ولكن يقدر حصولها افتراضاً في ملكه كي يصحّ انتقالها إلى ورثته، ويصدق عليه عنوان ما تركه الميت فهو لو ارثه، ونظير مسألة شراء العمودين<sup>(١)</sup>، إذ يقدر كون العمودين ملكاً للولد

(١) يرى السيّد الخوئي قدّس سرّه أن لا وجه لإلحاق مسألة شراء العمودين بمسألة دية الميت بعد كون الملكية المتحققة فيها حقيقة لا تقديرية افتراضية، ولذا قال: «إنّ الإنسان يملك عموده أنا مملكية تحقيقية، لا ملكية تقديرية فرضية - على ما اشتهر في السنة المحصّلين - لعدم ترتّب الأثر على الملكية التقديرية بوجه، وعلى هذا فلا وجه للمصنّف

أنا ما حتى يصحّ اعتاقهما عليه، إذ لا عتق إلا في ملك.

وأخرى تكون ملكية حقيقية لا افتراضية تقديرية، كما في مسألة بيع الواهب وذو الخيار، إذ الملكية فيها حقيقية، لأنّ تصرّفهما في المال ببيع ونحوه كاشف عن رجوع المال إلى ملكهما حقيقة ولو أنا ما.

وما نحن فيه من مسألة جواز الإباحة المطلقة إن قلنا بتحقيق الملكية الآنية فيها بالجمع بين الأدلة المتعارضة فهي نظير مسألة العمودين ودية الميت من كون الملكية فيها تقديرية افتراضية، وليست كمسألة بيع الواهب وذو الخيار التي تكون الملكية فيها حقيقية.

هذا إضافة إلى أنّ مسألة بيع الواهب وذو الخيار كان سبب الملك فيه متحققاً وهو إرادة التملك، وهو مفقود في ما نحن فيه؛ إذ المفروض أنّ المبيع لم يقصد إلا الإباحة لا التملك.

ثالثاً: إنّ الملكية الآنية سواء كانت حقيقية أم افتراضية غير متحققة في ما نحن فيه، إذ إنّ كلّاً من الملك الحقيقي والتقديري منوطٌ بدليل شرعيّ يكون هو الكاشف عن تحقق هذه الملكية، وإن كان هو الجمع بين الأدلة، وهو منتفٍ في المقام، إذ المفروض أنّ الدليل الدالّ على إباحة جميع التصرفات هو قاعدة السلطنة، وقد عرفت أنّها لا تصلح لمعارضة أدلة توقّف البيع والعتق على الملك لكون تلك الأدلة حاکمة عليها.

### ملخص الوجوه الثلاثة المصححة للإباحة المطلقة

إنّ حصيلة ما تقدّم من الوجوه الثلاثة المذكورة لتصحيح الإباحة المطلقة أنّ

---

أن يفرّق بين شراء العمودين وبين بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه، حيث التزم بالملكية الآنية التقديرية في الأوّل وبالملكية الحقيقية في الثاني، مع أنّهما من وادٍ واحدٍ . (مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا التوحيد، ج ٢ ص ٢٠٦).

أيّاً منها لا يصلح للانطباق على ما نحن فيه:

أما الوجه الأوّل وهو التملك الضمني الموجود في مثال قوله: (اعتق عبدك عني) فلفقدانه القصد المقوم للتملك الضمني فيه ولو قصداً إجمالياً، فالمثال المذكور يدلّ بالدلالة الاقتضائية على أنّ المأمور بالعتق قد ملك عبده للأمر قبل العتق أنا ما في ضمن عتقه عبده من الأمر، لكي يقع العتق عن الأمر في ملك الأمر، وإلاّ لكان الأمر بعتق العبد وقبول ذلك من المالك لغواً.

وأما الوجه الثاني وهو تقدير الملك الآني في شراء من يعتق عليه فلعدم الدليل المعتمد على جواز الإباحة المطلقة كي يقع التنافي بينه وبين ما دلّ على توقّف البيع والعتق ونحوهما على الملك فيلتزم بالملك الآني جمعاً بين الأدلّة، وذلك لما عرفت من أنّ الدليل المتصوّر في المقام لجواز الإباحة المطلقة إنّما هو قاعدة السلطنة، وهي لا تصلح أن تكون مستنداً للإباحة إلاّ في الموارد المشروعة، والمفروض أنّ ما نحن فيه من البيع والعتق ليس مشروعاً لكونه لم يصدر من المالك، فلا يقع التنافي بين القاعدة وأدلة التوقّف، فلا وجه للالتزام بالملك الآني؛ لعدم الموضوعيّة له وهو الجمع بين الأدلّة المتنافية، وهذا بخلاف المثال المذكور في هذا الوجه في شراء العمودين، إذ إنّهما ينتقلان إلى ملك الولد أنا ما ثمّ يعتقان عليه قهراً، للجمع بين ما دلّ على صحّة شراء من يعتق عليه وبين دليل عدم ملكيّة لهما المتنافيين، والذي يقتضي الالتزام بحصول الملك التقديري الآني قبل العتق.

وأما الوجه الثالث وهو الالتزام بالملك الآني في بيع الواهب للعين الموهوبة قبل صيرورة الهبة لازمة وفي بيع ذي الخيار فلكون قياس ما نحن فيه من الإباحة المطلقة بما هو مذكور في هذا الوجه قياس مع الفارق، فإنّ بيع العبد الذي وهبه لغير ذي رحم كاشفٌ عن فسخه لعقد الهبة؛ إذ مع علمه أن لا يبيع إلاّ في ملك كيف يصحّ بيعه مع بقاء هبته على حالها؟ فالبيع كاشف عن تملك العبد الموهوب وفسخ الهبة.

كما أنه لا شبهة في صحة بيع ذي الخيار لما انتقل عنه بالبيع الخياري، وهذه الصحة كاشفة عن حصول الفسخ لما باعه أولاً ورجوع المبيع إلى ملكه أنا ما قبل بيعه ثانية كي يكون البيع الثاني حاصلاً في ملكه بمقتضى (لا بيع إلا في ملك). وهذا التمليك الضمني لا ينطبق على ما نحن فيه؛ إذ إن سبب الملك فيه وهو إرادة الملك وقصده غير متحقق لأن المفروض أن المبيع المالك لم يكن قاصداً التمليك بل الإباحة، والمباح له لم يكن قاصداً التملك عند البيع، بخلاف الأمثلة المذكورة في هذا الوجه؛ إذ إن إرادة الملك فيه متحققة قبل تحقق البيع في بيع الواهب أو عتقه وفي بيع ذي الخيار.

وعليه، تكون نتيجة أجنبيّة المقام عن تلك الوجوه الثلاثة: الحكم بعدم تأثير الإذن في بيع مال غيره؛ لعدم قيام دليل على كون المبيع ملكاً للبائع، فتكون الإباحة المطلقة باطلة، سواء صرح المبيع بأنه أذن للمباح له أن يبيع ماله لنفسه بأن قال له: (بع مالي لنفسك) أو (اشتر بهالي الذي أبحث لك التصرف فيه شيئاً لنفسك)، أو لم يصرح له بذلك وإنما أدخل الإذن في عموم كما لو قال له: (أبحث لك كل تصرف). ثم إن المباح له لو باع ما انتقل إليه من المبيع اعتماداً على الإذن الخاص له بالبيع أو الإذن العامّ الشامل للبيع ولغيره، وقع البيع للمالك المبيع لا للمباح له، لأن المفروض أن المثلث قد خرج عن ملك المالك المبيع فلا بد أن يدخل الثمن في ملكه أيضاً كما هو مقتضى حقيقة مفهوم المعاوضة، التي منها البيع.

وهذا البيع الصادر من المباح له الحاصل للمبيع إما أن يقع لازماً بناءً على أن قصد البائع البيع لنفسه لا للمالك غير مؤثر في لزوم العقد، بل المعتبر في اللزوم هو صدور العقد ممن هو أهل له بأن يكون البائع مالكاً أو وكيلًا أو ولياً أو مأذوناً من قبل المالك.

أو أن يقع هذا البيع موقوفاً على إجازة المالك المبيع، وذلك لأن المفروض

أن المبيع لم يكن قاصداً تملك الثمن بل كان يعتقد وقوع البيع للمباح له ودخول الثمن في ملك البائع، وبعد عدم ثبوت مشروعية هذه الإباحة المطلقة من قبل المبيع كان بيع المباح له بيعاً فضولياً، لكونه تصرفاً في ملك المبيع من دون إذن صحيح، فلا بد من إجازة المبيع المالك لأجل تصحيح البيع وتملك الثمن.

### نقض وإبرام

بعد أن أفتى الشيخ الأعظم قدس سره بعدم صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع والعتق، وأن هذا التصرف لو حصل فإن نتيجته تعود إلى المالك المبيع على نحو اللزوم أو التوقف على الإجازة، ذكر نقضاً في المقام حاصله: أن الذي يظهر من جماعة من الفقهاء كقطب الدين<sup>(١)</sup> والشهيد

(١) هو قطب الدين أبو جعفر محمد بن محمد الرازي البويهي، الحكيم المتأله والفقير المحقق المتوفى سنة ٧٧٦ للهجرة، من تلامذة العلامة الحلبي قدس سره ومن مشايخ الشهيد الأول، وهو من ذرية الشيخ الصدوق، له شروح على الشمسية والمطالع والقواعد وحاشيتين على الكشاف، نقل عن الشهيد الأول في إجازته لابن الخازن: ومنهم الإمام العلامة سلطان العلماء، وملك الفضلاء، الخبر البحر، قطب الدين محمد بن محمد الرازي البويهي، فإني حضرت في خدمته - قدس الله لطيفته - بدمشق عام ثمانية وستين وسبعائة، واستفدت من أنفاسه، وأجاز لي جميع مصنفاته في المعقول والمنقول، أن أرويه عنه وجميع مروياته، وكان تلميذاً خاصاً للشيخ الإمام جمال الدين، انتهى.

وينقل عن المحقق الثاني في إجازته للقاضي صفي الدين: ويرويه شيخنا السعيد الشهيد، عن الإمام المحقق المتبحر، جامع المعقول والمنقول، قطب الملّة والحق والدين، أبي جعفر البويهي الرازي، شارح الشمسية والمطالع في المنطق، عن الإمام جمال الدين بلا واسطة، فإنه من أجل تلامذته، ومن أعيان أصحابنا الإمامية، قدس الله أرواحهم ورضي عنهم أجمعين. وفي إجازة الشهيد الثاني للشيخ حسين والد الشيخ البهائي، عند تعداد تلامذة العلامة الذين روى عنهم الشهيد: والشيخ الإمام العلامة ملك العلماء، سلطان المحققين،

الأول قدس سرهما على ما حكى عنهما في حواشيهما على قواعد العلامة أن الغاصب لو باع ما غصبه إلى مشترٍ عالم بغصبيّة المباع، جاز للغاصب أن يشتري بذلك الثمن متاعاً ويملك الثمن، وليس للمشتري على فرض علمه بالغصب إجازة شراء الغاصب، لأنّه عندما دفع المال إلى الغاصب مع علمه بالغصب فإنّه قد أباح للغاصب أن يتصرّف في الثمن بحيث يصير مالاً لبدله.

وبعبارة أخرى: إن المشتري عندما يشتري العين المغصوبة من الغاصب مع علمه بالغصب فإنّه يسلّط البائع الغاصب على الثمن ويأذن له في إتلافه، وهذا الإذن يكون هو المصحح لأن يشتري الغاصب بالثمن الذي أخذه من المشتري شيئاً لنفسه، فيكون مالاً لما اشتراه، فالغاصب للمثمن ليس غاصباً للثمن، لأن المشتري قد أذن له أن يتصرّف في ثمنه حتّى التصرّف المتوقّف على الملك، وهذا سبب كافٍ لأن يكون الغاصب مالاً لجميع ما يشتريه بالثمن الذي أخذه من المشتري العالم بالغصب، فيكون ذلك شاهداً على جواز بيع المال المباح ووقوع البيع للمباح له لا للمالك.

قال السيّد العاملي قدس سرّه في مفتاح الكرامة: «والمنقول عن قطب الدين في بيان إشكال الكتاب<sup>(١)</sup> أنّه في التّبّع، ووجهه بأن المشتري مع العلم يكون مسلّطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولهذا لو تلف لم يكن له الرجوع عليه، ولو بقي ففيه الوجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلّط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، ومن أن الثمن عوض عن العين المملوكة، ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلّا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه، انتهى. وقال الشهيد في حواشيه: يمكن أن يكون الإشكال في صحّة البيع مع الإجازة وفي

وأكمل المدقّقين، قطب الملة والدين، محمّد بن محمد الرازي. (راجع: بحار الأنوار،

ج ١٠٤ ص ١٣٨. وخاتمة المستدرک، الميرزا حسين النوري الطبرسي، ج ٢ ص ٣٥٣).

(١) أي: الإشكال المذكور في القواعد في بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب.

التتبع، قال: لأنّه مع علمه يكون مسلّطاً للبائع الغاصب على الثمن فلا يدخل في ملك ربّ العين، فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقّق ملكه للمبيع، فلا يتصوّر نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً للبائع وإن أمكن إجازة البيع مع احتمال عدم نفوذها أيضاً، لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فلا يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة فيجعله ثمناً، فصار الإشكال في صحّة البيع مع الإجازة وفي التتبع<sup>(١)</sup>.

كما يظهر ذلك أيضاً ممّا ذكره العلامة قدّس سرّه في المختلف من أنّ تسليط المشتري البائع الغاصب للثمن على الجارية يوجب تمليكها له، فيترتب عليه صحّة وطئها، حيث نقل قدّس سرّه في باب الغرر والمجازفة حكّمين مختلفين عن الشيخ الطوسي قدّس سرّه أحدهما ذكره في النهاية والآخر في المسائل الحائريّة، أمّا الذي ذكره في النهاية فهو قوله: «من غصب غيره مالاً واشترى به جارية، كان الفرج له حلالاً وعليه وزر المال، ولا يجوز له أن يحجّ به، فإن حجّ لم يجزئه عن حجة الإسلام»<sup>(٢)</sup>.

وأما ما ذكره في المسائل الحائريّة فقد نقله العلامة عن الشيخ ابن إدريس الحلّي قدّس سرّه فقال: «قال ابن إدريس: والشيخ قد رجّع عمّا ذكره في النهاية في المسائل الحائريّة، حيث سأله السائل عمّن اشترى ضيعةً أو خادماً بهال أخذه من قطع الطريق أو من سرقة، هل له ما يدخل عليه من ثمرة هذه الضيعة أو يحلّ له أن يطأ هذا الفرج الذي قد اشتراه بهال من سرقة أو قطع طريق؟ وهل يجوز لأحد أن يشتري من هذه الضيعة وهذا الخادم وقد علم أنّه اشتراه بهال حرام؟ وهل يحلّ للمشتري الضيعة والخادم؟ فأجاب الشيخ: إن كان الشراء وقع بعين ذلك المال كان باطلاً،

(١) مفتاح الكرامة، السيّد محمّد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٦١٣.

(٢) مختلف الشيعة، العلامة الحلّي، ج ٥ ص ٢٥٨.

ولم يصحّ جميع ذلك، وإن كان الشراء قد وقع بهال في ذمّته كان الشراء صحيحاً، وقبضه ذلك المال فاسداً، وحلّ له وطء الجارية وغلّة الأرض والشجر، لأنّ ثمن الأصل في ذمّته»<sup>(١)</sup>، واستصوب ابن إدريس هذا الجواب وقال عنه أنّه الحقّ.

ثمّ قال العلامة تعليقيّاً على ما ذكره الطوسي: «أقول: كلام الشيخ في النهاية يحتمل أمرين؛ أحدهما: ما ذكره في جواب المسائل الحائريّة من أنّ الشراء بالمال أعمّ من أن يكون بالعين أو في الذمّة وإن كان الأوّل هو الظاهر، لكن يمكن العدول عن الظاهر للعلم به. والثاني: أن يكون البائع عالماً بأنّ المال غصب فإنّ المشتري حينئذ يستبيح وطء الجارية وعليه وزر المال وإن كان الشراء وقع بالعين»<sup>(٢)</sup>.

وهذه الجملة الأخيرة هي محلّ استشهاد الشيخ الأعظم من كلام العلامة، إذ إنّ عبارته هذه تعتبر نقضاً للحكم الذي أفتى به الشيخ من عدم صحّة الإباحة المطلقة<sup>(٣)</sup>.

(١) مختلف الشيعة، العلامة الحلي، ج ٥ ص ٢٥٨.

(٢) المصدر نفسه، ج ٥ ص ٢٥٩.

(٣) لكن يظهر من العبارات التي نقلناها من المختلف أنّ أصل الفتوى بجواز التصرف في الامة هي للشيخ الطوسي قدس سرّه لا للعلامة، وأنّ العلامة كان في معرض توجيه كلام الشيخ بما لا يخالف معه القواعد المسلّمة في الفقه، وعليه فنسبة الشيخ الأعظم النقض إلى العلامة ليس دقيقاً.

ثمّ إنّ المسألة التي نقلها قطب الدين والشهيد والمسألة التي نقلها الشيخ الأعظم عن المختلف وإن كانتا تشتركان في أنّ أحد العوضين كان مغصوباً، إلّا أنّهما تفرّقا في أنّ الغاصب في مسألة قطب الدين والشهيد كان هو البائع، وتسليط الثمن كان من قبل المشتري، بينما الغاصب في مسألة المختلف كان هو مشتري الامة، وتسليط كان من قبل البائع، ولعلّ هذا الاختلاف هو السبب في جعل الشيخ الأعظم مسألة المختلف نقضاً مستقلاً عن مسألة الشهيد، ولعلّ السبب أيضاً هو عدم صراحة عبارة المختلف في أنّ بائع الجارية قد سلّط المشتري الغاصب للثمن على مملوكته، كي يقال إنّ التسليط يستلزم جواز التصرف المتوقّف على الملك فيها كالوطء، وإنّما غاية ما تفيدّه هو أنّ البائع يستبيح المشتري التصرف فيها.



والحاصل: إن مقتضى الحكم الذي ذكره قطب الدين والشهيد، والحكم الذي ذكره العلامة أن إذن المالك وتسليطه كافٍ في جواز مطلق التصرف وإن توقّف ذلك التصرف على المالك كالباع والعق والوطء، وإن هذه التصرفات إنما تقع للمتصرف المأذون له لا للمالك.

هذا تمام النقض الذي ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه على حكمه بعدم صحّة الإباحة المطلقة، إلّا أنّه أمر بعد ذلك بالتأمّل، ولعلّه إشارة إلى أن كلمات الأعلام هذه غير ظاهرة في كون التسليط الحاصل كان على وجه الإباحة ومقتضياً لجواز التصرف المتوقّف على المالك كي يقال بنقضه للحكم بعدم الصحّة، بل يظهر منها أنّ التسليط كان على وجه التملك لا مجرد الإباحة، فتكون كلماتهم أجنبية عن المقام.

قال المحقّق العراقي قدّس سرّه: «ولا يخفى أن حكم الجماعة بملكيّة الغاصب للثمن مع علم المشتري بالغصب إنّما هو لبنائهم على عدم تحقّق المعاوضة وكون التملك مجّانياً، لأنّ تسليط الغاصب على ماله مع عدّ إرادته منه غير ما يعلم أنّه لا يستحقّه تسليط مجّانيّ ليس من المعاوضة في شيء، وحينئذ فتجوزهم التصرفات المتوقّفة على المالك إنّما هو لبنائهم على حصول الملكيّة له باليد لا لترتّبته على الإباحة»<sup>(١)</sup>.

وسياقي مزيد توضيح لهذه المسألة في بيع الفضولي<sup>(٢)</sup> إن شاء الله تعالى. هذا تمام ما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه في بيان الإشكال الأوّل المشترك بين الإشكالين الثالث والرابع، وقد عرفت أن النتيجة النهائية التي يتوصّل إليها

(١) حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٣٩.

(٢) حيث سيوضّح هناك عند قوله: (إنّ المشتري مع العلم يكون مسلّطاً للبائع الغاصب..) أن تسليط الغاصب هل يوجب جواز تصرف الغاصب المتوقّف على الملكيّة أم لا؟

الشيخ هي عدم صحّة إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، وأنّ ما ذكر من وجوه التصحيح الثلاثة غير نافعة في دفع الإشكال.

### جواب للمحقّق الأصفهاني عن الإشكال

ذكر المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه أنّ المانع الذي ذكره الشيخ الأعظم من إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك يرجع إلى أمرين:

الأمر الأوّل: عقليّ، وهو أنّ المعاوضة تقتضي دخول كلّ من المبيع والثلث في ملك مالك الآخر، فالمعاوضة والمبادلة ليست من الأمور الاستقلاليّة وإنّما هي معانٍ نسبيّة تعلقيّة، لا بدّ أن تكون فيها العوضيّة والبديّة في شيء، فالمعاوضة إن كانت في المملكيّة فلا بدّ من قيام المبيع مقام الثمن في إضافة المملكيّة لصاحبها، وقيام الثمن مقام المبيع في ذلك، ومقتضاه انتقال المبيع إلى مالك الثمن، وانتقال الثمن إلى مالك المبيع، فإذا كانت حقيقة المعاوضة متقوّمة بذلك فالإذن في بيع مال الغير لنفسه سيكون أمراً غير معقول.

ويجب المحقّق الأصفهاني عن هذا الأمر بعدم تماميّته، وذلك:

أولاً: إنّ المعاوضة الحقيقيّة لا تقتضي أكثر من كون كلّ من العوضين مملوكين بالمعاوضة بينهما، بحيث يكون أحدهما معوّضاً والآخر عوضاً، ولا تقتضي كون كلّ منهما قائماً مقام الآخر فيما كان له من الإضافة، وعليه فمع الإذن في بيع مال الغير لنفسه يكون المبيع معوّضاً حقيقة لأجل كونه ذا عوض، والتضاييف بين المعوّضيّة والعوضيّة لا يقتضي أزيد من ذلك.

ثانياً: إنّ حقيقة البيع ليست متقوّمة بدخول الثمن في ملك مالك المبيع، ودخول المبيع في ملك مالك الثمن، بل حقيقته هو تمليك عين في قبالة شيء، في مقابل التملك المجاني، فالبراء في قوله: (بعت كذا بكذا) ليست للبديّة وإنّما هي للمقابلة، والشاهد على ذلك صحّة بيع الكلّي في الذمّة.

هذا، وذكر الشيخ الوحيد الخراساني هنا إشكالاً على المحقق الأصفهاني حاصله: إنَّ ما ذكره المحقق هنا من كون حقيقة البيع هي تمليك عين، في قبال شيء مخالف لمبناه الذي ذكره في تعريف البيع من أنَّه لا يمكن أن يكون تمليكاً، بل هو جعل شيء بإزاء شيء<sup>(١)</sup>.

لكن من الواضح لمن راجع عبارة المحقق في تعريف البيع عدم ورود هذا الإشكال عليه، إذ قال قدس سره هناك: «ولا يبعد أن يقال: إنَّ البيع جعل شيء بإزاء شيء، فيختلف أثره بحسب الموارد، فأثره تارة ملكية العوضين كما في غالب أفرادها..» إلى أن قال: «فأثر المعاملة البيعية هي الملكية من الطرفين في المورد القابل، وأمّا في غيرها فأثرها إمّا الانعتاق أو السقوط أو الوقفية؛ لصيرورة المال بدلاً عن الموقوف، وليس المراد من جعل شيء في قبال شيء إلّا في قبال المجانية كالهبة، فلا مانع من جعل المال بإزاء سقوط الحق بطور النتيجة»<sup>(٢)</sup>.

وعليه، فالظاهر أنَّ مقصوده من كون البيع هنا هو تمليك العين بإزاء شيء هو النظر إمّا إلى المتعارف أو إلى محلّ البحث في جواز الإباحة في التصرفات المتوقّفة على الملك، لا أنَّه تراجع عن مبناه، كيف وهو يشير هنا إلى ما ذكره في تعريف البيع!<sup>(٣)</sup> ثمَّ إنَّ ما ذكره المحقق الأصفهاني هنا سبق وأن أشار إليه أستاذه الآخوند قدس سره، حيث قال في حاشيته: «لا شبهة ولا إشكال في أنَّه يعقل تمليك الإنسان مال غيره بعوض يملكه بإذنه، كما يعقل تمليك ماله بعوض يملكه غيره، وإن لم يصدق عليه عنوان البيع.. وتعريفه بمبادلة مال بمال، إنّما يكون في قبال

(١) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد علي الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤٨٤.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٦٦ (التعليقة رقم ٢٢).

(٣) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٦٧.

التمليك مجّاناً، كيف وفي بيع مال المضاربة بالمرابحة للعامل من الثمن ما جعل له من المقدار، مع أنّ مال المضاربة للمالك، ولو سلّم فيمكن أن يستدلّ عليه بمثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و(المؤمنون عند شروطهم)<sup>(١)</sup>.

وتبعهما في ذلك أيضاً السيّد الميلاني قدّس سرّه حيث ذكر أنّ المقصود من مبادلة مال بمال المذكور في مفهوم وحقيقة البيع: أنّ البيع لا يتحقّق إلّا بالمعاوضة ولا يتحقّق مجّاناً، واعتبار لزوم دخول الثمن في كيس من خرج الثمن من كيسه لا دليل عليه، وعليه ففي مقام الثبوت لا مانع من تحقّق البيع من غير دخول العوض في ملك من خرج المَوْض من ملكه، وأمّا في مقام الإثبات فيكفي عموم ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و(المؤمنون عند شروطهم)<sup>(٢)</sup>.

الأمر الثاني: شرعيّ، وهو الأدلّة التي أناطت البيع والعتق بالملك، كقوله عليه السلام: «لا بيع إلّا في ملك»<sup>(٣)</sup>، و«لا عتق إلّا في ملك»<sup>(٤)</sup>، لذا فإنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز.

يجيب المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه عن ذلك أنّ العبارة الواردة في هذه الأدلّة تحتل وجوهاً:

الوجه الأوّل: أنّ المبيع لابدّ أن يكون ملكاً كي يقبل التمليك، كما أنّ المعتق لابدّ أن يكون رقاً كي يقبل الانعتاق، ومن الواضح أنّ مورد البيع في المقام قابل لعروض الملكية.

(١) حاشية المكاسب، الأخوند الخراساني، ص ٤١-٤٢.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣١٥.

(٣) الوارد في الرواية: «لا يجوز بيع ما ليس يملك». (راجع: الكافي، الكليني، ج ٧ ص ٤٠٢، باب النوادر. تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي، ج ٧ ص ١٥١، باب أحكام الأرضين).

(٤) الوارد في الروايات: «لا عتق قبل ملك». (راجع: كتاب من لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق، ج ٣ ص ١١٦، من أعتق مملوكاً وشرط عليه أن يزوجه ابنته لزم الشرط).

**الوجه الثاني:** أن المبيع لابد أن يكون مملوكاً فعلاً للبائع، وهذا الوجه غير تام لكونه منقوضاً ببيع الكلي، إذ إنه ليس مملوكاً للبائع فعلاً.

**الوجه الثالث:** أن البيع لا يصح إلا من المالك، وبعبارة أخرى: لابد من وجود ملك التصرف، وهذا متحقق في المقام، إذ المفروض أن البيع مستند إلى المالك لكونه صادراً بإذنه، فالبائع مالك للتصرف بإذن المالك.

**الوجه الرابع:** أن البائع لابد أن يكون متملكاً ببيعه، ومن الواضح أن الأدلة المذكورة ليس لها نظر إلى هذه الجهة.

إذن فالمقصود من هذه الأدلة هو ملك التصرف، فالمبيع لابد أن يكون ملكاً للبائع، بمعنى: أنه يملك التصرف فيه، ولا يشترط أن يكون البائع هو المالك، والعق لا بد من كونه مستنداً إلى المالك لا أن المعتق لابد أن يكون معتقاً عنه. وعليه فكلا الإشكالين العقلي والشرعي مندفعان عن محل البحث<sup>(١)</sup>.

ثم إن ثمرة البحث تظهر - إضافة إلى ما نحن فيه من المعاطاة - في قول أحدهم لآخر: (اشتر بهذا الدينار كتاباً لنفسك)، فعلى مبنى الشيخ الأعظم والميرزا النائيني ومن تبعهما كالسيد الخوئي لا يكون ذلك بيعاً ولا ترتب عليه أحكامه، لأن المثلث لا يدخل في كيس من خرج المال من كيسه، وأمّا على مبنى المحقق الأصفهاني والآخوند ومن تبعهما كالسيد الميلاني سيكون بيعاً صحيحاً، إذ لا محذور عندهم من إباحة جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك، فيكون عندهم بيعاً صحيحاً.

إن قيل: إن البيع أمر عرقي يرجع في تحديد سعة مفهومه إلى العرف والعقلاء، فإن صدق على هذه المعاملة وأمثالها أنها بيع عندهم، عد بيعاً وترتبت عليه الأحكام، وإلا فلا.

قلت: إنه وإن احتمل الصدق العرفي في المقام، إلا أنه يبقى مجرد احتمال لا

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٦٦-١٦٨.

يخرج عن حيّز الفرض، إذ لا مجال لإثباته، وذلك لاحتمال أن يكون مقصود الشخص من قوله: (اشتر بهذا الدينار كتاباً لنفسك) تملك المال إليه أولاً بشرط أن يشتري به كتاباً له، فيكون الثمن خارجاً من كيس المشتري دون المعطي.

### محاولة الميرزا الإيرواني تصحيح الإباحة المطلقة

ذكر الميرزا الإيرواني قدّس سرّه جواباً عن الإشكال الأوّل الذي ذكره الشيخ الأعظم، والذي منع لأجله الإباحة المطلقة؛ لامتناعه عقلاً وشرعاً، وحاصل ما أفاده قدّس سرّه في تصحيح إباحة جميع التصرفات: أن الإشكال يمكن حله بأحد وجهين:

الوجه الأوّل: أن المالك عندما يقول: (أبحث لك جميع التصرفات) فإنّه في الحقيقة يثبت بهذا الكلام الملكية ضمناً للمباح له، وهذا التملك الضمني من المالك لا يحتاج إلى التفاته إلى توقّف التصرف كالبيع والعتق ونحوهما إلى الملك، فكما أن الإذن في الشيء إذن في لوازمه وإن لم يلتفت الآذن، فكذلك في المقام فإنّ ما قام به المبيع من إباحة جميع التصرفات هو تحقّق الملكية قبل البيع والعتق، وهو تملكٌ ضمنيّ بالجعل المالك (١).  
وأجيب عنه (٢):

أولاً: إنّ التملك الضمني لا يكون إلّا بدلالة الاقتضاء، فحينما يقول: (اعتق عبدك عني) فمقتضى صحّة العتق ومقتضى صون الكلام عن اللغو هو الالتزام بأنّه قد ملك ضمناً؛ لتوقّف العتق على الملك، ودلالة الاقتضاء هذه تتوقّف على أمرين، أحدهما: التفات الشخص إلى توقّف العتق على الملك،

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٤-٧٥.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤٩٠.

والآخر: أن يكون تابعاً للشرع، ومع انتفاء أحد هذين الأمرين لا مجال للالتزام بالملك الضمني، وما نحن فيه قوله: (أبحث لك جميع التصرفات) المفروض أنه صادر من كل أحد لا خصوص الملتفت أو الملتزم بالشرع.

ثانياً: إن التمليك فعل اعتباري اختياري للمالك يحتاج إلى القصد تفصيلاً أو إجمالاً، والمفروض أنه مفقود في المقام بعد كون قصد المالك الإباحة.

ثالثاً: صحيح أن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، لكنّه إذن في اللوازم التي يكون المالك ملتفتاً إليها، وزان الإخبار بالشيء إخبار بلازمه، فإن الإخبار بالملزوم لا يكون إخباراً باللازم إلا مع الالتفات إلى اللازم، وعليه فمع عدم الالتفات إلى توقّف البيع والعق على الملك لا يكون هناك إنشاء للتمليك ولو ضمناً.

الوجه الثاني: أن التمليك الحاصل في المقام تمليك تعبدي شرعي، وذلك لوجود دليلين، أحدهما قاعدة السلطنة التي تثبت بعمومها السلطنة للمالك على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقّف منها على الملك، والآخر أدلة توقّف البيع والعق على الملك، وأصالة العموم تقتضي الأخذ بكلا عمومي الدليلين، فيجمع بينهما أن الشارع قد جعل الملكية تعبدًا للمباح له قبيل تصرّفه في موضوع إذن المالك في التصرف وإن لم يخطر هذا التمليك في ذهن المالك وقصده، وهذه الطريقة من الجمع بين العمومين قاعدة ثابتة جارية في جميع الموارد، فإن «كل دليلين كانا كذلك بأن أمكن الأخذ بعمومهما وإن لزم من الأخذ بعمومهما استكشاف أمر آخر، أخذ بعمومهما واستكشف ذلك الأمر، سواء كان الدليلان لفظيين أم كانا مختلفين؛ وذلك أن أصالة العموم متبعة ما أمكن اتّباعها. فإن لم يمكن يتصرّف فيه حينئذ بالتخصيص، فإذا دلّ دليل على وجوب إكرام كل عالم ثمّ دلّ دليل آخر على حرمة إكرام كل فاسق واحتملنا أن العمومين باقيان على عمومهما غير مثلمين؛ لعدم التداخل في أفراد العامّين، حكمنا بالبقاء وعدم الانثلام، فكانت نتيجة الأخذ بهما عدالة كل العلماء وعدم علم كل الفسّاق،

وهكذا المقام نتيجة الأخذ فيه بعموم دليل السلطنة وعموم دليل توقّف بعض التصرّفات على الملك هو حصول الملك الشرعي الإلهي بجعل من المالك الحقيقي مقارناً لإذن المالك وإباحته للتصرّفات المتوقّفة على الملك كي لا يلزم تخصيص في دليل السلطنة ولا تخصيص في دليل توقّف التصرّفات الخاصّة على الملك»<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه<sup>(٢)</sup>: أولاً: إنّ أصالة العموم في مطلق العمومات تتوقّف على تماميّة المقتضي وعدم وجود المانع المتّصل أو المنفصل الذي يمنع عن تأثير العام، ومعنى عدم المانع هو عدم تداخل أفراد الحكمين المتنافيين، والذي يحاول الميرزا الإيرواني إثباته في المقام من خلال التمسك بأصالة العموم نفسها، وهذا يستدعي أن يكون عدم المانع والمعارض متوقّفاً على أصالة العموم، ومن المعلوم أنّ أصالة العموم متوقّفة على عدم المعارض والمانع، ومن الواضح أنّ هذا مستلزم للدور.

ثانياً: إنّ قاعدة السلطنة إمّا أن تكون صادرة منذ البداية في مقام تشريع جميع أنحاء التصرّفات للمالك سواء كان هناك دليل معارض مثل لا بيع ولا عتق في ملك أم لا، أو إمّا محدودة من حين الصدور.

فإن كانت القاعدة مطلقة حين صدورها فلا حاجة حينئذ إلى هذا التكلّف لإثبات الملكية الشرعيّة الضمنيّة، إذ إنّنا بحاجة إلى هذا التكلّف لرفع التنافي بين القاعدة وأدلة التوقّف، والمفروض عدمها.

وإن كانت القاعدة محدودة حين صدورها، وأنّها منذ البداية فاقدة للعموم الذي يشمل جميع التصرّفات، يكون دليل لا بيع ولا عتق إلّا في ملك حاكماً عليها، ولا يمكن تفسيره بغير الحكومة، فلا تعارض من الأساس بين الدليلين.

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٧٦.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٤٩١-٤٩٢.



## الأدلة على صحة الإباحة المطلقة

علاوة على قاعدة السلطنة وخبر عدم حل مال الغير إلا بطيب نفس منه - وقد عرفت ما فيها - استدلل بعضهم لإثبات صحة الإباحة المطلقة بوجوه:

### الوجه الأول: السيرة

حيث ادّعي قيام السيرة على صحة التصرف في ما ينشر في الأعراس مطلق التصرفات وإن توقفت على الملك كجعله ثمناً في المعاوضات، غاية الأمر أنها من الإباحة بلا عوض، وأن النبي صلى الله عليه وآله والأئمة المعصومين عليهم السلام كانوا يتصرفون في ما يهدى إليهم مختلف أنواع التصرفات من غير فرق بين المتوقفة منها على الملك أم غيرها.

قال المحقق المامقاني قدس سره: «وقد يتمسك لجواز إباحة جميع التصرفات مع بقاء أصل العين على ملك مالكة (مطلقاً) سواء كان بعوض أم بغيره بقيام السيرة على وقوعها، ويقال: إن من جملتها المعاطاة، غاية ما في الباب أنها من الإباحة بعوض ويجعل من جملة الإباحة مجاناً نثار العرس ويدعى قيام السيرة على جعله ثمناً في المعاوضات والتصرف فيه بما يتوقف على الملك كما أنه قد يقال أن من جملتها الهدايا وقد كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة عليهم السلام يتصرفون فيما يهدى إليهم بأنواع التصرفات سواء كانت من المتوقفة على الملك أم لا»<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه: أن مسألة نثار العرس يُحتمل فيها عدة احتمالات:

الاحتمال الأول: أن تكون من باب الإعراض، بأن أعرض مالكة عنه فأصبح من المباحات العامة التي يمتلكها كل من أخذها.

الاحتمال الثاني: أن تكون من باب الإباحة المقيّدة، بأن يكون قصده في خصوص المأكول هو الأكل فقط، فيكون حاله حال الطعام في الضيافة، وأمّا في

(١) غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، الشيخ محمد حسن المامقاني، ج ٢ ص ١٩٦.

غير المأكول فلا إباحة فيه فيلزم ردّه إليه.

الاحتمال الثالث: أن تكون من باب الهبة.

الاحتمال الرابع: أن تكون من باب إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة منها على الملك.

والمسألة على جميع هذه الاحتمالات عدا الأخير منها أجنبيّة عن محلّ البحث كما هو واضح، ومع تعدّد الاحتمالات في المسألة كيف يمكن الاستدلال بها لإثبات صحّة الإباحة المطلقة؟!

### الوجه الثاني: مسألة الأنفال

إنّ الأئمة عليهم السلام قد أباحوا الأنفال لشيعتهم، ومن المعلوم أنّ المتصرّف في شيء منها يملكه، وهذه الإباحة منهم مالكيّة لأنّها من أملاكهم وحقوقهم، والمقام من هذا القبيل؛ إذ إنّ الإباحة المطلقة المعاطيّة مالكيّة أيضاً، وحكي أنّ المحقّق الكركي قدّس سرّه في شرحه على القواعد أشار إلى ذلك.

قال المحقّق المامقاني قدّس سرّه: «وقد يستدلّ للجواز في محلّ البحث وهي الإباحة مجّاناً بمسألة الأنفال وأثمّ عليه السلام أباحوها لشيعتهم، ولا ريب أنّ من تصرّف منهم في شيء منها يملكه، وظاهر الأخبار الناطقة بإباحتهم عليهم السلام وتحليلهم عليهم السلام هو أنّ مبنى ذلك هو كونها حقّاً لهم عليهم السلام وأثمّ أباحوا من باب المالكية، لا أنّ ما تضمّنّه الأخبار المذكورة بيان لحكم شرعيّ، فلولا أنّ الإباحة تفيد الملك لم يكن لما تضمّنّته وجه، وحكى بعض أهل الزمان الإشارة إلى ذلك عن شرح القواعد، حيث جعل المعاطاة من باب الأنفال وسائر ما أباحوه لشيعتهم»<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه: أوّلاً: إنّ مسألة الأنفال من باب الإعراض الراجع للملكية

(١) غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، الشيخ محمّد حسن المامقاني، ج ٢ ص ١٩٧.

المالك، وصيرورة التصرف مملّكاً.

لكن يرد عليه أنّ إباحتهم عليهم السلام مختصة بالشيعة، والإعراض على وجه التقييد غير معقول<sup>(١)</sup>.

ثانياً: إنّ محلّ البحث هنا هو إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك من دون تمليك للعين، أمّا في مسألة الأنفال فالإباحة فيها ليست من هذا القبيل قطعاً، إذ إنّهم عليهم السلام قد رخصوا في تملك العين، فقياس ما نحن فيه بالأنفال قياس مع الفارق.

### الوجه الثالث: آيتا التجارة عن تراضٍ وأوفوا بالعقود

يمكن تصحيح الإباحة المطلقة بآية التجارة عن تراضٍ، إذ إنّ منع صدق التجارة على المعاملة محلّ البحث مكابرة واضحة، لأنّ مناط التجارة هو الانتفاع بالمعاملة، وهذا متحقّق في المعاملة التي يحصل فيها إباحة في قبال عوض، نعم منع صدقها في الإباحة المجانيّة في محلّه.

وإنّ أبيت صدق الآية على المقام باعتبار أنّ حقيقة التجارة هي خصوص المعاملة المملّكة لا غير، فلا بأس من التمسك لتصحيح المعاملة بآية الوفاء بالعقد، فإنّ عقديّة هذه المعاملة ممّا لا شكّ فيها، سواء كانت الإباحة بالعوض أو بالإباحة، فتكون المعاملة صحيحة ولازمة<sup>(٢)</sup>.

(١) وذلك لأنّ الإخراج والإعراض عن الملك حاله حال الضرب الواقع على شخص لا يصلح للتقييد، فكما لا يعقل أن يخصّ الضارب ضربه الحاصل فعلاً على شخص بأن يقول: أضرب هذا الشخص إن كان زيداً وإلا فلا أضربه، فكذا الحال مع المملوك بعد الإعراض. ومن الواضح إنّ إشكال عدم المعقوليّة هذا يبتني على كون الإعراض بنفسه مخرجاً عن الملك، وأمّا بناءً على كونه رافعاً لموانع التمليك فلا وجه لعدم المعقوليّة، لأنّ مرجع الإعراض حيثنذ سيكون هو الإذن في تملك المال، ولا مانع من تقييد الإذن بشخص أو طائفة كما لا يخفى.

(٢) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ١٤٥.

## الإشكال الثاني: في صحّة الإباحة بإزاء العوض

وهذا هو الإشكال الخاصّ بالوجه الثالث من الوجوه الأربعة المذكورة في هذا التنبيه، وهو كون الإباحة في مقابل التملك، حاصله: أنّ العقد المؤلّف من الإباحة والتمليك ليس من المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً كي تكون مشمولة بأدلة الإمضاء كآية التجارة عن تراض أو آية الوفاء بالعقود.

وتفصيل الكلام فيه يستدعي البحث من جهتين:

### الجهة الأولى: في صحّة المعاوضة التي تكون فيها الإباحة بإزاء التملك

ذكر الشيخ الأعظم في هذه الجهة وجوهاً ثلاثة لحكم هذه المعاوضة:

#### الوجه الأوّل: البطلان

من الواضح أنّ المعاملة التي يحصل فيها إباحة في قبال تملك ليست من المعاوضات الماليّة التي يدخل فيها كلّ من العوضين في ملك الآخر، وذلك لحصول كلا العوضين في هذه المعاملة في ملك أحد الطرفين وهو المبيع، أمّا ما أباحه من المعوّض فواضح إذ أنّه لم يقصد إخراجه عن ملكه وإنّما أباحه للطرف الآخر فقط، وأمّا العوض الذي دفعه إليه المباح له فالمفروض أنّه عوض للإباحة فيدخل في ملك المبيع، وبالتالي لا تتحقّق المعاوضة المتقوّمة بتبديل طرفي الإضافة الماليّة.

وعليه، فلا دليل على صحّة هذه الإباحة ومشروعيتها، لأنّ ما يمكن أن يستدلّ به على المشروعيّة هو إمّا آية الوفاء بالعقد، فالعقد المذكور في هذه الآية الذي يجب الوفاء به هو العقد والعهد المتعارف بين الناس، وهي محدّدة في أمور ليست هذه المعاوضة إحداها.

أو آية التجارة عن تراض، فالتجارة عبارة عن التكبّب بالأموال بالبيع والشراء لأجل الاسترباح، ومن الواضح عدم انطباقها على المقام، إذ الإباحة من قبيل الأفعال التي لا تكون عوضاً في المعاملات المعاوضيّة، ولا أقل من الشكّ

في الانطباق فلا يمكن التمسك بالآية الكريمة لإثبات المشروعية، ومع عدم صدق التجارة أو التأمل في الصدق لا يصدق البيع أيضاً من باب أولى، وذلك لأن البيع يعتبر المبيع فيه أن يكون من الأعيان، والإباحة لا تصلح أن تكون مبيعاً، ولا أقل من التأمل في الصدق أيضاً<sup>(١)</sup>.

أو آية حلية البيع، فالبيع متقوم بالمبادلة بين المالكين وتمليك كل منهما الآخر، ولا تمليك ولا مبادلة في المقام.

والحاصل: أن الإباحة بإزاء التمليك معاملة أجنبية عن المعاوضات المعهودة والمتعارفة عرفاً وشرعاً، وفي صدق التجارة عليها وكذا صدق البيع تأمل، فلا مقتضي للصحة.

ويرى السيد اليزدي قدس سره أنه لا مجال لدعوى انصراف الآيات الكريمة المتقدمة إلى المعاوضات المعهودة، وأن الإباحة بإزاء العوض هي نوع من العقود «بل من التجارة؛ إذ ليس إلا الاكتساب، ويصدق في المقام، ولا يلزم في المعاوضة المالية أن يكون المبادلة بين المالكين من حيث الملكية بل قد يكون من حيث الإباحة من أحد الطرفين أو كليهما.. فلا وقع لهذا الإشكال أصلاً»<sup>(٢)</sup>.

### الوجه الثاني: الصحة وأنها من مصاديق الصلح

يمكن تصحيح المعاملة بدعوى دخولها في الصلح، فتندرج حينئذ في المعاوضات المعهودة، وذلك بعد تمامية مقدمتين:

(١) يرى السيد الخوئي قدس سره أن تأمل الشيخ الأعظم في صدق عنوان التجارة عن تراض على الإباحة المعوضة باعتبارها من الأفعال، في غير محلّه، لأن الفعل وإن لم يكن مبيعاً في البيع إلا أنه يصلح جعله عوضاً فيه. (راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيدي، ج ٢ ص ٢١٢).

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩١.

المقدمة الأولى: أن الصلح لغةً بمعنى التسالم على أمر، والمفروض أن كلاً من المبيع والمباح له قد تسالما على أمر، وهو إباحة التصرف في المثلث في قبال تمليك الثمن، فتكون الإباحة بالعوض متناسبة مع المعنى اللغوي للصلح.

ولا بأس من الإشارة إلى أننا ذكرنا في التنبيه الثالث من تنبيهات المعاطاة أن السيّد الخوئي - وتبعه في ذلك الشيخ الوحيد الخراساني - يرى أن مجرد تحقق التسالم في المعاملة غير كافٍ في جعلها من مصاديق المصالحة، وإلا لزم إرجاع جميع العقود إلى الصلح؛ لوجود التسالم فيها، ولذا قال قدّس سرّه في المقام: «إنّ الإباحة بالعوض خارجة عن حدود الصلح؛ بداهة أنّها مغايرة لمفهوم الصلح، ومجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة، وإلا لزم إرجاع جميع العقود حتّى النكاح إلى الصلح»<sup>(١)</sup>.

ولأجل ذلك ذهب السيّد اليزدي قدّس سرّه إلى أن هذه المعاوضة ليست داخلية في ضمن الصلح؛ لعدم اعتبار معنى التسالم المعتبر فيه فيها، وإنّما هي معاوضة مستقلة<sup>(٢)</sup>، وكذا قال به السيّد الميلاني قدّس سرّه<sup>(٣)</sup>.

المقدمة الثانية: لا يعتبر في الصلح إنشاؤه باللفظ، بل يكفي في إنشائه كلّ ما يدلّ عليه سواء كان لفظاً أم فعلاً أم كتابة أم مقاولة أم غيرها، ويشهد لعدم الاعتبار هذا ما ورد في بعض الأخبار في مصالحة الشريكين بقول أحدهما للآخر: (لك ما عندك ولي ما عندي)<sup>(٤)</sup>، والتي قد أشير إليها في مباحث

(١) مصباح الفقاهة، ج ٢ ص ٢١٢. وراجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري القميّ، ج ١ ص ٤٩٩-٥٠٠.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩١.

(٣) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد عليّ الميلاني، ج ١ ص ٣٢٩.

(٤) عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن حماد عن حريز، عن محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كلّ

سابقة<sup>(١)</sup>، وما ورد في مصالحة الزوجين<sup>(٢)</sup>، حيث ورد عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾، فقال: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إني أريد أن أطلقك، فتقول له: لا تفعل إني أكره أن تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالتي؛ فهو قوله تبارك وتعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾، وهو هذا الصلح»<sup>(٣)</sup>.

نعم بناءً على اعتبار اللفظ الخاص في إنشاء الصلح ستكون الإباحة بالعوض خارجة عن عنوان الصلح تخصّصاً، فلا تكون مصداقاً للصلح وإن كانت مصداقاً للتسالم.

### الوجه الثالث: الصّحة وأنّها معاملة مستقلة مشروعة

يمكن أن تكون الإباحة بإزاء العوض معاملة مستقلة<sup>(٤)</sup> يدلّ على مشروعيتها أمران:

- 
- واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي قال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما» ، (الكافي، ج ٥ ص ٢٥٨، باب الصلح) .
- (١) راجع: المبحث الأوّل من الفصل الثالث من هذا الباب، في التنبيه الثالث.
- (٢) لكنّ الإنصاف أنّ غاية ما تدلّ عليه رواية الشريكين هي صحّة هذه المعاوضة الواقعة ومشروعيتها، ولا دلالة فيها على كونها صلحاً، وأنّ الظاهر من (الصلح) في الرواية الواردة في حقّ الزوجين هو الصلح الحقيقي في قبال النزاع والنشوز، لا الصلح الإنشائي العقدي الذي يقابل سائر العناوين الإنشائية، فتدبرّ.
- (٣) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٦ ص ١٤٥ باب النشوز.
- (٤) قال صاحب الجواهر قدّس سرّه بعد منع حصر المعاوضات في المعهودة: «فلا بأس بإجراء حكم المعاوضة المستقلة عليها، كما صرح به الشهيد في المحكيّ عن حواشيه» . جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٦.

**الأول:** قاعدة السلطنة التي تقتضي جواز تصرف المالك في أمواله مطلق  
أنحاء التصرفات، سواء أحرز جواز التصرف الخاص بدليل شرعي أم لا<sup>(١)</sup>.  
**الثاني:** قاعدة وجوب وفاء المؤمن بشرطه في قوله صلى الله عليه وآله:  
«المؤمنون عند شروطهم»، فإن التزام أحد طرفي المعاملة بإباحة التصرف والتزام  
الآخر بتمليك ماله للمبيع شرطٌ يجب الوفاء به ويحرم نقضه، فيدلّ بالدلالة  
الالتزامية على الصحة.

ولا يخفى عليك أنّ هذا مبنيّ على تمامية أمرين للبحث فيهما مجال واسع،  
أحدهما: عموم الشرط في الخبر للشرط الابتدائي، والآخر: تعميم الشرط لنفس  
العقد وعدم اختصاصه بالشرط الخارج عنه.  
هذا ويظهر من الشيخ الأعظم قدس سرّه ميله إلى تصحيح المعاملة محلّ  
البحث؛ أعني: الإباحة في مقابل العوض بأحد الوجهين الثاني أو الثالث.

### بيان السيّد الخوئي لصور المسألة وأحكامها

أفاد أستاذنا السيّد الخوئي قدس سرّه أنّ الإباحة بإزاء العوض يمكن أن  
تتحقق بعدة صور<sup>(٢)</sup>:

(١) هذا ما أفاده الشيخ الأعظم قدس سرّه ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره سابقاً من عدم  
مشترعية قاعدة السلطنة للأسباب، وما ذكره بعض الأعلام في مقام الدفاع أنّ الشيخ  
الأعظم قدس سرّه في مقام الاستدلال بالحديث لإثبات نوع السلطنة وهو أنّه يحقّ للمالك  
أن يبيع ماله بإزاء العوض، لا في مقام إثبات السبب (راجع: حاشية كتاب المكاسب،  
المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٧٨) غير تامّ بعد كون الشيخ في مقام الاستدلال على  
المشروعية كما هو ظاهر، نعم لعلّ الشيخ ذكر ذلك من باب المماشة مع ما ذهب إليه  
صاحب الجواهر قدس سرّه من الاستناد إلى قاعدة السلطنة في تصحيح الإباحة المطلقة.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢  
ص ٢١٢-٢١٣.



**الصورة الأولى:** أن تكون الإباحة عوضاً في المعاملة، بأن يقول أحدهما لصاحبه: (بعتك ساعتني في مقابل أن تبيحنى كتابك)، وهذه الصورة لا إشكال في صحتها ولزومها وذلك للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها<sup>(١)</sup>.

**الصورة الثانية:** أن تكون الإباحة مشروطة بالتمليك، بأن يقول: (أبحت لك كتابي بشرط أن تملكني ساعتك)، وهنا إن كان الشرط من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التملك لوجوب الوفاء بالشرط، وإن كان من قبيل شرط النتيجة فبمجرد قبول المباح له ينتقل ماله مباشرة إلى المبيع.

**الصورة الثالثة:** أن تكون الإباحة معلقة على التملك، بأن يقول: (أبحت لك كتابي إذا ملكتني ساعتك)، في هذه الصورة تكون الإباحة بمنزلة الحكم، وما علق عليه الإباحة بمنزلة الموضوع، فإذا تحقق الموضوع وهو تملك المباح له ساعتته للمبيع ثبتت الإباحة.

**الصورة الرابعة:** أن يكون التملك عنواناً للموضوع، بأن يقول: (أبحت كتابي هذا لمن يملكني عشرة دنانير)، وحكمها كالصورة الثالثة فلا نعيد.

**الصورة الخامسة:** أن تكون الإباحة بداعي التملك، بأن يبيع زيد ماله لعمرو بداعي أن يملكه عمرو ماله، ومن الواضح أن هذه الصورة خارجة تخصّصاً عن الإباحة المعوضة، إذ الداعي لا يكون عوضاً، ولا يضرّ تخلفه في المعاوضات.

### الجهة الثانية: في لزوم هذه المعاوضة على فرض صحتها

ذكر الشيخ الأعظم أنه على تقدير صحة الإباحة بإزاء العوض<sup>(٢)</sup>، ففي لزومها

(١) هذا بناء على ما ذهب إليه السيّد الخوئي قدّس سرّه من صحة جعل الافعال - ومنها الإباحة - عوضاً في البيع.

(٢) لا بدّ أن يكون مقصود الشيخ الأعظم قدّس سرّه من فرض صحة المعاوضة صحتها على الوجه الثالث، أي: أن تكون معاوضة مستقلة مشروعة، وإلا فعلى تقدير كونها صلحاً لا

مطلقاً من كلا الطرفين، أو لزومها من طرف المباح له فقط أو عدم لزومها، وجوه.

أما اللزوم المطلق بحيث لا يصح رجوع المبيع عن إباحته ولا رجوع المباح له عن تملكه العوض فلعنوم قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم». وأما اللزوم من طرف المباح له دون المبيع فلأن التملك إنما حصل من طرف المباح له؛ إذ هو الذي أخرج ماله عن ملكه بجعله عوضاً عن المبيع المباح، فتلزم المعاوضة في حقه بأصالة اللزوم في الملك، أما المبيع فماله باقٍ على ملكه؛ لأنه إنما أعطاه للطرف المقابل بعنوان الإباحة، فيبقى مسلطاً على ملكه وله حق الرجوع<sup>(١)</sup> إذ لم يحصل نقل وانتقال في ملكه كي يقال أنه لا يجوز له أن يعيد ما انتقل عن ملكه إلى ملكه، فيكون عدم اللزوم في حقه من باب السالبة بانتفاء الموضوع<sup>(٢)</sup>.

وأما الجواز فلكون هذه الإباحة بإزاء العوض من المعاطاة التي بنى الفقهاء

إشكال في كونها لازمة، فلا مجال لاحتمال الجواز فيها.

- (١) يخالف الشيخ الأعظم قدس سره مرة أخرى هنا ما بنى عليه سابقاً من عدم مشرعية قاعدة السلطنة للأسباب والأحكام، وذكرنا أنه ربما يكون ذلك من باب المماشة مع ما ذهب إليه صاحب الجواهر قدس سره من إثبات الإباحة المطلقة بقاعدة السلطنة.
- (٢) يذهب السيد اليزدي قدس سره إلى عكس ذلك تماماً، إذ يرى أن مقتضى السلطنة على المال لزوم الإباحة لا جوازها، وذلك لأن المالك إن كان مسلطاً على ماله وقد أباحه إلى الغير بعوض فيلزم أن تكون نافذة. (راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩١)، ويذكر المحقق الأصفهاني قدس سره أن ما أفاده السيد هنا غير تام لأن نفوذ السلطنة لا يلازم لزومها، كما في كل معاوضة نافذة، فالاستدلال بالصحة على اللزوم غريب منه قدس سره جداً، ثم ذكر أن هذا التوهم يكون صحيحاً في فرض أن الإباحة حصلت على وجه لا رجعة فيه، فحينئذ تكون الصحة ملازمة لعدم نفوذ الرجوع، لأن المنافي لا يمكن له أن يقع صحيحاً بعد فرض وقوع منافيه صحيحاً، إلا أن ذلك خروج عن محل البحث كما هو واضح. (راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٧٩).

فيها على الجواز إلى أن تلزم بأحد ملزماتها المعهودة.

الشيخ الأعظم يرى أن أقوى هذه الوجوه هو الأول ثم الثاني، أما الوجه في أقوائية الأول وهو اللزوم المطلق لكلا الطرفين فهو أن هذه المعايضة معاملة مستقلة مشمولة للعمومات والإطلاقات الدالة على لزوم العقد، فإن مقتضى عموم (المؤمنون عند شروطهم) مثلاً - لو قلنا بشمولها للشروط الابتدائية والضمنية - هو وجوب وفاء المؤمن بكل شرط يلزم به نفسه، سواء أكان هذا الشرط والالتزام عن طريق إباحة المال إلى الغير ليتصرف فيه أم كان بتمليك رقبة ماله للغير، ولا يجوز بأي حال من الأحوال نقض ذلك الالتزام.

ويلاحظ أن (المؤمنون عند شروطهم) باعتبار جريانها في الشروط الابتدائية والضمنية بحسب الفرض تكون حاکمة على قاعدة السلطنة التي تقتضي كون المالك مسلطاً على ماله بشرط أن لا يوجد ما يخالف السلطنة شرعاً، ومن الواضح أن الشرط الذي يشرطه المالك على نفسه يقيّد من سلطنته، والشارع أمره بالالتزام بذلك التقييد، فيكون الوفاء بالشرط مقدماً على قاعدة السلطنة وحاکماً عليها، فيكون هذا الوجه أقوى من الوجه الثاني.

نعم، لو قلنا بعدم شمول (المؤمنون عند شروطهم) للشروط الابتدائية بل أنها مختصة بالشروط الضمنية فقط - كما سيختار ذلك الشيخ الأعظم قدس سرّه في محله في باب الخيارات - فسوف تكون الأقوائية حينئذ للوجه الثاني وهو اللزوم من طرف المباح له دون المبيع. أما الجواز من طرف المبيع فلشموله لقاعدة السلطنة السليمة عن المعارضة بعد فرض عدم جريان الوفاء بالشرط في المقام؛ لاختصاصها بالشروط الضمنية في العقد، وأما اللزوم من طرف المباح له؛ فوجود التمليك الذي يشمله العمومات الدالة على اللزوم.

الميرزا النائيني قدس سرّه يرى أن الأقوى من هذه الوجوه هو خصوص الثاني دون غيرها وذلك لأنه «على تقدير الصحة فالتمسك بالعموم لإثبات

اللزوم حتّى من طرف المبيع لا يخلو عن الغرابة وإلاّ يصحّ التمسك لإثبات لزوم كلّ إباحة، وهذا كما ترى؛ فإنّ المبيع ما التزم بشيء أصلاً<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه: إنّ الإباحة وإن كانت حقيقتها مجرد الإذن في التصرف وإبقاء حقّ الرجوع إلاّ أنّ هناك فرقاً بين كون الإباحة مطلقة حاصلة من مجرد الإذن وبين كونها معوّضة، فالإباحة بالعنوان الأوّلي لها حكم وهو عدم اللزوم وجواز الرجوع ولكنّها بالحكم الثانوي تنقلب إلى عقد لازم؛ لاشتماله على اللزوم، فلا وجه فيها للرجوع، والنقض الذي ذكره الميرزا من استلزام القول باللزوم هنا القول به في كلّ إباحة غريبٌ منه، إذ البحث في المقام في خصوص الإباحة المعوّضة، وليست كلّ إباحة معوّضة<sup>(٢)</sup>.

ويرى المحقّق العراقي قدّس سرّه أنّه وإن بنينا على كون الإباحة في مقابل التملك معاوضة مستقلة، إلاّ أنّه لا وجه للحكم بلزومها، لا مطلقاً ولا من طرف المباح له خاصّة، وذلك «لأنّ مجرد ذلك لا يوجب خروج حقيقة الإباحة عن كونها إباحة، فيكون التملك من الآخر مجّانياً، إلاّ إذا خرجت الإباحة عن حقيقتها، فيمكن حينئذ إخراج التملك عن المجّانية بأن جعل المقابلة بين المال والمنافع، فالواقع من المبيع حينئذ يكون إجارة، والمال من المباح له عوضاً للمنفعة، فتكون المعاطاة حينئذ معاطاة إجارة، وهو خلاف المفروض»<sup>(٣)</sup>.

إذن فاللزوم هنا بنظر المحقّق العراقي قدّس سرّه لا يُتصوّر إلاّ بإخراج الإباحة عن حقيقتها وجعلها من قبيل الإجارة<sup>(٤)</sup>.

(١) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمّد تقي الآملي، ج ١ ص ٢١٩.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد علي الأنصاري، ج ١ ص ٥٠٦.

(٣) حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم ابادي، ص ١٤١.

(٤) يذهب المحقّق العراقي قدّس سرّه إلى أنّ عدم كون الإباحة بالعوض من المعاوضات في

هذا تمام ما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه فيما يخصّ الإشكال الثاني المتعلّق بالوجه الثالث من الوجوه الأربعة للمعاطاة بحسب قصد المتعاطين فيما إذا كانت الإباحة بإزاء التملك والعوض.

#### الإشكال في الوجه الرابع: في صحّة الإباحة بإزاء الإباحة

ذكر الشيخ الأعظم أنّ الوجه الرابع من الوجوه المتصوّرة للمعاطاة بحسب قصد المتعاطين - وهو كون الإباحة بإزاء الإباحة - هي كالوجه الثالث من حيث الإشكال والجواب. أمّا الإشكال فهو أنّ الإباحة في مقابل الإباحة ليست من المعاوضات الماليّة المتعارفة شرعاً وعرفاً، ولا يصدق عليها أنّها من التجارة عن تراضٍ ولا يصدق عليها البيع أيضاً؛ لعين ما ذكر في الإشكال الثاني، وعليه فلا يجوز للمالك أن يبيح التصرف في ماله لشخص في مقابل إباحة الآخر له التصرف في ماله، وإن كان في ما لا يتوقّف على الملك، اللهمّ إلّا أن يدعى أنّ هذه المعاوضة من مصاديق الصلح أو أنّها معاملة مستقلّة دلّت العمومات على مشروعيتها كما أوضحنا ذلك في الإشكال الثاني، والشيخ الأعظم هنا أيضاً قوّى صحّة المعاوضة بكونها صلحاً أو معاوضة مستقلّة مشروعة.

وأما مسألة اللزوم والجواز فكذلك عين ما ذكر في الإشكال الثاني، غاية الأمر أنّه هنا يوجد وجهان لا ثلاثة، فإمّا أن تكون المعاملة لازمة من كلا الطرفين؛ عملاً بوجوب الوفاء بالشرط والالتزام به في قوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»، أو الجواز من كلا الطرفين؛ عملاً بأصالة السلطنة في كليهما، إذ إنّ كلّاً منهما كان مسلطاً على ماله، قبل إباحته للآخر، وبعد الإباحة

---

غاية الوضوح، ولكن مع ذلك يمكن إثبات المشروعية لها بما دلّ على جواز التصرف في مال الغير برضاه. (راجع: حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٤٠).

نشكّ في بقاء السلطنة فنستصحب بقاءها، وأمّا احتمال اللزوم من طرف واحد فممتنّف لفرض أنّ كلا الطرفين قد أباح ماله، فلا تمليك في المقام ليعمل بأصالة اللزوم في الملك<sup>(١)</sup>. ويظهر من الشيخ الأعظم هنا التردّد في الحكم على هذه المعاوضة باللزوم أو الجواز.

وبهذا ينهي الشيخ قدّس سرّه بحثه المفصّل في التنبيه الرابع.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تمليك». أي: إنّ المشتري لا ينشئ بدفع العوض إلى البائع تمليكاً، وإنّما يكون دفعه للعوض من باب الوفاء بالعقد الذي تمّ بالإعطاء والأخذ، حيث يكون إعطاء الأوّل إيجاباً وأخذ الثاني قبولاً.

• قوله قدّس سرّه: «وبهذا الوجه». أي: إنّ المعاطاة إنّما تحصل بإعطاء الأوّل للمبيع وأخذها من قبل الثاني، فتكون المعاطاة متحقّقة بالإعطاء والأخذ الواحد، وأمّا الإعطاء الثاني من قبل الآخذ فهو من باب وجوب الوفاء بالعقد لا أنّه متمم له. وكأنّ العبارة هنا جواب عن سؤال مقدّر، حاصله: المعاطاة مصدر من باب

(١) ومنه يظهر الجواب عمّا لو قيل إنّ كان الإشكال السابق على الوجه الثالث عينه جارياً في الوجه الرابع وكذا جوابه فلماذا جعل الشيخ الأعظم قدّس سرّه الإشكال الثاني مختصّاً بالوجه الثالث ولم يعمّمه لكلا الوجهين الثالث والرابع كما فعل في الإشكال الأوّل؟ إذ يوجد هناك فرق بين الإشكال في الوجه الرابع والإشكال الثاني السابق المختصّ بالوجه الثالث، والذي يظهر في أمور ثلاثة: الأوّل: عدم احتمال اللزوم من طرف واحد هنا كما كان هناك. الثاني: أنّ جواز المعاوضة هنا إنّما يكون إعمالاً لقاعدة السلطنة في كلا الطرفين، لا لكونها معاطاة تقتضي الجواز ما لم يرد الملزم كما كان هناك. الثالث: أنّ الشيخ الأعظم حكم بلزوم الإباحة بإزاء العوض إمّا من كلا الطرفين أو من طرف واحد، بينما تردّد في الحكم باللزوم والجواز في الإباحة بإزاء الإباحة.

المفاعلة الظاهرة في كونها صادرة بين اثنين، فكيف تتحقق بالإعطاء الواحد؟  
والجواب هو أن المقصود من صدق المعاطاة هنا إنّما هو بلحاظ أن المعاملة لم  
تتحقق باللفظ، وإنّما تحققت بالإعطاء والأخذ، وليس المقصود أن المعاطاة بحسب  
اللغة قائمة بطرف واحد.

• قوله قدّس سرّه: «ومثله في هذا الإطلاق». أي: ومثل إطلاق المعاطاة على  
ما كان العطاء فيه من طرف واحد لا من الطرفين كما هو مقتضى هيئة المفاعلة.  
• قوله قدّس سرّه: «وربّما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن  
عطاء». وذلك كما إذا أخذ كلّ واحد من الطرفين مال الآخر ابتداءً بناءً منهما على  
عوضيّة كلّ من المأخوذين عن الآخر، كأخذ البقل من الدكان ووضع العوض  
في المكان المخصّص له.

وهذه العبارة إشارة إلى ما تقدّم في التنبيه الثاني من انعقاد المعاطاة بالفعل  
الخالي عن الإعطاء. وكلمة (عطاء) اسم لقوله: (ولو لم يكن) ولا يحتاج إلى خبر  
بناءً على أن (تكن) تامّة، وخبرها محذوف بناءً على كونها ناقصة.

• قوله قدّس سرّه: «فيكون تملك بإزاء تملك». كلمة (تملك) اسم لكان  
التامة ولا يحتاج إلى خبر لتامة المعنى بدونه.

• قوله قدّس سرّه: «فلو مات الثاني قبل الدفع..». تفريع على ما أفاده من أن  
المعاملة هنا متقوّمة بالعطاء من كلا الطرفين، ولا يكفي فيها الإعطاء الواحد.

• قوله قدّس سرّه: «وهذا بعيد عن معنى البيع». أي: إنّ التملك بإزاء  
التملك لا يصدق عليه مفهوم البيع لكونه مبادلة عين بعوض.

• قوله قدّس سرّه: «كما لو صرح بقوله: أبحت لك كذا بدرهم». مقصوده  
أن لا فرق في مشروعية الإباحة بإزاء العوض بين إنشائها باللفظ كما لو صرح  
بذلك أو بالفعل كما هو مفروض البحث.

• قوله قدّس سرّه: «وكيف كان». مقصوده سواء أمكن تصوّر الإباحة

بداعي الإباحة أم كانت المقابلة بين الإباحتين على نحو العوضيّة.  
أو أنّ مقصوده بأيّ شيء فسّرنا به المعاطاة وبأيّ وجه من الوجوه الأربعة المذكورة حملنا المعاطاة عليه.

• قوله قدّس سرّه: «عقد مركّب من إباحة وتمليك». الإباحة من طرف المبيع، والتمليك من طرف المباح له.

• قوله قدّس سرّه: «فالظاهر أنّها لا تجوز». أي: إنّ التصرّفات المتوقّفة على الملك غير جائزة بمجرد الإباحة الحاصلة من طرف المبيع.

• قوله قدّس سرّه: «فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه». استفهام انكاريّ وجزاء لقوله: (فإذا كان)، وحاصل مقصوده أنّه كيف يمكن أن يقال أنّ المالك يجوز له أن يأذن في أن يبيع آخر ماله لنفسه مع فرض دخول ثمن البيع في ملك المأذون بعد عدم صدق البيع عليه عقلاً، لأنّ المثلّث قد خرج من ملك مالكة دون أن يدخل الثمن في ملكه بل دخل في ملك البائع الذي هو ليس مالكا للمبيع، فبعد استحالة تحقّق بيع كهذا لن يصلح أن يكون الإذن مشرّعاً لصحّة البيع المذكور.

• قوله قدّس سرّه: «أو في نقله أوّلاً إلى نفسه». عطف على قوله: «في بيع ماله..». أي: أن ينشئ المبيع توكيلاً للمباح له في نقل مال المبيع أوّلاً إلى المباح له ثمّ يبيعه المباح له لنفسه فيكون بيعاً في ملك.

• قوله قدّس سرّه: «ولذا عدّ العامّة والخاصّة دلالة هذا الكلام..». أي: لأجل الذي ذكرنا من أنّ التملك الضمني مقصود بالإجمال في قوله: (اعتق عبدك عني).

• قوله قدّس سرّه: «عقلاً أو شرعاً عليه». الأولى تأنيث الضمير لرجوعه إلى دلالة الاقتضاء، إلّا إن كان راجعاً إلى الاقتضاء فيصحّ التذكير.

• قوله قدّس سرّه: «أو يدلّ دليل شرعيّ على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع». أي: يدلّ دليل شرعيّ على انتقال الثمن من ملك المبيع إلى



ملك المباح له بعد البيع بلا فصل، فالبيع واقع للمبيع، والضمن داخل في ملك المبيع، إلا أنه عن طريق الدليل ينتقل قهراً إلى ملك المباح له، والشيخ الأعظم قدس سره لم يتعرض لرد هذه الصورة في المتن، لوضوح كونه مجرد فرض محض. • قوله قدس سره: «فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأ ما». أي: يكون دخول المبيع المباح في ملك المباح له نظير اعتاق العمودين بعد دخولهما آنأ ما في ملك ولدهما المشتري.

• قوله قدس سره: «للجمع بين الأدلة». الظاهر أن المقصود بالأدلة هي دليل صحة شراء العمودين، ودليل عدم تملك الابن لوالديه، ودليل إناطة العتق بالملك. • قوله قدس سره: «وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه». الأفضل أن تضاف كلمة (أيضاً) هنا فتصبح العبارة: (وهذا الوجه أيضاً..)، والمقصود هو الوجه الثاني من الوجوه المصححة للإباحة المطلقة.

• قوله قدس سره: «عدم مخالفة مؤداها». تأنيث الضمير في كلمة (مؤداها) يعود إلى قاعدة السلطنة، ولا حظنا تذكير الضمير في بعض النسخ فيكون رجوعه حينئذ إلى عموم القاعدة.

• قوله قدس سره: «مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المضمن مالا له». تحقيقاً لمفهوم المعاوضة الذي يكون البيع أحد مصاديقه. • قوله قدس سره: «ولأجل ما ذكرنا». من أن البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة ودخول كل من العوضين في ملك من خرج عنه الآخر. • قوله قدس سره: «أو استيفاء الدين». كان الأفضل أن يستبدل الاستيفاء بالوفاء، والمقصود وفاء المأمور دينه من مال الأمر بعد شراء الطعام على ذمته. • قوله قدس سره: «كما صرح به». أي: بعدم الصحة.

• قوله قدس سره: «وهو كذلك». أي: إن تعليل عدم الصحة الذي ذكره العلامة بعدم المعقوليّة متين وفي محله.

- قوله قدّس سرّه: «ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره...». أي: ما ذكره من أنّ إباحة المبيع لا تفيد إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك.
- قوله قدّس سرّه: «وعرفت أيضاً...». الظاهر أنّ هذه العبارة بحسب السياق معطوفة على قوله: «حكم الشيخ وغيره» ليكون المعنى: أنّه كما حكم الشيخ الطوسي بحرمة الوطء، فكذا منع الشهيد من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في موارد تتوقّف على الملك، لكن من الواضح عدم استقامة هذا العطف وركاكته، إلّا أنّ المقصود بيّن.
- قوله قدّس سرّه: «مع أنّ مقصود المتعاطين الإباحة المطلقة». أي: بالرغم من أنّ المتعاطين قد قصدوا الإباحة المطلقة للتصرّف المتوقّف على الملك، إلّا أنّ هذه الإباحة غير ممضاة من قبل الشرع بالنسبة إلى ما يتوقّف على الملك.
- قوله قدّس سرّه: «إنّ الملك التقديري هنا أيضاً لا يتوقّف...». أي: إنّ كما كانت دلالة الاقتضاء في صورة الأمر بعقود عبد الغير عن نفس الأمر كافية في لزوم الجمع بين الأدلّة المقتضي للملك التقديري، فكذلك الأمر فيما نحن فيه من الإباحة المطلقة.
- قوله قدّس سرّه: «لا ما هو جائز بذاته في الشريعة». المقصود من الجواز الذاتي هنا هو التصرف الذي ثبت حلّيته للمالك بغضّ النظر عن قاعدة السلطنة.
- قوله قدّس سرّه: «غير جائز بمقتضى العقل والنقل». أمّا العقل فلكونه يقول بأنّ البديل لا بدّ أن يدخل في ملك من خرج المبدل عن ملكه كما تقتضيه حقيقة المعاوضة، وأمّا النقل فلكونه يقول إنّ لا يبيع إلّا في ملك والذي يقتضي أن يدخل العوض في ملك مالك المعوّض.
- قوله قدّس سرّه: «وبالجملة دليل عدم جواز...». هذه العبارة إلى قوله: «للناذر» خلاصة ما أفاده الشيخ الأعظم في دفع الجمع بين الأدلّة بالملك التقديري.
- قوله قدّس سرّه: «لو كان هناك تعارض وتزاحم». ليس المقصود من التزاحم هنا هو التزاحم الاصطلاحي المعبر عنه بالتزاحم المأموري، الذي هو التنافي بين الأدلّة في مرتبة الامتثال، وإنّما المقصود منه التعارض الاصطلاحي والتنافي في مرتبة

لجعل والملاكات، ولو ترك ذكره لكان أفضل لما فيه من التشويش.

- قوله قدّس سرّه: «بحصول الملك القهري». أي: ما يقابل الملك الاختياري الحاصل بأسبابه المعهودة شرعاً من البيع والهبة ونحوها.
- قوله قدّس سرّه: «وأما حصول الملك في الآن المتعقّب..». شروع فيما جعلناه وجهاً ثالثاً لتصحيح الإباحة المطلقة، و(المتعقّب) تُقرأ بصيغة المفعول؛ أي: الآن الذي يتعقّبه البيع أو العتق.

• قوله قدّس سرّه: «وبالجملة فما نحن فيه لا ينطبق..». هذا تلخيص لما تقدّم من الوجوه الثلاثة المذكورة في تصحيح الإباحة المطلقة للتخلّص من الإشكال الأوّل المشترك بين الوجهين الثالث والرابع من الوجوه المتصورة للمعاطاة بحسب قصد المتعاطيين، وهو الإشكال في صحّة إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة منها على صدورها من المالك بالتسبيب أو المباشرة.

- قوله قدّس سرّه: «لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً». أي: عدم تحقّق ملك سابق على البيع ولو بأنّ ما نحن فيه في الإباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك.

• قوله قدّس سرّه: «فإذا باع المباح له على هذا الوجه». أي: على وجه الإذن له بالتصرّف في المال، بالتنصيص أو بالإذن العامّ.

- قوله قدّس سرّه: «ولكنّ الذي يظهر من جماعة..». شروع في ذكر النقض على ما حكم به الشيخ الأعظم من عدم جواز التصرفات المتوقّفة على الملك بمجرد إباحة المالك التصرّف في ماله.

• قوله قدّس سرّه: «والإذن في إتلافه يوجب..». الضمير في (إتلافه) راجع إلى الثمن، وتكون إضافة الإتلاف إلى الضمير من إضافة المصدر إلى المفعول، وفاعله وهو الغاصب محذوف، والمعنى: أنّ هناك إذناً ضمناً من قبل المشتري للغاصب في إتلاف الثمن، لأنّ المشتري عندما أعطى الثمن للغاصب والحال أنّه

يعلم بالغصب فكأنه قد أذن له في إتلاف الثمن.

وكلمة (يوجب) خبر (أن) في قوله: «أنّ تسليط المشتري للبائع الغاصب».

• قوله قدّس سرّه: «وأنّه يملك الثمن بدفعه إليه». الضمير في (أنّه) و(إليه) يرجع إلى الغاصب، وأمّا الضمير في (دفعه) فهو إمّا أن يكون راجعاً إلى المشتري، فيكون إضافة الدفع إلى الضمير من إضافة المصدر إلى الفاعل، ويكون المفعول وهو الثمن محذوفاً، فيكون تقدير العبارة: (بدفع المشتري الثمن إلى الغاصب)، وإمّا أن يكون الضمير راجعاً إلى المفعول وهو الثمن، والفاعل وهو المشتري محذوف.

ثمّ إنّ عطف هذه العبارة على سابقتها (جواز شراء الغاصب به شيئاً) من قبيل عطف العلة على المعلول، فهو بمنزلة قوله: (لأنّه - أي: الغاصب - يملك الثمن بدفع المشتري إياه إليه)، فليس للمشتري مال كالثمن أن يميز شراء الغاصب شيئاً له بالثمن، لأنّ الشراء بعد فرض كون الثمن ملكاً للبائع الغاصب وخروجه عن ملك مالكة الأوّل وهو المشتري لم يرد على مال المشتري حتّى يكون له إجازته.

• قوله قدّس سرّه: «ويظهر أيضاً من محكي المختلف». يفهم من هذه العبارة أنّ كتاب المختلف للعلامة قدّس سرّه لم يكن عند الشيخ الأعظم، وإنّما حكى له هذا المطلب عنه.

• قوله قدّس سرّه: «وأمّا الكلام في صحّة الإباحة بالعوض...». هذه العبارة معطوفة على قوله: «أمّا إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك»، وهو شروع في ذكر الإشكال الثاني المختصّ بالوجه الثالث من الوجوه الأربعة للمعاطاة بحسب قصد المتعاطين، وهو كون الإباحة في مقابل التملك والعوض.

• قوله قدّس سرّه: «الإباحة المعوّضة ليست معاوضة ماليّة». من الواضح أنّ الإباحة بما هي فعل من الأفعال ليست من الأموال، وإنّما المال هو موضوعها، فلا تدخل في المعاوضات المختصّة بالأموال.

• قوله قدّس سرّه: «بل كلاهما ملك للمبيح»؛ باعتبار أنّ المال المباح ما زال

ملكاً للمبيح إذ إنّه إباحه فقط بحسب الفرض ولم يملكه إلى الغير، وأمّا العوض فقد دخل في ملك المبيح أيضاً لكون المقصود من عوضيته إدخاله في ملك المبيح، فاجتمعت ملكية العوض والمعوّض في طرف واحد.

• قوله قدّس سرّه: «فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه...». الفاء هنا جزاء لشرط محذوف تقديره: إذا قلنا بعدم كون هذه الإباحة من المعاوضات المالية المفيدة للملك فيشكل الأمر حينها في هذا القسم من الإباحة.

• قوله قدّس سرّه: «مع التأمل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع». لا موضوعية للتأمل في كونها بيعاً بعد فرض أنّ الإباحة في مقابل العوض ليست من المعاوضات المعهودة.

• قوله قدّس سرّه: «من بعض الأخبار الدالة على صحّته». الضمير في (صحّته) يرجع إلى الصلح.

• قوله قدّس سرّه: «وعلى تقدير الصحّة ففي لزومها...». ذكرنا في الشرح أنّ البحث في لزوم الإباحة المعوّضة وجوازها إنّما يختصّ بصورة تصحيحها بالمعاوضة المستقلة، إذ الصلح لا يحتل فيه الجواز، ولعلّ الشيخ لم يبيّن ذلك لوضوحه.

• قوله قدّس سرّه: «حيث إنّّه يخرج ماله عن ملكه». مجرد إخراج المال عن الملك غير كافٍ في إثبات اللزوم ما لم يضمّ إليها كبرى أنّ الأصل في الخروج عن الملك هو اللزوم.

• قوله قدّس سرّه: «وأمّا حكم الإباحة بالإباحة». شروع في ذكر الإشكال المختصّ بالوجه الرابع من الوجوه الأربعة المتصورة للمعاطاة بحسب قصد المتعاطيين، وهو الإباحة بإزاء الإباحة.

• قوله قدّس سرّه: «واللزوم للعموم». أي: عموم (المؤمنون عند شروطهم) كما ذكره في الإباحة بالعوض.



## **التنبيه الخامس**

### **جريان المعاطاة في غير البيع**

- القاعدة العامة في جريان المعاطاة في سائر العقود
- المقام الأول: التحقيق في ما أفاده المحقق الكركي من جريان المعاطاة في الإجارة والهبة
- المقام الثاني: مختار الشيخ الأنصاري في المسألة





قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«[الأمر] الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه.

إعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد - على ما حكى عنه -: أن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة، وذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله، استحقّ الأجرة. ولو كانت هذه إجارة فاسدة، لم يجز له العمل، ولم يستحقّ أجرة مع علمه بالفساد، وظاهرهم الجواز بذلك، وكذا لو وهب بغير عقد، فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف. ولو كانت هبة فاسدة، لم يجز، بل منع من مطلق التصرف، وهي ملحظ وجيه، انتهى.

وفيه: أن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني: الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر، وملك الأمر العمل المعين على المأمور به، ولم نجد من صرح به في المعاطاة.

وأما قوله: «لو كانت إجارة فاسدة، لم يجز له العمل» فموضع نظر، لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل، سيما إذا لم يكن العمل تصرفاً في عين من أموال المستأجر.

وقوله: «لم يستحقّ أجرة مع علمه بالفساد»، ممنوع، لأنّ الظاهر ثبوت أجرة المثل، لأنه لم يقصد التبرّع وإنما قصد عوضاً لم يسلم له.

وأما مسألة الهبة، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها، إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة، فإنّ جماعة - كالشيخ والحلي

والعلامة - صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك، لكن المحقق الثاني رحمه الله ممن لا يرى كون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجردة.

وتوقف الملك في الهبة على الإيجاب والقبول كاد أن يكون متفقاً عليه كما يظهر من المسالك.

ومما ذكرنا يظهر المنع في قوله: «بل مطلق التصرف»، هذا ولكن الأظهر بناءً على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره من الإجارة والهبة، لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما.

وظاهر المحكي عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال في باب الرهن: إن الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والإيجاب عليه المذكورة في البيع آت هنا، انتهى.

لكن استشكله في محكي جامع المقاصد: بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع، بخلاف ما هنا.

ولعل وجه الإشكال: عدم تأتي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع، لأنها هناك إما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة؛ على الخلاف. والأول غير متصور هنا، وأما الجواز فكذلك، لأنه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً بملاحظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان.

وإن جعلناها مفيدة للزوم، كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ، وكأن هذا هو الذي دعا المحقق الثاني إلى الجزم

بجريان المعاطاة في مثل الإجارة والهبة والقرض، والاستشكال في الرهن. نعم، مَنْ لا يبالي مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم، من توقّف العقود اللازمة على اللفظ، أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين، فلا يشمل الرهن - ولذا جَوّز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر كـ (خذه)، والجملة الخبريّة - أمكن أن يقول بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم؛ لإطلاق بعض أدلة الرهن، ولم يَقم هنا إجماعٌ على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات.

ولأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض، لأنّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللفظ، والجواز غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمل.

نعم، احتُمِل الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى تبعاً للشيخ رحمه الله.

ثم إنّ الملزم للمعاطاة فيما تجري فيه من العقود الآخر هو الملزم في باب البيع، كما سننبّه به بعد هذا الأمر.

## الشرح

غرض الشيخ الأعظم من عقد هذا التنبيه هو البحث في أنّ المعاطاة بعد أن ثبت إمكان جريانها في البيع - بغض النظر عن الخلاف فيما تفيده فيه من الملك اللازم من أوّل الأمر أو الملك الجائز إلى حين صدور الملزم من التصرف أو التلف، أو الإباحة المجردة إلى حين الملزم - فهل يمكن جريانها أيضاً في سائر العقود أم لا؟

ويلاحظ أنّ الشيخ قدّس سرّه لم يتعرّض في هذا التنبيه إلى جريان المعاطاة في الإيقاعات، ولكن القاعدة تقتضي إدخالها في ضمن البحث، إذ كما ينقسم العقد إلى العقد اللفظي والفعلي، فكذلك الإيقاعات تنقسم إليهما أيضاً. الاحتمالات الأوليّة المتصورة في المسألة لا تخرج عن ثلاثة: الاحتمال الأوّل: أنّ المعاطاة يختصّ جريانها في البيع فقط، ولا تسري إلى غيره.

الاحتمال الثاني: أنّ المعاطاة لا تختصّ بالبيع وإنّما تجري في جميع العقود والإيقاعات إلّا ما أخرجها الدليل. الاحتمال الثالث: أنّ المعاطاة وإن لم تختصّ بالبيع إلّا إنّها لا تجري في كلّ العقود؛ لوجود الخلاف في جريانها في بعضها. هذه الاحتمالات الثلاثة سيتعرّض إليها الشيخ الأعظم ضمن البحث في هذا التنبيه.

يتعرّض الشيخ قدّس سرّه بدايةً إلى كلام للمحقّق الكركي قدّس سرّه في المسألة، والذي نسب إلى بعض الأصحاب القول بجريان المعاطاة في الإجارة والهبة وعدم اختصاصها بالبيع، ثمّ يناقشه ويتأمّل في هذه النسبة، ليعطي بعد

ذلك رأيه ومختاره، لذا فتمام البحث هنا سيقع في مقامين: بيان كلام المحقق الكركي والتحقيق فيه، والثاني: بيان مختار الشيخ في المسألة، ولكن قبل الدخول في تفاصيل البحث لا بأس أن نتعرض إلى تأسيس القاعدة العامة في المقام.

### القاعدة العامة في جريان المعاطاة في سائر العقود

ليس المقصود من القاعدة هنا القاعدة العقلية، لأن المعاطاة ليست مسألة عقلية كي نبحث في حكم العقل فيها، كما أنه ليس المقصود منها القاعدة الشرعية كالاستصحاب أو البراءة، بل المقصود هو مقتضى الإطلاقات والعمومات الواردة في باب المعاملات، وإذا توسعنا قليلاً فنقصد بها مقتضى البناء العرفي والعقلاني.

إذا اتضح ذلك نقول: إن مقتضى القاعدة في المقام إما أن يكون هو انحصار العقود والإيقاعات بالألفاظ فلا تجري المعاطاة حيثئذ إلا في مورد قام دليل خاص من نص أو إجماع أو سيرة على جريانها فيه، وذلك لكونها على خلاف القاعدة فيقتصر في مخالفتها على القدر المتيقن وهو مورد الدليل.

وإما أن يكون مقتضى القاعدة صحة إنشاء العقود والإيقاعات بكل ما هو صالح لإبراز الاعتبار النفساني من قول أو فعل، فتجري حيثئذ المعاطاة في جميعها إلا إذا قام هناك دليل خاص على عدم جريانها في فرد خاص، أو قام دليل خاص على كون مبرزه منحصراً بأمر خاص.

والظاهر أن الأمور الاعتبارية كالعقود والإيقاعات يصحّ إنشاؤها بما يصلح أن يكون مبرزاً للاعتبار النفساني لفظاً كان أم فعلاً، وذلك لأمرين:

الأمر الأول: أن الفعل تارة يدلّ على المعنى من دون حاجة إلى القرينة كالسجود مثلاً، فإنه بذاته يدلّ على الخضوع. وأخرى - كما هو الغالب - يدلّ عليه بمعونة قرينة مقامية أو مقالية، فإذا دلّ الفعل على المعنى بالقرينة بحيث عدّ دلالاته من الظهور العرفي كان حجة عند العقلاء على حذو حجية ظهور اللفظ في معناه.

الأمر الثاني: أن بناء العقلاء إنما هو على إنشاء الأمور الاعتبارية بالأفعال المبرزة لها وإن كان الإبراز بالقرائن، فكلّ فعل مبرز لمعناه الإنشائي يصحّ جعله آلة للإنشاء عند العقلاء، إلّا إذا منعه الشارع واعتبر اللفظ المطلق أو الخاصّ في إنشائه<sup>(١)</sup>. وعليه فلا مانع من التمسك بأدلة العقود والإيقاعات في إثبات صحّة المعاطاة فيها، إلّا إذا لم يكن الفعل ولو بتوسّط القرينة آلة عند العقلاء لإنشاء العقد أو الإيقاع، أو قام الدليل الشرعي على انحصار المبرز بلفظ عامّ أو بلفظ خاصّ. إذن القاعدة العامة في المقام هو جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات إلّا ما خرج بالدليل.

ولذا ذكر الميرزا النائيني قدّس سرّه أن جريان المعاطاة لا يختصّ بالبيع فقط وإنّما يتعدّاه إلى كلّ معاملة يمكن إنشاء عنوانها بالفعل لكن بشرط عدم وجود محذور شرعيّ من إنشائها كذلك، فقال في بيان القاعدة في المقام: أن الاستدلال على صحّة المعاطاة بأدلة المعاملات يتوقّف على إثبات مقدّمتين:

**المقدّمة الأولى:** «كون الفعل بنفسه مصداقاً لهذه العناوين ليصحّ الاستدلال بأدلة العناوين على صحّته، أو كونه مصداقاً لأمر ملازم لأحد العناوين، بحيث يترتّب عليه بجريان العادة المألوفة والسيرة المستمرة ما يترتّب على ملازمه، بأن كانت السيرة دليلاً على ترتب ما يترتّب على ملازم الفعل، لا أن تكون دليلاً على أصل صحّة المعاملة الفعلية، فبعد جريان العادة يدخل الفعل بالملازمة في أحد العناوين، ويصحّ الاستدلال له بما يستدلّ به للعناوين، نظير القول، فإنّه قد ينشأ به أحد العناوين مطابقةً، وقد ينشأ به أحدها التزاماً، ووجه اعتبار كون الفعل مصداقاً لها أو مصداقاً لملازمها ما أشرنا إليه سابقاً من أن مجرد قصد عنوان ووقوع الفعل عقبيه لا يؤثّر في تحقّق هذا العنوان إذا لم يكن الفعل آلة لإيجاده أو

(١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ١٧٠.

تنبيهات المعاطاة ..... ٢٢٣  
إيجاد ملازمه»<sup>(١)</sup>.

المقدّمة الثانية: «أنّ الفعل إذا كان مصداقاً لعنوان خاصّ فلا إشكال في تحقّق هذا العنوان بإيجاده مع القصد، وأمّا إذا كان مشتركاً وكان ذا وجوه فتعيّن أحد العناوين دون غيره إنّما هو بالقرائن المكتنفة به»<sup>(٢)</sup>.

وعليه، ففي أيّ معاملة إن كان الفعل فيها يعتبر بنفسه أو بالملازمة مصداقاً لعنوان تلك المعاملة فلا إشكال في جريان المعاطاة فيها، أمّا ما كان الفعل فيه ليس مصداقاً للعنوان فلا يمكن إنشاؤه إلّا باللفظ خارجاً، كما أنّ ما لا يصحّ إنشاؤه خارجاً شرعاً بالفعل لا تجري فيه المعاطاة كما هو واضح<sup>(٣)</sup>.

وذكر أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه أنّ الذي ينبغي أن يقال في المقام هو أنّه: «إن قلنا بتقوم العقود مفهوماً باللفظ، فعدم جريان المعاطاة في العقود والإيقاعات على وفق القاعدة وممّا لا ينبغي الإشكال فيه، وغاية ما هناك أنّا خرجنا عمّا تقتضيه القاعدة في خصوص البيع وبنينا على جريان المعاطاة وإفادتها الملك أو الإباحة الشرعيّة فيه لأجل قيام السيرة عليه، وأمّا إذا لم نقل بذلك كما هو الصحيح وقلنا بإمكان إنشاء جميع الأمور الإنشائيّة من العقود والإيقاعات وغيرها بغير اللفظ؛ لما عرفت من أنّ الإنشاء عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني بمبرز ما سواء كان قولاً أو فعلاً، فمن الواضح صدق عناوين العقود والإيقاعات على الاعتبار المبرزة بالفعل كالقول، وعليه تصحّ المعاطاة بكلّ فعل مبرز للاعتبار النفساني لا خصوص العطاء الخارجي وتشملها الأدلّة العامّة والخاصّة، ويكون مقتضى القاعدة فيها الصحّة واللزوم، ولا يرفع اليد عن ذلك إلّا بدليل شرعيّ من إجماع

---

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٨٦.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ١٨٧.

(٣) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ١٨٨.

أو غيره دالّ على عدم اللزوم أو عدم الملك، فيقتصر حينئذ في الإباحة الشرعيّة على القدر المتيقّن، وقد خرجنا عن مقتضى القاعدة في موردين اعتبرنا فيهما اللفظ للدليل الخاصّ وهما النكاح والطلاق، واعتبار اللفظ في الثاني أظهر<sup>(١)</sup>.

وقال قدّس سرّه في موضع آخر: «إنّ القاعدة الأولى تقتضي جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات، بدهة أنّها ليست إلّا الاعتبارات النفسانيّة المبرزة بمبرز خارجيّ فعليّ أو قوليّ، فإنّه على كلّ حال يصدق على المنشأ عنوان العقد أو الإيقاع، فيكون مشمولاً للعمومات والإطلاقات الدالّة على صحّة العقود والإيقاعات، نعم ثبت اعتبار مطلق اللفظ في إنشاء عقد النكاح، واعتبار لفظ خاصّ في إنشاء الطلاق، وعليه فيكون ذلك تخصيصاً للقاعدة المذكورة كما لا يخفى<sup>(٢)</sup>.

أمّا أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني فيرى أنّه لتحديد القاعدة في جريان المعاطاة في المقام لا بدّ من النظر إلى جهتين<sup>(٣)</sup>:

**الجهة الأولى:** إنّ الفعل إن كان صالحاً لإنشاء العنوان الاعتباري - عقداً أو إيقاعاً - فتجري المعاطاة حينئذ من دون التوقّف على دليل خاصّ، وإن لم يكن الفعل صالحاً لإنشاء ذلك العنوان الاعتباري فلا تجري المعاطاة إلّا بدليل خاصّ. وبما أنّه قد ثبت في البيع صحّة جريانها لكن لا من جهة الدليل الخاصّ بل من جهة صدق عنوان البيع والعقد والتجارة على المعاملة الفعلية، يثبت جريانها أيضاً في جميع العناوين الاعتباريّة من العقود والإيقاعات المنشأة بالفعل إلّا ما خرج بالدليل.

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٨ ص ١٥٣.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا التوحيدي، ج ٢ ص ٢١٦.

(٣) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري القميّ، ج ١ ص ٥١٣-٥١٤.



**الجهة الثانية:** إنّ الدليل المعتمد في إثبات صحّة المعاطاة في خصوص البيع إمّا أن يكون هو السيرة أو صدق عنوان البيع والعقد والتجارة على المعاملة المنشأة بالفعل، فإن كان الثاني - ويراه الشيخ الوحيد أنّه مقتضى التحقيق - فلا بدّ من التعميم إلى غير البيع، وإن كان الأوّل<sup>(١)</sup> فلا يخلو إمّا أن تكون هذه السيرة هي سيرة مشرّعة، فلا وجه حينها للتعميم إلى سائر العقود والإيقاعات، أو إنّها سيرة عقلاء، فلا وجه حينها للتخصيص بالبيع بل تعمّ سائر المعاملات إلّا ما خرج بالدليل. هذا تمام ما يمكن أن يقال في تأسيس القاعدة العامّة في جريان المعاطاة في عموم المعاوضات.

لا يقال: إنّ الذي يتابع كلمات الفقهاء في باب العقود يلاحظ حرصهم الشديد على ضبط الصيغ الموجبة لانعقاد العقود وتمييزها عمّا لا يوجب انعقادها به، وهذا يكشف على عدم جريان المعاطاة فيها.

وذلك لأنّ قضية ضبطهم صيغ العقود إن كان في العقود اللازمة فلعلّ ذلك من باب بيان توقّف لزوم عليها دون الصحّة، والشاهد عليه ضبطهم صيغة البيع مع ذهابهم إلى صحّة جريان المعاطاة فيه.

وإن كان في العقود الجائزة فلعلّه لأجل التفريق بين ما يحصل منها بالصيغة وما لا يحصل بها في صراحة اللفظ على القصد وعدم الاحتياج فيه إلى ضمّ قرائن تكشف عن المراد، وقصور الأفعال عن تلك الصراحة فتحتاج إلى ضمّ ما يصرّح كشفها عن المراد من القرائن الحالّيّة والمقالّيّة، أو لعلّ الصيغ لها أحكام وآثار مختصّة بها ليست موجودة في المعاطاة، وعليه فضبطهم لصيغ العقود الجائزة لا

---

(١) يرى الشيخ الوحيد الخراساني عدم صحّة الاستدلال بالسيرة لإثبات صحّة المعاطاة لقيام الإجماع وشهرة الفقهاء القدماء على عدم اعتبار اللفظ إنشاءً كاشفاً عن المقصود، فإذا لم يحرز إمضاء المعاطاة في البيع بحسب هذا الدليل ففي غيره من باب أولى. (راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٥١٤).

يكشف عن انحصار انعقادها بخصوص الألفاظ والصيغ؛ لجواز اشتراك المعاطاة معها في الجواز<sup>(١)</sup>.

ثم إن ما ذكرناه هنا جعله بعض المحققين ضابطة في تمييز المورد الذي تجري فيه المعاطاة عن غيره، فقال: «الأولى ذكر ما يكون ضابطة في المسألة وهو أن المعاملة التي يراد العلم بجريان المعاطاة فيها وحصولها بالفعل مثل حصولها بالقول وعدم جريانها، لا بد أن يلاحظ، فإما أن يكون هناك فعل مناسب لعنوان هذه المعاملة بحيث يكون ذاك الفعل مصداقاً لمفهوم هذا العنوان.. فيجري فيه المعاطاة إلا أن يكون هناك مانع عنه.. وإن لم يكن هناك فعل مناسب لعنوان المعاملة.. فلا يجري فيه المعاطاة وإيجاده بالفعل؛ لعدم وجود فعل مناسب له يصح إيجاده به، والفعل الغير المناسب له لا يمكن أن يكون وجوداً خارجياً له حتى يوجد به في الخارج»<sup>(٢)</sup>.

واستدل بعض الفقهاء على هذه القاعدة العامة وهي صحة جريان المعاطاة في سائر العقود والإيقاعات إلا ما خرج بالدليل بوجوه:

الأول: صدق اسم كل عنوان من عناوين العقود على المعاطاة التي تقوم مقام اللفظ، فتكون مشمولة لأدلة تلك العقود.

الثاني: الهدايا التي أهديت إلى النبي صلى الله عليه وآله والمعصومين عليهم السلام والتي كانوا يتعاملون معها تعامل الملك، مع أن الإهداء فيها لم يكن باللفظ.

الثالث: نسبة المحقق الكركي قدس سره إلى الأصحاب جريان المعاطاة في الإجارة والهبة، كما سيأتي تفصيله.

الرابع: القول بعدم الفصل بين البيع وغيره من العقود في جريان المعاطاة،

(١) راجع: التعليقة على المكاسب، السيّد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٧٨.

(٢) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح التبريزي، ج ٢ ص ١٣٥-١٣٦.

كما سيأتي أيضاً.

الخامس: السيرة المستمرة على إجراء المعاطاة في غير البيع على حدّ إجراءاتها في البيع<sup>(١)</sup>، وهذه السيرة لا إشكال في كونها كاشفة عن رضا المعصوم وتقريره، لأنّ ما يمنع من التمسك بهذه السيرة أمور جميعها متفية في المقام:

الأول: عدم وجود سيرة على إجراء المعاطاة في غير البيع، ويضعفه شهادة العيان على وجود مثل هذه السيرة في غير البيع منذ قديم الأزمان، كما في إجارة السفن والدوابّ والمرايط والمساكن المعدة للمتطرقين وغيرها كثير، وهكذا في سائر العقود.

الثاني: أنّ هذه السيرة حادثة في الأزمنة المتأخّرة عن زمن المعصومين عليهم السلام، ويضعفه: أنّ العادة تقتضي أنّه لو كانت هناك سيرة في زمن المعصوم على خلاف سيرة أهل زماننا لوصل إلينا خبرها، فعدمه معناه عدمها.

الثالث: عدم اطلاع المعصوم من خلال الوسائل البشرية على السيرة المستمرة في زمانه، فلا يكشف عدم رده عنها عن إمضائه وتقريره لها، لكنّه بعيد عادة في طول زمان حضورهم بين الناس إلى ما يقرب من ثلاثمائة سنة.

الرابع: منع تقرير المعصوم، وهو بعيد لأنّ المعصوم إن لم يقرّ هذه السيرة فلا بدّ أن يردع عنها، وعدم الردع من قبله عليه السلام - مع تمكّنه منه في طول ذلك الزمان وكون منصبه يستلزم وجوب الردع عن الباطل مهما أمكن من باب اللطف - يكشف عن تقريره لهذه السيرة وإمضائه لها.

الخامس: عدم تمكّن المعصوم من الردع، وهو بعيد أيضاً، مع ملاحظة طول ذلك الزمان وعدم وجود مانع من تقيّة ونحوها.

---

(١) ذكر هذه الوجوه مفصّلاً المحقّق المامقاني في: غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، ج ٢ ص ٢٠٢.

السادس: ردع المعصوم عن السيرة، وهذا بعيد جداً؛ إذ العادة تقتضي أن لو كان هناك ردع لوصل إلينا خبره، لتوفر الدواعي عليه.

السابع: أن المعصوم لم يردع لاكتفائه بالأصول والعمومات الرادعة، ويضعفه أن وظيفة المعصوم من باب قاعدة اللطف أن يردع عما جرت عليه عادة الناس وسيرتهم خلاف الشرع، وشدة هذا الردع وضعفه يتناسبان طرداً مع شدة السيرة وضعفها، وفي المقام السيرة من الكثرة والشدة بما لا تصلح أن يكتفي فيها المعصوم بالإحالة إلى الأصول والعمومات.

وعليه فهذه السيرة من القوّة بمكان، فلا يلتفت إلى ما قد يحتمل في المقام من كونها ناشئة من عدم المبالاة في أمور الدين<sup>(١)</sup>.

هذا ويقع البحث فعلاً فيما أفاده الشيخ الأعظم قدس سرّه في هذا التنبيه، والذي ذكرنا أنه يمكن بيانه في ضمن مقامين:

### المقام الأول: التحقيق في ما أفاده المحقق الكركي

بدأ الشيخ الأعظم البحث في هذا التنبيه بذكر كلام محكي عن المحقق الكركي قدس سرّه في جامع المقاصد، حكاه عنه<sup>(٢)</sup> بعض الأعلام كصاحب الجواهر قدس سرّه<sup>(٣)</sup>، يظهر منه صحّة جريان المعاطاة في الإجارة والهبة.

### بيان ما أفاده المحقق الكركي

قال المحقق الكركي في جامع المقاصد: «واعلم أن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة، وذلك لأنّه إذا أمره بعمل على عوض معيّن، عمله واستحقّ الأجر، ولو كان هذا إجارة فاسدة لم يجز له العمل،

(١) راجع: التعليقة على المكاسب، السيّد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٧٩-٣٨٠.

(٢) لا داعي لأن نذكر ما حكى عنه بعد إمكان الرجوع إلى كتابه جامع المقاصد.

(٣) راجع: جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٣٩.

ولا يستحقّ أجره مع علمه بالفساد، وظاهرهم الجواز بذلك، وكذا إذا وهب  
بغير عقد، فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، ولو كانت هبة فاسدة لم يجوز، ومنع من  
مطلق التصرف، وهو ملحظ وجيه<sup>(١)</sup>.

والظاهر أنّ مقصود المحقّق الكركي من البعض المذكور في بداية كلامه هو  
العلامة الحلّي، إذ ما نقله المحقّق عن البعض هنا قريب جداً لما ذكره العلامة في  
الإجارة والهبة في كتابه التذكرة، حيث قال قدّس سرّه في إجارة التذكرة: «مسألة:  
لو دفع ثوباً إلى قصّار ليقصره أو إلى خيّاط لينخيطه أو جلس بين يدي حلاق  
ليحلق رأسه أو دلاًك ليدلكه ففعل، وبالجمله كلّ من دفع إلى غيره سلعة ليعمل  
فيها عملاً ولم يجز بينهما ذكر أجره ولا نفيها، فإن كان فمن عاداته أن يستأجر  
لذلك العمل كالغسّال والقصّار فله أجره مثل عمله، وإن لم يكن له عادة وكان  
العمل ممّا له أجره فله المطالبة لأنّه أبصر بنيته، وإن لم يكن ممّا له أجره العادة لم  
يلتفت إلى مدّعيتها، وللشافعية أوجه...»<sup>(٢)</sup>.

وقريب منه ما ذكره قدّس سرّه في الإرشاد حيث قال: «ولو أمره بعمل له  
أجره بالعادة فعليه الأجره، وإلا فلا»<sup>(٣)</sup>.

وأما الهبة فبالرغم من جزم العلامة في القواعد بعدم جريان المعاطاة فيها<sup>(٤)</sup> إلاّ  
أنّه في التذكرة لوّح بكفاية المعاطاة فيها حيث إنّه نقل عن بعض العامة ترتّب الملك  
على إرسال الهدية ولم يناقش فيه، ممّا يدلّ على تأييده لهذا الرأي وإن لم يصرح بذلك.  
قال قدّس سرّه في هبة التذكرة: «الهبة: عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول

(١) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٩.

(٢) تذكرة الفقهاء (ط.ق)، العلامة الحلّي، ج ٢ ص ٣٢٠.

(٣) إرشاد الأذهان، العلامة الحلّي، ج ١ ص ٤٢٥.

(٤) حيث قال قدّس سرّه في الهبة: «ولا تكفي المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب، نعم  
يباح التصرف». قواعد الأحكام، العلامة الحلّي، ج ٢ ص ٤٠٥.

باللفظ كالبيع وسائر التمليكات، وأمّا الهدية فذهب قوم من العامة إلى أنّه لا حاجة فيها إلى الإيجاب والقبول اللفظيين، بل البعث من جهة المهدى كالإيجاب، والقبض من جهة المهدى إليه كالقبول، لأنّ الهدايا كانت تُحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها ولا لفظ هناك، واستمرّ الحال من عهده إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، ولهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعبارتهم، ومنهم من اعتبرها كما في الهبة والوصية، واعتذروا عمّا تقدّم بأنّ ذلك كان إباحة لا تمليكها، وأجيب بأنّه لو كان كذلك لما تصرّف الملاك<sup>(١)</sup>، ومعلوم أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كان يتصرّف فيه ويملكه غيره، والصدقة كالهديّة في ذلك بلا فصل، ويمكن الاكتفاء في هدايا الأئمة بالإرسال والأخذ من غير لفظ الإيجاب والقبول جرياً على المعتاد بين الناس، والتحقيق مساواة غير الأئمة لها، فإنّ الهدية قد يكون غير طعام، فإنّه قد اشتهر هدايا الثياب والدوابّ من الملوك إلى رسول الله، فإنّ مارية القبطية أم ولده كانت من الهدايا، وقال بعض الحنابلة: لا يفتقر الهبة إلى عقد، بل المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية، ولا يحتاج إلى لفظ، لأنّ النبيّ كان يهدي ويهدى إليه ويفرق الصدقة ويأمر ثقاته بتفريقها، ولم ينقل في ذلك لفظ إيجاب ولا قبول، ولو كان شرطاً لأمر به<sup>(٢)</sup>.

استظهر المحقق الكركي من عبارة العلامة في التذكرة وغيرها ذهاب العلامة إلى صحّة جريان المعاطاة في الإجارة والهبة؛ وجه الاستظهار: أنّ العلامة ذكر أنّ المأمور يستحقّ الأجرة على عمله الذي أمره به الأمر، فلا بدّ من توجيه الاستحقاق هذا بصحّة المعاطاة في باب الإجارة، إذ لولا ذلك لم يجز للمأمور أن

(١) اي لما تصرّفوا فيه تصرّف الملاك.

(٢) تذكرة الفقهاء (ط.ق)، العلامة الحلي، ج ٢ ص ٤١٥.

يتصرّف في ثوب الأمر بخياطة وقصارة ونحوها، إذ إنّه سيكون حينئذ تصرّفاً في مال الغير، ولم يستحقّ الأجرة على عمله، لا الأجرة المسماة لفساد الإجارة، ولا أجرة المثل مع علمه بالفساد، مع أنّ ظاهر الأصحاب جواز عمل المأمور استناداً إلى أمر الأمر، فيكون ذلك كاشفاً حتماً على صحّة المعاطاة في الإجارة.

وكذا الحكم في الهبة، فلو وهب شخص شيئاً لآخر من دون صيغة لفظيّة، فظاهر الأصحاب أنّه يجوز للأخذ إتلاف ما أخذه والتصرّف فيه التصرفات المتوقّفة على الملك، وهذا يكشف عن صحّة المعاطاة في الهبة، إذ لو كانت فاسدة لكان الشيء الموهوب ما زال على ملك صاحبه، فلا يجوز للمتّهب أن يتصرّف فيها مطلقاً.

ويلاحظ أنّ المحقّق الكركي اقتصر على قوله: «ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة» ولم يدّع صراحة كلام العلامة في جريان المعاطاة فيهما، إلّا أنّ المحقّق الكركي لم ينفرد بهذا الاستظهار وإنّما وافقه فيه أيضاً الشهيد الثاني والمحقّق الأردبيلي قدّس سرّهم.

حيث قال الشهيد الثاني في المسالك: «لما كان الأمر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمأمور متقوّمة بالمال، وجب ثبوت عوضها على الأمر كالاستيجار معاطاةً. وقد شرط المصنّف في لزوم الأجرة أحد الأمرين، إمّا كون العامل من عادته أن يستأجر لمثل ذلك العمل، أو كون العمل له أجرة في العادة، والعلامة رحمه الله اعتبر في لزومها كون العمل ذا أجرة عادة خاصّة»<sup>(١)</sup>.

وقال المحقّق الأردبيلي في شرح الإرشاد: «قوله: ولو أمره بعمل له أجرة الخ. هذا الحكم يحتمل أن يكون مجمعاً عليه، ولعلّ سنده اقتضاء العرف، فإنّه يقتضي أن يكون مثل هذا العمل بالأجرة، فالعرف مع الأمر بمنزلة قوله: اعمل هذا ولك عليّ الأجرة، فيكون جعالةً أو إجارةً بطريق المعاطاة مع العلم بالأجرة

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٥ ص ٢٢٩.

ولو كان من العادة، مثل أجره الحمالين، ويبعد كونها إجارة باطلة<sup>(١)</sup>.  
ثم إنَّ المحقّق الكرّكي قوّى ما استظهره من كلام العلامة في جريان المعاطاة في الإجارة والهبة حيث عبّر عنه هنا بأنّه: (ملحظ وجيه)<sup>(٢)</sup>، كما ذكر في موضع آخر من جامع المقاصد بعد أن أشار إلى ما ذكره العلامة في التذكرة فيما يخصّ جريان المعاطاة في الهبة: «وهذا قويّ متين، ويؤيّد أن الهدية مبنية على الحشمة والإعظام، وذلك يفوت مع اعتبار الإيجاب والقبول وينقص موضعها من النفس»<sup>(٣)</sup>.  
والحاصل أنَّ المحقّق الكرّكي قدّس سرّه يرى أنَّ المعاطاة لا تختصّ بالبيع فقط وإنّما تجري أيضاً في الإجارة والهبة على وزان جريانها في البيع.

### مناقشة الشيخ الأنصاري للمحقّق الكرّكي

أورد الشيخ الأعظم على ما أفاده المحقّق الكرّكي في عبارته المتقدمة مجموعة من الإشكالات بعضها يتعلّق بما ذكره من جريان المعاطاة في الإجارة والبعض الآخر بما ذكره في الهبة.

أمّا ما يخصّ الإجارة فأورد عليه:

أولاً: إنّ نسبة المحقّق الكرّكي اعتبار المعاطاة في الإجارة إلى بعض الفقهاء في قوله: (إنّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة) موضع تأمّل، وذلك لأنّ المعاطاة في الإجارة إن كانت جارية فلا بدّ أن تترتب عليها الآثار كما تترتب على الإجارة اللفظية، فينبغي أن يكون الأمر مالاً للعمل على المأمور، وأن يكون المأمور مالاً للأجرة على الأمر، إذ الإجارة من المعاملات المملّكة

(١) مجمع الفائدة والبرهان، المقدّس الأردبيلي، ج ١٠ ص ٨٣.

(٢) ذكر صاحب الجواهر قدّس سرّه أنّ ظاهر هذه العبارة عدم جزم المحقّق الكرّكي بالحكم.

(راجع: جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، ج ٢٨ ص ٢٢٢).

(٣) جامع المقاصد، المحقّق الكرّكي، ج ٩ ص ١٤٢.



اللازمة وليست من المعاوضات الجائزة، مع أننا لا نجد حتى فقيهاً واحداً قد صرح بذلك، فكيف تنسب إلى الفقهاء أنهم يقولون أن المعاطاة في الإجارة حكمها حكم الإجارة اللفظية؟!

لكن يمكن أن يرد على الشيخ هنا أن تصريح الفقهاء بجريان المعاطاة في الإجارة وإن كان غير متحقق، إلا أنه مستظهر من كلمات جملة منهم، حيث قال الشهيد الثاني قدس سره في المسالك: «لما كان الأمر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمأمور متقومة بالمال وجب ثبوت عوضها على الأمر كالاستيجار معاطاة»<sup>(١)</sup>.

وقال المحقق الأردبيلي قدس سره في شرح الإرشاد: «هذا الحكم - أي: استحقاق الأجرة بالأمر بالعمل - مشهور يحتمل أن يكون مجمعاً عليه، ولعلّ سنده اقتضاء العرف فإنه يقتضي أن يكون مثل هذا العمل بالأجرة، فالعرف مع الأمر بمنزلة قوله: اعمل هذا ولك عليّ الأجرة، فيكون جعالة أو إجارة بطريق المعاطاة مع العلم بالأجرة، ولو كان من العادة مثل أجرة الحمالين، ويبعد كونها إجارة باطلة»<sup>(٢)</sup>.

كما قال السيّد العاملي قدس سره في مفتاح الكرامة: «فلعلّ الأصل في ذلك أنه من باب المعاطاة في الإجارة، وهي كالمعاطاة في البيع، فيلزمه حينئذ الأجرة المسماة لمثل ذلك العمل»، وقال أيضاً في بيان أن الضمان في المقام بأجرة المثل أو الأجرة المسماة: «أو تقول: إنّ المسمى لا يعتبر في معاطاة الإجارة حيث يخالف أجرة المثل إذا كانت بدون لفظ»<sup>(٣)</sup>.

ومن الواضح أن المتبع في مقام الاستظهار هو ظهور الكلام ولو بالملازمة العرفية

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٥ ص ٢٢٩.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان، المقدس الاردبيلي، ج ١٠ ص ٨٣.

(٣) مفتاح الكرامة، السيّد محمد جواد العاملي، ج ١٩ ص ٨٣٣.

في نسبة المضمون إلى قائله من دون اعتبار للصراحة أصلاً، ثم إنَّ الأصحاب «في البيع أيضاً لم يصرّحوا بالملك، بل المحقّق الثاني حمل حكمهم بالإباحة على الملك المنزّل، ومع ذلك فما معنى توقّع التصريح منهم بالملك في الإجارة»<sup>(١)</sup>.

هذا وأشار بعض المحقّقين إلى نكتة دقيقة في المقام حاصلها: أنَّ الشيخ الأنصاري استدلّ في بحث الأدلّة على مملّكيّة المعاطاة على صحّة المعاطاة وإفادتها المملّكيّة بالإجماع المركّب بين البيع والإجارة والهبة حيث قال هناك: «هذا مع إمكان إثبات صحّة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتهما، وتتميمه في البيع بالإجماع المركّب»<sup>(٢)</sup>، فلو كان الفقهاء في بابي الإجارة والهبة من القائلين بالإباحة لم يبقَ موضوعٌ للإجماع المركّب وعدم القول بالفصل، بل اتّفاقهم على الإباحة في هذين البابين سيكون دليلاً موهناً لاستفادة الملك من إطلاق أدلّة البيع.

بعبارة أخرى: «الاستدلال بعدم القول بالفصل بين البيع وبينهما يتوقّف على ذهاب جمع إلى مملّكيّة معاطاتهما، وجمع إلى الإباحة، حتّى يتّجه إلحاق معاطاة البيع بهما، فلو كان الملك فيهما منوطاً بالإنشاء القولي - عند الكلّ - أشكل الأخذ بإطلاقاتهما، ولزم تقييدها بالعقد المملّك، ولا يبقى حينئذ مجال لاستفادة مملّكيّة البيع المعاطاتي»<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: إنّ قول المحقّق الكركي قدّس سرّه: «ولو كان هذا إجارة فاسدة لم يجز له العمل» موضع نظر، إذ إنّ مفاد كلام المحقّق هو أنّ المعاملة لو كانت غير صحيحة لم يجز للمأمور أن يعمل بمقتضى الإجارة بأن يتصرّف بثوب الأمر بخياطته مثلاً، لكونه تصرّفاً في ملك الغير بلا إذن منه، وهذا يقتضي وجود

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨١.

(٢) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٤٣.

(٣) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ١٥٩.

ملازمة بين صحّة الإجارة وجواز التصرّف وكذا بين فسادها وعدم جواز التصرّف، وهو ممنوع بلا شكّ، إذ لا ملازمة بين فساد الإجارة ومنع المأمور الأجير عن العمل، لأنّ مورد الإجارة لا يخلو إمّا أن يقتضي تصرّف المأمور في ملك الأمر أو لا، فإن لم يقتض التصرّف كما إذا أمره بكنس المسجد أو إحضار الماء من النهر ونحو ذلك فلا إشكال ولا شبهة في أنّه يجوز للمأمور أن يقدم على العمل ويستحقّ أجره المثل لأنّه لم يقدم مجّاناً وتبرّعاً وإنّما كان في قبال أجره، وإن اقتضى التصرّف في ملك الأمر كما إذا أمر الأجير بكنس بيته مثلاً أو خياطة ثوبه ونحو ذلك، فكذلك يجوز للمأمور التصرّف، لأنّ فساد الإجارة غير مانع عن عمل الأجير المأمور مطلقاً ولو تبرّعاً، لإمكان وجود إذن من المالك الأمر في التصرّف ولو مع فساد الإجارة<sup>(١)</sup> على سبيل تعدّد المطلوب، اللهمّ إلّا أن يكون الإذن مقيداً بالإجارة بحيث ينتفي عند انتفائها.

ثالثاً: إنّ قول المحقّق الكركي قدّس سرّه: «ولا يستحقّ أجره مع علمه بالفساد» ممنوع، وذلك لأنّ مجرد علم المأمور بفساد الإجارة المعاطيّة لخلوها من الصيغة اللفظيّة المعتبرة لا يكون مانعاً عن استحقاق المأمور للأجرة، لأنّ المفروض أنّه لم يكن قاصداً التبرّع وإنّما العمل في قبال أجره، فيستحقّ حينئذ الأجرة من باب قاعدة احترام عمل المسلم، غاية الأمر أنّ الأجرة المستحقّة هي أجره المثل، لا الأجرة المسماة، إذ إنّ العلم بفساد الإجارة يوجب العلم بعدم استحقاق الأجرة المسماة، دون استلزام أن يكون العمل المبذول مجّاناً. اللهمّ إلّا أن يكون المقصود من الأجرة غير المستحقّة في عبارة المحقّق

(١) لم يرتض الميرزا الإيرواني قدّس سرّه هذا الكلام حيث قال: «ودعوى وجود جنس الرضا بالتصرّف مردودة بأنّ الرضى بزعم صحّة المعاملة لا يجدي في جواز التصرّف على تقدير البطلان، ولذا لم يحكموا بجواز التصرّف في العوضين في البيوع الفاسدة بجنس الرضا». (حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٢).

الكركي هي الأجرة المسماة، كما استظهر ذلك بعضهم<sup>(١)</sup>، فلا يكون الإشكال حينها وارداً على المحقق.

وهناك إشكال رابع لم يتعرّض له الشيخ الأعظم حاصله: أنّ الإجارة المعاطائية لو كانت كالإجارة اللفظية لكان ينبغي أن يعبرّ باستحقاق العوض لا استحقاق الأجرة كما ذكر المحقق الكركي قدّس سرّه، فالتعبير باستحقاق الأجرة يكشف عن أنّ الفقهاء لا يرون صحّة الإجارة المعاطائية وأنها ليست كالإجارة اللفظية وإلاّ لعبّروا باستحقاق العوض، وحكمهم باستحقاق الأجرة إنّما هو باعتبار أنّ المأمور عندما قام بالعمل فإنّه لم يقدّم به على وجه التبرّع بل قام به على وجه العوضيّة فيستحقّ أجرة المثل، إذن فاستحقاق الأجرة ليس داخلياً في الإجارة المعاطائية، وإنّما هو داخل في باب استيفاء العمل بالأمر المعاملي الموجب لضمان الواقعي لا المسمّى.

وأما ما يخصّ الهبة فقد أورد الشيخ الأعظم عليه:

أولاً: إنّ ما ذكره المحقق الكركي قدّس سرّه (من أنّ ظاهر كلمات الأصحاب جواز إتلاف العين الموهوبة، ومن الواضح أنّ جواز الإتلاف من آثار الهبة المعاطائية الصحيحة، إذ لو كانت فاسدة لكانت العين الموهوبة ما تزال على ملك صاحبها الواهب فلا يجوز حينها الإتلاف من قبل المتّهب، فيكون جواز الإتلاف وكذا سائر التصرفات المتوقّفة على الملك كاشفاً عن صحّة الهبة المعاطائية) غير تامّ، وذلك لأنّ المعاطاة لا يخلو أمرها إمّا أن تكون مفيدة للملك، أو تكون مفيدة للإباحة.

فإن كانت المعاطاة مفيدة للملك وأريد إثبات الملكيّة للهبة المعاطائية من خلال جواز إتلاف العين الموهوبة، فيرد على المحقق الكركي قدّس سرّه:

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٢.

أولاً: إنّ جواز الإتلاف ليس لازماً مساوياً لكون المعاطاة مملّكة بل هو لازم أعمّ لكلّ من الملك والإباحة المالكية، فمن الممكن أن تكون الهبة المعاطائية غير صحيحة بمعنى أنّها غير مملّكة ولكن مع ذلك يجوز للمتّهب إتلاف العين الموهوبة، وذلك لوجود الإذن المالكى في جواز الإتلاف مع بقاء الرقبة على ملك الواهب، نظير إباحة الطعام للضيف مع كونه ملكاً للمضيف، ومن المعلوم عدم جواز الاستدلال بالأعمّ لإثبات الأخصّ.

ثانياً: إنّ جماعة من الفقهاء صرّحوا أنّ الهبة ومنها الهدية إنّ لم تكن بالصيغة اللفظية فلا تفيد الملك وإنّما تفيد إباحة التصرف، كما ذكر ذلك الشيخ الطوسي قدس سرّه حيث قال في المبسوط: «وإذا وصلت الهدية إلى المهدى إليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم، ويكون ذلك إباحة من المهدي حتّى أنّه لو أهدى إليه جارية لم يجوز أن يستمتع بها، لأنّ الإباحة لا تدخل في الاستمتاع»<sup>(١)</sup>. ومثله ذكره ابن إدريس الحلّي قدس سرّه في السرائر<sup>(٢)</sup>.

كما قال العلامة الحلّي قدس سرّه في كتاب الهبة من القواعد: «ولا تكفي المعاطاة والأفعال الدالّة على الإيجاب، نعم يباح التصرف، والهدية كالهبة في الإيجاب والقبول والقبض»<sup>(٣)</sup>.

فمع تصريح هؤلاء الفقهاء بعدم إفادة الهبة التملك كيف يمكن الاستفادة من حكمهم بجواز إتلاف العين الموهوبة لإثبات الملكية في الهبة المعاطائية؟! فإن قال المحقّق الكركي في مقام الدفاع: أنّ المقصود من نفي الملكية في كلماتهم إنّما هو نفي الملكية اللازمة، لا نفي مطلق الملكية، كما ذكرنا ذلك مفصّلاً

(١) المبسوط في فقه الإمامية، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٣١٥.

(٢) راجع: السرائر، ابن إدريس الحلّي، ج ٣ ص ١٧٧.

(٣) قواعد الأحكام، العلامة الحلّي، ج ٢ ص ٤٠٥.

في البيع المعاطاتي، فالإباحة التي قالوا بها هي نفسها الملك الجائز الذي نقول به .  
قلنا: إنّ هذا الكلام في باب الهبة غير تام، لأنّ الهبة إن كانت بالصيغة اللفظيّة لا تفيد إلّا الجواز، فكيف يتصوّر فيها اللزوم إن كانت بالمعاطاة!  
إذن لا يمكن أن يكون مقصود الفقهاء من نفي الملك في الهبة نفي اللزوم، بل هو نفي الملك حقيقة، لأنّ المعاطاة إن كانت مع اللفظ فهي ليست لازمة، فكذلك هي مع الفعل من باب أولى.

ثالثاً: إنّ حصول الملك في الهبة المعاطاتيّة ممّا لا وجه له، لمخالفته لما يظهر من المسالك من أنّ اعتبار الصيغة اللفظيّة في الإيجاب والقبول في تحقيق الملك في الهبة قريب من أن يكون إجماعياً.

حيث قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «وظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدلّ على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك بل مجرد الإباحة»<sup>(١)</sup>.  
وعليه، فمع قيام الشهرة القريبة من الإجماع على عدم إفادة المعاطاة في الهبة الملك، كيف نسب المحقّق الكركي قدّس سرّه إلى بعض الأصحاب إفادة الهبة المعاطاتيّة الملك، فإنّه لا أقلّ خلاف المشهور إن لم يكن خلاف الإجماع.  
وإن كانت المعاطاة مفيدة للإباحة فجواز إتلاف حينئذ وإن كان لازماً مساوياً لصحة الهبة المعاطاتيّة المفيدة للإباحة، إلّا أنّ الإشكال أنّ المحقّق الكركي قدّس سرّه من القائلين بإفادة المعاطاة الملك الجائز لا الإباحة المجردة، فلا يمكنه عندئذ الاستدلال بحكم الفقهاء جواز إتلاف العين الموهوبة لإثبات صحة الهبة المعاطاتيّة وفقاً لمبناه.

وملخص الكلام أنّ الهبة المعاطاتيّة إن أردنا من خلال الحكم بجواز إتلاف

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٦ ص ١٠.

العين الموهوبة إثبات إفادتها الإباحة فهذا تامّ إلا أنّه على خلاف مبنى المحقّق الكركي قدّس سرّه، وإن أردنا بجواز الإلتلاف إثبات الملكيّة الجائزة المتزلزلة فهذا غير تامّ لكون الحكم المذكور لازم أعمّ، وإن أردنا إثبات الملكيّة اللازمة فهذا غير تامّ أيضاً لاتّفاق الفقهاء على أنّ اللزوم يتوقّف على اللفظ، ولا يوجد لفظ في المقام، هذا إضافة إلى أنّ توقّف حصول الملك في الهبة على الصيغة اللفظيّة ممّا كاد أن يكون مجمعاً عليه بين الفقهاء.

ثانياً: إنّ ما ذكره المحقّق الكركي من أنّ الهبة إن كانت فاسدة لم يحز للمتهب التصرّف المتلف بل لم يحز له مطلق التصرّف، وذلك في قوله: «ومنع من مطلق التصرّف» لا وجه له؛ لما تقدّم من أنّ فساد الهبة المعاطيّة بمعنى عدم ترتّب الملك عليها غير مقتضى المنع عن سائر التصرّفات في الموهوب، بعد كون هذه الهبة مفيدة لإباحة التصرّفات كما هو مذهب القائلين بإفادة المعاطاة الإباحة، نعم يمنع التصرّف المتوقّف على الملك.

### المقام الثاني: مختار الشيخ الأنصاري في المسألة

بعد أن انتهى الشيخ الأعظم قدّس سرّه من بيان اعتراضه على عبارة المحقّق الكركي في جامع المقاصد، شرع في عرض رأيه ومختاره في المسألة، فذهب إلى أنّ الأظهر جريان المعاطاة في البيع وفي غيره من العقود كالإجارة والهبة ونحوها، وذلك لوجهين:

#### الوجه الأوّل: وحدة المناط

عرفنا فيما سبق أنّ المناط في صحّة جريان المعاطاة في البيع إنّما هو قابليّة الفعل فيها لإنشاء البيع حقيقة بمعنى تمليك عين بمال، كإنشائه بالصيغة اللفظيّة، فيكون الإعطاء والأخذ بقصد التمليك مصداقاً من مصاديق البيع العرفي، وهذا المناط بنفسه موجود في الإجارة والهبة، إذ المقصود من الإعطاء والأخذ فيهما هو

التمليك، فإن إقباض العين في الإجارة كالدَّار مثلاً تمليك لمنفعتيها بعوض، وإقباض العين في الهبة تمليكها للمتَّهب، لذا يتعدَّى في الحكم بالصحة من البيع إلى الإجارة والهبة من باب وحدة المناط.

بعبارة أخرى: إنَّ الفعل لا يخلو إمَّا أن يكون صالحاً لإنشاء التمليك، فلا يفرِّق فيه حينئذ بين البيع والإجارة والهبة؛ لاشتراك الجميع في جامع التمليك، أو لا يكون الفعل صالحاً لإنشاء فحينئذ يلزم منع جريان المعاطاة في البيع وفي غيره أيضاً؛ لقصور الفعل عن تأدية المطلوب، وبما أنَّه ثبت من خلال الأدلَّة أنَّ الفعل في باب البيع يصلح لإنشاء، لزم القول بجريان المعاطاة كذلك في الهبة والإجارة أيضاً<sup>(١)</sup>.

### الوجه الثاني: الإجماع المركَّب

يمكن التمسك بالإجماع المركَّب الذي هو دليل تعبدي لإثبات جريان المعاطاة في جميع العناوين الاعتبارية من العقود والإيقاعات كالرهن والوصية والوديعة والوكالة وغيرها إلَّا ما خرج بدليل كالنكاح والطلاق والنذر، بيان: أنَّ الفقهاء لم يفصلوا في جريان المعاطاة بين البيع وغيره، فكلُّ من قال بجريان المعاطاة في البيع قال به في غيره، وكلُّ من قال بعدم جريان المعاطاة في البيع قال بعدمه في غيره، فالمثبت لجريان المعاطاة في البيع والنافي له فيه يتفقان على عدم الفرق بين البيع وسائر العقود في جريان المعاطاة، وهذا هو القول بعدم الفصل الذي يرجع لبَّه إلى الإجماع المركَّب من المثبت والنافي على جريان المعاطاة في جميع العقود، وعليه فالقاعدة تقتضي حصول المعاملة بكلِّ من القول والفعل في جميع العقود والإيقاعات<sup>(٢)</sup>.

(١) يلاحظ أنَّ هذا الوجه الأوَّل يختص بتعدية الحكم بصحة المعاطاة من البيع إلى خصوص الإجارة والهبة، والتعدي إلى غيرها من العقود يكون من خلال الوجه الثاني.

(٢) للشيخ الوحيد الخراساني كلام في جريان المعاطاة في الإجارة، حيث يذهب إلى أنَّ الإجارة إن كانت في الأعيان فجريان المعاطاة فيها على وفق القاعدة، وأمَّا إن كانت في الأعمال فجريان



ونبه الشيخ الأعظم قدّس سرّه إلى أنّ تعميم جريان المعاطاة إلى جميع العقود بالإجماع المركّب والقول بعدم الفصل يظهر من كلام محكي<sup>(١)</sup> للعلامة قدّس سرّه في رهن (التذكرة) حيث قال: «والخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والإيجاب عليه المذكورة في البيع بجملته آت هاهنا»<sup>(٢)</sup>، فهذه العبارة وإن كان مفادها أنّ الخلاف المذكور في باب البيع من الاكتفاء بالمعاطاة فيه أم لا جارٍ في الرهن أيضاً، إلّا أنّها ظاهرة في عدم الفرق بين البيع وغيره في جريان المعاطاة وعدم جريانها، فكلّ من قال بالجريان في البيع قال به في غيره أيضاً، وهذا هو القول بعدم الفصل بين البيع وغيره من العقود المستفاد من الإجماع المركّب من النفي العام والإثبات العام.

### إشكال المحقق الكركي في الرهن المعاطاتي

ثبت ممّا تقدّم أنّ التعدي في جريان المعاطاة من البيع إلى سائر العقود إنّما تمّ من خلال الإجماع المركّب والقول بعدم الفصل بين البيع وغيره من العقود في صحّة الإنشاء بالفعل، كما ظهر ذلك من عبارة العلامة قدّس سرّه في باب الرهن من التذكرة، والذي عدّى فيه الحكم من البيع إلى الرهن للإجماع التعبدي المركّب. لكن استشكل المحقق الكركي قدّس سرّه في تحقّق الإجماع على اتّحاد حكم البيع والرهن بقوله في جامع المقاصد: «ويشكل بأنّ باب البيع ثبت فيه حكم

---

المعاطاة فيها محلّ إشكال، لأنّ إجارة الأعمال لا تتمّ إلّا بتمليك العمل من قبل المستأجر للأجير بالإنشاء اللفظي أو بالفعل، لكن فعل العمل إنّما يكون بانقضاء العمل، وبعد انقضاء العمل لا معنى لتمليكه، اللهمّ إلّا أن يقوم المؤجّر بدفع الأجرة إلى المستأجر أوّلاً فيتحقّق القبول المتقدّم، ثمّ يقوم المستأجر بالعمل وفاءً بالإجارة. (راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٥٢٢).

(١) الحاكي هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ١٥ ص ٢٢٧.

(٢) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، ج ١٣ ص ٩١.

المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا»<sup>(١)</sup>.

وذكر الشيخ الأعظم قدس سره أن إشكال المحقق هنا لعله يرجع إلى أن الإجماع إنما هو قائم على جريان المعاطاة في خصوص البيع، وأمّا في الرهن فلم يثبت الإجماع فيه.

بيان ذلك: إنَّ المعاطاة كي يصحَّ جريانها في الرهن لابدَّ فيه من وجود المقتضي للجريان وعدم وجود المانع منه.

أمّا المقتضي فالظاهر أنه موجود وهو الإطلاق في بعض أدلة الرهن، كخبر عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم في الحيوان والطعام، ويرتهن الرجل بماله رهناً؟ قال: نعم استوثق من مالك»<sup>(٢)</sup>، فالإمام عليه السلام جَوَّز أخذ الوثيقة على المبيع سليماً، ويظهر أن الإمام كان في مقام البيان، فيكون الإطلاق في كلامه شاملاً لكل من الرهن اللفظي والفعلي.

والإشكال إنما هو في وجود المانع، إذ إنَّ الرهن فيه خصوصية تمنع من إنشائه بالفعل دون اللفظ، حاصل هذه الخصوصية: أنَّ المعاطاة كما عرفنا إمّا أن تكون مفيدة للإباحة أو للملك الجائز، والأوّل غير متصور في الرهن، وذلك لأنَّ الغرض من الرهن إنما هو استيثاق الدين، أي: أن يكون الرهن وثيقة للدين المقتضي لعدم جواز تصرف الراهن فيه، ومن الواضح أنَّ هذا الغرض لا يتم مع فرض الإباحة، إذ للمبيع حينها استرداد ماله من المباح له في أيّ وقت شاء، فيكون هذا منافياً لحقيقة الاستيثاق المقوم لماهية الرهن.

وأمّا الثاني - أي: الملك الجائز بمعنى جعل الرهن عقداً جائزاً مفيداً للملكية

(١) جامع المقاصد، المحقق الكركي، ج ٥ ص ٤٥.

(٢) وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٨ ص ٣٧٩، كتاب الرهن باب جواز الارتهان على الحقّ الثابت.

الجائزة - فكذاك غير متصوّر في المقام، لأنّ الجواز أيضاً ينافي استيثاق الدين في الرهن، إذ يمكن للراهن صاحب العين المرهونة على هذا الفرض استرجاع تلك العين في أيّ وقت شاء، وهذا كما ترى منافٍ للاستيثاق المقوّم لماهيّة الرهن، خصوصاً مع ملاحظة أنّ الرهن لا يتصوّر رجوع المعاطاة فيها إن قلنا بإفادتها الجواز من حكم الجواز إلى حكم اللزوم بسبب طرؤ الملزم، كتلف إحدى العينين، كما يمكن تصوّر ذلك في البيع المعاطاتي، حيث ينقلب الجواز فيه إلى اللزوم مع طرؤ ملزم من ملزمات المعاطاة عليه.

بعبارة أخرى: إنّ الالتزام بالملك الجائز في البيع المعاطاتي أخفّ مؤونة منه في باب الرهن، وذلك لأنّ الجواز في معاطاة البيع ينقلب إلى اللزوم عند طرؤ الملزم، كتلف إحدى العينين، بينما في الرهن لا يحصل ذلك، إذ لو تلفت العين المرهونة لم يبقَ شيء حتّى يكون وثيقة للدين، فلا يتصوّر جريان ملزمات المعاطاة فيها<sup>(١)</sup>.

فإن قيل: يمكن أن نجعل المعاطاة في الرهن لأجل الخصوصية فيها مفيدة للزوم من أول الأمر، فلا نحتاج لأجل لزومها إلى طرؤ الملزم، ولا يرد عليها ما تقدّم من المحذور، لأنّ اللزوم سيحافظ على الوثوق المعتبر في الرهن. قلنا: إنّ ما ذكر وإن كان يدفع المحذور المتقدّم، إلّا أنّه مخالف للإجماع المنعقد على توقّف العقود اللازمة على اللفظ.

والحاصل: أنّ المعاطاة في الرهن غير متصوّرة مهما كان حكمها، إذ بناءً على الإباحة أو الملك الجائز لن يتحقّق الرهن لتقوّمه بالاستيثاق الذي ينافيه الحكم

---

(١) ذكر الميرزا الإيرواني أنّ عدم معقوليّة الجواز في الرهن بنفسه يمكن جعله دليلاً على اللزوم، لأنّ المعاطاة في الرهن إنّما تفيد أصل الارتهان وأمّا اللزوم فهو يأتي باقتضاء من الرهن لا من المعاطاة، وكذا الأمر في الوقف، إذ المعاطاة فيه تفيد أصل الوقف، أمّا اللزوم فيأتي من حكم الشارع بعدم جواز الأكل من الصدقة، وأنّ الراجع في صدقته كالراجع في قيئه. (راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٣).

بالجواز، وبناءً على اللزوم ستكون المعاطاة فيه منافية لما أطبق عليه الأصحاب من توقّف العقود اللازمة على الصيغة اللفظية.

ثم ذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه أنّ هذا الذي بيّناه من عدم معقولية المعاطاة في الرهن كأنّه هو الذي دعا المحقّق الكركي قدّس سرّه للتفصيل في جريان المعاطاة بين الإجارة والهبة والقرض<sup>(١)</sup> وبين الرهن، حيث حكم بجريانها في الثلاثة دون الأخير، وذلك لأنّ الملك الجائر في الثلاثة أمر متصوّر لأجل صيرورة الجواز لزوماً عند طرؤ الملزم، بخلاف الرهن الذي يمتنع الجواز فيه من أوّل الأمر لكونه منافياً للاستيثاق المقوم لماهيته، كما يمتنع فيه اللزوم لمنافاته للإجماع على توقّف العقود اللازمة على اللفظ.

### استدراك للشيخ الأنصاري

ثبت إذن أنّ الرهن وإن كان المقتضي لجريان المعاطاة فيه تامّ وهو إطلاق بعض أدلّته، إلّا أنّ المانع من الجريان والصحة موجود، لكن يمكن أن يقال بجريان المعاطاة في الرهن مع إفادتها للزوم عن طريق أحد أمرين ينتفي بهما المانع: الأمر الأوّل: عدم المبالاة والاهتمام بمخالفة ما هو المشهور بل المتفق عليه بين الفقهاء من توقّف العقود اللازمة على اللفظ<sup>(٢)</sup>.

(١) تقدّم كلام المحقّق الكركي قدّس سرّه في الإجارة والهبة، وأمّا في القرض فقد قال في جامع المقاصد: «ظاهر عباراتهم: أنّه لا بدّ من الإيجاب القولي.. ويرد عليه: أنّه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة، التي هي عبارة عن الأخذ والإعطاء، فإن اكتفى في العقد اللازم بالإيجاب والقبول الفعليين، فحقّه أن يكتفي بهما هنا بطريق أولى». (جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٥ ص ٢٠).

(٢) ذكر الآخوند الخراساني أنّ مخالفة القاعدة المجمع عليها من توقّف العقود اللازمة على اللفظ، لا يعني دائماً عدم المبالاة بالمخالفة، إذ إنّ هذه القاعدة لا يمكن الخروج عنها إلّا

الأمر الثاني: حمل العقود اللازمة في معقد الإجماع التي لا تصحّ إلّا باللفظ على خصوص العقود اللازمة من الطرفين ولا تشمل العقود التي يكون للزوم فيها من طرف واحد كما في الرهن، فلا مانع حينها من جريان المعاطاة في الرهن. هذا ما ذكره الشيخ الأعظم في هذا الاستدراك، لكن قد يقال: إنّ الشيخ في المقام يرى عدم جريان المعاطاة في الرهن كما يظهر ذلك من قوله: «ولأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع جريان المعاطاة في الوقف»، كما أنّه ملتزم بما أجمع عليه الفقهاء من توقّف العقود اللازمة على اللفظ، والذي لأجله حكم في البيع المعاطاتي بالملك الجائز رغم قوّة الأدلّة على إفادتها للزوم، فما معنى ذكره لهذا الاستدراك الذي أناطه بأمور افتراضية لم يرتّب عليها أثراً ولم يناقش فيها ولو بالتأمل؟

الظاهر أنّ هذا الاستدراك الذي ذكره الشيخ الأعظم هنا إنّما هو ناظر إلى المحقّق الكرّكي وما ذكره من التفريق بين العقود الثلاثة من الإجارة والرهن والقرض وبين الرهن بجريان المعاطاة في الثلاثة دون الأخير، فهذا الاستدراك مستبطن لإشكال على المحقّق الكرّكي قدّس سرّه بل هو أقرب إلى التعريض، فكأنّ الشيخ الأعظم يريد أن يقول للمحقّق الكرّكي أنّ ديدنك أيّها المحقّق هو عدم الاهتمام باتّفاقات الفقهاء وما اشتهرت كلماتهم عليه، وهذا رأينا واضحا في تعاملك مع مسألة البيع المعاطاتي، حيث لم تبالِ هناك بما اشتهر بين الفقهاء من إفادة المعاطاة في البيع الإباحة المجردة، فلماذا اهتمت هنا باتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على الصيغة اللفظية؟ ولماذا لم تؤوّل اتّفاقهم هذا بكون مقصودهم خصوص العقود اللازمة من الطرفين لكي تدخل الرهن في المعاطاة الصحيحة، كما فعلت في البيع المعاطاتي عندما أوّلت الإباحة في كلماتهم بالملك المتزلزل؟ بل

---

بدليل، والسيرة في خصوص الرهن دليل، فهنا حصلت مخالفة لكن مع المبالاة بمخالفة المشهور أو المتفق عليه. (راجع: حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٤٤).

التأويل هنا أولى! ففي البيع لم يصرح أحد أن مقصوده من الإباحة هو الملك المتزلزل، أمّا هنا فجملة من الفقهاء جوّزوا إنشاء الرهن بلفظ الأمر وبالجملة الخبريّة، كما فعل ذلك الشهيد الأوّل قدّس سرّه حيث قال في الدروس: «وإيجابه: رهنّت، ووثقت، وهذا رهنّ عندك أو وثيقة، والقبول: قبلت أو ارتهنت وشبهه.. ولو قال: خذه على مالك أو بمالك فهو رهن، ولو قال أمسكه حتّى أعطيك مالك وأراد الرهن جاز»<sup>(١)</sup>، فكلام الشهيد هنا صريح في صحّة إنشاء الرهن بصيغة الأمر وبالجملة الخبريّة، رغم أنّه من العقود اللازمة، فيُفهم منه أن إجماع الفقهاء على اعتبار اللفظ في العقود اللازمة إنّما هو مختصّ بالعقود التي يكون اللزوم فيها من الطرفين كما في البيع والإجارة حيث لا بدّ أن ينشأ بالفعل الماضي بالخصوص، أمّا ما كان اللزوم فيه من طرف واحد كالرهن فلا يعتبر فيه اللفظ.

هذا تمام ما أفاده الشيخ الأعظم في هذا الاستدراك، ويلاحظ - كما ذكرنا - أنّه قدّس سرّه لم يرتّب عليه أيّ أثر فيما ذهب إليه من رأي بعدم صحّة المعاطاة في الرهن، إذ المعاطاة عنده مفيدة للملك الجائر، وهو لا يُتصوّر في الرهن؛ لمنافاته للاستيثاق الذي تتقوّم به ماهيّة الرهن.

### اعتراض السيّد الخوئي على عدم جريان المعاطاة في الرهن

خالف السيّد الخوئي قدّس سرّه الشيخ الأعظم قدّس سرّه في هذه المسألة، فهو يرى صحّة جريان المعاطاة في الرهن، وإفادتها للزوم من أوّل الأمر، وذلك لأنّ أساس المنع من جريان المعاطاة في الرهن هو أنّها إن كانت مفيدة للزوم يكون ذلك مخالفاً للإجماع المنقول القائم على عدم إفادة المعاطاة للزوم، ومخالفة هذا الإجماع لا يخلو من جرأة، وإن كانت مفيدة للجواز فسوف تتنافى مع حقيقة الرهن، لأنّه عبارة عن وثيقة لدى المرتهن يطمئنّ به قلبه ويمكنه منه استيفاء دينه

(١) الدروس الشرعيّة في فقه الإماميّة، الشهيد الأوّل، ج ٣ ص ٣٨٣.

لو أنكره الدائن أو أفلس، ولكن لا يخفى ما فيه:

أولاً: إنّ أصل الإجماع على اشتراط اللفظ في العقود اللازمة لا أساس له، إذ إنّ ظاهر أغلب كلمات المجمعين التي نقلها الشيخ الأعظم قدّس سرّه في أوائل بحث المعاطاة بل صريحها في أنّ العقد لو خلا من اللفظ فهو مفيد للإباحة كما هو رأي الأكثر أو مفيد للملك الجائز كما هو رأي المحقّق الثاني، وليس معقد الإجماع في كلماتهم أنّ ما ليس فيه لفظ من العقود والإيقاعات لا يكون لازماً.

ثانياً: إنّ الإجماع المنقول المذكور ليس بحجّة ولا يصلح كدليل على إثبات الحكم الشرعي، لكونه غير كاشف عن رأي المعصوم عليه السلام ظناً فضلاً عن القطع، فلا مانع من مخالفته والالتزام بلزوم المعاطاة.

ثالثاً: لو سلّمنا وقلنا بحجّة هذا الإجماع، إلّا أنّه دليل لبي لا يؤخذ منه إلّا بالمقدار المتيقّن، وهو العقود التي تتّصف باللزوم تارة وبالجواز تارة أخرى حيث لا يكون الجواز منافياً لماهيّتها، وأمّا العقود التي هي لازمة في ذاتها كالرهن فهي خارجة تخصّصاً عن معقد الإجماع، ولا أقلّ من الشكّ في ذلك.

وعليه، فلا بأس بجريان المعاطاة في الرهن وإفادته للزوم من أوّل الأمر؛ لعدم الاطمئنان بدخوله في معقد الإجماع المذكور<sup>(١)</sup>.

وتبع السيّد الميلاني قدّس سرّه السيّد الخوئي في هذا الحكم حيث قال بعد تعليقه على ما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه من سبب عدم جريان المعاطاة في الرهن بأنّه كلام متين جداً: «لكن لنا أن نقول: المعاطاة تفيد الملكيّة، ونسلّم بأنّها الملكيّة الجائزة، لكن هذا الجواز إنّما جاء من ناحية الإجماع، وإلّا فمقتضى القاعدة

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢١٨-٢١٩. والتنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٥٦-١٥٧.

هو اللزوم. وعلى هذا، فكل عقد أمكن فيه الجواز واللزوم كان الإجماع مانعاً فيه عن اللزوم، وكل عقد لا يتحقق فيه حقيقة العقد إلا باللزوم، فهو خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، والرهن بعد شمول العمومات له من هذا القبيل، فالمعاطاة جارية فيه وهي معاملة لازمة<sup>(١)</sup>.

ولعل أستاذنا السيّد الخوئي قد استفاد هذا الحكم مما ذكره أستاذنا أساتذته المحقّق الأخوند قدّس سرّه في حاشيته بقوله: «وقضيّة الإطباق على توقّف العقود اللازمة على اللفظ - لو سلّم - فهو إنّما إذا كان اللزوم من عوارض العقد، وجاز تبادلته مع الجواز، لا ما إذا كان اللزوم من مقتضيات ذاته وحقيقته كما في الرهن»<sup>(٢)</sup>.

### جريان المعاطاة في الوقف

بعد أن وافق الشيخ الأعظم المحقّق الكركيّ في عدم جريان المعاطاة في الرهن، وامتناع الحكم باللزوم والجواز فيه، ذكر قدّس سرّه أنّ المعاطاة غير جارية في الوقف أيضاً<sup>(٣)</sup>، فلا يكفي فيه مجرد الإقباض، وذلك للسبب نفسه المذكور في

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٣٦.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الأخوند الخراساني، ص ٤٤.

(٣) لكن جريان المعاطاة في الوقف ممّا لا يمكن إنكاره؛ لقيام السيرة عليه. قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: «إنّ صدقة.. [الوقف] على إنشائه بالفعل لا شبهة فيه، والسيرة قائمة عليه أيضاً، كما هو المشاهد في بناء المشاهد والمساجد والقناطر والمدارس والخانات، وما يتعلّق بالمساجد والمشاهد من الفرش والسرّج والقناديل والمعلّقات إلى غير ذلك ممّا لا تعدّ ولا تحصى، وإنكار السيرة مكابرة، ودعوى عدم المبالاة فيها أو عدم استمرارها إلى زمان المعصوم فاسدة، مع ما هو المعلوم من حال مسجد الحرام وأستار الكعبة وزيتها ومسجد النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم وما يتعلّق به ممّا لا يكاد يشكّ عاقل في عدم إجراء الصيغة في شيء منها، ولا ردع عنها، والاكتفاء بالردع من الصدر الأوّل إلى زماننا بالإجماع المتعبّد من فتاوى أرباب الكتب لا يتفوّه به فقيه، وكشفه عن وجود رادع من قبل، مع عموم البلوى



الرهن، لأنَّ حكم المعاطاة في الوقف على فرض جريانها يدور بين اللزوم والجواز وكلاهما ممنوع فيه، أمّا اللزوم فقد أصبح واضحاً، إذ إنّه منافٍ لما اشتهر بين الأصحاب من توقّف العقود اللازمة على اللفظ وعدم كفاية المعاطاة فيها، وأمّا الجواز فهو غير معروف في الشريعة ولم يثبت جواز الوقف من الشارع، بل الجواز غير متصوّر في الوقف لكونه منافياً لحقيقته وماهيّته، إذ الوقف عبارة عن تحبّيس للملك على الدوام وتسبيل الثمرة لله تعالى، وما كان لله فلا رجعة فيه، وهذا لا يجتمع مع الحكم بالجواز المقتضي لصحّة الرجوع في الوقف وإعادة الملك.

هذا ولكنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه أمر بالتأمّل هنا، ولعلّه إشارة إلى أنّ عدم معروفيّة الجواز في الوقف إنّما هو في خصوص الوقف بالصيغة أمّا الوقف المعاطاتي فلم يشتهر فيه ذلك.

أو لعلّه إشارة إلى أنّه لا مانع من الالتزام بجواز الوقف، إذ لو كان الجواز منافياً لماهيّة الوقف لما جاز اشتراط الرجوع فيه، لكنّه بعيدٌ إذ الظاهر من الجواز الذي نفى الشيخ معروفيّته هو الجواز الذاتي للوقف لا الجواز العرضي الناشئ من أمرٍ خارجيّ. ولعلّه إشارة إلى أنّه لا مانع من الالتزام بالجواز في الوقف بعد وجود المقتضي على المشروعيّة، إذ المانع إنّما يمنع عن اللزوم لا عن المشروعيّة.

ولعلّ وجهه أنّ عدم معروفيّة الجواز غير ضائر، إذ لا يوجد هناك دليل على أنّ اللزوم مأخوذ في مفهوم الوقف، بل يظهر من بعض الفقهاء جعل القبض شرطاً في لزوم الوقف، وهذا معناه أنّه جائز بعد العقد وقبل القبض.

ولذا قال السيّد اليزدي قدّس سرّه: «إنّ مجرد عدم معروفيّة الجواز فيه غير مانع، ولا يكون دليلاً على كون بنائه شرعاً على اللزوم، بأن يكون من لوازمه هذا،

---

والعناية التامة بنقله لو كان ممّا لا ينبغي الالتزام به من أحد، فلا ينبغي المنع من جريان المعاطاة في الوقف». (حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٨٩).

مع أنّ القبض عند بعضهم شرط في اللزوم، فيكون الوقف قبله صحيحاً جائزاً<sup>(١)</sup>.  
وذكر بعض المحققين<sup>(٢)</sup> أنّ التأمل هنا لعلّه إشارة إلى أحد أمور ثلاثة:

الأول: المنع عن عدم معروفة الجواز في الوقف؛ لما سيأتي في عبارة الذكرى  
في وقف المساجد، بل وللسيرة القطعية في وقف الآبار والأنهار والقناطر والمقابر  
والمنابر وسائر الأوقاف العامة دون الخاصة بنوع أو صنف.

الثاني: أنّ عدم معروفة الجواز لعلّه من جهة أنّ الوقف يلزم بمجرد الإعطاء  
والتصرّف الوقفي بنية القربة الملزمة للصدقات، أو للإعراض المخرج عن الملكية.  
الثالث: أنّ عدم معروفة الجواز لا يمنع من جوازه بالأصل.

ثم إنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه استدرك على المنع من جريان المعاطاة في  
الوقف بإمكان جريانها في وقف المساجد كما احتمل ذلك بعض الفقهاء، فإذا  
أذن المالك للناس الصلاة في ملكه، أو صلّى هو في أرض بقصد المسجدية كفى  
ذلك في تحقّق الوقف للمسجد ولا يحتاج إلى إجراء صيغة الوقف.

قال الشيخ الطوسي قدّس سرّه في المبسوط: «وإذا بنى مسجداً خارج داره  
في ملكه فإن نوى به أن يكون مسجداً يصلّي فيه كلّ من أراد زال ملكه عنه، وإن  
لم ينو ذلك فملكه باقٍ عليه سواء صلّى فيه أو لم يصلّ»<sup>(٣)</sup>.

وقال الشهيد الأوّل قدّس سرّه في الذكرى: «إنّما تصير البقعة مسجداً بالوقف،  
إنّما بصيغة (وقفت) وشبهها، وإنّما بقوله: (جعلته مسجداً) ويأذن في الصلاة فيه، فإذا  
صلّى فيه واحد تمّ الوقف.. نعم، لو أذن للناس بالصلاة فيه بنية المسجدية ثمّ صلّوا

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩٣. وراجع:

كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ١١٤.

(٢) راجع: التعليقة على المكاسب، السيّد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٨٤-٣٨٥.

(٣) المبسوط في فقه الإمامية، الشيخ الطوسي، ج ١ ص ١٦٢.

أمكن صيرورته مسجداً، لأنَّ معظم المساجد في الإسلام على هذه الصورة»<sup>(١)</sup>.  
ثم نقل الشهيد كلام الشيخ الطوسي قدّس سرّه من المبسوط وعلّق عليه  
قائلاً: «فظاهره الاكتفاء بالنية، وأولى منه إذا صلّى فيه، وليس في كلامه دلالة على  
التلفّظ، ولعلّه الأقرب»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن إدريس قدّس سرّه: «فإن وقفه باللفظ والنية فلا يجوز له شيء من  
ذلك، وإذا بنى خارج داره في ملكه مسجداً فإن وقفه ونوى القرية وصلّى فيه  
الناس ودخلوه، زال ملكه عنه، وإن لم ينو ذلك فملكه باقٍ بحاله»<sup>(٣)</sup>.

وقال صاحب الجواهر قدّس سرّه بعد أن قوى اعتبار الصيغة في الوقف:  
«إلاَّ أنّه مع ذلك فالانصاف أنّ النصوص غير خالية عن الإيحاء إلى الاكتفاء  
بالبناء ونحوه مع نية المسجدية من غير حاجة إلى صيغة خاصّة، خصوصاً ما ورد  
منها في تسوية المساجد بالأحجار في البراري والطرق»<sup>(٤)</sup>.

في نهاية البحث نبّه الشيخ الأعظم قدّس سرّه إلى أنّ المعاطاة لو قلنا بجريانها  
في غير البيع، فباعتبار أنّ حكمها هو حكم المعاطاة البيعية، وهو الملك الجائز على  
المختار أو الإباحة على المشهور، فهي لا تلزم إلا عند طرؤ الملزم، وملزمات  
المعاطاة في البيع - والتي سيذكرها الشيخ الأعظم مفصّلاً في التنبيه السادس  
الآتي - هي نفسها ستكون ملزمات المعاطاة في العقود الأخرى<sup>(٥)</sup>.

(١) ذكرى الشيعة، الشهيد الأوّل، ج ٣ ص ١٣٣.

(٢) المصدر نفسه، ج ٣ ص ١٣٣.

(٣) السرائر، ابن إدريس الحلّي، ج ١ ص ٢٨٠.

(٤) جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، ج ١٤ ص ٧٠.

(٥) لا يخفى أنّ هذا لا يعني أنّ جميع الملزمات تجري في جميع العقود، فتلف العين الذي هو  
أحد الملزمات كما سيأتي لا يعقل تصوّره ملزماً في الرهن مثلاً؛ لكون تلف العين المرهونة  
مبطل للاستيثاق الذي به قوام الرهن.

### إشكالية اتحاد الشرط والمشروط

ذكر المحقق الأصفهاني قدس سره إشكالاً على جريان المعاطاة في القرض ثم عمّمه إلى الرهن والوقف بل وإلى غيرهما ممّا يكون القبض فيه شرطاً للصحة، حاصله: أنّ العقد الذي يعتبر فيه القبض كشرط للصحة لا يمكن جريان المعاطاة فيه؛ للزوم اتحاد المقتضي والشرط، إذ المعاطاة إنّما تحصل بالقبض، والمفروض أنّ القبض شرط للصحة، فيلزم من ذلك تحقّق الشرط والمشروط بوجود واحد، وهذا غير معقول لأنّه يلزم اجتماع الضدّين، إذ الشرط إمّا أن يكون متممّاً لفاعلية الفاعل أو يكون متممّاً لقابلية القابل، فلا بدّ أن يكون لكلّ من المقتضي والشرط تبعاً لذلك وجود مستقلّ مغاير لوجود الآخر، حيث تتحقّق أولاً القابلية، ثمّ بواسطة الشرط تصل هذه القابلية إلى الفعلية، هذا أولاً. وثانياً: يلزم منه تقدّم الشيء الواحد وتأخّره في الوقت نفسه، فالقبض من حيث كونه مقتضياً يكون متقدّماً رتبة، ومن حيث كونه شرطاً يكون متأخراً كذلك، وهذا غير معقول.

قال قدس سره: «إنّ المعاطاة في القرض إن كانت بنفس القبض، مع أنّ القبض شرط للصحة يلزمه اتحاد الشرط والمشروط وهو محال، إذ الشيء لا يعقل أن يكون نفسه مصحّحاً لفاعلية نفسه أو متممّاً لقابلية نفسه؛ لعدم الاثنيّة بين الشيء ونفسه، ففرض عدم تمامية الفاعلية والقابلية في حدّ ذاته ينافي فرض تماميته بنفس ذاته.. (و) إنّ الإشكال جارٍ في الرهن والوقف بناءً على شرطية القبض للصحة»<sup>(١)</sup>.

وأجيب عن هذا الإشكال:

أولاً: ما ذكره المحقق الأصفهاني قدس سره نفسه كجواب من أنّ الفعل

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٩١.

الخارجي الخاص له حيثيتان، الأولى حيثية الصدور من الراهن مثلاً، فيحصل بهذا الاعتبار إقباض، والثانية حيثية المساس بالمرتهن القابض، فيحصل بهذا الاعتبار قبض، نظير الإعطاء والأخذ في البيع المعاطاتي، فلا مانع من كون أحد الفعلين بمنزلة المقتضي والآخر بمنزلة الشرط، كما كان الإعطاء والأخذ في البيع المعاطاتي فعلين حقيقة كل منهما قائم بطرف<sup>(١)</sup>.

ثانياً: ما ذكره السيّد الخوئي في جواب الإشكال من النقض والحلّ، أمّا النقض فبالهبة، إذ إنّ القبض شرط في حصول الملك بها باتّفاق الأصحاب، ولازم ما ذكر في الإشكال عدم جريان المعاطاة فيها رغم أنّه لا شكّ في جريانها فيها لقيام السيرة على ذلك، كما يمكن النقض أيضاً بالصرف والسلم حيث يشترط فيهما القبض مع أن لا كلام في جريان المعاطاة فيهما.

وأما الحلّ فهو أنّ الشرط في الأحكام الشرعيّة ليس المقصود منه الشرط الفلسفي في الأمور التكوينيّة الذي يوجب تتميم فاعليّة الفاعل وقابليّة القابل، بل المقصود منه أخذ شيء قيداً في متعلّق الحكم أو موضوعه، وتضييق دائرة المتعلّق أو الموضوع، فالمقصود من أنّ الطهارة شرط في الصلاة هو أنّ الأمر قد تعلّق بالصلاة مع الطهارة، لا أنّ لها مدخليّة في الصلاة.

إذن فالتعبير بالسبب أو الشرط على موضوع الحكم هو اصطلاح عند الفقهاء، والحقيقة أنّه لا سببيّة ولا شرطيّة في البين، بل الحكم مجعول على نحو القضية الحقيقيّة على الموضوع المقدّر وجوده بخصوصيّات معتبرة فيه.

وفي ما نحن فيه الشارع قد اعتبر في القرض مثلاً أمرين، الأوّل: إبراز القصد النفساني بما يصلح أن يكون مبرزاً في الخارج، والثاني: القبض، ولا مانع عقليّ من أن يوجد المكلف كلا الأمرين بفعل واحد، وبالتالي لا مانع من جريان

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٩٢.

المعاطاة في القرض ونحوه مما يشترط فيه القبض<sup>(١)</sup>.

يظهر من أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني بعد أن ردّ جواب السيّد الخوئي قدّس سرّه بقوله: «إنّه يكفي في استحالة الاتحاد كون الشيء موضوعاً والآخر قيداً له، ضرورة لزوم تعدّد القيد والمقيّد وجوداً، لأنّ المقيّد هو الخارج عن دائرة الموضوع، والتقيّد به داخل في الموضوع، ويعدّ جزءاً كالصلاة والطهارة، فالأوّل موضوع والثاني قيد، فالتقيّد بها جزءٌ من الصلاة لكنّ الطهارة خارجة عنها، وهكذا في المقام فلا يمكن اتّحاد القبض الذي يعدّ شرطاً للموضوع مع الموضوع المقيّد به في موضوع التملك على وجه الضمان (القرض)، أو في موضوع استيثاق العين لأجل الدين (الرهن)، أو موضوع حبس الأصل وإسبال الثمرة (الوقف)، فإنّ القبض الذي يتحقّق به الموضوع قيد خارج عن الموضوع والموضوع مقيّد به، ويلزم من القول باتّحادهما دخول القيد المعتبر فيه خروجه عن المقيّد في الموضوع وهو ممنوع<sup>(٢)</sup>، تسليمه<sup>(٣)</sup> بالإشكال، رغم النقض من اتّفاق الجميع على جريان المعاطاة في الهبة مع اشتراط تحقّقها بالقبض<sup>(٤)</sup>، نعم يمكن جعل المسألة مبنيّة، إذ بناءً على إنكار وجود المقتضي والشرط في الأمور الاعتباريّة الشرعيّة وأنّ الموجود ليس إلّا القيود في الموضوع - بغضّ النظر عن الإشكال المتقدّم على جواب السيّد الخوئي - يمكن تحقّق العنوان المشروط بالقبض بفعل القبض، وأمّا بناءً على وجود

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢١٧-٢١٨. والتنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٥٥-١٥٦.

(٢) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٥١٩.

(٣) فاعل «يظهر» الوارد في أوّل الفقرة.

(٤) راجع: العقد النضيد، ج ١ ص ٥١٩-٥٢٠.

المقتضي والشرط تكويناً بحسب دلالة الملاكات والمناطات، وأن التعابير الشرعية إنما هي حاكية عن هذه الملاكات، فحيثُ يرد الإشكال<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: ما ذكره السيّد الميلاني قدّس سرّه من أنّ الإشكال يرتفع بلحاظ تعدّد النسبة، إذ القبض والإقباض كالوجود والإيجاد فعل واحد في الخارج له نسبتان، النسبة الأولى بلحاظ الفاعل فيكون إقباضاً، والنسبة الأخرى بلحاظ الفعل فيكون قبضاً، ولا مانع من اجتماع النسبتين باللحاظين المذكورين، فلا يلزم حينها من تحقّق العقد بفعل القبض اجتماع للمقتضي والشرط<sup>(٢)</sup>.

وفيه: أنّ ما ذكر لا يدفع الإشكال، إذ إنّ الإعطاء يعتبر جزءاً من المقتضي، وجزؤه الآخر هو الأخذ، وبحثنا في المقام هو عن العقد الذي يتركّب من الإيجاب والقبول، فالإعطاء هو الإيجاب، والأخذ هو القبول، فالقبول متمم ومكمل للمقتضي، وفي نفس الوقت هو شرط أيضاً، فالإشكال ما زال قائماً<sup>(٣)</sup>.

رابعاً: ما ذكره السيّد الخميني من أنّ القبض والإقباض له حيثّتان، الأولى: المصدريّة، والثانية: الاسم مصدرية، فمن الحيثيّة الأولى يكون القبض والإقباض سبباً، ومن الحيثيّة الثانية يكون شرطاً، وبما أنّ الحيثيّتين مختلفتان لذا لا يلزم اتحاد الشرط والمشروط؛ قال قدّس سرّه: «إنّ الأخذ الخارجي واحد ذو حيثّتين؛ حيثيّة الأخذ بالمعنى المصدري، وهي متممة للمعاملة، وحيثيّة الحصول في اليد، وهي شرط الصحّة، ولا مانع من كون إحدى الحيثيّتين شرطاً لتأثير الأخرى؛ فإنّ الشرط في أمثال الموارد المذكورة ليس القبض بالمعنى المصدري، ولهذا لو كان الشيء بيد المرتهن مثلاً قبل عقد الرهن، ثمّ انعقد، يكون الشرط حاصلاً،

(١) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ٥١٧.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٣٣.

(٣) راجع: العقد النضيد، ج ١ ص ٥١٨.

فالشرط هو كون العين في يد المرتهن، ومعلوم أنّ الأخذ - بالمعنى المصدري - متقدّم على ما هو حاصل المصدر، والشرط - وهو الحصول في يد المرتهن - وإن كان متأخراً عن ذات الإقباض، لكن يصحّ أن يكون شرطاً لتأثيره، كما أنّ القبض شرط لصحة العقد المتقدّم وجوداً<sup>(١)</sup>.

وفيه: أنّ ما ذكره قدس سرّه لا يخلو من غموض، فإنّ بعض الأمور يكفي فيها التعدّد الاعتباري، وبعضها الآخر لا يكفي فيها ذلك، والمقتضي والشرط هما من القسم الثاني الذي تتوقّف الصحة فيه على التعدّد الواقعي الحقيقي التكويني في الخارج، فالمقتضي هو المؤثر والفاعل الناقص الذي يسدّ نقصه بالشرط المتمم لمؤثرية المقتضي، فلاجل أن يتحقّق ذلك لابدّ أن يتعدّدا في الخارج، كما في النار التي فيها اقتضاء الإحراق لكنّ الشرط الذي يتمّ به قابلية المقتضي هو جفاف المحلّ، أمّا المصدر واسم المصدر فهما أمران متعدّدان اعتباراً لكنّهما متّحدان واقعاً، ومع هذا الاتحاد يستحيل أن يكون أحدهما مقتضياً والآخر شرطاً متمماً لتأثير المقتضي، فيبقى الإشكال<sup>(٢)</sup>.

