

كتاب البيع

فهرست

١.....	كتاب البيع
١.....	فهرست
٩.....	[في معنى البيع]
١٠.....	[اختصاص المعوض بالعين]
١٣.....	[عدم اختصاص العوض بالعين]
٢١.....	[تعريف الفقهاء و المناقشة فيها]
٢٥.....	[التعريف المختار و الدفاع عنه]
٣٦.....	[الاستعمال في معان آخر]
٣٩.....	[المناقشة في هذه الاستعمالات]
٤٦.....	[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم]
٥٢.....	[الكلام في المعاطاة]
٥٢.....	[البحث في حقيقة المعاطاة صورها]
٥٥.....	[حكم المعاطاة و أقوال العلماء في ذلك]

- ٧٢[الاقوال فى المعاطاة]
- ٧٧[الأقوى حصول الملك]
- ٧٨ [الاستدلال بالسيرة]
- ٨٠[الاستدلال بآية أحل الله البيع]
- ٨٢[الاستدلال بآية التجارة]
- ٨٣ [الاستدلال بحديث السلطنة و المناقشة فيه]
- ٨٤[المناقشة فى دلالة الآيتين]
- ٨٨ [المناقشة فى دلالة السيرة]
- ٩٠ [الأولى فى الاستدلال على المختار]
- ٩٢ ... [دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة]
- ١٠٠ [المناقشة فيما ادعاه كاشف الغطاء]
- ١١٢ [هل المعاطاة لازمة أم جائزة]
- ١١٣ [مقتضى القاعدة للزوم]
- ١١٩ [ما يدل على اللزوم من الكتاب و السنة]
- ١٢٨ [قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة]

- التشكيك في انعقاد الإجماع] ١٣٢.....
- [عدم كشف هذا الإجماع عن رأى المعصوم على فرض حصوله] ١٣٣.....
- [ما يدل على عدم لزوم المعاطاة] ١٣٥.....
- [دلالة خبر انما يحلل الكلام و يحرم الكلام] ١٣٩.....
- تنبيهات معاطات ١٥٦.....
- [تنبيه اول]..... ١٥٦.....
- [هل المعاطاة بيع حقيقة ام لا؟]..... ١٥٦.....
- [اعتبار شرائط البيع فى المعاطاة] ١٥٨.....
- [مختار المصنف - رحمه الله -] ١٦٥.....
- [جريان الربا فى المعاطاة] ١٦٩.....
- [جريان الخيار فى المعاطاة]..... ١٧١.....
- [تنبيه دوم] ١٧٣.....
- [حكم الاعطاء من جانب واحد] ١٧٣.....
- [هل ينعقد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن و اخذ المثلث] ١٧٦.....
- [المعيار فى المعاطاة] ١٧٧.....

- ١٧٧.....[خلو المعاطة من الاعطاء و الايصال رأساً]
- ١٧٩.....[تنبيه سوم]
- ١٧٩.....[تمييز البائع من المشتري فى المعاطة الفعلية]
- ١٨٠.....[حالات العوضين فى المعاطة]
- ١٨٤.....[تنبيه چهارم]
- ١٨٤.....[اقسام المعاطة بحسب قصد المتعاطين]
- ١٨٤.....[١- تملك المال بإزاء المال]
- ١٨٦.....[٢- تملك المال بإزاء التملك]
- ١٨٧.....[٣- اباحة المال بإزاء العوض]
- ١٨٨.....[٤- اباحة المال بإزاء الاباحة]
- ١٨٨.....[الاشكال فى القسمين الاخيرين من جهتين]
- ١٩٠.....[الاشكال الاول فى اباحة التصرفات المتوقفة على الملك]
- [تصحیح اباحة التصرفات المتوقفة على الملك بوجهين: ١- كون ما نحن
١٩٢..... فيه من قبيل اعتق عبدك عنى]
- ١٩٤.....[عدم جريان الوجه الاول فيما نحن فيه]

- ٢- كون ما نحن فيه من قبيل «شراء من يعتق»..... ١٩٥
- [عدم جريان الوجه الثاني فيما نحن فيه]..... ١٩٦
- [عدم كون ما نحن فيه من قبيل بيع الواهب وعتقه]..... ٢٠٥
- [استظهار صحة اباحة التصرفات المتوقفة على الملك من جماعة]..... ٢٠٩
- [الاشكال الثاني في صحة الاباحة بازاء العوض]..... ٢١١
- [حكم الاباحة بازاء الاباحة]..... ٢١٥
- [تنبيه پنجم]..... ٢١٥
- [الأمر] الخامس في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه ٢١٥
- [تنبيه ششم]..... ٢٢٦
- [ملزمات المعاطات]..... ٢٢٦
- [تأسيس الاصل في المعاطاة من حيث اللزوم و الجواز]..... ٢٢٧
- [الملزم الاول: تلف العوضين]..... ٢٢٩
- [الملزم الثاني: تلف احد العوضين او بعضه]..... ٢٣٢
- [الملزم الثالث: كون احد العوضين دينا في الذمه]..... ٢٣٨
- [الملزم الرابع: نقل العوضين او احدهما بعقد لازم]..... ٢٣٩