والحاصل من جميع ذلك: أنّ الإشكال إن أمكن دفعه بتعدّد اللحاظ فيها وإلاّ فهو مستحكم، والنقض بجريان المعاطاة في الهبة رغم اشتراط القبض فيها إن أمكن دفعه بأن يقال: إنّ «الاستدلال على كفاية الإنشاء الفعلي في الهدية بما ورد في الهدايا التي أرسلت إلى النبيّ والأئمة الطاهرين عليهم الصلاة والسلام فليس بذلك الوضوح، فإنّهم عليهم السلام أخذوها وتصرّفوا فيها تصرّف الملاك في أملاكهم لكنّ هذا لا يدلّ على انحصار إنشائها بالإرسال والإقباض حتّى يكون الفعل الواحد مقتضياً للملك وشرطاً فيه، لبقاء احتمال إنشائها

(١) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٧٠.

(٢) راجع: العقد النضيد، ج ١ ص ٥١٨.



بالكتابة أو بالصيغة الملحونة أو بتوكيل الرسول في إجراء الصيغة، ولعلّه لذا جزم شيخ الطائفة وابن إدريس قدّس سرّهما باعتبار الصيغة، وأنّ الهدية الفعلية لا تفيد إلاّ إباحة التصرف غير المتوقّف على الملك<sup>(١)</sup>، وإلاّ فهو نقض وارد ويكون جريان المعاطاة في الهبة ممّا يزيد الطين بلّة، اللهمّ إلاّ أن يقال أن لا دليل على انحصار إنشاء الهبة بالإقباض.

نعم «لو فرض ورود الإشكال المتقدّم، لا يلزم من ذلك بطلان المعاطاة في المعاملات المذكورة، وعدم جريانها فيها، بل لازمه أن يتعدّد الإعطاء والأخذ، فمرة لانعقاد العقد، ومرة أخرى لحصول القبض»<sup>(٢)</sup>.

### جريان المعاطاة في النكاح

ذكرنا في بداية الفصل عند البحث عن مفاد القاعدة الأولى لجريان المعاطاة في العقود أنّ الأمور الاعتبارية كالعقود والإيقاعات يمكن إنشاؤها بما يصلح أن يكون مبرزاً للاعتبار النفساني، سواء كان هذا المبرز لفظاً أم فعلاً، وعليه فالظاهر بمقتضى هذه القاعدة إمكان جريان المعاطاة في النكاح، بمعنى إنشاء العلقّة الزوجية بفعل يصلح لإبراز القصد عرفاً وشرعاً، فعلى سبيل المثال: لو أعطت المرأة لرجل خاتماً بقصد إنشاء الاعتبار، فتناوله الرجل منها ووضعها في إصبعه بالقصد المذكور، فالفعل الصادر منها مبرز عقلائي لعلقة الزوجية الاعتبارية وهو جائز شرعاً في حدّ نفسه، إذن فعلى مستوى الاقتضاء يمكن جريان المعاطاة في النكاح إلاّ أنّ الإشكال في وجود المانع، حيث اعتبر الشارع في صحّة النكاح اللفظ الخاصّ، فلا يكفي فيه الفعل.

هذا وذكر الميرزا النائيني وجهاً آخر للمنع من جريان المعاطاة في النكاح،

(١) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ١٧٥.

(٢) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٧١.

من أن النكاح والسفاح ضدّان، إذ الوطء قبل إيجاد علاقة الزوجيّة هو مصداق للزنا، فكيف يتحقّق به ضدّه وهو النكاح؟ قال قدّس سرّه: «ومن الثاني (أي: ما لا يصحّ إنشاؤه بالفعل شرعاً) النكاح، فإنّ الفعل فيه ملازم لصدّه وهو الزنا والسفاح، بل مصداق للصدّ حقيقة، فإنّ مقابل النكاح ليس إلّا الفعل المجرد عن الإنشاء القولي وعمّا جعله الشارع سبباً للحليّة»<sup>(١)</sup>.

لم يرتض السيّد الخميني ما أفاده الميرزا، فذكر أنّنا إذا رجعنا إلى العرف نرى أنّهم يرون الزنا والسفاح غير الزواج والنكاح، سواء كان باللفظ أم بالفعل، فلو تقول رجل وامرأة على الزواج وكانا عازمين عليه، ثمّ أنشأته المرأة بالذهاب مع جهازها إلى بيت الرجل، وقبل الرجل ذلك بفتح باب الدار لها ونقل جهازها إليه، تحقّقت الزوجيّة بينهما بنظر العرف والعقلاء ولكن معاطاة، وربّبت جميع أحكام الزوجيّة من جواز النظر والوطء ووجوب النفقة وما إلى ذلك<sup>(٢)</sup>.

كما أورد أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه على الميرزا النائيني ما حاصله: أولاً: إنّ ما ذكره قدّس سرّه أخصّ من المدّعى، لأنّ مفاده يقتضي عدم تحقّق النكاح بخصوص الوطء، ولا يقتضي عدم تحقّقه بسائر الأفعال من الإشارة أو الكتابة ونحوهما، مع أنّ المقصود من المعاطاة هو العقد الذي ينشأ بالفعل مطلقاً لا خصوص فعل معيّن.

ثانياً: إنّ ما ذكره قدّس سرّه لا ربط له بمقام البحث، إذ إنّ كون الفعل هنا ضدّاً للنكاح إنّما هو من ناحية أنّ الشارع قد اعتبر في النكاح مبرزاً خاصّاً وهو اللفظ ولم يعتبر غيره، بينما كلامنا هو مع قطع النظر عن ذلك، فالزوجيّة في حدّ

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث المحقّق الميرزا محمّد حسين النائيني، تقرير:

الشيخ موسى بن محمّد النجفي الخونساري، ج ١ ص ١٨٩.

(٢) راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٦٧-٢٦٨.

ذاتها مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزاً خاصاً قابلاً للإنشاء بالفعل، فيكون الفعل بنفسه مصداقاً للنكاح بالحمل الشائع.

وبعبارة أوضح: إنّ قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ﴾ (المؤمنون: ٦) ظاهر عرفاً في اختصاص حلّ الوطء بما إذا تأخر عن تحقق الزوجية، إلا أنّ هذا الحكم الشرعي ليس له ربط بمعقوليّة تحقق النكاح بالوطء.

والحاصل: أنّه لا فرق بين النكاح وغيره من العقود من حيث القاعدة، إلا أنّه دلّ الدليل من الإجماع وتسالم الأصحاب على اعتبار اللفظ فيه، وكذا من قوله عليه السلام في نكاح المتعة: «إذا قالت: نعم، فقد رضيت، وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها»<sup>(١)</sup>، فإنّ ظاهره اعتبار هذا اللفظ بالخصوص، ونحن إنّما رفعنا اليد عن الخصوصية؛ للقطع بعدم اعتبارها، إلا أنّ اللفظ لا وجه لنفي اعتباره<sup>(٢)</sup>.

هذا ويمكن المناقشة في ما أفاده قدّس سرّه في إشكاله الثاني بأنّ ما ذكره الميرزا النائيني ليس أمراً خارجاً عن مقام البحث، إذ إنّ الذي يظهر من عبارته المتقدمة أنّه في معرض بيان القاعدة الأوّليّة الشرعيّة التأسيسية أو الإيضائية في كفاية الوطء في مقام الإنشاء للتسبب إلى علاقة زوجية بناءً على انحصار آلة الإنشاء فيه.

ولذا قال أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني: «لم يكن البحث عن إمكان تحقق النكاح عقلاً بالفعل حتّى يرد الإشكال، وإنّما البحث عن القاعدة الأوّليّة المستفادة من الأدلّة والإطلاقات، أو التي نعبر عنها بالقواعد العرفيّة والشرعيّة، فلا بدّ من ملاحظة مقتضى هذه الأدلّة الشرعيّة ودلالاتها، وما صرح به المحقّق النائيني هو أنّ الشارع جعل اللفظ مائزاً بين النكاح الصحيح المشروع والفساد،

(١) وسائل الشيعة، ج ٢١ ص ٤٣، باب صيغة المتعة وما ينبغي فيها من الشروط.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢١٥. والتنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٥٣-١٥٤.

فلا يمكن تحقّقه بالفعل»<sup>(١)</sup>.

ثم إنّه ذكر في المقام مانعاً عقلياً من جريان المعاطاة في النكاح حاصله: أنّ الوطء المؤثّر في تحقّق الزوجيّة مشروط بالحليّة، إلّا أنّه من الواضح أنّ هذه الحليّة من مقتضيات الزوجيّة، فيؤدّي ذلك إلى توقّف حليّة الوطء على تأثيره، وتوقّف تأثيره على حليّته، وهذا دور.

أجاب المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه عن هذا الإشكال بعدّة أجوبة نكتفي بذكر ما عبّر عنه بأنّه أصحّ هذه الأجوبة وأمتنها، حاصله: أنّه لا كلام في اقتضاء الوطء للتأثير في الزوجيّة، لصحّة الإنشاء والتسبّب بالفعل ثبوتاً ووجوداً المقتضي إثباتاً، وإنّما الكلام في المانع عن الاشتراط، والمانع المتصوّر في المقام هو مبغوضيّة الوطء غير المقارن للزوجيّة، إذ السبب المبغوض لا يؤثّر، ومانعيّة المبغوضيّة هذه تتوقّف على كون المبغوضيّة فعليّة، والتي تتوقّف بدورها على فعليّة موضوعها، وهي بدورها على عدم تأثير الوطء، وما تتوقّف المانعيّة فيه على عدم تأثير السبب كيف يمكن له أن يكون مانعاً عن تأثير السبب، إذن فالوطء تامّ الاقتضاء، والمانع وهو المبغوضيّة غير تامّ الاقتضاء، واللاقتضاء لا يزاحم الاقتضاء.

وبعبارة أكثر وضوحاً: إنّ الوطء سبب لصحّة النكاح ومقتضٍ له، أمّا المانع وهو السبب المبغوض فيقال فيه أنّ السبب إنّما يكون مبغوضاً إذا كان مقارناً مع عدم الزوجيّة، وأمّا إن لم يكن مقارناً معه فلا مانع من حليّته وتحقّق الزوجيّة به. ثمّ يذكر المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه النتيجة التالية التي يصل إليها في جريان المعاطاة في النكاح وهي عدم وجود مانع، لا عقلي ولا غيره، من جريان المعاطاة فيه، لولا إجماع الأصحاب على عدم الصحّة<sup>(٢)</sup>.

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٥١٥.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٨٣-١٨٧.

لكن لا يخفى أنّنا وإن سلّمنا مع المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه أنّ مقتضي لصحّة المعاطاة في النكاح موجود وأنّ الإشكال إنّما هو في المانع، إلّا أنّ ما أفاده لتفنيذ المانع في المقام غير تامّ، إذ إنّ المسألة - ببساطة وبعيداً عن التعقيدات العقلية (واللفظية) - لا بدّ من إرجاعها إلى الأدلّة الشرعيّة في المقام، ومن الواضح أنّ ضرورة الشرع وارتكاز المشرّعة على أنّ الوطاء الجائز إنّما هو خصوص ما تعلّق بالزوجيّة، فلا بدّ أولاً من تحقّق الزوجيّة حتّى يقع الوطاء حلالاً، وبخلاف ذلك لا يكون الوطاء جائزاً ومحلاً وغير مبعوض.

### شرط لا بدّ من اعتباره في جريان المعاطاة في سائر العقود

أفاد السيّد الخميني قدّس سرّه في ختام البحث عن التنبيه الخامس أنّ جريان المعاطاة في سائر العقود والمعاملات تحتاج إلى شرط مهمّ ألا وهو أن يكون جريانها فيها عقلاً، ولا يكتفى بحكم العقل بجواز الجريان، فعلى سبيل المثال تحقّق النكاح بالوطء، فهو وإن كان بنظر العقل ممكناً إلّا أنّه أمر غير عقلائيّ، وكذا الوصيّة ببيع ملكه بعد موته، حيث لا كاشف عقلائيّ فيه من الأفعال، وهكذا الأمر في الوصيّة بالتدبير مثلاً، فإنّها وإن أمكن إيقاعها بالإشارة، إلّا أنّ الإشارة فيها ليست من الأسباب العقلانيّة النافذة.

وعليه، ففي كلّ مورد لا يوجد فيه مبرّر عقلائيّ لجريان المعاطاة يحكم بعدم الجريان، وفي كلّ مورد أمكن إيقاعها بأيّ مبرّر من المبرّرات العقلانيّة المعهودة، حكم بصحّة جريان المعاطاة فيه<sup>(١)</sup>.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «ما يقتضي اعتبار المعاطاة..». في هذه العبارة إشارة إلى

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيّد محمّد الصدر، ج ٢ ص ٦٣-٦٤.

عدم صراحة كلام العلامة قدس سره في جريان المعاطاة في الإجارة والهبة وإنهما يفهم ذلك من عبارته.

• قوله قدس سره: «وكذا في الهبة». أي: وكذا في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الهبة، كأن يعطي شخصاً كتاباً بعنوان الهبة لكن من دون أن يتلفظ بلفظ يدل عليها، وإنما دلت القرائن على إرادة الهبة من الإعطاء.

• قوله قدس سره: «ولو كانت هذه إجارة فاسدة..». هذا استظهار المحقق الكركي على ما أفاده العلامة من استحقاق الأجرة بأمر الأمر.

• قوله قدس سره: «وظاهرهم الجواز بذلك». الواو حالية، أي: ظاهر كلمات الأصحاب جواز عمل المأمور استناداً إلى أمر الأمر حتى لو كان هذا العمل مستلزماً للتصرف في مال الأمر، وهذا الجواز يكشف عن التزامهم بصحة المعاطاة في الإجارة.

• قوله قدس سره: «بل منع من مطلق التصرف». (منع) بصيغة المجهول، أي: لو كانت المعاطاة في الهبة غير صحيحة لمنع من مطلق التصرفات في الموهوب وإن لم يستلزم الإلتلاف، إذ أنه سيكون من التصرف في مال الغير غير الجائز مطلقاً.

• قوله قدس سره: «وهو ملحظ وجيه». أي: متين وجيد، و(ملحظ) مصدر ميمي بمعنى اللحظ، وجمعه: ملاحظ، وهذا هو رأي المحقق الكركي قدس سره في ما أفاده البعض من صحة جريان المعاطاة في الإجارة والهبة.

• قوله قدس سره: «وفيه أن معنى جريان المعاطاة..». شروع الشيخ الأعظم في مناقشة المحقق الكركي في ما أفاده من الحكم بصحة جريان المعاطاة في الإجارة والهبة.

• قوله قدس سره: «على مذهب المحقق الثاني» القائل بإفادة المعاطاة الملك الجائز المتزلزل دون الإباحة.

• قوله قدس سره: «فإن جماعة كالشيخ والحلي والعلامة». ثم تقديم وتأخير بين

هذه العبارة وما قبلها وما بعدها، فإنّ هذه العبارة مرتبطة بالمستثنى منه؛ أي: قوله: «وأما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها»، والعبارة التي بعدها وهي قوله: «لكنّ المحقّق الثاني..» مرتبطة بالمستثنى؛ أي: قوله: «إلاّ إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة»، ليكون المعنى بعد ترتيب عبارات المستثنى والمستثنى منه: أمّا الهبة فالحكم بجواز إتلاف الموهوب فيها لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها لأنّه استدلال بالأعمّ لإثبات الأخصّ، فإنّ جماعة كالشيخ والحليّ والعلامة صرّحوا بأنّ إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك، إلاّ إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة فيمكن حينئذ الاستدلال لكنّ المحقّق الثاني ممّن لا يرى ذلك.

• قوله قدّس سرّه: «ومّا ذكرنا يظهر المنع...». أي: ما ذكرناه من منع عدم جواز الإتلاف لو كانت الهبة فاسدة من إمكان استناد جواز الإتلاف إلى إفادة المعاطاة بالإباحة لا الملك.

• قوله قدّس سرّه: «ولكنّ الأظهر...». شروع الشيخ الأعظم قدّس سرّه في بيان رأيه ومختاره في جريان المعاطاة في سائر العقود.

• قوله قدّس سرّه: «الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والإيجاب عليه». الاستيجاب: هو طلب المشتري البيع من البائع، كأن يقول له: بعني هذا الكتاب، وأمّا الإيجاب عليه: فهو إجابة البائع المشتري على استيجابه بأن يقول له: بعتك، فيكون البيع حاصلًا بالاستيجاب والإيجاب بدلاً من الإيجاب والقبول.

والمقصود في العبارة: أنّ الخلاف في كفاية الاستيجاب والإيجاب الحاصل في باب البيع حاصل في الرهن أيضاً، فمن يقول بكفايتهما هناك يقول بكفايتهما هنا في الرهن أيضاً.

• قوله قدّس سرّه: «المذكور في البيع». كلمة (المذكور) صفة للخلاف، أي: إنّ الاختلاف المذكور بين الفقهاء في جريان المعاطاة في البيع يأتي في الرهن أيضاً.

• قوله قدّس سرّه: «لكن استشكله في محكيّ جامع المقاصد...». شروع في

ذكر إشكال المحقق الكركي قدس سره على جريان المعاطاة في الرهن.

• قوله قدس سره: «ولعل وجه الإشكال...». إن التعبير هنا بكلمة (لعل) إشارة إلى وجود احتمالين في إشكال المحقق الكركي قدس سره على العلامة: الأول: أن الأصل في المعاطاة في أيّ معاملة هو الفساد إلا ما خرج بالدليل؛ كما حصل في البيع.

الثاني: أن المعاطاة ليست على خلاف الأصل، لكنها لا تجري في الرهن؛ لأجل وجود المانع.

ولا يبعد ظهور عبارة المحقق الكركي في استشكله في الاحتمال الأول، كما أشار إليه بعض المحققين<sup>(١)</sup>، لكن الظاهر أن الشيخ الأعظم متردد في كون بناء المحقق الكركي على أن الأصل في المعاطاة الفساد، ولذا وجه إشكال المحقق هنا بكلمة (لعل) التي لا تخلو من التردد.

• قوله قدس سره: «والأول غير متصور هنا، وأمّا الجواز فكذلك». صياغة العبارة لا تخلو من ضعف، والأفضل أن يقول: «وكلاهما غير متصور هنا كما لا سبيل إلى اللزوم...».

• قوله قدس سره: «خصوصاً بملاحظة أنه لا يتصور هنا...». وجه الخصوصية: أنه في باب الرهن لا يتصور ما يوجب انقلاب المعاطاة من حكم الجواز إلى حكم اللزوم، فإنه إن كان جائزاً بقي على الجواز ولا يعرض عليه اللزوم في حال من الأحوال، بخلاف المعاطاة في باب البيع، فإن حكم الجواز فيه ينقلب إلى اللزوم عند طرؤ ملزم من ملزمات المعاطاة عليه، كتلف إحدى العينين.

• قوله قدس سره: «ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان». أي: عند طرؤ الملزم.

• قوله قدس سره: «وكأن هذا هو الذي دعا المحقق الثاني...». أي: إن الذي

(١) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٣٨.



ذكرناه من عدم معقولية المعاطاة في الرهن على فرض إفادتها الجواز، ومخالفتها لما أطبق عليه الأصحاب من توقّف العقود اللازمة على اللفظ على فرض إفادتها اللزوم، وعدم وجود محذور من جريانها في سائر العقود هو الذي دعا المحقّق الثاني قدّس سرّه إلى التفصيل بين الإجارة والهبة والقرض وبين الرهن، حيث تجري المعاطاة في الثلاثة دون الأخير.

• قوله قدّس سرّه: «ولذا جوّز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر». أي: لأجل حمل العقود التي قام المشهور بل الإجماع على اعتبار اللفظ في لزومها على خصوص العقود اللازمة من الطرفين، جوّز بعض الفقهاء في الرهن أن يكون الإيجاب بصيغة الأمر مثل (خذه)، أو بالجملة الخبرية كأن يقول الراهن للمرتهن: هذا الكتاب رهن في مقابل دينك.

• قوله قدّس سرّه: «أمكن أن يقول بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم». هذه العبارة جواب للشرط في قوله: (من لا يبالي)، والمقصود من الإمكان هنا: ما يساوق اللابدية واللزوم، لا بمعنى الاحتمال الصرف، إذ إنّ بعد وجود المقتضي وفقدان المانع لا بدّ من القول بلزوم المعاطاة في الرهن.

• قوله قدّس سرّه: «ولأجل ما ذكرنا في الرهن..». أي: ما ذكرناه من أنّ المعاطاة المفيدة للجواز تنافي الاستيثاق المعتبر في ماهية الرهن، والمعاطاة المفيدة للزوم مخالفة لاتّفاق الأصحاب على توقّف العقود اللازمة على اللفظ.



## التنبيه السادس

### ملزمات المعاطاة

- تأسيس الأصل عند الشكّ في الملزم
- الملزم الأوّل: تلف العين
- الملزم الثاني: كون أحد العوضين ديناً
- الملزم الثالث: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز
- الملزم الرابع: مزج العينين أو إحداهما
- الملزم الخامس: التصرّف الخارجي في العينين أو إحداهما
- الملزم السادس: موت أحد المتعاطين



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«الأمر السادس: في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالإباحة.

اعلم: أنّ الأصل على القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة، وأمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم، لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، وأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، وهي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها. إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ تلف العوضين ملزمٌ إجماعاً، على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر.

أمّا على القول بالإباحة فواضح، لأنّ تلفه من مال مالكة ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه، وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفعٌ بما سيجيء.

وأمّا على القول بالملك، فلما عرفت من أصالة اللزوم، والمتيقّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين، وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع، ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتّى يستصحب بعد التلف، لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة، فلا يبقى بعد التلف متعلّق الجواز، بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع الترادّ، لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة.

هذا، مع أنّ الشكّ (في أن متعلّق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين، أو ترادّ العينين؟) يمنع من استصحابه، فإنّ المتيقّن تعلّقه بالترادّ، إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز ترادّ العينين الذي لا يتحقّق إلّا مع بقائهما، ومنه يُعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك.

وأما على القول بالإباحة، فقد استوجه بعض مشايخنا - وفاقاً لبعض معاصريه، تبعاً للمسالك - أصالة عدم اللزوم؛ لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة، وملكه لها.

وفيه: أنّها معارضة بأصالة براءة ذمّته عن مثل التالف أو قيمته، والتمسك بعموم (على اليد) هنا في غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع، إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة حاکمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم، إلّا أنّ الكلام في أنّ البدل هو البدل الحقيقي، أعني: المثل أو القيمة، أو البدل الجعلي، أعني: العين الموجودة، فلا أصل.

هذا، مضافاً إلى ما قد يقال: من أنّ عموم (الناس مسلّطون على أموالهم) يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي، وهو المثل أو القيمة، فتدبرّ.

ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك

يملكه مَنْ في ذمته، فيسقط عنه، والظاهر أنّه في حكم التلف، لأنّ الساقط لا يعود، ويحتمل العود، وهو ضعيف، والظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالإباحة، فافهم.

ولو نُقل العينان أو إحداها بعقدٍ لازمٍ، فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع الترادّ، وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة.

ولو عادت العين بفسخ، ففي جواز الترادّ على القول بالملك - لإمكانه - فيستصحب، وعدمه لأنّ المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكة: وجهان، أجودهما ذلك، إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز الترادّ بقول مطلق، بل المتيقّن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

وكذا على القول بالإباحة، لأنّ التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقّق جواز الترادّ في السابق هنا حتّى يستصحب، بل المحقّق أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المقطوع بانتفائها.

نعم، لو قلنا: بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأوّل وإن كان مباحاً لغيرهما لم يستردّ عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادّ لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكة الأوّل، أو عائداً إليه بفسخ.

وكذا لو قلنا: بأنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة

التصرّف والإتلاف، ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع.

لكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع. ولو كان الناقل عقداً جائزاً لم يكن للمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه، ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق، وتحصيله غير واجب، وكذا على القول بالإباحة، لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة، وقلنا بأنّ التصرّف في مثله لا يكشف عن سبق الملك - إذ لا عوض فيه حتّى لا يعقل كون العوض مالاً لواحد وانتقال المعوّض إلى الآخر، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتّهب فيتحقّق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب - اتّجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكها بهذا النحو من العود، إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

ولو باع العين ثالثاً فضولاً، فأجاز المالك الأوّل، على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته وسائر تصرّفاته الناقلة، ولو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة، ولكلّ منهما رده قبل إجازة الآخر.

ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفةً لغا الرجوع، ويُحتمل عدمه، لأنّه رجوعٌ قبل تصرّف الآخر فينفذ ويلغو الإجازة، وإن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً.



ولو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد، ويحتمل الشركة، وهو ضعيف.

أما على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بهال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به، نعم لو كان المزج ملحقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف.

ولو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة - كطحن الحنطة وفصل الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحة. وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد. ومنشأ الإشكال: أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

ثم إنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتّى يورث بالموت ويسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف، فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل، لأنّ من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي، ولا يجري الاستصحاب.

ولو جُنّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع؛ على القولين».

## الشرح

يقع الكلام في هذا الفصل في أمر مهمّ متعلّق بحكم المعاطاة، حيث ذكرنا سابقاً أنّ المعاطاة بناءً على إفادتها الجواز إنّما تلزم عند طرؤ الملزم عليها، ولم نذكر هذه الملزمات إلّا على سبيل المثال كتلف العين أو التصرّف فيها، في هذا الفصل يتعرّض الشيخ الأعظم قدّس سرّه إلى ذكر هذه الملزمات بالتفصيل سواء قلنا بمقالة المشهور من إفادة المعاطاة الإباحة الشرعيّة التعبديّة، أو بمقالة المحقّق الكركي والشيخ الأعظم قدّس سرهما من إفادتها الملك الجائز المترزّل.

نعم لا مجال لهذا البحث على القول بإفادة المعاطاة للزوم كما هو المنسوب إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه من القدماء وكما هو رأي كثير من متأخري المتأخّرين وأغلب المعاصرين كأستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه وأستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني، لأنّ لزومها بالملزم سيكون تحصيلاً للحاصل ولغوّاً فلا فائدة من البحث فيها بناءً عليه.

## تأسيس الأصل عند الشكّ في الملزم

تعرّض الشيخ الأعظم قبل الشروع في ذكر الملزمات وتحقيقها إلى تأسيس الأصل الأوّلي الذي يرجع إليه عند الشكّ في كون أمر من ملزمات المعاطاة، ويختلف هذا الأصل بحسب ما تفيده المعاطاة من جواز، لذا يقع البحث في مقامين:

### المقام الأوّل: تأسيس الأصل مع إفادة المعاطاة الملك الجائز

أفاد الشيخ قدّس سرّه أنّ الأصل الأوّلي الذي يرجع إليه عند الشكّ في لزوم المعاطاة وعدمه نتيجة الشكّ في طرؤ الملزم بناءً على إفادة المعاطاة الملك الجائز هو أصالة اللزوم<sup>(١)</sup>، وذلك للأدلة الثمانية التي ذُكرت سابقاً عند البحث عن لزوم

(١) المقصود من الأصل هنا: ما يعمّ الأصل اللفظي والعملي؛ بقرينة الاستناد إلى الأدلّة

المعاطاة، وهي باختصار:

أولاً: استصحاب بقاء الملك وعدم زواله بفسخ أحد المتعاطين. بيانه: أنه بعد تحقق المعاطاة ولحوقها بالفسخ نشك في بقاء المملكيّة الحاصلة بالمعاطاة للطرفين وزوالها نتيجة للشك في طرؤ ملزم، فمقتضى استصحاب بقاء الملك في حق كل من المتعاطين هو اللزوم وعدم تأثير الفسخ. ثانياً: عموم «الناس مسلّطون على أموالهم».

ثالثاً: قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيب نفسه».

رابعاً: الاستثناء في قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

خامساً: جملة المستثنى منه في الآية السابقة، أي: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾.

سادساً: قوله صلى الله عليه وآله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع».

سابعاً: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

ثامناً: قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم».

هذه هي الأدلة الثمانية التي استند إليها الشيخ الأعظم لإثبات أصالة اللزوم في المعاطاة المفيدة للملك الجائز.

### إشكال على التمسك بالعمومات مع وجود الإجماع

ذكر السيّد اليزدي قدس سرّه إشكالاً في المقام حاصله: أنّ أصالة اللزوم بناءً على إفادة المعاطاة الملك الجائز لا يمكن استفادتها من جميع الوجوه الثمانية

---

الثمانية التي منها دليل اجتهاديّ ومنها أصل عمليّ كالاستصحاب.

التي ذكرها الشيخ قدس سره وإنما من وجه واحد فقط وهو الاستصحاب.  
توضيحه: إن أصالة اللزوم التي تمسك بها الشيخ الأعظم بناءً على القول بالملك في المعاطاة إنما تكون نافعة وتثبت اللزوم إذا غرضنا النظر عن وجود إجماع على الجواز في المعاطاة في الجملة، واشتراط أن يكون اللزوم بالصيغة اللفظية، لكن غرض النظر هذا غير ممكن في المقام، لأن المفروض أن الكلام في تأسيس الأصل إنما هو بعد الفراغ عن كون المعاطاة جائزة، فإذا كان ثبوت الجواز بالإجماع فلا بد أن يلحظ هذا الإجماع عند تأسيس الأصل، وعليه فلا يجوز التمسك بعمومات الأدلة الاجتهادية لإثبات اللزوم في المقام بعد كون المورد خارجاً عنها من البداية، نعم لا بأس من التمسك باستصحاب الملكية.

قال قدس سره: «لا يخفى أن هذا الأصل إنما ينفع مع قطع النظر عن الإجماع على الجواز في الجملة، واشتراط اللزوم بالصيغة، والمفروض في المقام إنما هو بعد الإجماع المزبور، إذ الكلام في الملزمات، والملزم فرع ثبوت الجواز، ومعه لا يتم من الوجوه الثمانية إلا استصحاب الملكية منها، إذ لا يجوز التمسك بالعمومات بعد كون المورد خارجاً عنها من أول الأمر؛ فإن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إن كان شاملاً للمقام أفاد اللزوم من الأول، وأمّا إذا فرض خروجه عنه فلا وجه للتمسك به لما بعده.. وبالجملة: لا يجوز التمسك بالعمومات بعد كونها مخصصة بالإجماع على الجواز حين الانعقاد كما هو المفروض»<sup>(١)</sup>.

وعمق المحقق الأصفهاني الإشكال بما يرجع إلى وجود منافاة بين ما ذكره الشيخ الأعظم هنا من الاستناد إلى العمومات لإثبات اللزوم وبين ما سيذكره في خيار الغبن من عدم جواز الرجوع إلى العموم بعد تخصيصه.

تفصيل المطلب: ذكر الشيخ الأعظم في باب الخيارات في مسألة أن خيار

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩٤.

الغبن هل هو على الفورية أم على التراخي<sup>(١)</sup>: أنّ الأصحاب قد اختلفوا في هذه المسألة على قولين، أحدهما وهو المشهور: أنّ خيار الغبن يكون على نحو الفورية، والآخر: أنّه على نحو التراخي، ثمّ ذكر قدّس سرّه أنّ المحقّق الثاني قدّس سرّه قرّر في جامع المقاصد أنّ: «الأوّل أولى، لأنّ العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة، وإلاّ لم ينتفع بعمومه»<sup>(٢)</sup>.

توضيح ما ذكره المحقّق الكركي قدّس سرّه: إنّ كلّ عموم أفراديّ يستتبع عموماً أزمانياً، وإلاّ أتى محذور اللغوية في العموم الأفرادي، فإذا قال: (أكرم العلماء)، فعموم الحكم فيه يشمل جميع أفراد العلماء، وفي الوقت نفسه يستلزم عموم الحكم للأفراد عمومهم لجميع الأزمنة، فيكون المعنى: يجب إكرام جميع أفراد العلماء في كلّ الأزمنة، وعليه إذا خرج فرد من تحت العموم في زمان معيّن، ثمّ شككنا في شمول الحكم له في زمان آخر، فلا بدّ من التمسك بأصالة العموم والقول بشمول الحكم له في الزمان الثاني، ولا يجري حينئذ استصحاب عدم وجوب إكرامه الذي كان ثابتاً له في الزمان الأوّل.

فأجاب الشيخ الأعظم عن المحقّق الكركي بما ملخصه: لا إشكال أنّ كلّ عموم أفراديّ يستتبع عموماً أزمانياً، وتكون النسبة بينهما نسبة موضوع الشيء إلى الشيء بحيث لو لا تحقّق الأوّل لما تحقّق الثاني، بمعنى أنّه إذا لم يتحقّق العموم الأفرادي لم يتحقّق تبعاً له العموم الأزمانى، وعليه فلو خرج فرد من تحت العامّ تخصيصاً فسوف يزول العموم الأفرادي بالنسبة إليه بعد التخصيص، وحينئذ لا يبقى موضوع للعموم الأزمانى حتّى يتمسك به في الزمان اللاحق.

ثمّ أضاف قدّس سرّه بما يرجع إلى تأسيس قاعدة في المقام حاصلها: أنّ

(١) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٥ ص ٢٠٦-٢٠٩.

(٢) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٣٨.

الزمان لا يخلو إما أن يؤخذ قيداً لمتعلق الحكم أو أن يؤخذ ظرفاً للحكم، فإن أخذ قيداً للمتعلق سيكون الزمان حينئذ فرداً من أفراد الموضوع، ويثبت في كل زمان فرد من الموضوع، فإذا خرج فرد من تحت العام في زمان معين تبقى أصالة العموم نافذة في الزمان الثاني، فالزمان في قوله: (أكرم العلماء كل يوم) مأخوذ على نحو القيد في متعلق الحكم، ويكون المعنى: وجوب إكرام من اتصف بالعلم في كل يوم، فإذا خرج يوم من العموم تكون أصالة العموم سارية في باقي الأيام وتفيد وجوب الإكرام، ومع وجود هذه الأصالة للعموم لا مجال للتمسك باستصحاب عموم المخصص لكونه مقيداً بيوم خاص لا يعقل سريانه إلى يوم آخر.

وإن أخذ الزمان ظرفاً للحكم من حيث بقائه واستمراريته، فإذا خصص العام لن يصح حينئذ التمسك بالعموم، فإذا قال: (أكرم العلماء) فمعناه أن وجوب الإكرام سيكون مستمراً في جميع الأزمنة، حيث الزمان يكون ظرفاً للحكم بوجوب الإكرام، لا أنه قيد لموضوع الحكم، فإذا خرج فرد من تحت العموم في زمان، لا يمكن التمسك بالعموم لأجل إثبات وجوب إكرامه في الزمان الثاني، لأن الحكم قد خصص بالنسبة إلى هذا الفرد فخرج من تحت العام، والخارج من العموم لا يعقل عودته إليه مرة أخرى لأنه ليس له إلا خروج واحد، فإذا تحقق امتنع العود، ولا يمكن الاستعانة بأصالة العموم لإدخاله مرة أخرى تحت العام<sup>(١)</sup>.

هذا ملخص ما ذكره الشيخ في مسألة الغبن، ونحن إن طبقنا هذه القاعدة في مقامنا لحصلنا على نتيجة مغايرة لما ذكره الشيخ هنا، فلو أخذنا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ نرى أن الزمان لم يؤخذ فيها على نحو القيد لموضوع الحكم بل

(١) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٥ ص ٢٠٧-٢٠٩. والعقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٥٢٧-٥٢٨.

أُخذ على نحو الظرفيّة، فهو يفيد استمراريّة وجوب الوفاء في جميع الأزمنة، وعليه فإذا خرج فرد من تحت عموم وجوب الوفاء - كالمعاملة الغبنية مثلاً - يكون هذا الخروج دائماً وأبدياً ويستحيل رجوعه إلى العموم مرّة أخرى. وهكذا الأمر إن طبّقنا القاعدة على بقيّة الأدلّة اللفظيّة التي استند إليها الشيخ الأعظم لإثبات أصالة اللزوم في المقام، إذ إنّ مدلولها هو مدلول آية الوفاء.

إذن فالمعاطاة إن خرجت من تحت عموم آية الوفاء مثلاً بمقتضى الإجماع القائم على إفادتها الجواز، مع كون الزمان ظرفاً لاستمرار الحكم، يكون خروجها دائماً ولا يمكن لها العودة مرّة أخرى إلى العموم في الزمان الثاني، وعليه فجميع الأدلّة التي ذكرها الشيخ الأعظم قدّس سرّه عدا الاستصحاب لا تصلح لإثبات أصالة اللزوم عند الشكّ في طرؤ الملزم.

ولذا قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: «لا يخفى عليك أنّ فائدة تأسيس الأصل لأن يكون مرجعاً في مورد الشكّ، مع أنّ أصالة اللزوم لا تكون مرجعاً بوجه، لأنّ ما عدا استصحاب الملكيّة من العمومات الدالّة على اللزوم لا يجوز التمسك بها عند الشكّ، بناءً على ما اختاره قدّس سرّه - في كتبه فقهاً وأصولاً - من أنّ الزمان إذا لوحظ ظرفاً لاستمرار حكم العامّ فلا يجوز الاستدلال به بعد تخصيصه وخروج فرد من أفرادهِ، حيث إنّهُ لا يلزم من خروجه دائماً زيادة تخصيص، ليكون مقتضى أصالة عدم التخصيص عدم خروجه دائماً، بل بالمقدار المتيقّن، بخلاف ما إذا لوحظ متقطّعاً وكان كلّ قطعة من الزمان قيداً للموضوع، فإنّهُ يتكثّر الفرد بتكثّر المفردات، فخرج فرد منه مقطوع به، وخروج بقيّة الأفراد الزمانيّة مشكوك، فيتمسك بأصالة العموم في عدم خروجها، وقد بنى قدّس سرّه في محلّه على أنّ الزمان في مثل الأمر بالوفاء بالعقد

لوحظ ظرفاً لاستمرار الحكم<sup>(١)</sup>.

إذن فمفاد هذا الإشكال يرجع إلى أنّ إثبات أصالة اللزوم في المعاطاة المفيدة للملك الجائز لا يمكن إلاّ عن طريق الاستصحاب فقط، بل يمكن توسعة الإشكال ليقال بعدم صحّة التمسك بالاستصحاب أيضاً لإثبات ذلك الأصل. بيان ذلك: إنّ مفروض الكلام أنّ المعاطاة الحاصلة مفيدة للملك الجائز، بمعنى: أنّ لكلّ واحد من المتعاطين الرجوع فيما أعطاه ما دام لم يتحقّق ما يؤدّي إلى الإلزام في المعاطاة، فإذا طرأ ما يشكّ في كونه ملزماً - كما لو تصرف في المال تصرفاً مغيراً للصورة وغير متلف لها - فيشكّ حينئذ في أنّ الجواز الثابت للمعاطاة قبل طرؤ ما يشكّ في ملزميّته هل هو باقٍ على حاله إلى زمان هذا التصرف المشكوك، فيستصحب حينئذ بقاء ملك المتعاطين على حاله، وهو ما يقتضي عدم تأثير الرجوع والترادّ، وهذا معناه لزوم العقد.

فيرد عليه: أنّ استصحاب الملك المذكور وإن كان تاماً في حدّ ذاته، وهو يقتضي اللزوم وعدم تأثير الرجوع بإخراج المال عن ملك المالك الثاني، إلاّ أنّ هذا الاستصحاب محكوم باستصحاب آخر هو استصحاب الجواز الثابت أصله بالإجماع، إذ مع طرؤ الملزم المشكوك نشكّ في بقاء الجواز الثابت بالإجماع، الذي يحقّ فيه لكلا المتعاطين الرجوع والترادّ، فيستصحب بقاءه، وهذا يقتضي الحكم بتأثير الرجوع، فلا شكّ في زوال الملك لكي يستصحب، بل هو زائل قطعاً تبعداً، وعليه يكون استصحاب الجواز رافعاً لموضوع استصحاب الملك فلا يجري، والنتيجة ستكون معاكسة تماماً، حيث يكون الأصل طبقاً لاستصحاب الجواز هو عدم اللزوم.

لذا قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: «وأما الاستناد في اللزوم إلى

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٩٣.



استصحاب الملكية، فغير صحيح؛ لحكومة استصحاب الجواز الثابت أصله بالإجماع على جواز المعاطاة، لا من حيث ترتب زوال الملك على جواز الرجوع فإنه موجود من الأول، والملك على حاله، ولا من حيث ترتب عدم الملك على الرجوع، فإنه لا تعبد بالرجوع ليقضي التعبد بأثره، بل من حيث إنه لا معنى للحكم بجواز المعاطاة إلا الحكم بزوال الملك بالرجوع، فالتعبد به تعبد بعدم الملك عند الرجوع، فلا شك في زوال الملك ليستصحب، ومن الواضح أن ترتب زوال الملك على الرجوع شرعي، بخلاف بقاء الملك فإنه ملازم لعدم جواز الرجوع ونفوذه»<sup>(١)</sup>.

أجاب بعض الأعلام عن هذا الإشكال بما يلي:

أولاً: إن الإجماع التعبدى على إفادة المعاطاة الجواز ليس مفاده هو الجواز في زمان دون زمان آخر كي يقال: إنه بعد ثبوت الجواز من أول الأمر لا معنى للرجوع إلى العمومات وإنما المرجع حينئذ هو استصحاب حكم المخصص، وإنما معقد هذا الإجماع هو حصّة خاصّة من الجواز، وهي حلّ العقد بترادّ العينين، وهذا الأمر ثابت غير محدود إلى زمان معيّن، أمّا الجواز من دون ترادّ فهو لم يثبت من أول الأمر، والمراد من الملزم هنا ما لا يتمكّن معه المتعاطيان من حلّ المعاطاة؛ لانتفاء موضوع الجواز، الذي هو ترادّ العينين<sup>(٢)</sup>.

بعبارة أخرى: إن الذي ثبت بالإجماع في المقام هو جواز فسخ المعاطاة بفعل خاص، وهذا الفعل هو ترادّ العينين، نظير الفسخ المعتبر في البيع الخيارى، فإنه

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٩٧-١٩٨.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيدى، ج ٢ ص ٢٢١. وهذا الجواب من السيّد الخوئي قدس سرّه مبني على تقدير تمامية الإجماع على جواز المعاطاة، وإلا فإنه يذهب إلى عدم العلم بوجود إجماع تعبدى على ذلك، وأنها مجرد دعوى جزافية.

كما أنَّ الجائر في ذلك البيع هو الفسخ برد الثمن، كذلك المعتبر هنا هو الفسخ بتراد العينين، ومع عدم إمكان التراد لحصول تلف في إحدى العينين أو كليهما مثلاً، انتفى موضوع الجواز، فلا جواز كي يستصحب.

وأجيب عنه: أنَّ المعتبر في المعاطاة الجائزة هو مطلق الفسخ، لا الفسخ على نحو خاص كما ذكر، والشاهد على ذلك أنَّه لو فسخ أحد المتعاطيين لفظاً لكنَّه لم يسلم المال الذي عنده لصاحبه، فلا شك ولا شبهة في تحقق فسخ المعاطاة، فالمعتبر إذن هو نفس فسخ المعاطاة، نعم إنَّ القدر المتيقن من الإجماع هو جواز الفسخ مع إمكان تراد العينين، فإذا شك في ثبوته في حالة أخرى كتلف إحدى العينين يستصحب جواز الفسخ كما في سائر موارد الاستصحاب<sup>(١)</sup>.

ثانياً: بناءً على إفادة المعاطاة الملكية يكون عموم آية الوفاء مقتضياً للحكم بعدم الجواز، إذ إنَّ المخصَّص هو الإجماع، وهو دليل لبي يقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو الحكم بجواز المعاطاة في جميع الأزمنة ما لم يحصل فيه ملزم يُخرجها منه، ومع الشك في الملزم تكون أصالة الإطلاق محكمة وجارية، فيرجع إلى إطلاق وجوب الوفاء بالعقد وهو يفيد اللزوم<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: إنَّ ما ذكره المحقق الأصفهاني من حكومة استصحاب الجواز على استصحاب الملك غير تام، إذ إنَّ المالك حينما يُقدَّم على التعاطي وتسليط الطرف المقابل على ملكه فهو إنَّما يُقدَّم عليه بقصد تمليك ماله للآخر، إلَّا أنَّ هذا التسليط بحكم الإجماع يكون موضوعاً للجواز، ولما صار التسليط موضوعاً للجواز يحتمل في عدم الرجوع أن يكون من الحالات، ويحتمل فيه أن يكون جزءاً من الموضوع،

(١) راجع: إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٤٣٠.

(٢) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي،

بأن يكون موضوع الجواز المجمع عليه هو التسليط الذي لا يرجع فيه المسلط، إذن فموضوع الجواز محتمل أن يكون مقيداً بعدم الرجوع، فإذا حصل الرجوع لا يمكن لنا إحراز وحدة الموضوع، فلا مجال لجريان استصحاب الجواز حينئذ، ويكون التمسك فيه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل.

بعبارة أخرى: «في جميع الموارد يعود الشك إلى أن الزائل من مقومات الموضوع أو حالاته، فلا نعلم أن التسليط المقيد بعدم الرجوع موضوع الجواز أم أن الرجوع رافع للجواز، ومع التردد فيهما لم يحرز وحدة القضية المتينة والمشكوك، فلا وجه للتمسك باستصحاب الجواز، وإنما الجاري هو استصحاب بقاء الملك كما قاله الشيخ»<sup>(١)</sup>.

هذا تمام الكلام في تأسيس الأصل على القول بإفادة المعاطاة الملك الجائز.

### المقام الثاني: تأسيس الأصل مع إفادة المعاطاة الإباحة

ذكر الشيخ الأعظم أن الأصل الأولي الذي يرجع إليه عند الشك في لزوم المعاطاة وعدمه نتيجة الشك في طرؤ الملزم بناءً على إفادتها الإباحة هو أصالة عدم اللزوم، لا اللزوم كما كان في المعاطاة المملّكة، وذلك لأمرين: الأول: قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، التي تقتضي تسلط المالك المبيح على الرجوع في ما أعطاه وأباحه من ماله.

الثاني: استصحاب السلطنة الثابتة للمالك قبل الإباحة، فالمالك المبيح لا شك في أنه كان مسلطاً على ماله قبل تحقق المعاطاة المفيدة للإباحة، وبعد طرؤ الملزم المشكوك يشك في انقطاع هذه السلطنة وبقائها، فيستصحب البقاء، ويحق للمالك المبيح الرجوع، وهذا معناه عدم اللزوم.

إذن، لو شك في شمول إطلاق قاعدة السلطنة لما نحن فيه فلا مناص من

(١) المصدر نفسه، ج ١ ص ٥٣٠.

إمكان التمسك باستصحاب السلطنة الثابتة قبل حصول التعاطي لإثبات عدم اللزوم وإمكان الرجوع والتراؤ.

لكن قد يقال: إن استصحاب بقاء السلطنة الثابتة قبل تحقق المعاطاة لا يمكن التمسك به لكونه معارضاً باستصحاب آخر وهو استصحاب بقاء الإباحة الثابتة بالمعاطاة، إذ المفروض أن المعاطاة بمجرد تحققها تفيد إباحة التصرف، وبعد طرؤ الملمزم المشكوك شك في ارتفاع هذه الإباحة نتيجة لرجوع المبيع عن إباحته، فنستصحب ما كان متيقناً سابقاً ونحكم ببقاء الإباحة الثابتة بالمعاطاة وعدم تأثير رجوع المبيع عن إباحته، فيقع التعارض بين الاستصحاب المقتضي للزوم والاستصحاب المقتضي لعدم اللزوم.

يجيب الشيخ الأعظم عن هذا الإشكال: بأن الاستصحاب الثاني؛ أعني: استصحاب الإباحة، لا يمكن أن يعارض الاستصحاب الأول، أي: استصحاب سلطنة المالك المبيع، وذلك لوجهين:

الوجه الأول: إن استصحاب الإباحة الثابتة بالمعاطاة غير تام في حد نفسه، للأسباب التالية:

أولاً: إن الشك فيه من الشك في المقتضي، حيث يكون الشك في كون الإباحة صالحة للبقاء ذاتاً مع حصول الرجوع من المالك المبيع، ومن المعروف أن المبنى عند الشيخ الأعظم عدم جريان الاستصحاب إن كان الشك فيه راجعاً إلى الشك في المقتضي.

لكن يرد عليه: أن ما ذكر ينطبق أيضاً على استصحاب السلطنة، إذ الشك فيه شك في المقتضي أيضاً، حيث يشك في صلاحية السلطنة للبقاء بعد الإباحة، فالمفروض عدم جريانه كذلك بحسب مبنى الشيخ الأعظم قدس سره<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩٥.

ثانياً: إنّ الإباحة تستند إلى الرضا الباطني، بحيث يكون الرضا علّة للإباحة حدوثاً وبقاءً، ومع انتفاء العلّة ينتفي المعلول بلا شكّ، والمفروض في ما نحن فيه حصول الرجوع من قبل المالك المبيع، وهذا الرجوع يكشف عن انتفاء الرضا وتبدّله بالكراهيّة، ومع انتفاء الرضا الذي هو علّة للإباحة، تنتفي الإباحة تبعاً لعلّتها، فلا مجال لاستصحابها.

لكن يرد عليه: أنّ هذا الكلام متين إن كانت الإباحة الحاصلة بالمعاطاة مالكيّة، والحال أنّها شرعيّة تعبدية.

بيان ذلك: إنّ المفروض في المعاطاة التي حكم فيها المشهور إفادتها للإباحة أنّ المتعاطين كانا قاصدين التمليك لا الإباحة، فالرضا المتحقّق فيها إنّما هو على التمليك، والشارع لم يمضِ هذا الرضا بالتمليك، وإنّما حكم بالإباحة، فالإباحة في المعاطاة هي إباحة شرعيّة تعبدية محضة، فكأنّ الشارع قال: من أعطى ماله إلى غيره بقصد تملكه إيّاه فهذا الإعطاء عندي سبب لجواز التصرف وإن كان هذا التصرف على خلاف رضا المالك، إذن فالرضا الموجود عند التعاطي غير معتبر، والحكم المعتبر لا رضا فيه، وعليه فليس في المقام رضا يكون علّة للإباحة.

ثالثاً: إنّ موضوع الإباحة الشرعيّة المتحقّقة في المعاطاة التي يراد استصحابها هو تملك المالك حدوثاً وبقاءً، فإذا رجع في تملكه لم يبقَ موضوع للإباحة الشرعيّة، فلا يتمّ الاستصحاب<sup>(١)</sup>.

وفيه: إنّ مرجع هذا الكلام إلى موضوعيّة الرضا في الحكم بالإباحة، وقد عرفنا أنّ موضوعيّة إنّما هو في الإباحة المالكيّة لا الشرعيّة.

وذكر أستاذنا السيّد الخوئي قدس سرّه في معرض تفسيره لعبارة الشيخ الأعظم قدس سرّه في المتن أنّ أصالة الإباحة إنّما لا تجري هنا لكونها استصحاباً

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٤.

في الشبهة الحكمية، ولكن من الواضح عدم تمامية ما أفاده السيّد الخوئي هنا، إذ إنّ هذا تفسير مبناي، حيث إنّ مبنى السيّد الأستاذ هو عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، بينما الشيخ الأعظم لا يلتزم بذلك، والشاهد عليه أنّ الشيخ قد التزم بجريان أصالة السلطنة وجعلها حاکمة على أصالة الإباحة، وهذا يدلّ على أنّ عدم جريان أصالة الإباحة ليس من جهة عدم جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية.

**الوجه الثاني:** إنّ استصحاب الإباحة الثابتة للمعاطاة قبل رجوع المالك المبيع محكوم باستصحاب سلطنة المالك قبل المعاطاة، لأنّ الشكّ في بقاء الإباحة الثابتة للمعاطاة بعد رجوع المالك عن إباحته يكون مسبباً عن الشكّ في بقاء سلطنة المالك على ماله الثابتة قبل تحقّق المعاطاة، ومع إجراء الاستصحاب في السبب ينتفي موضوع المسبّب، فلا يبقى شكّ في بقاء الإباحة الحاصلة بالمعاطاة، بل يحرز عدمها تعبدًا، فلا موضوع حينئذ لأصالة الإباحة.

### اعتراض السيّد الخوئي على التمسك هنا بأصالة عدم اللزوم

أفاد السيّد الخوئي قدس سرّه أنّ ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سرّه من أنّ الأصل الذي يرجع إليه عند الشكّ في طرورّ الملزم في المعاطاة بناءً على إفادتها الإباحة هو عدم اللزوم غير صحيح، بل الأصل هو اللزوم، وذلك لأنّ ما يحتمل معه اللزوم إنّ لم يتحقّق في الخارج فلا بأس بما ذكره الشيخ الأعظم من التمسك بدليل السلطنة لإثبات جواز رجوع المالك فيما أعطاه، إذ المفروض أنّه لم يتحقّق في الخارج ما يكون مانعاً عن إعمال المالك سلطنته فيما أعطاه للطرف الآخر بعنوان المعاملة المعاطائية، وإنّ تحقّق ما يحتمل معه اللزوم في الخارج فلا يجوز التمسك بدليل السلطنة لإثبات جواز رجوع المالك إلى ماله، وذلك لأنّ القدر المتيقّن من الإباحة الثابتة للمعاطاة بالإجماع والسيرة هو ما إذا لم يتحقّق في

الخارج ما يحتمل معه اللزوم، وإلا فلا بدّ حينئذ من التمسك بالأدلة الدالة على صحّة المعاطاة ولزومها، فيحكم بترتب الملكيّة عليها ملكيّة لازمة<sup>(١)</sup>.

هذا تمام ما أفاده قدّس سرّه في مصباح الفقاهة، ويلاحظ فيه اكتفاؤه برّد الدليل الأوّل على أصالة عدم اللزوم وهو قاعدة السلطنة.

أمّا ما أفاده في التنقيح فهو ناظر إلى ردّ كلا الدليلين (قاعدة السلطنة واستصحاب سلطنة المالك) حيث قال: «إنّ الشكّ في بقاء الإباحة تارة مع العلم ببقاء الملك على ملك مالكة الأوّلي إلا أنّا نشكّ في أنّ الشارع هل أباح التصرف في ملك الغير نظير إباحته في حقّ المارّة أم لا، وحينئذ لا مجال لاستصحاب بقاء الإباحة السابقة؛ لحكومة (عموم الناس مسلّطون) عليها كما أفاده، وأخرى نشكّ في انقلاب الملك عن ملك مالكة الأوّل ودخوله في ملك المباح له بواسطة طرؤ ما نشكّ في كونه ملزماً، ومع هذا الشكّ لا مجال للتمسك بعموم (الناس مسلّطون.. الخ) للشكّ في أنّه ملك للمالك الأوّل، ومع الشكّ في كونه ملكاً له لا مجرى لعموم (الناس مسلّطون) كما هو ظاهر، ولا مجال حينئذ إلا استصحاب بقاء الملك وهو أيضاً لا مجرى له مع وجود العمومات المقتضية لأنّ الملك ينقلب إلى ملك المشتري بطرؤ الملزم المحتمل»<sup>(٢)</sup>.

ثمّ أوضح المطلب بعبارة أخرى فقال: «إن قلنا بأنّ المعاطاة عقد صحيح مشمول للعمومات، ولكن قامت السيرة والإجماع على عدم حصول الملك قبل حصول أحد الملزمات، فحيث إنّ السيرة والإجماع مجمل لا يُعلم شموله لما إذا حصل ما يحتمل معه اللزوم فلا بدّ من الاقتصار فيهما على المتيقّن وهو ما لم

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٢٢.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٨ ص ١٥٩.

يحصل فيه المَلْزَمُ المحتمل ويرجع فيما عداه إلى العمومات على ما هو الشأن في المَخْصَصِ المنفصل المجمل، ومعه كيف يمكن الرجوع إلى قاعدة السلطنة، واستصحاب عدم حدوث الملك بعد حدوث محتمل المَلْزَمِ غير جارٍ مع وجود الأصل اللفظي، وليست الشبهة موضوعية، والشك في تحقق شرط الملك، ليستصحب عدمه»<sup>(١)</sup>.

إذن، فالأصل الأوّلي عند السيّد الخوئي قدّس سرّه الذي يرجع إليه عند الشكّ في المَلْزَمِ في المعاطاة هو أصالة اللزوم سواء أفادت المعاطاة الملك الجائز أم أفادت الإباحة.

هذا وقد أشار الميرزا الإيرواني قدّس سرّه إلى نفس مضمون ما أفاده السيّد الخوئي من كون قاعدة السلطنة ليس لها القدرة على إثبات سلطنة المالك في قبال الإباحة الشرعية التعبدية، حيث قال: إنّه إن أريد التمسك بدليل السلطنة لإثبات سلطنة المالك على رفع الإباحة الشرعية فغير خفيّ «أنّ الإباحة الثابتة على هذا التقدير إباحة تعبدية ثابتة على خلاف سلطنة المالك ودليل السلطنة وقاعدتها لا تنهض بإثبات سلطنة المالك على تغيير الأحكام الشرعية بل هذه الإباحة التعبدية ثبتت في موضوع عدم رضى المالك بالتصرّف وإنّما قصد الملك ولم يحصل له ولذا لم يجوز والتصرّف في العقود الفاسدة»<sup>(٢)</sup>.

لكن ما أفاده السيّد الخوئي هنا في الدفاع عن أصالة اللزوم في المعاطاة المفيدة للإباحة عند الشكّ في طرؤ المَلْزَمِ لا يخلو من شيء، وذلك: **أولاً:** إنّ ما أفاده قدّس سرّه إنّما ينسجم مع كون المعاطاة في حدّ ذاتها مفيدة للملك واللزوم، غاية الأمر أنّ الإجماع والسيرة قامت على إفادتها للإباحة، فيصحّ

(١) التنقيح في شرح المكاسب، مصدر سابق، ج ٣٨ ص ١٦٠.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٣-٨٤.



أن يؤخذ حينئذ بالقدر المتيقن، لكنّ المفروض أنّ البحث في المعاطاة التي حكم الأصحاب بإفادتها الإباحة الشرعية التعبدية من أول الأمر، وأنها ليس فيها اقتضاء الملكية وال لزوم من الأساس، فلا مجال لما أفاده السيّد الأستاذ قدس سرّه. ثانياً: جعل السيّد الأستاذ دليل السلطنة هو الحاكم على أصالة بقاء الإباحة، وبه فسّر عبارة الشيخ الأعظم في المتن<sup>(١)</sup>، مع أنّه من الواضح أنّ الشيخ قد جعل الحاكم هو أصالة السلطنة لا دليل السلطنة، فالحكومة بين الأصلين، أي: أصالة السلطنة وأصالة الإباحة، لا بين الدليل والأصل.

#### منافاة ما ذكره الشيخ الأنصاري هنا لما ذكره في التنبيه الرابع

أورد الميرزا النائيني في المقام إشكالاً على الشيخ الأعظم حاصله: أنّ ما أفاده هنا من كون الأصل في المعاطاة المفيدة للإباحة عدم اللزوم منافٍ لما أفاده في التنبيه الرابع من أنّ الإباحة بالعوض الأقوى فيها اللزوم. تقريب المنافاة: أنّ الوجه في اللزوم مشترك بينهما، فلا بدّ أن يكون الأصل في الإباحة اللزوم مطلقاً. قال قدس سرّه: «لا يخفى أنّ ما اختاره هنا ينافي ما ذكره في الأمر الرابع في الإباحة بالعوض من أنّ الأقوى اللزوم، فإنّ مدرك الأقوال الثلاثة جارٍ في مطلق ما يفيد الإباحة، سواء كان قصد المتعاقدين الإباحة أو التملك مع ترتّب الإباحة على فعلهما، فإنّ وجه الجواز مطلقاً هو أنّ العقود التسليطية دائرة مدار الإذن والتسليط، ولذا استشكل في لزوم الوكالة في ضمن العقد اللازم بتقريب أنّ الوكالة ثابتة ما دام الإذن باقياً فإذا ارتفع ارتفعت، ولا يجدي اشتراط عدم عزله ولو في ضمن عقدٍ لازم، ووجه اللزوم مطلقاً كفاية عموم (المؤمنون عند شروطهم) لإثبات اللزوم، فإنّ العقود التسليطية لو خلّيت وطبعها دائرة مدار بقاء التسليط، لا فيما إذا اشترط اللزوم في ضمن عقدٍ لازم، أو التزم وتعهّد به

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٢٠.

ابتداء. ووجه التفصيل: أنَّ المباح له أخرج ماله عن ملكه، فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه ثانياً دون المبيع فإنَّه باقٍ على سلطنته، فإذا كان مختار المصنّف للزوم فكيف يصحّ قوله: وأمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم الزوم؟<sup>(١)</sup>.

أجاب السيّد الخوئي بعدم وجود منافاة بين ما ذكره الشيخ الأعظم هنا وما ذكره في التنبيه الرابع، إذ إنّ الإباحة في التنبيه الرابع كانت مقصودة للمتعاطين أو أحدهما، بخلاف ما نحن فيه إذ إنّهما قاصدان للملك لا للإباحة، إلّا أنّ الشارع لم يَمْضِ ما قصدها وإنّما حكم بالإباحة، فيجري هناك دليلاً (المؤمنون عند شروطهم) و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ دون قاعدة السلطنة واستصحابها؛ لحكومة دليلي الشرط والوفاء بالعقد عليهما، أمّا ما نحن فيه هنا فدليلاً الشرط والوفاء بالعقد لا يجريان لأنّ ما التزم به المتعاطيان من الملك لم يتحقّق؛ لعدم إمضاء الشارع، وما تحقّق وأمضاه الشارع وهو الإباحة لم يلتزم به، فلا منافاة بين الالتزام بالزوم في الأمر الرابع والالتزام بعدمه هنا.

قال قدّس سرّه: «إنّ مورد البحث في المقام إنّما هو المعاطاة المقصود بها الملك، وعليه فلا وجه للتمسك بقوله صلّى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم، لأنّ ما التزم به المتعاطيان (وهو الملك) لم يتحقّق في الخارج، وما حصل في الخارج (وهو الإباحة الشرعيّة) لم يقصده ولم يلتزم به، وهذا بخلاف ما أفاده المصنّف في الأمر الرابع، فإنّ كلامه هناك مسوق لبيان المعاطاة المقصود بها الإباحة المعوّضة، وعليه فيمكن التمسك فيها بدليل وجوب الوفاء بالشرط ويكون ذلك حاكماً على دليل السلطنة»<sup>(٢)</sup>.

قد يقال: ما المانع من الالتزام بلزوم الإباحة في المعاطاة وإن كانت شرعيّة،

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٩٢.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٢٢-٢٢٣.

استناداً إلى إطلاق دليل الإباحة؟

والجواب: هو أنّ الدليل الذي دلّ على الإباحة الشرعية في المعاطاة إنّما هو الإجماع، وهو - إن سلّمنا بتحقيقه - دليل لبيّ لإطلاق له، يقتصر فيه على القدر المتيقّن، وهو صورة عدم رجوع المالك عن الإباحة.

### عدم المنافاة بين استصحابي السلطنة والإباحة عند السيّد الميلاني

يرى السيّد الميلاني قدّس سرّه أن لا منافاة بين قاعدة السلطنة واستصحاب بقاء الإباحة الثابتة للمعاطاة قبل رجوع المالك المبيع، فضلاً عن أن يكون هناك تنافٍ بين استصحاب سلطنة المالك واستصحاب الإباحة؛ بأن يقدّم هذا على ذاك بالحكومة، وذلك لأنّ الإباحة الثابتة للمعاطاة بالإجماع هي إباحة تعبدية شرعية يجوز فيها لكلّ من المتعاطين التصرف فيما انتقل إليه بالمعاطاة وإن لم يكن مالكة راضياً بالتصرف، فلو حصل رجوع من قبل أحدهما وشككنا في أنّ هذه الإباحة الشرعية هل ارتفعت أم ما زالت قائمة، يُستصحب بقاؤها، وهذا الأصل لا يتنافى لا مع قاعدة السلطنة ولا مع استصحاب السلطنة، فإنّ قاعدة السلطنة محفوظة، فالمالك له الحقّ في أن يتصرّف في ماله كأن يبيعه مثلاً فيرتفع الموضوع، لكن ما دام موجوداً فالشارع تعبد بجواز التصرف للأخذ، وكلّما قال المالك: أنا لست راضياً بالتصرف في مالي، لم يسمع قوله ولم يرتّب عليه أثر، إذ إنّها إباحة شرعية لا مالكية.

وكذا الأمر على فرض جريان استصحاب السلطنة، فإنّ هذا الاستصحاب يفيد أنّ المالك له أن يتصرّف في ماله التصرفات الناقلة أم المتلفة، ولكن ما دام المال موجوداً فالحكم بالإباحة الشرعية متحقّق، ومع الشكّ في بقائه يستصحب<sup>(١)</sup>.

هذا ما أفاده السيّد الميلاني ولعلّه أخذ هذا الرأي من الميرزا الإيرواني حيث

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٣٩-٣٤١.

قال في حاشيته: «أمّا إذا أريد التمسك به (أي: بدليل السلطنة) لإثبات سلطنة على التصرف في العين بنقل ونحوه فذاك لا ينافي بقاء الإباحة التعبدية ما دامت العين قائمة لم ت تلف، نظير بيع العين المستأجرة غير المنافي لبقاء حق المستأجر في المنفعة، فالمرجع إذا شك في ارتفاع الإباحة الشرعية برجوع المالك في الإباحة أو في التمليك هو أصالة بقاء العقد وعدم انحلاله برجوع المالك، فظهر أن الأصل في المعاطاة هو اللزوم سواء قلنا فيها بالملك أو الإباحة»<sup>(١)</sup>.

هذا تمام الكلام في تأسيس الأصل الأولي عند الشك في طرؤ الملزم، والنتيجة النهائية التي توصل إليها الشيخ الأعظم: أن المعاطاة إن قلنا بإفادتها الملك الجائز يكون المرجع عند الشك في اللزوم وعدمه أصالة اللزوم، وإن قلنا بإفادتها الإباحة كما عليه المشهور يكون المرجع أصالة عدم اللزوم. بعد ذلك شرع قدس سره في البحث عن ملزمات المعاطاة، وأنهاها إلى ستة، بحسب ما هو مذكور في المتن.

### الملزم الأول: تلف العين

أول الملزمات التي ذكرها الشيخ قدس سره هي: تلف العين المنتقلة بالمعاطاة، وهي على صور أربع ذكر ثلاثاً منها في المتن ورابعة سنذكرها في آخر البحث:

#### الصورة الأولى: تلف العوضين معاً

يستفاد من ظاهر كلمات بعض الفقهاء وصريح بعض عباراتهم الإجماع على كون تلف كلا العينين من ملزمات المعاطاة، وأن هذا الحكم مما لا كلام فيه. قال السيّد العاملي قدس سره في مفتاح الكرامة: «وليعلم أنه لا إشكال ولا خلاف عندهم في أنه لو تلفت العين من الجانبين صار لازماً»<sup>(٢)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٤.

(٢) مفتاح الكرامة، السيّد محمد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥٠٧.

وقريب منه ما ذكره المحدث البحراني قدس سره في الحقائق فقال: «لا إشكال ولا خلاف عندهم في أنه لو تلف العينان في بيع المعاطاة فإنه يصير لازماً»<sup>(١)</sup>.

وقال صاحب الجواهر قدس سره: «بقي الكلام فيما ذكره غير واحد من الأصحاب بل قيل أنه لا خلاف فيه ولا إشكال من لزوم المعاطاة بتلف العين من الجانبين، بل قال الأستاذ في شرحه: لا ريب ولا خلاف في أن المعاطاة تنتهي إلى اللزوم، وأن التلف الحقيقي أو الشرعي بالنقل بالوجه اللازم للعوضين معاً باعث على اللزوم، وكذا للواحد منهما»<sup>(٢)</sup>.

وأفاد السيد المجاهد الطباطبائي قدس سره في المناهل: أنه «يجوز لكل من المتبايعين الفسخ والاسترداد وإن لم يرخص الآخر به إلا في مواضع منها ما إذا تلف العينان، وقد صرح بعدم جواز الفسخ وتحقيق اللزوم في ذلك، وهو الظاهر من التحرير، بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه»<sup>(٣)</sup>.

ثم إن التفصيل في هذا الحكم يستدعي البحث في مقامين<sup>(٤)</sup>:

#### المقام الأول: بناءً على إفادة المعاطاة الملك

لا شك أن أصالة اللزوم تقتضي الحكم بلزوم المعاطاة، خرجنا عن هذا الأصل بمخصّص لبي وهو الإجماع، يقتصر في المخالفة فيه لعموم دليل اللزوم على القدر المتيقن وهو صورة إمكان تراذ العينين، ومع امتناع التراد وتعدّره بتلف وشبهه يرتفع الجواز ويرجع إلى أصالة اللزوم.

(١) الحقائق الناضرة، الشيخ يوسف البحراني، ج ١٨ ص ٣٦٢.

(٢) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٣٠.

(٣) المناهل، السيد محمد بن علي الطباطبائي، ص ٢٦٩.

(٤) قدّم الشيخ الأعظم قدس سره في المتن الكلام في الإباحة على الملك، ونحن إننا قدّمنا الملك من أجل تنظيم البحث وتوحيد السياق مع بقية الصور.

توضيح المطلب: إنّ الجواز في العقود غير اللازمة ينقسم إلى قسمين، جواز حقّي وآخر حكمي، ومثّلوا للجواز الحقّي بالبيع الخياري، إذ الخيار هو السلطنة على إقرار العقد وإزالته مع قابليّة العقد للبقاء في ظرف الاعتبار، فحقّ الخيار متعلّق بنفس العقد ولا ربط له بالعوض، فسواء بقي العوضان أم تلفا فإنّ حقّ الخيار ثابت، والمرجع في تشخيص كون العقد له الموضوعيّة في هذا النحو من الجواز هو ما جاء في أدلّة الخيارات، كقوله صلّى الله عليه وآله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» حيث إنّّه ظاهر في أنّ المتبايعين لهما السلطنة على حلّ العقد قبل افتراقهما، بغضّ النظر عن بقاء العوضين أو تلفهما، فإن كانا باقيين ردّ كلّ من المتبايعين ما انتقل إليه إلى الآخر، وإن لم يكونا باقيين انتقل إلى بدلها.

أمّا الجواز الحكمي فقد مثّلوا له بجواز رجوع المتهب في العين الموهوبة ما دامت باقية، حيث يجوز له استردادها وإن لم يفسخ العقد قبل الرجوع، فإذا استردّها انحلّ العقد من باب انتفاء الموضوع؛ لعود العين الموهوبة إلى ملك الواهب، ولو تلفت لزم العقد ولا يجوز للواهب حينئذ الرجوع إلى بدلها، وعليه فالجواز هنا يدور مدار العين الموهوبة - مع غصّ النظر عن كون الهبة معوّضة أم غير معوّضة، تلف العوض أم ما زال باقياً - ولا يتعلّق الجواز بالعقد كما كان في الخيار، والدليل على كون موضوع الجواز هنا هو الرجوع بالعين الموهوبة هو أدلّة عقد الهبة كرواية جميل والحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع وإلا فليس له»<sup>(١)</sup>.

وهناك فرد آخر للجواز الحكمي يكون أضيق دائرة من الجواز في الهبة فضلاً عن الجواز الحقّي، وهذا الفرد هو المعاطاة بناءً على إفادتها الملكيّة الجائزة، إذ إنّ

(١) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٧ ص ٣٢، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره.

الجواز فيها متعلقّ بالعوضين، فما داماً موجودين جاز لكلّ من المتعاطيين استرداد ماله. ومع امتناع الاسترداد لتلفٍ وشبهه، ارتفع الجواز ورجع إلى الأصل العامّ وهو اللزوم.

والدليل على كون ترادّ العينين هو الموضوع للجواز في المعاطاة المفيدة للملك الجائز هو نفس الإجماع المستدلّ به على الجواز، والذي يخصّص به الأصل الدالّ على لزوم المعاطاة، إذ إنّ دليل لبيّ يقتصر فيه للخروج عن عموم أدلة اللزوم على القدر المتيقّن وهو صورة إمكان ترادّ العوضين، ففي هذه الصورة فقط يخصّص ما دلّ على لزوم المعاطاة ويحكم بجوازها، وأمّا مع امتناع الترادّ يكون الشكّ في التخصيص الزائد فيتمسك بعموم العامّ وهو أصالة اللزوم، استناداً إلى الضابطة فيما إذا دار أمر المخصّص المنفصل للعامّ بين الأقلّ والأكثر. إذا اتّضح ذلك يظهر الجواب عمّا لو قيل: إذا ثبت بالإجماع جواز الملك في المعاطاة قبل تلف العوضين، وشكّ في انتفاء الجواز بالتلف، نستصحب الجواز فنحزّز عدم لزوم الملك، واستصحب حكم المخصّص هذا يمنع عن شمول أدلة اللزوم للمعاطاة بعد تلف أحد العوضين أو كليهما، نظير استصحاب جواز البيع الخياري عند الشكّ به بعد تلف العين.

فإنّه يقال: إنّ لا مجال أبداً هنا لهذا الاستصحاب، وذلك:

أولاً: لما تقدّم أنّ الفارق بين جواز البيع الخياري وجواز المعاطاة، فالأوّل بمعنى الانحلال ويكون متعلّقه قائماً بنفس العقد، بينما الثاني يكون بمعنى التملك بالرجوع في العين واستردادها، وهذا هو القدر المتيقّن من جواز المعاطاة الثابت بالإجماع، ولم يثبت جواز المعاطاة على نحو جواز البيع الخياري كي يُستصحب بقاؤه لو شكّ في ارتفاعه بتلف العينين، بل المتيقّن من الدليل تعلّقه بالتراّد، ومن الواضح أنّه لا موضوع لجواز الترادّ في المعاطاة بعد التلف، فيكون معروض المستصحب منتفياً، فلا يبقى شكّ حتّى يجري فيه الأصل، وهذا بخلاف الفسخ

في البيع الخيارى فإنه باقٍ بعد تلف العين، لبقاء متعلّقه وهو العقد، ومنه يتّضح أنّ قياس جواز المعاطاة على الجواز الخيارى قياس مع الفارق.

وعليه، فاستصحاب الجواز في المقام غير جارٍ؛ لفقدان ركن من أركانه وهو الشكّ في بقاء الجواز، لأنّ الجواز في المعاطاة متعلّق بترادّ العينين وهو مقيدّ عقلاً ببقائهما، فإذا تحقّق تلف العينين أو إحداهما لا يبقى موضوع حتّى يمكن الترادّ، ومع عدم إمكانه يقطع بانتفاء الجواز، ومعه لا يجري الاستصحاب.

ثانياً: إنّّه إذا لم نتيقّن من أنّ مخالفة أصالة اللزوم هو صورة إمكان الترادّ، وشكّنا أنّ متعلّق الجواز في المعاطاة هو العقد كما في البيع الخيارى أو الرجوع في العين كما في الهبة أو ترادّ العينين، لم يمكن التمسك حينئذ باستصحاب جواز المعاطاة بعد التلف، وذلك لعدم إحراز الموضوع الذي لا بدّ منه في الاستصحاب. بعبارة أخرى: إنّ الجواز الثابت للمعاطاة إن كان متعلّقاً بالعقد فلا شبهة في بقاءه عند تلف العينين، وإن كان متعلّقاً بالترادّ فلا شبهة أيضاً في ارتفاعه عند التلف، أمّا إذا شكّنا في المتعلّق فالموضوع حينئذ غير محرز لكي يستصحب، إذ إنّّه سيدور حينئذ بين ما هو مقطوع البقاء وبين ما هو مقطوع الارتفاع.

وعليه فلا يتوهم أنّ المقام هنا من قبيل القسم الثانى من استصحاب الكلّي بأن يكون الجواز مردّداً بين فردين، أحدهما مقطوع الزوال وهو الترادّ المتّصف بالوجود، والآخر مقطوع البقاء وهو ترادّ طبيعيّ العوضين، فيستصحب جواز الترادّ الثابت قبل التلف، نظير القطع بوجود فرد من حيوان مردّد بين ما هو باقٍ قطعاً وبين ما هو زائل كذلك.

وذلك لأنّ منشأ الشكّ في بقاء كلّ الجواز الجامع بين الترادّ والفسخ هو الشكّ في بقاء الموضوع، حيث إنّ موضوع الجواز إن كان هو ترادّ العينين فهو معلوم الارتفاع لفرض تحقّق تلفهما، وإن كان هو نفس العقد فهو معلوم البقاء، ومع الشكّ في بقاء الموضوع لا مجال للاستصحاب.



إذن فاستصحاب الكلّي من القسم الثاني وإن كان جارياً في حدّ ذاته إلاّ أنّه ليس جارياً في المقام؛ للشكّ في بقاء الموضوع، بخلاف المثال المذكور من استصحاب كلّي الحيوان، إذ لا شكّ في بقاء الموضوع فيه، لأنّ المستصحب وهو كلّي الحيوان يكون موضوعه الماهيّة المعروضة للوجود والعدم، وهي مقطوعة البقاء كما لا يخفى.

ولذا قال السيّد الميلاني قدّس سرّه: «لا مانع من استصحاب الكلّي القسم الثاني في الموضوعات، لكنّه في الأحكام موقوف على إحراز الموضوع، لأنّ وحدة الموضوع في الاستصحاب شرط، لكنّ الموضوع مشكوك فيه، فلا يجري الاستصحاب، لأنّ الاستصحاب من القسم المذكور منحصر في الموضوعات»<sup>(١)</sup>.  
والنتيجة النهائية: أنّ أصالة اللزوم مخصّصة بالإجماع على الجواز في المورد الذي يمكن فيه تراّد العينين، فإذا فرض عدم إمكان الترادّ لتلف العين مثلاً يتمسك حينئذ بأصالة اللزوم، كما هي القاعدة في كلّ مورد شكّ فيه في التخصيص الزائد، فيكون الأصل حاكماً على استصحاب بقاء الجواز.

### اعتراض للسيّد الخوئي

اعتراض السيّد الخوئي على ما أفاده الشيخ الأعظم هنا من تعليقه لزوم المعاطاة بتلف العينين كون الجواز الثابت فيها بالإجماع متعلّقاً بالترادّ، بأنّه غير واضح ومفهوم، إذ إنّ مقصوده من تراّد العينين لا يخلو إمّا أن يكون هو مجرد ردّ العينين في الخارج مع بقاء كلّ منهما في ملك مالكهما الثاني، بأن يدفع المشتري ما ملكه بالمعاطاة إلى البائع، نظير الأمانة والوديعة مع بقاء العين المنتقلة على ملكه، لكنّ هذا خلاف الفرض ولا يترتب عليه أثر، أو أن يكون المقصود من تراّد العينين أنّ حقّ حلّ العقد إنّما يحصل بالترادّ الخارجي باعتباره مصداقاً للفسخ،

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٤٥.

أو أنه يحصل بعد التراد، لكنّ هذا ليس شيئاً آخر وراء تعلّق الخيار بنفس العقد، إذ إنّ نظير البيع الخياري، أي: الخيار بشرط ردّ مثل الثمن.

وعليه، يرى السيّد الأستاذ أنّ ما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه من تعليقه لزوم المعاطاة بتلف العينين غير تامّ رغم أنّ أصل الدعوى بكون تلف العوضين ملزماً صحيحاً لا غبار عليه، إذ على مختار السيّد الأستاذ فإنّ العمومات مقتضية للملكيّة واللزوم من أوّل الأمر وإنّما خرج عنها في المعاطاة إلى ما قبل التلف آنأً ما لقيام الإجماع على اشتراط حصول الملك أو اللزوم بالتلف، وأمّا بعده فلم يثبت المخصّص، وأمّا على مسلك الشيخ الأعظم فلدخول العوضين من أوّل الأمر أو قبل التلف آنأً ما في ملك المعطى له، والأصل في الملك هو اللزوم.

قال قدّس سرّه: «إن كان المراد من التراد هو التراد الخارجي فهو غير مفيد، بديهية أنّ مجرد ردّ العين خارجاً مع بقائها في ملك الآخذ بالمعاطاة لا يترتب عليه أثر، وإن كان المراد من التراد هو أنّ فسخ العقد لا يكون إلّا بتراد العين خارجاً أو بعد تحقّق التراد في الخارج فهو متين، ولكنّه ليس شيئاً آخر وراء تعلّق الخيار بنفس العقد، لأنّ الأدلة الدالة على لزوم العقود إنّما تدلّ على لزوم كلّ عقد، وقد قام الإجماع على أنّ المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الإباحة إلى زمان معيّن، ومن الواضح أنّ الإجماع دليل لبيّ فلا يؤخذ منه إلّا بالمقدار المتيقّن، وهو ما إذا أمكن ترادّ العينين، وفي غير هذه الصورة يتمسك بعموم العام، وإذن فلا بدّ للمصنّف أن يعلّل لزوم المعاطاة مع تلف العينين بأنّ المأخوذ بالمعاطاة إنّما تلف من ملك المالك الثاني، فلا يجوز للمالك الأوّل أن يرجع إليه، إذ المتيقّن من جواز الرجوع إنّما هو صورة الفسخ بترادّ العينين وهو غير ممكن مع تلفهما»<sup>(١)</sup>.

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٢٤-٢٢٥. وراجع: التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير

## اعتراض للمحقق الآخوند الخراساني

أفاد المحقق الآخوند أن لا وجه للتفريق بين العقد الخياري بجعل متعلق الجواز فيه نفس العقد وبين المعاطاة بجعل الجواز فيها تراد العينين بالتفصيل المذكور آنفاً، فذكر معلقاً على عبارة الشيخ (والمتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين): أن المقصود من التراد ليس هو انتقال العينين من مكان إلى آخر في الخارج، بل المقصود هو التراد في الملكية، والذي هو عبارة أخرى عن فسخ العقد وحله، ولذا يصرح ابن إدريس قدس سره في السرائر أن المعاطاة يجوز فيها الفسخ، فالتراد في الملكية مرادف لجواز الفسخ، وعليه يكون موضوع الجواز هو العقد لا التراد بما هو حاصل في الخارج، فلا مانع من الاستصحاب.

قال قدس سره: «قد عرفت جواز ترادها ملكاً، لا خارجاً، فلا وجه للامتناع بمجرد التلف والارتفاع، فالوجه في عدم التراد هو اتباع إطلاق (الناس مسلطون) و(لا يحل مال امرئ) ونحوهما، وإلا كان استصحاب جوازه مقتضياً لجوازه، مثل استصحاب الجواز في البيع الخياري بلا تفاوت أصلاً، ولو كان التلف مانعاً عن التراد ملكاً لكان مانعاً عنه في صورة الفسخ، مع أن الظاهر أن يكون الجواز هاهنا كالجواز في البيع الخياري، من عوارض المعاملة لا العوضين، غاية الأمر هناك بحق الخيار، وهاهنا بمحض الحكم به، وذلك لأن الدليل عليه ليس إلا السيرة التي استقرت على أن البيع بها ليس بالصيغة في عدم جواز الفسخ، بل يجوز فسخه؛ لعدم استحكام المعاطاة عندهم استحكام الصيغة. وبالجملة: بناءً على المعاملة المعاطاتية على نفوذ الفسخ من أحد المتعاطين، ولو مع عدم رضا الآخر. قيل: استحكامها بالتصرف أو التلف ونحوهما، لا على جواز تراد العينين بلا توسط الفسخ، كما يظهر ذلك من الاستفسار منهم، كما

صرّح بجواز الفسخ في السرائر، وأمّا التعبير بالترادّ الظاهر فيها ذكره قدّس سرّه فهو إنّما يكون من القائلين بالإباحة، فافهم<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه: أنّ المراد من الترادّ إن كان هو الترادّ في الملكية فالموضوع إمّا أن يكون هو ترادّ طبيعيّ العوضين أو خصوصهما، فإن كان الأوّل فالإشكال وارد، لكنّ الصحيح هو الثاني، فالموضوع لجواز الترادّ هو العينان بوصف وجودهما الخارجي، وبمجرّد تحقق التلف يرتفع موضوع الحكم فيتبعه الحكم، وحينئذ تكون أدلة اللزوم هي الحاكمة، ولو تنزّلنا عن كون الموضوع مقيّداً بالوجود الخارجي فلا أقلّ من الشكّ، وهذا كافٍ في إثبات الحكم<sup>(٢)</sup>.

### مخالفة الشيخ الأنصاري مبناه في المقام

اعتراض آخر ذكره السيّد الميلاني قدّس سرّه مفاده أنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه قد خالف مسلكه ومبناه في المقام.

توضيحه: لو قال الأمر: (أكرم الفقهاء في كلّ يوم) فمن الواضح أنّ الحكم متوجّه إلى أفراد الإكرام المتعدّدة بعدد الأيام، فإذا قال بعد ذلك: (لا تكرم زيدا الفقيه يوم الجمعة)، فقد أخرج يوم الجمعة فقط، وبقي وجوب الإكرام في سائر الأيام، لفرض تعدّد الإكرام بتعدّد الأيام، وعليه فلو شكّ في وجوب إكرام زيد في غير يوم الجمعة تمسكّ بالعامّ لإثبات وجوب الإكرام بلا كلام.

أمّا لو قال: (أكرم الفقهاء) كان ظاهراً في وجوب إكرام الفقهاء في كلّ زمان وبأنحاء الإكرام، وبعبارة أخرى: يكون استمرار الإكرام من باب أنّ الزمان ظرف للإكرام، وهذا الاستمرار والأنحاء مستفاد من الإطلاق لا أنّه مأخوذ من اللفظ، فإذا قال بعد ذلك: (لا تكرم زيدا الفقيه يوم الجمعة) فلا يجوز التمسكّ بالعامّ عند

(١) حاشية المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٤٧-٤٨.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد عليّ الميلاني، ج ١ ص ٣٤٥.

الشك في إكرام زيد في غير يوم الجمعة، وذلك لأنّ (يوم الجمعة) ليس مخصّصاً للعموم الأزمانى لأنّه لا عموم أزمانى بحسب الفرض، فلا محالة يكون (لا تكرم) مخصّصاً لـ (الفقهاء)، فيخرج زيد من تحت الفقهاء يوم الجمعة، ولا يتمسك بوجوب إكرامه في يوم السبت مثلاً، بل يستصحب حكم يوم الجمعة.

هذا هو مسلك الشيخ الأعظم الذي أوضحه في خيار الغبن من المكاسب<sup>(١)</sup> وفي بحث الاستصحاب من فرائده<sup>(٢)</sup>.

وتطبيق هذا المسلك في المقام يستدعي أن نقول: إنّ مقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو الاستمرار الزمانى لوجوب الوفاء، فإذا قام دليل على جواز المعاطاة في زمان وجود العينين، كان ذلك مخصّصاً للعموم ودالاً على عدم وجوب الوفاء في ذلك الزمان، فتسقط حينئذ أصالة اللزوم، ويستصحب حكم المخصّص، ولا مجال لاستصحاب العام، إذ إنّ الملكية السابقة كانت جائزة، واستصحاب بقاء هذه الملكية لا يفيد اللزوم، فكيف أفتى الشيخ الأعظم في المقام باللزوم؟!

ثم يذكر السيّد الميلاني: أنّ ما ذهب إليه الشيخ هنا من التمسك بأصالة اللزوم هو الصحيح لكن لا على مسلكه، بل على مسلك القائل أنّ الزمان في الأدلة قيدٌ للمتعلّق لا للحكم، فإذا ورد لدينا عامٌّ وكان متعلّقاً بحكم، كان ظاهراً في الإطلاق بحسب الأزمنة، فالزمان ظرف للمتعلّق كالوفاء في آية الوفاء لا للحكم، وإنّما ترفع اليد بقدر المخصّص، وعليه يجب الوفاء إلّا في ظرف وجود العينين، وهذا هو المسلك الحقّ بنظر السيّد الميلاني بحسب ما أفاده تحقيقه الأصولي<sup>(٣)</sup>.

كما يرى أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني: «أنّ دعوى الشيخ في خصوص

(١) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٥ ص ٢٠٧.

(٢) راجع: فرائد الأصول، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٢٧٣، التنبيه العاشر من تنبيهات الاستصحاب: دوران الأمر بين التمسك بالعام أو استصحاب حكم المخصّص.

(٣) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٤٣-٣٤٤.

المعاطاة تامة، في أنه لا مجال للحكم بجواز الردّ إلا مع بقاء العينين، لأنّ المعاطاة - بناءً على إفادتها الملكية - مندرجة في عنوان البيع والعقد والتجارة، لكن قام الإجماع فيها على الجواز، وهو يعدّ مخصّصاً مردّداً بين الأقلّ والأكثر، وبرغم أن متعلّقه العقد لكنّه مقيّد بصورة وجود العين أو أعمّ من وجودهما وتلفهما، والقاعدة تقتضي رفع اليد من العموم مع إجمال دليل المخصّص عند الدوران بين الأقلّ والأكثر، والاكتفاء بالمتيقّن الذي هو ثبوت الجواز وحقّ الرجوع ما دام العين باقية، والحكم بلزوم المعاطاة وسقوط حقّ الردّ والرجوع عند تلف العينين<sup>(١)</sup>.

### المقام الثاني: بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة

يذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه أنّ كون تلف العوضين ملزماً في المعاطاة المفيدة للإباحة واضح، والقاعدة تقتضي في المقام أن يكون تلف كلّ واحد من العوضين من ملك مالكة، ولا يوجد ما يوجب ضمان المثل أو القيمة.

**توضيح المطلب:** إنّ بناءً على إفادة المعاطاة إباحة التصرف يحقّ لكلا المتعاططين أن يرجع فيما أعطاه مع بقاء العوضين لفرض أنّ العوضين ما زالا على ملك مالكهما إذ لم يحصل في هذه المعاطاة إلا إباحة للتصرف في العوض المأخوذ، وأمّا إذا تلف العوضان امتنع الرجوع في أصل العينين لفرض تلفهما، كما لا وجه لضمّان من تلف المال في يده بالمثل أو القيمة؛ لأنّ كون المال بيد المباح له كان بإذن من الشارع، فالمعاطاة أوجبت إباحة بقاء العين في يده ولا موجب للضمّان في مثل هذا الفرض.

بعبارة أخرى: في المعاطاة المفيدة للإباحة يبقى كلّ من العوضين على ملك مالكة إلى حين حصول التلف، ومع بقاء ملك المالك وكون الإباحة المتحقّقة شرعيّة حاصلة بإذن من الشارع يكون التلف من مال المالك ولا موجب للضمّان بالمثل أو القيمة.

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٥٣٨.

فإن قلت: إنّه لا موجب للحكم باللزوم عند تلف العوضين بل تبقى الإباحة على حالها ويرجع كلّ منهما على الآخر بالبدل من المثل أو القيمة، وذلك لقاعدة (على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي) الموجبة للضمان عند التلف، إذ إنّ كلّ واحد من المتعاطيين قد وضع يده على مال الآخر، وللمالك أن يستردّ ماله من يد الآخر ما دام موجوداً، لأنّ المفروض أنّ المعاطاة مفيدة لإباحة التصرفات فقط دون التمليك، فلو تلف المال في يد الآخر لزمه البدل وفقاً لقاعد اليد، فإذا جاز الرجوع إلى بدل العين كانت الإباحة مستمرة، وهذا معناه عدم لزوم المعاطاة بمجرد تلف العين.

قلت: إنّ ما ذكر يتمّ على فرض صحّة جريان قاعدة اليد في المقام، لكنّ الصحيح عدم جريانها؛ لانتفاء الموضوع، إذ المقصود من اليد في هذه القاعدة هو خصوص اليد العادية، والمفروض انتفاؤها في المقام، إذ إنّ إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة إنّما كانت بحكم الشارع وإذنه، فاليد السابقة على التلف لم تكن مضمنة قطعاً لكونها يد أمانة لا عدوان؛ لكونها مستندة إلى إذن الشارع، وبعد تحقّق التلف يستحيل انقلاب اليد الأمانيّة إلى عدوانيّة؛ لاستحالة انقلاب الواقع عمّا هو عليه، فإذا لم تكن اليد هي المقتضية للضمان فلا بدّ من استناد الضمان إلى أمر آخر والمفروض عدمه.

قال السيّد الميلاني قدّس سرّه في توضيح كلام الشيخ الأعظم وتقريب مراده: «إنّ سبب الضمان إمّا الإتلاف أو اليد، أمّا قاعدة الإتلاف (مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ) فمصطادة من موارد عديدة في الشريعة، لكن كلّ قاعدة مصطادة كذلك، فلا بدّ وأن يكون لها جهة يشترك فيها جميع الموارد، والجامع بينهما هنا هو عدم وجود الإباحة الشرعيّة، فلو كان الإتلاف من ناحية الإباحة، فلا ضمان، فالإتلاف الذي هو سبب الضمان يكون حيث لا إباحة، والمفروض هنا وجود إباحة التصرف شرعاً، فلا تجري القاعدة.

وأمّا قاعدة اليد (على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي) فهي موجبة للضمان عند

التلف، فيما لو كان الإنسان مخاطباً برّد العين حال وجودها، والمتعاطيان لم يكونا مكلفين بالأداء، فهما في حال التلف ليسا بمكلفين بأداء المثل أو القيمة<sup>(١)</sup>.  
هذا وسيأتي مزيد توضيح لعدم صحّة جريان قاعدة اليد عند بيان حكم الصور الأخرى.

### الصورتين الثانية والثالثة: تلف أحد العوضين وتلف بعض أحدهما

جمع الشيخ الأعظم قدّس سرّه بين هاتين الصورتين؛ لكون حكمهما واحداً؛ لوحدة الملاك فيهما، وبيان هذا الحكم يستدعي البحث أيضاً في مقامين:

#### المقام الأوّل: بناءً على إفادة المعاطاة الملك

بناءً على ترتّب الملك الجائز في المعاطاة لا إشكال في ثبوت اللزوم لها مع تلف أحد العوضين أو تلف بعض أحدهما، وذلك لما ذكرناه في الصورة الأولى من أنّ موضوع الجواز في الثابت للمعاطاة بالإجماع هو تراّد العوضين، فمع إمكان التراّد يترتب الحكم، ومع عدم الإمكان كما هو مفترض هذه الصورة ينتفي الحكم وهو الجواز، فتكون أصالة اللزوم محكّمة، وعليه فلو حصل التعاطي بمبادلة كتاب بدرهمين، فاحترق الكتاب أو ضاع أحد الدرهمين لزم العقد ولا يجوز رجوع المالك الأصلي على الآخر في ما أعطاه.

#### المقام الثاني: بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة

أفاد الشيخ الأعظم أنّ أنظار الأعلام مختلفة في ثبوت اللزوم للمعاطاة التي تلف فيها أحد العوضين أو بعض أحدهما بناءً على إفادتها الإباحة، فذكر أنّ بعض مشايخه وفاقاً لبعض معاصريه تبعاً للشهيد الثاني في المسالك قد التزم بأصالة عدم اللزوم في هذه الصورة، والظاهر أنّ مقصوده قدّس سرّه من بعض

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٤١.



مشايخه هو السيّد المجاهد، ومن بعض معاصريه الفاضل النراقي قدّس سرّه، ولا بأس أن ننقل عباراتهم في المقام لكي يتّضح موقفهم، ثم نذكر دليلهم: أمّا الشهيد الثاني قدّس سرّه فقد قال في المسالك: «لو تلفت العينان معاً تحقّق الملك فيهما. ولو تلفت إحداهما خاصّة فقد صرح جماعة بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الأخرى، نظراً إلى ما قدمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك. ويحتمل هنا العدم، التفتاً إلى أصالة بقاء الملك للملكه، وعموم الناس مسلّطون على أموالهم. والأوّل أقوى، فإنّ من بيده المال مستحقّ قد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقّه فيملكه، وإن كان مغايراً له في الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك»<sup>(١)</sup>.

وقال أيضاً: «لو تلف بعض إحداهما احتمل كونه كتلف الجميع»<sup>(٢)</sup>، وبه صرح بعض الأصحاب محتجّاً بامتناع الترادّي في الباقي، إذ هو موجب لتبعّض الصفقة، وبالضرر، لأنّ المطلوب هو كون إحداهما في مقابل الأخرى، وفيه نظر، فإنّ تبعّض الصفقة لا يوجب بطلان أصل المعاوضة، بل غايته جواز فسخ الآخر، فيرجع إلى المثل أو القيمة، كما في نظائره، وأمّا الضرر الحاصل من التبعض المنافي لمقصودهما من جعل إحداهما في مقابلة الأخرى فمستند إلى تقصيرهما في التحفّظ بإيجاب البيع، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً، ويحتمل حينئذ أن يلزم من العين الأخرى في مقابلة التالف ويبقى الباقي على أصل الإباحة بدلالة ما قدّمناه»<sup>(٣)</sup>.

لكن يلاحظ من العبارتين اللتين نقلناهما عن المسالك أنّ كلام الشهيد الثاني في العبارة الأولى صريح في ترجيح أصالة اللزوم في صورة تلف أحد العوضين، وما

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٩.

(٢) أي: في تحقّق اللزوم.

(٣) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٥٠.

ذكره من عدم اللزوم إنّما هو مجرد احتمال، وأمّا كلامه في العبارة الثانية فهو ظاهر في ميله قدّس سرّه إلى أصالة عدم اللزوم في صورة تلف بعض أحد العوضين.

ومنه يظهر أنّ الشهيد الثاني يفصل بين صوري تلف أحد العوضين وتلف بعض أحدهما، فيرجّح القول بأصالة اللزوم في الأولى، ويرجّح أصالة عدم اللزوم في الثانية، وكان من المناسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه أن ينبّه إلى هذا التفصيل لا أن يجمع الصورتين بحكم واحد ثمّ ينسبه إلى الشهيد قدّس سرّه.

أمّا المحقّق النراقي قدّس سرّه فقد قال المستند في المسألة السادسة من مسائل الفصل الأوّل من كتاب البيع ما نصّه: «على القول بتوقّف اللزوم على الصيغة، فيجوز لكلّ منهما الرجوع في المعاطاة مع بقاء العينين.. ولو تلفت إحداها خاصّة فلا يجوز الرجوع لصاحب التالفة. وهل له ردّ الموجودة بلا مطالبة شيء لو أراد له مصلحة وامتنع صاحبه؟ الظاهر: نعم؛ لأصالة عدم اللزوم. ولصاحب الموجودة الرجوع إليها؛ لذلك أيضاً على الأقوى، ثمّ الآخر يرجع إلى قيمة التالفة أو مثله. كذا قالوا، وهو بإطلاقه مشكل، بل الموافق للقواعد أن يقال: لو كان التلف لا من جهة صاحب الموجودة فلا يرجع إليه بشيء؛ لأصل البراءة، وعدم دليل على الاشتغال. وإن كان منه، فإن قصد الرجوع<sup>(١)</sup> قبل الإتيان فعليه المثل أو القيمة.. وإن لم يقصده قبله، فمقتضى الأصول وإن كانت براءة ذمّته عن المثل أو القيمة لعدم كونه غاصباً، وجواز رجوعه إلى عينه للأصل، إلّا أنّ الإجماع ونفي الضرر يمنعان عن الأمرين معاً، فلا بدّ من أحدهما، ولكن تعيين أحدهما مشكل. وتعيين الاشتغال مطلقاً أو على كون المعاطاة إباحة محضة لقاعدة الغصب كعدم الرجوع على كونها تملكاً لئلا يلزم الجمع بين المالين

(١) سيأتي من الشيخ الأعظم بعد قليل التعريض بما أفاده المحقّق النراقي هنا من دخالة قصد الرجوع في الضمان، ومنه يظهر الوجه في نقلنا لعبارة المستند على ما فيها من طول وتفصيل.

باطل، لمنع صدق الغصب، وتسليم جواز جمع المالكين إذا اشتغلت ذمته بمثل أحدهما أو قيمته، إلا أن تعين الاشتغال بإثبات جواز الرجوع بمثل: (الناس مسلطون على أموالهم) و(على اليد ما أخذت)، ولو كان التالف بعض أحدهما أو كليهما ففيه احتمالات قد تختلف باختلاف كونها مثليين أو قيميين، أو التالف بعضه في صورة التلف من أحدهما مثلياً والآخر قيمياً أو بالعكس، وكون التالفين متساويين أو مختلفين في صورة التلف منهما<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن المحقق النراقي قدس سره لم يصرح في هذه العبارة كون الحكم بعدم اللزوم مبتنياً على إفادة المعاطاة بالإباحة، وإنما استفاد الشيخ الأعظم ذلك من إطلاق النراقي للحكم بجواز رجوع مالك العين الموجودة سواء أفادت المعاطاة الملك الجائز أم الإباحة، ومن الواضح أنه لا إشكال في هذه الاستفادة، لأن مراد الشيخ قدس سره بيان الحكم وفقاً للمعاطاة المفيدة للإباحة وهذا لا ينافيه كون الحكم متّحداً مع المعاطاة المفيدة للملك الجائز، نعم النراقي قد استدلل للحكم بقاعدة السلطنة وليس باستصحابها كما سيدعيه الشيخ بعد قليل. أما السيد المجاهد قدس سره فقد قال في المناهل: «منهل: قد بينا فيما سبق: أن المعاطاة لا تفيد اللزوم، فيجوز لكل من المتبايعين الفسخ والاسترداد وإن لم يرض الآخر به إلا في مواضع، منها: ما إذا تلف العينان.. ومنها: ما إذا تلف أحد العوضين.. ولكن في المسالك احتمال عدم تحقق اللزوم التفاتاً إلى أصالة بقاء الملك للمالكه وعموم الناس مسلطون على أموالهم، وفيه نظر؛ لأن الوجهين المذكورين إنما يتجهان إن قلنا أن المعاطاة لا تفيد نقل الملك، وأما على تقدير إفادتها الملك كما هو المختار فلا»<sup>(٢)</sup>.

(١) مستند الشيعة، المحقق النراقي، ج ١٤ ص ٢٦٠-٢٦١.

(٢) المناهل، السيد محمد بن علي الطباطبائي، ص ٢٦٩.

فالسيد المجاهد وإن كان من القائلين بإفادة المعاطاة الملك، وأنّه يذهب إلى الحكم بأصالة اللزوم في المقام لقوله بعد ذلك: «المعتمد عليه عدم جواز الفسخ حينئذ لأن الأصل عدم جواز الرجوع بعد انتقال الملك، خرج منه صورة بقاء العوضين على حالهما بالدليل، ولا دليل على خروج محلّ البحث منه، فبقى مندرجاً تحته، لا يقال: إنّ جواز الرجوع في كلّ من العينين كان ثابتاً قبل تلف أحدهما فالأصل بقاءه بعده، لأننا نقول: لم يثبت جواز الرجوع مطلقاً قبل التلف بل مع ردّ العوض، وهو ممتنع على الفرض، فلا وجه لأصالة بقاءه»<sup>(١)</sup>، إلا أن المستفاد من كلامه أن ما ذكره الشهيد الثاني في المسالك وإن كان غير صحيح بناءً على إفادة المعاطاة الملك، إلا أنّه له وجه على القول بإفادة المعاطاة الإباحة.

### دليل الحكم بعدم اللزوم

أشار الشيخ الأعظم إلى أن الدليل الذي تمسك به القائلون بعدم اللزوم في صورة تلف إحدى العينين أو بعض إحداها بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة: هو استصحاب بقاء سلطنة مالك العين على ماله، بتقريب: أن المالك كانت له سلطنة على العين الموجودة قبل تلفها، وبعد تلفها أو تلف بعضها نشكّ في بقاء سلطنته، فنستصحب بقاء السلطنة، والذي يقتضي جواز استرجاع المالك ما أباحت المعاطاة من التصرف فيها للأخذ، مع ضمان من وقع التلف في يده بالبدل.

هذا وقد استشكل بعض الأعلام والمحققين بأن التمسك باستصحاب بقاء السلطنة لإثبات عدم اللزوم في المقام لا وجه له بعد إمكان جريان قاعدة السلطنة، وهي دليل اجتهاديّ مقدّم على استصحاب السلطنة وحاكم على أي أصل عمليّ مثبت لحكم مخالف.

قال السيّد اليزدي قدس سرّه: «الأولى التمسك بعموم القاعدة لا الأصل،

(١) المناهل، السيّد محمد بن علي الطباطبائي، ص ٢٦٩.

إذ لا مجرى له مع وجود العموم، ولا مانع من التمسك به، وحيث فلا تعارضه أصالة البراءة عن الضمان، لأنّه دليل اجتهادي<sup>(١)</sup>.

وقال الميرزا الإيرواني قدس سرّه: «إنّ من حقّ المقام أن يتمسك بدليل سلطنة الناس لا بأصالة السلطنة، فإنّه ما دام الدليل الاجتهادي قائماً، لا يبقى مجال للتمسك بالدليل الفقاهتي»<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ موضوع قاعدة السلطنة هو الملكيّة، ومع احتمال بدليّة الباقي عن التالف، يحصل الشكّ في بقاء العين التالفة والموجودة على ملك مالكهما، فيكون شكّاً في موضوع قاعدة السلطنة، والقاعدة لا تثبت موضوعها، فلا مجال لإثبات الموضوع إلّا بالتمسك باستصحاب بقاء المال على ملك مالكة الأصلي، وإلّا فالتمسك بالقاعدة والحال هذه يكون من التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية.

وبعبارة أخرى: لا يمكن الاعتماد على قاعدة السلطنة في المقام، وذلك لأنّ المفروض أنّ تلف أحد العوضين أو بعض أحدهما المؤدّيان إلى الشكّ في اللزوم، وتحقّق الملزم متفرّع على تحقّق الملكيّة، ويعود الشكّ إلى بقاء المالكين في ملك

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩٧. نسب السيّد الميلاني قدس سرّه إشكالاً إلى السيّد اليزدي حاصله: أنّ ما ذكره الشيخ الأعظم من المعارضة بين الأصل والدليل غير تامّ لكون الدليل مقدّماً على الأصل، ثمّ علّق السيّد الميلاني عليه بأنّ ما ذكره اليزدي هنا إنّما هو غفلة منه عن كلام الشيخ الأعظم، إذ إنّ الشيخ قد تمسك بأصالة السلطنة لا قاعدتها، والظاهر أنّ نظر السيّد الميلاني إلى ما ذكره السيّد اليزدي في العبارة المذكورة، ولم يتّضح لنا كيف استفاد السيّد الميلاني ذلك من العبارة، إذ ظهرها أنّ السيّد اليزدي يرى أنّ الأولى بالشيخ أن يتمسك بعموم قاعدة السلطنة؛ لشمولها المقام، بدلاً من التمسك باستصحاب السلطنة، إذ الدليل الاجتهادي مقدّم على الدليل الفقاهتي، وأين هذا ممّا ذكره السيّد الميلاني قدس سرّه؟! (راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٤٩).

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٥.

مالكهما، فيعدّ التمسك بالقاعدة حيثئذ تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل، فإنّ موضوع (الناس مسلّطون على أموالهم) هي أموالهم، والمحمول السلطنة، ولا بدّ في البداية إحراز الموضوع ثمّ بعد ذلك يتمسك بالقاعدة لتطبيق المحمول، ومع حصول الشكّ في طرؤ الملزم يحصل الشكّ في تحقّق الموضوع، وحيثئذ لا مجال للتمسك بقاعدة السلطنة لإثبات عدم اللزوم، لأنّه يعدّ تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية، بل لا بدّ من استصحاب بقاء الملك إلى أن يثبت موضوع القاعدة تعبّداً<sup>(١)</sup>.

ولذا قال السيّد الميلاني قدّس سرّه: «إنّه بعد تلف إحدى العينين واحتمال كون العوض الموجود بيد الآخر ملكاً له، فلا مجرى للقاعدة؛ لعدم إحراز كونه ملكاً له، فصدق (أموالهم) عليه غير معلوم، لكنّه مجرى للاستصحاب، فيستصحب بقاء المال على الملكية السابقة وتترتب عليه السلطنة»<sup>(٢)</sup>.

وأفاد المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه أنّه كي نعرف أنّ الجاري في المقام هو قاعدة السلطنة أم أصالة السلطنة، لا بدّ أن نعرف ما هو المقصود من لزوم المعاطاة عند تلف أحد العوضين أو بعض أحدهما، بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة. فإذا كان المقصود من اللزوم هو بقاء المال على صفة الإباحة وعدم زوالها، وأنّ الجواز المقابل له المقصود منه إزالة الإباحة عنه بالرجوع فيه، فموضوع قاعدة السلطنة - وهو المال المضاف بإضافة الملكية إلى ماله - محرّز قطعاً، فلا مجال حيثئذ إلاّ للقاعدة. وأمّا إذا كان المقصود من اللزوم في صورة تلف أحد المالكين تعيّن الباقي بدلاً للتالف ملكاً، فيكون بدلاً جعلياً من الشارع للملك التالف، فالموضوع غير

(١) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٥٤٥.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٤٩.

باقٍ قطعاً. ومع الشكّ في تعيّن الباقي ملكاً لا مجال للاستدلال بالقاعدة؛ لعدم إحراز الموضوع وهو الملكيّة، فلا مجال حيثنّذ إلا للأصل<sup>(١)</sup>.

نعم لا حاجة إلى إجراء الاستصحاب في بقاء السلطنة بعد إجراءاته في الموضوع وهو الملكيّة، لأنّ الأصل الموضوعي حاكمٌ على الأصل الحكمي. اللهمّ إلا أن يقال: إنّ المستصحب وهو السلطنة بمعنى الملك، فيكون قول الشيخ الأعظم في المتن: (وملكه لها) عطف تفسير للسلطنة، فيكون المستصحب هو الموضوع لا شيئاً آخر.

### اعتراض الشيخ الأنصاري على دليل عدم لزوم

ناقش الشيخ الأعظم في دليل القائل بأصالة عدم اللزوم عند تلف إحدى العينين أو بعض إحداها بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة، وحاصل هذه المناقشة: نحن نسلم أنّ استصحاب بقاء سلطنة المالك تقتضي عدم لزوم المعاطاة، إلا أنّ هذا الاستصحاب معارض بأصالة براءة ذمّة<sup>(٢)</sup> من تلف المال عنده عن المثل لو كان التالف مثلياً، وعن القيمة لو كان التالف قيميّاً، والذي يقتضي لزوم المعاطاة، وكون التالف من مال الآخذ بالمعاطاة، ونتيجة هذا التعارض سقوط

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢١٤.

(٢) الظاهر: أنّ مقصود الشيخ الأعظم من أصل البراءة هنا: استصحاب عدم اشتغال الذمّة عن المثل أو القيمة، لا البراءة بما هي أصلٌ حكميٌّ، فقبل التلف لم تكن ذمّة مالك العين الموجودة مشغولة بالبدل الواقعي للعين التالفة، فالأصل عدم اشتغالها بذلك بعد التلف أيضاً. قال الميرزا الإيرواني قدّس سرّه: «فأصالة الاستصحاب عندهم حاكم على أصالة البراءة إلا أن يتمسك هناك أيضاً باستصحاب براءة الذمّة عن المثل والقيمة، بل هذا هو الظاهر من العبارة دون أصالة البراءة عن التكليف بأداء المثل والقيمة». (حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٥).

أصالة بقاء السلطنة، فلا يبقى دليل على بقاء الإباحة وعدم اللزوم وجواز الرجوع في العين الموجودة.

إن قلت: لا تعارض بين أصالة بقاء السلطنة وأصالة البراءة عن الضمان، وذلك لعدم المنافاة بين الحكم بجواز الرجوع الثابت باستصحاب بقاء السلطنة والحكم بعدم ضمان التالف، فالمالك يجوز له الرجوع بالعين الموجودة غير التالفة ومع ذلك لا يكون ضامناً لبذل ما تلف في يده.

قلت: إن التعارض بين الحجّتين تارة يكون تعارضاً بالذات وأخرى يكون تعارضاً بالعرض، أي: بواسطة دليل ثالث، فمثلاً: إذا ورد لدينا دليلان أحدهما يدلّ على وجوب صلاة الظهر يوم الجمعة والآخر يدلّ على وجوب صلاة الجمعة، فالدليلان من حيث مدلولهما المطابقي والتضمّني لا منافاة بينهما، إذ يمكن أن يؤتى بكلا الصلاتين يوم الجمعة، لكنّ الإجماع دلّ على عدم وجوب صلاتين فريضة قبل صلاة العصر، وهذا الدليل الثالث هو الذي أدّى إلى حصول التنافي بين الدليلين بحيث يعلم إجمالاً بكذب أحدهما.

وما نحن فيه من هذا القبيل، إذ لا تعارض ذاتاً بين أصالة السلطنة وأصالة براءة الذمّة، وإنّما التعارض بينهما بالعرض، للملازمة بين الرجوع وضمان بدل التالف من المثل أو القيمة، ومنشأ هذه الملازمة إمّا القطع بعدم مجانيّة التالف، وإمّا دعوى الإجماع المركّب على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية وجواز رجوع مالك العين التالفة ببذلها.

قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: «لا يخفى عليك: أنّ أصالة البراءة عن الضمان لا تعارض أصالة بقاء السلطنة بالذات، بل المعارضة بينهما بالعرض، أمّا للقطع بعدم مجانيّة التالف، أو لما ادّعاه بعض الأعلام من تلامذته رحمهم الله من الإجماع المركّب على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية وجواز رجوع



مالك العين التالفة ببدها»<sup>(١)</sup>.

هذا حاصل الإشكال الذي ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه على القائلين بأصالة عدم اللزوم وبقاء الإباحة عند تلف أحد العوضين أو بعض أحدهما.

### إشكالية التمسك بقاعدة اليد

بعد أن بيّن الشيخ الأعظم المعارضة الحاصلة بين أصالة بقاء السلطنة وأصالة براءة الذمّة عن التالف، والتي لأجلها سوف تسقط أصالة بقاء السلطنة ولا يبقى دليل على عدم اللزوم، تعرّض قدّس سرّه إلى إشكال مقدّر حاصله: أنّه لن تصل النوبة إلى حصول التعارض المذكور بين أصالة السلطنة وأصالة البراءة وذلك لوجود دليل اجتهاديّ حاكم على أصالة البراءة وهو قاعدة اليد، إذ بناءً على القول بالإباحة في المعاطاة يكون كلّ واحد من المتعاطيين قد وضع يده على مال الآخر من دون أن يدخل المال في ملك الآخذ، وبحسب قاعدة اليد تكون يد الآخذ هنا مضمّنة، فإذا تلف المال في يده وجب عليه أدائه إلى مالكة بالمثل أو القيمة، ومع وجود هذه القاعدة الاجتهاديّة لا موضوع لأصالة براءة ذمّة من تلف المال عنده عن البدل، فتبقى أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة بلا معارض، وتكون نتيجة الجمع بين قاعدة اليد واستصحاب بقاء السلطنة هي عدم لزوم المعاطاة المفيدة للإباحة بتلف إحدى العينين أو بعض أحدهما، فيجوز للمالك استرداد عينه ودفع بدل العين التالفة مثلاً أو قيمة إلى مالكة.

ثمّ أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الإشكال بما حاصله: أنّ قاعدة على اليد غير جارية في المقام، إذ اليد قبل تلف العين ليست يد ضمان قطعاً، لأنّها إنّما استقرّت على العين بإذن وترخيص من قبل الشارع، لكون الإباحة الثابتة للمعاطاة إباحة شرعيّة، ومع هذا الإذن يكون الضمان منتفياً، إذ الموجب للضمان

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢١٢.

هي اليد العدوانية لا اليد المأذونة، ولو كانت يد ضمان لكانت موجبة للضمان أيضاً في الصورة السابقة وهي صورة تلف كلا العينين، وأمّا اليد حال التلف فهي متفية قطعاً لكونها معدومة عند الحكم بالضمان، وبمعنى آخر لم يبق شيء حتى يتحقق به قاعدة اليد، فتكون القاعدة متفية من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

ولا فرق في عدم اقتضاء قاعدة اليد الضمان بين أن يكون مالك العين الموجودة الذي تلف عنده المال قاصداً لإمضاء المعاطاة وإلزامها وبين أن يكون قاصداً الرجوع<sup>(١)</sup>، إذ مع قصده الإمضاء تكون العين الموجودة عوضاً مسمى عن العين التالفة ولا ينتقل إلى المثل أو القيمة، ولم تنقلب اليد من كونها أمانية قبل التلف إلى عدوانية بعده كي توجب الضمان، ومع قصده الرجوع واسترداد ماله فلا موجب لضمان البدل، لأنّ دليل الضمان بحسب الفرض منحصر بقاعدة اليد، واليد قبل التلف كانت يد أمانة لكونها مأذونة من قبل الشارع، وهي لا تنقلب إلى يد عدوان بمجرّد قصد الرجوع.

والحاصل: أنّ الموجب لضمان البدل هو الاستيلاء على مال الغير من دون إذن من المالك أو الشارع، والمفروض في المقام وجود الإذن من قبل الشارع، فتكون يد كلّ واحد من المتعاطيين يد أمانة لا عدوان، فتكون خارجة تخصّصاً من قاعدة (على اليد ما أخذت حتى تؤدّي). وعليه فالتعارض بين أصالة بقاء سلطنة المالك وأصالة براءة الذمة عن بدل التالف مستقرّ، ومعه لا وجه لبقاء الإباحة بعد تلف أحد العوضين أو بعض أحدهما والتمسك بأصالة عدم اللزوم وجواز الرجوع واسترداد العين مع ضمان البدل من المثل أو القيمة كما ادّعاه البعض.

(١) هذه إشارة من الشيخ الأعظم لما ذكره المحقّق النراقي في المستند من التفصيل في ثبوت الضمان بين قصد الرجوع وعدمه، وقد سبق أن نقلنا عبارة المستند في أوائل البحث في المقام الثاني من الصورتين الثانية والثالثة فراجع.

قد يقال: إن نفي الضمان بشكل قاطع قبل التلف وبعده هنا يتنافى مع ثبوت أصالة براءة الذمة المدعى معارضتها لأصالة بقاء السلطنة، فإن أصالة البراءة موردها الشك في اشتغال الذمة بالبدل، ومع نفي الضمان كيف يتحقق الشك<sup>(١)</sup>؟ والجواب: إن نفي ثبوت الضمان بقاعدة اليد لا ينافي ثبوته من جهات أخرى، إذ من الواضح أن كل واحد من المتعاطين قد سلط صاحبه على ماله لكن هذا التسليط ليس مجّاناً وإنما على جهة الضمان، ونفي الضمان من جهة لا يتعارض مع ثبوته من جهة أخرى، فتأمل جيّداً<sup>(٢)</sup>.

### تهافت في كلام الشيخ الأنصاري

تعرّض الشيخ الأعظم في المباحث السابقة إلى دعوى الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدّس سرّه من أن القول بإفادة المعاطاة الإباحة مستلزم لتأسيس قواعد

---

(١) هذا الإشكال بعينه يأتي أيضاً عندما يختار الشيخ الأعظم بعد قليل كون ضمان التالف ببدله معلوماً، إذ نفي الضمان يتنافى مع معلوميّته، والجواب عليه هو الجواب.

(٢) لعلّه إشارة إلى أن سبب الضمان إن لم يكن بقاعدة على اليد فهو إمّا لقاعدة الإقدام أو لقاعدة (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)، أما الضمان بقاعدة الإقدام فلا يسلم ثبوته في المقام، إذ صحيح أن المتعاطين قد أقدموا على الإعطاء والتملك بعوض، وهذا معناه إقدامهما على الضمان بالمسمّى المذكور في العقد، لكن الإجماع قام على أن الحاصل من التعاطي هو الإباحة الشرعية التعبدية، وهو على خلاف ما أقدموا عليه، وبالتالي فإن الضمان بالمثل أو القيمة عند حصول التلف لم يقدموا عليه، وما أقدموا عليه من ضمان المسمّى لم يتحقّق، وعليه فالحكم بثبوت الضمان الواقعي بالمثل أو القيمة بقاعدة الإقدام غير وجيه، ولو سلّمنا ثبوت الضمان الواقعي بهذه القاعدة فلا بدّ أن نسلم أن اليد الحاصلة ليست يد أمانة بل هي يد ضمانية، باعتبار أن كلّاً من المتعاطين قد أقدم على تسليط الآخر على ماله بعوض وليس مجّاناً، نعم هي ليست يد عدوان لكنّها مع ذلك ضامنة من جهة الإقدام، وأما الضمان بقاعدة (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) فهو ممتنع؛ لاختصاص هذه القاعدة بالعقود الفاسدة، والمفروض أن المعاطاة ليست معاملة فاسدة؛ لجواز التصرف في المأخوذ بها.

جديدة في الفقه لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه الالتزام بها، وكانت إحدى هذه القواعد هو جعل التلف السماوي من جانب مملّكاً للجانب الآخر، فأجاب الشيخ الأعظم قدّس سرّه عن هذا الاستبعاد بأن مقتضى الجمع بين الأدلة في صورة تلف العوضين في المعاطاة بناءً على إفادتها الإباحة دخول كلّ من العوضين في ملك مَنْ كان في يده قبل التلف أنا ما، ليكون التلف حاصلًا في ملك الآخذ فلا ضمان، وهذه النتيجة هي حصيلة الجمع بين أدلة ثلاثة:

**الدليل الأوّل:** الإجماع القائم على ثبوت الإباحة للمعاطاة.

**الدليل الثاني:** قاعدة (على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي) المقتضية لثبوت الضمان حال الاستيلاء على المال ما دام موجوداً بخصوصيّاته الشخصيّة والماليّة والنوعيّة، وبعد التلف تزول خصوصيّات المال الشخصيّة فتبقى النوعيّة أو الماليّة، فيحصل الضمان بالبدل من المثل إن كان مثلياً أو القيمة إن كان قيميّاً.

**الدليل الثالث:** استصحاب بقاء الملك المقتضي لبقاء كلّ مال على ملك صاحبه الأصلي.

والجمع بين هذه الأدلة الثلاثة ينتج الحكم باستمرار الإباحة في المعاطاة إلى حدّ الإمكان، وهو الزمان السابق على التلف بحكم الإجماع والاستصحاب، وأمّا بعد هذا الزمان فلا مجال للحكم بالإباحة لكونه منافيّاً حينئذ لقاعدة اليد، وبالتالي تحصل الملكية قبل التلف أنا ما.

والحاصل: أنّ الشيخ الأعظم يرى أنّ قاعدة اليد لا مانع من جريانها، وأنّ اجتماعها مع الإجماع والاستصحاب هو الذي اقتضى دخول المأخوذ بالمعاطاة في ملك المباح له أنا ما قبل حصول التلف ليقع التلف في ملكه وينتفي الضمان.

قال قدّس سرّه: «وأما كون التلف مملّكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة - كما هو الظاهر - كان كلّ من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كلّ منهما

من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع وبين عموم (على اليد ما أخذت) وبين أصالة عدم الملك إلّا في الزمان المتيقّن وقوعه فيه»<sup>(١)</sup>.

ومن الواضح أنّ هذه النتيجة مخالفة تماماً لما ذكره هنا وفي صورة تلف كلا العوضين من عدم صحّة التمسك بقاعدة (على اليد) لإثبات عدم اللزوم وتحقيق الضمان الواقعي لمن حصل التلف في يده.

وأشار إلى هذا الإشكال الميرزا النائيني بقوله: «ثمّ ممّا ذكرنا ظهر ما في قوله قدّس سرّه: (لأنّ تلفه من مال مالكة، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه)، لما عرفت من أنّ التالف ملك لمن تلف عنده، لا للمبيح، فإنّ كونه من مال المبيح منافٍ لكون كلّ من المالكين مضموناً على الآخر بالضمان المعاملي، بل هو قدّس سرّه أيضاً صرح بما ذكرنا في جواب استبعاد الشيخ الكبير كون التلف من الجانبين معيّناً للمسمّى من الطرفين.. وبالجملّة: ما ذكره في المقام منافٍ لما تقدّم منه كما لا يخفى»<sup>(٢)</sup>.

كما أشار إليه أيضاً أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه حيث قال: «ويرد عليه أنّ هذا البيان إنّما يتمّ على القول بكون الإباحة المترتبة على المعاطاة - المقصود بها الملك - إباحة مالكيّة، ولكن قد ذكرنا مراراً أنّها إباحة شرعيّة عليه. فيجري هنا ما أفاده المصنّف - عند التكلّم على كلام بعض الأساطين - من الالتزام بحصول الملكيةّ أنّها ما قبل التلف، وإنّما التزم بذلك هناك من ناحية الجمع بين الأدلّة. وإذن فاللزام عليه أن يحكم هنا بكون التلف في ملك المالك الثاني وكونه ضامناً بالمسمّى، بديهية أنّ الإجماع يقتضي عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة، إذ

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٤٩.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٩٧.

المفروض أنّ المعاطاة لم تفد إلاّ الإباحة وقاعدة ضمان اليد تقتضي كون التلف من ذي اليد، وأصالة بقاء المال في ملك مالكة الأول يقتضي عدم تحقّق الملكية إلاّ أنا ما قبل التلف، وإذا حصلت الملكية فلا مناص عن الحكم بالضمان بالمسمّى، وهذا واضح لا ريب فيه»<sup>(١)</sup>.

وذكر السيّد الميلاني قدّس سرّه: أنّه «قد تقدّم - في الكلام على ما ذهب إليه كاشف الغطاء رحمه الله من أنّ القول بإفادة المعاطاة للإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة - قول الشيخ: بأنّه إذا تلف المأخوذ بالمعاطاة نستكشف الملكية قبله أنا ما، وعلى ما ذكره هناك، يكون التلف من كلّ منهما في ماله، فإذا لا موضوع للضمان.. نعم لو قيل في البحث عن تلك القاعدة، بأنّ الإقدام على الضمان لا يكون سبباً لضمّان المثل أو القيمة بتلف العوضين، كان لما ذكره وجه، لكنّه لا يقول بذلك»<sup>(٢)</sup>.

وعليه، فما أفاده الشيخ الأعظم قدّس سرّه هنا ينافي كلامه هناك، ولا طريق للجمع بينهما، ولعلّ الشيخ قد عدل عن رأيه السابق إلى ما أثبتّه هنا، كما نبّه على ذلك أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني بقوله: «الصحيح ما ذهب إليه الشيخ هنا من عدوله عن مبناه السابق، لأنّه كان مبنيّاً على ثلاثة أدلّة وهي الإجماع والاستصحاب والقاعدة، حيث اقتضت اجتماعهما انتقال الملكية قبل التلف أنا ما، أمّا في المقام فإنّ الشيخ اعتبر قاعدة اليد ساقطة، حينما صارت يد المتصرّف المتلف أمانيّة لا ضمانيّة، والانتقال قبل التلف أنا ما من آثار اليد الضمانيّة، ولا يمكن عدّ يد المتلف في المقام ضمانيّة ونجري في حقّها عموم قاعدة اليد بعد ثبوت الإباحة الشرعيّة، حيث حكم الشارع بإباحة تصرّفات المتعاطين في المال،

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٢٣-٢٢٤.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٤٢.

وهذا الحكم الشرعي ملازم لجواز الاستيلاء، المفيد لصيرورة المال أمانة شرعية في يد المتصرف، فلا مجال للحكم بثبوت الضمان كما ذهب إليه الشيخ<sup>(١)</sup>.

لكن الميرزا النائيني قدس سره يرى أن ما أثبتته الشيخ الأعظم هنا من عدم جريان قاعدة على اليد غير صحيح، بل ما ذكره يهدم به أسس باب المعاوضة، «فإن (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) قاعدة مستخرجة من قواعد المعاوضات، وأساسها يبتنى على الضمان قبل تلف العين وبعده. أمّا قبله فبالعوض المسمى، وأمّا بعده فبالعوض الواقعي من جهة عموم (على اليد) فإن اليد على مال الغير توجب ضمانه إذا لم يكن مجّائياً، فما دام العين باقية فالتضمن يقتضي بدلية كلّ من العينين عن الأخرى، فإذا رجع إحدهما إلى مالكة الأصلي ترجع الأخرى إلى مالكة أيضاً إذا كانت باقية، وعوضها إذا كانت تالفة. نعم، معنى ضمانها عند التلف هو الضمان عند الفسخ والرجوع، وأمّا مع الإمضاء وعدم الرجوع فلا معنى للضمان<sup>(٢)</sup>.

وما أفاده الميرزا بنى عليه السيّد الخوئي قدس سره في إشكاله على الشيخ الأعظم بقوله: «الظاهر أن اليد هنا يد ضمان، ضرورة أن المعاطاة وإن كانت مفيدة للإباحة إلا أن الأخذ والإعطاء فيها ليسا بمجّانيين، بل في مقابل عوض المسمى، وعليه فإذا تلفت إحدى العينين وبقيت الأخرى كانت العين الباقية بدلاً جعلياً عن العين التالفة. ومن هنا قد التزم المصنّف - عند البحث عن كلام بعض الأساطين - بالضمان المعاوضي في المأخوذ بالمعاطاة، وإنّما التزم بذلك من ناحية الجمع بين الأدلة، وإذا لم تكن العين الباقية بدلاً جعلياً عن العين التالفة وجب الخروج عن عهدها بإعطاء المثل أو القيمة<sup>(٣)</sup>.

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٥٣٦.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠١.

(٣) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٢٦.

ثم ذكر السيّد الأستاذ قدّس سرّه أنّ اليد إنّما لا تكون موجبة للضمان في موردين:

الأوّل: أن يسلّط المالك الغير على التصرف في ملكه مجّاناً بلا عوض ومقابل، وهذا هو الحجر الأساس لقاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده).  
الثاني: أن تكون اليد أمانة سواء كانت أمانة شرعية أم مالكية، إذ ليس على الأمين من سبيل.

ومن الواضح أنّ كلا هذين الموردين متفیان في المقام، فلا مناص حينئذ من الالتزام بالضمان وفقاً لقاعدة على اليد<sup>(١)</sup>.

وقريب من كلام العلمين ما ذكره السيّد الميلاني قدّس سرّه والذي انتهى فيه إلى جريان قاعدة على اليد في المقام وأنها مؤيدة لما استدللّ به القائلون بعدم لزوم من أصالة بقاء السلطنة، فراجع<sup>(٢)</sup>.

### دليل الشيخ الأنصاري على صحّة التمسك بأصالة عدم اللزوم

بعد أن بيّن الشيخ الأعظم دليل الأعلام القائلين بعدم اللزوم بالتمسك بأصالة بقاء السلطنة، وبيان الإشكال بكونه معارضاً بأصالة براءة الذمة عن بدل التالف المقتضي لسقوط الدليل على عدم اللزوم، رجع قدّس سرّه وأيد ما استوجهه القائلون بعدم اللزوم وبقاء الإباحة مع ضمان مالك العين الموجودة لبدل ما تلف في يده، وذلك بوجوه ثلاثة:

الوجه الأوّل: لا معارضة بين أصالة بقاء سلطنة المالك وأصالة براءة الذمة عن بدل التالف

وذلك لأنّ أصالة البراءة وعدم الضمان أصل مسببي وأصالة بقاء السلطنة

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٢٧.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٥٢.



أصل سببيّ، والقاعدة تقتضي حكومة الأصل السببي على الأصل المسببيّ، فلا تجري حينئذ أصالة عدم الضمان مع جريان أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة حتّى يقال بحصول التعارض بينهما.

وبعبارة أخرى: إنّ الشكّ في ضمان من تلفت العين في يده المأخوذ في موضوع أصالة براءة الذمة مسبّب عن الشكّ في بقاء سلطنة من تلفت العين في يده على ماله الموجود في يد الغير، فإذا أجرينا استصحاب بقاء السلطنة ينتج جواز رجوع مالك العين الموجودة واستردادها من يد الغير مع ضمان بدل العين التي تلفت في يده، وإذا لم يجر استصحاب بقاء السلطنة فعندئذ لا تبقى سلطنته على ماله الموجود فلا يكون ضامناً لأداء البدل من المثل أو القيمة، وعليه فالشكّ في الضمان مسبّب عن الشكّ في بقاء السلطنة، ومع جريان استصحاب السلطنة يقطع بترتب الضمان، فلا شكّ فيه حتّى نجري أصالة عدم الضمان، وبعبارة أخرى يكون جريان استصحاب السلطنة رافعاً لموضوع أصالة عدم الضمان، فيكون حاكماً عليه.

هذا ما أفاده الشيخ الأعظم قدّس سرّه في هذا الوجه لتصحيح أصالة عدم اللزوم في المقام تأييداً لبعض مشايخه.

واعترض عليه: بامتناع الحكومة في المقام، لكون السببيّة غير شرعيّة، إذ الضمان ليس من آثار السلطنة شرعاً حتّى تكون أصالة بقاء السلطنة مثبتة له، بل الأثر المترتب على أصالة السلطنة هو مجرد جواز الرجوع بالعين الموجودة واستردادها، نعم يكون الضمان ملازماً عقلياً للرجوع، وعليه فلا معنى لتقدّم الأصل الجاري في أحد المتلازمين على أصل الآخر.

ولذا قال الميرزا الإيرواني قدّس سرّه: «لأنّ حكومة أصالة بقاء السلطنة على أصالة البراءة إنّما تتمّ إذا كان مفاد أصالة بقاء السلطنة وأثرها الشرعي رفع البراءة، أو إثبات ضدّها، أي: الاشتغال، وإلاّ فمجرد السببيّة والمسببيّة لا أثر له.

ولا شبهة أنّ أثر أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة ليس اشتغال ذمته بالمثل أو القيمة أو عدم خلوّ ذمته عنهما، بل أثرها الشرعي هو رجوع العين إلى ملكه لو فسخ. نعم، لازم رجوعها إليه أن يضمن بدل التالف؛ لما ثبت من الخارج أنّه لم يعط مالك التالف ماله مجاناً، والملازمة الخارجية غير مفيدة في رفع الشكّ المسببي<sup>(١)</sup>.

وتبعه في ذلك أستاذنا السيّد الخوئي حيث قال: «إنّا ذكرنا في محلّه أنّ مجرد كون أحد الأصلين سببياً والآخر مسببياً لا يسوغ حكومة الأوّل للثاني، بل لا بدّ في ذلك أن يكون ارتفاع الثاني أو ثبوت ضده أثراً شرعياً للأوّل. ومن البديهي أنّ عدم البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة ليس من الآثار الشرعية لاستصحاب السلطنة لكي يترتب عليه ارتفاع أصالة البراءة عن الضمان بالبدل الواقعي، وإنّما الأثر الشرعي المترتب على استصحاب السلطنة هو جواز رجوع مالك العين إليها، ومن لوازمه العقلية ضمانه بالبدل الواقعي للعين التالفة، ضرورة قيام القرينة الخارجية على أنّ مالك العين التالفة لم يعطها لمالك العين الباقية إعطاءً مجانياً. ومن البديهي أنّ هذه الملازمة الخارجية لا تدلّ على ارتفاع الأصل المسببي بالأصل السببي إلّا على القول بالأصل المثبت، وهذا واضح لا ريب فيه»<sup>(٢)</sup>.

إذن، فالحكومة هنا غير جارية، لكونها مشروطة بأن تكون السببية شرعية والحال أنّها ليست كذلك، بل الأصل هنا مثبت، لأنّ أصالة بقاء السلطنة إنّما تثبت حقّ الرجوع، وبما أنّ مال الآخر لم يكن بلا مقابل، يلزم منه عقلاً براءة الذمّة. بل قد يقال إنّ المورد بالعكس، بأن يكون الشكّ في الرجوع مسبباً عن الشكّ في اشتغال الذمّة ببدل التالف، فيكون الحاكم حينئذ أصالة عدم الضمان

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠٢.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا التوحيدي، ج ٢ ص ٢٣٠.

لا أصالة السلطنة<sup>(١)</sup>.

ثم إنَّ هناك تقريباً آخر للحكومة بناءً على كون المقصود من أصالة عدم الضمان هو أصالة البراءة عن التكليف بالضمان، بأن يقال: إنَّ الاستصحاب حاكم على البراءة مطلقاً وإن كان مورهما متعدداً كما في ما نحن فيه، ونسب السيّد الخوئي هذا التقريب لجمع من المحققين<sup>(٢)</sup>.

ثم أجاب عنه بما حاصله: إنَّ حكومة الاستصحاب على البراءة لا تتمّ إلّا من جهة كون الاستصحاب نافياً لموضوع البراءة ورافعاً له، وهذا لا يكون إلّا إن كان مجراهما في مورد واحد، وأمّا مع تعدّد المورد فلا وجه لحكومة أحدهما على الآخر وتقديمه، إلّا مع الالتزام بحجّة الأصل المثبت.

قال قدّس سرّه: «إنَّ دليل الاستصحاب إنّما يكون حاكماً على أصالة البراءة فيما إذا كان مجراهما واحداً، فإنَّ الواقع حينئذٍ يحرز بالاستصحاب فلا يبقى مجال للرجوع إلى البراءة، أمّا إذا تعدّد المجرى فلا موجب للتقديم، فإذا علمنا إجمالاً بوقوع نجاسة في الماء أو علمنا بكون المائع الآخر بولاً، كان استصحاب عدم وقوع النجس في الماء معارضاً بقاعدة الطهارة في المائع الآخر، لا أنّ الاستصحاب يجري وتثبت به نجاسة ذلك المائع، والمقام من هذا القبيل، إلّا أن يلتزم بحجّة الأصل المثبت، فإنّه لا مانع حينئذٍ من جريان الاستصحاب وحكومته على أصالة الطهارة أو أصالة البراءة. وعليه فالعمل باستصحاب السلطنة وتقديمه على أصالة براءة الذمّة عن الضمان منوط بحجّة الأصل المثبت، فيحكم بعدم براءة الذمّة عن البدل الواقعي لأنّه من اللوازم العقلية لبقاء السلطنة»<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٥٣.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا التوحيدى، ج ٢ ص ٢٣٠.

(٣) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيدى، ج ٢

### الوجه الثاني: إنّ أصالة براءة الذمة عن بدل التالف غير جارية في المقام

توضيح ذلك: إنّ أصالة البراءة عن الضمان إنّما تجري مع فرض الشك في تعلّق الضمان في الذمة، وأمّا مع صورة العلم ولو إجمالاً فلا موضوع حتّى تجري وتكون معارضة لأصالة السلطنة، والمفروض في المقام أنّه لدينا علم في كون مالك العين الموجودة ضامناً ببدل العين التي تلفت في يده، ولم يختلف في ذلك أحد من الأصحاب، غاية الأمر أنّ الخلاف فيما بينهم في كون هذا الضمان هل هو بالبدل الحقيقي من المثل أو القيمة أو بالبدل المسمّى من العين الموجودة، فيتركها مالکها عند أخذها ولا يرجع عليه بها، ومن الواضح أنّ هذا العلم الإجمالي هو كالعلم التفصيلي في كونه مانعاً من جريان أصالة براءة الذمة لكونه رافعاً لموضوعها، ومجرد الشك في خصوصيات الضمان بكونه واقعياً أم جعلياً بالمسمّى لا ينفع في تحقّق موضوع أصالة براءة الذمة، وعليه فلا أصل يعارض أصالة بقاء السلطنة. هذا هو تقريب الوجه الثاني الذي ذكره الشيخ الأعظم لإثبات عدم جريان أصالة براءة الذمة، ومن الواضح أنّه مبتنيّ على وجود قصور في المقتضي.

### تقريب آخر للوجه الثاني

وهناك تقريب آخر ذكر بعض المحقّقين<sup>(١)</sup> أنّه هو الظاهر من عبارة الشيخ الأعظم هنا، يبتني على وجود مانع يمنع من جريان أصالة براءة الذمة، حاصله: أنّ العلم الإجمالي بثبوت الضمان في ذمة من تلف المال في يده وإن كان متحقّقاً،

ص ٢٣٠-٢٣١. وراجع: التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٦٥.

(١) قال الشيخ الوحيد: «ولا يخفى أنّ كلام الشيخ من عدم جريان البراءة ناظر إلى الوجه الثاني (عدم الجريان عائداً إلى وجود المانع برغم وجود المقتضي) دون الأوّل ظاهراً». (العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٥٥٠).

إلا أن الشك في خصوصيات الضمان من كونه واقعياً أم جعلياً سوف يمنع من ترتب الأثر على المعلوم بالإجمال، وذلك بسبب تعارض جريان الأصل في كل طرف من الطرفين الآخر، إذ أصالة عدم ضمان البديل الجعلي المسمى تتعارض مع أصالة عدم ضمان البديل الواقعي الحقيقي، فيتساقطان، فيبقى استصحاب سلطنة المالك سالمة عن المعارضة بأصالة براءة الذمة عن البديل.

وفيه: أنه لا وجه لاعتبار أصليين في المقام وتعارضهما وتساقطهما، بل الموجود بحسب هذا التقريب ثلاثة أصول، الأول: أصالة بقاء سلطنة المالك على المال الموجود، والثاني: أصالة براءة الذمة عن البديل المسمى، والثالث: أصالة براءة الذمة عن البديل الحقيقي، وهذه الأصول الثلاثة جميعاً متعارضة فيما بينها مما يؤدي إلى سقوطها بأجمعها، وعليه فلا وجه لإبقاء أصالة السلطنة خارجة عن دائرة التعارض<sup>(١)</sup>.

### إشكال للسيد اليزدي

ذكر السيد اليزدي إشكالاً على ما أفاده الشيخ الأعظم في الوجه الثاني لتصحيح التمسك بأصالة بقاء السلطنة، حاصله: أن العلم الإجمالي المذكور في هذا الوجه الرافع لموضوع أصالة عدم الضمان منحل، وذلك لأنه قبل تلف العين لم يتعلّق الضمان بالبديل الحقيقي من المثل أو القيمة بل كان متعلّقاً بالبديل الجعلي المسمى، وبعد حصول التلف نشك في استمرار بقاء هذا النحو من الضمان فيستصحب، فتكون النتيجة وجود أصل مثبت في أحد طرفي العلم الإجمالي وهو استصحاب ثبوت الضمان المسمى، ووجود أصل نافي في الطرف الآخر وهو أصالة عدم الضمان بالبديل الحقيقي من المثل أو القيمة، فلا يتعارض

(١) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٥٥٠.

الأصلان في طرفي العلم الإجمالي، وبالتالي تكون أصالة عدم الضمان الحقيقي لا معارض لها، فلا يضرّ العلم الإجمالي في المقام.

قال قدّس سرّه بعد أن بيّن مراد الشيخ الأعظم من العبارة بكون العلم الإجمالي بالضمان على أحد الوجهين يمنع من جريان أصل البراءة، فتبقى أصالة بقاء السلطنة بلا معارض: «ولكن لا يخفى أنّ هذا إذا لم تكن إحدى الخصوصيّتين مخصوصة بتحقيقها سابقاً، وإلاّ فالأصل بقاؤها كما في المقام، حيث إنّ في السابق - أعني: قبل تلف إحدى العينين - لم يكن ضمان المثل أو القيمة، بل كان الضمان بالبدل الجعلي، فالأصل بقاء عدم الضمان بالبدل الحقيقي، بل بقاء الضمان بالبدل الجعلي، وبعبارة أخرى: أصل البراءة عن الضمان الحقيقي لا معارض له، فلا يضرّ العلم الإجمالي في المقام، فتدبر»<sup>(١)</sup>.

وتبنّى الميرزا النائيني قدّس سرّه هذا الإشكال أيضاً، حيث قال: «في مورد بقاء العين لا معنى لاشتغال الذمّة بالبدل الواقعي حتّى يقال: لا نعلم بعد التلف بأنّ الذمّة مشغولة به أو بالمسمّى، ولا أصل يعيّن، بل الذمّة لم تكن مشغولة به قطعاً، وإنّما الشكّ في أنّ عدم اشتغال الذمّة به باقٍ حتّى لا يمكن له الرجوع، بل يتعيّن المسمّى للبدليّة لئلاّ يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، أو ارتفع حتّى يمكن له الرجوع، فاستصحاب عدم اشتغال الذمّة بالبدل الواقعي لا محذور فيه في حدّ نفسه، ونتيجته تعيين المسمّى للبدليّة»<sup>(٢)</sup>.

### جواب المحقّق الأصفهاني

أجاب المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه عن الإشكال بما توضّحه: إنّ الضمان على نحوين، إذ تارة يكون ضمان معاوضة، وأخرى يكون ضمان غرامة، والمقصود

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩٨.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠٣.

من ضمان المعاوضة هو البديل المجعول من قبل المتعاطيين كما يقتضيه أصل المعاوضة بينهما، أمّا ضمان الغرامة فالمقصود به ضمان البديل الواقعي من المثل أو القيمة.

فإن كان مراد الشيخ الأعظم من الضمان المعلوم بالإجمال هو الأعم من ضمان المعاوضة و ضمان الغرامة فالإشكال وارد عليه، إذ قبل تلف أحد المالين كان ضمان المعاوضة ثابتاً للطرفين، وبعد التلف نشكّ في بقاءه، فيستصحب، وأمّا إن كان مراده قدّس سرّه خصوص ضمان الغرامة فالإشكال غير وارد، لأنّه قبل تلف أحد المالين لم يكن هناك ضمان بالمثل أو القيمة.

والظاهر أنّ مقصود الشيخ الأعظم من الضمان المعلوم بالإجمال هو ضمان الغرامة لا الأعم منه ومن المعاوضة؛ لقوله: «مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم»، إذ لو لم يكن مقصوده ذلك لم يكن ضمان التالف ببدله معلوماً على كلّ حال، فإنّ بقاء ضمان المعاوضة مع القول بالإباحة لا يوجب تعيين الباقي بدلاً للعين التالفة، لأنّ كون الموجود بدلاً عن التالف متوقّف على أنّ الموجود قائم مقام التالف في الملكية، وهذا لا يكون بالضمان المعاضي، وإنّما يناسب ما ذكر من حكم الشارع بكونه بدلاً عن التالف بالتعبّد.

وعليه، فالمقصود من البديل الجعلي في العبارة هو ما جعله الشارع بدلاً تعبدياً عن التالف، لا البديل الجعلي من قبل المتعاطيين ليكون الضمان ضمان معاوضة.

فيكون معنى عبارة الشيخ الأعظم: أنّ الضمان معلوم بالإجمال، إذ إنّ مَنْ تلفَ عنده المال لا بدّ أن يغرم، غاية الأمر أنّه هل يغرم بالبديل الواقعي من المثل أو القيمة، أم يغرم بالبديل الجعلي التعبّدي الذي جعله الشارع بدلاً عن التالف وهي العين الموجودة في يد الآخر؟

ولذا يكون كلّ من ضمان البديل الواقعي و ضمان البديل الجعلي التعبّدي مسبوقاً بالعدم، فيكون العلم الإجمالي منجزاً، وبالتالي لا مجال لجريان أصالة براءة الذمّة عن الضمان الواقعي بالمثل أو القيمة لكونه معارضاً بأصالة العدم من

الطرف الآخر، فتبقى أصالة بقاء السلطنة المقتضية لجواز الرجوع بالعين الموجودة مع ضمان التالف بالبدل الواقعي سليمة عن المعارضة.

قال قدّس سرّه: «إن أريد من الضمان المعلوم: الأعمّ من ضمان المعاوضة وضمان الغرامة فالعلم الإجمالي غير مانع، لأنّ ضمان المعاوضة مسبوق بالوجود، وضمان الغرامة بالبدل الواقعي مسبوق بالعدم، فلا معارضة بينهما، حتّى يتساقطا بسبب العلم الإجمالي. وإن أريد من الضمان ضمان الغرامة، والمراد من البدل الجعلي ما جعله الشارع بدلاً تعبدياً للتالف على خلاف الطريقة العرفيّة في باب الغرامات، لا البدل الجعلي من المتعاطيين ليكون من ضمان المعاوضة، فكّل من الضمان بالبدل التبعدي والبدل الواقعي مسبوق بالعدم، ولا مجال لهما معاً لمكان العلم الإجمالي فيتساقطان، وتبقى أصالة السلطنة - المقتضية للرجوع، وضمان التالف ببدله الواقعي من باب اقتضاء الرجوع وانحلال المعاوضة - سليمة عن المعارض»<sup>(١)</sup>.

ثمّ ذكر أنّ الظاهر هو إرادة الثاني - ضمان الغرامة - لأنّه «هو المناسب لضمان التالف على أيّ حال، إذ بقاء ضمان المعاوضة من حيث الإباحة لا يوجب تعيين الباقي بدلاً للتالف، حيث لا يتدارك التالف إلّا بقيام شيء مقامه في المملكيّة»<sup>(٢)</sup>.

**الوجه الثالث: لا مجال للتمسك بأصالة براءة الذمّة عن بدل التالف مع شمول قاعدة السلطنة للمورد**

إذ إنّ الدليل الاجتهادي مقدّم على الدليل الفقاهتي، فعموم (الناس مسلّطون على أموالهم) كما يقتضي تسلّط مالك العين الموجودة على ملكه فيأخذه بمقتضى القاعدة من صاحبه، كذلك يقتضي تسلّط مالك العين التالفة على ملكه، فيأخذ بدله الواقعي من المثل أو القيمة ممّن وقع التلف في يده، ومع ثبوت

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢١٨.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ٢١٨.



الضمان الواقعي بالقاعدة لا مجال لجريان أصالة البراءة.

ثم أمر الشيخ الأعظم قدس سره بالتدبر، ولعله إشارة إلى منع شمول قاعدة السلطنة للمال التالف، ولذا لم يستدل بها أحد على الضمان في الموارد التي تمسك بها لإثباته بقاعدتي اليد والإتلاف.

وأشار السيد اليزدي قدس سره إلى هذه النكتة بقوله: «ولكن إجراء قاعدة السلطنة بالنسبة إلى المال التالف مشكل، ولهذا لم يذكروا من جملة أدلة الضمان قوله صلى الله عليه وآله: (الناس مسلطون)»<sup>(١)</sup>.

كما قال المحقق الأصفهاني قدس سره: «مع أنه يمكن أن يقال.. بالفرق بين صورتين وجود العين وتلفها، فإن وجودها عنده يصحح السلطنة على مطالبتها منه، بخلاف صورة التلف فإن نسبة التالف إليه وإلى غيره على حد سواء، فإن المفروض عدم دخولها في عهده، وإنما الفرض إثبات العهدة بنفس دليل السلطنة، فمطالبة البدل منه مع عدم وجود المال عنده وعدم كونه في عهده بلا موجب، ولعله أشار رحمه الله إلى بعض ما ذكر بقوله: فتدبر»<sup>(٢)</sup>.

وذكر الشيخ الوحيد الخراساني: «أن موضوع دليل السلطنة (أموالهم)، وبعد التلف لا يبقى مال حتى يتحقق من خلاله موضوع الدليل، نعم لا مانع من التمسك بالقاعدة بالنسبة إلى المال الموجود، أما المال المفقود والتالف فإن القاعدة غير جارية لانتفاء الموضوع، حيث إن المشتق حقيقة في المتلبس حتى في الإضافات الاعتبارية، ولعل أمر الشيخ رحمه الله أخيراً بالتدبر ناظر إلى هذا الإشكال»<sup>(٣)</sup>.

ولعله قد استفاد ذلك مما ذكره السيد الميلاني قدس سره حيث قال في بيان

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩٨.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ٢١٩.

(٣) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٥٥٠.

الوجه في الأمر بالتدبر: «إنّ الموضوع في الحديث هو (أموالهم) وهذه الإضافة مالكيّة، وكلّ متلبّس بالإضافة فهو ظاهر في الفعليّة، ففقه الحديث هو كون الناس مسلّطين على أموالهم التي هي أموالهم بالفعل، فيكون ظرف السلطنة هو ظرف المالكية، فلا يعقل أن يقال: أنّ الإنسان مسلّط الآن على ما كان مالا له سابقاً وهو تالف الآن، لأنّ الاضافة تنعدم بانعدام طرفها، والتالف ليس الآن مصداقاً لـ (أموالهم)، وأمّا كونه مسلّطاً الآن على بدل التالف فهذا معناه أن يكون الحكم محققاً لموضوعه، وهذا باطل»<sup>(١)</sup>.

أمّا الأخوند الخراساني قدّس سرّه فقد ذكر أنّ التدبر الذي أمر به الشيخ الأعظم لعلّه إشارة إلى أنّ دليل السلطنة ليس لعمومه هذا الشأن، وإنّما شأنه هو إثبات السلطنة للمالك في مقابل الحجر عليه فيما يسوغ من التصرفات، وعليه فلا دلالة له على تجويز تصرف، فضلاً عن الدلالة على الضمان بالمثل أو القيمة<sup>(٢)</sup>.

هذا وأفاد الميرزا النائيني قدّس سرّه أنّ التمسك بعموم (الناس مسلّطون على أموالهم) في المقام لإثبات بطلان التمسك بأصالة براءة ذمّة من وقع التلف في يده عن بدل التالف لا معنى له، لأنّ العين الموجودة لا يخلو أمرها إمّا أن تكون ملكاً للمالك الأصلي، أو أن تكون ملكاً لمن هي في يده، فإن كان الأوّل فلا شبهة في ضمان البديل الواقعي بالمثل أو القيمة، لأنّ بقاءها في ملك المالك الأصلي يلازم بقاء التالف في ملك الآخر، فإذا رجع مالك العين الموجودة إلى ملكه رجع الآخر إليه ويأخذ منه بدل التالف لأنّ المعاوضة لم تكن مجانيّة، وإن كان الثاني فلا سلطة للمالك الأصلي، وعموم القاعدة لا يثبت موضوعه<sup>(٣)</sup>.

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٥٥.

(٢) راجع: حاشية المكاسب، الأخوند الخراساني، ص ٤٨.

(٣) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠٣.

كما نبّه السيّد الخوئي قدّس سرّه إلى أنّ التمسّك بعموم قاعدة السلطنة في المقام من أبرز أنحاء التمسّك بالعموم في الشبهات المصدّاقة، وذلك لأنّ المفروض أنّنا نشكّ في انتقال العوضين من مالكيهما الأصليين إلى الطرف الآخر نتيجة شكّنا في كون التلف مملّكاً ومن ملزّمات المعاطاة أم لا، وعليه فكيف يصحّ جريان قاعدة (الناس مسلّطون على أموالهم) في المقام<sup>(١)</sup>؟!

هذا تمام الكلام في الوجوه الثلاثة التي ذكرها الشيخ لتصحيح القول بأصالة عدم اللزوم في المعاطاة المفيدة للإباحة عند تلف أحد العوضين أو بعض أحدهما.

### الصورة الرابعة: تلف بعض كلا العوضين

لم يتعرّض الشيخ الأعظم قدّس سرّه لحكم هذه الصورة رغم أنّها من الصور المحتملة في مقام الثبوت للمسألة، وكان الأولى به إلحاقها بالصورة الأولى لكون حكمهما واحداً، كما ألحق تلف أحد العوضين بالصورة الثانية. وعلى كلّ حال فحكم هذه الصورة لزوم المعاطاة سواء قلنا بإفادة المعاطاة الملك أم الإباحة، أمّا بناءً على الملك فلا ارتفاع موضوع الجواز وهو إمكان ترداد العينين، وأمّا بناءً على الإباحة فلجريان استصحاب الإباحة المقتضي للزوم، وعدم جريان قاعدة السلطنة المقتضية للجواز؛ لما مرّ من محكومة القاعدة بدليل الإباحة<sup>(٢)</sup>.

### الملزم الثاني: كون أحد العوضين ديناً

بعد أن بيّن الشيخ الأعظم حكم الملزم الأوّل من ملزّمات المعاطاة بصوره الثلاث، تعرّض لحكم ملزم آخر يمكن إلحاقه بتلف أحد العوضين، وهو فيما إذا

(١) راجع: التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٦٧.

(٢) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ٢١٢.

جعل أحد العوضين في المعاطاة ديناً في ذمة أحد المتعاطيين<sup>(١)</sup>، وحكم هذا الملزم يمكن بيانه في ضمن مقامين:

### المقام الأول: بناءً على إفادة المعاطاة الملك الجائز

يرى الشيخ الأعظم أنه بناءً على إفادة المعاطاة الملك الجائز كما هو مختاره يكون جعل أحد العوضين ديناً كلياً في الذمة ملزماً للمعاطاة، فعلى سبيل المثال لو كان زيد مديناً لعمرو بعشرة كيلو غرامات من الحنطة، ثم اشترى عمرو منه معاطاة كتاباً وجعل ثمنه ما له في ذمة زيد، فعندئذ يملك عمرو الكتاب، وينتقل ما في ذمة زيد إلى ملكه آنأما، فيترتب عليه فراغ ذمته من الدين، فالمعاطاة تصير لازمة من أول الأمر، وذلك لعدم بقاء العوضين على حالهما حتى يمكن فيهما التراد الذي هو موضوع الجواز، لأن الكلي الذي في ذمة زيد قد سقط عن ذمته بالتملك، وهذا السقوط وإن لم يكن تلفاً حقيقة لاختصاص التلف بالعين الخارجية، لكنه بحكم التلف من جهة امتناع عود الساقط عن الملكية إليها، ووجه هذا الامتناع والاستحالة أمران أشار إليهما المحقق الأصفهاني قدس سره: الأمر الأول: إن الذمة ليس لها وجود في حد ذاتها وإنما تتشخص بأطرافها من المالك والمملوك والمملوك عليه، وإلا فمع عدم المالك والمملوك لا وجود لها في وعاء الاعتبار، وعليه فإذا سقط ما في الذمة كما في المقام استحالة عود شخص

(١) تقدم في أوائل البيع أن الشيخ الأعظم يرى صحة أن يكون العوض في البيع ديناً في الذمة، حيث يملك المدين الدين الذي في ذمته عند جعله عوضاً آنأما ما رعاية لماهية البيع المنوطة بحصول المبادلة في الملكية، فيترتب عليه فراغ ذمته عن ذلك الدين، لكون الملكية تدور مدار المصحح للاعتبار عرفاً، ومن الواضح أن العرف لا يعتبر تملك الإنسان لما في عهده إلى الأبد، فالجمع بين هذين الأمرين يقتضي الالتزام بكفاية التملك حدوثاً وسقوطه بقاءً. (راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٩. وبحوث في فقه عقد البيع، تقرير بحث المرجع الديني السيد كمال الحيدري، للسيد زيد البطاط، ص ١٩٢-٢٠١).

الساقط؛ لاستلزام عودته تخلل العدم في الشخص الواحد وهو مستحيل.  
 الأمر الثاني: إن شخص ما في الذمة إن سقط استحالة بقاء ما في الذمة اعتباراً  
 حتى يقال بإمكان اشتغال العهدة بمثل ذلك الذي سقط، ووجه الاستحالة: أن  
 الإنسان كما لا يملك شخص ما في ذمته كذلك لا يملك مثل ما في ذمته، فإذا قلنا  
 بعود الساقط وبقاء ما في الذمة لزم من ذلك اجتماع اعتبارين متنافيين، الأول:  
 اعتبار سقوط ما في الذمة، والثاني: اعتبار بقاء ما في الذمة، ومن الواضح استحالة  
 اجتماع هذين الاعتبارين.

ولذا قال المحقق الأصفهاني في بيان استحالة عود الساقط: «إن المراد بجواز  
 التراد إن كان تراد المأخوذ بالمعاطاة لشخصه، فتراد شخص الذمة الساقطة على  
 الفرض غير معقول، لأن الذمة تتشخص بتشخص أطرافها، فمع سقوط ما في  
 الذمة لا شخص، وتخلل العدم في شخص واحد محال، ولذا يمتنع إعادة المعدوم». هذا  
 ما أفاده قدس سره في بيان الأمر الأول، وأمّا الأمر الثاني فقد بينه على  
 هيئة إشكال وجواب: «فإن قلت: تراد شخصه وإن كان محالاً، إلا أن تراد مثله  
 المعدود بحسب الاعتبار عين الساقط ليس بمحال، ولا بد من هذه العناية دائماً  
 حتى في تراد العين الموجودة، لأن المراد بالتراد ليس الأخذ والاسترداد  
 الخارجيين، بل التراد الملكي وإن كان مقيّداً بصورة بقاء العين، ومن الواضح أن  
 إضافة الملكية كسائر الإضافات والاعتبارات تتشخص بأطرافها، فشخص  
 الملكية المردودة ليست عين الملكية القائمة بالمرجوع إليه، كما أنها ليست عين  
 الملكية المنتقلة إليه من المالك الأول، فكما أن العينية بحسب الاعتبار المصحح  
 لاعتبار النقل والرد فكذا هنا، قلت: اعتبار التراد الملكي يقتضي اعتبار بقاء الملك  
 ولو كان المردود غيره بالدقة، وهو في ما نحن فيه محال، إذ بعد سقوط ما في الذمة  
 لا بقاء لما في الذمة ولولا اعتبار، لأن الشخص كما لا يملك شخص ما في ذمته،  
 كذلك مثل ما في ذمته، فاعتبار سقوط ما في الذمة واعتبار بقائه متنافيان،

والمعدوم لا يرد، ولا يعقل تعلّق الردّ بالمعدوم»<sup>(١)</sup>.

وقال الميرزا الإيرواني قدس سرّه: «إنّ عود الذمة مشغولة اشتغالاً جديداً غير ذلك الاشتغال الكائن أولاً، فالذي ذهب من الاشتغال لا يعود أصلاً، والعائد شخص آخر من الاشتغال، وهذا كما إذا نقل صاحب العين الموجودة العين عن ملكه ثمّ تملّكها بسبب جديد في أنّه لا يجدي هذا التملّك في رجوع الحقّ، بل يسقط خيار الآخر بخروج العين عن ملك هذا، ولن يعود بعوده إلّا عوداً كان بالفسخ للسبب الناقل»<sup>(٢)</sup>.

ولخص السيد الميلاني قدس سرّه كلا الأمرين بعبارة موجزة نصّها: «أنّ عود الشيء ملازم لوحده، ووحدته مباينة لتخلّل العدم، فإذا انعدم الشيء لم يكن العائد هو هو بل هو مثله»<sup>(٣)</sup>.

لكن قد يقال بعدم استحالة عود ما في الذمة بعد سقوطه لأجل عدم كون المقام من مصاديق إعادة المعدوم الممتنع، إذ إنّ قد حقّق في محله بوجود فارق بين التلف الاعتباري وبين التلف الخارجي التكويني، والذي يكون من مصاديق إعادة المعدوم الممتنع هو الثاني، أمّا الأوّل فلا، لإمكان أن يعود بالفسخ أو الإقالة، فتكون الذمة مشغولة بالدين بعد فراغها عنه فلا يكون في حكم التلف. وبعبارة أكثر تفصيلاً: إنّ الالتزام في المقام بكون الساقط يمتنع عوده يواجه إشكالين أحدهما نقضي والآخر حليّ.

أمّا الإشكال النقضي: ففي البيع الخيار، إذ لو باع المديون حيواناً للدائن في مقابل ما بذمته للدائن، فحينئذ طبقاً لمقتضى المعاملة يملك الدائن الحيوان ويملك المديون ما في ذمته فيسقط، لكن من جهة أخرى يثبت للدائن خيار الحيوان إلى

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢١٩-٢٢٠.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٧.

(٣) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٥٧.

ثلاثة أيام، فلو فرضنا أن الدائن أعمل حقه في الخيار وتراجع عن المعاملة، فإن كلاً من العوضين سيرجع إلى صاحبه، وهذا معناه أن ما في ذمة المديون، الذي سقط بالبيع، قد عاد إلى ذمته مرة أخرى، وعليه فالساقط من الممكن عوده، وكذا الحال في البيع المشروط بالخيار بعد إعماله، وفي البيع المشروط بشرط بعد تخلّفه.

وأما الإشكال الحلي: فإن الموجود الخارجي يمتاز بامتلاكه خصوصية وجودية يتميز بها عن الوجودات الأخرى، بحيث لو زالت تلك الخصوصية فإنها لن تعود، ولو عادت فإن العائد يكون مثلها لا عينها، أمّا الكلي الذي في الذمة فالأمر فيه بالعكس، إذ إنه عبارة عن الكلي الطبيعي الفاقد لجميع الخصوصيات، والذي لأجله يكون قابلاً للانطباق على المصاديق الخارجية المتكثرة، ومثله لو سقط عن الذمة ثم عاد، فإنه يكون عين الأول قبل السقوط؛ لفرض كونه منسلخاً عن أي خصوصية سوى كونه عشرة كيلو غرامات من الحنطة مثلاً، وهذه لا تتكثر بنفسها وإنما تكثرها بوجودها الخارجي، وعليه فالساقط من الممكن عوده. إذن، فالبرهان الذي ذكر لبيان وجه الامتناع والاستحالة إنما يختص بالأمر التكوينية الخارجية، ولا يكون شاملاً لما كان وجوده وملكيته اعتبارياً في الذمة، لأن ما كان وجوده وملكيته اعتبارياً من الممكن أن يكون عوده اعتبارياً كذلك. ولذا قال المحقق الأصفهاني قدس سره: «لعلّ منشأ الاحتمال أن الذمة بالنسبة إلى ما في الذمة أمرٌ باقٍ، ولذا ينسب إليها الفراغ والخلو والاشتغال، وطبيعة المن من الحنطة مثلاً كغيرها من الطبائع لا تلف لها ولا سقوط إلا بالإضافة إلى دخولها في الذمة وخروجها في الذمة، فدخولها في الذمة تارة وخروجها عنها أخرى لا يوجب تغييراً في الذمة، ولا فيما في الذمة، فلا يندرج تحت عنوان إعادة المعدوم حتى يستحيل العود»<sup>(١)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٢٢.

أجاب الشيخ الأعظم قدس سره أنّ هذا الاحتمال ضعيف لا يُركن إليه، ووجه الضعف: أنّ العود بعد السقوط من مصاديق إعادة المعدوم، لأنّه لا معنى للإطلاق في الذمّة، إذ هي ليست من الأوعية والظروف، بل هي نحو ثبوت الشيء اعتباراً، فالذمّة تتشخص بأطرافها، وهي من له ومن عليه وما فيها، فيكون عودها من إعادة المعدوم الممتنع<sup>(١)</sup>، ومع الشكّ يستصحب عدم العود وعدم زوال ملكه عمّا انتقل إليه بعوض الدين، لأنّه قبل الرجوع كان ملكاً لمن انتقل إليه، والأصل عدم عوده بالرجوع<sup>(٢)</sup>.

بل يمكن أن يقال: إنّ مسألة عودة الساقط وعدمه ليس هو المهمّ في المقام، وإنّما المهمّ والموجب لزوال الحقّ في الرجوع هو أصل السقوط، فإذا عاد لم يعد الحقّ، إذ بالسقوط سيذهب موضوع الخيار ولن يبقى متعلّق للحقّ، ومجرّد رجوع الذمّة مشغولة بعد الفسخ لن يصحّ تعلّق الحقّ، فإنّه لا بدّ أن يكون متعلّق الحقّ موجوداً في مرتبة سابقة على الفسخ حتّى يتعلّق الحقّ به فيفسخ ويأخذ بحقه<sup>(٣)</sup>.

كما يمكن أن يقال: إنّ مفهوم العود هو أن يكون الشيء موجوداً فينتقل من مكان إلى آخر، ولذا يكون اعتبار العود ملازماً لا اعتبار البقاء، فلا عود إلّا مع البقاء، وإلّا كان حدوثاً جديداً لا عوداً، وعليه فلا بدّ أن يكون الدين الساقط باقياً اعتباراً في ظرف السقوط ثمّ يعتبر عوده إلى الذمّة، ومن الواضح أنّ اعتباره باقياً في ظرف السقوط لا معنى له، ولا يقاس ما نحن فيه بالفسخ والإقالة، إذ فيهما تتحقّق ملكيّة جديدة ولا دليل عليها فيما نحن فيه، والتمسك بدليل جواز المعاطاة لإثبات إمكان العود مستلزم للدور، إذ إنّ الجواز متوقّف على إمكان

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٢٢.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٤٩.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٧.



العود، فلا يعقل إثبات الإمكان من خلال الجواز، كما أنَّ التمسك بالاستصحاب - بتقريب أنَّ المعاطاة كانت جائزة ثمَّ نشكَّ في ارتفاع الجواز ولزوم المعاطاة بسبب سقوط الدين، فيستصحب الجواز، فيأخذ هذا العين الموجود وذاك المماثل لما في الذمة - غير تامَّ، لأنَّ هذه المعاطاة مشكوك في جوازها من أوَّل الأمر فلا توجد حالة سابقة متيقَّنة، وعلى فرض التسليم بتحقيق الجواز فإنَّه عبارة عن ردِّ الشيء إلى الملك، وما في الذمة ليس له وجود خارجي كي يعود بعد السقوط<sup>(١)</sup>.

هذا ويرى بعض المحققين أنَّ مقصود الشيخ الأعظم قدس سره من أنَّ الساقط يتمتع عوده إن كان هو عدم إمكان إعادة المعدوم فكلا الإشكالين النقضي والحليَّ المتقدمين يردان عليه، وأمَّا إن كان مقصوده أنَّ العقد سبب يوجب حدوث حالة جديدة وهي تبادل الأموال وانتقالها من طرف إلى آخر، ولا مجال لعودة الحالة السابقة على العقد إلَّا من خلال سبب آخر وهو فسخ العقد، إلَّا أنَّ الجواز الثابت للمعاطاة لا يجوز للمتعاطين إلَّا تراد العينين دون الفسخ والعودة إلى الحالة السابقة، وهذا التراد لا يصحَّ إلَّا مع وجود العينين، وأمَّا مع سقوط أحدهما لا يبقى موضوع لجواز التراد، فالإشكال<sup>(٢)</sup> حينئذٍ مندفع، ويصحَّ القول أنَّ الساقط لا يعود<sup>(٣)</sup>.

ثمَّ إنَّ السيّد الخوئي قدس سره وإن لم يقبل ما أفاده الشيخ الأعظم قدس سره في أوائل البيع من ملك الإنسان لما في ذمته حدوثاً وسقوطه بقاءً<sup>(٤)</sup>، إلَّا أنَّه التزم هنا بلزوم المعاطاة من حين تحقُّقها، حيث قال: «وعلى كلِّ حال فالظاهر لزوم

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٥٨.

(٢) جواب لقولنا: وأمَّا إن كان مقصوده أنَّ العقد...

(٣) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد علي الأنصاري القمي، ج ١ ص ٥٥٣.

(٤) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٩.