- ٢٤٣..... [لو كان الناقل عقدا جائزا]
- ٢٤٤..... [لو كان الناقل غير معاوضة]
- ٢٤٥..... [لو باع العين ثالث فضولا]
- ٢٤٨..... [الملزم الخامس: امتزاج العينان او احدهما]
- ٢٤٩..... [الملزم السادس: التصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة]
- ٢٥٠..... [الملزم السابع: موت احد المتعاطيين]
- ٢٥٣..... [تنبيه هفتم]
- الأمر السابع [هل المعاطاء بعد التلف بيع، او معاوضة مستقلة؟ كلام الشهيد
الثاني في ذلك]
- ٢٥٣.....
- ٢٥٧..... [تفريع هذا البحث على القول بالملك المترزل]
- ٢٥٨..... [الاقوى ان المعاطاء بعد التلف بيع]
- ٢٥٩..... [تنبيه هشتم]
- ٢٥٩..... الأمر الثامن
- ٢٥٩..... [العقد غير الجامع لشرائط اللزوم معاطاء ام لا]
- ٢٦١..... [ظاهر جماعه كونه معاطاء]

- ٢٦٢ [ظاهرُ آخرين، عدم كونه معاطاة]
- ٢٦٣ [الجمع بين القولين]
- ٢٦٤ [المناقشة في الجمع المذكور]
- [تفصيل الكلام في صور المساله. ١- التقابض بغير رضى منهما بالتصرف]
- ٢٦٧
- ٢٦٩ [٢- التقابض برضى ناشئ عن اعتقاد الملكية]
- ٢٧٠ [٣- الرضا بالتصرف مستقلا عن العقد]
- ٢٧١ [شروط الصورة الثالثة. ١- كفاية الرضا الارتكازى]
- ٢٧٣ [٢- عدم اشتراط الانشاء بالقبض فى المعاطاة]

[فی معنی البیع]^۱

و هو^۲ فی الأصل^۳ کما عن المصباح^۴ - مبادلۀ مال^۵ بمال^۶.

۱ مرحله اول اجتهاد، مساله شناسی است و شناخت مساله متوقف بر شناخت مفردات آن است. معنای مفردات از نظر عرفی و اصطلاحی باید مشخص شود که این مشخص شدن علاوه بر روشن شدن محل بحث، موجب فهم مراد از این الفاظ در ادله لفظی و کلمات علماء می شود. اضافه بر این که روش تعریف کردن، نقد و بررسی تعاریف و رسیدن به تعریف صحیح با این مباحث آموخته می شود.

۲ روش های کشف معنای لغت: (۱) تبادل اهل زبان. (۲) قول لغویون و محققین از علماء. (۳) استعمالات معیار. (۴) تطبیق بر مصادیق. (۵) رابطه با سایر مفاهیم قریب به آن. (۶) و ... در ادامه توجه شود که مرحوم شیخ از کدام روش ها در کشف معنا استفاده کرده است.

۳ دو احتمال برای مراد از «اصل» در کلام المصباح المنیر وجود دارد: (۱) معنای حقیقی در مقابل معنای مجازی. (۲) معنای نخستین و ریشه ای - ولو بعدها معانی حقیقی دیگری نیز از آن متولد شده باشد - .
۴. المصباح المنیر: ۶۹، مادۀ: «بیع».

۵ هر یکی از مال ها در اوصاف اعتباری جای دیگری قرار گیرد.

۶ «شیء ینذل یازائه شیء». ر.ک. مرحوم خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۳. چند نکته: ۱/ فرق مال و ملک؟ گفته شده رابطه عموم و خصوص من وجه است چرا که یک دانه برنج ملک می باشد اما مال نیست و در مقابل ماهی صید نشده مال است اما ملک نیست. ۲/ مال اعم از عین، نقد رایج، منفعت (به نظر مرحوم شیخ. ر.ک. مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۴۸) است و شمول آن نسبت به حقوق محل تامل است.

[اختصاص المعوض بالعین]

و الظاهر^۸ اختصاص المعوض بالعین،^۹ فلا یعمّ إبدال المنافع بغيرها،^{۱۰} و علیه استقرّ اصطلاح الفقهاء فی البیع.^{۱۱}

^۷ تعریف مشتمل بر اصل عقد (مبادله) و مورد عقد (معوض و عوض) است. در ادامه مختصری در شروط و خصوصیات مورد عقد سخن گفته می شود تا فهم اجمالی از تعریف به تفصیل بیشتری برسد و سپس در مورد «اصل عقد» که آیا مبادله است یا غیر آن سخن گفته خواهد شد.
^۸ ظن قوی یا اطمینان.

^۹ عین اعم از عین شخصی، کلی در خارج و کلی در ذمه (ر.ک. مرحوم خویی، ج ۲، ص ۱۷) است. شمول آن نسبت به دین بر ذمه محل تامل است.

^{۱۰} دلیل این ادعا: متفاهم عرفی از بیع و تبادل از این لفظ نزد اهل زبان. نقد این ادعا در کلام مرحوم ایروانی و مرحوم امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۲.

^{۱۱} یعنی «بیع» در خصائص معوض اصطلاح خاصی در فقه ندارد و به همان معنای عرفی استعمال می شود.