المعاطاة حيثنذ من أوّل الأمر، وذلك للعمومات الدالّة على لزومها، وقد خرجنا عن ذلك بالإجماع ولكنّه - على تقدير تسليمه - مختصّ بما إذا أمكن التّرادّ، وهو لا يمكن مع فرض كون أحد العوضين ديناً، وبذلك يظهر أنّه إذا كان أحد العوضين ديناً - ولو كان على ذمّة غير المتعاطيين - حكم بلزوم المعاطاة من أوّل الأمر<sup>(١)</sup>.

وحاصل الكلام في هذا المقام أنّ سقوط ما في الذمّة بعد كونه أحد العوضين في المعاطاة المفيدة للملك الجائز، له حكم تلف أحد العوضين؛ لعدم إمكان رجوعه بعد السقوط، فيكون من ملزمات المعاطاة من حين التعاطي.

### المقام الثاني: بناءً على إفادة المعاطاة بالإباحة

أفاد الشيخ الأعظم أنّ الظاهر كون الحكم كذلك على القول بالإباحة، وهذا معناه أنّ سقوط ما في الذمّة يكون في حكم تلف أحد العوضين في جعل المعاطاة لازمة بناءً على إفادتها بالإباحة، إلّا أنّ مقصوده قدّس سرّه ليس كذلك حتّى، لأنّه قد تقدّم منه في الملزم الأوّل أنّ التلف الحقيقي الخارجي لأحد العوضين غير ملزم للمعاطاة بناءً على إفادتها بالإباحة؛ لجريان أصالة السلطنة في العين الموجودة مع ضمان البدل الواقعي في العين التالفة، ولا يعقل أن تكون إفادة الإباحة لسقوط الذمّة في المقام موجبة لصيرورة السقوط أعظم من التلف الحقيقي. والظاهر أنّ مقصود الشيخ من أنّ الظاهر كون الحكم كذلك هو أنّه لا معنى لإباحة الدين إلّا سقوطه، إذ يكون مرجعه حيثنذ إلى الإبراء والإسقاط، نظير قوله: (أنت في حلّ ممّا لي عليك).

ولذا قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: «ليس غرضه رحمه الله: أنّ الحكم هو اللزوم على القول بالإباحة، فإنّ كون الإباحة مفيدة للسقوط لا يوجب كون السقوط بأعظم من التلف، مع أنّه لا لزوم عنده قدّس سرّه على القول بالإباحة

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٣٢.

في صورة التلف الحقيقي؛ لجريان أصالة السلطنة في طرف العين الباقية، والرجوع بالبدل الواقعي في طرف العين التالفة، فكيف بما هو في حكم التلف، بل غرضه رحمه الله أن جعل الدين عوضاً على الإباحة يوجب السقوط، كما أنه يوجهه على القول بالملك، حيث لا معنى لإباحة الدين إلا الإبراء والإسقاط»<sup>(١)</sup>.

كما نبّه إليه السيّد الخوئي قدّس سرّه بقوله: «ربّما يتوهّم من ظاهر عبارة المصنّف أنّه إذا كان أحد العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين حكم بلزوم المعاطاة على القول بالإباحة، كما حكم بلزومها أيضاً على القول بالملك، ولكنّ هذا التوهّم فاسد؛ بداهة أن كون الإباحة موجبة لسقوط ما في الذمّة من الدين لا يزيد على التلف الحقيقي - على القول بالإباحة - وقد عرفت قريباً أنّ المصنّف لم يلتزم باللزوم في فرض التلف الحقيقي - على القول بالإباحة - بل التزم بجريان أصالة السلطنة في العين الباقية والرجوع إلى البدل الواقعي في العين التالفة، والمظنون قوياً أنّ غرض المصنّف من تنزيل القول بالإباحة - هنا - على القول بالملك هو أنّ الإباحة توجب سقوط الدين، كما أنّ التملك يوجب سقوطه»<sup>(٢)</sup>.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم قال في آخر العبارة: (فافهم)، ولعلّه إشارة إلى: أولاً: أنّ إباحة الدين الذي في الذمّة وإن كان المستظهر منه الإبراء كما هو المتعارف في قولهم: (أنت في حلّ ممالي عليك)، إلّا أنّ استفادة الرضا بالتصرّف بعنوان التملك في التعاطي ليس موجباً لسقوط الذمّة على القول بالإباحة، إلّا في حالة عدم وجود معنى معقول للتصرّف فيما يملكه غيره في ذمّته، والحال أنّه معقول وذلك لإمكان نقل ما يملكه الغير في ذمّته بإذنه ورضاه، وإن كان النقل موجباً للسقوط فيندرج في عنوان ما إذا نقل أحد العوضين لا في عنوان ما لو كان أحد

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٢٢.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٣٣.

العوضين ديناً في الذمة، إذ إنّ مجرد ذلك غير مستلزم للسقوط على القول بالإباحة<sup>(١)</sup>.  
ثانياً: إن صحّة إباحة الدين في المعاطاة لا دليل عليها، إذ لا فائدة من هذه الإباحة إلّا جواز نقل الدين بالبيع أو جعله ثمناً وعوضاً في المعاملات المعاوضيّة، أو احتسابه زكاة ونحو ذلك، وهذا النحو من التصرفات يشكل صحّة الإباحة فيها مع عدم وجود دليل خاصّ على صحّتها كما في المقام، وعليه يمنع جريان المعاطاة في الدين بناءً على إفادتها بالإباحة، فلا مجال حيثئذ للبحث عن لزوم المعاطاة وعدمه في ما إذا كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين بناءً على القول بالإباحة فيها<sup>(٢)</sup>.

ولأجل ذلك بنى الميرزا الإيرواني قدّس سرّه على بطلان المعاطاة التي يكون أحد العوضين فيها كلياً في الذمة بناءً على إفادتها بالإباحة، حيث قال: «ينبغي الالتزام ببطلان المعاملة على هذا القول؛ إذ لا معنى لإباحة ما في الذمة، وإرجاعه إلى معنى آخر معقول وهو سقوط ما في الذمة ممّا لا وجه له، وإنّما التزمنا بالسقوط على القول بالملك من جهة أنّ ملك الذمة حقيقته هو براءة الذمة عن الاشتغال للغير، كما أنّ ملك النفس حقيقته الحرّيّة والإطلاق عن قيد العبوديّة والمملوكيّة للغير»<sup>(٣)</sup>.

كما حكم ببطلان المعاطاة أيضاً في فرض الإباحة السيّد الميلاي قدّس سرّه حيث ذكر أنّ المقصود من إباحة الدين إن كان هو مجرد الانتفاع، فلا معنى للانتفاع بما في الذمة، وإن كان المقصود إباحة جميع التصرفات حتّى ما توقّف منها على الملك من بيع وغيره فالمفروض إنّها إباحة، وعليه فنبقى نحن والأدلة التي دلّت على إباحة المعاطاة، وهي إنّها دلّت على الإباحة في كلّ مورد ممكن، وما

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٢٢-٢٢٣.

(٢) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٤٤.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٧.

نحن فيه الإباحة غير ممكنة، فلا مناص من الحكم ببطالان هذه المعاطاة<sup>(١)</sup>.  
 ثالثاً: إنّ نفس الإباحة بما هي إباحة غير مستلزمة لإبراء ذمة المديون ولا انتقال الدين إليه، إذ إنّ مجرد إباحة الدين على مَنْ هو عليه لا يوجب إتلافه عليه، لأنّها لا تستلزم سلطنة المديون على نفسه إلّا إذا تصرّف فيه بعد الإباحة تصرّفاً يكون مبرئاً له.

ولذا قال الميرزا النائيني قدّس سرّه: إنّ قول الشيخ الأعظم (فافهم) إشارة إلى إشكال حاصله: «أنّ إباحة الدين على مَنْ هو عليه لا يستلزم السقوط، لأنّ كون الدين مباحاً لمن عليه الدين معناه أنّه يجوز له التصرّفات فيه بإسقاطه عمّا في ذمّته والمصالحة عليه، وسائر أنحاء التصرّفات الجائزة على القول بالإباحة، فيرجع مالك ما في الذمة إلى ملكه الذي أباحه لمن عليه، لعموم (الناس مسلّطون) وسائر الأدلّة»<sup>(٢)</sup>.

وناقش الميرزا النائيني قدّس سرّه هذا الوجه بأنّه صحيح إن كانت المعاطاة بالمعنى الذي حملها عليه صاحب الجواهر قدّس سرّه من كونها مفيدة لإباحة التصرّف فيها إذا كان مقصود المتعاطيين الإباحة، ولا يأتي على المختار من أنّ المقصود فيها الملك لا الإباحة، إذ إنّ التسليط فيها حينئذ كالتملك، لو وقع على ما في الذمة يقتضي سقوطه عنها، فتكون المعاطاة على القول بإفادتها الإباحة حالها حال المعاطاة على القول بإفادتها الملك في اقتضاها تلف ما في الذمة إن كان هو أحد العوضين فيها وسقوطه، ومعلوم أنّ الساقط لا يعود<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٥٩.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠٦.

وراجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث النائيني، للشيخ محمّد تقي الآمل، ج ١ ص ٢٤٤.

(٣) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠٦.

وبعبارة مختصرة: إنّ الإباحة في المقام هي إباحة مطلقة، وهي كالسلطنة المطلقة الحاصلة بالملك، فيكون أثرها السقوط، ولا عود بعد السقوط.

رابعاً: إنّ الحكم بكونه كالتلف بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة ليس على إطلاقه، وذلك لأنّ المباح له إن تصرف بما في ذمته من الدين تصرفاً متلفاً، كالنقل والإسقاط والحوالة، يكون حكمه حينئذ كالتلف، فتكون العين الموجودة بدلاً عن التالف بمقتضى استصحاب بدليته، ولا مجرى لأصالة الجواز حتّى يكون حاكماً عليه، وأمّا إذا كان تصرف المباح له هو الإبقاء فحينئذ يمكن الترداد، ولا مانع من استصحاب الجواز<sup>(١)</sup>.

هذا ويرى أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه لزوم المعاطاة في فرض كون أحد العوضين ديناً في الذمة على كلّ من القول بالملك والإباحة في المعاطاة، لكن لا من جهة أنّ الدين يستحيل أن يملكه من في ذمته؛ لاستلزامه سلطنة الإنسان على نفسه، فلا بدّ أن يسقط كما أفاد الميرزا النائيني قدّس سرّه، لكون تسلّط الإنسان على ما في ذمته بمكان من الإمكان، بل من جهة أنّ القول باللزوم مبنيّ على العمومات المقتضية لصحة المعاطاة ولزومها من أوّل الأمر، وإنّما خرجنا عنها بالإجماع القائم على الجواز أو عدم الملك، والقدر المتيقّن من هذا الإجماع صورة عدم إمكان ترداد العينين فيما إذا كانا من الأعيان الخارجيّة، ولا يشمل ما إذا كان أحد العوضين ديناً في الذمة، فيكون المرجع حينئذ أصالة اللزوم<sup>(٢)</sup>.

وحاصل القول في هذا المقام أنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه يرى أنّ كون أحد العوضين ديناً في الذمة في المعاطاة المفيدة للإباحة غير مقتض للزوم، وإن

(١) راجع: كتاب البيع، الشيخ محمّد علي الأراكي، ج ١ ص ١٢٠.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٣٤. والتنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٦٧-١٦٨.

كانت الإباحة موجبة لسقوط الدين كما كان التملك موجبا لسقوطه؛ لانهصار  
فائدة إباحة الدين بالإبراء، ولا عود بعد السقوط.

### الملزم الثالث: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز

بعد أن فرغ الشيخ الأعظم من حكم المعاطاة في صورة تلف كلا العينين أو  
إحداهما حقيقة وحكماً - اللذين هما الملزم الأول والثاني - تعرّض إلى ملزم آخر  
للمعاطاة الجائزة، ألا وهو نقل العينين أو إحداهما بالعقد اللازم أو الجائز،  
ولابدّ أولاً من بيان فروع وصور المسألة إجمالاً لتكون خارطة البحث واضحة.  
فإنّ الناقل للعين إمّا أن يكون هو المتعاطي نفسه أو آخر أجنبياً عن  
المتعاطين، وعلى الأول إمّا أن يكون النقل بعقد لازم أو أن يكون بعقد جائز،  
والنقل بالعقد اللازم إمّا أن يكون نقلاً للعين عن الملك أو رجوعاً لها بالفسخ،  
والنقل بالعقد الجائز إمّا أن يكون في عقد معاوضي كما في البيع الخياري أو في  
عقد غير معاوضي كالهبة.

وعلى الثاني - أعني كون الناقل أجنبياً عن المتعاطين - إمّا أن يكون العقد  
الفضولي مجازاً، والمجيز فيه إمّا هو من انتقل عنه المال أو من انتقل إليه، أو أن  
يكون العقد الفضولي مردوداً، أو أن يرجع أحد المتعاطين عن المعاطاة مع إجازة  
الآخر للعقد الفضولي، وهذا الأخير تارة يبنى البحث فيه على كاشفيّة الإجازة  
عن حصول النقل والانتقال من حين الفضول وأخرى على ناقلّيّتها.

هذه تمام الصور والفروع للمسألة التي سيتعرّض لها الشيخ لبيان حكم المعاطاة  
بناءً على إفادتها الجواز من الملك أو الإباحة، وعليه فالكلام يقع في مبحثين رئيسيّين:

### المبحث الأول: أن يكون الناقل كلا المتعاطين أو أحدهما

إن حصل النقل لكلا العوضين أو أحدهما في المعاطاة عن طريق المتعاطين  
مباشرةً أو تسبيحاً بالتوكيل إلى ثالث، فالمسألة فيها فروع:

### الفرع الأول: أن يتحقق النقل بعقد لازم

إنَّ انتقال العين المأخوذة بالمعاطاة بعقد لازم كالبيع والوقف والصلح والهبة المعوّضة بالإنشاء اللفظي يمكن أن يتحقق بصورتين:

#### الصورة الأولى: انتقال العين عن الملك

وذلك بأن تنتقل العين من أحد المتعاطين أو من كليهما بعقد لازم من دون أن يتعقّبه خيار، أو يتعقّبه لكن من دون أن يفسخ ذو الخيار<sup>(١)</sup>، كما إذا أعطى زيد عمراً كتاباً في قبال عشرة دنانير، ثمّ باع عمره الكتاب إلى خالد بإنشاء لفظي حتى يقع لازماً.

حكم الشيخ الأعظم قدّس سرّه في هذه الصورة بلزوم المعاطاة فلا مجال للرجوع فيها لامتناع الترادّ، سواء قلنا بإفادة المعاطاة الملك الجائز أم الإباحة. أمّا بناءً على الملك الجائز فلا أنّ كلّ واحد من المتعاطين بناءً على إفادة المعاطاة الملك، له السلطنة على إخراج ما أخذه بالمعاطاة عن ملكه - وحكم الشارع بجواز الترادّ في المعاطاة غير مانع عن هذه السلطنة، لأنّ موضوع الحكم بجواز الترادّ هو العينان، وليس من شأن الحكم أن يحفظ موضوعه - وبما أنّ متعلّق جواز الترادّ في المعاطاة إنّما هو العينان بوصف كونهما مملوكتين للمتعاطين،

---

(١) لا بدّ من الإشارة إلى أنّ المقصود من اللزوم في العقد هنا هو اللزوم المطلق حتّى من جهة الخيار، كالبيع اللفظي مع إسقاط خيار المجلس فيه حتّى ينعقد لازماً، وكالهبة إلى ذي رحم مع القبض ونحوها، وإلا فسوف يأتي الكلام في العقد الجائز، هذا أولاً. وثانياً: إنّ ثبوت الخيار وجواز الفسخ بعد تحقّق العقد اللازم لا ينافي لزومه، إذ إنّ من الأمور التي يمكن بها فسخ العقد اللازم هو حدوث حقّ الخيار بعده، كما إذا تبين وجود عيب في العين أو غبن في المعاملة بعد تحقّق المعاملة بزمن، وبنينا على أنّ ذلك موجب لتزلزل المعاملة من حين ظهورها لا من حين العقد.



يكون نقل العين حينئذ بالعقد اللازم متلفاً لوصف العين وهو المملوكية، وهو كتلفها ذاتاً، حيث إنه مستلزم لعدم قدرة مالك العين على استرداد عينه، ومع عدم إمكان الترادّ يتتفي موضوع الجواز.

بعبارة أخرى: إن العين قد خرجت عن ملك المتعاطي ودخلت في ملك الغير بالعقد اللازم كما هو مقتضى آية الوفاء وآية التجارة وآية حلّ البيع، وهذا الانتقال للعين بحكم التلف لها، إذ كما أنّ المال بعد التلف لا يقبل الرجوع فكذلك المال بعد انتقاله بالعقد اللازم، وعدم إمكان الرجوع يؤدي إلى انتفاء الترادّ وبالتالي انتفاء الحكم بالجواز لانتفاء موضوعه.

ولذا قال الشهيد الثاني قدس سرّه في المسالك: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازماً كالبيع والهبة بعد القبض والوقف والعق فكالتالف»<sup>(١)</sup>، وهو يشعر أنّ حكم المسألة أمر مفروغ منه عند الأصحاب.

لكن يرى بعض المحققين أنّ الحكم في المقام وإن كان هو اللزوم وعدم جواز الترادّ إلا أنّ تعليقه بما ذكره الشيخ الأعظم قدس سرّه من كون نقل العين كالتلف لها غير تامّ، وذلك لأنّ الترادّ ليس المراد منه الترادّ الخارجي حتّى يقال بعدم إمكانه مع التلف، بل المراد منه الترادّ في الملك، ومن الواضح أنّه ممكن مع النقل، حيث يمكن هنا اعتبار ملكية المبيع من حيث كونه تالفاً للمالك الأصلي، ليرجع إلى عوضه على بائعه، وإن كان من حيث كونه موجوداً ملكاً للمشتري، لكن الإشكال أنّ العمومات مقتضية لعدم جواز الترادّ هنا، إذ إنّ المتيقّن من مخالفتها هو صورة عدم طرؤ النقل والانتقال على شيء من العوضين<sup>(٢)</sup>.

وأما بناءً على الإباحة فلصحة النقل اللازم بناءً على حكم الشارع بإباحة جميع

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٥٠.

(٢) راجع: كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ١٢٠.

التصرّفات في المأخوذ بالمعاطاة حتّى التصرّفات المتوقّفة على الملك كالباع، حيث يدخل المبيع المأخوذ بالمعاطاة في ملك المباح له أنا ما قبل البيع، فتكون المعاملة البيعية الحاصلة صحيحة لخروج المبيع من كيس المباح له البائع، ومع خروج هذه العين عن ملك المباح له ينتفي موضوع الحكم بجواز التردّ في المعاطاة، ويتحقّق ملاك اللزوم وهو عدم إمكان تردّ العينين، وعليه يكون نقل العوضين أو أحدهما بعقد لازم في المعاطاة المفيدة للإباحة كالتلف ملزماً للمعاطاة<sup>(١)</sup>.

نعم، بناءً على اختصاص الإباحة في المعاطاة وجواز التصرّف في المأخوذ بها بما لا يتوقّف على الملك لا بدّ أن نحكم في المقام بعدم اللزوم، وجواز استرداد المبيع ماله من يد المباح له، وذلك لعدم صحّة التصرّف الناقل للملك فلا يكون موضوع الجواز في المعاطاة وهو تردّ العينين منتفياً، فيكون تصرّف المباح له بنقل العين بالنقل اللازم تصرّفاً في مال الغير فيندرج في العقد الفضولي.

والحاصل: أنّ انتقال المأخوذ بالمعاطاة إلى غيره يكون بحكم التلف له ملزم للمعاطاة سواء قلنا بإفادة المعاطاة الملك أو قلنا بإفادتها الإباحة المطلقة.

---

(١) لا يقال: تقدّم أنّ الشيخ الأنصاري قد حكم في صورة تلف أحد العوضين في المعاطاة المفيدة للإباحة بعدم اللزوم وفقاً لبعض مشايخه، فكيف يحكم في المقام باللزوم بعد جعله النقل اللازم للعوض بحكم التلف؟! وذلك لأنّ الحكم هنا مبنيّ على القول بجواز التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة تصرّفاً مطلقاً وإن كان متوقّفاً على الملك، وهو ممّا لا يقبله الشيخ قدّس سرّه حيث تقدّم قوله في التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة: «أمّا إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك فالظاهر أنّها لا تجوز» (كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٨٢)، هذا أولاً، وثانياً: للفرق بين المقامين، ففي ما نحن فيه تسبّب النقل اللازم في انتقال ملكيّة المأخوذ بالمعاطاة من المبيع إلى المباح له أنا ما قبل النقل، فلم تبق للمبيع الذي هو المالك الأصلي للعين سلطنة على ملكه كي يتمسك بها لإثبات بقاء الجواز، بخلاف صورة التلف الحقيقي.

لا يقال: إنّ الجواز الثابت للمعاطاة المراد منه ثبوت الحقّ لكلا المتعاطيين في استرجاع العين، فإذا حصل نقل للعين مع تعلّق حقّ الغير فيها فهذا معناه أنّه قد باع ملكاً غير طلق، فيكون الجواز مانعاً عن تحقّق موضوع العقد اللازم، وبالتالي سيكون النقل بمثابة جعل الخيار لغير طرفي المعاملة.

وذلك لأنّ جواز استرداد العين في المعاطاة حكم شرعيّ تعبديّ وليس حقّاً في العوضين حتّى يكون مانعاً من النقل إلى الغير، ولا حقّاً في حلّ العقد حتّى يكون مانعاً عن لزوم النقل، وعليه فلا يوجد مانع شرعيّ يمنع عن انتقال العين إلى الغير بأحد النواقل الثابتة شرعاً<sup>(١)</sup>.

قال الميرزا الإيرواني قدّس سرّه: «ودعوى أنّ تعلّق الحقّ بالعين يوجب بطلان المعاملة عليها لخروجها بذلك عن كونها طلقاً مدفوعة، أولاً: بأنّ الكلام في المقام بعد فرض صحّة المعاملة على العين، وثانياً: أنّ ذلك إنّما يمنع من نفوذ التصرّفات إذا كان الخيار حقّاً متعلّقاً بالعين، وسيجيء أنّه حكم كالخيار في العقود الجائزة، فتعلّقه بالعين لا يوجب خروجها عن كونها طلقاً»<sup>(٢)</sup>.

### الصورة الثانية: رجوع العين بالفسخ

وذلك بأنّ ترجع العين المنتقلة بالعقد اللازم عمّن كانت في يده من المتعاطيين إليه مرّة أخرى بإقالة أو فسخ، كما لو باع عمرو الكتاب المنتقل إليه بالمعاطاة إلى خالد، ثمّ بعد ذلك ظهر في الكتاب عيب أو في المعاملة غبن، ففسخ خالد المعاملة، فإنّ العين سترجع مرّة أخرى إلى عمرو البائع، فيأتي البحث أنّه مع رجوع العين المنتقلة إلى ملك المتعاطي كما كانت قبل الناقل اللازم، هل يرجع جواز الترادّ مرّة أخرى فتعود المعاطاة جائزة بعد لزومها أم لا؟

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٦٠.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٨.

ويلاحظ أنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه قد قيّد رجوع العين هنا بالفسخ دون غيره من الأسباب المملّكة الأخرى كالشراء والإرث والهبة ونحوها، ويحتمل في هذا التقييد احتمالان:

الأوّل: أن يكون على نحو القيد الاحترازي، لإخراج ما إذا عادت العين إلى المتعاطي بسبب مملّك آخر كالإرث ونحوه، فلا يتوهم فيه عود حق الرجوع بعود العين المتقلّة بالعقد اللازم.

وأوضح الميرزا الإيرواني قدّس سرّه هذا الاحتمال بقوله: «والتقييد بالفسخ لعلّه لإخراج ما إذا عادت العين بسبب مملّك جديد من اشتراء أو إرث أو نحو ذلك، فإنّ ذلك ملك جديد لا يتوهم معه عود الحق، بخلاف ما إذا كان بالفسخ والإقالة، فإنّ العين هناك تملّك بالسبب السابق بعد إزالة الفسخ للسبب الحادث، فيجبيء توهم عود الحق بعود العين»<sup>(١)</sup>.

وتمسك بهذا الاحتمال السيّد الميلاني قدّس سرّه حيث ذكر أنّ «السّر في تقييد ذلك بالفسخ دون العود إلى الملك، حتّى يعمّ ما إذا ورث ما نقله أو اتّبه أو اشتراه أو أخذه بالمقاصّة ونحو ذلك، هو أنّ التملّك في مثل ذلك إنّما هو بسبب جديد لا يرتبط بالمعاطاة أصلاً، فلا يشمل جواز الترادّ الذي هو عبارة عن ترداد المملوك بالتعاطي لا مطلق المملوك»<sup>(٢)</sup>.

وأشار إليه السيّد القزويني قدّس سرّه بقوله: «ولو عادت العينان إلى المتعاطيين فإن كان العود لناقل آخر - من بيع أو صلح أو ارتداد أو ميراث أو نحو ذلك - فلا ينبغي التأمّل في عدم عود جواز الترادّ؛ لعدم كون الملك المتجدّد من أثر المعاطاة، وإن كان لتفاسخ أو تقاؤل ففي عود جواز الترادّ وعدمه

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٨.

(٢) محاضرات في فقه الإماميّة (كتاب البيع)، السيّد محمّد هادي الميلاني، ص ١٦٨.

وجهان، من أصالة عدمه ومن ارتفاع المانع»<sup>(١)</sup>.

الثاني: أن يكون على نحو القيد التوضيحي، إذ إنّ تمام المناط هو عود العين مرة أخرى إلى ملك المتعاطي الذي انتقلت عنه العين في العقد اللازم، والفسخ إنّما ذكر من باب المثال؛ إذ لا خصوصية له في عود الملك.

والظاهر أنّ الثاني أقرب إلى مراد الشيخ، فإنّه بتحقيق النقل اللازم يرتفع جواز الترادّ في المعاطاة سواء رجعت العين المتقلّة بالفسخ أم بغيرها من الأسباب.

ولذا قال المحقّق المامقاني قدّس سرّه: «ذكر الفسخ من باب المثال، لأنّ عودها بالإرث أو بعقد جديد كالفسخ»<sup>(٢)</sup>. كما استقرب هذا الاحتمال أيضاً الميرزا النائيني قدّس سرّه كما يظهر لمن تتبّع كلماته في المقام<sup>(٣)</sup>.

كما ذكر الميرزا الإيرواني قدّس سرّه بعد بيانه للاحتمال الأوّل أنّ «الحقّ عدم الفرق فإنّ تمّ دليل استحقاق الرجوع بالعين بعد عودها إلى الملك، اقتضى الاستحقاق في صورتين وإلّا فلا»<sup>(٤)</sup>.

وعلى كلّ حال، أفاد الشيخ الأعظم قدّس سرّه أنّ الكلام في المسألة تارة يكون بناءً على إفادة المعاطاة الملك وأخرى بناءً على إفادتها الإباحة:

أمّا بناءً على الملك: ففي جواز الترادّ بعد رجوع العين وعدمه وجهان:  
الوجه الأوّل: جواز الترادّ، للاستصحاب؛ حيث يمكن ترادّ العينين في الخارج بعد حصول فسخ المعاملة اللازمة عن طريق التمسك بالاستصحاب،

(١) ينابيع الأحكام، السيّد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٥٦٠.

(٢) غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، الشيخ محمّد حسن المامقاني، ج ٢ ص ٢٠٩.

(٣) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠٧. والمكاسب والبيع، تقرير بحث النائيني، للشيخ محمّد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٤٧.

(٤) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٨.

فإنّ جواز الترادّ كان متيقّناً قبل حصول النقل اللازم، وبعد الفسخ يشكّ في بقاء الجواز فيستصحب<sup>(١)</sup>.

**الوجه الثاني:** عدم جواز الترادّ؛ لأصالة اللزوم؛ إذ إنّ استصحاب جواز الترادّ غير جارٍ هنا فلا بدّ من الرجوع إلى عموم أصالة اللزوم، والوجه في عدم جريان الاستصحاب عدم إحراز الموضوع، فإنّ جواز الترادّ إنّما ثبت للمعاطاة بدليل الإجماع، وهو دليل لبيّ يقتصر فيه على القدر المتيقّن، وهو جواز الرجوع في العين عن طريق إزالة ما أحدثه المتعاطيان من الملك الحاصل بالمعاطاة، لا بإزالة كلّ ملك حاصل على تلك العين، فليس إمكان الترادّ بقول مطلق ولو مع انتقال العين إلى الغير هو الموضوع للجواز، بل الموضوع هو بقاء العينين بوصف كونهما مملوكين للمتعاطيين، وهو محرز التحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكها، وأمّا بعد رجوع العين مرّة أخرى إلى المتعاطي يشكّ في تحقّقه، فيقتصر على القدر المتيقّن، ومعه يكون المحكم هو أصالة اللزوم ولا تصل النوبة إلى استصحاب بقاء الجواز الثابت قبل انتقال العين عن ملك مالكة؛ لكون الموضوع فيه غير محرز.

بعبارة أخرى: إنّ جواز الترادّ في المعاطاة إنّما ثبت بدليل لبيّ وهو الإجماع، فيشكّ حينئذ هل موضوعه هو ما يملكه المتعاطيان مطلقاً وإن انقطع استمرار

---

(١) يرى الميرزا الإيرواني قدّس سرّه أنّ الاستصحاب هنا تعليليّ، بتقريب: أنّ استحقاق أخذ العين كان ثابتاً قبل النقل والفسخ، وهذا الاستحقاق التعليقي مستمرّ حتّى عند كون العين خارجة عن الملك، والأثر المترتب عليه أنّ العين إذا رجعت إلى الملك صار الاستحقاق تنجيزيّاً، ولا يعارضه الاستصحاب التنجيزي أعني عدم الاستحقاق الفعلي في قطعة الخروج فيستصحب إلى ما بعد العود؛ لحكومة الاستصحاب الأوّل عليه، ثمّ يناقش هذا الاستصحاب بعدم تماميّة مقتضى الحجّة فيه؛ لعدم تماميّة أركانه، ومع التنزّل يلتزم بالتعارض بينه وبين ما بإزائه من الاستصحاب التنجيزي (راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٨٨).

الملكيّة في مدّة من الزمن، أم موضوعه هو ما يملكه المتعاطيان بسبب المعاطاة لا غيرها من الأسباب، وبما أنّ الدليل لبّي يقتصر فيه على القدر المتيقّن منه وهو كون المتعاطيين مالكين للعينين بالمعاطاة، وهذا حاصل قبل النقل لا بعده، واستصحاب الجواز يكون ممكناً على الأوّل، أي: كون الموضوع هو مالكيّة المتعاطيين للعينين مطلقاً فيكون إمكان الترادّد على أساسه على قول مطلق وإن انقطع استمرار الملكيّة بالنقل إلى الغير ثمّ عودها مرّة أخرى، وهو غير محرز من أوّل الأمر، وعليه يكون المانع عن استصحاب جواز الترادّد عدم إحراز الموضوع. ومنه يتّضح عدم تماميّة ما أشكل به بعض المحقّقين على الشيخ الأعظم من أنّ المناسب لتعليل عدم جريان الاستصحاب هنا هو إحراز عدم الموضوع؛ لسقوط الجواز قطعاً بنقل العين بالعقد اللازم، لا عدم إحراز الموضوع<sup>(١)</sup>، وذلك لما أوضحناه من تقريب كون المانع في المقام هو عدم الإحراز، واختار الشيخ الأعظم هذا الوجه معبراً عنه بأنّه أجود الوجهين<sup>(٢)</sup>.

قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه في توضيح الوجه الثاني: «إنّ جواز الترادّد لم يثبت بدليل لفظي، ليقال بأنّ موضوعه ما يملكه المتعاطيان، ويشكّ في رافعيّة النقل المتخلّل للجواز عن موضوعه، بل بدليل لبّي يشكّ في أنّ موضوعه ما يملكه المتعاطيان، ليكون اعتبار النقل اعتبار الرفع، أو موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل، فما يمكن جرّه وإبقاؤه غير محرز من الأوّل، بل المتيقّن هو الملك قبل النقل، ومنه تعرف أنّ المانع من الاستصحاب عدم إحراز الموضوع بنحو يمكن إبقاء حكمه، لا الشكّ في بقاء الموضوع مع العلم بثبوت الحكم له

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٩٩.

ومنية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠٧.

(٢) تعبير الشيخ الأنصاري قدّس سرّه يكون الوجه الثاني أجود الوجهين لا يخلو من مسامحة بعد كون الوجه الثاني مبتنياً على إبطال الوجه الأوّل.

سابقاً، كما أنّه تعرف أنّ القدر المتيقّن معلوم الزوال، لا أنّ المستصحب معلوم الزوال، بل غير معلوم الثبوت<sup>(١)</sup>.

وأما بناءً على الإباحة: ففي جواز التردّد بعد رجوع العين وبقاء الإباحة الحاصلة بالمعاطاة وعدمه وجهان أيضاً:

الوجه الأول: إمكان التردّد لأحد أمرين:

الأمر الأول: أنّ الكاشف عن حصول الملك للمباح له هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاع العقد بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول.

توضيح ذلك يحتاج إلى بيان مقدّمة أشار إليها الميرزا النائيني قدّس سرّه حاصلها: إذا باع زيد كتاباً إلى عمرو بعشرة دنانير، وشرط لنفسه الخيار لمدة معيّنة، ثمّ عاد زيد وباع الكتاب الذي في يد عمرو في مدّة الخيار إلى خالد، فالوجه المتصورّة في نفوذ تصرّف زيد ذي الخيار فيما انتقل عنه في هذا العقد الخيارية أربعة:

الأول: أن تكون إرادة تصرّف ذي الخيار فسخاً فعليّاً موجباً لانتقال الملك ممّن عليه الخيار إليه، فيكون تصرّف بالبيع والوطء والهبة ونحوها واقعاً في ملكه<sup>(٢)</sup>.

الثاني: أنّ الفسخ يحصل بأوّل جزء من الفعل أو القول، وتماه يحصل للملك للمشتري، فالتكلّم بكلمة باء بعت مثلاً يكون فسخاً موجباً لانتقال المال إلى المتصرّف، وبإتمام كلمة بعت يصبح البيع موجباً لانتقال المال عن المتصرّف إلى المشتري الثاني.

الثالث: أنّ الفسخ يحصل بنفس تصرّف البيعي لا بمجرد إرادته كما كان في

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٢٧.

(٢) ذكر الميرزا النائيني أنّ هذا الوجه هو مختار جماعة منهم الشيخ الأنصاري. (راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٤٨).



الوجه الأول، ويترتب على هذا التصرف الصادر من ذي الخيار أمران إنشائيان طوليان: أحدهما انتقال المبيع من المشتري الأول إلى المتصرف، وحسب المثال انتقال الكتاب من عمرو إلى زيد ذي الخيار، والآخر انتقاله من المتصرف إلى المشتري الثاني، أي: انتقال الكتاب من زيد إلى خالد.

الرابع: أن الفسخ يحصل بإنشاء البيع، وأمّا ملك المشتري الثاني فيكون مترتباً عليه، وفرق هذا الوجه عن الوجه الثالث أن الفسخ والبيع في الوجه الثالث كانا مترتبين على إنشاء البيع لكن ترتباً طولياً، أمّا هنا فإ إنشاء البيع بنفسه فسخ لا أنه مما يترتب عليه الفسخ<sup>(١)</sup>.

بعد توضيح هذه المقدمة نقول: إن هذا الأمر الأول المثبت لجواز التردّد في المقام مبني على الاحتمال الثالث من احتمالات ما به يتحقّق الفسخ، فلو باع زيد كتاباً إلى عمرو بعشرة دنانير بالبيع المعاطي، فبناءً على الإباحة يكون الكتاب باقياً على ملك زيد وإن كان في يد عمرو، وإنّما يباح لعمرو التصرف فيه، كما أن الدنانير باقية على ملك عمرو وإن كانت فعلاً في يد زيد وإنّما يباح لزيد التصرف فيها، فإذا باع عمرو المباح له الكتاب إلى خالد، كان هذا البيع سبباً لتملّك عمرو للكتاب أولاً ثمّ انتقال الملكيّة إلى المشتري ثانياً، فإذا فرضنا عود الكتاب مرّة أخرى إلى عمرو بفسخ هذا البيع الناقل، عاد الكتاب إلى ملك مالكه الأول وهو زيد المبيع، ويكون لعمرو حقّ التصرف فيه فقط كما كان الأمر قبل حصول النقل اللازم، وكان مقتضى (سلطنة الناس على أموالهم) جواز رجوع المبيع واسترداد كتابه من عمرو المباح له، واسترداد عمرو دنانيره، وعليه يكون مقتضى

(١) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٠٨-٢٠٩. والمكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الآمل، ج ١ ص ٢٤٨-٢٤٩.

القاعدة في المعاطاة هنا جواز التراد<sup>(١)</sup>.

لا يقال: سبق وأن قد تقدّم أنّ نقل المباح له العين المأخوذة بالمعاطاة نقلاً ملزماً كييعها كاشف عن دخول العين أنا ما قبل البيع في ملك المتصرّف، وهذا يقتضي رجوع الكتاب إلى ملك عمرو مرة أخرى عند انحلال البيع، لأنّه إنّما خرج من ملكه فلا بدّ أن يعود إليه بعد زوال المانع، فلا وجه للحكم بعود الكتاب إلى ملك زيد المبيع.

وذلك: لأنّ هذا إنّما يتمّ إن كان المناط في هذا الوجه مثبت لجواز الترادّ هو ملكيّة إرادة التصرف حيث لا يكون انتفاء نفس العقد اللازم مؤثراً في الملكيّة المتحقّقة للمباح له قبله، لكنّك قد عرفت أنّ المناط في هذا الوجه إنّما هو كون نفس البيع سبباً لأمرين طوليّين وهما دخول المال في ملك المباح له، وتمليكه إلى المشتري الثاني، ومن الواضح أنّه مع انتفاء السبب ينتفي المسبّب.

الأمر الثاني: لو قلنا بعدم توقّف بيع المباح له على حصول ملك سابق على العقد، وإنّما يكفي في صحّته وجود إذن من المالك الأوّل المبيع في التصرف والإتلاف الاعتباري بالبيع والوقف ونحوها، صحّ للمباح له بيع العين مع بقائها على ملك مالكيها المبيع، فيملك المباح له الثمن بالبيع وإن كان المثلث ليس ملكه، فإذا انحلّ العقد بالفسخ عادت العين المنتقلة إلى ملك المبيع مرة أخرى لا إلى ملك المباح له، فيجوز للمبيع استرداده من المباح له، كما هو مقتضى إطلاق سلطنة الناس على أموالهم.

ومن الواضح أنّ هذا الأمر مبنيّ على أنّ دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج عنه غير معتبر في صدق المعاوضة، فيمكن خروج الكتاب عن ملك زيد ودخول عوضه - وهو الثمن الذي يأخذه المباح له عمرو من المشتري خالد -

(١) لا يخفى ما في عبارة المتن من قصور عن أداء المعنى المطلوب.

في كيس المباح له دون المالك.

فإن قلت: إنَّ ما ذكر لا يقتضي أن ترجع العين إلى المالك المبيع بالفسخ، إذ كما أنَّ للبائع المباح له أن يبيع لنفسه، كذلك له أن يفسخ لنفسه، والفسخ في الحقيقة تملك جديد.

قلت: ليس معنى بيعه لنفسه إلا قصد تملك عوضه لنفسه، وإلا فإن نفس تملك شيء لا يتوقف على ملكية المملك، وأمَّا الفسخ فليس اعتباره إلا اعتبار حل العقد ورجوع الأمر إلى ما كان عليه قبل إنشاء العقد، لا أنه تملك ما ملكه الغير، وكون الملكية الحاصلة بالفسخ لمن يعود إليه الملك ملكية جديدة بالدقة لا ينافي كونه حلاً للعقد وعدم كونه تملكاً بحسب الاعتبار، وحل العقد لنفسه أو لغيره لا معنى له<sup>(١)</sup>.

وأشار الشيخ الأعظم قدس سره إلى أنَّ ما ذكر هنا من كون البيع الناقل غير متوقف على سبق الملك عليه وإنما يكفي فيه إباحة التصرف، قد تقدّم استظهاره عن جماعة عند البحث في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك في التنبيه الرابع، حيث جاء هناك: «ولكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد قدس سرهما في باب الغاصب: أنَّ تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وأنه يملك الثمن بدفعه إليه.. ومقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك»<sup>(٢)</sup>.

الوجه الثاني: عدم جواز الترداد كما في الملك؛ وهذا هو مختار الشيخ الأعظم قدس سره، وذلك لأنه قد تقدّم أنَّ تصرف أحد المتعاطين - أو كليهما - بالنقل

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٢٨.

(٢) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٨٩.

اللازم لما في يده من المعاطاة كاشفٌ عن سبق الملك للمتصرّف المباح له أنّا ما وإلا لم يجز له هذا التصرف، فيكون النقل منشأ لدخول المأخوذ بالمعاطاة في ملك المتعاطي الناقل، وبعد فسخ العقد اللازم، ترجع العين مرّة أخرى إلى ملك العاقد المباح له الذي انتقلت العين منه لا إلى ملك المبيع، إذ لا دليل على زوال ملك المباح له الذي كشف العقد الناقل عنه، ودعوى أنّ زوال سلطنة المبيع على ماله متوقّف على عدم فسخ العقد الناقل ليس لها أثر؛ لعدم البيّنة عليها.

إذن بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة يكون حكم جواز التردّد بعد رجوع العين بفسخ العقد الناقل هو العدم كما في المعاطاة بناءً على إفادتها الملك.

بل الحكم بعدم جواز التردّد في المقام أولى منه على القول بالملك، وجه الأولوية: أنّه تقدّم احتمال جريان استصحاب جواز التردّد بناءً على القول بالملك، حيث إنّ المستصحب فيه هو تسلّط مالك العين الأصلي على إخراج ماله عن تحت ملكيّة المالك الثاني الذي صار ملكاً له بالمعاطاة، فبعد فسخ العقد الناقل وعود العين إلى المالك الثاني تكون أركان الاستصحاب تامّة، من اليقين السابق بسلطنة المالك الأوّل الثابتة قبل النقل، والشكّ اللاحق بارتفاعها بالتصرّف الناقل، حيث يحتمل دخالة عدم هذا التصرف في بقاء سلطنة المالك الأوّل، فتستصحب سلطنة المالك الأوّل ويثبت جواز التردّد.

بينما هذا الاحتمال لا يأتي مع القول بالإباحة، لأنّ منشأ جواز التردّد الثابت للمعاطاة بناءً على هذا القول هو السلطنة الأوليّة الثابتة للمالك المبيع في ماله قبل المعاطاة، والمفروض انتفاؤها بحصول الملك الآني للمباح له قبيل تصرّفه الناقل، فلا مجال حينئذ للاستصحاب؛ لعدم إحراز الموضوع.

بعبارة أخرى: «إنّ منشأ جواز التردّد على القول بالملك تسلّط المالك الأوّل على إخراج ما كان ملكاً له عن تحت ملكيّة الغير الثابتة له شرعاً بعد انقطاع ما كان له من السلطنة على التصرف بالمعاطاة، فبعد فسخ التصرف الناقل وعود العين إلى

المالك الثاني، أي: المالك بالمعاطاة، يتحقق أركان الاستصحاب من اليقين بتحقيق السلطنة للمالك الأول على إزالة ملك المالك الثاني، والشك في زوالها؛ لاحتمال مدخلية عدم طرؤ التصرف الناقل في بقائها، مع قطع النظر عن إشكال الشك في الموضوع، وأنه عبارة عن مطلق إمكان التراد أو إمكان التراد الغير الملحق بالتصرف الناقل، وهذا بخلافه على القول بالإباحة، فإن منشأ جواز التراد الثابت قبل التصرف الكذائي بناءً عليه هو السلطنة الأولية الثابتة له في ماله قبل المعاطاة، لا السلطنة الجديدة الحادثة بعد ارتفاع الأولى، ومن المعلوم أنه يرتفع بالتصرف قطعاً لارتفاع موضوعها به، أعني كونه مالاً للمالك الأول، فعلم أن معنى قوله: (لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا) هو عدم ثبوت جواز التراد بمعنى إخراج كل منهما عن ملك المتصرف المباح له بالتصرف في الزمان السابق على التصرف، لأن الثابت المحقق فيه جواز التراد بمعنى إخرجه عن عنوان جواز التصرف في مال الغير الحاصل بالمعاطاة على القول بالإباحة، الناشئ من أصالة بقاء سلطنة المالك الأول وهو المبيع على ملكه المقطوع بانتفائها بالعقد لانتفاء موضوعها وهو كون المال للمبيع وزواله بمجرد النقل، وهذان الجوازان متغيران<sup>(١)</sup>.

وملخص الكلام: أنه بناءً على إفادة المعاطاة بالإباحة لم يكن جواز التراد الملكي معلوماً في الزمن السابق على نقل العين بالعقد اللازم حتى يستصحب عند الشك ببقائه، بل المعلوم سابقاً هو سلطنة المالك المبيع على ماله الموجود في يد المباح له، والذي قد علم بارتفاعه قطعاً بالعقد اللازم، فلا موضوع هنا للاستصحاب.

هذا والفارق بين هذا الوجه وبين الأمر الأول من الوجه الأول للذين يشتركان في كون التصرف الناقل فيهما كاشفاً عن سبق الملك للمتصرف هو أن هذا الوجه الثاني نشأ من الجمع بين الأدلة والذي يقتضي الالتزام بالملك الآني

(١) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٤٥.

للمتصرّف قبيل النقل، من غير أن يكون نفس التصرّف علّةً أو شرطاً متأخراً لتأثير المعاطاة في الملك. ومن الواضح أنّ مقتضى الفسخ رجوع المال إلى المباح له، لأنّ التصرّف الناقل قد وقع في ملكه، فالفسخ يوجب العود إليه، فلا دليل على جواز التردّد للمالك الأوّل المبيع.

وأما الأمر الأوّل من الوجه الأوّل المتقدّم فقد كان مبتنياً على تحقّق الملك للمتصرّف الناقل بنفس العقد، بأن يكون شرطاً متأخراً لتأثير المعاطاة في الملكية. وعليه فهنا يكون التصرّف الناقل كاشفاً محضاً عن مالكيّة المتصرّف، بينما هناك يكون التصرّف الناقل موجباً لحدوث الملكية للمتصرّف ولغيره، حيث يترتب عليه أمران: أحدهما مالكيّة المباح له، والآخر مالكيّة غيره وهو المشتري، نظير ما قيل في التصرّف الناقل من ذي الخيار في زمن الخيار، فإنّ بيعه لما انتقل عنه سبب لتملّكه وتمليكه للمشتري معاً، فبالشروع في الصيغة يحصل الفسخ الموجب لتملّكه، وبتمامها يحصل تملك المشتري، وعلى هذا يكون الفسخ موجباً لعود العين إلى المالك المبيع.

ونبه المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه على هذا الفارق بقوله: إنّ المراد من الكاشف في الأمر الأوّل من الوجه السابق ليس هو محض الكشف «فإنّ ارتفاع الكاشف لا يستلزم ارتفاع المستكشف، بل بنحو الكشف اللّمي وهو كشف العلّة عن المعلول، لا بتناؤه على الشرط المتأخّر، بناءً على هذا الوجه كما قدّمنا بيانه مراراً، ومن الواضح أنّ ارتفاع العلّة يستلزم ارتفاع المعلول، بخلاف الوجه السابق<sup>(١)</sup>، فإنّه مبنيّ على أنّ الجمع بين الأدلّة يقتضي تقدير الملك أنا ما، لا بعليّة التصرّف رأساً، أو بنحو شرطيّة لتأثير التعاطي في الملك بنحو الشرط المتأخّر»<sup>(٢)</sup>

(١) هو الوجه الثاني بحسب شرحنا.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٢٧-٢٢٨.

كما أشار إليه السيّد اليزدي قدّس سرّه في حاشيته فراجع<sup>(١)</sup>.  
ثمّ إنّ ما ذكر من الأمرين لإثبات الحكم بجواز الترادّ في الوجه الأوّل  
كلاهما ضعيف:

أمّا وجه الضعف في الأوّل: فلكونه مبتنياً على الشرط المتأخّر وأنّ نفس العقد  
مملّك، والظاهر أنّ الشيخ الأعظم ممّن يرى أنّ إرادة التصرفّ هو المملّك<sup>(٢)</sup>، فلا  
يؤدّي فسخ العقد إلى رجوع العين إلى المبيع، بل يرجع إلى المباح له.  
بعبارة أخرى: إنّ فسخ العقد هو حلّه وعود كلّ مملوك إلى ملكيّة مالكة،  
وفي المقام بعد فسخ العقد الناقل يعود المال إلى ملك المباح له، لأنّه هو الذي صار  
مالكاً للمال قبيل النقل آنأ ما.

وأمّا وجه الضعف في الثاني: فهو أنّ حقيقة المعاوضة عبارة عن دخول كلّ  
واحد من العوضين في كيس من خرج عنه العوض الآخر، ومن الواضح أنّ  
الأمر الثاني يقتضي خلاف ذلك.

وعليه فالأقوى عند الشيخ الأعظم رجوع العين بعد الفسخ إلى المباح له  
البائع دون المبيع المالك قبل النقل، إذ لا دليل على زوال ملك المباح له بعد ثبوته  
ولو في آن ما، ومعه لا مجال لجريان قاعدة السلطنة بعد الفسخ، إذ المفروض أنّ  
المال يرجع بالفسخ إلى البائع المباح له، ونتيجته: أنّ المعاوضة تصير لازمة عند تحقّق  
عقد لازم على إحدى العينين حتّى وإن عادت العين إلى المباح له بالفسخ<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤٠٠.  
(٢) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، لمحمّد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٤٨.  
(٣) قال الشيخ الوحيد الخراساني على ما في تقارير بحثه: «برغم صحّة ما ذهب إليه في المقام  
حسب مبناه، ولكنّ المسألة لا تحتاج إلى هذه التفصيلات والاحتمالات والردود عليها  
حسب مبنانا، وذلك للبيان المتقدّم منّا أنّ المعاوضة من حين وقوعها تفيد الملكية، لكن  
قام الإجماع على جوازها مشروطاً بعدم التصرفّ والنقل والانتقال، أو وقوع التلف في

هذا تمام الكلام في الفرع الأوّل وهو أن يكون التصرّف في العين المأخوذة بالمعاطاة من قبل أحد المتعاطيين أو كليهما بنقلها إلى الغير بالعقد اللازم.

### الفرع الثاني: أن يتحقّق النقل بعقد جائز

حيث يتصرّف أحد المتعاطيين أو كليهما بما في يده من العين المنتقلة إليه بالمعاطاة بنقلها إلى الغير بعقد جائز كالبيع الخياري أو الهبة أو الجعالة ونحوها. والمقصود من العقد الجائز هنا: ما كان الجواز فيه حقياً كالخيار أو كان حكماً كالجواز في الهبة، فلا يتوهم التنافي بين هذا الفرع وبين ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سرّه في الفرع الأوّل في صورة رجوع العين بالفسخ بأن يقال إنّ الفسخ هناك معناه أنّ العقد الناقل كان جائزاً، بينما جعله لازماً في قبال ما ذكره هنا من العقد الجائز، وذلك لأنّ المقصود من لزوم في الفرع الأوّل هو اللزوم من جميع الجهات حتّى من جهة الخيار، وفسخ العقد اللازم بحدوث سببه بعد تحقّق العقد غير مانع من انعقاد العقد لازماً، أمّا الجواز في هذا الفرع فالمقصود به ما ذكرناه من كونه جوازاً حقياً أو حكماً.

ثم إنّ النقل الجائز يكون على صورتين:

### الصورة الأولى: نقل العين بعقد جائز معاوضي

لو نقل أحد المتعاطيين ما في يده إلى آخر بعقد جائز من المعاوضات كالبيع الخياري، فحكم هذه الصورة على القول بالملك: هو لزوم المعاطاة وعدم جواز التراد، إذ الملكيّة الحاصلة بسبب المعاطاة والتي تكون وصفاً للعينين اللتين يجوز

---

المأخوذ بالمعاطاة، فمع حصول هذه التصرفات بانتقال أحد العوضين أو كليهما إلى الغير بعقد لازم أو جائز، نشكّ في اندراجه في الإجماع المخصّص، وفي الخروج من عموم آية الوفاء الدالّ على اللزوم، فيكون المرجع حينئذ عموم الأصل اللفظي». (العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٥٥٩).



الترادّ فيهما قد ارتفعت فعلاً بنقلها بهذا العقد، فيكون انتقال الملك ولو بالعقد الجائز في حكم التلف لها مانع من تحقّق الترادّ، وعليه فليس لمالك العين الباقية الذي لم ينقل ما أخذه إلزام الطرف الناقل بالرجوع عن نقله وفسخ العقد، وذلك لعدم ثبوت ولاية له على الناقل في إجباره على أن يرجع ويفسخ عقده الجائز، كما لا يجوز أن يرجع مالك العين المنتقلة إلى المشتري لأخذ ماله.

بل حتّى لو ألزم مالك العين المنتقلة الطرف الناقل بفسخ العقد وإرجاع العين فإنّه غير مجدٍ، إذ إنّ موضوع جواز الترادّ وهما العينان المملوكتان بالمعاطاة قد انتفى بمجرد خروج العين عن الملك بالنقل، وعودها إلى الملك بعد الرجوع هو ملك جديد غير الملك المتحقّق بالمعاطاة، فالموضوع منتفٍ بالنقل على كلّ حال سواء رجعت العين أم لم ترجع؛ قال الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازماً كالبيع والهبة بعد القبض والوقف والعق فكالتلف، وإن كان جائزاً كالبيع في زمن الخيار فالظاهر أنّه كذلك؛ لصدق انتقال الملك عنه، فيكون كالتلف، وعودها بالفسخ إحداث ملك آخر، بناءً على أنّ البيع يملّك بالعقد، وإن كان هناك خيار»<sup>(١)</sup>.

وعلى القول بالإباحة: فالحكم كذلك أيضاً من عدم جواز الترادّ؛ لما عرفت من كون المعاوضة الناقلة للعين كاشفة عن سبق دخول هذه العين في ملك المباح له آنأ ما قبل حصول النقل، ولا دليل على زوال هذا الملك بعد تحقّقه، فيكون جواز الترادّ مرتفعاً بارتفاع موضوعه.

### الصورة الثانية: نقل العين بعقد جائز غير معاوضي

لو نقل أحد المتعاطيين ما في يده إلى آخر بعقد جائز غير معاوضي كالهبة، فعلى القول بالملك: فالحكم عدم جواز الترادّ كما في الصورة الأولى.

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٥٠.

وأما على القول بالإباحة: فالحكم هو جواز التراد لا عدمه، بناءً على أن تصرف المباح له في مال المبيع غير موجب للملكية المباح له المتصرف على إطلاقه، بل الموجب لها هو التصرف الذي يتوقف جوازه شرعاً أو عقلاً على كون المتصرف مالكا، كما في البيع والوطء والعق، وأما الهبة فليست كذلك، فلو وهب المباح له مال المبيع إلى آخر، لم يقتض ذلك دخول العين الموهوبة في ملك الواهب ولو آنما قبل هبته حتى تقع في ملكه لا في ملك المبيع، وذلك لصحة الهبة من المباح له كصحتها من المالك، حيث لم يرد دليل شرعي على توقف صحة الهبة على ملكية الواهب كما ورد في البيع كقوله: (لا بيع إلا في ملك) وكذا في العق والوطء.

وأيضاً لم يدل دليل عقلي على منع هبة غير المالك كما دل عليه في البيع، إذ هناك كانت المعاوضة لا تتم حقيقتها إلا بدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، فلا بد أن يكون البائع مالكا للمبيع، أما الهبة فلا عوض فيها حتى يقال بعدم معقولية خروج العوض عن ملك شخص وانتقال المعوض إلى آخر، بل حقيقة الهبة هي مجرد انتقال المال من ملك المالك (لا الواهب) إلى المتَّهب.

وعليه فالواهب وإن كان في الظاهر هو المباح له إلا أنه حقيقة هو المبيع، فيجوز للمالك المبيع استرداد عينه ولكن في صورتين:

الأولى: بقاء العين الأخرى التي في يد المبيع وعدم تلفها، وإلا لزمّت المعاطاة من جهة ملزمة تلف العين.

الثانية: عود العين الأخرى إلى المبيع بالهبة أيضاً، إذ لو كان عودها بنحو آخر كالفسخ كان بمنزلة التلف.

فمثلاً: لو تعاطى زيد وعمرو كتاباً بعشرة دنانير وقلنا بإفادة المعاطاة الإباحة، ثم وهب عمرو الكتاب الذي في يده إلى خالد، فالواهب في الحقيقة هو زيد لا عمرو، ولكون الهبة جائزة يجوز لزيد استرداد كتابه من خالد إن كانت الدنانير العشرة عوض الكتاب ما زالت باقية على حالها في يد زيد، وأما مع تلفها

حقيقةً أو اعتباراً لم يجز الرجوع من جهة التلف.

ولو كان زيد قد تصرف بهذه الدنانير تصرفاً غير متلف، فإن كان هذا التصرف على نحو شراء شيء بها ثم فسخ المعاملة أو التقايل مع البائع، فالمعاطاة حينئذ تكون لازمة من جهة العقد اللازم المقتضي لدخول الدنانير في ملك زيد، وإن كان التصرف على نحو الهبة ثم الرجوع عنها فجواز المعاطاة باقٍ على حاله، ويمكن لزيد استرداد كتابه من عمرو وإرجاع دنانيره إليه.

والحاصل: أن دخول العين في ملك المباح له في المعاطاة لا يكون إلا إن كان نقلها بعقد معاوضي، لا مطلق العقد الناقل حتى في مثل الهبة، لكون العقد المعاوضي يقتضي دخول العوض في ملك من خرج المعوض عنه، فالثمن يدخل في ملك المباح له العاقد، فلا بد أن يكون خروج الثمن من ملكه حتى تصح المعاوضة، ولازم ذلك خروج العين المنتقلة من ملك المبيع ودخولها في ملك المباح له آنأما حتى يكون خروجها من كيس من يدخل الثمن في كيسه وهو المباح له، أمّا العقد غير المعاوضي كالهبة فهو غير مقتضى لذلك؛ لعدم العوض فيها، فيمكن أن يخرج المال رأساً عن ملك المبيع إلى المتّهب.

هذا ما أفاده الشيخ الأعظم في بيان هذه الصورة، لكن يمكن أن يقال: إن الواهب المباح له إنما يهب عن نفسه لا عن المبيع، إذ ليس الواهب وكيلاً عن المالك ولا مأذوناً شرعاً في أن يهب عنه، والعوض الحاصل بالمعاطاة في يد المبيع إنما هو عوض في قبالة تصرفات المباح له في العين المنتقلة إليه، والتي تكون لنفسه لا للمبيع، إضافة إلى أن الهبة عن قبل غيره خلاف الحسّ والوجدان، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى: إن تقدير الملك الآني للمباح له غير منحصر بما إذا كان تصرفه تصرفاً معاوضياً، بل إن مطلق التصرف الناقل مقتضى لدخول ملك المبيع في ملك المباح له؛ لكون نفوذ هذا التصرف متوقفاً على التقدير، فكما لا ينفذ بيع غير المالك فكذا لا تنفذ هبته.

وعليه فالقول بصحة الهبة من المباح له مع حق الرجوع للمبيح دون المباح له ليس كما ينبغي، فالجمع بين صحة هبة الواهب عن نفسه، وثبوت حق الرجوع في الهبة للمالك المبيح - فيمكنه إبطال الهبة وجعل العين الموهوبة مباحاً للواهب مرة أخرى كما كانت قبل الهبة - جمع بين طرفي النقيض<sup>(١)</sup>.

كما يمكن أن يقال أيضاً: إن الحكم بجواز التردّد في هذه الصورة لا معنى له، إذ إن الواهب غير مالك للعين الموهوبة، كما أنها ليست مباحة له بعد رجوع المالك حتّى يرجع فيها، فإن الإباحة التعبدية الثابتة للمعاطاة قد انتفت بسبب الهبة، ولا دليل على رجوعها ثانية بالرجوع في الهبة<sup>(٢)</sup>.

بل يمكن القول كذلك: إن الظاهر من أدلة جواز الرجوع كونها ناظرة إلى الواهب العاقد سواء كان مالكا للعين الموهوبة أم لا، فيكون الواهب حقيقة في المقام هو المباح له لكونه هو العاقد، فجواز الرجوع يكون ثابتاً له دون المالك.

ولذا قال السيّد الميلاني قدس سرّه: «إن المالك ليس له حق الرجوع، لأن مقتضى الأدلة أنّ الحق للواهب، فهل الواهب الذي له الحق مقيّد بكونه مالكا؟ فهنا ليس لأحدهما الرجوع، وإن كان مطلق الواهب، فالمباح له هو الذي رجع لا المالك، فما ذكره الشيخ غير تامّ، اللهم إلا أن يقال: المستفاد من الأدلة ثبوت حق الرجوع في الهبة للواهب المالك، ثم يدعى أنّ العلة التامة لهذا الحق هو حيث المالكية لا حيث الواهبيّة، وإذا كان كذلك فللمالك الرجوع وإن لم يكن هو الواهب، ولا يخفى أنّه تكلف وتعسف»<sup>(٣)</sup>.

ثم إن الآخوند الخراساني قدس سرّه التزم في هذه الصورة بعدم جواز التردّد

(١) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢١١.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٩٠.

(٣) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٦٦.

ولكن مع جواز رجوع المالك المبيع إلى العين الموهوبة، توضيحه: أن الرجوع في الهبة بنظر المحقق الآخوند ليس فسخاً للهبة حتى يرجع الأمر على ما كان عليه قبل نقل العين، فيرجع جواز التراد في المعاطاة، بل الرجوع هنا مقتضى لتملك جديد للعين غير التملك الذي كان في المعاطاة، ويترتب على هذا التملك الجديد أمران، أحدهما: عدم إمكان ترداد العينين الذي كان ثابتاً للمعاطاة لسقوطه بالهبة، والآخر: أن المبيع لا يجب عليه ردّ العوض الذي كان عنده بالمعاطاة، ولا يقال: إن هذا جمع بين العوض والمعوّض، وهو غير مقبول، وذلك لأن اجتماعهما ليس من جهة كونهما عوضاً ومعوّضاً لمعاملة واحدة حتى يأتي الإشكال، بل إن أحدهما كان لأجل المعاطاة لكونه بإزاء إباحة المالك ماله للمباح له، والآخر لأجل التملك الجديد الحاصل برجوع المالك المبيع إلى العين الموهوبة.

قال قدس سرّه: «لا يخفى أن المتجه عدم جوازه، فإن تملك المالك للعين الموهوبة تملك بوجه آخر، غير التملك بالرد في المعاطاة، ليحجب رد الأخرى إلى مالكها، كي حصل التراد، ولم يلزم الجمع بين العوضين، فالعينان وإن اجتمعا عنده، إلا أن إحداها بالمعاطاة ابتداء، أو بعد التصرف في إحداها بالهبة، والأخرى بالرجوع إلى العين في الهبة، لا المعاطاة، نعم لو كان الرجوع إليها بالفسخ، يمكن أن يقال بعود العلة السابقة بحسب الاعتبار، وإن لم يكن عودها بحسب الحقيقة؛ لامتناع إعادة المعدوم، فكأنه لم يكن هناك هبة، فيكون المعاطاة على ما كانت محلاً للتراد، لكن الرجوع في الهبة ليس فسخاً لها، مع أنه لو كان من باب الفسخ، فلا يحكم بجواز التراد لعدم القطع به، ولا لاستصحابه، لانقطاعه قبل الرجوع قطعاً، فافهم»<sup>(١)</sup>. وأجاب عنه الميرزا النائيني بأنه إن التزمنا بعدم جواز التراد فالتملك الجديد للمبيع ليس له معنى، لأن العوض عوض عن صيرورة المال للمتهب، لا عن

(١) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٥٠.

إنشاء الواهب، فإذا رجع المال عن المتهب فلا بدّ أن يرجع ما عند المبيع من العوض إلى ملك الواهب؛ قال قدّس سرّه: «ولا يخفى أنّ هذا (أي: ما ذكره المحقّق الآخوند) في الغرابة بمكان لأنّ مقتضى انتقال مال الواهب إلى الآخر الذي في يده هو انتقال مال هذا الآخر أيضاً إلى الواهب، فيكون الواهب قد وهب ماله وكانت الهبة واقعة في ملكه، ويكون فسخ الهبة أيضاً موجباً لعود المال إليه لا إلى المالك الأوّل كما لا يخفى»<sup>(١)</sup>.

هذا تمام الكلام في المبحث الأوّل وهو ما إذا كان الناقل للمأخوذ بالمعاطاة أحد المتعاطين أو كليهما<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثاني: أن يكون الناقل أجنبياً عن المتعاطين

إن حصل النقل لكلا العوضين أو أحدهما في المعاطاة عن طريق شخص ثالث أجنبّي عن المتعاطين، فتلحق حينئذ المسألة بعقد الفضولي، ويأتي البحث

(١) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٥٥. وراجع:

منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢١٣.

(٢) اكتفى السيّد الخميني قدّس سرّه في تقارير بحثه قد في هذا التنبيه بالمبحث الأوّل فقط ولم يتعرّض إلى المبحث الثاني بصورة وفروعه، بل لم يتعرّض إلى باقي التنبيهات وإنّها ختم هنا البحث في المعاطاة وانتقل مباشرة إلى بحث شرائط عقد البيع، وذلك لما يراه قدّس سرّه من أنّ جميع ما سيذكره الشيخ الأعظم إلى نهاية بحثه في المعاطاة لا فائدة وثمره منه وإنّها هو تطويل للبحث بلا طائل لكونه مبنياً على الفرض والتقدير، فالأرجح غصّ النظر عنه، وأشار إلى ذلك أيضاً السيّد الخوئي قدّس سرّه حيث ذكر في بداية البحث عن التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة أنّ الشيخ الأعظم قد أطلال الكلام في ما لا ثمره ذات أهمية مترتبة عليه. (راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٩٧. وكتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيّد محمد الصدر، ج ٢ ص ١٨٩. والبيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمد حسن قديري، ص ١١١، ومصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٤٩).

أنّ تصرّف الفضولي هذا بإنشاء معاملة ينقل فيها العين المأخوذة بالمعاطاة هل هو ملزم للمعاطاة كتصرّف نفس المتعاطين، أم إنّ تصرّفه لا أثر له فيبقى جواز الترادّ في المعاطاة على حاله؟ ذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه فرعين للمسألة:

### الفرع الأوّل: إجازة العقد الفضولي

إجازة العقد الفضولي على العين المنتقلة بالمعاطاة إمّا أن تحصل من الطرف الأوّل الذي انتقلت عنه العين، أو من الطرف الثاني الذي انتقلت إليه العين. والبحث تارة بناءً على إفادة المعاطاة الملك، وأخرى بناءً على إفادتها بالإباحة:

### المقام الأوّل: بناءً على القول بالملك

لو تعاوى زيد وعمرو كتاباً بعشرة دنانير، فباع خالد فضولاً الكتاب الذي انتقل بالمعاطاة إلى عمرو إلى شخص آخر، فتارة يميز زيد المالك الأوّل للعين هذا البيع، وأخرى يميزه عمرو المالك الثاني الذي انتقلت إليه العين بالمعاطاة:

### الصورة الأولى: أن يكون المميز هو المالك الأوّل (من انتقلت عنه العين)

حكم الشيخ الأعظم في هذه الصورة بعدم البعد في كون إجازة المالك الأوّل الذي انتقلت عنه العين رجوعاً عن المعاطاة، وفسخاً لها، إذ المفروض أنّ المعاطاة جائزة، فكما أنّ بيع المالك الأوّل لعيّنه التي انتقلت عنه بالمعاطاة وجميع تصرّفاته الناقلة فيها يكون فسخاً للمعاطاة، فكذلك إجازته للعقد الفضولي على عيّنه المنتقلة تكون فسخاً لها أيضاً، نظير تصرّف ذي الخيار في ما انتقل عنه بالعقد الخياري تصرّف ناقلاً منافياً لمقتضى العقد، فإنّه بلا شكّ يكون كاشفاً عن رجوع ذي الخيار وفسخه للعقد، وعود المال إليه حتّى يقع التصرّف الناقل في ملكه.

وتوضيحه بالمثل: إنّ إجازة زيد لبيع خالد الفضولي لما انتقل عن زيد إلى عمرو بالبيع المعاطاتي تكون فسخاً ورجوعاً من قبل زيد المالك للمعاطاة الجائزة، فكأنّ زيد بإجازته قد تصدّى لبيع كتابه أو المصالحة عليه أو هبته بنفسه.

ويلاحظ أنّ الشيخ الأعظم قدّس سرّه قد عبّر عن الحكم المذكور بعدم البعد فيه، وهذا معناه أنّه لا يخلو من إشكال، وأرجع بعض المحقّقين الإشكال فيه إلى أحد الوجوه التالية:

**الوجه الأوّل:** ما أفاده السيّد اليزدي من أنّه بناءً على إفادة المعاطاة الملك يكون الإشكال في إجازة المالك الأوّل كما في بيعه قبل الرجوع من ناحية عدم كونه مالكاً بعد انتقال عينه إلى الطرف الآخر، غاية الأمر أنّ له حقّ الرجوع وإعادة العين إلى ملكه لكون المعاطاة جائزة على الفرض، إمّا أن يتصرّف فيها بالبيع أو الإجازة قبل رجوعه في المعاطاة وإعادة العين إلى ملكه مرّة أخرى فالإشكال فيه مستقرّ لتوقّف البيع على الملك المفقود في المقام، ثمّ ذكر قدّس سرّه أنّ هذا الإشكال لا يصحّ دفعه إلّا بما ذكره من الوجوه في تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه قبل أن يفسخ<sup>(١)</sup>.

وأجاب عنه المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه بما حاصله: أنّه ليس غرض الشيخ الأعظم قدّس سرّه هنا الإشكال في إجازة المالك الأوّل وبيعه وسائر تصرّفات الناقل من حيث كونها تصرّفات متوقّفة على الملك، وفي المقام لا ملك، فيدفع الإشكال بما أجيب به في مسألة تصرّف من له الخيار في زمن الخيار، بل الظاهر من كلام الشيخ مفروغيّة نفوذ بيع المالك الأوّل وسائر تصرّفات من حيث كونها رجوعاً، وإنّما الإشكال في أنّ الإجازة رجوعاً كسائر تصرّفات<sup>(٢)</sup>.

**الوجه الثاني:** ما أفاده المحقّق الأصفهاني، أنّ منشأ توهم وجود فرق بين الإجازة وسائر تصرّفات الناقل - من حيث عدم الإشكال فيكون سائر تصرّفات رجوعاً بخلاف الإجازة - هو أنّ الإجازة هي إنفاذ لتصرّف الغير الذي لا رجوع له ولم يقصده أيضاً، وليست هي كالبيع من حيث كونها تصرّفاً من البائع يقصد به الرجوع.

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤٠٢.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٣١.



وأجاب عنه: بأن الإجازة وإن كانت بعنوان كونها إمضاءً لتصرّف الغير إنشاءً، إلا أنها محققة للتصرّف بالحمل الشائع، فالمجيز للتمليك العقدي الإنشائي يملك ويتملك حقيقة، وبإجازته يصير العقد عقده فيجب عليه الوفاء طبقاً لمقتضى الآية، فهي تصرّف يقصد به الرجوع كبيعته بالمباشرة.

وبعبارة أخرى: لا إجازة لمن لا عقد على ماله، فقيامه مقام إجازة عقد الفضول دالّ على أنّ المجيز لينفذ إجازته بصدد إعادة الملك إلى نفسه، فهي فعل له دلالة نوعيّة على أنّ صاحبها مالك، وإلا لكان هذا الفعل لاغياً، وهو ملاك دلالة الفعل على الفسخ والرجوع، سمّي تصرّفاً أم لم يسمّ كذلك<sup>(١)</sup>.

الوجه الثالث: ما أفاده الميرزا النائيني من الفرق بين المعاملة المعاطيّة وغيرها من العقود من جهة أنّ الفسخ في المعاطاة لا يتحقّق إلا بترادّ العينين، بخلاف الفسخ في العقود الأخرى، وإجازة البيع الفضولي ليست ردّاً للعين.

قال قدّس سرّه: «مبنى الإشكال على القول بالملك هو: أنّ ردّ المعاطاة ليس كردّ ذي الخيار ما انتقل عنه في تحقّقه بكلّ فعل أو قول، بل لابدّ أن يكون بالدلالة المطابقة، وهي تتحقّق برّد العين لا بإجازة عقد الفضولي فإنّها لازمة للردّ»<sup>(٢)</sup>.

وأجاب عنه: بأنّه لا يشترط في المعاطاة أن يكون الفسخ بترادّ العينين، بل المعتبر في صحّة الفسخ فيها إمكان الترادّ، بمعنى: أنّه لو فسخ أمكن أن يرجع إلى العين في قبال الرجوع بالمثل أو القيمة<sup>(٣)</sup>.

الوجه الرابع: ما أفاده أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه من أنّ رجوع المالك الأوّل وفسخه للمعاطاة إنّما يؤثر من حين الفسخ والرجوع، وهذا لا يمكن

(١) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ٢٣٢.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢١٣.

(٣) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث النائيني، للشيخ محمّد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٥٥.

الالتزام به في المقام، لأن الإجازة إن صحّت لابدّ من أن تكشف عن وجود الملكية حين العقد الفضولي، وهذا غير متحقّق هنا لفرض أنّه لا موجب لرجوع المال إلى المالك الأوّل غير فسخه، ومن الواضح أنّه متأخّر عن العقد الفضولي زماناً، نعم لا بأس بالالتزام بتأثير الإجازة على القول بالنقل، لكنّه خلاف المبنى<sup>(١)</sup>.

وأجاب عنه: أولاً: هذا الإشكال على فرض تماميّته يترتب عليه عدم صحّة العقد الفضولي بإجازة المالك الأوّل، ولا يترتب عليه بقاء المعاطاة على حالها وعدم انفساخها بتلك الإجازة، وذلك لأنّ الإجازة كاشفة عن رجوع المالك الأوّل بدون شكّ، سواءً في ذلك تأثيرها في صحّة العقد الفضولي وعدمه.

ثانياً: إنّ الكشف الذي يلتزم به الشيخ الأعظم قدّس سرّه في الإجازة هو الكشف الحكمي دون الحقيقي، وهو نقل حقيقة لكنّه يفترق عن النقل بلزوم ترتيب ما هو الممكن من آثار الملكية السابقة من حين الإجازة، وبما أنّه لا يمكن ترتيب آثار الملكية السابقة حال العقد من حين الإجازة فلا يحكم حينئذ بترتبها، بل يحكم بترتب الملكية حال الإجازة<sup>(٢)</sup>.

الوجه الخامس: ما أفاده بعض المحقّقين من أنّ إجازة المالك الأوّل يلزم منها الدور، إذ إنّ الإجازة تتوقّف على حصول الملك إذ لا إجازة إلّا في ملك، وحصول الملك يتوقّف على تحقّق الرجوع، والرجوع بحسب الفرض يتوقّف على صحّة الإجازة، هذا إضافة إلى عدم وجود دليل هنا على صحّة الإجازة لكي يلتزم بتحقّق الرجوع والمالك قبل الإجازة، وحال بيعه وسائر تصرّفاته من هذه الناحية كحال إجازته<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٣٩.

(٢) راجع: المصدر نفسه.

(٣) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٤٨.

وذكر بعض المحققين أنّ الإشكال في إجازة المالك الأوّل أيّاً كان منشؤه يمكن أن يقال في جوابه بناءً على إفادة المعاطاة للملك الجائز: إنّ التصرفات التي تكون منافية للعقد تكون رجوعاً وفسخاً عند العرف، من دون فرق في ذلك بين أن يكون الرجوع في المعاطاة وبين أن يكون في الخيار، وتوهم اختصاص كون التصرفات المنافية رجوعاً في الخيار وعدم كونها رجوعاً في المعاطاة غير تام؛ لعدم وجود وجه لهذا الاختصاص بعد كون الرجوع من المفاهيم العرفية، وعدّ العرف تلك التصرفات من مصاديق الرجوع، فكونها رجوعاً فعلياً على طبق القاعدة، لا للتعبّد حتّى يدعى الاختصاص المزبور بالإجماع<sup>(١)</sup>.

والمتحصّل: أنّ إجازة المالك الأوّل للعقد الفضولي رجوع عن المعاطاة وفسخ لها، على إشكال في هذا الحكم.

#### الصورة الثانية: أن يكون المجيز المالك الثاني (من انتقلت إليه العين)

لو أجاز المالك الثاني - وهو عمرو في المثال المتقدّم - العقد الفضولي، صحّت هذه الإجازة بلا إشكال، لأنّ المفروض أنّه مالك فعليّ للعين المنتقلة إليه بالمعاطاة المفيدة للملك الجائز، ومقتضى سلطنة المالك على ماله نفوذ جميع تصرّفاته ومنها إجازته للعقد الفضولي، فتكون إجازة المالك الثاني قد صدرت من أهلها ووقعت في محلّها، وتكون النتيجة لزوم المعاطاة وعدم جواز الرجوع، وصحّة العقد الفضولي لأنّ من بيده أمر هذا العقد قد أجازاه.

بعبارة أخرى: إنّ نفوذ إجازة المالك الثاني للعقد الفضولي إنّما هو من جهة وجود المقتضي وفقدان المانع، أمّا وجود المقتضي فلا أنّ المالك الثاني الذي وقع العقد الفضولي على العين المنتقلة إليه بالمعاطاة هو مالك لتلك العين حين تحقّق العقد الفضولي لفرض إفادة المعاطاة للملك الجائز، فتكون إجازته نافذه.

(١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ٢٣٩.

وأما كون المانع مفقوداً فواضح؛ إذ لا يوجد أي سبب ينافي سلطنة المالك الثاني على ماله المنتقل إليه بالمعاطاة.

وهذا بخلاف إجازة المالك الأول الذي انتقل المال عنه في المعاطاة، فالمفروض أنه ليس مالكا للعين المنتقلة عنه لا حين الإجازة ولا حين تحقق العقد الفضولي، ومن المعلوم أن الذي يصحّ العقد الفضولي هو إجازة المالك لا إجازة غيره، وهنا يكون المالك الأول كالأجنبي بالنسبة إلى ملكه المنتقل إلى الغير بالمعاطاة المفيدة للملكية، فيتوقف نفوذ إجازته حينها على إحراز كون هذه الإجازة رجوعاً عن المعاطاة وفسخاً لها، نظير تصرف ذي الخيار بالبيع والهبة والوقف ونحوها من التصرفات الناقلة المتوقفة على الملك، إلا أن إلحاق هذه الإجازة بتصرف ذي الخيار ليس بذلك الوضوح، لقصور مقام الإثبات، فإنّ الجمع بين الأدلة المقتضي لتملك ذي الخيار آنما قبل تصرفه المتوقف على الملك لا دليل على جريانه فيما نحن فيه، وهذا هو السرّ في تعبير الشيخ الأعظم بنفوذ إجازة المالك الثاني بلا إشكال، بينما عبر بعدم البعد بنفوذ إجازة المالك الأول.

#### المقام الثاني: بناءً على القول بالإباحة

أفاد الشيخ الأعظم أنه لو باع الفضولي ما في يد المباح له المنتقل إليه بالمعاطاة المفيدة للإباحة فحكم إجازة العقد من قبل المبيع المنتقل عنه المال هو حكم إجازة المالك الأول في المقام الأول، كما أنّ حكم إجازة المباح له المنتقل إليه المال هو حكم إجازة المالك الثاني هناك، لكن مع انعكاس الحكم من حيث الإشكال والوضوح، بمعنى أنّ إجازة المبيع هنا ماضية بلا إشكال خلافاً لإجازة المالك الأول بناءً على إفادة المعاطاة الملك، إذ إنّها لا تخلو من إشكال ولذا عبر الشيخ الأعظم عن حكم إمضاءها هناك بأنه غير بعيد، بينما إجازة المباح له هنا لا تخلو من إشكال خلافاً لإجازة المالك الثاني هناك التي كانت نافذة بلا إشكال.

والوجه في نفوذ إجازة المبيع المالك للعين المنتقلة من دون إشكال، هو أن كون إجازته رجوعاً عن المعاطاة يعتبر من الواضحات، لأن هذه العين على القول بإفادة المعاطاة للإباحة ما زالت على ملك صاحبها الأول وهو المبيع، ومقتضى قاعدة السلطنة أن له الحق في جميع التصرفات في ماله وفي العقد الواقع عليه.

أما الإشكال في نفوذ إجازة المباح له الذي وقع العقد الفضولي على العين المنتقلة إليه بالمعاطاة المفيدة للإباحة فالوجه فيه أن المباح له وإن كان له الحق في التصرف في المال المنتقل إليه، لكنّه في نطاق محدود لا يشمل الإجازة، إذ إنّه ليس مالكا للعين التي في يده فتكون إجازته صادرة من الأجنبي عن العين، لا اعتبار لها.

بعبارة أخرى: إن إجازة المباح له يكون نفوذها مردداً بين الثبوت من حيث إباحة التصرفات له الشامل لإجازته للعقد الواقع على العين المنتقلة إليه بالمعاطاة، والعدم من حيث كون العين مملوكة للغير فتكون إجازته غير معتبرة لكونها صادرة من الأجنبي، ولا يبعد نفوذ إجازته، وأن الراجح من هذين الوجهين هو الأول، أي: نفوذ إجازة المباح له، لأن المعاطاة حسب الفرض مفيدة لإباحة جميع التصرفات في ملك المبيع، فيشمل ما لو تعاقد عليه عقداً ناقلاً، وإن كان بشكل غير مباشر بتوسط الإجازة.

والحاصل: أن إجازة المالك الأول على فرض إفادة المعاطاة للملك وإجازة المباح له على فرض الإباحة لا يبعد نفوذها، أمّا إجازة المالك الثاني في الفرض الأول والمبيع في الفرض الثاني فهي نافذة بلا إشكال.

### الفرع الثاني: ردّ العقد الفضولي

بعد أن ثبت أن لكل من المتعاطين حق إجازة العقد الفضولي، ثبت أن لكل منهما رده أيضاً، لأن من له الإجازة له الرد، ومن تكون إجازته رجوعاً عن المعاطاة يكون رده كذلك، غاية الأمر أن سلطنة كل منهما على الرد متوقفة على

عدم سبق إجازة الآخر، وهذا الحكم لا فرق فيه بين القول بالملك والقول بالإباحة في المعاطاة، كما أنه لا فرق بين كون الرد من قبل المعطي ومن قبل الآخذ. قد يقال: بناءً على إفادة المعاطاة الملك لا إشكال في ردّ المالك الثاني للعقد الفضولي لكونه مالكا للعين، لكن ردّ المالك الأوّل مشكل لأنّه بحسب الفرض ليس مالكا، وجواز الردّ تابع لجواز الإجازة، وجواز الإجازة تابع لسبق الملكية، فمع عدم الملكية لا اعتبار للردّ.

وكذا الأمر بناءً على إفادة المعاطاة بالإباحة، فإن ردّ المبيع لا إشكال فيه لكونه ما زال مالكا للعين، إلّا أنّ ردّ المباح له مشكل باعتباره أجنبياً عنها. والجواب عنه: إنّ المالك الأوّل - بناءً على القول بإفادة المعاطاة الملك - عندما يردّ العقد الفضولي فإنّه ملتفت إلى أنّ ردّه هذا إنّما يكون مؤثراً مع ثبوت حقّ الإجازة له، والإجازة إنّما تؤثر مع الملكية، فحينئذ عندما يردّ العقد فلا بدّ أن يكون قاصداً الرجوع عن المعاطاة وإعادة العين المنتقلة عنه إلى ملكه مرّة أخرى، فيكون ردّه مؤثراً، وأمّا ردّ المباح له بناءً على القول بالإباحة فهو مؤثّر باعتبار أنّ له الحقّ في التصرف فيما انتقل إليه، ورفع البيع عن العين التي في يده من خلال ردّه يعتبر نحواً من أنحاء التصرف، فيكون نافذاً، فتأمل.

### الفرع الثالث: رجوع الأوّل عن المعاطاة وإجازة الثاني للعقد الفضولي

قد علمت أنّ البحث في المقام إنّما هو في المعاطاة بناءً على إفادتها الجواز، من الملك المتزلزل أو الإباحة، فيحقّق لكلا المتعاطيين الرجوع عن المعاطاة ما لم يحصل الملزم، وعلمت أيضاً أنّه لو وقع عقد فضوليّ على العين الموجودة عند أحدهما فلكليهما الحقّ في إجازة هذا العقد وردّه.

وعليه لو فرضنا تحقّق المعاطاة بين طرفين ثمّ باع أجنبيّ العين المنتقلة بالمعاطاة فضولاً، بعدها رجع المتعاطي الأوّل عن المعاطاة إعمالاً لجوازها، لكنّ المتعاطي

الثاني أجاز هذا العقد الفضولي، فهل المؤثر في هذا الفرض هو الرجوع أم الإجازة؟  
إذن في هذا الفرض توجد أزمنة أربعة:

الزمن الأول: تحقق المعاطاة بين زيد وعمرو.

الزمن الثاني: تحقق العقد الفضولي على العين المنتقلة إلى عمرو.

الزمن الثالث: رجوع زيد عن المعاطاة.

الزمن الرابع: إجازة عمرو للعقد الفضولي.

فصل الشيخ الأعظم في حكم هذا الفرض بين كون الإجازة كاشفة وبين كونها ناقلة:

فبناء على كاشفيّة الإجازة: احتمال الشيخ وجهين:

الوجه الأول: لغويّة الرجوع ونفوذ الإجازة.

لأنّ إجازة الثاني كاشفة عن صحّة العقد الفضولي من حين وقوعه، وبما أنّ الرجوع قد حصل بعد العقد لذا يكون رجوعاً بعد التصرف الملزم فلا أثر له.

الوجه الثاني: لغويّة الإجازة ونفوذ الرجوع.

لأنّ الرجوع إنّما حصل قبل التصرف بالإجازة، لذا يكون نافذاً، فكاشفيّة الإجازة منوطة بصحّتها، وهي مفقودة في المقام بعد رجوع الأول، فعود العين إلى الأول يجعل إجازة الثاني للعقد الفضولي من قبيل إجازة الأجنبي فتكون لغواً.

هذا ولم يرجح الشيخ الأعظم قدّس سرّه أحد الوجهين على الوجه الآخر.

ويؤيد أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه ما أفاده الشيخ الأعظم في الوجه الثاني من نفوذ رجوع الأول المعطي وبطلان إجازة الثاني المعطى له، حيث أفاد ما بيانه: أنّ الإجازة الكاشفة إمّا أن تكون كاشفة كشفاً محضاً عن صحّة العقد الفضولي، فتكون بمنزلة المعرف المحض لصحّته من الأول من دون دخل لها في الصحّة من الأساس، أو تكون لها الدخالة في تأثير الإنشاء السابق، إمّا على نحو الشرط المتأخّر، أو على نحو كونها قيداً على أن يكون المؤثر في المملكيّة هو الإنشاء

السابق المقيّد بتعقّب الإجازة، وعلى المعنى الأوّل قد يقال: أنّه يمكن الالتزام بكون الإجازة الصادرة من المالك الثاني - وإن كانت متأخرة - تؤثر في العقد الفضولي، ورجوع المالك الأوّل - وإن كان متقدّماً - غير مؤثّر في ذلك، وذلك لأنّ الإجازة تكشف عن انتقال المال عن ملك مالكة الأوّل إلى غيره من حين العقد، وحينئذ فالرجوع الصادر من المالك الأوّل يكون لغواً محضاً، فإنّه رجوع بعد انتقال العين إلى ثالث، فلا موضوع له، وعليه فما ذكره الشيخ الأعظم - من أنّه لو رجع الأوّل فأجاز الثاني لغا الرجوع إن جعلنا الإجازة كاشفة - تامّ. وأورد عليه السيّد الأستاذ قدّس سرّه:

أولاً: إنّ كون الإجازة كاشفة بهذا المعنى وإن احتمل ثبوتاً، إلّا أنّه لا دليل عليه إثباتاً، بل الأدلّة الدالّة على اعتبار الرضا في صحّة العقد تدلّ على عدمه. وثانياً: لو سلّمنا أنّ الإجازة المتأخرة بمعنى كونها معرفة لصحّة العقد من دون أن يكون لها دخل فيها، إلّا إنّها إنّما تكون كذلك إذا كانت صادرة من المالك الذي ينتسب إليه العقد بالإجازة لا من كلّ أحد، ومن الواضح أنّ رجوع المالك الأوّل يرفع موضوع الإجازة من المالك الثاني، فلا تكون إجازته صادرة من المالك حتّى تكون معرفة لصحّة العقد من أوّل الأمر.

وعليه، فالإجازة على المعنى الأوّل تكون لاغية، وكذا على المعنى الثاني، بل الأمر فيه أوضح، بداهة أنّ المؤثّر في تأثير الإنشاء إنّما هو الإجازة اللاحقة الصادرة من المالك الثاني، لا كلّ إجازة وإن صدرت من غير المالك، وقد عرفت قبل قليل أنّ المالك الثاني قد انقطعت علاقته عن المال المعطى له برجوع المالك الأوّل، وعليه فلا تؤثر إجازته في انتساب العقد إليه حتّى يكون مشمولاً للعمومات الدالّة على صحّة العقود ولزومها، فالإجازة المتأخرة الصادرة من المالك الثاني لغوٌ.

قال قدّس سرّه في بيان مختاره في المسألة: «والصحيح في المقام أن يقال: إن أُريد بكون الإجازة كاشفة أنّها كالأمارات في كونها معرّفاً وكاشفاً عن الواقع، فلا ينبغي



الشك في أن الرد يقع لغواً حينئذ، لأن الإجازة تكشف عن سبق ملك المشتري للمال وتقدمه على الرد، إلا أن الكشف بهذا المعنى لا دليل عليه كما سيأتي تفصيله في محله إن شاء الله، وإن قلنا بالكشف على نحو الشرط المتأخر بأن تكون الإجازة شرطاً متأخراً في تأثير العقد الصادر عن الفضولي، أو على نحو أخذ التعقب بالإجازة شرطاً مقارناً، فعدم نفوذ الإجازة ظاهر كالقول بالنقل، وذلك لأن الإجازة إنما تكون كاشفة عن الملك سابقاً فيما إذا صدرت عن المالك مع قطع النظر عن الإجازة، لا أن الإجازة كاشفة من أي شخص صدرت، لأن قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، بمعنى عن تراضٍ من الملاك لا من الجيران أو الغاصب ونحوهما، والمعطى له المجيز للعقد الفضولي مع قطع النظر عن هذه الإجازة ليس بمالك، لأن الرد السابق من المالك قد دلّ على رجوع المال إلى ملكه وخروجه عن ملك المعطى له، فلا تكون إجازته نافذة على أي حال، بل يمكن أن يقال إنها غير نافذة حتى على القول بأنها كاشفة كالأمارات؛ لعين ما عرفت من أنها عند القائلين بأنها كالأمارات إنما تكشف عن الملك فيما إذا صدرت عن المالك مع قطع النظر عن هذه الإجازة، والمجيز غير مالك مع قطع النظر عنها.. فالمتحصل: أن الإجازة على جميع الأقوال والتقادير باطلة، وأن النافذ هو الرد السابق من المالك فلا تغفل<sup>(١)</sup>.

أما بناءً على ناقلية الإجازة: فالحكم بلغوية الإجازة ونفوذ الرجوع قطعي، لأن المفروض أن العقد الفضولي إنما يؤثر من حين الإجازة لفرض كونها ناقلة، ورجوع المتعاطي الأول حاصل قبل تحقق الإجازة فيكون مانعاً من تأثيرها، فتكون الإجازة لاغية بلا شك.

ثم إنك قد عرفت أن ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره في هذا الفرض

(١) التنقيح في شرح المكاسب، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ الغروي، ج ٣٦ ص ١٧١.

وراجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحثه، لمحمد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٣٩-٢٤١.

قائم على الترتب الزمني بين رجوع الأول وإجازة الثاني، ولو فرضنا المقارنة الزمانية بين الرجوع والإجازة، فالشيخ الأعظم وإن لم يبين حكم هذا الفرض، إلا أن أستاذنا السيد الخوئي أوضحه بقوله: «لو رجع المالك الأول صريحاً أو بالدلالة الالتزامية - كما إذا أجاز العقد الفضولي أو رده - وقارنته الإجازة من المالك الثاني، فإن قلنا بشمول الإجماع - القائم على جواز المعاطاة - لصورة رجوعه حال إجازة المالك الثاني فلا يبقى مجال لإجازة المالك الثاني، وإن لم نقل بذلك كان رجوع المالك الأول - في تلك الحالة - لاغياً»<sup>(١)</sup>.

كما أن هناك فرعاً آخر أيضاً لم يبينه الشيخ الأعظم قدس سره وهو ما لو حصلت إجازة طرفي المعاطاة للعقد الفضولي في آن واحد، وقد فصل المحقق الأصفهاني قدس سره في حاشيته الكلام فيه، فليراجع<sup>(٢)</sup>.  
هذا تمام الكلام في ما أفاده الشيخ الأعظم قدس سره في الملزم الثالث - وهو نقل العينين في المعاطاة أو أحدهما بالنقل الاعتباري - بجميع صورته وفروعه.

#### الملزم الرابع: مزج العينين أو أحدهما

تعرض الشيخ الأعظم قدس سره إلى ملزم آخر من ملزمات المعاطاة وهو امتزاج إحدى العينين المأخوذتين بالمعاطاة أو كليهما، والمقصود من الامتزاج هنا أن تكون الصورة النوعية للأجزاء محفوظة فلا يختلط بعضها ببعض بسبب الامتزاج، وأن لا يكون الامتزاج سبباً لاستهلاك الأجزاء بالحمل الشائع المتعارف، وإلا كان بحكم التلف.

ثم إن الصور المحتملة لامتزاج العينين المأخوذتين بالمعاطاة بعد تحققها أربع:

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٤١.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٣٢-٢٣٣. والعقد النضيد،

تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٥٦٥.

الصورة الأولى: أن تمتزج كلتا العينين المأخوذتين بالمعاطاة.

الصورة الثانية: أن تمتزج العين المأخوذة بهال المعطي.

الصورة الثالثة: أن تمتزج بهال المعطى له.

الصورة الرابعة: أن تمتزج بهال ثالث غير مال المعطي والمعطى له.

وفصل الشيخ الأعظم قدس سره في حكم لزوم الامتزاج بين القول بإفادة المعاطاة الملك والقول بإفادتها بالإباحة:

أمّا بناءً على القول بالملك: فالحكم بلزوم المعاطاة في المقام وعدمه يحتمل فيه وجهان:

الوجه الأول: لزوم المعاطاة في جميع الصور وعدم جواز الرجوع، وذلك لامتناع تراّد العينين على الوجه المعتبر وهو الخلو عن مال الغير.

وأفاد أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني أنّ الوجه في اللزوم مبني على أنّ الامتزاج يؤدي إلى حصول الشركة، بحيث يكون كلّ واحد من المتعاطين شريكاً مع الآخر في كلّ جزء من أجزاء المال المشترك الذي لا سبيل إلى إفرازه وقسمته، وهذه الشركة موجبة للملكية المشاعة، وبناءً على رأي المشهور فإنّ الكسر المشاع مملوك في الشركة، وعليه فالمالية المستقلة قبل الامتزاج ستقلب بعد تحقّقه إلى مالية مشتركة وملكية مشاعة، وهذا يؤدي إلى امتناع التراّد في الملك وفي الخارج<sup>(١)</sup>.

الوجه الثاني: عدم لزوم المعاطاة وبقاء الجواز، مع ثبوت الشركة في العين الممتزجة، والوجه في ذلك أنّه بالرجوع يقدر ملك الشخص للأجزاء الواقعية في ماله الممتزج بهال الغير، فيحكم بالشراكة لأجل هذا الامتزاج، وبه يحصل الجمع بين دليل الشركة ودليل جواز المعاطاة.

ويرى الشيخ الأعظم قدس سره أنّ الوجه الثاني ضعيف لا يركن إليه، لأنّ

(١) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٥٧٦.

جواز الرجوع في المعاطاة موضوعه إمكان ترادّ العينين، وبتحقّق الامتزاج سوف يمتنع الترادّ، فيرتفع موضوع الجواز، فلا يصحّ الرجوع حتّى يقدر الملك بعده ثمّ يحكم بالشركة.

وبعبارة أخرى: إنّ الحكم بالشركة في العين الممتزجة متفرّع على الملك، وهو بدوره فرع الرجوع المترتب على إمكان الترادّ، فمع امتناع الترادّ يسقط جميع ما تفرّع عليه.

وأما بناءً على القول بالإباحة: فالحكم هو عدم لزوم المعاطاة وبقاء جواز الرجوع، تمسكاً بأصالة بقاء السلطنة للمالك، حيث يشكّ في بقاء سلطنة مالك العين على ماله؛ لاحتمال أن يكون الامتزاج موجباً لصدّق الإتلاف عليه، فيستصحب بقاء سلطنته على ماله الممتزج مع مال الغير، ونتيجة بقاء السلطنة حصول الشركة بين مالك العين ومالك المال الممتزج بها، إذ المزج موجب للشركة، وكون المال مباحاً للغير لا يمنع من حصول الشركة بالمزج، كما أنّ عموم سلطنة الناس على أموالهم شامل للملك المشاع بعد إثبات السلطنة.

نعم إن كان المزج ملحقاً للمال الممزوج بالإتلاف - كالمزج بغير الجنس نظير خلط مقدار من ماء الورد بالزيت<sup>(١)</sup> - جرى على المال الممزوج حكم التلف، فتكون المعاطاة حينئذ لازمة، فلا يمكن الترادّ.

وذكر بعض المحقّقين أنّ الظاهر اختصاص هذا الحكم بالجواز بالصورة الثانية من الصور المتقدّمة لامتزاج العينين، وهو ما إذا امتزجت العين بمال المعطي، حيث يكون حكم جواز الرجوع كما كان قبل حصول الامتزاج، فإنّ امتزاج عينه بماله الآخر غير مانع من بقاء المعاطاة المفيدة للإباحة على جوازها.

(١) ذكر الشيخ الأنصاري قدّس سرّه هذا المثال في خيار الغبن. راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٥ ص ١٩٩.

وأما الحكم في الصور الثلاث الأخرى فهو بطلان المعاطاة بمعنى زوال الإباحة فيها لحصول الشركة، فالمال المشترك لم يكن موضوعاً للإباحة الحاصلة بالمعاطاة<sup>(١)</sup>. هذا ويبيّن أستاذنا السيّد الخوئي قدّس سرّه أن لا وجه للتفصيل في الحكم في المقام بين القول بالملك والقول بالإباحة؛ لعدم القصور في شمول الأدلة الدالة على لزوم المعاطاة لمحلّ الكلام، غاية الأمر أنّه يحكم بجوازها لأجل الإجماع، والذي هو دليل لبيّ يقتصر فيه على القدر المتيقّن، وهو ما كان المأخوذ بالمعاطاة موجوداً عند الأخذ ومتميّزاً عن غيره من جميع الجهات، وعليه فإذا امتزج ذلك بغيره لم نطمئن بوجود الإجماع على الجواز، هذا إضافة إلى أنّ السيرة القطعية قائمة على عدم جواز الرجوع مع امتزاج المأخوذ بالمعاطاة بغيره، وعليه فلا بدّ من الحكم بلزوم المعاطاة في هذه الصورة، سواء في ذلك القول بالملكيّة والقول بالإباحة<sup>(٢)</sup>.

### الملزم الخامس: التصرف الخارجي في العينين أو أحدهما

لو تصرف أحد المتعاطين أو كليهما للعين المأخوذة بالمعاطاة تصرفاً خارجياً مغيّراً للصورة الشخصية لها دون تبديل لطبيعتها<sup>(٣)</sup>، كصيرورة الخنطة دقيقاً بالطحن مثلاً أو صيرورة القماش ثوباً بالفصل والخياطة، فالحكم بلزوم المعاطاة وعدمه بهذا النحو من التصرف حسبما أفاده الشيخ الأعظم قدّس سرّه تارة يكون بناءً على إفادة المعاطاة الملك وأخرى بناءً على إفادتها الإباحة:

أما بناءً على القول بالملك: فالحكم باللزوم وعدمه يحتمل فيه وجهان:  
الوجه الأوّل: اللزوم لعدم جريان الاستصحاب؛ إذ العين قبل ذهاب الصفة الخارجية عنها هي غيرها بالنظرة الدقّية بعد ذهاب تلك الصفة عنها،

(١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ٢٤٤-٢٤٥.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ٢٤١-٢٤٢.

(٣) وإلا فإنّ التصرف إن كان مغيّراً للصورة النوعية وطبيعة المادّة للعين، يلحق بالتلف البتّة.

فهناك فرق بين الخنطة والدقيق عقلاً المسبب لاختلاف عنوانيهما، وكذا هناك فرق بين القماش والثوب باللحاظ العقلي، وعليه فلا يمكن استصحاب جواز التراد؛ لعدم بقاء موضوعه.

**الوجه الثاني:** عدم اللزوم لجريان الاستصحاب؛ فإنّ العرف لا يرى أنّ هناك فرقاً بين العين قبل ذهاب الصفة الخارجيّة عنها وبين العين بعد ذهاب تلك الصفة، فالخنطة عرفاً هي نفسها الدقيق، والقماش هو نفسه الثوب المخيط، وعليه فيجري استصحاب جواز التراد؛ لعدم تغيّر الموضوع عرفاً.

بعبارة أخرى: إنّ الملكيّة والطهارة والنجاسة وغيرها من الأمور الاعتباريّة إنّما تعرض على الذوات لا على العناوين، فإذا تنجّست الخنطة مثلاً ثمّ شككنا في النجاسة بعد طحنها، فإنّ استصحاب النجاسة هنا بلا شكّ هو المحكّم، مع أنّ المتنجّس كان هو الخنطة لا الدقيق.

إذن فمنشأ الإشكال في جريان الاستصحاب وعدمه، وبالتالي الحكم باللزوم وبقاء الجواز: هو أنّ موضوع الاستصحاب هل تكفي فيه الوحدة العرفيّة أم لا بدّ فيه من الوحدة الحقيقيّة؟ وبعبارة أخرى: هل هو مأخوذ بنظر العرف أم ملاحظ فيه الدقّة العقليّة؟ فإن قلنا أنّ موضوع القضية المتيقّنة والمشكوكة هو بقاء العين باللحاظ العقلي، فمن الواضح أنّ العين التي تصرّف بها لم تعد باقية بهذا اللحاظ<sup>(١)</sup>، فلا يكون موضوع الاستصحاب محرّزاً، فيسقط استصحاب بقاء جواز التراد، وإن قلنا أنّ الموضوع في القضيتين هو بقاء العين باللحاظ العرفي، فمن الواضح أنّ العرف يرى بقاء الموضوع بعد التصرّف وعدم تبدّله بعد كون الصورة النوعيّة للعين قبل التصرّف وبعده محفوظة، فيكون

(١) ذكر بعض شرّاح المكاسب والمعلّقين عليه: أنّ العين بعد التصرّف الخارجي باقية باللحاظ العقلي ومتغيّرة باللحاظ العرفي، والصحيح هو العكس كما أثبتناه في الشرح.

موضوع الاستصحاب متحققاً، فيجري استصحاب بقاء جواز الترادّ.  
قال الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك: «لو تصرّف فيها تصرّفاً غير ناقل للملك ولا جزء سببه، فإن لم تتغيّر العين به عن صفتها (كالاستخدام والانتفاع بالإناء ولبس الثوب) فلا أثر له في اللزوم، وإن أوجب تغييراً إلى حالة أخرى (كطحن الحنطة وصبغ الثوب) احتمل كونه كذلك؛ لأصالة بقاء الملك مع بقاءه، ولزوم المعاطاة بذلك، وبه جزم بعض الأصحاب؛ لما تقدّم من امتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدّد، وعندني فيه إشكال»<sup>(١)</sup>.

وقال السيّد المجاهد الطباطبائي قدّس سرّه في المناهل: «فإن لم يتغيّر به عن صفتها كالاستخدام به أو الانتفاع بالإناء وبالخدمة ولبس الثوب فلا أثر له في اللزوم، كما صرح به في المسالك، وإن أوجب تغييراً إلى حالة أخرى كطحن الحنطة وصبغ الثوب، فاحتمل في المسالك كونه كذلك؛ لأصالة بقاء الملك مع بقاءه، وهو حسن إن قلنا بأن المعاطاة لا تفيد الملك، وأمّا على المختار من إفادتها الملك فالأصل عدم جواز الفسخ واللزوم كما تقدّم إليه الإشارة، وقد حكى في المسالك عن بعض الأصحاب الجزم بهما؛ لامتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدّد، ثمّ استشكله، وهو وإن كان في محله إلا أنّ ما حكاه عن بعض الأصحاب في غاية القوّة، وقد صار إليه جدّي مصرّحاً بأنّه لا إشكال في ذلك بحسب القاعدة، إذ للمعامل المطالبة بعين ماله كما هو هو»<sup>(٢)</sup>.

وأما بناءً على القول بالإباحة: أفاد الشيخ الأعظم أنّ الحكم في هذا الفرض هو عدم اللزوم بلا إشكال، وذلك لعدم حصول ما يوجب لزوم المعاطاة من التلف أو التصرّف الناقل، ومع الشكّ يستصحب بقاء سلطنة المالك على ماله الثابتة قبل حصول التغيّر فيها، والذي يترتّب عليه جواز الرجوع واسترداد المال.

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٥٠.

(٢) المناهل، السيّد محمد بن علي الطباطبائي، ص ٢٧٠.

لكن يمكن القول هنا اعتراضاً على الشيخ قدس سره: أن الحكم باللزوم محتمل أيضاً، بل قد يكون هو الأقرب، حيث إن المدرك على جواز المعاطاة إنما هو الإجماع، وهو دليل لبي يقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو صورة عدم تغير وصف من أوصاف العينين المأخوذتين بالمعاطاة، حتى يمكن ردّهما على الوجه الذي أخذنا به، هذا إضافة إلى أن تلف الجزء الصوري وذهاب الوصف الموجب لتفاوت رغبات الناس مع عدم رجوع المتعاطيين بالمثل أو القيمة يوجب أن يكون الباقي الموجود على حاله بدلاً عما تلف منه جزؤه الصوري، فيكون مقتضى القاعدة هو اللزوم. والشاهد على ذلك: ما رواه جميل بن دراج مرسلًا عن بعض أصحابنا عن أحدهما (عليهما السلام): «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه، ردّه عليه وأخذ الثمن. وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العيب»<sup>(١)</sup>.

فالإمام عليه السلام منع من ردّ الثوب بمجرد التصرف فيه بالصبغ والخياطة والقطع، وأنه يتعين الأرش لو أراد، فإذا لم يكن هذا المقدار من التغير تصرّفًا مسقطاً للردّ لما كان هناك وجه لثبوت الأرش.

ومنه يتّضح الجواب أيضاً على وجه عدم اللزوم بناءً على القول بالملك. قال أستاذنا السيّد الخوئي: «لا يخفى أنّه بناءً على ما سلكناه من أن مقتضى العمومات لزوم المعاطاة من الابتداء وإنّما خرجنا عن مقتضاها بمقدار الإجماع القائم على الجواز نحكم بلزوم المعاطاة بعد الامتزاج مطلقاً على القول بالملك والإباحة، لأنّ المتيقن من الإجماع هو ما أمكن فيه استرجاع الملكية الاستقلالية السابقة، مع أن السيرة المتداولة بين الناس أيضاً تقتضي اللزوم بعد الامتزاج»<sup>(٢)</sup>.

(١) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٥ ص ٢٠٧، باب بيع النسيئة.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ



وقال السيّد الميلاني: «تقدّم أنّ مقتضى العمومات والإطلاقات أنّ هذا بيع عرفي، غير أنّ الإجماع قد قام على الجواز أو الإباحة، إلّا أنّه دليل منفصل مجمل، والقدر المتيقّن منه صورة بقاء العوضين بعينهما، والمفروض عدمه، وعليه فلا إباحة أو ملك جائز، ويدلّ عليه ما رواه جميل عن بعض اصحابنا عن أحدهما (عليهما السلام).. فسواء كان الموضوع حقيقياً أو عرفياً لا يجري الاستصحاب بالنظر إلى العمومات، وبعبارة أخرى: لا تصل النوبة إلى الأصل مع وجود الدليل»<sup>(١)</sup>.

كما أفاد أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني: «الحقّ أنّه بعدما ثبت أنّ الدليل على جواز الترادّ بناءً على الملك أو الإباحة هو الإجماع، فإنّ القدر المتيقّن منه هو صورة عدم تغيير العين، ومع عدم الإطلاق في الدليل الذي يخصّص للزوم ويفيد بقاء الجواز عند التصرف مع بقاء الصورة النوعيّة، فالمرجع هو أصالة الزوم، وعدم بقاء الجواز وحقّ الترادّ»<sup>(٢)</sup>.

### الملزم السادس: موت أحد المتعاطيين

تقدّم في البحث عن الملزم الأوّل من ملزمات المعاطاة (تلف العين) أنّ الجواز في العقود ينقسم إلى قسمين: حقّيّ كما في البيع الخياري وحكميّ كما في الهبة، فالخيار في الأوّل حقّ متعلّق بنفس العقد ولا ربط له بالعوض، فسواء بقي العوضان أم تلفا فإنّ حقّ الخيار ثابت، وبما أنّه حقّ شرعيّ فهو قابل للإسقاط كما أنّه قابل للتوريث أيضاً؛ لقوله صلّى الله عليه وآله: «ما ترك الميت من مال أو حقّ فهو لوارثه»<sup>(٣)</sup>.

علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٧٢-١٧٣.

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٧٦.

(٢) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٥٧٨.

(٣) هذه الرواية مذكورة بكثرة في كتبنا الفقهية معبراً عنها البعض بالمرسلة، لكن لم أجد لها مستنداً في كتبنا الحديثيّة المعتبرة، ولعلّ أقرب رواية إليها من حيث اللفظ ما جاء عن علي

بينما جواز الرجوع في الثاني حكم شرعي متعلق بالعوضين دون نفس العقد، وبما أنه حكم شرعي، فإنه لا يسقط بالإسقاط كما أنه لا يورث.

وجواز الرجوع في المعاطاة ليس كالفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت أو يسقط بالإسقاط، بل هو - بناءً على إفادة المعاطاة الملك - نظير الهبة، بمعنى: أنه حكم من الأحكام الشرعية المتعلقة بالعوضين، غير قابلة للإسقاط والتوريث، كما أنه بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة نظير إباحة الطعام، فكما أن الحكم بإباحة الطعام للغير منوط بالرضا الباطني للمالك في التصرف فيه بحيث لو علم المباح له الطعام كراهة المالك التصرف فيه لم يجز له التصرف، فكذلك الحكم بجواز التصرف في العين بالمعاطاة فإنها منوطة أيضاً بالرضا الباطني بحيث لو علم أحد المتعاطيين عدم رضا الآخر بالتصرف في ماله لم يجز له التصرف<sup>(١)</sup>.

اذن فجواز الرجوع في المعاطاة إنما هو من قبيل الأحكام لا من قبيل الحقوق، ويترتب على ذلك أنه لو مات أحد المتعاطيين لزمّت المعاطاة بناءً على القول بإفادة المعاطاة الملك، ولم يجز للوارث الرجوع، وذلك لأن جواز الرجوع في المعاطاة إنما

بن إبراهيم عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد بن عثمان، عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من مات وترك مالا فلورثته». (الكافي، الشيخ الكليني، ج ٧ ص ١٦٨، باب من مات وليس له وارث).

(١) لكن إناطة الإباحة في المعاطاة بالرضا الباطني كما في إباحة الطعام إنما تصح إن كانت مالكية، والمفروض أنها في المقام إباحة شرعية، ولذا قال السيد الميلاني قدس سره: «إن مفهوم الإناطة بالرضا الباطني عدم الإباحة مع الكراهة الباطنية، وهذا عجيب جداً، لأن هذه إباحة قام الإجماع ونحوه على شرعيتها، أو أنها إباحة من المتعاطيين في ضمن التمليك منها، فأمضاها الشارع دون التمليك، فهي على كل حال إباحة تعبديّة شرعية، ولا وجه لإناطتها بالرضا الباطني، ولو شكّ فإنّها تستصحب». (كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٧٨).

كان ثابتاً بالإجماع، والقدر المتيقن منه جواز رجوع نفس المتعاطين لا غيرهما، ومع موت أحدهما يستصحب عدم انتقال الحكم بجواز الرجوع إلى الوارث.

ولا يجري استصحاب جواز الرجوع في حق الوارث، بأن يقال: إن الجواز كان متيقناً حال حياة المورث، وبعد موته يشك في زواله فيستصحب البقاء، ويجوز للوارث الرجوع كما كان جائزاً للمورث؛ وذلك لعدم ثبوت حق للوارث في السابق حتى يستصحب في مورد الشك.

بعبارة أخرى: إن جواز الرجوع كان متيقناً للمورث حال حياته، وبعد موته يشك في أن موضوع الجواز هل هو عنوان المالك حتى يقال بانطباقه على الوارث فيستصحب الجواز، أم هو مخصوص بعنوان المتعاطي فبموته يرتفع موضوع الجواز ويمتنع جريان الاستصحاب فتلزم المعاطاة؟ وبما أن الموضوع دائر بين ما هو مقطوع البقاء وما هو مقطوع الارتفاع، لا يحرز بقاء موضوع الجواز فلا يجري الاستصحاب، فتكون المعاطاة لازمة بموت أحد المتعاطين.

هذا تمام ما أفاده الشيخ الأعظم لبيان حكم اللزوم بناءً على إفادة المعاطاة الملك.

ويلاحظ هنا: أن الشيخ الأعظم قدس سره لم يتعرض للحكم بناءً على القول بإفادة المعاطاة بالإباحة، إلا أن تقييده ملزمة موت أحد المتعاطين بما إذا كانت المعاطاة مفيدة للملك مشعر ببقاء الجواز بناءً على القول بإفادتها بالإباحة، حتى لا يكون هذا التقييد منه لغواً، فإذا مات أحد المتعاطين وانتقل المال إلى وارثه يدور بقاء الإباحة مدار رضا الوارث، لأن الإباحة في المقام نظير الإباحة فيما يقدمه الإنسان لضيفه من طعام في دورانه مدار الرضا الباطني للمالك.

لكنه غير تام؛ إذ يمكن أن يقال بناءً على الإباحة أن القدر المتيقن من الإجماع على الجواز هو ثبوت الإباحة من طرف المبيع إلى خصوص المباح له، وثبوت هذه الإباحة للوارث مشكوك بها، فيستصحب عدم انتقال الإباحة إلى الوارث،

وبالتالي إمّا أن نقول ببطلان المعاطاة من الأساس، فيرجع العوضان المأخوذان بالمعاطاة إلى مالكيهما (المبيح والوارث)<sup>(١)</sup> أو نقول بالرجوع إلى العمومات الدالة على لزوم المعاطاة من أوّل الأمر لكونها عقداً بالحمل الشائع، كما أفاد ذلك سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه حيث قال: «إنّ ما أفاده بناءً على القول بالإباحة ممّا لا يمكن المساعدة عليه، وذلك لأنّ الإباحة في المعاطاة ليست إباحة مالكيّة نظير الإباحة في الطعام حتّى يدور مدار رضا المتعاطيين والمالكين، بل هي إباحة شرعيّة حكم بها الشارع في المعاطاة المقصود بها الملك، وكان مقتضى القاعدة فيها ثبوت الملك، وقد خرجنا عنها بالإجماع، والمتيقّن منه ما قبل موت أحد المتعاطيين، وأمّا حين موته أو قبله أنا ما فلم يثبت إجماع على عدم الملك، فالعمومات محكمة، فلا ينتقل المال إلى الوارث ليدور بقاء الإباحة للمعطي له مدار رضا الوارث»<sup>(٢)</sup>، وعليه تكون منزلة ما نحن فيه منزلة نقل العين المأخوذة بالمعاطاة إلى الغير باحد النواقل الاختيارية، فكما أنّ ذاك ملزم للمعاطاة، فكذا هنا.

ثمّ إنّ إثبات الشيخ الأعظم حكم عدم جواز الرجوع بالاستصحاب لا يخفى

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٧٨. وذكر الميرزا النائيني قدّس سرّه في معرض ردّ القول ببطلان المعاطاة عند موت أحد المتعاطيين ما نصّه: «أمّا عدم بطلانها بالموت فللسيرة المحقّقة، وتفّرّع النزاع في اللزوم أو البقاء على الجواز على عدم البطلان بالموت، فإنّها لو بطلت بالموت كيف يفتي المحقّق والشهيد الثانيان بأنّها تصير لازمة بالموت؟ بل يظهر من المصنّف ذلك أيضاً، فإنّه في جواب استبعاد الشيخ الكبير بأنّها على الإباحة كيف يرث الوارث؟ أجاب بأنّه استبعاد محض، ولم يُجِبْ بأنّها تبطل بالموت ولا يرث الوارث ما أخذه المورث معاطاة».

(منية الطالب في شرح المكاسب، للميرزا النائيني، تقرير: الخونساري، ج ١ ص ٢٢٠).

(٢) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٧٤.

ما فيه بعد ما أفاده من أنّ الجواز في المعاطاة إنّما هو من قبيل الهبة على القول بالملك، وإباحة الطعام على القول بالإباحة حكم شرعيّ من لوازمه عدم قابليّته للانتقال، إذ بناءً عليه لن يكون عندنا شكّ في انتقال الحكم السابق إلى الوارث من عدمه، بل إنّ جواز الرجوع حكم يسقط بموت المورث، فتنتقل العين التي كانت مملوكة له إلى الوارث من دون انتقال لحكمها.

هذا واستدلّ بعض الأعلام أيضاً على لزوم المعاطاة بموت أحد المتعاطين بالسيرة العقلانيّة بتقريب: أنّنا «لم نر ولم نسمع إلى الآن رجوع الوارث إلى المأخوذ بالمعاطاة بعد موت مورّثه، بل إذا أراد الرجوع إلى ذلك عدّه الناس خارجاً عن سلك العقلاء، وكذلك الحال في رجوع الحيّ إلى ورثة الميّت فيما أخذه منه بالمعاطاة، فالسيرة كاشفة عن انتقال المأخوذ بالمعاطاة إلى وارث الميّت ولزومه، بلا فرق بين القول بأنّ المعاطاة تفيد الملك والقول بأنّها تفيد الإباحة»<sup>(١)</sup>.

في ختام البحث في هذا الملزم الأخير تعرّض الشيخ الأعظم قدّس سرّه إلى مسألة جنون أحد المتعاطين وحكمها من حيث لزوم المعاطاة وعدمه، فبيّن أنّ الجنون ليس مسقطاً لجواز الرجوع كما كان في موت أحد المتعاطين، وليس هو أحد ملزمات المعاطاة، سواء قلنا بالملك أم الإباحة، وذلك لأنّ وليّ المجنون يقوم مقامه في جواز الرجوع، فهو بمنزلة الوكيل في كون فعله فعل الغير ومضافاً إلى المتعاطي حقيقة، فيقبل منه الرجوع.

بعبارة أخرى: إنّ الوليّ يفترق عن الوارث، إذ إنّ الوارث يكون الحقّ ثابتاً له بعنوان كونه المالك ومن له الحقّ، لأنّ الارث جهة تعليليّة تقتضي ثبوت الحقّ للوارث، أمّا الوليّ فهو يأخذ الحقّ لغيره، ولم يثبت اعتبار المباشرة في ثبوت الحقّ للمتعاطين، بل يمكن عن طريق الوليّ كما يمكن عن طريق الوكيل.

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ٢٤٢.

وبعبارة أوضح: إنّ حقّ الرجوع ثابت للمتعاطيين، ولا دليل على زوال هذا الحقّ بالجنون، غاية الأمر أنّ رجوع المجنون بالمباشرة غير نافذ، فيقوم وليّه مقامه كما تقتضيه أدلّة الولاية، سواء كانت المعاطاة مفيدة للملك أم الإباحة.

وعليه فالفرق واضح بين موت أحد المتعاطيين وجنونه من حيث لزوم المعاطاة، ومنه يتّضح عدم تماميّة ما أفاده أستاذنا السيّد الخوئي كإشكال على الشيخ الأعظم بقوله: «لو جنّ أحد المتعاطيين لم يجز الرجوع إلى الآخر، سواء فيه القول بالملك والقول بالإباحة، فإنّ الدليل على جواز المعاطاة إنّما هو الإجماع - على تقدير تحقّقه - ولا نطمئنّ بوجوده في هذه الصورة بل يرجع إلى أدلّة اللزوم على كلا القولين، وإذن فلا وجه صحيح لما أفاده المصنّف من ثبوت حقّ الرجوع لوليّ المجنون على كلا القولين»<sup>(١)</sup>.

نعم يمكن القول: إنّ بناءً على القول بإفادة المعاطاة الملك يكون للوليّ الحقّ في التصرّف في أموال المولى عليه، ومن الواضح أنّ جواز الرجوع حكم شرعيّ وليس من الأموال<sup>(٢)</sup>، كما أنّه بناءً على القول بالإباحة فيما أنّها من قبيل إباحة الطعام على ما أفاده الشيخ الأعظم قدّس سرّه، فلا بدّ من الحكم ببطالان المعاطاة بالجنون، إذ إنّها حينئذ كالعقود الإذنيّة التي تبطل بجنون الآذن والمأذون والمبيح والمباح له، بل لو جنّ الباذل للزاد والراحلة فلا يجوز للمبذول له التصرّف في مال الباذل، خصوصاً لو جنّ قبل إحرام المبذول له، وفي ما نحن فيه: لو جنّ كلّ واحد منهما فلا يجوز أن يتصرّف الآخر في مال المجنون، وبقاء حقّ الرجوع للوليّ فرع بقاء المعاطاة على حالها<sup>(٣)</sup>.

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ٢٤٤.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد عليّ الميلاني، ج ١ ص ٣٧٩.

(٣) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٢٢.

اللهم إلا أن يقال: إنه بناءً على الإباحة يكون المال الذي في يد المجنون ملكاً للطرف المقابل، والولي له الرجوع من باب الغبطة، فيأخذ المال من الآخر ويسلمه ملكه الذي في يد المجنون، فيكون ما أفاده الشيخ الأعظم قدس سره من أن الحكم بجواز الرجوع ثابت للمعاطاة على كلا القولين مما لا يمكن المساعدة عليه<sup>(١)</sup>، فتدبر.

وهذا ينتهي البحث في التنبيه السادس من تنبيهات المعاطاة، والذي كان مخصصاً لبيان ما به تلزم المعاطاة الجائزة.

### أضواء على النص

- قوله قدس سره: «على كل من القول بالملك والقول بالإباحة». أي: إن البحث في هذا التنبيه يقع في ملزمات المعاطاة بناءً على ما ثبت لها من الجواز، سواء قلنا بإفادتها الملك الجائز المتزلزل كما هو مختار المحقق الكركي والشيخ الأعظم قدس سرهما أم قلنا بإفادتها الإباحة كما هو مختار المشهور، أما على القول بإفادتها الملك اللازم فلا موضوع لهذا البحث كما هو واضح.
- قوله قدس سره: «إن الأصل على القول بالملك للزوم». مقصوده من أصالة اللزوم هنا: ما يعم الأصل اللفظي والعملي؛ بقرينة استناده إلى الأدلة الثمانية الشاملة للدليل والأصل العملي.
- قوله قدس سره: «لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة». وهي الاستصحاب، وقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه»، وقوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلطون على أموالهم»، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، وقوله صلى الله عليه وآله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم».

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٧٩.

- قوله قدّس سرّه: «لو سلّم جريانها». إنّ التعبير هنا بكلمة (لو) يشير إلى توقّف الشيخ الأعظم قدّس سرّه في جريان الاستصحاب بناء على الإباحة، ويمكن إرجاع هذا التوقّف إلى أمرين، الأوّل: وجود قصور في المقتضي، والثاني: أنّ الإباحة متقوِّمة بالإذن، وقد أوضحناهما مفصّلاً في الشرح فراجع.
- قوله قدّس سرّه: «إذا عرفت هذا». أي: إذا عرفت هذا الذي ذكرناه من كون الأصل في المعاطاة على القول بالملك اللزوم، وعلى القول بالإباحة عدم اللزوم، يقع البحث فيما ذكر من ملزمات للمعاطاة الجائزة.
- قوله قدّس سرّه: «على الظاهر المصرّح به». أي: إنّ الإجماع مستفاد من ظاهر كلمات بعض الفقهاء وصريح بعضها الآخر، والضمير في (به) راجع إلى الإجماع.
- قوله قدّس سرّه: «ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه». كلمة (مال) مفعول به لقوله: (ضمان)، والمقصود: أنّه لم يحصل ما يوجب ضمان كلّ واحد من المتعاطين مال صاحبه، بأن يردّ البدل إلى مالكه، وعليه فلا وجه للضمان مع عدم تحقّق سبب له.
- قوله قدّس سرّه: «وتوهم جريان...». كلمة (توهم) مبتدأ خبره قوله: (مندفع بما سيجيء)، أي: بما سيجيء بعد أسطر بقوله: «والتمسك بعموم اليد هنا في غير محلّه بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان».
- قوله قدّس سرّه: «والمتيقّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين». الضمير في قوله: (مخالفتها) راجع إلى أصالة اللزوم، والجواز هنا بمعنى الإمكان، والمقصود من مورد الترادّ هو صورة بقاء العينين، ليكون المعنى: أنّ المتيقّن من مخالفة أصالة اللزوم وعدم إجرائها هو صورة إمكان ترادّ العينين بأن تكونا موجودتين.
- قوله قدّس سرّه: «بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما». كلمة (بل) للإضراب، ووجهه هنا: أنّ مجرد عدم المانع من بقاء الجواز غير كافٍ للحكم بالبقاء بعد تلف العوضين إلّا باستصحاب جواز العقد، وهو لا موضوع له مع وجود الدليل الاجتهادي وهو إطلاق دليل جعل الخيار المقتضي لبقاء حقّ الخيار حتّى بعد تلف



- العوضين، فإن الأصل أصيل مع عدم وجود الدليل، وإن كان متوافقاً مع المفاد.
- قوله قدس سره: «لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة». المقصود من إطلاق الرجوع في الهبة: أن العين الموهوبة يجوز الرجوع فيها ما دامت باقية، سواء كان العوض باقياً أم تالفاً، فيكون موضوع الجواز هو خصوص العين الموهوبة بالهبة الأولى، من دون النظر إليها بعنوان العوض، ومنه يتضح: أن موضوع الجواز في المعاطاة أضيق دائرة من موضوع الجواز في الهبة، لأنه في المعاطاة خصوص التراد المتوقف على بقاء العينين معاً، بينما في الهبة موضوعها بقاء العين الموهوبة وإن كان العوض تالفاً.
- قوله قدس سره: «يمنع من استصحابه». كلمة (يمنع) خبر (إن) في قوله: «مع أن الشك...»، والمقصود: أن الشك في كون متعلق الجواز هل هو العقد أو العين يجعل الموضوع غير محرز فلا يجري الاستصحاب.
- قوله قدس سره: «ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضهما». أي: بما ذكر من كون المتيقن من جواز الرجوع في المعاطاة صورة بقاء العينين وإمكان ترادفهما، يعلم الحكم في الصورتين الثانية والثالثة فيما لو تلفت إحدى العينين أو بعض إحدهما.
- قوله قدس سره: «ولكن يمكن أن يقال...». هذا استدراك الغرض منه تأييد ما استوجهه بعض المشايخ من القول بأصالة عدم اللزوم، وردّ ما ذكر من الإشكال عليه بوجوه ثلاثة.
- قوله قدس سره: «فلا أصل». أي: لا أصل في المقام يعارض أصالة بقاء السلطنة بعد كون ضمان التالف معلوماً.
- قوله قدس سره: «يملكه من في ذمته فيسقط عنه». الضمير في (ذمته) و(عنه) يرجعان إلى (من) الموصولة والمقصود به المديون.
- قوله قدس سره: «والظاهر أنه في حكم التلف». أي: إن سقوط الدين الكلّي

عن ذمّة المديون يكون حكمه حكم تلف العين، فكما أنّ تلف أحد العوضين ملزم للمعاطاة، كذلك سقوط الدين يكون ملزماً لها، ولكن من أوّل الأمر.

- قوله قدّس سرّه: «الحكم كذلك على القول بالإباحة». أي: إنّ سقوط ما في الذمّة يكون في حكم التلف في صيرورة المعاطاة لازمة بناءً على إفادتها بالإباحة.
- قوله قدّس سرّه: «أجودهما ذلك». أي: عدم جواز الترادّ في المعاطاة بعد عود العين المنتقلة بفسخ أو إقالة.

- قوله قدّس سرّه: «بل المتيقّن منه غير ذلك». أي: إنّ المتيقّن من جواز الترادّ هو غير المورد الذي نقلت فيه العين وخرجت عن ملك مالكيها بعقد لازم.
- قوله قدّس سرّه: «بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك». أي: إنّ الحكم بعدم جواز الترادّ بناءً على إفادة المعاطاة بالإباحة أولى من هذا الحكم بناءً على الملك، وبينّا وجه الأولوية في الشرح فراجع.

- قوله قدّس سرّه: «نعم لو قلنا أنّ الكاشف...». استدراك على ما أفاده من عدم جواز الترادّ للمالك الأوّل المبيع مع عود العين المنتقلة إلى المباح له مرّة أخرى بعد انتقالها عنه بعقد لازم، والغرض من هذا الاستدراك تصحيح جواز رجوع المالك المبيع بوجهين، والمقصود من الكاشف هنا هو السبب لا الطريق إلى تحقّق الملك، وإنّما عبّر عنه بالكاشف لأنّ العقد يكون كاشفاً باللم عن حصول الملك، إذ إنّ العلّة كاشفة لميّة عن وجود معلولها.

- قوله قدّس سرّه: «عاد الملك إلى المالك الأوّل». أي: المبيع.
- قوله قدّس سرّه: «وإن كان مباحاً لغيره». الواو في (وان) وصلية، أي: وإن كان ملك المالك الأوّل وهو المبيع مباحاً لغيره وهو المباح له.

- قوله قدّس سرّه: «كان مقتضى قاعدة السلطنة...». جواب قوله: «نعم لو قلنا».
- قوله قدّس سرّه: «أو عائداً إليه بفسخ». أي: إلى ملك مالكيه الأوّل، كما إذا اشترى زيد بالعشرة دنانير التي أخذها من عمرو بالمعاطاة شيئاً ثمّ حصل الفسخ

وعاد المال إلى زيد مرة أخرى، فإنه حتى يستردّ زيد كتابه الذي أعطاه لعمرو بالمعاطاة مقابل الدنانير، لابدّ من إرجاعه المال إلى مالكها وهو عمرو حتى يحصل له التسلّط على استرداد كتابه.

• قوله قدّس سرّه: «لكنّ الوجهين ضعيفان». الوجه الأوّل ما ذكره بقوله: «نعم لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل.. الخ»، والوجه الثاني ما ذكره بقوله: «وكذا لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقّف.. الخ».

• قوله قدّس سرّه: «بل الأقوى رجوعه إلى البائع». أي: رجوع المال بالفسخ إلى البائع الثاني وهو المباح له لا المالك الأوّل المبيح، لأنّ المباح له هو المالك قبل العقد، فبالفسخ يرجع ما كان يملكه إليه.

• قوله قدّس سرّه: «ولو كان الناقل عقداً جائزاً». مقصوده من العقد الجائز هنا: هو العقد المعاوضي الجائز، كالبيع في زمن الخيار.

• قوله قدّس سرّه: «لم يكن لملك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه». كلمة (إلزام) اسم مؤخر لقوله: (لم يكن)، والمعنى: لم يكن للمالك الأوّل إلزام المالك الثاني الناقل للعين المنتقلة إليه بالمعاطاة الرجوع عن عقده، كأن يقول له: ارجع في هبتك لأنّي أريد إرجاع مالي وإعطائك مالك.

• قوله قدّس سرّه: «نعم لو كان غير معاوضة كالهبة..». هذا الاستدراك يرجع إلى خصوص قوله: «وكذا على القول بالإباحة» لا إلى كلا القولين من الملك والإباحة، وهو إشارة إلى الصورة الثانية من نقل العين بالعقد الجائز، وهو نقلها بالعقد الجائز المجاني غير المعاوضي كالهبة من دون مقابل لغير ذي رحم.

• قوله قدّس سرّه: «أنّجه الحكم بجواز..». جواب (لو) الشرطيّة في قوله: «نعم لو كان غير معاوضة كالهبة..».

• قوله قدّس سرّه: «بهذا النحو من العود». أي: الرجوع في الهبة غير المعاوضيّة.

• قوله قدّس سرّه: «إذ لو عادت بوجه آخر». أي: لو عادت العين بعد

- انتقلها بالنقل المعاوضي كان حكم العود حكم التلف فلا يمكن التردّد.
- قوله قدّس سرّه: «وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة» أي: ينعكس حكم الإجازة في هذا الفرض إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة، فتنفذ إجازة المالك الأوّل المبيع بلا إشكال لكونه مالكاً للعين، وتنفيذ إجازة المالك الثاني المباح له مع إشكال، من حيث أنّه جائز التصرف بتنفيذ، ومن أنّ العين التي في يده ملك للغير فلا تنفذ.
  - قوله قدّس سرّه: «ولكلّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر». أي: لكلّ من المالك الأوّل والثاني ردّ عقد الفضولي ولكن قبل أن يميزه الآخر، من دون فرق بين القول بالملك والقول بالإباحة.
  - قوله قدّس سرّه: «ويحتمل عدمه». أي: يحتمل عدم كون الرجوع لغواً، وإن قلنا بكون الإجازة كاشفة.
  - قوله قدّس سرّه: «ويلغو الإجازة». أي: يلغو إجازة المالك الثاني بسبب بطلان موردها مع سبق الردّ.
  - قوله قدّس سرّه: «نعم لو كان المزج ملحقاً له...». استدراك على قوله: «فالأصل بقاء التسلّط...»، وكلمة (ملحقاً) بصيغة اسم الفاعل، والمقصود: أنّه لو كان المزج ملحقاً للمال الممزوج بالإتلاف - كما لو امتزج السكر القليل بالماء الكرّ - جرى على المال الممزوج حكم التلف، فتكون المعاطاة لازمة.
  - قوله قدّس سرّه: «قد عرفت ممّا ذكرنا». مقصوده بالموصول هنا: قوله في السابق: «ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتّى يستصحب بعد التلف، لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين...».
  - قوله قدّس سرّه: «ويسقط بالإسقاط ابتداءً». أي: حتّى يسقط جواز الرجوع بإسقاط المتعاطيين أو أحدهما له من دون أن يكون ذلك الإسقاط في ضمن عقد، وذلك بأن يقول بعد العقد: أسقطت حقّي في الرجوع.

- قوله قدّس سرّه: «أو في ضمن المعاملة». وذلك بأن يقع إنشاء إسقاط الرجوع في ضمن العقد، كأن يقول: بعتك الكتاب بشرط إسقاط الخيار.
- قوله قدّس سرّه: «بل هو على القول بالملك...». استدراك على قوله: «ليس جواز الرجوع في مسألة.. الخ»، أي: إنّ جواز الرجوع ليس من الحقوق، بل لابدّ أن يفصل فيه بين القول بإفادة المعاطاة الملك والقول بإفادتها الإباحة.
- قوله قدّس سرّه: «بحيث يناط الحكم فيه...». بيان لوجه التشابه بين جواز الرجوع في المعاطاة بناءً على إفادتها الإباحة وبين جواز الرجوع في إباحة الطعام، والضمير في (فيه) راجع إلى إباحة الطعام، والانصب أن يقول: (فيها).
- قوله قدّس سرّه: «فلومات أحد المالكين...». هذا متفرّع على قوله: «ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة...».
- قوله قدّس سرّه: «للأصل». أي: استصحاب عدم انتقال الحكم بجواز الرجوع الثابت للمورث إلى الوارث.
- قوله قدّس سرّه: «مَنْ له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي». أي: مَنْ له الحقّ في الرجوع إلى ما أعطاه، ومَنْ له الحقّ في الرجوع فيما أخذه هو مالك العين الأصلي والذي هو أحد المتعاطين بالخصوص فلا ينتقل إلى الغير، مَنْ وارث وغيره.
- قوله قدّس سرّه: «ولا يجري الاستصحاب». أي: لا يجري استصحاب جواز الرجوع؛ لعدم تمامية أركانه، فإنّ ما كان متيقناً قد زال قطعاً بالموت، وما هو قابل للبقاء لا يقين بثبوته.
- قوله قدّس سرّه: «ولو جنّ أحدهما...». معطوف على قوله: «فلومات أحد المالكين»، ومقصوده بيان الفرق بين موت أحد المتعاطين وبين جنونه من حيث الحكم بلزوم المعاطاة، حيث يكون الأوّل ملزماً لها دون الثاني.
- قوله قدّس سرّه: «في الرجوع على القولين». أي: على القول بالملك في المعاطاة، وعلى القول بالإباحة فيها.



## **التنبية السابع**

### **جريان الخيارات في المعاطاة بعد اللزوم**

- **المطلب الأول:** بيان كلام الشهيد الثاني في المسالك
- **المطلب الثاني:** تعليق الشيخ الأنصاري ورأيه في المسألة
- **مناقشة الشيخ الأنصاري للمحكّي عن الشهيد الأول**





قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«الأمر السابع: أنَّ الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاوضة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة؛ قال: يحتمل الأول، لأنَّ المعاوضات محصورة وليست إحداها، وكونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. ويحتمل الثاني، لإطباقهم على أنَّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف نصير بيعاً بعد التلف؟ وتظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه.

وعلى تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاوضة، أو من حين اللزوم؟ كلُّ محتمل، ويشكل الأول بقولهم: (إنَّها ليست بيعاً) والثاني بأنَّ التصرف ليس معاوضةً بنفسها، اللهم إلا أن يجعل المعاوضة جزء السبب، والتلف تمامه. والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناءً على أنَّها ليست لازمة، وإنَّما يتم على قول المفيد ومَن تبعه، وأمَّا خيار العيب والغبن فيشتان على التقديرين، كما أنَّ خيار المجلس منتفٍ، انتهى.

والظاهر: أنَّ هذا تفريع على القول بالإباحة في المعاوضة، وأمَّا على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل، فيلغى الكلام في كونها معاوضةً مستقلةً أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم، حتَّى يتبعه حكمها بعد اللزوم، إذ الظاهر أنَّه عند القائلين بالملك المتزلزل بيعٌ بلا إشكال في ذلك عندهم - على ما تقدّم من المحقق الثاني - فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار، وقد تقدّم أنَّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

وكيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه، وبعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر.

والمحكي عن حواشي الشهيد: أنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة. والظاهر: أنّه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة وكونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كلّ من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بدّ أن يقول بالإباحة اللازمة، فافهم».

## الشرح

تقدّم في التنبيه الأوّل من تنبيهات المعاطاة البحث في جريان الخيارات في المعاطاة قبل لزومها بإحدى الملزمات المتقدّمة في الفصل السابق من التلف والنقل والمزج ونحوها، وهناك أوكل الشيخ البحث في حكم الخيار في المعاطاة بعد اللزوم إلى ما بعد ذكر ملزمات المعاطاة<sup>(١)</sup>، وهنا موعده.

إذن فغرض الشيخ الأعظم من عقد هذا التنبيه هو بيان حكم جريان الخيارات المعهودة من العيب والغبن وتخلّف الوصف ونحوها في المعاطاة بعد لزومها بإحدى الملزمات المتقدّمة، ومن الواضح أنّ هذا البحث متفرّع على بحث آخر وهو أنّ المعاطاة بعد لزومها هل هي داخلة تحت عنوان البيع فتترتب عليها أحكامه من ثبوت الخيارات وغيرها، أم أنّها معاوضة مستقلة لا تترتب عليها أحكام البيع.

تعرّض الشيخ الأعظم هنا إلى كلام للشهيد الثاني ذكره في المسالك بيّن فيه الاحتمالين في المسألة، ثمّ بعد ذلك علّق الشيخ عليه وأوضح رأيه، وعليه فالبحث في هذا التنبيه يقع في مطلبين:

### المطلب الأوّل: بيان كلام الشهيد الثاني في المسالك

قال الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك في ضمن المباحث العشرة التي عقدها لتنقيح محلّ الكلام في المعاطاة في شرح قول المحقّق قدّس سرّه: (ولا يكفي التقابض من غير لفظ) من نصّه: «الثامن: على تقدير لزومها بأحد الوجوه

(١) حيث قال قدّس سرّه: «وأما حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات إن شاء الله». (كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٧٣).

المذكورة، فهل يصير بيعاً أو معاوضة برأسها؟ يحتمل الأول، لأنّ المعاوضات محصورة وليست أحدها، وكونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل، ويحتمل الثاني؛ لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف يصير بيعاً بعد التلف، وتظهر الفائدة في ترتّب الأحكام المختصّة بالبيع عليها - كخيار الحيوان - لو كان التالف الثمن أو بعضه، وعلى تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة أم من حين اللزوم؟ كلّ محتمل، ويشكل الأول بقولهم: (إنّما ليست بيعاً)، والثاني بأنّ التصرف ليس معاوضة بنفسه، اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب، والتلف تمامه، والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناءً على أنّها ليست لازمة، وإنّما يتمّ على قول المفيد ومن تبعه، أمّا خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين، كما أنّ خيار المجلس منتفٍ<sup>(١)</sup>.

توضيحه: أنّه يحتمل في المعاطاة بعد لزومها بإحدى الملزمات كالتلف احتمالان:

**الاحتمال الأول:** أن تكون بيعاً، والوجه فيه: أنّ المعاوضات محصورة في المعاملات المعهودة شرعاً والمذكورة في الكتب الفقهيّة كالبيع والصلح والإجارة والهبة والوقف والمضاربة ونحوها، وليست المعاطاة إحداها، فلا بدّ حينئذ من دخولها في البيع، إذ ليس لها مصداق إلا البيع فتندرج فيه قهراً<sup>(٢)</sup>، وإثبات كونها معاوضة مستقلة يحتاج إلى دليل، وهو مفقود في المقام.

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٥١.

(٢) هذا الوجه المذكور في اندراج المعاطاة في البيع لا يخلو من غرابة، إذ إنّ مقتضى ثبوت عكس المقصود وهو عدم بيعية المعاطاة، لكونها ليست معاوضة معهودة، وبعبارة أخرى: إنّ مفهوم البيع إن كان صادقاً على المعاطاة فهي بيع من الأساس وتكون مندرجة تحت إحدى المعاوضات المعهودة وهو البيع، فيكون التعليل بهذا الوجه غير وجيه، وإن كان المفهوم غير صادق عليها فهي ليست بيعاً فكيف تندرج فيه؟!.

بعبارة أخرى: إنَّ المعاوضات محصورة بعناوين محدّدة معهودة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ليس عندنا دليل على وجود معاوضة مستقلة خارج نطاق هذه المعاوضات المحدّدة، وعليه فلا بدّ من إدراج المعاطاة في ضمن البيع لأنّها أقرب المعاوضات إليها.

**الاحتمال الثاني:** أن تكون معاوضة مستقلة، والوجه فيه: أن الفقهاء اتفقوا على أن المعاطاة<sup>(١)</sup> قبل التلف ليست بيعاً فكيف تصير بيعاً بعده، فإنّ الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه، فإذا لم تكن بيعاً تكون معاوضة مستقلة.

وتظهر ثمرة هذين الاحتمالين في ترتّب الأحكام المختصّة بعنوان البيع على المعاطاة كخيار الحيوان لو كان التالف هو الثمن أو بعضه، فبناء على الاحتمال الأوّل ترتّب هذه الأحكام ويثبت الخيار، فيجوز للمشتري ردّ الحيوان والرجوع على البائع بالبدل مثلاً أو قيمته، وعلى الاحتمال الثاني لا ترتّب.

وتقييد ثبوت الخيار بكون التالف هو الثمن دون المثلن وهو الحيوان واضح، إذ إنَّ الخيار كغيره من الأحكام متوقّف على وجود موضوعه وهو البيع، ومع تلف الحيوان سوف ينتفي هذا الموضوع لما قرّر في محلّه من انحلال البيع عند تلف المبيع في زمن الخيار؛ لقاعدة (كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له)، فلا بدّ أن يكون ثبوت الخيار في المعاطاة بعد لزومها بغير تلف المثلن المبيع<sup>(٢)</sup>.

(١) لا بدّ أن يكون المقصود بها المفيدة للاباحة، وسيشير الشيخ الأعظم إلى ذلك بعد قليل.

(٢) قال الميرزا الشهيدي: «لعلّ وجه التقييد بذلك هو اختصاص خيار الحيوان المتوقّف على وجود البيع حين وجوده توقّف وجود الحكم على وجود موضوعه بصورة بقائه؛ إذ مع تلفه ينفسخ البيع؛ لقاعدة (كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له) فكون المعاطاة بتلف الحيوان حتّى يثبت فيه خيار الحيوان موقوف على عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ إذ يلزم من ثبوته انفساخه المستلزم لعدم ثبوته وما يلزم من وجوده عدمه فهو محال». (هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٥٢).

ثم إنّه لو اخترنا أنّ المعاطاة بيعٌ بعد التلف، فثبوت الأيام الثلاثة لخيار الحيوان فيها يحتمل فيه أن يكون من حين تحقّق المعاطاة؛ لاحتمال كون موضوع الخيار هو مطلق البيع العرفي الفعلي الأعمّ من كونه شرعياً فعلاً باعتبار الحال أو شرعياً شأنًا باعتبار المآل، والثاني هو الموجود في المقام، ويحتمل أن يكون ثبوت الثلاثة من حين تحقّق اللزوم في المعاطاة؛ لاحتمال أن يكون موضوع الخيار هو البيع الفعلي عرفاً وشرعاً<sup>(١)</sup>.

والشرة بين هذين الاحتمالين واضحة، فإنّه لو فرضنا أنّ الثمن قد تلف بعد ثلاثة أيام من تحقّق المعاطاة، فعلى الاحتمال الأوّل يكون العقد لازماً بسبب سقوط الخيار بانقضاء الأيام الثلاثة لا بسبب التلف، بينما على الاحتمال الثاني يكون لمشتري الحيوان خيار الثلاثة أيام من حين تحقّق التلف، لأنّ خيار الحيوان من أحكام البيع، والمفروض أنّ المعاطاة بيعٌ بعد التلف.

لكن قد يقال: إنّ هذين الاحتمالين في كلام الشهيد قدّس سرّه مبتنيان على كون المعاطاة بيعاً بعد التلف، فكيف يحتمل ثبوت الثلاثة المترتبة على البيع قبل تحقّق البيع بالتلف؟

أجاب المحقّق الأصفهانى قدّس سرّه عن ذلك بأنّ البعديّة هنا رتيبة لا زمانية؛ لتأخّر المشروط عن شرطه رتبةً دائماً، وإن كان الشرط مقارناً للمشروط أو متأخراً عنه زماناً، بل لا بدّ من حمل البعديّة على ذلك، لأنّ القائل بحصول

---

(١) قال السيّد اليزدي قدّس سرّه تعليقاً على ما أفاده الشهيد الثاني في هذه الفقرة من العبارة: «لا يخفى ما فيه من التهافت، لأنّه لو فرض ثبوت خيار الحيوان من جهة اختيار كونها بيعاً بعد التلف، والمفروض إطباقهم على عدم كونها بيعاً حال وقوعها، فيتعيّن كون الثلاثة من حين اللزوم، فلا وجه لاحتمال كونها من حين الوقوع، كما لا وجه للإشكال على كونها من حين اللزوم بدعوى أن التصرف ليس معاوضة بنفسها، إذ هو يرجع إلى خلاف الفرض، فتدبر». (حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤٠٥).

الملك بعد التصرف والتلف إنَّما يقول به لأجل التحفظ على القواعد، حتَّى لا يكون البيع مثلاً في غير الملك، أو حتَّى لا يكون التلف في غير الملك ليثبت الضمان، فلا محالة يجب حصول الملك قبل التصرف والتلف ولو بآن واحد، وبالتالي لا مجال إلَّا للبعدية الرتبة، فيجري الاحتمالان على هذا الوجه<sup>(١)</sup>.

ثمَّ أشار الشهيد إلى أنَّ في كلا الاحتمالين إشكال، أي: احتمال كون المعاطاة بعد التلف بيعاً واحتمال كونها معاوضة مستقلة<sup>(٢)</sup>، أمَّا الإشكال في الاحتمال الأوَّل فلتصريحهم بأنَّ المعاطاة قبل التلف وحصول الملزم ليست ببيع فكيف يحتل البيع بعده؟! وأمَّا الإشكال في الاحتمال الثاني فلأنَّ التصرف أو التلف أو غيرها من ملزمات المعاطاة لا تجعل المعاطاة بنفسها معاوضة مستقلة في قبال البيع حتَّى لا تترتب عليها الأحكام المختصة بالبيع.

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقِّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٤٦.

(٢) وقع بحث بين المحقِّقين في المقصود من الاحتمالين اللذين أشكل فيهما الشهيد، حيث ذهب بعضهم بل جلَّهم إلى أنَّ المقصود من الاحتمال الأوَّل هنا هو احتمال ثبوت خيار الحيوان من حين المعاطاة، ومن الاحتمال الثاني ثبوت خيار الحيوان من حين اللزوم، بينما ذهب صاحب الجواهر قدس سره إلى أنَّ المقصود هو احتمال كون المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضة مستقلة، حيث قال: «ومن ذلك يظهر لك ما في كلام الشهيد الثاني في المسالك فإنَّه غير منقَّح، خصوصاً إشكاله في كونها معاوضة بأنَّ التصرف ليس معاوضة». (جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٦)، والظاهر أنَّ ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره هو الأنسب، وإلَّا يكون الإشكال على الثاني بأنَّ (التصرف ليس معاوضة بنفسها) خلاف ما فرضه أوَّلاً بقوله: (وعلى تقدير ثبوته) من صيرورتها بيعاً بالتصرف، لأنَّ فرض ثبوت الخيار يلازم فرض بيعتها بعد التلف، مضافاً إلى أنَّ المناسب حينئذٍ تبديل كلمة (المعاوضة) بالبيع لتصبح العبارة: بأنَّ التصرف ليس بيعاً كي يترتب عليه الخيار من حين تحقُّقه، وعليه فاعتماد السيّد الأستاذ على ما ذهب اليه صاحب الجواهر في بيان الاحتمالين هنا في محله.

اللهم إلا أن يقال في توجيه احتمال كونها معاوضة مستقلة أن المعاطاة هي جزء سبب المعاوضة، والتصرف أو التلف متم له بأن يكون شرطاً متأخراً لحصول الملك واللزوم، نظير القبض المتم للعقد في بيعي الصرف والسلم، فيصح حينئذ أن تصير المعاطاة معاوضة مستقلة بمجرد حصول الملزم. بعد ذلك بين الشهيد الثاني قدس سره أن الأقوى في حكم جريان الخيارات في المعاطاة بالنظر إلى كلا التقديرين من صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة:

أولاً: عدم ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة بناءً على كون المعاطاة بيعاً لكنه ليس بلازم، استناداً إلى أن موضوع خيار الحيوان هو البيع اللازم، فلا تكون المعاطاة المفيدة للجواز موضوعاً للخيار، نعم بناءً على ما نسب إلى الشيخ المفيد قدس سره من ذهابه إلى كون المعاطاة من أول الأمر بيعاً لازماً يثبت خيار الحيوان فيها.

ويظهر من حكم الشهيد هنا بعدم ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة الجائزة أن مختاره على تقدير ثبوت الخيار كون مبدئه من حين تحقق المعاطاة لا من حين لزومها بالتلف، إذ لو كان من حين اللزوم لما كان هناك معنى لهذا التقييد والبناء، لأن المفروض لزومها حينئذ، فيكون موضوع الخيار متحققاً.

ثانياً: ثبوت خيار العيب والغبن على كلا التقديرين سواء قلنا بصيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة، لكونهما من الأحكام التي تقتضي عموم أدلتها عدم اختصاصها بالبيع، إذ إن مقتضى قاعدة الضرر المثبتة لهما هو جريانها في المعاطاة على كلا التقديرين حين ظهور العيب أو الغبن بعد حصول التلف لا قبله، لأن الصبر على المعيب والمغبون بعد تحقق الملزم في ضرر حينئذ يرفع بهما، غاية الأمر أن التخيير بين الرد والأرش في خيار العيب غير شامل للمعاطاة على التقدير الأول لكونه مختصاً بالبيع الصحيح شرعاً، ومشكل على



التقدير الثاني؛ لاحتتمال انصرافه إلى خصوص البيع المبني على اللزوم<sup>(١)</sup>.  
 ثالثاً: عدم ثبوت خيار المجلس على كلا التقديرين، فإنه إضافة إلى كونه مختصاً بالبيع اللازم كخيار الحيوان، فهو منتفٍ في المقام، إذ إنَّ مورد خيار المجلس هو البيع اللازم، والمعاطاة حين مجلس انعقادها لم تكن لازمة بحسب الفرض بل هي جائزة، وحين لزومها بالتلف لم يكن مجلس معاملة كي يثبت فيه الخيار.  
 هذا تمام ما يمكن توضيحه لعبارة الشهيد الثاني قدس سره المنقولة عن المسالك.

### المطلب الثاني: تعليق الشيخ الأنصاري ورأيه في المسألة

ذكر الشيخ الأعظم قدس سره في التعليق على عبارة الشهيد الثاني أمرين:  
 الأمر الأول: أن جميع ما أفاده الشهيد الثاني في عبارته المتقدمة من التردد في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة وما يترتب عليه من جريان الخيارات وعدمه يظهر أنه متفرع على ما هو مبناه قدس سره من إفادة المعاطاة الإباحة<sup>(٢)</sup>، حيث يصح حينئذ أن يقال إنَّ المعاطاة المقصود بها الملك إن أفادت الإباحة هل تصير بيعاً بالتلف أم تصبح معاوضة مستقلة، وإلا فإنه على القول بإفادة المعاطاة الملك المتزلزل الجائر كما هو المبني لابد للشهيد الثاني قدس سره أن يوقع البحث في أن هذه المعاطاة هل هي بيع أو معاوضة مستقلة قبل اللزوم، ليرتب عليه الحكم بعد تحقق اللزوم.

(١) راجع: كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ١٢٢.

(٢) اعترض المحقق العراقي قدس سره على الشيخ الأعظم بأن هذا الحمل لا وجه له، لأنَّ الإباحة والإذن لا يعقل صيرورتها بيعاً، فالوجهان المذكوران في كلام الشهيد الثاني قدس سره إنما يتجهان على القول بالملك. (راجع: حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم ابادي، ص ١٥٦).

ثم إنَّ الصحيح في المعاطاة على القول بإفادتها الملك الجائز هو أنَّها بيع قبل اللزوم، ولا ترديد فيها حتَّى يكون حكم المعاطاة بعد اللزوم بالتلف متفرَّعاً عن كونها بيعاً أو معاوضة مستقلة، فإن كانت بيعاً تجري أحكام البيع وتثبت الخيارات المختصة به كخيار الحيوان، وإن كانت معاوضة مستقلة لم يثبت خيار الحيوان، وذلك لأنَّ ظاهر عبارات القائلين بإفادة المعاطاة الملك الجائز المتزلزل أنَّ المعاطاة عندهم بيع بلا إشكال، كما تقدَّم بيان ذلك في بداية البحث في التنبيه الأول من تنبيهات المعاطاة، حيث أُشير إلى ما ذكره المحقِّق الكركي قدَّس سرَّه من أنَّ بيعية المعاطاة بناءً على إفادتها الملك المتزلزل ممَّا لا كلام فيه<sup>(١)</sup>، فإذا حصل التلف صار البيع الجائز بيعاً لازماً، فتترتب عليه جميع الأحكام المتعلقة بالبيع من الخيارات المختصة به ونحوها، عدا الأحكام التي يستفاد من أدلتها أنَّها ثابتة لخصوص البيع العقدي المبني على اللزوم لولا الخيار، فإنَّها لا تترتب - كما هو واضح - على المعاطاة المفيدة للملك الجائز، والتي لا تلزم إلَّا بالتلف حقيقة أو حكماً، فإنَّ المعاطاة حينئذ عقد مبني على الجواز والتزلزل لا اللزوم.

لا يقال: إنَّ المعاطاة بناءً على إفادتها الملك الجائز هي أيضاً عقد مبني على اللزوم لولا الخيار والمعبر عنه فيها بجواز الرجوع والتراد، فتترتب حينئذ عليها أحكام البيع أيضاً، فلا وجه للاستثناء الأخير.

وذلك لأنَّه قد تقدَّم في أوائل التنبيه السادس:<sup>(٢)</sup> أنَّ الجواز في المعاطاة ليس المراد منه الخيار على نحو الحكم الحقي، بل هو حكم شرعي تعبدي نظير حكم

(١) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٦٦.

(٢) حيث قال الشيخ الأنصاري قدَّس سرَّه هناك: «ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتَّى يستصحب بعد التلف.. فإنَّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة». (كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٩٧).

الجواز في الهبة، فلا علاقة للجواز هنا بالخيار، وعليه لا يصدق عليها أنها بيع مبني على اللزوم لولا الخيار، بل هي عقد جائز يلزم بالتلف.

الأمر الثاني: أن الأقوى في التردد الحاصل في المعاطاة بناءً على إفادتها للإباحة في كونها بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة هو التقدير الأول، وذلك لأن المعاطاة المقصود بها الملك والمفيدة للإباحة الشرعية التعبدية بيع عرفاً، غاية الأمر أنه من لحاظ الشرع فاسد، لا يترتب عليه الأثر إلا بطرؤ إحدى الملزمات على نحو الشرط المتأخر، نظير توقف تحقق الملك في بيع الصرف والسلم على القبض الحاصل بعد العقد، وعليه فلا بد أن تترتب جميع أحكام البيع على المعاطاة المفيدة للإباحة بعد التلف، عدا الأحكام التي اختص دليلها بالبيع المنعقد صحيحاً أي: مفيداً للملك اللازم من أول الأمر حين الانعقاد<sup>(١)</sup>.

بعبارة أخرى: إن البيع العرفي على نحوين، أحدهما ما كان الأثر الشرعي فيه مترتباً على كونه صحيحاً شرعاً من أول الأمر، كما في البيع اللفظي، والآخر ما كان الأثر الشرعي غير مترتب عليه إلا بعد تحقق شرط التأثير، والمعاطاة محل البحث المفيدة للإباحة هي من النحو الثاني لا الأول، فإنها لا تترتب عليها الأحكام الشرعية الثابتة للبيع من الخيار ونحوه إلا بعد طرؤ الملزم.

ولا يخفى عليك: أن ما أفاده الشيخ الأعظم هنا هو ما احتمله الشهيد الثاني في عبارته المتقدمة في قوله: «اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب، والتلف تمامه»، فالتعاطي فيه مقتضى الملكية إلا أن فعلية التأثير متوقف على حصول

(١) استشكل المحقق الأصفهاني قدس سره هنا بعدم تمامية هذا الاستثناء، لأنه قبل التلف وما بحكمه لا بيع بالحمل الشايع شرعاً، إذ إن التمليك والملكية متحدان ذاتاً ومختلفان اعتباراً، وبعده بيع حقيقة، وعليه فعند تحقق الملكية تكون المعاطاة بيعاً صحيحاً لازماً لولا الخيار، فيعبرها أحكامه. (راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٤٩).

الشرط وهو تحقق التلف.

ولذا قال الآخوند الخراساني قدس سره تعليقاً على عبارة الشهيد الثاني التي يحتمل فيها كون المعاطاة معاوضة مستقلة بقوله: (لإطباقهم على أنها ليست بيعاً حال وقوعها فكيف تصير بيعاً بعد التلف) ما لفظه: «قد عرفت بما لا مزيد عليه: أنه لا غرابة فيه أصلاً، وليس حالها إلا حال بيع الصرف والسلف في عدم كونها بيعاً قبل القبض في المجلس بالاتفاق، وصيرورتها بيعاً بعده كذلك، ومن هنا ظهر أن حالها في ترتيب أحكام الخيار وغيرها حالها، كما لا يخفى»<sup>(١)</sup>.

وتبع أستاذنا السيد الخوئي قدس سره الشيخ الأعظم والآخوند في الحكم، حيث يرى أن المعاطاة بناءً على إفادتها للإباحة بيع شرعي نافذ بعد تحقق الملزم، فتثبت لها جميع الخيارات الثابتة للبيع، حتى خيار الحيوان والمجلس، وتكون غاية خيار المجلس فيها هو الافتراق عن مجلس تحقق فيه البيع بتحقيق شيء من الملزمات، كما أن مبدأ الثلاثة أيام في خيار الحيوان هو من حين تحقق البيع النافذ بتحقيق لزوم المعاطاة.

وخالف السيد اليزدي قدس سره في الحكم، حيث يرى أن ما ذكره الشهيد الثاني في آخر كلامه من كون المعاطاة جزء السبب والتلف مكمل له، نظير بيع القبض في بيع الصرف والسلم، والذي تبناه الشيخ الأعظم قدس سره في بيانه لحكم المعاطاة المفيدة للإباحة «بعيد غايته، بل لم يحتمل أحد قبله، بل لا وجه له، فإن لازمه عدم جواز التصرف قبل ذلك لعدم تمامية المعاملة»<sup>(٢)</sup>، ولذا ذهب قدس سره إلى أن المعاطاة بناءً على إفادتها للإباحة الشرعية معاوضة لا تفيد إلا الإباحة ولا تخرج عنها، قبل التلف وبعده، ولا دليل أصلاً على صيرورتها مفيدة

(١) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٥١.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤٠٤.

للملك بعد التلف، والسيرة ساكتة عن ذلك، غاية الأمر أنها مفيدة للإباحة اللازمة بعد التلف، لا الملك، فضلاً عن كونها بيعاً ترتب عليها أحكامه<sup>(١)</sup>.  
ووافقه المحقق العراقي قدس سره حيث بنى على أن المعاطاة معاوضة برأسها، غاية الأمر أنها معاوضة سببية لا إنشائية، وعليه فلا وجه لتفريع أحكام البيع عليها، لا من أول الأمر ولا من حين التلف، وعليه فلا يجري فيها خيارا العيب والغبن، لأن الخيار لا يعقل تعلقه إلا بما كان فيه اقتضاء للزوم، والمفروض أن المعاطاة في المقام مبتنية على الجواز فلا اقتضاء لزوم فيها، وحينئذ فمع بقاء العينين لا إشكال في جواز الترادد ومع التلف لا إشكال أيضاً في سقوط هذا الجواز؛ لامتناع الترادد<sup>(٢)</sup>.

كما اختار الميرزا الإيرواني قدس سره أيضاً نفي البعد عن عدم ثبوت الخيارات للمعاطاة المفيدة للإباحة وإن صدق عليها عنوان البيع عرفاً، حيث قال: «اعلم أن المعاطاة المقصود بها البيع بيع عرفاً، وليس للشارع اصطلاح جديد في ألفاظ المعاملات، فهي بيع شرعاً أيضاً، وأما ترتب أحكام البيع عليها فإن قلنا فيها بالملك اللازم فلا ينبغي التوقف في الترتب، ولا منشأ لدعوى انصراف البيع في أدلة تلك الأحكام إلى البيع المنشأ بالقول، وأما إن قلنا فيها بالملك الجائز أو الإباحة فترتب تلك الأحكام عليها مطلقاً وعدم ترتبها كذلك، والتفصيل بين القول بالملك والقول بالإباحة أو الترتب بعد صيرورتها لازمة وعدمه قبله إشكالٌ مبني على الاستظهار من أدلة تلك الأحكام، وأنها أحكام لمطلق ما سمي بالبيع، أو لخصوص ما كان مؤثراً منه في الملك، أو لخصوص ما

(١) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ٤٠٤-٤٠٥.

(٢) راجع: حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٥٥.

كان مؤثراً في الملك اللازم، وأخصّ الاحتمالات أن تكون أحكاماً لما كان من البيع بناءً على اللزوم، كما لا يبعد ذلك في أدلة الخيارات، فلا يثبت الخيار في المعاطاة حتّى على القول بالملك وحتّى بعد اللزوم بشيء من الملزمات<sup>(١)</sup>.

### مناقشة الشيخ الأنصاري للمحكي عن الشهيد الأوّل

حكى السيّد العاملي قدّس سرّه في مفتاح الكرامة عن الشهيد الأوّل قوله: «أنّها (أي: المعاطاة) معاوضة برأسها إمّا لازمة وإمّا جائزة»<sup>(٢)</sup>، وهذه العبارة على ظاهرها قد يقال بأنّها تتنافى مع ما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه من أنّ المعاطاة عند القائلين بإفادتها الملك المتزلزل بيع بلا إشكال، فإنّ مقتضى عبارة الشهيد أنّ المعاطاة عند القائلين بالملك الجائر إمّا معاوضة مستقلة بلا إشكال، أو هي بيع مع إشكال، وعليه فلا يختصّ التردّد الذي ذكره الشهيد الثاني في كون المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضة مستقلة بالمعاطاة، على القول بإفادتها الإباحة بل يشمل أيضاً المعاطاة بعد تحقّق التلف بناءً على القول بإفادتها الملك الجائر المتزلزل أيضاً؛ لظهور وجود القائل منهم بكونها معاوضة مستقلة.

أجاب الشيخ الأعظم عن ذلك بمنع التنافي بين عبارة الشهيد الأوّل وما نسبته هو إلى القائلين بالملك الجائر في المعاطاة من الجزم ببيعيتها، فإنّ ما ذكره الشهيد إنّما هو مبنيّ على ما يراه من كون المعاطاة مفيدة لإباحة التصرفات غير المتوقّفة على الملك، ولهذا منع من إخراج المأخوذ بها في خمس أو زكاة أو هدي ونحوها ممّا يتوقّف على حصول الملك، وعليه يكون مقصوده من كون المعاطاة معاوضة قبل اللزوم ليس بلحاظ المبادلة في إضافة الملكية حتّى تكون على حدّ سائر العقود المعاوضيّة الناقلة للملكيّة نظير البيع اللفظي والصلح والقرض

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٩٣.

(٢) مفتاح الكرامة، السيّد محمد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥١١.

ونحوها، فيكون كلامه مخالفاً للقائلين ببيعية المعاطاة المفيدة للملك الجائر، وإنها مقصوده من المعاوضة هو التعاوض في ظرف الإباحة، بمعنى أن الإباحة تارة تكون مجانية وبلا عوض كما في أكل المارّة، وتارة تكون مع العوض، والمعاطاة عند المشهور هي من الثاني لا الأوّل، فيكون المقصود من كون المعاطاة معاوضة في عبارته المتقدّمة هو هذا اللحاظ لا لحاظ المبادلة في الملكية.

ثمّ أورد الشيخ الأعظم إشكالا على الشهيد حاصله: أن لزوم هذه المعاوضة بإحدى الملزمات كالتلف، غير مستلزم لحصول الملكية، بل طرؤ الملزم لا يقتضي أكثر من تحقق اللزوم، فإن كانت المعاطاة قبل التلف مفيدة للملك فصيروتها لازمة تكون بمعنى صيرورة الملك لازماً، وإن كانت مفيدة للإباحة قبل التلف - كما هو مسلك الشهيد الأوّل قدس سرّه - فلزومها يكون بمعنى صيرورة الإباحة لازمة، أي: بمعنى عدم جواز فسخ الإباحة الشرعية وحلّها.

وبعبارة المحقّق الأصفهاني قدس سرّه: «إنّ التملك بالعوض هو حقيقة البيع بالحمل الشائع، فلا محالة يبتني كون المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة تارة ولازمة أخرى على التعويض من حيث الإباحة، وحيث فلزومها لا يقتضي إلا استقرار التعويض من الإباحة وعدم إمكان فسخ السبب المبيح، أو عدم إمكان ردّ صفة الإباحة، مع أنّ نفوذ التصرفات المتوقّفة على الملك وعدم الضمان عند التلف لا يكفيها مجرد الإباحة ولزومها، فلا بدّ من الالتزام بحدوث الملك المساوق للالتزام بكون المعاطاة بيعاً لا معاوضة مستقلة»<sup>(١)</sup>.

بعد ذلك قال الشيخ الأعظم: (فافهم)، ولعلّه إشارة إلى أنّه ليس في كلام الشهيد الأوّل ما يأبى كونها إباحة لازمة، بل ربما هو الظاهر من كلامه<sup>(٢)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٤٩.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤٠٥.

ويمكن أن يكون إشارة إلى دفع توهم حاصله: كيف يحتمل الشهيد القول باللزوم مع أن الجواز مجمع عليه؟ وحاصل الدفع: أن هذا الإشكال إنما يرد لو كان المقصود من حرف العطف (أو) في قوله: (جائزة أو لازمة) الترييد، والظاهر أنه ليس كذلك، بل المقصود منه التنويع، أي: إن المعاطاة قبل عروض الملزم جائزة، وبعد عروضه لازمة<sup>(١)</sup>.

ولعلّ إشارة إلى أن التفكيك بين اللزوم والملك غير معهود في الشريعة، فإنّه كلّما وجدنا لزوماً وجدنا إلى جانبه ملكاً.

وبهذا ينهي الشيخ الأعظم قدّس سرّه البحث في التنبيه السابع، والذي كان مخصّصاً في ترتّب أحكام البيع على المعاطاة كالخيارات بعد طرؤ الملزم عليها.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف». حضر الشيخ الملزم بالتلف هنا لعلّه من جهة أن جميع الملزمات الثمانية المذكورة في التنبيه السابق ترجع إلى التلف حقيقةً أو حكماً.

• قوله قدّس سرّه: «وليست إحداها». أي: ليست المعاطاة إحدى المعاوضات الشرعيّة المعهودة.

• قوله قدّس سرّه: «وكونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل». جواب عن إشكال مقدّر حاصله: أنّنا نسلم كون المعاطاة ليست من إحدى المعاوضات المعهودة، إلّا أن ذلك ليس دليلاً على كونها بيعاً، إذ من المحتمل أن تكون معاوضة مستقلة في قبال البيع، والجواب: أن إثبات كونها معاوضة مستقلة يحتاج إلى دليل، وهو مفقود في المقام.