نعم،^{۱۲} ربما يستعمل في كلمات بعضهم^{۱۳} في نقل غيرها [أعيان]، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمة المدبّر^{۱۴}،^{۱۵} وبيع سكنى الدار التي لا

^{۱۲} مراجعه به استعمال معيار برای کشف معنای لفظ.

^{۱۳} . كالشيخ قدس سره في المبسوط ۶: ۱۷۲.

^{۱۴} با فوت مولا آزاد و حرّ می شود.

^{۱۵} . الوسائل ۱۶: ۷۴، الباب ۳ من أبواب التدبير، الأحاديث ۱، ۳ و ۴.

^{۱۶} خود این عبد به فروش نمی رسد، بلکه منافع او در زمان خاصی در اختیار و ملک دیگری قرار می گیرد. پس معوض منفعت است - نه عین -.

يُعلم صاحبها^{١٧}، و كأخبار بيع الأرض الخراجية^{١٨} و شرائها^{١٩}،^{٢٠} و الظاهر أنّها مسامحة في التعبير،^{٢١} كما أنّ لفظ الإجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان، كالثمره على الشجرة^{٢٢}.

^{١٧}. الوسائل ١٢: ٢٥٠، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٥.

^{١٨} زمین مفتوحه عنوه در جهاد با اذن امام ع که تا قیامت ملک همه مسلمین است و به ملک کسی در نمی آید.

^{١٩}. الوسائل ١١: ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١ و ٦، و ١٢: ٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٩ و ١٠.

^{٢٠} در حقیقت اجاره زمین است برای استفاده از منافع آن.

^{٢١} نقد: استعمال اعم از حقیقت است و این استعمالات مجازی است. استعمالات معیار اگر به درجه اطّراد برسد و شرایط خاصی داشته باشد، اطمینان به معنای حقیقی را به همراه خواهد داشت.

^{٢٢} حقیقت آن بیع ثمره درخت است و چیزی اجاره داده نمی شود. (نقد مرحوم سید: قبل از ثمره واقعا اجاره دادن درخت است و بعد از ثمره اصلا اجاره به آن اطلاق نمی شود).

[عدم اختصاص العوض بالعين]

و أما العوض، فلا إشكال في جواز كونها منفعه،^{٢٣} كما في غير موضع من القواعد^{٢٤}، و عن التذكرة^{٢٥} و جامع المقاصد^{٢٦}،^{٢٧} و لا يبعد عدم الخلاف فيه.^{٢٨}

^{٢٣} دليل: منفعت صدق مال می کند و تبادل عرفی بیع شامل این قبیل عقود هم می شود.

^{٢٤} القواعد ١: ١٣٦ و ٢٢٥.

^{٢٥} التذكرة ١: ٥٥٦، ٥٥٧ و ٢: ٢٩٢.

^{٢٦} جامع المقاصد ٧: ١٠٣.

^{٢٧} جامع المقاصد فی شرح القواعد، مرحوم کرکی عاملی، محقق ثانی، قرن ١٠.

^{٢٨} مراتب و ضوح و اقوال در احکام فقهی: ضرورت - تسالم - اجماع (همه علماء نظر داده اند) - عدم خلاف (اکثر علماء نظر داده اند و برخی این مساله را مطرح نکرده اند) - عدم وجدان خلاف (تتبع تام نبوده است و به عدم خلاف نرسیده است) - شهرت (در مقابل شاذ) - اشهر (در مقابل مشهور). البته گاهی در استعمال ها نسبت به تفاوت این الفاظ دقت نمی شود.

نعم،^{۲۹} نُسب^{۳۰} إلى بعض الأعيان^{۳۱} الخلاف فيه؛ و لعلّه لما اشتهر في كلامهم: من أن البيع لنقل الأعيان^{۳۲}، و الظاهر^{۳۳} إرادتهم بيان المبيع،^{۳۴} نظير قولهم: إن الإجارة لنقل المنافع^{۳۵}.^{۳۶}

^{۲۹} ما ادعای عدم خلاف کرده ایم، در حالی که برخی ادعای وجود خلاف کرده اند. اما این ادعای برخی منشا غلطی دارد و با ادعای ما تعارض نمی کند.

^{۳۰} . نسبه الشيخ الكبير قدس سره في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة ۴۸.

^{۳۱} . هو الوحيد البهبهاني قدس سره في رسالته العملية الموسومة بـ «آداب التجارة» (انظر هداية الطالب: ۱۴۹).

^{۳۲} هم عوض و هم معوض.

^{۳۳} ظن قوی و اطمینان یا ظهور عبارت به دلیل عبارت همخانواده و هم سیاق که در مورد اجاره گفته می شود.

^{۳۴} فقط عوض باید از اعیان باشد.

^{۳۵} روشن است که در اجاره فقط معوض باید منفعت باشد و عوض می تواند منفعت نباشد. این عبارت مخصوص معوض است و این قرینه می شود که عبارت اول در مورد بیع نیز مخصوص معوض است. (قرینیت عبارات همخانواده و هم سیاق در استظهار).

^{۳۶} مرحوم شهیدی: دلیل اصلی، اعتبار مالیت در عوض و مال ندانستن منفعت است.