• قوله قدّس سرّه: «وتظهر الفائدة في ترتّب...». أي: تظهر الفائدة والثمرة

(١) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح التبريزي، ج ٢ ص ١٥٦.



بين احتمال كون المعاطاة بيعاً بعد التلف، واحتمال كونها معاوضة مستقلة، فعلى الأول تترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها، وعلى الثاني لا تترتب.

• قوله قدّس سرّه: «وعلى تقدير ثبوته، فهل الثلاثة..». أي: ثبوت خيار الحيوان، من خلال اختيار احتمال بيعيّة المعاطاة بعد التلف، والمراد من الثلاثة هي الثلاثة أيام التي يقع فيها خيار الحيوان كما هو مقتضى الروايات، كرواية فضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ فقال: إلى ثلاثة أيام للمشتري»<sup>(١)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «اللهم إلا أن يجعل». مقصوده من هذا الاستدراك توجيه الإشكال على التقدير الثاني وهو كون المعاطاة بعد التلف معاوضة مستقلة.

• قوله قدّس سرّه: «فيثبتان على التقديرين». أي: تقدير كون المعاطاة بيعاً بعد التلف، وتقدير كونها معاوضة مستقلة بعده.

• قوله قدّس سرّه: «انتهى». أي: انتهى ما ذكره الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك.

• قوله قدّس سرّه: «والظاهر أنّ هذا..». أي: البحث في كون المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضة مستقلة.

• قوله قدّس سرّه: «فيلغى الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم». جاء في بعض النسخ بدلاً من كلمة (فيلغى): فيبقى، فيلغى، فينبغي، والظاهر أنّ الصحيح منها هو (فينبغي) بدلاً من (فيلغى)، بمعنى: أنّ الشهيد الثاني قدّس سرّه جعل التردد في كون المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلة بعد التلف وحصول اللزوم، والمفروض أن يجعل هذا التردد قبل اللزوم لا بعده، حتّى يترتب عليه الحكم المناسب بعد اللزوم، وعليه فلا بدّ

(١) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٥ ص ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع.

حينئذ أن يكون الصحيح أيضاً في قوله بعد ذلك: (إذ الظاهر) هو (والظاهر)، كي لا يقال<sup>(١)</sup>: إن (فينبغي) تتنافى مع التعليل المشار إليه بقوله: (إذ الظاهر) من حيث إنه تعليل لبيع المعاطاة المفيدة للملك الجائر، فلا يبقى موضوع للتردد بين كون المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلة<sup>(٢)</sup>.

ولذا قال المحقق الشهيد قدس سره في شرحه: «الظاهر وقوع الغلط في النسخة، والصحيح (ينبغي) بدل (يلغى)، وذلك بقرينة قوله: «أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم» أي: قبل التلف المسبب عنه اللزوم؛ فإن أحد المحتملين في كلام الشهيد الثاني قدس سره صيرورتها بيعاً بعد التلف، أي: بعد اللزوم الحاصل به، لا كونها بيعاً قبله، وعلى هذا فالصحيح (الواو) بدل (إذ) في قوله: «إذ الظاهر أنه عند القائلين.. إلى آخره»، وغرضه من هذا الكلام بيان اختيار الشق الثاني وهو

- 
- (١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ٢٦٥.
- (٢) لكنّ الإنصاف أنّ العبارة لا تخلو من غموض، فمن جهة قول الشيخ: (قبل اللزوم) قرينة على أنّ الصحيح هو (فينبغي) بدلاً من (يلغى)، ومن جهة أخرى قوله: (إذ الظاهر) قرينة على أنّ الصحيح هو (يلغى) أو (لا ينبغي)، والتصرّف في القرينة الثانية بإبدال (إذ) بالواو ليس بأولى من التصرّف في القرينة الأولى بإبدال (قبل اللزوم) بـ (بعد اللزوم). وبعبارة أخرى: إنّ جميع نسخ الكتاب ورد فيها (قبل اللزوم) و (إذ الظاهر)، والتمسك بكلتا هاتين العبارتين لا تحدّد لنا الصحيح في كلمة (يلغى)، فلا بدّ من وجود خطأ إمّا في العبارة الأولى بأن يكون الصحيح فيها: (بعد اللزوم) فيترتب عليه أنّ الصحيح هو كلمة (يلغى)، أو في العبارة الثانية بأن يكون الصحيح فيها: (والظاهر) فيترتب عليه أنّ الصحيح هو (فينبغي)، ولا قرينة تحدّد لنا موضع الخطأ.
- ومّا يزيد الطين بلّة هو أنّ تصحيح الشيخ للترديد في المعاطاة المفيدة للملك الجائر في كونها بيعاً أو معاوضة مستقلة قبل اللزوم وفقاً لقراءة (فينبغي)، يعارضه ما أفاده الشيخ من أنّ المعاطاة المفيدة للملك المتزلزل هي بيع قبل التلف بلا إشكال وبلا أدنى تردد، اللهم إلا أن يجعل هذا قرينة على صحّة قراءة (يلغى)، والله أعلم.

البيعية قبل التلف على القول بإفادة المعاطاة للملك»<sup>(١)</sup>.

• قوله قدس سره: «إذ الظاهر أنه...». تعليل لقوله: فيلغى «أو فينبغي»، والصحيح أن يقول: (إنها) بدلاً من (أنه)، لأن الضمير راجع إلى المعاطاة، إلا أن يقال: أن الضمير يرجع إلى التعاطي المستفاد من المعاطاة، أو إلى التعامل المعاطاتي، لكنه لا يخلو من تكلف.

• قوله قدس سره: «بلا إشكال في ذلك». أي: في كون المعاطاة بيعاً عند من يقول بإفادتها للملكية الجائزة.

• قوله قدس سره: «على ما تقدم من المحقق الثاني» في التنبيه الأول من تنبيهات المعاطاة، من أن المعاطاة بيع بلا إشكال عند القائلين بالملك المتزلزل فيها.

• قوله قدس سره: «إذا لم». أي: إذا لم يلزم البيع المتزلزل بحصول التلف صار بيعاً لازماً.

• قوله قدس سره: «وقد تقدم أن الجواز...» في أوائل التنبيه السادس المتقدم من تنبيهات المعاطاة.

• قوله قدس سره: «وكيف كان فالأقوى...». أي: سواء كان جواز الرجوع في المعاطاة حكماً كما في الهبة أو حقاً كما في البيع الخياري.

• قوله قدس سره: «أو ما في حكمه»، كالتصرف الاعتباري والمزج وغيرهما من الملزمات المتقدمة.

• قوله قدس سره: «جائزة أو لازمة». حرف العطف هنا (أو) يفيد التنويع والتقسيم لا التردد، كما أوضحنا ذلك في الشرح.

• قوله قدس سره: «وكونها معاوضة قبل اللزوم...» جواب عن إشكال مقدّر حاصله: أن جعل مورد كلام الشهيد الأول قدس سره المعاطاة المفيدة

(١) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٥٥.

للإباحة يتنافى مع ما ذكره من كونها معاوضة، إذ إنّ المعاطاة حينئذ لا تكون من المعاوضات، والجواب: إنّ إطلاق المعاوضة على المعاطاة المفيدة للإباحة المجردة عن الملك إنّما هو بلحاظ كون كلّ من العينين عوضاً عن العين الأخرى المباحة.

• قوله قدّس سرّه: «لكن لزوم هذه المعاوضة..». هذا إشكال على الشهيد الأوّل قدّس سرّه بأنّ ما ذهب إليه من إفادة المعاطاة الإباحة لا يعني كونها مفيدة للملك بعد اللزوم، لعدم الملازمة بين اللزوم والملك، وعليه فلا بدّ للشهيد من الالتزام بالإباحة اللازمة بعد التلف لا تحقّق الملك اللازم.

## التنبيه الثامن

### شمول المعاطاة للعقد غير الجامع للشرائط

- المطلب الأول: صور المسألة وتحرير محلّ النزاع
- المطلب الثاني: محاولة الجمع بين القولين الأول والثالث
- المطلب الثالث: إشكال الشيخ الأنصاري على الجمع المذكور
- المطلب الرابع: تحقيق الشيخ الأنصاري في المسألة
- المطلب الخامس: رأي الأعلام في المسألة
- فرعان أخيران لم يذكرهما الشيخ الأنصاري



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«الأمر الثامن: لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل، وهو قبض العينين.

أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم: فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قويناه سابقاً بناءً على التخلّص بذلك عن اتفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ - فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً.

وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمورٍ زائدةٍ على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً، أو بشرط تحقق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقاً؟

نعم، إذا حصل إنشاءً آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة، فالإنشاء القولي السابق كالعدم، لا عبرة به ولا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين: الأوّل؛ تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق والشهيد الثانيين.

قال المحقق في صيغ عقوده - على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتمدة في الصيغة -: إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، وعلم التراضي منهما

كان معاطاة، انتهى.

وفي الروضة - في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق -: أنها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح، انتهى.

وظاهر الكلامين: صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره.

وظاهر تصريح جماعة - منهم المحقق والعلامة -: بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير، لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساداً من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة - كما ربّما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة، وقبل شروط العوضين والمتعاقدين - وإمّا ما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر.

وكيف كان، فالصورة الأولى داخلة قطعاً، ولا يخفى أنّ الحكم فيها بالضمّان منافٍ لجريان حكم المعاطاة.

وربّما يجمع بين هذا الكلام وما تقدّم من المحقق والشهيد الثانيين، فيقال: إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلّا بزعم صحّة المعاملة، فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن، لترتبه على زعم الصحة، فكان التصرف تصرفاً بغير إذن وأكلاً للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراضٍ أو هبة، أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض، والأوّلان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا البواقي، للقطع - من جهة زعمهما صحّة



المعاملة - بعدم الرضا بالتصرّف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المقدم كالعدم، فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمرّ رضاهما فلا كلام في صحّة المعاملة، ورجعت إلى المعاطاة، كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرّف بأيّ وجه اتّفق، سواء صحّت المعاملة أم فسدت، فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء، انتهى.

أقول: المفروض أنّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمّن إلّا إنشاءً واحداً هو التملك، ومن المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك، والموجود بعده إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض خرج عن محلّ الكلام، لأنّ المعاطاة حينئذ إنّما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنّك عرفت أنّ ظاهر كلام الشهيد والمحقّق الثانيين حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع وبفساد الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

ومنه يُعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراضٍ جديدٍ بعد العقد غير مبنيّ على صحّة العقد.

ثمّ إنّ ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد - مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أنّ كلام الجميع مطلق - يرد عليه: أنّ هذا التراضي إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد: فإن كان لا على وجه المعاطاة، بل كلّ منهما رضي بتصرّف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرّفه في ماله، فهذا ليس من المعاطاة، بل هي

إياحة مجّانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا، ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع، لأنّه كالإذن الحاصل من شاهد الحال، ولا يترتب عليه أثر المعاطاة: من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع، وإن كان على وجه المعاطاة فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكيّة كلّ منهما لمالك الآخر، وليس تراضياً جديداً، بناءً على أنّ المقصود بالمعاطاة التملك كما عرفته من كلام المشهور - خصوصاً المحقق الثاني - فلا يجوز له أن يريد بقوله - المتقدّم عن صيغ العقود -: (إنّ الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي تدخل في المعاطاة) التراضي الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة.

وتفصيل الكلام: إنّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط: إمّا أن يقع تقابضهما بغير رضا من كلّ منهما في تصرف الآخر - بل حصل قهراً عليهما أو على أحدهما، وإجباراً على العمل بمقتضى العقد - فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه.

وكذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلّ منهما على ملكيّة الآخر اعتقاداً أو تشريعاً - كما في كلّ قبض وقع على هذا الوجه - لأنّ حيثيّة كون القابض مالاً مستحقاً لما يقبضه جهة تقيديّة مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفائها في الواقع، كما في نظائره.

وهذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين، كما أنّه لا إشكال في الجواز إذا أعرض عن أثر العقد وتقابضاً بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد.

وأما إن وقع الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق ولا قصد لإنشاء التملك، بل وقع مقارناً لاعتقاد الملكية الحاصلة، بحيث لولاها لكان الرضا أيضاً موجوداً، وكان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف، وأوقعا العقد الفاسد وسيلة له - ويكشف عنه: أنّه لو سئل كلّ منهما عن رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً - فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين:

الأول: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس، بل الرضا الشأني، لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره، وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره إلى هذا، ولعلّه لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

الثاني: أنّه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كلّ من العوضين إلى مالك الآخر، والرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور.

وفيه إشكال: من أنّ ظاهر محلّ النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه قول العلامة رحمه الله - في ردّ كفاية المعاطاة في البيع -: أنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد، وكذا استدلال المحقّق الثاني - على عدم لزومها -: بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة، وكذا ما تقدّم من الشهيد رحمه الله في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنّما يفيد الإباحة، إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ

الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، وكذا كلمات العامة، فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي.

ومن أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، وأنّ عمدة الدليل على ذلك هي السيرة، ولذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين، والسيرة موجودة في المقام - أيضاً - فإنّ بناء الناس على أخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له، وعلى دخول الحتّام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحتّامي.

فالمعيار في المعاطاة: وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرّف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة.

## الشرح

الغرض من عقد هذا التنبيه هو بيان أنّ العقد اللفظي الفاقد لبعض الشرائط فيه هل حكمه حكم المعاملة المعاطيّة، فيكون مفيداً للملك أو الإباحة، وأنّه لا يكون لازماً إلّا بطرؤ إحدى ملزمات المعاطاة المتقدّمة، فيتحقّق الضمان بالعوض المسمّى؟

بعبارة أخرى: إنّ المعاطاة التي تتحقّق بالفعل دون اللفظ من خلال الإعطاء هل تتحقّق أيضاً في العقد اللفظي غير الجامع للشرائط أم لا؟

والظاهر من عبارة الشيخ الأعظم، بل صريحها: أنّ المقصود من الشرائط التي يفقدها يتحقّق موضوع هذا التنبيه هي شرائط اللزوم بالخصوص لا شرائط الصحّة، من قبيل اعتبار العربيّة والماضويّة في الصيغة، حيث قال في أوّل التنبيه: «أمّا إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم..» فإنّ حكم اللزوم والجواز من عوارض السبب ومما يرجع إلى مرحلة العقد، بينما الشرائط المتعلّقة بالعوضين أو المتعاقدين فهي شرائط ترجع إلى الصحّة والفساد ولا ربط لها باللزوم والجواز، فلا بدّ أن تكون خارجة عمّا هو المبحوث عنه في المقام، ففقدان شرائط اللزوم شيء، وفقدان شرائط العوضين مثلاً شيء آخر، وعليه فموضوع البحث هنا هو العقد الفاقد لشرائط اللزوم، ولا دخل للأمر الأخرى في البحث، فيتأتّى حينئذٍ المصير إلى كون العقد لازماً على القول بالاكتفاء بمطلق الإنشاء اللفظي، وأمّا فقدان الشرائط في غير مرحلة العقد فلا بدّ معه من الحكم بالفساد عند مَنْ يعتبرها، ولا ربط للاكتفاء بذلك بما ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه هنا<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٨٦-٣٨٧. ومحاضرات في فقه الإماميّة (كتاب البيع)، السيّد الميلاني، ص ٢٠٠.

ويرى السيّد الحكيم قدّس سرّه أنّ المناسب هنا إبدال شرائط اللزوم بشرائط الصّحة، وذلك لأنّ العقد الفاقد لشرائط اللزوم فقط دون شرائط الصّحة ممّا لا كلام في انعقاده جائزاً دون ترتّب أحكام المعاطاة عليه<sup>(١)</sup>.

إلا أنّ ما أفاده السيّد الحكيم لا يخلو من مصادرة، لأنّ معنى أن يقع العقد اللفظي صحيحاً هو انعقاده لازماً، فإذا فقدت شرائط اللزوم أو بعضها يأتي البحث حينها أنّه هل تبقى الصّحة على حالها دون اللزوم، فيكون العقد صحيحاً وجائزاً فيلحق حكماً بالمعاطاة الجائزة، أم أنّه يحكم بفساده وعدم ترتّب أثر عليه. لكنّ الذي يظهر من مجموع ما سيذكره الشيخ في هذا التنبيه أنّ موضوع البحث لديه هو العقد الفاقد لبعض الشرائط مطلقاً، سواء كانت شرائط للزوم أم شرائط للصّحة.

قال الميرزا النائيني قدّس سرّه: «لا يخفى أنّ ظاهر عبارته - قدّس سرّه - أنّ المقصود في هذا العنوان تحقّق المعاطاة بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم فقط، كخلوّه عن القبض في باب الوقف، والهبة بذوي رحم، ولكن بالتأمّل في مجموع كلماته يظهر أنّ المقصود أعمّ من فقد شرائط اللزوم والصّحة»<sup>(٢)</sup>.  
وكيفما كان، يقع الكلام في هذه المسألة ضمن المطالب التالية:

### المطلب الأوّل: صور المسألة وتحرير محل النزاع

لا إشكال في تحقّق البيع اللازم بإنشائه باللفظ الجامع للشرائط كالماضويّة والعربيّة والصراحة وغيرها، كما لا إشكال في تحقّق المعاطاة بالمعنى الاصطلاحي عند الفقهاء والتي هي معركة الآراء لدى العامّة والخاصّة بما إذا تحقّق إنشاء التمليك بناءً على إفادة المعاطاة الملك أو إنشاء الإباحة بناءً على إفادتها الإباحة

(١) راجع: نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٩٠.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٢٧.

بسبب الفعل من إقباض العينين.

وإنما الكلام في ما إذا حصل إنشاء التمليك أو الإباحة بالعقد اللفظي غير الجامع لشرائط الصحة واللزوم، بأن يكون فاقداً لبعض الشرائط التي يعتبرها مشهور الفقهاء في لزوم العقد، كالماضوية في الصيغة، وتقدم الإيجاب على القبول، والموالة، ونحوها.

فإن قلنا بعدم اشتراط شيء في اللزوم زائداً على الإنشاء اللفظي - كما قوى الشيخ الأعظم قدس سره ذلك سابقاً عند البحث في أدلة عدم لزوم المعاطاة، حيث قال هناك: «نعم، الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد»<sup>(١)</sup> - بناءً على التخصّص بذلك من مخالفة إجماع الفقهاء على توقّف العقود اللازمة على الإنشاء اللفظي<sup>(٢)</sup>، فلا إشكال حينئذ في صحة هذا العقد ولزومه.

وأما إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ في اللزوم، ففي المسألة صور ثلاث يتّضح من بيانها تحرير محلّ النزاع وتمييز مورد البحث:

**الصورة الأولى:** أن يكون القبض والإقباض من المتعاقدين بعنوان الوفاء بالعقد الفاسد بحيث لولا هذا العنوان لم يتحقّق منها الرضا من الأساس، ولا إشكال في خروج هذه الصورة عن محلّ الكلام، إذ لا يوجد شيء في المقام يجعل مورد النزاع في إجراء أحكام المعاطاة عليه، فالعقد باطل والقبض والإقباض المترتّبين عليه بعنوان الوفاء لا أثر لهما<sup>(٣)</sup>.

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٦٠.

(٢) بحيث لولا هذا الإجماع لقليل بعدم شرطية اللفظ من الأساس، ولزوم المعاطاة من أول الأمر.

(٣) أشار الشيخ الأنصاري قدس سره إلى هذه الصورة بقوله: «ولا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقّاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط».

**الصورة الثانية:** أن يكون القبض والإقباض من المتعاقدين لا بعنوان الوفاء بالعقد الفاسد، وإنما بعنوان إنشاء معاملة أخرى بسبب آخر وهو تعاطي العينين بعد التفات المتعاقدين إلى عدم تحقق البيع اللازم بالصيغة الملحونة<sup>(١)</sup>، ولا إشكال أيضاً في خروج هذه الصورة عن محل الكلام ومورد النزاع، لكونها معاطاة صحيحة، إذ المعاطاة ليست إلا إنشاء المعاملة بالفعل في قبال إنشائها باللفظ، ولم يتوهم أحد في توقف صحة المعاطاة على عدم كونها مسبقة بعقد فاسد.

قال صاحب الجواهر قدس سره: «لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لعدم تحقق بعض ما عرفته وتعرفه من شرائط الصحة، لم يملكه بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه؛ للأصل بعد فرض بطلان السبب الذي أريد الانتقال به، وفرض عدم إرادة غيره من أسباب الملك، حتى المعاطاة بناءً على أنها منه، ضرورة ظهور حال تعرضهما للعقد في إرادة الملك المترتب عليه، وإن كان قدر منهما التقابض، إلا أنه على كونه من مقتضيات ما أوقعاه من العقد وآثاره، لا أنه إنشاء مستقل قصداً ترتب الأثر عليه، نعم لو علم منهما ولو بالقرائن - بعد ذكرهما العقد - عدم إرادتهما ذلك، بل قصداً لإنشاء بتقابضهما، وأرادا حصول الملك أو الإباحة جرى عليه حكم المعاطاة، وكان خارجاً عما نحن فيه، وبذلك ظهر الفرق بين البيع الفاسد والمعاطاة»<sup>(٢)</sup>.

**الصورة الثالثة:** أن يكون القبض والإقباض من المتعاقدين على نحو لا ينحصر رضاهما به بتحقيق عنوان المعاملة، بل يكون الرضا حاصلاً مع علمهما بفساد العقد، أو لو علما لرضيا به، وهذه الصورة هي محل الكلام ومورد النزاع

(١) أشار الشيخ الأنصاري قدس سره إلى هذه الصورة بقوله: «نعم إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة».

(٢) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٥٧.



في إجراء أحكام المعاطاة عليها.

قال الميرزا النائيني قدّس سرّه في توضيح محلّ النزاع في المسألة ما نصّه: «تارة يتحقّق قبض العينين بعد القول الفاسد، وأخرى لا يتحقّق، فلو لم يتحقّق فهذا خارج عن المعاطاة المصطلحة، ولا بدّ من إخراجها من موضوع بحث الشهيد والمحقّق الثانيين ومن تبعهما، والقول بأنّ الإنشاء القولي الغير الجامع لشرائط الصحة يرجع إلى حكم المعاطاة مطلقاً، لا وجه له، ولو تحقّق قبض العينين فتارة بناؤهما على الإغماض عن القول السابق وإنشأؤهما التمليك أو التسليط بالفعل فهذا داخل في المعاطاة موضوعاً، وليس هذه الصورة محطّ كلام المحقّقين ومن تبعهما، لأنّ مجرد وقوع المعاطاة بعد العقد الفاسد لا يوجب الشكّ في دخولها في عنوان المعاطاة، وأخرى: ليس بناؤهما على الإغماض، وهذا على قسمين، لأنّهما قد يقبضان وفاءً بما التزما به على البيع الفاسد بحيث لم يُعلم منهما رضا بالتصرّف إلاّ الرضا المعاملي الذي كان في ضمن الإنشاء الفاسد ومقيّداً به، وهذا أيضاً خارج عن موضوع البحث، لأنّ هذا هو المقبوض بالعقد الفاسد الذي هو موجب للضمان ويترتب عليه آثار خاصّة. وقد يقبضان لا بما أنّ القبض وفاء، بل رضاً جديداً حاصل لهما على أيّ حال، وهذا هو موضوع كلامهما<sup>(١)</sup> وكلام من تبعهما<sup>(٢)</sup>.

ثمّ إنّ هذه الصورة التي هي محلّ الكلام فيها وجوه ثلاثة:

**الوجه الأوّل:** رجوع الإنشاء اللفظي الفاقد لبعض الشرائط المتبعة إلى حكم المعاطاة مطلقاً، سواء تحقّق قبض العين معه أم لا.

**الوجه الثاني:** رجوع ذلك الإنشاء اللفظي إلى حكم المعاطاة بشرط تحقّق قبض العين معه.

(١) أي: القائلين بالوجه الأوّل والقائلين بالوجه الثالث الآتين بعد قليل.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٢٨.

الوجه الثالث: عدم رجوع ذلك الإنشاء اللفظي إلى حكم المعاطاة مطلقاً، سواء تحقّق معه قبض للعين أم لا، وإنّما هو عقد فاسد لا يترتّب عليه أيّ أثر.

### القائلون بالوجه الأوّل

ذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه أنّ الوجه الأوّل من إلحاق العقد اللفظي الفاقد للشرائط بحكم المعاطاة مطلقاً هو الظاهر من كلام غير واحد من المشايخ المعاصرين له، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقّق الكركي والشهيد الثاني قدّس سرّهما.

ولعلّ مقصوده من الفقهاء المعاصرين هما السيّد المجاهد وصاحب الجواهر قدّس سرّهما، حيث ذكر السيّد المجاهد في المناهل ما لفظه: «إذا كان إيجاب البيع وقبوله بغير اللغة العربيّة من الألفاظ الفارسيّة وغيرها، فلا إشكال في صحّة البيع حينئذ، وإفادة إباحة التصرف ونقل الملك بناءً على المختار من إفادة المعاطاة ذلك، لظهور عدم القائل بالفصل بين الأمرين، ولفحوى ما دلّ على إفادة المعاطاة أو عمومها الملك، وهل يفيد ذلك اللزوم كما إذا كان الإيجاب والقبول عربيّين أو لا؟ بالثاني صرح المحقّق الثاني في حاشية الإرشاد وجامع المقاصد، وأوجب في إفادة عقد البيع اللزوم عربيّته محتجّاً عليه بوجوه ثلاثة..»<sup>(١)</sup>.

كما ذكر صاحب الجواهر: «أنّ قصد التملّك العقدي غير مشخّص، مع فرض تحقّق البيع بالمعاطاة التي منها الصيغة الملحونة مثلاً»<sup>(٢)</sup>.

أمّا المحقّق الكركي قدّس سرّه فقد حكى عنه السيّد العاملي قدّس سرّه في مفتاح الكرامة أنّه قال في رسالته المسماة بصيغ العقود والإيقاعات بعد ذكره للشرائط المعتبرة في صيغة العقد: «فلو أوقع البيع بغير ما قلناه وعلم التراضي

(١) المناهل، السيّد محمّد بن علي الطباطبائي، ص ٢٧٠.

(٢) جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٥٧.

منهما كان معاطاة، لا يلزم إلا بذهاب أحد العينين<sup>(١)</sup>، وكلامه صريح في أنّ الإنشاء اللفظي الملحون معاطاة، فيجري فيه ما يجري فيها من أحكام من جواز الترادّ قبل تلف العين وال لزوم بعده.

وقال الشهيد الثاني قدّس سرّه في الروضة في معرض الاستدراك على ما ذكره من عدم كفاية الإشارة الدالّة على الرضا مع القدرة على النطق: «نعم تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح»<sup>(٢)</sup>، حيث تدلّ هذه العبارة على أنّ الصيغة الفاقدة للشرائط لها حكم المعاطاة، فإنّ المناط في إجراء حكم المعاطاة على الإشارة إنّما هو إفهام المقصود صريحاً، وهذا المناط لا شكّ في وجوده في مقام البحث<sup>(٣)</sup>.

ولا يتوهم أنّ ما أفاده المحقّق والشهيد الثانيين يرجعان إلى صورة وقوع الإنشاء بالقبض الحاصل بعد العقد الفاقدة للشرائط، أو بالقبض الحاصل بعد الإشارة، فلا يدلّ حينئذ كلامهما على تحقّق المعاطاة بالصيغة الفاقدة لشرائط العقد. وذلك لأنّه لا يخفى أنّ ظاهر عبارتي المحقّق والشهيد الثانيين إنّما هو ناظر إلى صورة وقوع الإنشاء بخصوص الصيغة الفاقدة للشرائط وخصوص الإشارة، من دون أن يكون للقبض دخل في ذلك، بل يكون القبض من آثار الإنشاء الحاصل بالصيغة الملحونة والإشارة المحكومة بحكم المعاطاة، إذ إنّ بعد

(١) رسائل الكركي، المحقّق الكركي، ج ١ ص ١٧٨. وراجع: مفتاح الكرامة، السيّد محمّد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥١٣.

(٢) الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ٣٢٥.

(٣) قال السيّد اليزدي قدّس سرّه في تعليقه على ما أفاده الشيخ الأنصاري بقوله: (وظاهر الكلامين صورة وقوع الإنشاء بغير القبض..): «لا يخفى أنّ كلام الثاني (أي: الشهيد الثاني) صريح لا ظاهر، لكنّه في غير ما نحن فيه، إذ مفروض كلامه الإشارة وكلامنا في الصيغة القوليّة الفاسدة، إلّا أن يكون نظر المصنّف إلى تنقيح المناط، فتأمّل». (حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤٠٧).

تحقق الإنشاء لابد أن يحصل القبض والإقباض بين المتعاقدين وفاءً للمعاملة.  
والوجه في هذا الظهور: أن الضمير الذي هو اسم كان في قول المحقق:  
«كان معاطاة» يرجع إلى قوله: «أوقع البيع بغير ما قلناه»، ليكون المعنى: أن إيقاع  
البيع بغير ما قلناه يكون معاطاة، ومن الواضح أن هذه العبارة ظاهرة في أن إيقاع  
البيع بالصيغة الفاقدة للشرائط يكون معاطاة، من دون دخالة أي شيء آخر فيه  
من إقباض أو غيره. كما أن ضمير (أنها) في قول الشهيد: «أنها تفيد المعاطاة»  
راجع إلى الإشارة، فتكون العبارة ظاهرة في كون نفس الإشارة معاطاة.

### القائلون بالوجه الثالث<sup>(١)</sup>

وذكر الشيخ الأعظم قدس سره أن الوجه الثالث من عدم جريان حكم  
المعاطاة على الإنشاء اللفظي الفاقد للشرائط هو الظاهر من كلام جماعة من  
الأعلام منهم المحقق الحلّي والعلامة قدس سرهما.  
حيث قال المحقق الحلّي في الشرائع: «ولوقبض المشتري ما ابتاعه بالعقد  
الفاسد، لم يملكه، وكان مضموناً عليه»<sup>(٢)</sup>، كما قال العلامة في القواعد: «ولو  
قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك وضمن»<sup>(٣)</sup>.  
ووجه ظهور هاتين العبارتين في الوجه الثالث أن مقصود المحقق والعلامة  
من العقد الفاسد الوارد فيهما لا يخلو من إحدى صورتين على سبيل منع الخلو:  
الصورة الأولى: خصوص العقد الذي يكون فساده من جهة اختلال شروط  
الصيغة فيه من العربية والماضوية والموالاتة ونحوها.

(١) يظهر من عبارة الشيخ الأنصاري أن فقهاءنا بين قائل بالوجه الأول وقائل بالوجه  
الثالث، ولا يوجد قائل بالوجه الثاني وإنما هو صورة محتملة.

(٢) شرائع الإسلام، المحقق الحلّي، ج ٢ ص ٢٦٧.

(٣) قواعد الأحكام، العلامة الحلّي، ج ٢ ص ١٧.

ويشهد لكون مقصودهم من العقد هذه الصورة هو ذكرهم لهذه العبارة (ما لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد) بعد بيانهم لشروط الصيغة وقبل التعرّض لشروط العوضين<sup>(١)</sup> والمتعاقدين<sup>(٢)</sup>، فهذا كاشف على أنّ منشأ الفساد في العقد هو الإخلال بشروط الصيغة، وإلاّ لم يصحّ ذكر العبارة قبل شروط العوضين والمتعاقدين، وإنّما تذكر بعدهما لتكون متفرّعة عليهما.

**الصورة الثانية:** العقد الذي يكون منشأ الفساد فيه أعمّ من اختلال شروط الصيغة أو اختلال شروط العوضين والمتعاقدين، كما لعلّه هو الظاهر باعتبار شمول إطلاق (الفساد) لجميع ما يوجب فساد العقد من اختلال شروط الصيغة والعوضين والمتعاقدين.

وعلى كلّ حال فسواء كان مقصود المحقّق والعلامة من العقد الفاسد هو خصوص الإنشاء اللفظي الفاقد لبعض شرائط الصيغة، أو الأعمّ منه ومن اختلال شرائط العوضين والمتعاقدين فإنّ الصورة الأولى وهي رجوع فساد العقد الذي صرّحوا فيه بعدم الملكية والضمان إلى اختلال بعض شرائطه داخلية في كلامهما قطعاً، لكونها القدر المتيقّن من كلتا الصورتين، وعليه فالمحقّق والعلامة ممّن يرون أنّ العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة هو عقد فاسد لا يترتب عليه أثر.

### **المطلب الثاني : محاولة الجمع بين القولين الأوّل والثالث**

لا يخفى التنافي الحاصل بين القول الأوّل الذي يُرجع العقد المنشأ بالصيغة الملحونة إلى المعاطاة كما أفاده المحقّق والشهيد الثانيان، وبين القول الثالث الذي يُرجعه إلى العقد الفاسد كما أفاده المحقّق والعلامة الحلّيّان، فإنّ القائلين بالوجه

(١) كالمالّة وعدم كون أحد العوضين في مجهول الوصف أو ميتة ونحوها.

(٢) كالبلوغ والعقل وعدم الحجر ونحوها.

الثالث قائلين بعدم حصول تملك للمقبوض بسبب العقد، مع ضمانه، وهذا معناه أن البيع المنشأ مع فقد بعض شرائط صيغته هو بيع فاسد غير ملحق حكماً بالمعاطاة، إذ إنه لو كان راجعاً إليها لكان سبباً لحصول النقل والانتقال، فيكون كل واحد من المتعاقدين مالكا لما انتقل إليه بسبب هذا العقد من أول الأمر أو من حين التلف، فلا يكون حينئذ معنى لضمان ما تلف في يده من العوضين، وهذا بخلاف ما ذكره القائلون بالوجه الأول، حيث ألحقوا العقد الفاقد لبعض الشرائط حكماً بالمعاطاة، والذي يترتب عليه عدم الضمان عند تلف أحد العوضين، لكون المعاطاة سبباً شرعياً لحصول النقل والانتقال، فيكون كلا القولين متنافيين فيما بينهما، فالقول الأول يلحق العقد بالمعاطاة فيترتب عليه التملك وعدم الضمان، بينما القول الثالث يلحقه بالعقود الفاسدة، فيترتب عليه الضمان وعدم التملك.

حاول بعض الفقهاء الجمع بين هذين القولين بما يرفع التنافي الحاصل بينهما من خلال إرجاع كلا القولين إلى موضوعين مختلفين لا علاقة لأحدهما بالآخر، ومن هؤلاء الفقهاء على ما ذكره الشيخ الأعظم هو السيد الفقيه العاملي قدس سره، حيث قال في مفتاح الكرامة في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد بعد نقله لكلمات جملة من الأصحاب: «وموضوع المسألة ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة.. فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن؛ لترتبها على زعم الصحة، فكان التصرف حينئذ تصرفاً بغير إذنٍ وأكل مالٍ بالباطل؛ لانحصار وجه الحل في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراض أو هبةً أو نحوه من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض، والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا البواقي؛ للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المتقدم كالعدم، فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمر

رضاهما فلا كلام في صحّة التصرّف ورجعت إلى المعاطاة، كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما التصرّف بأيّ نوع اتّفق سواء صحّت المعاملة أو فسدت، فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء<sup>(١)</sup>.

وتوضيح ما أفاده قدّس سرّه في الجمع ورفع التنافي: أنّ حصول التنافي بين أيّ أمرين يتوقّف على وحدة الموضوع فيهما، بحيث يكون مورد النفي والإثبات فيهما متّحداً، وإلا فلا مجال للتنافي، وفي ما نحن فيه يكون موضوع الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد كما أفاده الحليّان في القول الثالث هو تقيّد الإذن في التصرّف بصحّة المعاملة، بحيث يكون الرضا في صورة فساد المعاملة مفقوداً، أمّا الموضوع في جريان حكم المعاطاة كما أفاده المحقّق والشهيد الثانيان في القول الأوّل فهو صورة إطلاق الإذن لكلتا صورتَي صحّة المعاملة وفسادها، إمّا لأجل حدوث الإذن والرضا بالتصرّف بعد علمهما بالفساد، بحيث يكون جواز التصرّف مستنداً إلى الرضا الحادث المستمرّ إلى زمان القبض، وإمّا لأجل كون الإنشاء من أوّل الأمر على نحو تعدّد المطلوب، وعليه فموضوع الحكم في أحد القولين مختلف عن موضوع الحكم في القول الآخر، ولم يظهر من المحقّق والعلامة الحليّين القائلين بضمان المقبوض بالعقد الفاسد أنّهما يذهبان إلى الضمان في صورة بقاء الإذن بالتصرّف إلى زمان القبض وعدم جريان حكم المعاطاة فيها حتّى يكون رأيهما منافياً لرأي المحقّق والشهيد الثانيين.

بعبارة أخرى: إنّ مورد النفي في القول الثالث هو العلم بعدم رضا المالك بالتصرّف على تقدير بطلان العقد، بينما مورد الإثبات في القول الأوّل هو العلم برضا المالك بالتصرّف حتّى على تقدير العلم ببطلان العقد، وعليه فلا تنافي بين القول النافي والقول المثبت.

(١) مفتاح الكرامة، السيّد محمّد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥٣٩.

وباختصار: إنَّ القائلين بالوجه الثالث إنَّما كانوا يشيرون إلى الصورة الأولى المتقدِّمة في المطلب الأوَّل من هذا البحث وهي ما إذا حصل القبض والإقباض من قبل المتعاقدين بعنوان الوفاء بالعقد الفاسد، بحيث لولا هذا العنوان لم يتحقَّق منها الرضا، وذكرنا أنَّ هذه المسألة خارجة عن محلِّ النزاع، إذ لا إشكال في كون العقد فيها باطلاً والقبض والإقباض المترتِّبين عليه بعنوان الوفاء ليس لهما أيُّ أثر، وهما موجبان للضمان، أمَّا القائلون بالوجه الأوَّل فكلّاهم إنَّما هو في الصورة الثالثة، وهي ما إذا كان القبض والإقباض من المتعاقدين حاصلاً على وجه لا ينحصر رضاهما به بتحقيق عنوان المعاملة المنشأة، بل يكون الرضا حاصلاً مع علمهما بفساد العقد، أو على تقدير أنَّهما لو علما به لرضيا، وعليه يكون الموضوع في كلا القولين مختلفاً، فلا تنافي.

والحاصل أنَّ كلا القولين الأوَّل والثالث يمكن جمعهما في هذه العبارة: إنَّ كان رضا المالك بالتصرُّف منوطاً بالعقد فلا أثر له، وإنَّ لم يكن منوطاً به كان مؤثراً وله حكم المعاطاة.

قال الشيخ الأراكي قدس سرّه في توضيح جمع السيّد العاملي: «وربَّما يجمع بين مقالة المشهور من جعل تلك الشروط شروطاً للصحة وجعل المقبوض بفاقدتها مقبوضاً بالعقد الفاسد، وبين كلامي المحقِّق والشهيد الثانيين، القائلين بكون الصيغة الفاقدة معاطاة، بأنَّه قد لا يكون للمتبايعين بالصيغة الفاقدة رضا آخر غير الرضا الحاصل في ضمن التمليك، والتقابض الواقع بينهما بعد العقد يكون مبنياً على زعم صحّة المعاملة، بحيث لو تنبَّها على بطلان العقد لم يتقابضا، وقد يكون لهما رضا آخر علاوة على الرضا في ضمن البيع، كأن يكون مقصودهما الأصلي إباحة تصرُّف كلٍّ في مال الآخر فتوسّلاً إليه بالبيع، بحيث لو تبَيَّن لهما الفساد لم يمتنع من التقابض، فيحمل مقالة المشهور على الصورة الأولى،



وكلاهما على الصورة الثانية»<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث: إشكال الشيخ الأنصاري على الجمع المذكور

اعترض الشيخ الأعظم على ما أفاده السيّد العاملي من الجمع ورفع التنافي بين القولين الأوّل والثالث بأمور:

الأمر الأوّل: إنّ ما ذكره السيّد العاملي قدّس سرّه من تحقّق المعاطاة بالتراضي الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقيده بصحّة المعاملة، وذلك بقوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل لأمر بإباحتهما التصرّف بأيّ وجه اتّفق» يرد عليه: أنّ التراضي الحاصل بين المتعاقدين حين إنشاء المعاملة ليس تراضياً مطلقاً وإنّما هو مقيّد بالتملك، ومن الواضح أنّ المقيّد ينتفي بانتفاء قيده، فبانتفاء التملك ينتفي التراضي.

لا يقال: إنّنا نسلم أنّ الإذن الحاصل حين إنشاء العقد ينتفي بفساد العقد وانتفاء التملك، إلّا أنّ الإذن بعد التملك الإنشائي الفاسد موجود، فيكون التصرّف لأجله جائزاً لا إشكال فيه.

إذ يجاب عنه: أنّ هذا الإذن المدّعى لا يخلو إمّا أن يكون إذناً إنشائياً آخر حاصلاً بالتقابض بقصد المعاطاة، فحينئذ يكون خارجاً عن محلّ الكلام، والذي هو بقاء الإذن الحاصل بالعقد الفاسد للشرائط، ومندرجاً في تحقّق إنشاء جديد بعد إنشاء العقد بالصيغة الملحونة، أو يكون هذا الإذن هو نفسه الإذن الحاصل بالإنشاء الملحون المفروض فساد، فيكون الإذن منتفياً حتماً.

الأمر الثاني: إنّ ما ذكره السيّد العاملي من تحقّق المعاطاة بالتراضي الجديد<sup>(٢)</sup> الحاصل بعد العقد والعلم بالفساد، وذلك بقوله: «فإن تراضيا بالعوضين بعد

(١) كتاب البيع، الشيخ محمّد علي الأراكي، ج ١ ص ١٢٤.

(٢) لم يذكر السيّد العاملي قدّس سرّه في عبارته حصول تراضٍ جديد، إلّا أنّه المستفاد منها.

العلم بالفساد، واستمرّ رضاهما، فلا كلام في صحّة المعاملة ورجعت إلى المعاطاة»  
يرد عليه: أنّ عبارتي المحقّق والشهيد الثانيين تبيان الحمل على حصول تراض  
جديد بعد العلم بالفساد، ووقوع معاطاة جديدة بالتقايض بعد العقد الفاسد،  
وذلك لظهورهما في أنّ المعاوضة والمرضاة إنّما تحصل بنفس الصيغة الفاقدة  
للشرائط كما هو مصبّ كلام المحقّق الكركي قدّس سرّه، وب نفس الإشارة  
المفهمة كما هو مصبّ كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه، لا بالتقايض الحاصل  
بعدهما، وعليه فالرضا بالتصرّف مقيّد بنفس العقد الفاسد وب نفس الإشارة  
المفهمة بقصد البيع، بحيث لو لا تحقّق البيع لم يكن رضا أصلاً، ومنه يعلم فساد  
ما ذكره السيّد العاملي من تحقّق المعاطاة بتراضٍ جديدٍ مستقلٍّ أجنبيٍّ عن صحّة  
العقد، لكونه خلاف ظاهر كلام المحقّق والشهيد الثانيين.

**الأمر الثالث:** لو سلّمنا أنّ جواز التصرّف في العوضين مستند إلى التراضي  
الجديد الحاصل بعد العقد الفاسد، لكنّه حينئذ يكون مخصوصاً بما إذا علم  
المتعاقدان فساد العقد، وعدم ترتّب الأثر من النقل والانتقال عليه، حتّى يأذن  
كلّ منهما للآخر بالتصرّف فيما يأخذه بإذنٍ وتراضٍ جديدٍ، وأمّا مع عدم علمهما  
بالفساد أو علما به لكنّهما لم يرضيا بالتصرّف فلا مجال حينئذ لما أفاده السيّد العاملي  
قدّس سرّه من التوجيه، إذ لا معنى للرضا الجديد في هاتين الصورتين، مع أنّ  
كلام المحقّق والشهيد الثانيين مطلق يعمّ جميع الصور، أي: سواء علم المتعاقدان  
بفساد ذلك الإنشاء الفاسد للشرائط أم لم يعلما به، وسواء رضيا بالتصرّف بعد  
العلم بالفساد أم لم يرضيا به، فيكون ما ذكر من التوجيه والجمع أخصّ من مورد  
كلام المحقّق والشهيد، فلا يصلح جمع السيّد العاملي لرفع المنافاة، لأنّه لا يكون  
مصحّحاً إلّا في صورة العلم بالفساد دون غيرها من الصور.

وبعبارة أخرى: إنّ قول السيّد العاملي: «فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم

بالفساد» هو توجيه للصحة في صورة واحدة فقط، وهي العلم بالفساد وكفاية الرضا الحادث بعد العقد لا في جميع الصور، وعليه فالمناسب حينئذ أن يفصل في إطلاق فتوى الأصحاب، لا أن يدعى التوجيه على جميع الصور.

الأمر الرابع: إن التراضي الجديد الحادث بعد إنشاء العقد بالصيغة الملحونة وبعد العلم بالفساد، والذي ادّعاه السيّد العاملي قدّس سرّه في جمعه بين القولين، غير صالح على تقدير، وغير متحقق على تقدير آخر.

توضيح ذلك: إن هذا التراضي لا يخلو إمّا أن لا يكون على وجه المعاطاة، وإمّا أن يكون على وجهها:

فإن لم يكن على وجه المعاطاة، بحيث لم يحصل تقابض آخر في البين، وإنما رضي كلّ من المتعاقدين بتصرف الآخر في ماله، فيرد عليه: أنّه على فرض حدوثه يكون إباحة مجانية بلا عوض، تبقى ما دام العلم بالرضا، فإذا انتفى العلم بالرضا انتفت الإباحة، ولا يكفي في الرضا بالتصرف عدم العلم بالرجوع عن الإذن، لأنّ هذا الإذن والإباحة المجانية هو كالإذن الحاصل من شاهد الحال والقرينة الحالية، فكما أنّ ذاك لا يفيد في حال الشك وعدم العلم، كما إذا كان زيد صديقاً لخالد وعلم من شاهد الحال رضاه بأن يدخل منزله، ثم حصل بينهما مشاجرة فشكّ في رضاه بعدها، فحينئذ لا يكفي الإذن المستفاد من شاهد الحال قبل حصول المشاجرة، بل لابدّ من إحرازه، فهنا أيضاً كذلك، فإنّ التراضي الموجود حال العلم بالرضا ينتفي بمجرد حصول الشكّ في الرجوع عن الإذن، ولا مجال للاستصحاب، لتعدّد الموضوع، إذ إنّ كلّ فرد من أفراد التصرف موضوع مستقلّ، واستصحاب الإذن في الفرد المشكوك فيه تعدية للحكم من موضوع إلى موضوع آخر، ومن الواضح أنّ هذا أجنبيّ عن الاستصحاب ومندرج في القياس الممنوع.

وبعبارة أخرى: «إنّ الموضوع في حرمة التصرفات متعدّد وكلّ تصرف من التصرفات الطولية الواقعة في ملك الغير محكوم بالحرمة شرعاً على سبيل

الانحلال، فإذا أحرزنا رضاه بتصرّف في زمان فترتفع الحرمة عنه لا محالة ويحكم بالجواز في خصوص ذلك التصرّف، فإذا أردنا بعده تصرّفاً آخر فلا بدّ من إحراز الرضا فيه أيضاً، فإن أحرزناه بوجه فهو وإلا فنحكم بحرّمته، ولا يكفي رضاه بالتصرّف السابق في جواز هذا الفرد الآخر من التصرّف إلا إذا كان الرضا السابق رضا بالتصرّفات المتأخّرة أيضاً<sup>(١)</sup>.

وهذه الإباحة المجانيّة الحاصلة في المقام لا يترتّب عليها إلا جواز التصرّف المستند إلى طيب النفس، دون آثار المعاطاة من اللزوم بتلف إحدى العينين وجواز التصرّف في المأخوذ إلى حين العلم بالرجوع عن الإذن حيث يزول طيب النفس، وعليه فالتراضي الحادث الذي أفاده السيّد العاملي غير صالح للجمع.

والحاصل: أنّ الإباحة المجانيّة الحاصلة من الرضا لا على وجه المعاطاة هي غير المعاطاة المصطلحة المعروفة بين الفقهاء، إذ هي إباحة مالكيّة تدور مدار رضا المالك في كلّ فرد من أفراد التصرّف، بينما الإباحة الثابتة في مورد المعاملة المعاطائيّة التي يقصد بها المتعاقدان التملك وتترتّب عليها الآثار فهي إباحة شرعيّة، وبما أنّ محلّ الكلام في المقام إنّما هو المعاطاة المصطلحة، لذا يكون التراضي الحادث لا على وجه المعاطاة خارجاً عن موضوع البحث.

وإن كان التراضي على وجه يصدق عليه عنوان المعاطاة بحيث يكون المقصود فيه إنشاء التملك لتندرج في المعاطاة المصطلحة، فيرد عليه: أنّه ليس في المقام تراضي جديد، إذ المعاطاة المعهودة هي التي قصد بها التملك، كما تقدّم عن المشهور وخصوصاً<sup>(٢)</sup> المحقّق الكركي قدّس سرّه بقوله: «المعروف بين الأصحاب

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٨٠.

(٢) وجه الخصوصية صراحة كلام المحقّق الثاني في كون المقصود من المعاطاة التملك.

أنّ المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في اللزوم<sup>(١)</sup>، ومن الواضح عدم حصول تراضي جديد على التملك بعد العلم بفساد العقد، وإنّما التراضي الموجود فعلاً هو التراضي الذي كان على التملك حين إنشاء العقد الفاسد، وعليه فلا يجوز حمل كلام المحقّق الكركي قدّس سرّه المتقدّم عن صيغ العقود بدخول الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي في المعاطاة على التراضي الجديد الحادث بعد العقد لا على وجه المعاوضة والمعاطاة بقصد التملك والتملّك، بل على وجه الإباحة وبقصدها، وذلك لأنّ المعاطاة عنده هي ما قصد بها التملك وكانت على وجه المعاوضة، فالتراضي الجديد على إباحة التصرف بعد العقد لا يوجب الاندراج في المعاطاة، وإنّما تكون هذه الإباحة أجنبيّة عن البيع بكلا قسميه اللفظي والفعلي، فلا بدّ أن يكون مقصوده من التراضي بعد العقد هو عين التراضي السابق لا أنّه تراضي آخر غيره، وبما أنّ السابق غير مؤثّر فاللاحق أيضاً كذلك.

نعم، بناءً على كون المقصود بالمعاطاة الإباحة لا بدّ حينئذ من إيجاد تراضي جديد على إباحة التصرف، لأنّ التراضي السابق كان على التملك لا الإباحة، لكنّك عرفت عدم تماميّة هذا المبنى، وعليه فما ذكره السيّد العاملي من الجمع غير تامّ، ويبقى التنافي بين القولين على حاله.

هذا وأوضح الشيخ الأراكي قدّس سرّه عدم تماميّة جمع السيّد العاملي بين القولين بما لفظه: إنّ «هذا الجمع لا يستقيم، لأنّه لو أريد بالرضا الزائد إنشاء تملك ثانويّ بعد العقد في ضمن التقابض، فهذا لا يصدر ممّن يعلم بصحّة المعاملة، فإنّه تحصيل الحاصل باعتقاده، نعم يصدر ممّن تبين له فساد العقد أو أراد الاحتياط للشكّ في الصحّة، لكنّ المعاطاة حينئذ إنّما تحصل بالتقابض لا بالصيغة، وإن أريد أن يكون المعلوم من حالهما رضا كلّ منهما بتصرف صاحبه في

(١) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

ماله مجّاناً ولو على تقدير عدم حصول المعاملة أو فسادها، فهذا الرضا مضافاً إلى أنّه ليس فعلياً - بل تقديري، إذ المفروض زعم كلّ واحد ما له حقّاً لصاحبه بعد العقد، وفعلية هذا الرضا يتوقّف على زعم مالّة المال لنفسه - لا يترتب عليه آثار المعاطاة من اللزوم بالملزمات ونحوه، بل حاله حال الرضا بالتصرّف المستكشف بشاهد الحال، وإن أريد رضا كلّ واحد بتصرّف الآخر في ماله بإزاء إباحة الآخر فلا شكّ أنّ هذا أيضاً ليس فعلياً، بل حاصل على تقدير فساد المعاملة»<sup>(١)</sup>.

ثمّ أضاف قدّس سرّه: «سلمنا أنّ المعاطاة تحصل بالرضا التقديري أيضاً، لكن من أين علم من حال المتعاقدين إقدامهما على هذه الإباحة المعوّضة على تقدير فساد المعاملة؟ فلعلّهما يوقعان البيع ثانياً على الوجه الصحيح»<sup>(٢)</sup>.

والحاصل: أنّ إنشاء العقد أمر بسيط وليس بمركب، والإقباض فيه يدلّ على الرضا بالتصرّف، فإن كان هذا الرضا متعلّقاً بفعل نفسه حيث أوصل المال المستحقّ للغير إلى صاحبه فهو باطل بلا شكّ، وإن كان الإقباض حصل بقصد التمليك فهذا معاطاة خارجيّة صحيحة لا يضرّ اقترانها بالعقد الفاسد، وإن كان الإقباض بقصد الإباحة في قبال الإباحة فهذا ليس من المعاطاة في شيء كما بحث في التنبيه الرابع، وإن كان رضا بالتصرّف بحسب شاهد الحال بحيث يكون المترتب عليها آثار الإباحة المجانيّة فهذا أيضاً لا ربط له بالمعاطاة»<sup>(٣)</sup>.

هذا تمام ما أفاده الشيخ الأعظم على ما ذكره السيّد العاملي في مفتاح الكرامة من الجمع بين القول بإلحاق العقد المنشأ بالصيغة الملحونة بالمعاطاة كما اختاره المحقّق والشهيد الثانيان، والقول بأنّه عقد فاسد لا يترتب عليه أثر مع لزوم

(١) كتاب البيع، الشيخ محمّد علي الأراكي، ج ١ ص ١٢٤-١٢٥.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ١٢٥.

(٣) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٩٣.

الضمان كما اختاره المحقق والعلامة الحلّيان، وهو ما يمكن تلخيصه بالنقاط الثلاث التالية:

أولاً: أنّ ما ذكره الجامع من حصول المعاطاة بالتراضي الجديد المتحقّق بعد العلم بفساد العقد المنشأ، المفروض أنّه ليس إلّا تراضياً في ضمن إنشاء التمليك بالصيغة الفاسدة، وهو مقيّد لا يبقى مع فرض العلم بالفساد. ثانياً: أنّ لازم ما ذكره اختصاص الحكم بصورة العلم بالفساد، مع أنّ كلامهم مطلق.

ثالثاً: لو فرضنا حصول تراضٍ جديدٍ بعد العقد والعلم بالفساد فهو ممّا لا دخل له بالمعاطاة، لأنّه كالإذن في التصرّف بشاهد الحال، هذا إن لم يحصل إنشاء المعاملة ثانياً بالتراضي الجديد على وجه بالمعاطاة وإلاّ خرج عن محلّ الكلام، لأنّ المفروض أنّه ليس إلّا التراضي السابق<sup>(١)</sup>.

### جمع بين القولين للسيد اليزدي

ذكر السيد اليزدي قدّس سرّه في مقام التوفيق بين كلام المحقق والشهيد الثانيين من جريان حكم المعاطاة على الإنشاء اللفظي غير الجامع للشرائط، وكلام المحقق والعلامة الحلّيين ومشهور الفقهاء من عدم جواز التصرّف بالمقبوض بالعقد الفاسد وضمانه، ما حاصله: أنّ الحقّ في مسألة إنشاء البيع بالصيغة اللفظيّة الفاقدة لبعض الشرائط أنّه إذا كان غرض المتعاقدين هو إنشاء البيع الصحيح اللازم - والذي لأجله اختارا إنشاء بالصيغة، مع علمهما بأنّ ما

(١) وصف المحقق العراقي جمع السيّد العاملي بأنّه في غاية المتانة ونهاية الاستقامة، وما أفاده الشيخ الأنصاري من إشكال عليه غير تامّ، لأنّ المعاطاة عند هذا السيّد الجامع هو التقابض من دون قصد الإنشاء. (راجع: حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٥٩-١٦٠).

كان فاقداً للصيغة أو لشرائط صحتها - فهو ليس كذلك، بل يكون ملحقاً بالبيع الفاسد، وحكم المقبوض به حكم المقبوض بالبيع الفاسد من غير هذه الجهة، بل من جهة فقد شروط العوضين أو المتعاقدين، وذلك بسبب تقيّد قصدهما ورضاهما بحسب الفرض بقصد غير حاصل.

وإن كان غرض المتعاقدين هو إنشاء البيع والتمليك مطلقاً من دون نظر إلى اللزوم وعدمه كما هو الحال في المعاطاة، فيكون حكم هذا البيع حكم المعاطاة في إفادة الملك الجائر - على المختار - مع تحقّق الإجماع على اعتبار الصيغة الصحيحة في اللزوم، وإفادة الملك اللازم مع عدم تحقّق هذا الإجماع، وأمّا على القول بالإباحة فلا، لعدم وجود سيرة مصحّحة في المقام.

وحيث لا فرق بين الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط وسائر الأفعال غير المعاطاة إلّا من جهة أنّ الغالب مع الإنشاء بالصيغة تقيّد القصد والرضا بحصول البيع اللازم، بخلاف سائر الأفعال، وإلّا فلو فرض تقيّدتهما مع الإنشاء بسائر الأفعال أيضاً فلا بدّ حينها من التفصيل فيهما كذلك.

ثمّ ذكر قدس سرّه أنّ هذا الذي ذكر هو الأولى في الجمع بين كلامي المحقّق والشهيد الثانيين ومقالة المشهور في حكم المسألة محلّ البحث، حيث يحمل كلامهما على صورة إنشاء التملك المطلق من دون التقيّد بالصحة واللزوم، وحمل كلامهم على صورة التقيّد<sup>(١)</sup>.

وبعبارة أخرى: إنّ مقصود المتعاقدين بالصيغة الفاقدة للشرائط تارة يكون إنشاء خصوص الملكية اللازمة، ولهذا اختاروا أن يعقدا البيع بالصيغة اللفظية، كما هو الغالب في البيوع الخطيرة الواقعة بالصيغة، وتارة أخرى يكون مقصودهما إحداث مطلق التملك، سواء كان لازماً أم جائزاً، بحيث لا يباين أن يحصل

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤٠٦.



الرجوع فيه أم لا، فعلى الأول يكون العقد الفاقد للشرائط فاسداً، ويكون المقبوض به مقبوضاً بالعقد الفاسد المستلزم للضمان، وعلى الثاني يكون حكمه حكم المعاطاة في إفادة الملك، والأولى حمل كلام المشهور ومنهم المحقق والعلامة الحليّان على الصورة الأولى، وحمل كلام المحقق والشهيد الثانيين على الصورة الثانية.

ثمّ أضاف قدّس سرّه: أنّ الأولى بالسيد العاملي الجامع بين القولين أن يحمل كلام المحقق والشهيد الثانيين على التصوير الذي ذكرناه، لا على ما أفاده بقوله: «فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم...»، وما قد يقال من أنّ السيد العاملي لعلّه فهم من قول المحقق الكركي قدّس سرّه: «وعلم التراضي منهما كان معاطاة» حصول تراضي جديدٍ حادثٍ بعد العقد، غير تامّ؛ لما عرفت من أنّ مراده ما هو حاصل حين العقد لا بعده، لذا لا داعي لحمل كلام المحقق على هذا الوجه البعيد وغير السديد<sup>(١)</sup>.

وأجاب الشيخ الأراكي قدّس سرّه بأنّ هذا الجمع من السيد اليزدي قدّس سرّه غير تامّ، لأنّه إن لم يجعل تلك الشروط شروطاً للصحة فلا كلام، إلّا أنّ المفروض تسليم ذلك، فلذا ما ذكره السيد من أنّه يحصل بالصيغة الفاقدة للشرائط المعاطاة والملكيّة الجائزة لا يخلو من تهافت<sup>(٢)</sup>.

### جمع آخر للمحقق الآخوند

ذكر الآخوند الخراساني قدّس سرّه في مقام الجمع بين القولين المتنافيين بحسب الظاهر ما خلاصته: أنّ العقد المنشأ بالصيغة الملحونة فاسد من حيثية وصحيح من حيثية أخرى، فهو فاسد من حيثية كونه عقداً، وثبوت الضمان إنّما هو من باب الاقتضاء، أي: بمقتضى فساده بما هو عقد، وصحيح من حيثية كونه

(١) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ٤٠٧-٤٠٨.

(٢) راجع: كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ١٢٦.

معاطاة، وعدم الضمان إنّما هو لأجل هذه الحيثية، ومن الواضح عدم التنافي بين هاتين الحيثيتين، وبذلك يجمع بين القولين، فإنّ القول الأوّل ناظر إلى الحيثية المعاطاتية للعقد، والقول الثالث ناظر إلى الحيثية العقدية له.

قال قدّس سرّه: «يمكن أن يقال: إنّ الصيغة المفروضة وإن لم تتضمن إلّا إنشاءً واحداً والمفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلّا أنّ الصحة والفساد لما كان من الأمور الإضافية - كما أشرنا إليه في بعض الحواشي السابقة - كان فساد الصيغة المنشأ بها التملك بما هي عقد البيع، ولا يترتب عليها شيء ممّا يكون آثار العقد، من اللزوم وغيره، لا ينافي كونها معاطاة وداخلية في المسألة التي تكون معركة للأراء، وصحيحة بما هو بيع عند بعض وإباحة عند آخر، إلى غير ذلك من الأقوال فيها، والحكم بضمن المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزّل على أنّه حكم اقتضائي لا فعلي، بمعنى أنّ قضية فسادها بما هو عقد، ذلك لو لم يجرى في البين الحكم بصحته بوجه آخر، أي: بما هو بيع بغير العقد، وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في المقامين، فتفظّن»<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه:

أولاً: إنّ ما ذكره قدّس سرّه في غاية البعد، لأنّ كلام القوم وحكمهم بالفساد مطلق وليس حيثياً، كما أنّ قولهم بالضمان إنّما هو بالفعل لا بمجرد الاقتضاء<sup>(٢)</sup>.  
ثانياً: إنّ ما ذكره (من كون الحكم بضمن المقبوض بالعقد الفاسد اقتضائياً فلا ينافي صحته بما هو معاطاة) لا يخفى ما فيه، وذلك لأنّ هذا العنوان الطارئ يكون موجوداً دائماً في المقبوض بالعقد الفاسد، خاصة لو قلنا بأنّ العقد الفاسد حكمه المعاطاة وإن لم يتحقّق معه قبض من الأساس، وعليه فترتيب

(١) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٥٢.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٩٤.

الأعلام الآثار عليه لا يبقى له موضوع أصلاً<sup>(١)</sup>.

وبعبارة أخرى: إنَّ حمل الضمان على الحكم الاقتضائي وإن كان حسناً في نفسه، إلاَّ أنَّه إنَّما يصحَّ فيما إذا صار الحكم فعلياً ولو في بعض الأزمنة، نظير الأحكام الأوَّليَّة كوجوب الوضوء عند طروء عنوان ثانوي كالضرر، فإنَّ الجمع بين الحكمين الأوَّلي والثانوي بحمل الأوَّلي على الاقتضائي، والثانوي على الفعلي في غاية المتانة ولا غبار عليه، وهذا بخلاف المقام، إذ إنَّ جعل حرمة التصرف وثبوت الضمان فيه على نحو الاقتضاء لغو؛ لعدم فعليتهما أصلاً، لأنَّ عنوان المعاطاة موجود دائماً في المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يصير شيء من الضمان والحرمة في المقبوض بالعقد الفاسد في شيء من الأزمنة فعلياً، وإنَّما يبقيان على الاقتضاء دائماً<sup>(٢)</sup>.

### جمع آخر للسيد الميلاني

أفاد السيد الميلاني قدس سره أنَّ التملك هو أمرٌ إرادي للعاقِد، إلاَّ أنَّه يؤثّر إذا أنشأه، وعليه فإنَّ قلنا أنَّ المعاطاة يكفي في تحقُّقها إعطاء كلِّ من المتعاقدين ماله إلى الآخر، فإنَّ العقد المنشأ بالصيغة الفاقدة للشرائط وإن كان فاسداً من حيث التأثير، إلاَّ أنَّه يكفي لأن يكون مبرزاً للإرادة النفسانيَّة للتمليك، فحينئذ يكون تحقُّق الإنشاء والإبراز لما في الضمير وحصول التعاطي في الخارج تحقُّقاً للمعاطاة، ويكون الواقع هو معاطاة حقيقة لا بحكم المعاطاة، وهذا هو مقصود المحقِّق والشهيد الثانيين.

بعبارة أخرى: لا يشترط في المعاطاة أن يكون الفعل آلة للإنشاء، بل يكفي فيها أن تكون واجدة لأمرين: التعاطي والإنشاء، والمفروض أنَّ كلا هذين الأمرين متحقَّقان في هذه الصورة، فتكون المعاطاة متحقَّقة.

(١) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٢٨.

(٢) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ٢٩١.

والحاصل: أنَّ العقد المنشأ بالصيغة يكون صحيحاً إن كان جامعاً للشرائط وإن لم يكن فيه إيصال، وفاسداً إن كان فاقداً للشرائط ولم يحصل التعاطي بعد الإنشاء، أو كان الوصول قهرياً، وأمّا مع تحقق الإيصال بعده، فالمعاطاة متحققة، وبه يتم الجمع بين القولين<sup>(١)</sup>.

### جمع آخر لصاحب الدرر النجفية

ذكر الفاضل القائني قدس سره في درره النجفية جمعاً بين القولين حاصله: أنَّ أمر الشرائط مختلف، حيث إن بعضها يكون دخیلاً في اللزوم، وبعضها الآخر يكون دخیلاً في الصحة، فإن فهمنا من اتفاق أو غيره كون العربية مثلاً شرطاً في الصحة، فالعقد المنشأ لجامع لجميع الشرائط عدا هذا الشرط - أي: العربية - محكوم بحكم البيع الفاسد، وأمّا إن فهمنا من ذلك الاتفاق أو غيره أنَّ العربية شرط في اللزوم لا الصحة، كانت المعاملة في الفرض المذكور محكومة بالصحة وشمولة لـ ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، وبهذا يجمع بين قولهم أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملك وكان مضموناً عليه، وبين ما يظهر من كلام غير واحد تبعاً للمحقق والشهيد الثانيين من أنه لو أخلاً بالشروط المعتبرة في الصيغة وأوقعا البيع خالياً عنها وعلم التراضي منهما كان معاطاة، وذلك بحمل الأول على الإخلال بالشرط الذي يكون دخیلاً في الصحة، وحمل الثاني على الإخلال بالشرط الذي يكون دخیلاً في اللزوم<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الرابع: تحقيق الشيخ الأنصاري في المسألة

أفاد الشيخ الأعظم في تحقيقه للمسألة وبيان مختاره فيها: أنَّ القبض والإقباض

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٩٤. وسيأتي في آخر المبحث حين استعراض آراء بعض الأعلام في المسألة أنَّ السيد الميلاني يرى عدم الحاجة إلى الجمع بين القولين؛ لعدم صحة القول بفساد العقد الفاقد لبعض الشرائط.

(٢) راجع: الدرر النجفية (كتاب المتاجر)، الشيخ الفاضل القائني النجفي، ج ١ ص ١٢٤.

الحاصل بالعقد المنشأ بالصيغة الفاقدة للشرائط يمكن أن يقع ثبوتاً على صور:  
**الصورة الأولى:** أن يقع على وجه القهر والإجبار على العمل بمقتضى العقد،  
 حيث يجبر أحد المتعاقدين أو كلاهما على التقابض من باب كونه مصداق الوفاء  
 بالعقد، فيكون الإجبار في الحقيقة راجعاً إلى الإجبار على الوفاء بالعقد.

**الصورة الثانية:** أن يقع التقابض بين المتعاقدين على وجه الرضا الناشئ عن  
 بناء كل منهما على ملكية الآخر، إما اعتقاداً بصحة العقد المنشأ مع الجهل بحقيقة  
 الأمر من فساد العقد واقعاً، فيكون الآخر مالكا لما أخذه كما تقتضيه هذه الصحة،  
 أو تشريعاً بالبناء على صحة العقد مع العلم بفساده، أو مع عدم العلم بصحته،  
 نظير بيع الغاصب، فباختبار أنه يرى نفسه غاصباً فهو لا يعتقد كون الطرف الآخر  
 مالكا لما أخذه شرعاً، لكنه يبنى على ملكيته للثمن ومالكية الطرف الآخر للثمن  
 المغصوب تشريعاً، أي: من باب إدخال ما ليس من الدين فيه.

**الصورة الثالثة:** أن يقع التقابض بقصد إنشاء معاملة معاطية مستقلة لا  
 على سبيل الوفاء بالعقد السابق الذي هو أثر له بعد الإعراض عنه.

**الصورة الرابعة:** أن يقع الرضا بالتصرف بعد العقد مقارناً لاعتقاد الملكية  
 الحاصلة، لا على نحو التقييد بها من حيث الاستحقاق كما في الصورة الثانية أو  
 الإنشاء كما في الصورة الثالثة، حتى يكون الرضا منتفياً بانتفائها، بحيث لولا  
 هذه الملكية كان الرضا موجوداً أيضاً، إذ المقصود الأصلي للمتعاقد من  
 المعاملة إنما هو جواز تصرف كل واحد منهما في مال الآخر، وأما إنشاء العقد  
 الفاسد فمن باب كونه وسيلة للوصول إلى المقصود من جواز التصرف، بحيث  
 لو سئل كل منهما: هل أنت راضٍ على تصرف صاحبك في مالك على تقدير عدم  
 صحة العقد؟ أو نبهته بفساد العقد وعدم حصول التمليك، لكان جوابه: «نعم  
 أنا راضٍ بالتصرف».

وأما حكم هذه الصور:

**فالصورة الأولى:** لا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض بالعقد فيها، لعدم وجود مجوز للتصرف في مال الغير في هذه الصورة، لأن المجوز إما أن يكون العقد الصحيح والمفروض فساده، وإما أن يكون هو طيب نفس المالك، والمفروض عدمه، فلا محالة يكون تصرف كل من المتعاقدين في مال الآخر حراماً وموجباً للضمان.

**وأما الصورة الثانية:** فلا إشكال أيضاً في حرمة التصرف في المقبوض، ويكون التقابض موجباً للضمان؛ لعدم حصول سبب لجواز التصرف وحصول الملكية، لأن حيثية كون القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة في الرضا، ينتفي بانتفائها في الواقع.

بعبارة أخرى: إن الموضوع لجواز التصرف ليس هو مطلق الرضا، وإنما الرضا المقيّد بكون القابض مالكاً لما قبضه، وحيثية كون القابض مالكاً للمقبوض حيثية تقييدية مأخوذة شرعاً كجزء من الموضوع بحيث يكون الموضوع مركباً من الرضا وكونه مقيّداً بكون القابض مالكاً، ومع فساد العقد تنتفي حيثية كون القابض مالكاً لما قبضه، ومع انتفاء هذه الحيثية ينتفي الرضا بالتصرف، إذ المركب ينتفي بانتفاء قيده وجزئه.

فعلى سبيل المثال: إذا باع زيد لعمرو كتاباً بدينار، فإن كان يبيعه صحيحاً وأقبض عمرو الكتاب كان رضا زيد بالقبض من جهة كون عمرو القابض مالكاً للكتاب، وأما إن كان يبيعه باطلاً فالمشتري وهو عمرو القابض للكتاب يعلم بعدم كونه مالكاً للمبيع، فتكون حرمة تصرفه فيه من جهة انتفاء الملكية والاستحقاق.

وهذا الحكم ثابت في كل قبض وقع على وجه بناء كل من الطرفين على ملكية الآخذ لما يأخذه على نحو الحيثية التقييدية لا التعليلية، نظير ما لو اعتقد زيد أنه مديون لخالد بدينار، فأعطى الدينار إلى خالد لأداء دينه، فيكون هذا الإعطاء رضاً منه بتسليم خالد الدينار وتصرفه فيه تصرف المالك له، فإذا علم

خالد بأن زيداً ليس مديناً له ولا يستحق شيئاً عليه، فحينئذ لا يجوز لخالد أن يتصرف في الدينار بمجرد رضا زيد بإقباضه إيّاه، لأنّ رضا زيد بالتصرف في ماله ليس على إطلاقه، وإنّما هو مقيّد بكون خالد مالكاً له، ومع عدم ملكيّته له في الواقع ينتفي رضا زيد بالتصرف في ماله، فإنّ المقيّد ينتفي بانتفاء قيده، وهذه من القضايا التي تكون قياساتها معها.

**وأما الصورة الثالثة:** فلا إشكال في جواز التصرف في المقبوض فيها وعدم الضمان؛ لعدم الإشكال في صدق عنوان المعاطاة عليها، وذلك لوجود المقتضي وهو إنشاء المعاطاة بالتقابض، وفقدان المانع، إذ الإنشاء اللفظي الفاسد للعقد السابق لا يضرّ بصحة المعاطاة الحاصلة بعده.

**وأما الصورة الرابعة:** فإدخال هذا القسم وهو كون الرضا بالتصرف موجوداً وإن لم تحصل الملكية بالعقد اللفظي الفاسد السابق يتوقف على ثبوت أمرين:

**الأمر الأول:** كفاية الرضا المرتكز في قرار النفس وإن لم يكن ملتفتاً إليه، بل كفاية الرضا الشأني أيضاً، والذي هو أخفى من الرضا الارتكازي، إذ إنّ الرضا الارتكازي هو في الحقيقة موجود بالفعل في النفس، غاية الأمر أنّه ليس بملتفت إليه، بخلاف الشأني الذي لا حظّ له من الوجود الفعلي، وإنّما هو بحيث لو التفت إلى ذات الشيء المرضي لرضي به، فلو التفت المتعاقدان إلى كون العقد المنشأ باللفظ باطلاً لرضي كلّ واحد منهما بتصرف صاحبه في ماله، وهذا الرضا الاقتضائي إنّما هو في قبال الرضا الفعلي، الذي هو الرضا بالتصرف باعتقاد صحة العقد وكون الطرف الآخر مستحقاً ومالكاً.

والوجه في كفاية الرضا الشأني في دخوله في المعاطاة وعدم لزوم الرضا الارتكازي: أنّ الرضا بالتصرف الموجود بالوجود الفعلي مبني على اعتقاد كون المتصرف مالكاً لما أخذه، إذ البائع إنّما يرضى بتصرف المشتري باعتقاد أنّه المالك للمبيع، فلا ينفع حينها في الدخول في المعاطاة، بينما الرضا الشأني غير المقيّد

بملكية الطرف المقابل فهو ليس بموجود فعلاً في النفس، وإنما هو موجود شأنًا بحيث لو التفت صاحب المال إلى فساد العقد لرضي به.

وأفاد الشيخ الأعظم قدس سره أن بعض من قارب عصره قد صرح بكفاية الرضا المرتكز في النفس في الدخول في المعاطاة، والظاهر أن مقصوده هو الشيخ أسد الله التستري الكاظمي قدس سره صاحب المقابس<sup>(١)</sup>، كما ذكر أنه لا يبعد رجوع كلام السيد العاملي قدس سره المتقدم بقوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر..» عند جمعه بين قول المحقق والشهيد الثانيين والمحقق والعلامة الحلبيين إلى كفاية الرضا الارتكازي دون الفعلي.

ثم وجه قدس سره اكتفاء الشيخ التستري والسيد العاملي بالرضا الارتكازي بالاستناد إلى صدق طيب النفس على الرضا المرتكز في النفس ليشمله قوله صلى الله عليه وآله: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه»<sup>(٢)</sup>.

الأمر الثاني: أن إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض، بل وبمطلق الفعل، غير معتبر في المعاطاة، بل يكفي فيها وصول كل من العوضين إلى مالك العوض الآخر، وحصول الرضا بالتصرف قبل الوصول أو بعده على الوجه المتقدم من كون مطلق الرضا بالتصرف كافياً فيه بحيث تكون حيثية المالكية تعليلية لا تقييدية.

ذكر الشيخ الأعظم قدس سره أن هذا الأمر الثاني لا يخلو من إشكال، والوجه فيه: أنه من جهة يعتبر حصول التقابض في تحقق المعاطاة وعدم الاكتفاء بمجرد وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر، فإن محل النزاع بين العامة والخاصة في المعاطاة إنما هو العقد الفعلي، كما يدل عليه قول العلامة قدس سره في رد كفاية

(١) راجع: مقابس الأنوار ونفائس الأسرار في أحكام النبي المختار وآله الأطهار، الشيخ أسد الله الكاظمي، ص ١٢٧.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٧ ص ٢٧٣ (باب القتل)، وتقدم فيها سبق أن هذه الرواية - بهذا اللفظ - معتبرة لا إشكال في سندها.



التعاطي الفعلي في البيع: «وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد»<sup>(١)</sup> وكذا استدلال المحقق الكركي قدس سره على عدم لزومها بقوله: «وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد في الصراحة كالأقوال وإنما تدلّ بالقرائن، منعوا من لزوم العقد بها»<sup>(٢)</sup>، وكذا ما تقدّم من الشهيد الأوّل قدس سره في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنما يفيد الإباحة<sup>(٣)</sup>، إلى غير ذلك من العبارات التي يظهر منها أنّ محلّ الكلام في المعاطاة هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، أمّا الإنشاء المتحقّق بغير ذلك فهو خارج عن موضوع بحثهم في المعاطاة.

وكذا يظهر من بعض العامة أيضاً - كما تقدّم عند نقل عباراتهم في أوائل بحث المعاطاة -: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول والتعاطي، حيث ظاهر هذا الكلام حصول المعاطاة بالتقابض.

ومن جهة أخرى يكفي وصول أحد العوضين إلى الآخر والرضا بتصرّف الآخر فيه في صدق عنوان المعاطاة وعدم اعتبار الفعل في ماهيّتها، إذ إنّ عنوان التعاطي لم يرد في آية أو رواية حتّى يتبع ذلك الدليل بخصوصه، وإنّما ورد في كلمات الفقهاء للدلالة على مجرّد اعتبار الرضا في تحقّق المعاطاة دون اعتبار التقابض بالفعل في مفهومها، وعمدة الدليل على كون التعاطي لأجل الدلالة على الرضا هو السيرة، ولأجل ذلك فإنّهم تعدّوا من صورة التعاطي من الطرفين إلى صورة إنشاء المعاملة بالإعطاء من طرف واحد، فلو كان فعل التعاطي معتبراً في تحقّق المعاطاة للزم أن يكون الإعطاء من الطرفين حتّى يتحقّق الإيجاب والقبول الفعليّان، ودليلهم على

(١) تذكرة الفقهاء، العلامة الحليّ، ج ١٠ ص ٧.

(٢) جامع المقاصد، المحقق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٣) قال قدس سره في الفائدة (٤٧): «قد يقوم السبب الفعلي غير المنصوب ابتداءً مقام الفعلي المنصوب ابتداءً.. أمّا المعاطاة في المبيعات فتفيد إباحة التصرّف لا الملك». (القواعد والفوائد، الشهيد الأوّل، ج ١ ص ١٧٨).

صحّة المعاطاة بالإعطاء من طرف واحد هو السيرة الموجودة في غير صورة التقابض أيضاً؛ لوجودها في أخذ الماء والبقول وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أصحابها مع عدم حضورهم، وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه، فإنّ بناء الناس على أخذها ووضع النقود في الموضع المخصّص لها<sup>(١)</sup>.

وعليه فالمعيار في تحقّق المعاطاة وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرّف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة. والوجه في التقييد بالإباحة<sup>(٢)</sup> هو أنّ دليل صحّة المعاطاة - وهو السيرة - لا يساعد على أكثر من القول بالإباحة، دون القول بالملك، فيتمسّك بالقدر المتيقّن منها.

قال المحقّق العراقي قدّس سرّه في تأييده الجهة الثانية من الإشكال وتصحيح إدراج الصورة الرابعة في المعاطاة: «قد عرفت أنّ هذا هو مراد كلّ من تقدّم، وتقدّم له من الشواهد في كلماتهم ما لا يعدّ ولا يحصى، بحيث لم يبق لك في ذلك شكّ ولا شبهة، فإنّ النزاع بين الخاصّة والعامة إنّما هو في الحاجة إلى الإنشاء وعدمه، لا في كفاية العقد الفعلي وعدمه، وقد عرفت صراحة عبائهم في ذلك، بحيث لا يمكن رفع اليد عنها بقول العلامة رحمه الله في ردّ كفاية المعاطاة في البيع: «أنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد»، فإنّ مقصوده من ذلك إثبات الحاجة إلى الإنشاء اللفظي وعدم كفاية الفعل بوجه، فأراد إبطال قول الخصم بأبلغ وجه، لا أنّ النزاع إنّما هو مع قصد الإنشاء بالفعل، فإنّه إذا لم يكفِ الفعل مع قصد الإنشاء فلا يكفي بدونه بطريق أولى، ومثله في عدم الدلالة قول المحقّق

(١) سبق أن وعد الشيخ الأنصاري قدّس سرّه في التنبيه الثاني من تنبيهات المعاطاة في حكم تحقّق المعاطاة بمجرد إيصال الثمن وأخذ الثمن بأنّه (سيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله) وهذا هو موضع الوفاء بذلك الوعد.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٩٤.

بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة»<sup>(١)</sup>.

والحاصل: أنّه بناءً على الجهة الأولى من الإشكال يبطل هذا الأمر الثاني؛ لعدم حصول التقابض بقصد الإنشاء، والمفروض عدم كفاية مجرد وصول العوضين إلى الطرفين، فلا سبيل لإدراج الصورة الرابعة في المعاطاة، وأمّا بناءً على الجهة الثانية فيتّم الأمر الثاني وتصحّ المعاطاة بمجرد وصول العوضين مع التراضي، من دون التوقّف على القبض والإقباض، وبالتالي لا شكّ في اندراج الصورة الرابعة في المعاطاة المفيدة للإباحة دون الملك، ولا مرجّح في البين لإحدى جهتي الإشكال إلّا عدم البعد الذي ذكره الشيخ الأعظم قدّس سرّه في تبني الجهة الثانية في خصوص القول بإفادة المعاطاة للإباحة دون الملك. اعترض السيّد اليزدي قدّس سرّه على الشيخ الأعظم بأنّ ما أفاده في كلا الأمرين غير تامّ:

أمّا الأمر الأوّل: فلأنّ الرضا الباطني وطيب النفس الإنشائي وإن كان كافياً في جواز التصرّف الخارجي في مال الغير، إلّا أنّه غير كافٍ في حقوق أحكام المعاطاة من لزوم بالملزمات وغيرها.

وأضاف المحقّق العراقي قدّس سرّه: «أنّ الرضا بالتصرّف والتملك بعد العقد إذا كان مبنياً على استحقاقه بالعقد السابق، كما هو المفروض، فهو حينئذ موجود بالفعل، وليس من الرضا الشأني في شيء، غايته عدم الالتفات إلى هذا الرضا المركوز في النفس، وهذا لا يخرج عن الفعلية إلى الإنشائية»<sup>(٢)</sup>.

وأفاد السيّد الحكيم قدّس سرّه معترضاً على إسناد الرضا الارتكازي على طيب النفس ما حاصله: أنّ طيب النفس كغيره من أفعالها كالإرادة والكراهة

(١) حاشية المكاسب، تقرير بحث آقا ضياء الدين العراقي، للشيخ النجم آبادي، ص ١٦٠.

(٢) المصدر نفسه.

يتوقف على حضور الصورة، والالتزام بأن ظاهر حديث طيب النفس اعتبار مقارنة التصرف للرضا، لازمه أنه مع غفلة الأذن بعد الإذن لا يجوز التصرف، وهو كما ترى، فلا بد حينئذ إما أن نرفع اليد عن اعتبار المقارنة، وإما أن نبني على كفاية الطيب والرضا الشأني بحيث لو التفت إلى فعل الغير لرضي به، والأول لو بني عليه لزم جواز التصرف بمجرد تحقق الإذن آنأما، وإن نهي عن التصرف بعدها، وهذا مما لا يمكن الالتزام به، فيتعين البناء على الثاني، ولا يبعد كونه هو الموافق لسيرة المسترعة، لأن بناءهم على التصرف بمجرد إحراز الرضا الشأني، إلا أن ذلك مختص بالتصرفات الخارجية فقط كالأكل والشرب واللبس ونحوها، كما هو مورد الحديث ظاهراً، ولا يطرد في التصرفات الاعتبارية كالبيع والرهن والإجارة وغيرها، فلو باع مال الغير بلا إذن منه لكن كان بحيث لو التفت لأذن، لم يصح البيع، بل يلحقه حكم الفضولي<sup>(١)</sup>.

وأما الأمر الثاني: فلأنه لأجل تحقق المعاملة لابد من حصول إنشاء قولي أو فعلي، فمجرد وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر غير كافٍ، ودعوى أن عنوان التعاطي في كلمات الفقهاء لمجرد الدلالة على الرضا، وأن السيرة التي هي عمدة الدليل على الإباحة المعاطاتية موجودة في المقام كما ترى، إذ إننا نمنع كون مجرد الرضا كافياً بل لابد من الإنشاء الفعلي أو اللفظي، والسيرة ممنوعة، وأما مسألة أخذ الماء والبقل ودخول الحمام فهي ليست من باب المعاطاة، وإنما من باب الإذن المعلوم بالقرائن الحالية، أي: إنها من الإباحة المالكية المتقومة بطيب النفس، وعلى فرضه فهي ليست مورداً للسيرة المستمرة الكاشفة كما لا يخفى، وعليه فلا يلحق حكم المعاطاة لهذا القسم إلا أن يرجع إلى أن إنشاء التملك والرضا المطلق يكون بالصيغة الفاسدة، بحيث تكون هذه الصيغة بمنزلة

(١) راجع: نهج الفقاهة، السيد محسن الحكيم، ص ٩١-٩٢.