و أمّا عمل الحرّ،^{۳۷} فإن قلنا: إنّه قبل المعاوضة^{۳۸} عليه من الأموال، فلا إشكال، و إلّا ففيه إشكال؛ من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع «مالاً» قبل المعاوضة؛ كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح^{۳۹}.^{۴۰}

^{۳۷} عمل دابه یا عبد قبل از معاوضه جزو اموال مالک و مصداق مال است و عوض واقع شدن آن در بیع شک و شبهه ای ندارد. اما عمل حر قبل معاوضه اگر ملک کسی نباشد و مصداق مال نباشد - هر چند حر بر آن سلطنت دارد و می تواند آن را به تملیک غیر در آورد- عوض واقع شدن آن دارای اشکال است.

^{۳۸} عمل حر (مصداق منفعت است) بعد معاوضه به ملک غیر در آمده است و عرفاً مصداق مال می باشد.
^{۳۹} فعلیت عنوان مالیت هنگامی که مبادله بر آن واقع می شود.

^{۴۰} فرمایش مرحوم سید: صرف مقابله شدن با مال نزد عقلاء برای مصداق عوض بودن و صدق بیع کافی است. / فرمایش مرحوم خوئی: ملکیت امر اعتباری است که متعلق به چیزی است که قابلیت عقلانی آن را دارد و وجوب خارجی لازم نیست. / فرمایش مرحوم امام خمینی: مهم این است که بعد نقل، مال باشد و تبادل بیع عرفی باشد و عقلاء آن را اعتبار کنند.

و أما الحقوق^{۴۱}،^{۴۲} [۱] فإن لم تقبل المعاوضة بالمال^{۴۳} كحق الحضانه و الولاية فلا إشكال،^{۴۴} [۲] و كذا لو لم تقبل النقل،^{۴۵} كحق الشفعة، و حق الخيار؛ لأن^{۴۶} البيع تملك الغير.^{۴۷}

^{۴۱} حق بنا بر بعض تعاریف: نوعی سلطنت متعلق به شیء یا شخص در بعض جهات و سلطنت ناقص است در مقابل سلطنت کامل که ملکیت است. طبق این بیان حق و حکم رابطه تباین دارند و عمده تفاوت آنها در این است که حکم قابل اسقاط نیست، قابل نقل قهری و اختیاری هم نیست، لکن همه حقوق حداقل از این خصوصیات را دارند. در مقابل برخی حکم را اعم از حق می دانند. / برای ماهیت حق و تفاوت آن با حکم و ملک ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، مکاسب محرمة، کفاره غیبت، حاشیه مکاسب مرحوم اصفهانی، ج ۱، ص ۱۷، رساله حق و حکم مرحوم اصفهانی، مصباح الفقاهه مرحوم خویی، ج ۲، ص ۴۴، کتاب البیع امام خمینی، ج ۱، ص ۳۹.

^{۴۲} حقوق از حیث امکان یا عدم امکان اسقاط، امکان یا عدم امکان نقل قهری (ارث) و امکان یا عدم امکان نقل اختیاری - با عوض مثل حق تحجیر یا بدون عوض مثل حق قسم برای منکر - به اقسام مختلفی تقسیم می شوند - هر چند برخی از آنها مصداق واقعی ندارند یا برخی اقسام به نظر برخی مصداق حکم هستند و حق نمی باشند.

^{۴۳} امکان نقل اختیاری در معاملات معاوضه ای را ندارد. با توجه به مثالهای زده شده و تفاوتی که باید با قسم دوم داشته باشد، مراد حقوقی است که امکان اسقاط هم ندارند. برخی این قسم را مصداق حکم می دانند.

^{۴۴} در این که عوض قرار نمی گیرند، چرا که عوض باید از ملک مشتری خارج و وارد ملک بایع شود (امکان نقل اختیاری باید داشته باشد). / نقد مرحوم امام: خلط شده بین صدق عرفی بیع که محل بحث

است و صحت و فساد بیع. در نگاه عرف مبادله حقوق نیز مصداق بیع است. (به این نقد در ضمن بیان اقسام بعدی حقوق نیز باید توجه شود).

^{۴۵} تفاوت با قسم اول در این است که امکان اسقاط دارد و نقل قهری نیز در آن رخ می دهد.

^{۴۶} دلیل برای هر دو قسم می تواند باشد. / نقل حق به عنوان عوض، «شراء» است - نه بیع - و در نتیجه برای نفی عوض قرار گرفتن حق نباید به تعریف بیع تمسک کرد. اما علی ای حال باید در ضمن شراء تملیک غیر محقق شود و در این دو قسم این تملیک محقق نمی شود.

^{۴۷} اعطای پول برای اسقاط آن - نه مبادله و تملیک - مصداق بیع است؟ ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۵۰.

و لا ينتقض^{٤٨} بيع الدين^{٤٩} على من هو عليه؛^{٥٠} لأنه لا مانع من كونه تمليكاً [آناً] فيسقط؛^{٥١} و لذا جعل الشهيد [الاول] في قواعده «الإبراء» مردداً بين الإسقاط و التمليك^{٥٢}. و الحاصل: أنه يعقل أن يكون مالکاً لما في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط، و لا يعقل أن يتسلط على نفسه.^{٥٣}

^{٤٨}. النقص من صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٠٩.