المعاطاة في إنشاء التملك والتراضي به مطلقاً<sup>(١)</sup>.

ولذا قال الشيخ محمد كاظم الشيرازي قدس سره: «إن مقتضى اعتبار الرضا بالتصرف كون الإباحة أيضاً مالكية فلا يحتاج معه إلى السيرة، بل يمكن منع قيام السيرة على مثله حتى في مثالي الحما والبقلي والشارب؛ لاحتمال كونها من قبيل التراضي على التصرف، ولذا لا ترى مثله فيما كان مبنياً على البقاء»<sup>(٢)</sup>.

ويضاف إليه: أن تصحيح هذه الصورة بالسيرة ينافي ما تقدم من الاستدلال بالسيرة على كون المعاطاة مفيدة للملكية، كمنافاته للخدشة فيها بكونها ناشئة من قلة المبالاة بالدين، والوجه في هذه المنافسة أن السيرة على إنشاء المعاملة بالتقاضي لا تخلو إما أن تكون مع قصد التملك أو الإباحة، ولا تعدد في عمل العقلاء والمتشعبة حتى يعتمد عليه تارة في إفادة الملك وأخرى في الإباحة، ثم لو فرض رمي السيرة بقلة المبالاة لم تكن دليلاً على شيء من الملك والإباحة كما لا يخفى<sup>(٣)</sup>.

هذا ويلاحظ أن الشيخ الأعظم لم يذكر رأيه صريحاً في المسألة، لكن عدم مناقشته في الأمر الأول وهو الاكتفاء بالرضا الارتكازي يشعر بالتزامه به في المقام، كما أن نفيه البعد عن الجهة الثانية من الإشكال المذكور على الأمر الثاني يظهر أن مختاره في المسألة هو إدراج الصورة الرابعة التي يستند عليها عمدة البحث في هذا التنبيه تحت عنوان المعاطاة، لكن المقيدة بإفادتها الإباحة دون الملكية.

هذا تمام ما أفاده الشيخ الأعظم في التنبيه الثامن، وبه ختم البحث في المعاطاة.

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤٠٩.

(٢) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ١٥٩.

(٣) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيد المروّج الجزائري، ج ٢ ص ٣٠٣.

### المطلب الخامس: رأي الأعلام في المسألة

لا بأس تنميماً للفائدة من استعراض مواقف بعض الأعلام والمحققين في مسألة إلحاق العقد غير الجامع للشرائط بالمعاطاة ورأيهم فيها، وأهم هذه المواقف والآراء:

#### • رأي المحقق الأصفهاني

من المعلوم أنّ المعاطاة بعنوانها لم ترد في آية ولا رواية حتّى يجب اتباع عنوانها وإقامة الدليل على إلحاق شيء بها، وإنّما يجب ملاحظة الأدلّة التي صحّحنا بها هذه المعاملة الفعلية:

فإن قلنا أنّها بيع يفيد الملك من أوّل الأمر لكون إطلاقات أدلّة البيع والتجارة شاملة لها، فالملاك هو صدق البيع على التملك بأيّ سبب كان فعلياً أو قولياً، سواء كان واجداً لتلك الخصوصيات أو فاقداً لها، وكذا الأمر إن قلنا بذلك لسيرة العقلاء بما هم عقلاء، إذ لا فرق عندهم بين القول والفعل.

وإن قلنا بحصول الملك عند التصرّف أو التلف، فإن كان ذلك من جهة السيرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة المباح بإذن المالك ما دام موجوداً، وأنّه يجوز كلّ تصرّف فيه بنظرهم، مع عدم حكمهم بالضمان عند التلف، وإنّما يحكمون بتعيّن الباقي للعوضيّة، فلا فرق عندهم بين الفعل والقول.

وإن كان ذلك من جهة اقتضاء الجمع بين الأدلّة لذلك، فيمكن حينها التفريق بين الفعل والقول، إذ الجمع بين الأدلّة يتوقّف على وجود الدليل على جواز كلّ تصرّف، وهو ثابت في الفعل شرعاً دون القول، وذلك لأنّ الإباحة المعاطاتية إما أن تكون لأجل الرضا الضمني أو الإباحة التعبدية المحضّة، ولا دليل على الثاني إلّا الإجماع، والقدر المتيقّن منه هي المعاملة الفعلية، وأمّا الأوّل فالتسليط الخارجي حيث إنّّه صادر عن الرضا، يكون إثبات يد الغير عليه عن

الرضا، فله دلالة نوعية على الرضا بكلّ تصرّف كان، وهذا بخلاف الإنشاء اللفظي الصادر عن الرضا، فإنّه يدلّ على أنّ التملك مرضي به ولم يحصل، والتسليط الواقع بعده ليس له دلالة نوعاً إلّا على الالتزام بالمعاملة اللفظية لا عن الرضا به بخصوصه، وحيث إنّ نوعاً بعنوان الوفاء بما اعتقد تأثيره، لذا لا يكون مجدياً في استكشاف الرضا بالتصرّفات.

وبهذا يظهر الفرق بين المعاطاة والعقد الفاسد، وذلك في إفادة المعاطاة الإباحة دون العقد الفاسد، وعليه فلا يوجد رضا ولو ضمناً في المعاملة اللفظية الفاقدة لما يشكّ في اعتباره، حتّى يتحقّق على طبقه إباحة شرعية، ليكون مقتضى الجمع بين الأدلة حصول الملك عند التصرّف أو التلف كما كان ذلك حاصلًا في المعاطاة، هذا كلّ في حكم المعاملة اللفظية من حيث إفادة الملك أو الإباحة.

وأما من حيث اللزوم والجواز، فعلى القول بالملك فالأصل فيه اللزوم، ولا مخرج فيه كما في المعاملة الفعلية، لأنّ المخرج إمّا أن يكون هو الإجماع على توقّف العقود اللازمة على اللفظ، والمتيقّن منه مجرد اللفظ، ولا إجماع على اعتبار أزيد منه، وإمّا أن يكون السيرة على عدم استحكام الفعل على حدّ استحكام اللفظ، فحينئذ لا وجه لاعتبار أزيد من اللفظ الذي بسببه يكون العهد موثقاً مؤكّداً، وعليه فالأمر في لزوم المعاملة اللفظية أسهل ممّا عليه في المعاملة الفعلية، وأما على القول بالإباحة فلا موجب لأصلها في المعاملة اللفظية، نعم بناءً على الالتزام بها فالجمع بين الأدلة يقتضي أن تساوى مع المعاطاة<sup>(١)</sup>.

#### • رأي الميرزا الإيرواني

إنّ المعاملة المنشأة باللفظ غير الجامع للشرائط يدور حكمها بين الصحة واللزوم على حدّ البيوع الجامعة لجميع ما يحتمل دخالته في الإنشاء، وبين الفساد

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٥٠-٢٥٢.

وعدم التأثير حتّى في الإباحة، لذا فهي إمّا أن تكون أفضل حالاً من المعاطاة أو أسوأ حالاً منها، فإن أخذنا بالعموم في أدلّة المعاملات وكونها مقتضية لصحة ولزوم كلّ ما صدق عليه عنوان البيع، وأنّ المعاطاة إنّما خرجت بدليل الإجماع على عدم اللزوم أو عدم الملك، فلا بدّ حينها من الالتزام بالأوّل؛ أي: الصحة واللزوم، فإنّه حيث لا إجماع في غير المعاطاة حكمنا في هذا العقد بمقتضى تلك العمومات من الصحة واللزوم.

ولو لم نأخذ بالعموم في تلك العمومات، باعتبار أنّها قضايا مهمة، والمعاطاة إنّما صحّحناها بدليل الإجماع على صحّتها، إمّا بمعنى إفادتها للملك الجائز أو بمعنى إفادتها للإباحة، فيما أنّ هذا الإجماع غير متحقّق في غير المعاطاة، حكمنا فيه بالفساد وعدم ترتّب الأثر، والمختار هو الأوّل؛ أي: صحة العقد المنشأ بالصيغة الملحونة ولزومها، لكن على تقدير عدم القول في المعاطاة باللزوم. ومّا ذكر يظهر المبنى في الأبحاث الآتية في خصوصيّات ألفاظ المعاملات، فإنّه على مسلك العموم في أدلّة المعاملات ينفي كلّ خصوصيّة احتمل دخلها بشرط أن لا تكون دخيلة في تحصيل عنوان المعاملة، وعلى مسلك الإهمال يراعى كلّ ما احتمل دخلها، اللهمّ إلّا أن يقال بعموم دليل أصالة البراءة لأمثال المقام من الخصوصيّات المحتملة الدخّل في سببها الأسباب<sup>(١)</sup>.

#### • رأي الميرزا النائيني

إنّ الذي تقتضيه القواعد أنّ الرضا المتقارن مع القبض ليس بمعاطاة، لا على القول بإفادتها للملك ولا على القول بإفادتها للإباحة، وذلك لأنّ تحقّق المعاطاة يتوقّف على الإنشاء باعتبار أنّها معاملة إنشائية، أمّا على القول بالملك فواضح، وأمّا على القول بالإباحة فكذلك؛ لما عرفت في التنبيهات السابقة من

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٩٣-٩٤.



أنّ المنشأ بناءً على القول بالإباحة ليس هو مجرد إباحة التصرف، وإنّما هو التسليط، وبما أنّ الفعل التسليطي قاصر عن أن يكون مصداقاً للبيع عند القائل بالإباحة، لذا قال بأنّه يفيد الإباحة.

وحينئذ كما أنّ التمليك لا يتحقّق بلا إنشائه، كذلك لا تتحقّق الإباحة بدون إنشائها، وأمّا صرف الرضا الباطني فهو ليس ممّا يترتّب به أحكام المعاطاة، فلا يصحّ معه التصرفات المتوقّفة على الملك، ولا يصير لازماً بتحقيق إحدى الملزمات التي تقدّم ذكرها.

نعم، في خصوص ما قامت السيرة على تحقّق المعاطاة بمجرد وصول كلّ من العوضين إلى الآخر، يحكم بكونه معاطاة، ويلتزم فيه بالملك على القول به، وبالإباحة وتحقّق النقل والانتقال المعاوضي أنّاً ما قبل تحقّق إحدى الملزمات على القول بالإباحة، وذلك كما في مثل البيوع البسيطة، والدخول في الحثام ووضع النقود في الموضع المخصّص لها، لكن بما أنّه على خلاف القاعدة، لذا يجب فيه الاقتصار على ما ثبت جوازه بالسيرة على الخصوص<sup>(١)</sup>.

### • رأي السيّد الخوئي

إنّ كلّ أمر إنشائيّ من الأوامر والنواهي والعقود والإيقاعات تكون حقيقته متقوّمة بالاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي، سواء أكان هذا المبرز فعلاً أم قولاً، إلّا أن يدلّ دليل معتبر على اشتراط مبرز خاصّ في صحّة عقد أو إيقاعه ونفوذه شرعاً، كما هو الحال في اعتبار اللفظ في صحّة عقد النكاح، وفي اعتبار اللفظ الخاصّ في صحّة الطلاق.

(١) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٦٨-٢٦٩، ومنية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٢٩-٢٣٠.

وعليه، فيصح إنشاء عقد البيع وغيره بأي مبرز كان للاعتبار النفساني، من دون أن يكون مشروطاً بصيغة خاصة، فضلاً عن أن تكون هذه الصيغة مشروطة بشرط حتى يقع الكلام في أنه إذا وقع خلل في بعض ما يرجع إلى هذه الصيغة من الشرائط هل تشملها العمومات والمطلقات الدالة على صحة ذلك العقد ولزومه، وهذا هو المنهج الصحيح الذي نلتزم به.

ومع غض النظر عن هذا المنهج، والالتزام باعتبار قيود معينة في صيغة البيع أو غيره، يأتي الكلام في أنه هل يحكم بفساد الصيغة - وبالتالي العقد - عند الإخلال ببعض قيودها، أم يحكم عليها بحكم المعاطاة؟  
التحقيق: هو أن ما يدل على اعتبار الصيغة الخاصة في البيع - على سبيل المثال - لا يخلو من حالتين:

**الحالة الأولى:** أن يكون ظاهراً في اعتبارها في اللزوم، فيحكم حينئذ بكون البيع المنشأ بالصيغة الفاقدة لتلك الخصوصية هو بيع صحيح جائز، إذ المفروض أن المشروط بتلك الخصوصية إنما هو لزوم العقد دون صحته.  
ودليل الاشتراط إما أن يكون له إطلاق، فيأخذ به حينئذ ويحكم بأن العقد الفاقدها جائز دائماً كسائر العقود الجائزة، ومع وجود هذا الإطلاق لا موضوع للتمسك باستصحاب الجواز، إذ لا مجال لجريان الأصل العملي مع وجود الأصل اللفظي، وبالتالي يكون الأصل في هذه المعاملة هو الجواز، فلا يحكم بلزومها بما يوجب لزوم المعاطاة، لا من ناحية الجمع بين الأدلة - كما هو مذهب الشيخ الأعظم قدس سره - ولا من ناحية الأخذ بالمقدار المتيقن من دليل الجواز، وإنما المتبع هو إطلاق دليل الاشتراط، إلا أن يدل دليل خاص على اللزوم فيما إذا كان إطلاق.

وإما أن لا يكون لدليل الاشتراط إطلاق، فيتمسك حينها في غير المقدار المتيقن بعموم أدلة اللزوم في العقود، ومعه لا وجه للرجوع إلى استصحاب

الجواز أيضاً، كما كان الأمر كذلك على القول بإفادة المعاطاة الملكية الجائزة.

الحالة الثانية: أن يكون ظاهراً في اعتبارها في صحة العقد لا في لزومه، فيحكم حينئذ بفساد العقد مع الإخلال بها أو بشيء من شرائطها، ولا يجوز لكل من المتعاقدين أن يتصرف فيما أخذه من العوض مستنداً إلى هذا العقد، سواء أحصل فيه قبض وإقباض أم لم يحصل فيه ذلك، لأن شأن المقبوض بذلك شأن المقبوض بسائر العقود الفاسدة.

وقياس ما نحن فيه بالمعاملة المعاطاتية على القول بعدم إفادتها الملك ليس صحيحاً، لأن الحكم بجواز تصرف كل من المتعاطين فيما انتقل إليه إنما ثبت من خلال الإجماع والسيرة القطعية، ولا إجماع في محل الكلام، وعليه فإن الصيغة الفاقدة للخصوصية المعتبرة في ترتب الملكية ونفوذ المعاملة يكون وجودها كالعدم، فلا يترتب عليها إباحة التصرف أيضاً.

نعم يستثنى من ذلك موردان على سبيل الاستثناء المنقطع:

الأول: ما إذا قصد كل من الطرفين بالقبض والإقباض إنشاء التملك مستقلاً مع قطع النظر عن العقد اللفظي السابق، بحيث يكون الفعل مع قطع النظر عن ذلك العقد مبرزاً للاعتبار النفساني، فيكون ذلك مصداقاً للبيع المعاطاتي، ويترتب عليه جميع ما يترتب على المعاطاة من الأحكام والآثار، إذ ليس من شرائط صحة المعاملة المعاطاتية أن لا يسبقها عقد فاسد.

الثاني: ما إذا أحرز كل من الطرفين رضا الآخر بتصرفه في ملكه، فإن التصرف حينئذ يكون جائزاً لا إشكال فيه، ولا يختص ذلك بالبيع، لأن الأمر كذلك في جميع المقامات حتى في مثل القمار ونحوه، فإنهما إذا تراضيا بتصرف كل في مال الآخر فلا محالة يصير التصرف في المال سائغاً، لكن من المعلوم أن الإباحة المترتبة على المعاطاة بناءً على إفادتها ذلك إنما هي إباحة شرعية، بينما هذا الجواز يكون جوازاً مالكيّاً قائماً بإحراز الرضا، وأمّا إذا شك فيه فلا يجوز

التصرّف وإن كان راضياً بذلك سابقاً، وعليه يكون هذا المورد وسابقه خارجين عن دائرة عدم جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد خروجاً تخصّصياً. وعلى الجملة: إذا قلنا باعتبار لفظ خاص في صحّة البيع كان الفاقد لذلك اللفظ بيعاً فاسداً، ولا يجري عليه حكم المعاطاة، وأمّا فرض تحقّق المعاطاة بالقبض والإقباض بعد فساد هذا العقد فهو أجنبيّ عن محلّ الكلام، لأنّ ما هو صحيح لا صلة له بالعقد اللفظي، وما هو عقد لفظي قد فسد من أصله، وكذا الحال في فرض العلم برضا المالك بالتصرّف لا من جهة الوفاء بالعقد الفاسد<sup>(١)</sup>.

### • رأي الشيخ الأراكي

إنّ الشرائط المفترض فقدانها في العقد المنشأ إن قلنا بأنّها ليست شروطاً أصلاً، وأنّ الصيغة الفاقدة لجميعها هو بيع صحيح بمقتضى الإطلاقات السليمة عن المعارض، ولازم بمقتضى القواعد المتقدمة كذلك، فلا حاجة لنا حينئذ للبحث في هذا المقام.

وأما إن قلنا باشتراط الصحّة بتحقّق جميعها أو بعضها، فتارة نبني على إفادة المعاطاة الملك الجائز وتارة نبني على إفادتها الإباحة.

فإنّ بنينا على إفادة المعاطاة الملك الجائز: فلا معنى حينئذ لجعل الفاقد لبعض تلك الشرائط من المعاطاة، وذلك لأجل التنافي الحاصل بين جعل الشرط شرطاً للصحّة، المقتضي لعدم ترتّب مقصود المتعاقدين على فاقده وترتّب الضمان عليه، وبين جعل الفاقد له مفيداً للملك، إذ أنّه لم يصدر من المتعاقدين سوى الرضا الباطني بملكيّة كلّ من المالين بإزاء الآخر لمالك الآخر، والصيغة اللفظيّة

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمّد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٠٥، والتنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ١٧٨-١٨٠.

حاصلة على طبقه، والتقابض متحقق بعد ذلك، أمّا الرضا الباطني فهو لا يصلح بمجرد سبباً لحصول الملكية، بل لابد له من مظهر بلا إشكال، وأمّا الصيغة فهي فاسدة بحسب الفرض، وأمّا التقابض فهو إنّما وقع مبنياً على العقد وعلى وجه الوفاء به والعمل بمقتضاه، لا بقصد إنشاء الملكية؛ لوضوح أنّ المتعاقدين العالين بصحة الصيغة وحصول الملكية بها لا يقصدان بالتقابض بعده إنشاء التمليك، لكونه تحصيلاً للحاصل باعتقادهما، ومن المعلوم أنّ التقابض المجرد عن قصد الإنشاء - ولو كان باعتقاد الملكية خطأ - لا يفيد الملكية، نعم لو قصد المتعاقدان بالتقابض الإنشاء عند انكشاف فساد الصيغة لهما، فلا شك في وقوعه صحيحاً من باب المعاطاة، إلا أنّ المعاطاة إنّما حصلت حينئذ بالتقابض، والكلام في كون الصيغة الفاسدة معاطاة.

وإن بنينا على إفادة المعاطاة للإباحة: فيكون حينئذ جعل الصيغة الفاقدة لبعض الشروط معاطاة له معنى، إلا أنّه لا وجه له، إذ إنّ حصول الإباحة بالعقد الفاسد - على فرض التسليم به - مخالف للقاعدة، فيقتصر فيه على مورد المعاطاة الفعلي دون القولي، فإنّه المتيقّن من دليله من الإجماع أو السيرة، فعلم من جميع ذلك: أنّ القول باشتراط الشروط المذكورة في صحة الصيغة لا يجمع جعل الفاقد لها معاطاة<sup>(١)</sup>.

#### • رأي السيّد الميلاني

إنّ التمليك هو أمرٌ إراديّ ينشئه الشخص ويوجده في الخارج، وإنّما سمّي إنشاءً لكونه ناشئاً من النفس، فإذا أنشأ التمليك فقد جعل المعاوضة بين المالكين في الملكية، وهذا بيع عرفيّ تكون العمومات والإطلاقات شاملة له، وأمّا الشرائط فلا يوجد دليل يثبت دخالتها في إفادة الملكية، خلافاً لشرائط العوضين

(١) راجع: كتاب البيع، الشيخ محمّد علي الأراكي، ج ١ ص ١٢٣-١٢٤.

والمتعاقدين، وعليه فلا وجه للقول بفساد العقد الفاقد لبعض الشرائط، وإنّما العقد صحيح، إذ إنّ الشرائط المفقودة إن كانت لها دخالة في اللزوم، فالعقد الفاقد لبعضها سيكون جائزاً غير لازم، فيكون حكمه حكم المعاطاة، وإن لم يكن لها دخالة في اللزوم فالمنشأ حينئذ بالصيغة الملحونة مع وجدان شرائط العوضين والمتعاقدين هو بيع لازم، وعليه فلا داعي لعناء البحث عن جمع يوقّق به بين كلام المحقق والعلامة الحلّيين، وكلام المحقق والشهيد الثانيين<sup>(١)</sup>.

### فرعان أخيران لم يذكرهما الشيخ الأنصاري

تعرّض السيّد اليزدي<sup>(٢)</sup> - وتبعه بعض الأعلام<sup>(٣)</sup> - في آخر بحث المعاطاة إلى فرعين يتعلّقان بحكم المعاطاة لم يذكرهما الشيخ الأعظم في المتن، لا بأس ببيانها مع الاختصار تنميّاً لتنبيهات المعاطاة لتكون عشرة كاملة:

**الفرع الأوّل:** أنّ النماء هو عبارة عن الأعيان المستخرجة من المال بحيث يمكن الإشارة الحسيّة إليه، لوجود ما بإزاء له في الخارج، سواء كان قابلاً للانفصال كاللبن والتمر والصوف ونحوها، أو لم يكن قابلاً لذلك كالسمن ونموّ الشجر ونحوها.

لا إشكال في أنّه بناءً على إفادة المعاطاة الملك الجائز ثمة نماءات المبيع للمشتري، ونماءات الثمن للبائع، متّصلة كانت كالسمن والصوف على ظهر الغنم، أو منفصلة كاللبن والتمر، لأنّ النماء ملك لمن حدث في ملكه، فإذا رجع

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ٣٩١-٣٩٢.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٤١٠.

(٣) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٢٣٠-٢٣٣، والمكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمّد تقي الآملي، ج ١ ص ٢٦٩-٢٧٢، وكتاب البيع، الشيخ محمّد علي الأراكي، ج ١ ص ١٢٦-١٢٨.

أحدهما في عينه انتقلت العين إليه مع النماءات المتصلة دون المنفصلة.  
وأما بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة، سواء كان مقصود المتعاطيين التملك  
كما عن المشهور أو الإباحة كما عن صاحب الجواهر قدس سره، فلا إشكال في  
إباحة النماء للمباح له، لأن حكم النماء تابع لحكم العين المباحة.  
ولو فرض الرجوع في العين فالنماءات التالفة لا رجوع فيها، وأما الموجودة  
فالأقوى فيها جواز الرجوع، خصوصاً إذا لم يتصرف فيها بعد.

الفرع الثاني: قال المحقق الكركي قدس سره في صيغ العقود والإيقاعات:  
«القرض عقد جائز من الطرفين، ثمرته تملك العين مع ردّ العوض، ففي المثلي  
المثل، وفي القيمي القيمة، ولا بدّ فيه من إيجاب وقبول، فأما الإيجاب: فلا بدّ أن  
يكون بالقول، فلا يكفي الدفع على وجه القرض من غير لفظ في حصول الملك،  
نعم يكون ذلك في القرض كالمعاطاة في البيع في ثمر إباحة التصرف، فإذا تلف  
العين وجب العوض، والذي ينساق إليه النظر: أنّ المعاطاة في البيع تثمر ملكاً  
متزلزلاً، ويستقرّ بذهاب أحد العينين أو بعضها. ومقتضى هذا: أنّ النماء  
الحاصل من المبيع قبل تلف شيء من العينين يجب أن يكون للمشتري، بخلاف  
الرفع للقرض هنا فإنه لا يثمر إلا محض الإذن في التصرف وإباحة الإتلاف،  
فيجب أن يكون نماء العين للمقرض، لبقائها على الملك»<sup>(١)</sup>.

وحاصل ما أفاده قدس سره: أنّ القرض يحتاج إلى اللفظ، والدفع على جهة  
القرض بدون اللفظ يكون من المعاطاة، ويفيد مجرد إباحة التصرف للمقرض،  
أما لو تلفت في يده فيستقرّ العوض في ذمّته، والذي ينساق إليه النظر: أنّ  
المعاطاة في البيع تفيد الملك المتزلزل إلى أن يحصل التلف لإحدى العينين فيصير  
حينها لازماً، ومقتضى ذلك أن يكون نماء المبيع قبل التلف للمشتري دون البائع،

(١) رسائل الكركي، المحقق الكركي، ج ١ ص ١٨٧.

وهذا بخلاف القرض المتحقق بالمعاطاة، فإنّ نهاء الحاصل في يد المقرض يكون للمقرض خاصّة.

ويرد عليه:

أولاً: إنّ كلام المحقّق الثاني قدّس سرّه صريح في الفرق بين معاطاة البيع ومعاطاة القرض في حصول المملكيّة والإباحة، وهذا ممّا لا وجه له أصلاً، لأنّ المعاطاة إن كانت مفيدة للملكيّة فلا فرق بين القرض والبيع، إذ إنّ إطلاقات البيع كما تشمل البيع المعاطاتي كذلك إطلاق القرض أيضاً يشمل القرض المعاطاتي، فيكون مقتضى القاعدة أن تكون المعاطاة في القرض أيضاً مفيدة للملك.

ثانياً: لا فرق بين الإباحة والمالك في مسألة النماء؛ لكون قاعدة الخراج بالضمان تشمل البايين، هذا مع أنّ السيرة قائمة في باب القرض أيضاً، إذ لم يعهد مطالبة نماء العين من المقرض مطلقاً.

سَلَمْنَا، لكن كون النماء للمقرض، إنّما هو مخصوص بصورة الرجوع في العين لا مطلقاً كما هو ظاهر كلام المحقّق قدّس سرّه.

ثالثاً: إنّ الإباحة المتحقّقة في القرض المعاطاتي لا يخلو إمّا أن تكون مجانيّة بلا عوض، أو أنّها مع العوض، فإن كانت بلا عوض، فما معنى أن يكون التلف في يد المقرض موجباً للضمان؟ وإن كانت مع العوض، فهذا العوض لابدّ وأن يكون في ذمّة المقرض وليس عيناً خارجيّة يجوز التصرّف فيها للمقرض كما في البيع، فيلزم أن يكون المقرض مالكاً للعوض الموجود في ذمّة المقرض، إذ لا يتصوّر إباحة التصرّف إلّا في العين الخارجيّة، وحينئذ فما معنى قولكم بالإباحة وعدم حصول الملك للمقرض؟ فهل هذا إلّا الالتزام باجتماع العوض والمعوّض في ملك المقرض؟!

هذا تمام الكلام في الفرعين الإضافيين اللذين ذكرهما السيّد اليزدي قدّس سرّه وجماعة من الفقهاء الأعلام، وللکلام فيهما مجال واسع موکول إلى بحوث أعمق.



وبه ينتهي ما أردنا توضيحه من كلام الشيخ الأعظم - قدس الله تعالى نفسه الزكية وأعلى مقامه - في فقه المعاطاة، نسأل الله عز وجل أن ينفع به إخواننا الأفاضل من أهل العلم، وأن يمن علينا بالقبول، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله على أشرف البرية أجمعين مؤسس قواعد الدين نبينا الأعظم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين.

### أضواء على النص

• قوله قدس سره: «وهو قبض العينين». أي: إن الفعل الذي يتحقق به الإنشاء في المعاطاة هو قبض العينين.

• قوله قدس سره: «فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي.. وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ..». ذكر المحقق الآخوند إشكالين على ما أفاده الشيخ الأعظم في هذه العبارة من التردد: الإشكال الأول: أن ما ذكره الشيخ في الشطر الأول من التردد خلف، لأن المفروض أن مقام البحث هو البيع الحاصل باللفظ غير الجامع لشرائط اللزوم، فعدم اشتراط شيء زائد على اللفظ خلاف مفروض البحث وخارج عن محل النزاع.

الإشكال الثاني: أن العقد الفاقد لشرائط اللزوم إن كان جامعاً لكل ما يعتبر في الصحة عند جميع الفقهاء، فلا يعقل حينئذ أن يحتل أن يكون من باب المعاطاة وإنما هو بيع صحيح، وإن كان فاقداً لبعض ما يعتبر فيها عند الجميع، فهو أيضاً لا يكون من المعاطاة بل هو بيع فاسد، وإن كان فاقداً لبعض ما يعتبر عند بعض الفقهاء دون الآخر، يكون فاسداً عند من اعتبره، وصحيحاً عند غيره، وكذلك أيضاً لا يكون من المعاطاة في شيء<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٥١-٥٢.

وبعبارة أخرى: إنَّ ما ذكره الشيخ الأعظم في هذه العبارة لا يخلو من خطأ، وذلك لأنَّ اللفظ غير الجامع لشرائط اللزوم إن كان جامعاً لشرائط الصحة فلا شك في كونه بيعاً صحيحاً، وحينئذ يكون مرجع النزاع إلى أنَّ البيع الصحيح الحاصل باللفظ غير الجامع لشرائط اللزوم هل هو في حكم المعاطاة وأنَّه بيع صحيح مفيد للملك الجائز أو الإباحة، ومرجع ذلك إلى النزاع في أنَّ البيع بيع أو إباحة، ومن الواضح أنَّ هذا خطأ.

وإن لم يكن اللفظ غير الجامع لشرائط اللزوم جامعاً لشرائط الصحة فهو إمَّا أنَّه ليس ببيع، بناءً على وضع البيع للصحيح، أو أنَّه بيع فاسد بناءً على وضعه للأعم، فعلى هذا يكون مرجع النزاع إلى أنَّ البيع الفاسد أو ما هو ليس ببيع هل هو معاطاة أي: بيع صحيح مؤثّر في ترتّب الملك الجائز كما هو المشهور بناءً على تأويل المحقّق الكرّكي لكلماتهم، أو ترتّب الإباحة كما هو المشهور بناءً على ظواهر كلماتهم، ومن الواضح أنَّ هذا خطأ أيضاً<sup>(١)</sup>.

أجاب المحقّق الأصفهاني عن كلا الإشكاليين بأنّ قيد (الفاقد لشرائط اللزوم) الوارد في عبارة الشيخ الأعظم ليس للعنوانيّة كي يرد عليه ما ذكره الآخوند، وإنّما هو لمجرّد المعرفيّة، بمعنى أنَّ القول الفاقد للعربيّة والماضويّة والصراحة ونحوها هو محلّ البحث<sup>(٢)</sup>.

وذكر بعض المحقّقين جواباً عن الإشكال الثاني للآخوند حاصله: أنّنا نختار أنَّ اللفظ غير الجامع لشرائط اللزوم غير جامع لشرائط الصحة، لأنّ شرائط اللزوم هي شرائط للصحة أيضاً، فيكون الفاقد لشرائط اللزوم بيعاً فاسداً أو هو غير بيع من الأساس، ثمَّ إنَّ المشروط صحّته بتلك الشروط هو فرد مخصوص من

(١) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٥٧.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٥٠.

كَلِّي البيع، وهو البيع بالصيغة اللفظية، لا الكَلِّي الجامع بينه ومقابله وهو البيع بلا صيغة، فحينئذ يكون مرجع النزاع إلى أن الذي لا يكون بيعاً صحيحاً خاصاً - أي: بيعاً بالصيغة - هل هو بيع معاطاة أم لا؟ نظير أن يقال: إن هذا الشيء الذي هو ليس بفرس هل هو بغل أم هو حمار؟ ومنشأ هذا النزاع هو الشك في أن الصيغة المخصوصة وتلك الشروط هل هي معتبرة في خصوص ذلك الفرد الخاص، أم هي معتبرة في أصل الكَلِّي الجامع بينه وبين الفرد الآخر<sup>(١)</sup>.

• قوله قدس سره: «كما قويناه سابقاً». أي: قويناه عدم اشتراط اللزوم في البيع بشيء زائد على الإنشاء اللفظي.

• قوله قدس سره: «بناءً على التخلّص بذلك.. في صيرورة المعاملة بذلك». مقصوده من اسم الإشارة (ذلك) الإنشاء اللفظي غير الجامع للشرائط.

• قوله قدس سره: «أمور زائدة على اللفظ»، كالماضوية والموالاتة وتقديم الإيجاب على القبول والعربية.

• قوله قدس سره: «نعم إذا حصل إنشاء آخر..». الاستثناء هنا منقطع، فهو ليس راجعاً إلى مورد البحث من أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط هل تلحق بالمعاطاة أم لا، وإنما الغرض منه بيان صورة أخرى تكون خارجة عن محل النزاع لكونها بيعاً صحيحاً.

• قوله قدس سره: «وظاهر تصريح جماعة منهم..». ظاهر: مبتدأ خبره قوله: هو الوجه الأخير، ولا يخفى أن جمع الظهور مع التصريح في هذه العبارة لا يخلو من غرابة وتشويش، والظاهر أن مقصوده أن كلاً من المحقق الحلي والعلامة قدس سرهما قد صرحاً في الشرائع والقواعد بحكم المقبوض بالعقد الفاسد من عدم التمليك والضمان ولكنهما لم يصرحا بمنشأ الفساد في العقد، فاستظهر

(١) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ١٥٧.

المعلّقون والمحشّون من إطلاق (الفساد) عدم تأثير الصيغة الملحونة.  
وتوجد في بعض النسخ بدلاً من هذه العبارة: (وظاهر كثير وتصريح جماعة)، وفي بعضها: (وظاهره كصريح جماعة) أي: ظاهر كلام غير واحد كصريح جماعة، وما أثبتناه هنا هو الموجود في أغلب النسخ المتداولة.  
• قوله قدّس سرّه: «كما ربّما يشهد به...». أي: كون منشأ فساد العقد اختلال شروط الصيغة.

• قوله قدّس سرّه: «وأما يشمل هذا». معطوف على قوله: «أما خصوص».  
• قوله قدّس سرّه: «إنّ الحكم فيها بالضمان». أي: في الصورة الأولى وهي ما كان فساد العقد لأجل الإخلال بشروط الصيغة.  
• قوله قدّس سرّه: «بين هذا الكلام وما تقدّم». هذا الكلام هو الحكم بعدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد مع الضمان، وما تقدّم هو الحكم برجوع العقد الفاسد إلى المعاطاة والذي يقتضي عدم ضمان المقبوض به.  
• قوله قدّس سرّه: «لترتبه على زعم الصحة». أي: لترتب الإذن في التصرف على اعتقاد صحّة العقد، فمع فساد العقد لا إذن؛ لانتفاء الوقوف بانتفاء الموقوف عليه.

• قوله قدّس سرّه: «والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا البواقي». المقصود من الأولان: البيع والتجارة عن تراضٍ، والبواقي: الهبة ونحوها من العقود المجانيّة.

• قوله قدّس سرّه: «فإن تراضيا بالعوضين...». أي: تراضى المتعاقدان على التصرف في العوضين بعد علمهما بفساد العقد، وهذا بيان لمورد كلام المحقّق والشهيد الثانيين بناءً على الجمع الذي أفاده السيّد العاملي في مفتاح الكرامة.  
• قوله قدّس سرّه: «واستمرّ رضاها». أي: استمرّ رضا المتعاقدين إلى زمان القبض.

- قوله قدّس سرّه: «فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد...». أي: إنّ التراضي بالتصرّف في العوضين ليس بيعاً فاسداً وإنّما هو من مصاديق المعاطاة، فلا شبهة في الصحّة.
- قوله قدّس سرّه: «أقول: المفروض أنّ الصيغة الفاقدة...». هذا شروع في إشكال الشيخ الأعظم قدّس سرّه على الجمع الذي أفاده السيّد العاملي.
- قوله قدّس سرّه: «ومنه يعلم فساد ما ذكره...». ليس هذا إشكالاً جديداً وإنّما هو بيان محصّل ما ذكره من الإيراد بقوله: «مع أنّك عرفت...».
- قوله قدّس سرّه: «إن كان تراضياً آخر حادثاً...». لم يذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه عدلاً لهذه الشرطيّة، ولعلّ الأنسب أن يقول: «إنّ هذا التراضي الحادث بعد العقد إن كان لا على وجه المعاطاة» إلى آخر ما أفاده في المتن.
- قوله قدّس سرّه: «لأنّه كالإذن الحاصل من شاهد الحال». هذا تعليل لدوران الإباحة المجانيّة مدار العلم بتحقيق الرضا بالتصرّف، وعدم كفاية عدم العلم بالرجوع عن الإباحة.
- قوله قدّس سرّه: «وإن كان على وجه المعاطاة...»، معطوف على قوله: «فإن كان لا على وجه المعاطاة».
- قوله قدّس سرّه: «فلا يجوز له...». هذا تفريع على قوله: «خصوصاً المحقّق الثاني»، والضمير في (له) عائد إلى المحقّق الثاني قدّس سرّه.
- قوله قدّس سرّه: «لا على وجه المعاوضة». هذه العبارة صفة لقوله: «التراضي الجديد»، أي: إنّ التراضي الجديد لا يكون معاوِضياً وإنّما هو ابتدائيّ مجّانيّ.
- قوله قدّس سرّه: «وتفصيل الكلام أنّ المتعاملين بالعقد الفاقدة...». مقصوده تفصيل الكلام في أصل المطلب الذي عقد له هذا التنبيه الثامن، وبيان المختار فيه، لا تفصيل الكلام في الجمع بين قول المحقّق والشهيد الثانيين وقول المحقّق والعلامة الحلّيّ ورفع التنافي بينهما.

- قوله قدّس سرّه: «وكذا إن وقع على وجه الرضا...». أي: لا إشكال أيضاً في حرمة التصرف إن وقع التقابض على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلّ من المتعاقدين على ملكيّة الآخر، بأنّ كان الرضا مقيّداً وإلاّ لم يتحقّق.
- قوله قدّس سرّه: «كما في كلّ قبض وقع على هذا الوجه». أي: على وجه بناء كلّ من المتعاقدين على ملكيّة القابض لما يقبضه.
- قوله قدّس سرّه: «وهذا الوجهان...». وهما وقوع التقابض على وجه القهر والإجبار، ووقوعه بالرضا المقيّد بالملكيّة اعتقاداً أو تشريعاً.
- قوله قدّس سرّه: «ويكشف عنه...». أي: عن كون المقصود الأصلي من المعاملة هو جواز تصرف كلّ من المتعاقدين في مال الآخر، وإيقاع العقد من باب كونه وسيلة وطريقاً إليه.
- قوله قدّس سرّه: «كان راضياً»، جزاء الشرط في قوله: «لو سئل كلّ منهما...».
- قوله قدّس سرّه: «فإدخال هذا في المعاطاة...»، جزاء الشرط في قوله: «وأما إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد».
- قوله قدّس سرّه: «أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك...». أي: بعد التفاته إلى فساد العقد وعدم حصول الملك به من دون سؤاله.
- قوله قدّس سرّه: «ولا يبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره إلى هذا...». أي: كلام السيّد العاملي قدّس سرّه في مفتاح الكرامة، والذي تقدّم مفاده في المتن بقوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر... وعلم التراضي منهما كان معاطاة...».
- قوله قدّس سرّه: «على الوجه المذكور...». أي: على الوجه الذي يكون فيه مطلق الرضا بالتصرف كافياً، بحيث تكون المالكية حيثيّة تعليليّة لا تقيديّة.
- قوله قدّس سرّه: «وفيه إشكال...». أي: في الأمر الثاني وهو عدم اشتراط إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض ولو من طرف واحد.

- قوله قدّس سرّه: «ومن أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي...». هذه العبارة معطوفة على قوله: «من أنّ ظاهر محلّ النزاع...».
- قوله قدّس سرّه: «ولذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل...». أي: لأجل كون التعاطي لمجرّد الدلالة على الرضا وعدم وجود خصوصيّة له تعدّوا.. إلى آخر العبارة.
- قوله قدّس سرّه: «وغير ذلك من الجزئيات». هذا إشارة منه قدّس سرّه إلى أنّ مجرّد الوصل مع الرضا إنّما يكون كافياً في الأمور اليسيرة فقط دون الأمور الخطيرة.
- قوله قدّس سرّه: «وعلى دخول الحّمّاء...»، معطوف على قوله: «على أخذ الماء...».
- قوله قدّس سرّه: «فالمعيار في المعاطاة...». هذا نتيجة عدم دخالة خصوصيّة التقابض في تحقّق المعاطاة، وهو بيان لمختار الشيخ الأعظم قدّس سرّه من عدم البعد في كون الوصول مع الرضا كافياً في تحقّق المعاطاة.





## مصادر الكتاب

القرآن الكريم.

١. أجود التقريرات، تقرير بحث آية الله الميرزا النائيني للسيد أبي القاسم الخوئي، منشورات مصطفى، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٣٦٨ ش.
٢. إرشاد الطالب في شرح المكاسب، سماحة آية الله العظمى الشيخ الميرزا جواد التبريزي، منشورات دار التفسير، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ.
٣. أساسيات الاحتمالات، الدكتور خالد زهدي خواجه، المعهد العربي للتدريب والبحوث الإحصائية، بغداد - العراق.
٤. الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق وتعليق: السيد حسن الموسوي الخرسان، دار الكتب الإسلامية، طهران - إيران، الطبعة الرابعة، ١٣٦٣ ش.
٥. أضواء وآراء (تعليقات على كتاب بحوث في علم الأصول)، آية الله السيد محمود الهاشمي، مؤسسة الفقه ومعارف أهل البيت عليهم السلام، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
٦. أنوار الفقه في حكام العترة الطاهرة، آية الله العظمى الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، نشر: مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، قم - إيران، الطبعة الأولى المنقحة، ١٤٢٥ هـ.
٧. أنوار الوسائل (كتاب البيع)، آية الله العظمى الشيخ محمد طاهر آل شبير الخاقاني، انتشارات باقيات للطباعة والنشر، قم - إيران، ١٤٢٩ هـ.
٨. إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد، الفقيه الأعظم والهام المعظم فخر المحققين الشيخ أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي،

٤٨٢ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣

تعليق: السيّد حسين الموسوي الكرمانى والشيخ علي پناه الإشتهاردي  
والشيخ عبد الرحيم البروجردى، الطبعة الأولى، ١٣٨٧ هـ.

٩. بحوث فقهية، من محاضرات آية الله العظمى الشيخ حسين الحلي، بقلم: عزّ الدين بحر العلوم، دار الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.

١٠. بحوث في علم الأصول (مباحث الحجج والأصول العملية)، تقرير أبحاث الشهيد السعيد آية الله العظمى السيّد محمد باقر الصدر، بقلم: العلامة الحجة الشيخ حسن عبد الساتر، نشر: محبّين، ١٤٢٣ هـ.

١١. بحوث في علم الأصول، تقرير أبحاث السيّد الشهيد محمد باقر الصدر، تأليف: آية الله السيّد محمود الهاشمي الشاهرودي، مؤسّسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.

١٢. بحوث في فقه عقد البيع، تقرير أبحاث سماحة المرجع الديني السيّد كمال الحيدري، بقلم: السيّد زيد أحمد البطّاط، مؤسّسة الهدى للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م.

١٣. بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب، تقرير أبحاث فقيه العصر سماحة آية الله العظمى السيّد محمد رضا الموسوي الكلبايكاني، بقلم: السيّد علي الحسيني الميلاني، قم - إيران، ١٣٩٩ ش.

١٤. بلغة الطالب في حاشية المكاسب، من تأليفات الفقيه المحقق والخبر المدقّق الأستاذ الأعظم الشيخ محمد كاظم الشيرازي، مؤسّسة التاريخ العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.

١٥. بلغة الفقيه، لمؤلّفه الفقيه الحجة المحقّق السيّد محمد آل بحر العلوم، منشورات مكتبة الصادق، طهران، الطبعة الرابعة، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٤ م.

١٦. البيع، تقرير أبحاث السيّد الأستاذ الأكبر آية الله العظمى الإمام الخميني،

- بقلم: محمد حسن القديري، مؤسّسة الطبع والنشر في وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، إيران، الطبعة الأولى، رجب ١٤٠٧ هـ.
١٧. تاج العروس من جواهر القاموس، للإمام محبّ الدين أبي فيض السيّد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي، دراسة وتحقيق: علي شيري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
١٨. تحرير الأحكام الشرعيّة على مذهب الإماميّة، للإمام جمال الدين أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلّي، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادري، مؤسّسة الإمام الصادق عليه السلام، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ.
١٩. تحف العقول عن آل الرسول، الشيخ الثقة الجليل الأقدم أبو محمد الحسن بن علي بن الحسين بن شعبة الحرّاني، تصحيح وتعليق: علي أكبر الغفّاري، مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، الطبعة الثانية، ١٤٠٤ هـ - ١٣٦٣ ش.
٢٠. التحقيق في كلمات القرآن الكريم، الشيخ حسن المصطفوي، مؤسّسة الطباعة والنشر في وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، طهران - إيران، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.
٢١. تذكرة الفقهاء، العلامة الحلّي الحسن بن يوسف بن المطهر، تحقيق ونشر: مؤسّسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم - إيران، الطبعة الأولى، محرم ١٤١٤ هـ.
٢٢. التعليقة على المكاسب، آية الله العظمى المجاهد السيّد عبد الحسين اللاري، تحقيق ونشر: مؤسّسة المعارف الإسلاميّة، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.
٢٣. تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، الفقيه المحدث الشيخ

٤٨٤ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣

محمد بن الحسن الحرّ العاملي، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٤١٤ هـ.

٢٤. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، الفقيه المتبحر والأصولي المتكلم جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلّي، تحقيق: السيّد عبد اللطيف الحسيني الكوهكمري، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي العامّة، قم - إيران، ١٤٠٤ هـ.

٢٥. التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير أبحاث الأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى السيّد أبو القاسم الموسوي الخوئي، تأليف: آية الله الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي قدس سرّه، قم - إيران، الطبعة الرابعة، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.

٢٦. تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد (رضوان الله عليه)، تأليف: شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق وتعليق: السيّد حسن الموسوي الخرسان، دار الكتب الإسلامية، طهران - إيران، الطبعة الرابعة، ١٣٦٤ ش.

٢٧. جامع المقاصد في شرح القواعد، المحقق الثاني الشيخ علي بن الحسين الكركي، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم - إيران، الطبعة الأولى، ربيع الأوّل ١٤٠٨ هـ.

٢٨. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تأليف: شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسن النجفي، حققه وعلّق عليه: الشيخ عباس القوجاني، دار الكتب الإسلامية، طهران، الطبعة الثانية، ١٣٦٥ ش.

٢٩. الحاشية الثانية على المكاسب، الحجّة وحيد عصره الحاج الشيخ محمد الإمامي الخوانساري، الطبعة الأولى.

٣٠. حاشية المكاسب، تقرير أبحاث آقا ضياء الدين العراقي، بقلم: الميرزا أبو

- الفضل النجم آبادي، المصحح: مؤسّسة آية الله العظمى البروجردي، انتشارات غفور، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٣١. حاشية المكاسب، مولانا الآية محمّد كاظم الهروي الخراساني قدّس سرّه، تحقيق: الشيخ محمّد المشفق الأصبهاني، انتشارات دار التفسير، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.
٣٢. حاشية كتاب المكاسب، العلامة الفقيه المحقّق السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، تحقيق: الشيخ عبّاس محمّد آل سباع القطيفي، مؤسّسة طيبة لإحياء التراث، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ.
٣٣. حاشية كتاب المكاسب، تأليف: المحقّق الفقيه الحاج ميرزا علي الإيرواني الغروي، تحقيق: باقر الفخّار الأصفهاني، منشورات ذوي القربى، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٣٤. حاشية كتاب المكاسب، تأليف: المحقّق الفقيه الشيخ رضا الهمداني، تحقيق ونشر: الشيخ محمّد رضا الأنصاري القميّ، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٣٥. حاشية كتاب المكاسب، سماحة آية الله العظمى المحقّق الفقيه الشيخ محمّد حسين الأصفهاني، تحقيق: الشيخ عبّاس محمّد آل سباع القطيفي، انتشارات ذوي القربى، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.
٣٦. حاشية مجمع الفائدة والبرهان، للعلامة المجدّد المولى محمّد باقر الوحيد البهبهاني، تحقيق ونشر: مؤسّسة العلامة المجدّد الوحيد البهبهاني، الطبعة الأولى، صفر المظفر ١٤١٧هـ.
٣٧. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، تأليف: العالم البارع الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني، مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة.

٤٨٦ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣

٣٨. خاتمة مستدرك الوسائل، المحدث الجليل الميرزا الشيخ حسين النوري الطبرسي، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم - إيران، الطبعة الأولى، رجب ١٤١٥ هـ.

٣٩. الخلاف، شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، جهادي الآخرة ١٤٠٧ هـ.

٤٠. دراسات في المكاسب المحرمة، مؤلفه المحقق سماحة آية الله العظمى الحاج حسين علي المنتظري، نشر: تفكر، قم - إيران، الطبعة الأولى، ربيع الأول ١٤١٥ هـ.

٤١. الدرر النجفية (كتاب المتاجر)، تأليف: آية الله العظمى المحقق الكبير الشيخ محمد الفاضل القائني النجفي، تحقيق: علي الفاضل القائني النجفي، انتشارات المؤسسة الثقافية الإسلامية كوشانبور، طهران - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ.

٤٢. الدروس الشرعية في فقه الإمامية، الشيخ شمس الدين محمد بن مكّي العاملي (الشهيد الأول)، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الثانية، ١٤١٧ هـ.

٤٣. الرسائل (لا ضرر، الاستصحاب، التعادل والترجيح، الاجتهاد، التقليد، التقية)، الأستاذ الأعظم زعيم الحوزة العلمية المرجع الديني الأعلى آية العظمى الحاج آقا روح الله الخميني الموسوي، تحقيق: مجتبی طهراني، مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع، ربيع الأول ١٣٨٥ هـ.

٤٤. الرسائل التسع، المحقق الحلي أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، تحقيق: رضا الأستاذي، نشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٣٧١ ش.

٤٥. الرسائل الفشاركية، الفقيه المحقق آية الله العظمى السيد محمد الفشاركي، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
٤٦. الرسائل الفقهية، العلامة المجدد المولى محمد باقر الوحيد البهبهاني، تحقيق ونشر: مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهاني رحمه الله، قم - إيران، الطبعة الأولى، محرم الحرام ١٤١٩هـ.
٤٧. رسائل المحقق الكركي، المحقق الثاني الشيخ علي بن الحسين الكركي، تحقيق: الشيخ محمد الحسن، نشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، قم - إيران، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
٤٨. الرعاية في علم الدراية، الفقيه المحدث الشهيد الثاني زين الدين بن علي بن أحمد الجبعي العاملي، تحقيق وتعليق: عبد الحسين محمد علي بقال، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، قم - إيران، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.
٤٩. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي (الشهيد الثاني)، تحقيق: السيد محمد كلانتر، منشورات جامعة النجف الدينية، النجف الأشرف - العراق، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.
٥٠. رياض المسائل، الفقيه المدقق السيد علي الطباطبائي، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الأولى، رمضان المبارك ١٤١٢هـ.
٥١. زبدة البيان في أحكام القرآن، العالم الرباني والفقيه الصمداني مولانا أحمد بن محمد الشهير بالمقدس الأردبيلي، تحقيق وتعليق: محمد باقر البهبودي، نشر: المكتبة المرتضوية إحياء آثار الجعفرية، طهران - إيران.
٥٢. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، للمحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، تعليق: السيد صادق الشيرازي، انتشارات

- استقلال، طهران - إيران، الطبعة الثانية، ١٤٠٩ هـ.
٥٣. شرح الحلقة الثالثة (الأصول العملية)، من أبحاث المرجع الديني السيّد كمال الحيدري، بقلم: الشيخ علي حمود العبادي، دار فراق لل طباعة والنشر، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
٥٤. شرح المكاسب المزجي، السيّد محمّد علي الجزائري (آل غفور)، مؤسّسة بني الزهراء عليها السلام للطباعة والنشر والتوزيع، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٤٣٢ هـ - ١٣٩٠ ش.
٥٥. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربيّة، إسماعيل بن حمّاد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.
٥٦. الظنّ دراسة في حجّيته وأقسامه وأحكامه، تقرير أبحاث سيّدنا الأستاذ كمال الحيدري، بقلم: محمود نعمة الجيّاشي، دار فراق للطباعة والنشر، قم - إيران، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
٥٧. العدّة في أصول الفقه، شيخ الطائفة الإمام أبي جعفر محمّد بن الحسن الطوسي، تحقيق: محمّد رضا الأنصاري القمّي، الطبعة الأولى، ذوالحجّة ١٤١٧ هـ - ١٣٧٦ ش.
٥٨. العقد النضيد، تقرير أبحاث المرجع الديني آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني، بقلم: الشيخ محمّد رضا الأنصاري القمّي، انتشارات دار التفسير، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
٥٩. العناوين، الفقيه المحقّق الأصولي المدقّق السيّد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي، مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، الطبعة الثالثة، ١٤٢٩ هـ.
٦٠. عوالي اللآلئ العزيزيّة في الأحاديث الدينيّة، للشيخ المحقّق المتبّع محمّد بن



- علي بن إبراهيم الأحسائي المعروف بابن أبي جههور، تقديم: السيّد شهاب الدين النجفي المرعشي، تحقيق: البحّثة المتنبّع الحاج آقا مجتبى العراقي، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٦١. عوائد الأيام، للفاضل المحقّق المولى أحمد بن محمّد مهدي النراقي، تحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٣٧٥ش.
٦٢. غاية الآمال في شرح المكاسب والبيع للشيخ الإمام المرتضى الأنصاري أعلى الله مقامه، من مصنّفات رئيس المحقّقين والمدقّقين شمس الدين الفقهاء والمجتهدين عماد الملة والدين حجّة الإسلام والمسلمين العالم الربّاني مولانا الفاضل المامقاني، (طبعة مخطوطة).
٦٣. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، للشهيد الأوّل محمّد بن مكّي العاملي، مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، قم - إيران، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
٦٤. غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، تأليف: الفقيه البارع الأقدم السيّد حمزة بن علي بن زهرة الحلبي، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادري، مؤسّسة الإمام الصادق عليه السلام، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٦٥. فرائد الأصول، الشيخ الأعظم أستاذ الفقهاء والمجتهدين الشيخ مرتضى الأنصاري قدّس سرّه، إعداد: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، مجمع الفكر الإسلامي، قم - إيران، الطبعة الأولى، شعبان المعظّم ١٤١٩هـ.
٦٦. فقه العقود، سماحة آية الله السيّد كاظم الحسيني الحائري، مجمع الفكر الإسلامي، قم - إيران، الطبعة الثالثة، ١٤٢٨هـ.
٦٧. القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً، الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٦٨. القاموس المحيط، العلامة اللغوي مجد الدين محمّد بن يعقوب

٤٩٠ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣

الفيروزآبادي، إعداد وتقديم: محمد بن عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

٦٩. القواعد والفوائد في الفقه والأصول والعريّة، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن مكّي العاملي المعروف بالشهيد الأوّل، تحقيق: الدكتور السيّد عبد الهادي الحكيم، منشورات مكتبة المفيد، قم - إيران.

٧٠. الكافي، ثقة الإسلام أبي جعفر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني، تصحيح وتعليق: على أكبر الغفاري، دار الكتب الإسلاميّة، طهران - إيران، الطبعة الخامسة ١٣٦٣ ش.

٧١. كتاب الإجارة، ميرزا حبيب الله الرشتي، (طبعة حجريّة).

٧٢. كتاب البيع، العلامة المحقّق آية الله المجاهد الشهيد السعيد السيّد مصطفى الخميني، تحقيق ونشر: مؤسّسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، الطبعة الثانية ١٣٨٥ ش ١٤٢٧ هـ.

٧٣. كتاب البيع، الفقيه المحقّق آية الله العظمى الإمام الخميني، تحقيق ونشر: مؤسّسة تنظيم ونشر تراث الإمام الخميني قدّس سرّه، قم - إيران، الطبعة الثالثة، ١٣٨٨ ش ١٤٣٠ هـ.

٧٤. كتاب البيع، تقرير أبحاث آية الله العظمى السيّد روح الله الموسوي الخميني، بقلم: سماحة الحجّة آية الله العظمى السيّد الشهيد محمد الصدر، تحقيق: مؤسّسة المنتظر لإحياء تراث آل الصدر، انتشارات: محبّين، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.

٧٥. كتاب البيع، تقرير أبحاث الأستاذ الأكبر آية الله العظمى الإمام الخميني، بقلم: آية الله السيّد حسن الطاهري الحرّم آبادي، تحقيق ونشر: مؤسّسة تنظيم ونشر تراث الإمام الخميني قدّس سرّه، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٣٨٦ ش ١٤٢٨ هـ.

٧٦. كتاب البيع، تقرير بحث آية الله العظمى السيّد محمّد الحجة الكوهكمري، للعلامة الشيخ أبي طالب التجليل التبريزي، مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، الطبعة الثانية، ١٤٠٩ هـ.
٧٧. كتاب البيع، شيخ الفقهاء والمجتهدين آية الله العظمى الحاج الشيخ محمّد علي الأراكي، مؤسّسة في طريق الحقّ، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ.
٧٨. كتاب البيع، من أبحاث الفقيه المحقّق العظيم والأصولي الفذّ المرجع الديني الكبير وآية الله العظمى السيّد محمّد هادي الحسيني الميلاني، تقرير وشرح: السيّد علي الحسيني الميلاني، مركز الحقائق الإسلاميّة، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤٢٩ هـ.
٧٩. كتاب التفسير (تفسير العيّاشي)، المحدث الجليل أبي النظر محمّد بن مسعود بن عيّاش السلمي السمرقندي المعروف بالعيّاشي، تحقيق: الحاج السيّد هاشم الرسولي المحلّاتي، المكتبة العلميّة الإسلاميّة، طهران - إيران.
٨٠. كتاب الخمس، للشيخ الأعظم أستاذ الفقهاء والمجتهدين الشيخ مرتضى الأنصاري، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، نشر: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئويّة الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، ١٤١٥ هـ.
٨١. كتاب الزكاة، للشيخ الأعظم أستاذ الفقهاء والمجتهدين الشيخ مرتضى الأنصاري، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئويّة الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، الطبعة الأولى، سؤال ١٤١٥ هـ.
٨٢. كتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، الشيخ الفقيه أبي جعفر محمّد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلّي، تحقيق ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٤١٠ هـ.
٨٣. كتاب الصلاة، للشيخ الأعظم أستاذ الفقهاء والمجتهدين الشيخ مرتضى الأنصاري، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، نشر: المؤتمر العالمي

٤٩٢ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣

بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، الطبعة الأولى،  
جمادي الأول ١٤١٥ هـ.

٨٤. كتاب المكاسب، الشيخ الأعظم أستاذ الفقهاء والمجتهدين الشيخ مرتضى  
الأنصاري قدس سره، إعداد: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، مجمع  
الفكر الإسلامي، قم - إيران، الطبعة التاسعة عشرة، ١٤٣٥ هـ.

٨٥. كتاب المكاسب، للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري، تحقيق وتعليق:  
السيد محمد كلانتر، منشورات جامعة النجف الدينية، العراق، الطبعة  
المحققة الأولى، ١٣٩٥ هـ.

٨٦. كتاب النكاح، للشيخ الأعظم أستاذ الفقهاء والمجتهدين الشيخ مرتضى  
الأنصاري، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، نشر: المؤتمر العالمي  
بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، الطبعة الأولى،  
جمادي الثاني ١٤١٥ هـ.

٨٧. كتاب من لا يحضره الفقيه، للشيخ الجليل الأقدم الصدوق أبي جعفر محمد  
بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، تصحيح وتعليق: علي أكبر الغفاري،  
مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة  
الثانية.

٨٨. كشف الرموز في شرح المختصر النافع، تأليف: زين الدين أبي علي الحسن بن  
أبي طالب ابن أبي المجد اليوسفي المعروف بالفاضل والمحقق الآبي، تحقيق:  
الشيخ علي بناه الاشتهادي والحاج آقا حسين اليزدي، مؤسسة النشر  
الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ذي الحجة ١٤٠٨ هـ.

٨٩. كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء، للعلامة الشيخ جعفر كاشف  
الغطاء، تحقيق: عباس التبريزيان ومحمد رضا الذاكري (طاهريان) وعبد  
الحليم الحلبي، مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، قم - إيران،

الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ - ١٣٨٠ ش.

٩٠. كشف اللثام عن قواعد الأحكام، الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسن الأصفهاني المعروف بالفاضل الهندي، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
٩١. كفاية الأصول، الأستاذ الأعظم المحقق الكبير الآخوند الشيخ محمد كاظم الخراساني، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم - إيران، الطبعة الأولى، ربيع الأول ١٤٠٩ هـ.
٩٢. كفاية الفقه المشتهر بـ (كفاية الأحكام)، العلامة المحقق والفقير المدقق المولى محمد باقر السبزواري، تحقيق: مرتضى الواعظي الأراكي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ.
٩٣. كنز العرفان في فقه القرآن، الشيخ الأجل جمال الدين المقداد بن عبد الله السيوري، علّق عليه: المحقق البارع حجة الإسلام الشيخ محمد باقر (شريف زاده) وأشرف على تصحيحه وإخراج أحاديثه محمد باقر البهبودي، المكتبة الرضوية، طهران - إيران، ١٣٨٤ هـ - ١٣٤٣ ش.
٩٤. لا ضرر ولا ضرار، تقرير بحث السيّد الشهيد محمد باقر الصدر قدّس سرّه، بقلم: السيّد الأستاذ كمال الحيدري، دار فراق للطباعة والنشر، قم - إيران، الطبعة الرابعة ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
٩٥. لسان العرب، للامام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، نشر: أدب الحوزة، قم - إيران، محرّم ١٤٠٥ هـ.
٩٦. مبادئ الإحصاء، الدكتور أحمد عبد السميع طيّبة، دار البداية، عمّان - الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٨ م.
٩٧. المبسوط في فقه الإمامية، شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، صحّحه وعلّق عليه: السيّد محمد تقي الكشفي، المكتبة المرتضوية

- لإحياء آثار الجعفرية، طهران - إيران، ١٣٨٧ ش.
٩٨. مجلّة تراثنا (العدد ٥٠، السنة الثالثة عشرة ربيع الآخر، ١٤١٨)، إصدار: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم - إيران، ١٤١٨ هـ.
٩٩. مجمع البحرين، للعالم المحدث الفقيه الشيخ فخر الدين الطريحي، تحقيق: السيّد أحمد الحسيني، انتشارات مكتبة مرتضوي، طهران - إيران، الطبعة الثانية، ١٣٦٢ ش.
١٠٠. مجمع البيان في تفسير القرآن، أمين الإسلام أبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي، تحقيق: لجنة من العلماء والمحقّقين الأخصائيين، تقديم: الإمام الأكبر السيّد محسن الأمين العاملي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
١٠١. مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، الفقيه المحقّق المدقّق وحيد عصره وفريد دهره المولى أحمد الأردبيلي، تحقيق: الحاج آقا مجتبی العراقي والشيخ علي بناه الاشتهادي والحاج آقا حسين اليزدي الأصفهاني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، قم - إيران.
١٠٢. المجموع، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، دار الفكر.
١٠٣. مجموعة الفتاوى، لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحرّاني، (لا توجد معلومات هويّة الكتاب).
١٠٤. محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث سماحة آية الله العظمى السيّد أبو القاسم الخوئي، بقلم: العلامة آية الله السيّد علي الحسيني الشاهرودي، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
١٠٥. محاضرات في فقه الإمامية (كتاب البيع)، السيّد محمد هادي الحسيني

- الميلاني، تحقيق وتصحيح: فاضل الحسيني الميلاني، مؤسّسة جامعة فردوسي للطباعة والنشر، مشهد - إيران، الطبعة الأولى، ١٣٩٥ هـ.
١٠٦. مختصر المزني، إسماعيل المزني، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان.
١٠٧. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، تأليف: أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي (العلامة الحلي)، تحقيق ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ.
١٠٨. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، تحقيق ونشر: مؤسّسة المعارف الإسلامية، قم - إيران، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ.
١٠٩. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، العلامة الفقيه المولى أحمد بن محمد مهدي النراقي، تحقيق ونشر: مؤسّسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم - إيران، الطبعة الأولى، ربيع الأوّل ١٤١٥ هـ.
١١٠. مسند الإمام أحمد بن حنبل، الإمام أحمد بن حنبل، دار صادر، بيروت - لبنان.
١١١. مصباح الأصول، تقرير أبحاث آية الله العظمى السيّد أبو القاسم الخوئي، المقرّر: آية الله السيّد محمد سرور الواعظ الحسيني البهسودي، تحقيق ونشر: مؤسّسة نشر الفقه، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ١٣٨٠ ش.
١١٢. مصباح الفقه في المعاملات، تقرير أبحاث آية الله العظمى السيّد أبو القاسم الموسوي (المحقّق الخوئي)، بقلم سماحة الحجّة العلامة الميرزا محمد علي التوحيد، تحقيق ونشر: مؤسّسة نشر الفقه، قم - إيران، الطبعة الأولى، محرّم الحرام ١٤١٩ هـ - ١٣٧٧ ش.
١١٣. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تأليف: العالم العلامة

٤٩٦ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣

أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.

١١٤. معجم مصطلحات أصول الفقه، الدكتور قطب مصطفى سانو، دار الفكر، دمشق - سوريا، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ.

١١٥. معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، مركز النشر في مكتب الأعلام الإسلامي، قم - إيران، ١٤٠٤ هـ.

١١٦. مفاتيح الشرائع، للعارف المحدث الفقيه المولى محمد محسن الفيض الكاشاني، تحقيق: السيد مهدي الرجائي، نشر: مجمع الذخائر الإسلامية، قم - إيران، ١٤٠١ هـ.

١١٧. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، للفقيه المتبّع السيد محمد جواد الحسيني العاملي، تحقيق وتعليق: الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.

١١٨. مفردات ألفاظ القرآن، العلامة الراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، نشر طليعة النور، الطبعة الثانية، ١٤٢٧ هـ.

١١٩. المفردات في غريب القرآن، أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، دفتر نشر الكتاب، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ.

١٢٠. المقنعة، تألف: فخر الشيعة أبي عبد الله محمد بن محمد بن النعمان العكبري البغدادي، الملقّب بالشيخ المفيد، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، الطبعة الثانية، ١٤١٠ هـ.

١٢١. المكاسب المحرّمة، العلامة الأكبر والأستاذ الأعظم آية الله العظمى مولانا الإمام الحاج آقا روح الله الموسوي الخميني قدّس سرّه، مؤسسة



- تنظيم ونشر تراث الإمام الخميني، الطبعة الثانية، ١٣٨١ ش.
١٢٢. المكاسب والبيع، تقرير أبحاث الأستاذ الأعظم الميرزا النائيني، بقلم:  
العلامة الربّاني الشيخ محمد تقي الآملي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة  
لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، ١٤١٣ هـ.
١٢٣. المناهل، السيّد محمد بن علي الطباطبائي، (بدون معلومات هويّة).
١٢٤. منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير أبحاث المحقّق الميرزا محمد حسين  
النائيني، تقرير: الشيخ موسى بن محمد النجفي الخوانساري، مؤسسة  
التاريخ العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.
١٢٥. المهدّب البارع في شرح المختصر النافع، العلامة جمال الدين أبي العباس  
أحمد بن محمد بن فهد الحلّي، تحقيق: الحجّة الشيخ مجتبي العراقي،  
مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، غرة  
رجب المرجّب ١٤٠٧ هـ.
١٢٦. الميزان في تفسير القرآن، العلامة السيّد محمد حسين الطباطبائي، مؤسسة  
النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة.
١٢٧. نهاية الإحكام في معرفة الأحكام، العلامة الحلّي الحسن بن يوسف بن  
علي المطهر الحلّي، تحقيق: السيّد مهدي الرجائي، مؤسسة إسماعيليان  
للطباعة والنشر والتوزيع، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٤١٠ هـ.
١٢٨. نهاية الأفكار، تقرير أبحاث آية الله العظمى الشيخ آقا ضياء الدين  
العراقي، للمحقّق الشيخ محمد تقي البروجردي، مؤسسة النشر  
الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، ١٤٠٥ هـ - ١٣٦٤ ش.
١٢٩. نهاية الدراية (في شرح الرسالة الموسومة بالوجيزة للبهائي)، السيّد حسن  
الصدر، تحقيق: ماجد الغرباوي، نشر المشعر، قم - إيران.
١٣٠. نهج الفقاهة، تأليف: فقيه العصر آية الله العظمى السيّد محسن

- الطباطبائي الحكيم، انتشارات: الثاني والعشرون من بهمن، قم - إيران.
١٣١. هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، انتشارات: سماء القلم، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٣٩١ ش ١٤٣٣ هـ.
١٣٢. هدى الطالب إلى شرح المكاسب، سماحة آية الله السيّد محمد جعفر الجزائري المروّج، دار المجتبى، قم - إيران، الطبعة الثانية، ١٣٨٣ ش.
١٣٣. الوافي، الفاضل والحكيم العارف الكامل محمد محسن المشتهر بالفيز الوافى، الكاشانى، تحقيق وتصحيح وتعليق ومقابلة: ضياء الدين الحسينى الأصفهانى، مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي عليه السلام العامة، أصفهان - إيران، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ ١٣٦٥ ش.
١٣٤. ينابيع الأحكام في معرفة الحلال والحرام، تأليف: سيد الفقهاء والمجتهدين العلامة السيّد علي الموسوي القزويني، تحقيق: سبطه السيّد عبد الرحيم الجزمي القزويني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩ هـ.

## الفهرس

|                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------|----|
| مدخل .....                                                                     | ٧  |
| التنبیه الأول: جریان شرائط البيع وأحكامه في المعاطاة .....                     | ٩  |
| المسألة الأولى: جریان شرائط البيع في المعاطاة .....                            | ٢١ |
| الجهة الأولى: جریان شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها الإباحة .....          | ٢١ |
| الجهة الثانية: جریان شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها الملك .....           | ٢٦ |
| الوجه الأول: الاعتبار مطلقاً سواء أفادت المعاطاة الملك الجائز أم الإباحة ..... | ٢٨ |
| إشكال للمحقق الأصفهاني .....                                                   | ٣١ |
| الوجه الثاني: عدم الاعتبار مطلقاً سواء أفادت الملك الجائز أم الإباحة .....     | ٤٠ |
| الوجه الثالث: التفصيل بين المعاطاة المفيدة للملك، والمفيدة للإباحة .....       | ٤٢ |
| الوجه الرابع: التفصيل بحسب أدلة اعتبار شرائط البيع .....                       | ٤٣ |
| الوجه المختار عند الشيخ الأنصاري .....                                         | ٤٤ |
| مخالفة الشهيد الأول قدس سره .....                                              | ٤٨ |
| توجيه كلام الشهيد الأول قدس سره .....                                          | ٥٠ |
| المسألة الثانية: جریان أحكام البيع في المعاطاة .....                           | ٥٢ |
| المقام الأول: جریان الربا في المعاطاة .....                                    | ٥٢ |
| المقام الثاني: جریان الخيارات في المعاطاة .....                                | ٥٦ |
| الجهة الأولى: في ثبوت الخيار للمعاطاة المقصود بها الإباحة .....                | ٥٦ |
| الجهة الثانية: ثبوت الخيار للمعاطاة المقصود بها التملك والمفيدة للملك .....    |    |

|     |                                                                            |
|-----|----------------------------------------------------------------------------|
| ٥٠٠ | بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣                                                 |
| ٥٧  | الجائز                                                                     |
|     | الجهة الثالثة: في ثبوت الخيار للمعاطاة المقصود بها التملك والمفيدة         |
| ٦٣  | للإباحة                                                                    |
| ٦٥  | أضواء على النصّ                                                            |
| ٧٥  | التنبيه الثاني: كيفية إنشاء المعاطاة                                       |
|     | الصورة الأولى: كون الإعطاء من الطرفين سواء قلنا بإفادة المعاطاة الملكية أو |
| ٨٠  | الإباحة                                                                    |
| ٨٠  | تأييد الميرزا النائيني للشيخ الأنصاري                                      |
| ٨٤  | اعتراض الميرزا الإيرواني على الشيخ الأعظم                                  |
| ٨٥  | تفصيل للسيد الميلاني                                                       |
|     | الصورة الثانية: كون الإعطاء من طرف والأخذ من الآخر دون أن يعطي             |
| ٨٦  | الأخذ شيئاً                                                                |
| ٨٩  | رأي الشيخ الأنصاري في صحّة هذه الصورة                                      |
| ٩٢  | تفصيل للسيد الميلاني                                                       |
|     | الصورة الثالثة: المتحقّق هو الإيصال والوصول من دون حصول الإعطاء لا         |
| ٩٣  | من الطرفين ولا من طرفٍ واحد                                                |
| ٩٤  | مناقشات الأعلام في الأمثلة المذكورة                                        |
|     | الصورة الرابعة: مجرّد الكلام والمقاولة من دون حصول الإعطاء ولا الإيصال     |
| ٩٨  |                                                                            |
| ٩٩  | تفصيل للسيد الميلاني                                                       |
| ١٠١ | رأي السيد الخوئي في هذه الصورة من المعاطاة                                 |
| ١٠٢ | أضواء على النصّ                                                            |
| ١٠٥ | التنبيه الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية                |

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| الفهرس .....                                                             | ٥٠١ |
| المبحث الأول: بيان الشيخ الأنصاري للمسألة ورأيه فيها .....               | ١١٤ |
| المبحث الثاني: آراء الأعلام في المسألة .....                             | ١٢٢ |
| أضواء على النص .....                                                     | ١٢٨ |
| التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين .....                  | ١٣١ |
| الوجه الأول: تمليك المال بإزاء المال .....                               | ١٤٢ |
| الوجه الثاني: تمليك المال بإزاء التملك .....                             | ١٤٩ |
| الجهة الأولى: في إمكان المقابلة بين التملكين عقلاً .....                 | ١٤٩ |
| الجهة الثانية: في اندراج المعاملة تحت عنوان معاوضي .....                 | ١٥٤ |
| الوجه الثالث: إباحة المال بإزاء العوض .....                              | ١٥٨ |
| الوجه الرابع: إباحة المال بإزاء الإباحة .....                            | ١٥٩ |
| الإشكال الأول: في صحّة إباحة جميع التصرفات .....                         | ١٥٩ |
| الوجوه المتصورة في تصحيح الإباحة المطلقة .....                           | ١٦٣ |
| ملخص الوجوه الثلاثة المصححة للإباحة المطلقة .....                        | ١٧٨ |
| نقض وإبرام .....                                                         | ١٨١ |
| جواب للمحقق الأصفهاني عن الإشكال .....                                   | ١٨٦ |
| محاولة الميرزا الإيرواني تصحيح الإباحة المطلقة .....                     | ١٩٠ |
| الأدلة على صحّة الإباحة المطلقة .....                                    | ١٩٣ |
| الوجه الأول: السيرة .....                                                | ١٩٣ |
| الوجه الثاني: مسألة الأنفال .....                                        | ١٩٤ |
| الوجه الثالث: آيتا التجارة عن تراضٍ وأوفوا بالعقود .....                 | ١٩٥ |
| الإشكال الثاني: في صحّة الإباحة بإزاء العوض .....                        | ١٩٦ |
| الجهة الأولى: في صحّة المعاوضة التي تكون فيها الإباحة بإزاء التملك ..... |     |
| .....                                                                    | ١٩٦ |

٥٠٢ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣

- الوجه الأول: البطلان ..... ١٩٦
- الوجه الثاني: الصحة وأنها من مصاديق الصلح ..... ١٩٧
- الوجه الثالث: الصحة وأنها معاملة مستقلة مشروعة ..... ١٩٩
- بيان السيد الخوئي لصور المسألة وأحكامها ..... ٢٠٠
- الجهة الثانية: في لزوم هذه المعاوضة على فرض صحتها ..... ٢٠١
- الإشكال في الوجه الرابع: في صحة الإباحة بإزاء الإباحة ..... ٢٠٥
- أضواء على النص ..... ٢٠٦
- التنبه الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع ..... ٢١٥
- القاعدة العامة في جريان المعاطاة في سائر العقود ..... ٢٢١
- المقام الأول: التحقيق في ما أفاده المحقق الكركي ..... ٢٢٨
- بيان ما أفاده المحقق الكركي ..... ٢٢٨
- مناقشة الشيخ الأنصاري للمحقق الكركي ..... ٢٣٢
- المقام الثاني: مختار الشيخ الأنصاري في المسألة ..... ٢٣٩
- الوجه الأول: وحدة المناط ..... ٢٣٩
- الوجه الثاني: الإجماع المركب ..... ٢٤٠
- إشكال المحقق الكركي في الرهن المعاطاتي ..... ٢٤١
- استدراك للشيخ الأنصاري ..... ٢٤٤
- اعتراض السيد الخوئي على عدم جريان المعاطاة في الرهن ..... ٢٤٦
- جريان المعاطاة في الوقف ..... ٢٤٨
- إشكالية اتحاد الشرط والمشروط ..... ٢٥٢
- جريان المعاطاة في النكاح ..... ٢٥٧
- شرط لا بد من اعتباره في جريان المعاطاة في سائر العقود ..... ٢٦١
- أضواء على النص ..... ٢٦١

الفهرس ..... ٥٠٣

التنبیه السادس: ملزّات المعاطاة ..... ٢٦٧

تأسيس الأصل عند الشكّ في الملزم ..... ٢٧٤

المقام الأوّل: تأسيس الأصل مع إفادة المعاطاة الملك الجائز ..... ٢٧٤

إشكال على التمسك بالعمومات مع وجود الإجماع ..... ٢٧٥

المقام الثاني: تأسيس الأصل مع إفادة المعاطاة الإباحة ..... ٢٨٣

اعتراض السيّد الخوئي على التمسك هنا بأصالة عدم اللزوم ..... ٢٨٦

منافاة ما ذكره الشيخ الأنصاري هنا لما ذكره في التنبیه الرابع ..... ٢٨٩

عدم المنافاة بين استصحابي السلطنة والإباحة عند السيّد الميلاني ..... ٢٩١

الملزم الأوّل: تلف العين ..... ٢٩٢

الصورة الأولى: تلف العوضين معاً ..... ٢٩٢

المقام الأوّل: بناءً على إفادة المعاطاة الملك ..... ٢٩٣

اعتراض للسيّد الخوئي ..... ٢٩٧

اعتراض للمحقّق الآخوند الخراساني ..... ٢٩٩

مخالفة الشيخ الأنصاري مبناه في المقام ..... ٣٠٠

المقام الثاني: بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة ..... ٣٠٢

الصورتين الثانية والثالثة: تلف أحد العوضين وتلف بعض أحدهما ... ٣٠٤

المقام الأوّل: بناءً على إفادة المعاطاة الملك ..... ٣٠٤

المقام الثاني: بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة ..... ٣٠٤

دليل الحكم بعدم اللزوم ..... ٣٠٨

اعتراض الشيخ الأنصاري على دليل عدم اللزوم ..... ٣١١

إشكالية التمسك بقاعدة اليد ..... ٣١٣

تهافت في كلام الشيخ الأنصاري ..... ٣١٥

دليل الشيخ الأنصاري على صحّة التمسك بأصالة عدم اللزوم ..... ٣٢٠

- الوجه الأول: لا معارضة بين أصالة بقاء سلطنة المالك وأصالة براءة  
الذمة عن بدل التالف ..... ٣٢٠
- الوجه الثاني: إنّ أصالة براءة الذمة عن بدل التالف غير جارية في المقام؛  
لانتفاء موضوعها وهو الشك في الضمان. .... ٣٢٤
- تقريب آخر للوجه الثاني ..... ٣٢٤
- إشكال للسيد اليزدي ..... ٣٢٥
- جواب المحقق الأصفهاني ..... ٣٢٦
- الوجه الثالث: لا مجال للتمسك بأصالة براءة الذمة عن بدل التالف مع  
شمول قاعدة السلطنة للمورد. .... ٣٢٨
- الصورة الرابعة: تلف بعض كلا العوضين ..... ٣٣١
- الملزم الثاني: كون أحد العوضين ديناً ..... ٣٣١
- المقام الأول: بناءً على إفادة المعاطاة الملك الجائر ..... ٣٣٢
- المقام الثاني: بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة ..... ٣٣٨
- الملزم الثالث: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز ..... ٣٤٣
- المبحث الأول: أن يكون الناقل كلا المتعاطين أو أحدهما ..... ٣٤٣
- الفرع الأول: أن يتحقق النقل بعقد لازم ..... ٣٤٤
- الصورة الأولى: انتقال العين عن الملك ..... ٣٤٤
- الصورة الثانية: رجوع العين بالفسخ ..... ٣٤٧
- الفرع الثاني: أن يتحقق النقل بعقد جائز ..... ٣٦٠
- الصورة الأولى: نقل العين بعقد جائز معاوضي ..... ٣٦٠
- الصورة الثانية: نقل العين بعقد جائز غير معاوضي ..... ٣٦١
- المبحث الثاني: أن يكون الناقل أجنبياً عن المتعاطين ..... ٣٦٦
- الفرع الأول: إجازة العقد الفضولي ..... ٣٦٧



|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| المقام الأول: بناءً على القول بالملك                                | ٣٦٧ |
| الصورة الأولى: أن يكون المجيز هو المالك الأول (من انتقلت عنه العين) | ٣٦٧ |
| الصورة الثانية: أن يكون المجيز المالك الثاني (من انتقلت إليه العين) | ٣٧١ |
| المقام الثاني: بناءً على القول بالإباحة                             | ٣٧٢ |
| الفرع الثاني: ردّ العقد الفضولي                                     | ٣٧٣ |
| الفرع الثالث: رجوع الأول عن المعاطاة وإجازة الثاني للعقد الفضولي    | ٣٧٤ |
| الملزم الرابع: مزج العينين أو إحداهما                               | ٣٧٨ |
| الملزم الخامس: التصرف الخارجي في العينين أو إحداهما                 | ٣٨١ |
| الملزم السادس: موت أحد المتعاطيين                                   | ٣٨٥ |
| أضواء على النصّ                                                     | ٣٩١ |
| التنبيه السابع: جريان الخيارات في المعاطاة بعد اللزوم               | ٣٩٩ |
| المطلب الأول: بيان كلام الشهيد الثاني في المسالك                    | ٤٠٣ |
| المطلب الثاني: تعليق الشيخ الأنصاري ورأيه في المسألة                | ٤٠٩ |
| مناقشة الشيخ الأنصاري للمحكي عن الشهيد الأول                        | ٤١٤ |
| أضواء على النصّ                                                     | ٤١٦ |
| التنبيه الثامن                                                      | ٤٢١ |
| شمول المعاطاة للعقد غير الجامع للشرائط                              | ٤٢١ |
| المطلب الأول: صور المسألة وتحرير محلّ النزاع                        | ٤٣٠ |
| القائلون بالوجه الأول                                               | ٤٣٤ |
| القائلون بالوجه الثالث                                              | ٤٣٦ |
| المطلب الثاني: محاولة الجمع بين القولين الأول والثالث               | ٤٣٧ |
| المطلب الثالث: إشكال الشيخ الأنصاري على الجمع المذكور               | ٤٤١ |

|     |                                                |
|-----|------------------------------------------------|
| ٥٠٦ | بحوث في فقه المعاطاة - ج ٣                     |
| ٤٤٧ | جمع بين القولين للسيد اليزدي                   |
| ٤٤٩ | جمع آخر للمحقق الآخوند                         |
| ٤٥١ | جمع آخر للسيد الميلاني                         |
| ٤٥٢ | جمع آخر لصاحب الدرر النجفية                    |
| ٤٥٢ | المطلب الرابع: تحقيق الشيخ الأنصاري في المسألة |
| ٤٦٢ | المطلب الخامس: رأي الأعلام في المسألة          |
| ٤٦٢ | أولاً: رأي المحقق الأصفهاني                    |
| ٤٦٣ | ثانياً: رأي الميرزا الإيرواني                  |
| ٤٦٤ | ثالثاً: رأي الميرزا النائيني                   |
| ٤٦٥ | رابعاً: رأي السيد الخوئي                       |
| ٤٦٨ | خامساً: رأي الشيخ الأراكي                      |
| ٤٦٩ | سادساً: رأي السيد الميلاني                     |
| ٤٧٠ | فرعان أخيران لم يذكرهما الشيخ الأنصاري         |
| ٤٧٣ | أضواء على النص                                 |
| ٤٨١ | مصادر الكتاب                                   |
| ٤٩٩ | الفهرس                                         |