^{٤٩} اگر پول بر ذمه باشد، مالک دین بایع نیست و مشتری است. به نظر مرحوم شیخ مبیع باید عین باشد. اما اگر عین بر ذمه باشد، مالک دین می تواند بایع باشد.

^{٥٠} اگر بیع تملیک غیر (نقل به طرف عقد) است، بیع دین صحیح نیست؛ چرا که معنا ندارد انسان مالک ذمه خودش باشد و از خودش طلبکار باشد و در نتیجه در این بیع نیز تملیک غیر رخ نمی دهد. لکن روشن است که این مورد مصداق بیع است، پس تعریف بیع به تملیک غیر صحیح نیست و جامع افراد بیع نمی باشد. در محل بحث نیز ممکن است مبادله حق تملیک غیر نباشد، ولی مصداق بیع باشد.

^{٥١} بدهکار در آن واحد مالک ذمه خود می شود و سپس آنچه بر ذمه بوده است، ساقط می شود. پس در این بیع نیز تملیک غیر (تملیک ذمه به بدهکار) رخ می دهد.

^{٥٢}. القواعد و الفوائد ١: ٢٩١.

^{٥٣} ظاهراً مراد سلطنت مستمر اعتباری است که به نظر عقلاء معقول نیست.

و السر: ^{۵۴} أن هذا الحقّ سلطنه فعلياً لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنّها نسبة ^{۵۵} بين المالك و المملوك، و لا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه، ^{۵۶} فافهم ^{۵۷}.

^{۵۴} سر این که چرا حقوق، تملیک ولو آناما را بر نمی تابد اما در مثل بیع دین، تملیک آناما رخ می دهد. ^{۵۵} نقد مرحوم سید: ملکیت سلطنت اعتباری است -نه نسبت-.

^{۵۶} حق دارای سه طرف است. من له الحق و من علیه الحق و موضوع حق و اتحاد من له الحق و من علیه الحق معقول نیست و نزد عقلاء اعتبار نمی شود -ولو آناما-. معقول نیست شخصی حق شفعه علیه خود داشته باشد و لذا نمی تواند حق شفعه عوض در بیع قرار بگیرد. [دقت در تحلیل اعتبارات عقلانی]. اما در ملکیت صرفاً دو طرف وجود دارد؛ مالک و مملوک علیه. در نتیجه اتحاد طلبکار (مالک) و بدهکار (مملوک علیه) محال نیست و ملکیت آناما نزد عقلاء اعتبار می شود.

^{۵۷} برخی حقوق با این بیان دو طرفه هستند، مانند حق تحجیر. برخی ملکیت ها با این بیان سه طرفه هستند مانند ملک کلی در ذمه شخص دیگر یا دین. هر چند می توان همه حقوق و ملکیت ها را سه طرفه دانست و طرف سوم بیگانگان هستند که باید به ملکیت یا حق این شخص احترام بگذارند. اضافه بر این که اشکال ذکر شده در فرضی است که حق به «من علیه الحق» تملیک شود، اما اگر به غیر او تملیک شود، اشکال اتحاد «من له الحق» و «من علیه الحق» رخ نمی دهد.

[۳] و أما الحقوق القابلة للانتقال^{۵۸} كحق التحجير و نحوه فهى و إن قبلت النقل و قوبلت
بالمال فى الصلح، إلا أن فى جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً، من أخذ المال فى عوضى
المبايعه لغه و عرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء^{۵۹} - عند التعرض لشروط العوضين و لما يصح
أن يكون اجرة فى الإجارة - فى حصر الثمن فى المال^{۶۰}.

^{۵۸} اختياراً. با اختيار مى توان آنها را نقل داد. اگر اين قسم مشتمل بر دو قسم باشد و برخى از آنها صرفاً
نقل اختيارى مجانى و بدون مقابل را بپذيرند - مثل حق قسم -، بايد «قابليت انتقال اختيارى با عوض»
گفته شود.

^{۵۹} و متفاهم عرفى از بيع.

^{۶۰} حق مال نيست (محل تامل است). ثمن در بيع بايد مصداق مال باشد (محل تامل است). پس حق ثمن
واقع در بيع واقع نمى شود.

^{۶۱} برأى سائر ادله عدم جواز ر.ك. مصباح الفقاهه مرحوم خويى، ج ۲، ص ۴۴. اما در ادله جواز گفته
شده است كه اولاً حق مال است چون عقلاء به ازای آن پول مى پردازند و ثانياً ملكيت امر اعتبارى
است و محل آن به اعتبار عقلاء بستگى دارد و در اين موارد اعتبار عقلايى وجود دارد - ولو قبل بيع مال
نباشد - پس مال بودن ثمن قبل از بيع شرط تحقق بيع نيست. ر.ك. حاشيه مرحوم سيد، ج ۱، ص ۵۴.

[تعاریف الفقهاء و المناقشه فیها]

ثمّ الظاهر^{۶۲}: أن لفظ «البيع» ليس له حقیقه شرعیة و لا متشرعیة ، بل هو باقٍ علی معناه العرفی، كما سنوضحه إن شاء الله، إلی أن الفقهاء قد اختلفوا فی تعریفه: ^{۶۳}
ففی المبسوط^{۶۴} و السرائر و التذکره^{۶۵} و غیرها^{۶۶}: «انتقال عین من شخص إلی غیره بعوض مقدّر علی وجه التراضی».

^{۶۲} ظن قوی و اطمینان یا استظهار از عبارات شرعی.

^{۶۳} با دقت در نقدهای ارائه شده نسبت به تعاریف، روش نقد و بررسی تعاریف را می توان از علماء آموخت.

^{۶۴} . المبسوط ۲: ۷۶.

^{۶۵} . التذکره ۱: ۴۶۲.

^{۶۶} . انظر القواعد ۱: ۱۲۳، و التحرير ۱: ۱۶۴.

و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحةً واضحةً،^{٦٧} عدل آخرون^{٦٨} إلى تعريفه بـ «الإيجاب و القبول»^{٦٩} الدالّين على الانتقال.

و حيث إنّ البيع من مقولة المعنى^{٧٠} دون اللفظ مجرداً أو بشرط قصد المعنى، و إلّا لم يعقل إنشاؤه باللفظ،^{٧١} عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بـ «نقل العين بالصيغة المخصوصة»^{٧٢}.

^{٦٧} تعريف به لازمه و اثر بيع (انتقال) شده است، در حالی که بيع سبب انتقال است نه خود انتقال. (در ادامه نیز بیان می شود که مرحوم شیخ بیع را به معنای مسبب نمی داند). + لازمه اعمّ است و در صلح و هبه نیز این لازمه رخ می دهد. پس مانع اغیار نیست. (پس تعریف به ماهیت و حقیقت شیء باید باشد -نه لازم و اثر آن-).

^{٦٨} منهم: المحقق فی المختصر النافع: ١١٨، و الشهيد فی الدروس ٣: ١٩١، و الفاضل المقداد فی التنتیج ٢: ٢٤.
^{٦٩} الفاظ ایجاب و قبول مراد است که سبب انتقال هستند. پس این تعریف اشکال تعریف سابق را ندارد.
^{٧٠} نقل قصدی و قلبی.

^{٧١} انشاء بیع با لفظ معقول است اما انشاء معرفّ با لفظ معقول نیست چرا که معنا با لفظ انشاء می شود و لفظ با لفظ انشاء نمی شود. (تعریف به منشاء و مبرز بیع است -نه خود بیع-، دلیل آن که معرفّ باید تمام خصائص معرفّ را داشته باشد در حالی که در این تعریف اینگونه نیست).
^{٧٢} جامع المقاصد ٤: ٥٥.

و یرد علیه - [۱] مع أنّ النقل لیس مرادفاً للبیع؛^{۷۳} و لذا صرّح فی التذکره: بأنّ إیجاب البیع لا یقع بلفظ «نقلت»،^{۷۴} و جعله من الکنایات^{۷۵}،^{۷۶} [۲] و أنّ المعاطاة عنده^{۷۷} بیع مع خلوها عن الصیغه: - [۳]^{۷۸} أنّ النقل بالصیغه أيضاً لا یعقل إنشائه بالصیغه.^{۷۹}

^{۷۳} اگر نقل جنس تعریف باشد، نباید مرادف با معرف باشد. احتمالاً مراد ایشان عدم ترادف کل معرف (نقل عین با صیغه مخصوص) است. از سویی دو احتمال برای عدم ترادف وجود دارد: (۱) تغایر مفهومی چون نقل لازمه بیع است - نه خود بیع - (تعریف به لازمه و اثر رخ داده است). (۲) نقل عین با صیغه مخصوص اعم مصداقی است و شامل صلح و هبه و ... نیز می شود. (تعریف مانع اغیار نیست).
^{۷۴} بیع با لفظ «بعث» محقق می شود اما با لفظ «نقلت» خیر. پس مترادف نیستند.
^{۷۵} لم نعر علیہ بعینه، نعم فیہ بعد ذکر شرط التصریح: «عدم انعقاده بمثل: أدخلته فی ملکک أو جعلته لک»، انظر التذکره ۱: ۴۶۲

^{۷۶} یعنی ظهور و صراحتی در بیع ندارد. کنایه گاهی در معنایی اعم از مجاز استعمال می شود.
^{۷۷} .أی عند المحقق الثانی، راجع جامع المقاصد ۴: ۵۸.
^{۷۸} تفاوت خصائص معرف و معرف دلیل عدم صحت تعریف. خصوصیت: قابلیت انشاء با لفظ.
^{۷۹} چرا که خودش از مقوله لفظ است و نیازی به لفظ دیگری برای انشاء آن وجود ندارد و اصلاً معقول نیست لفظی منشیء لفظ دیگری باشد.

و لا یندفع هذا^{۸۰}: بأنّ المراد^{۸۱} أنّ البیع نفس النقل الذی هو مدلول الصیغۀ، فجعله مدلول الصیغۀ إشارةً إلى تعین ذلك الفرد من النقل، لا أنّه مأخوذ فی مفهومه حتی یكون مدلول «بعت»: نقلت بالصیغۀ؛^{۸۲} لأنّه إن أريد بالصیغۀ خصوص «بعت» لزم الدور؛ لأنّ المقصود

^{۸۰} اشکال سوم با این بیان دفع نمی شود. (ظاهراً اشکال سوم به نظر مرحوم شیخ دفع شده است که اشکال دیگری به این بیان مطرح می کنند).

^{۸۱} اگر کل تعریف در مفهوم اخذ شده بود، اشکال وارد بود؛ در حالی که در تعریف فقط نقل عین اخذ شده است، البته برای اشاره به صنف خاصی از نقل عین -در مقابل نقل مکانی و ...- «با صیغۀ مخصوص» ذکر شده تا اشاره به آن صنف خاص باشد و این قید در مفهوم اخذ نشده است تا اشکال سوم وارد شود. این صنف خاص از نقل عین قابل انشاء با لفظ است، چرا که خودش از مقوله لفظ نیست. (در تعاریف دقت شود که کدام قیود در مفهوم معرفّ اخذ شده اند و کدامیک عنوان مشیر هستند).

^{۸۲} گویا اشکال قبلی وارد نیست، اما اشکال دیگری به نظر مرحوم شیخ وارد است و آن این که اگر مراد از صیغۀ خاص، «بعت» باشد (بیع = نقل عین با «بعت»)، تعریف دوری خواهد بود. هدف شناخت ماده بیع بود در حالی که در معرفّ هم این ماده به کار برده شده است. (معرفّ باید اجلی از معرفّ باشد). [نقد: معنای بیع معرفّ است و لفظ «بعت» معرفّ است و لذا دور رخ نداده است. ر.ک. تعلیقۀ مرحوم سید یزدی و مرحوم تبریزی]. اگر مراد از صیغۀ خاص اعم از «بعت» و «ملکت» و امثال آن باشد، باز هم این معنای اعم شامل «بعت» خواهد بود و تعریف دوری می شود و لذا این مفهوم اعم نباید شامل این لفظ شود و مخصوص «ملکت» و «نقلت» و امثال اینها باید باشد و لذا باید از همین صیغۀ ها در تعریف استفاده شود. (بیع = نقل عین با صیغۀ ملکت و نقلت / در حالی که به طور قطع بیع با «بعت» محقق می

معرفة مادة «بعت»، و إن أريد بها ما يشمل «مَلَكْت» و جب الاقتصار على مجرد التمليك و النقل.

[التعريف المختار و الدفاع عنه]

فالأولى تعريفه بأنه: «إنشاء^{٨٣} تمليك عين بمال»، و لا يلزم عليه شيء مما تقدم.

نعم، يبقى عليه أمور:

منها: أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «مَلَكْت» و إلا لم يكن مراداً له.^{٨٤}

شود و در حقیقت معامله با بعت، مصداق بیع و معرف می باشد، اما مصداق معرف نمی باشد و تعریف جامع افراد نیست).

^{٨٣} ظاهراً قید «انشاء» اضافه شده است تا تعریف به لازم و اثر نباشد. تمليك واقع شده و امضاء شده توسط عقلاء یا شارع لازمه بیع است. / نقد مرحوم سید: باید این قید از تعریف حذف شود چرا که بیع فعل خاصی است که انشاء می شود -نه خود انشاء-. / جواب مرحوم شهیدی: مراد از انشاء در تعریف، در مقابل اخبار نیست بلکه مراد نسبت اخذ شده در مصدر است (معنای حدوثی و ایجادى) و تعریف بیع به معنای مصدری را در اینجا شاهد هستیم. به این معنا بیع ایجاد شده در نفس، قابل انشاء با لفظ می باشد. / نقد مرحوم شهیدی: بیع، انشاء تمليك نیست و تمليك از لوازم غالبی آن است -نه لوازم همشگی آن-.

^{٨٤} اگر مرادف نباشند، تعریف غلط است و اگر مرادف باشند، بیع با لفظ «مَلَكْت» باید واقع شود، در حالی که تالی باطل است.

و یردّه: أنّه الحقّ^{۸۵} كما سیجی^{۸۶}.

و منها:^{۸۷} أنّه لا یشمل بیع الدین علی من هو علیه؛ لأنّ الإنسان لا یملک مالاً علی نفسه.

و فیہ -مع ما عرفت^{۸۸} و ستعرف من تعقل تملک ما علی نفسه و رجوعه إلى سقوطه عنه، نظیر تملک ما هو مساوٍ لما فی ذمّته، و سقوطه بالتهاتر^{۸۹}:- أنّه لو لم یعقل التملیک لم یعقل البیع؛ إذ لیس للبیع لغهٌ و عرفاً معنی غیر المبادئ و النقل و التملیک و ما یساویها من

^{۸۵} تالی باطل نیست و بیع با لفظ «ملک» واقع می شود.

^{۸۶} یجیء فی الصفحة ۱۵ و ۱۲۰ (چاپ کنگره).

^{۸۷} تعریف باید جامع افراد باشد. بیع دین به بدهکار مصداق بیع است اما تملیک نیست.

^{۸۸} راجع الصفحة ۹ (چاپ کنگره)، قوله: «و الحاصل: أنّه یعقل..».

^{۸۹} بدهکار مالک مبلغی بر ذمه طلبکار می شود و این دو مال بر ذمه با تهاتر ابتداءً ملکیت آنی و سپس سقوط را به همراه دارند. به این معنا که با تهاتر بدهکار مالک آنی ذمه خود و طلبکار مالک آنی ذمه خود می شود.

الألفاظ؛ ولذا^{۹۰} قال فخر الدين: إنَّ معنى «بعت» في لغة العرب: «ملَّكت غيري»^{۹۱}، فإذا لم يعقل ملكيَّة ما في ذمَّة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع^{۹۲}.

و منها: ^{۹۳} أنه يشمل التمليك بالمعاطة، مع حكم المشهور، بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعاً^{۹۴}.

و فيه: ما سيجيء من كون المعاطة بيعاً^{۹۵}؛ و أنَّ مراد النافين نفى صحته^{۹۶}.

و منها: ^{۹۷} صدقه على الشراء؛ فإنَّ المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

^{۹۰} شاهد برای ترادف معنایی بیع با تملیک -ولو با قیودی-.

^{۹۱} .قاله فی شرح الإرشاد، علی ما حکاه عنه السید العاملی فی مفتاح الکرامه ۴: ۱۵۲.

^{۹۲} اگر در بیع دین به بدهکار تملیک، نقل، مبادل و امثال آنها محقق نشود، عرفاً بیع نیز محقق نخواهد شد و این معامله از مصادیق بیع نخواهد بود.

^{۹۳} تعریف باید مانع اغیار باشد.

^{۹۴} .کما ادعاه ابن زهره فی الغنیة: ۲۱۴.

^{۹۵} . یأتی فی الصفحه ۴۰ (چاپ کنگره).

^{۹۶} معتقدند که مستلزم اباحه تصرف است و بیع صحیح شرعی نیست. پس منکر صدق بیع عرفی آن نیستند.

^{۹۷} تعریف مانع اغیار نیست، چرا که مشتری نیز انشاء تملیک عوض در قبال معوض را دارد و اگر عوض عین باشد، تعریف بیع (انشاء تملیک عین بمال) شامل آن می شود.

و فيه: ^{۹۸} أن التملیک فيه ضمنی، ^{۹۹} و إنما حقیقته التملک بعوض؛ ^{۱۰۰} و لذا لا يجوز الشراء بلفظ «ملکت»، ^{۱۰۱} تقدّم علی الإیجاب أو تأخّر.

^{۹۸} با تحلیل عقلائی و دقت در ارتکازات عرفی تفاوت شراء و بیع و همچنین صلح و هبه معوضه با بیع به دست می آید.

^{۹۹} تبعی در مقابل اصلی - نه ضمنی در مقابل دلالت تطابقی یا التزامی -.

^{۱۰۰} با تحلیل عقلائی عملکرد عرف می یابیم که عرف به مشتری تملک مثنی در قبال ثمن را نسبت می دهد - نه تملیک را - . در حقیقت آنچه معیار است، معوض است و با بیع تملیک معوض در قبال عوض را انجام می دهد و مشتری تملک معوض در قبال عوض. به تبع تملک مثنی، تملیک ثمن نیز رخ می دهد که حقیقت شراء نیست. / سوال: تعریف شامل فعل تبعی شراء که تملیک است و بیع نیست، می شود. پس تعریف مانع اغیار نیست. جواب: تملیک به تبع تملک واقع خارجی ندارد و فعل منتسب به مشتری نیست و عرف مشتری را تنها فاعل تملک می داند. تملیک تبعی صرفاً اعتبار و تحلیل انتزاعی ما از واقعیت خارجی است. فتامل.

^{۱۰۱} پس شراء مرادف تملیک نیست. (عدم صدق عرفی شراء با «ملکتُ الثمن بالمشمن» محل تامل است).

و به^{۱۰۲} يظهر اندفاع الإيراد بانتفاضه بمستأجر العين بعين؛^{۱۰۳} حيث إن الاستتجار يتضمّن تملك العين بمال، أعنى: المنفعة.^{۱۰۴}

و منها:^{۱۰۵} انتفاض طرده بالصلح على العين بمال، و بالهبة المعوّضة.

و فيه: أن حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الأصلي هو التسالم؛ و لذا^{۱۰۶} لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم، هو متضمّن للتملك إذا تعلق بعين، لا أنه نفسه.

^{۱۰۲} مشتری فاعل تملك است - نه تملك -.

^{۱۰۳} تعریف مانع اغیار نیست؛ چرا که شخصی که عینی را به عنوان عوض به ملک دیگری در آورد تا منفعت خانه یا ماشین یا ... را به دست آورد، انشاء تملیک عین بمال انجام داده است، در حالی که معامله اجاره است و مصداق بیع نیست. پس تعریف شامل برخی معاملات اجاره می شود.

^{۱۰۴} حقیقت فعل این شخص نزد عرف تملک منفعت در قبال عین است - نه تملیک عین - . تملیک عین ضمنی و تبعی است.

^{۱۰۵} مانع اغیار نیست.

^{۱۰۶} دو احتمال: (۱) دلیل برای این که صلح به معنای تسالم است: در صلح و سازش دو طرفه مورد و متعلق صلح الزامی نیست و لذا فعل آن متعدی بنفسه نیست. و فيه تامل. (۲) دلیل برای این که صلح به معنای تملیک نیست: تملیک متعدی به نفسه است و گفته می شود «ملکتک المال»، اما صلح متعدی به

و الذى يدلُّك على هذا^{١٠٧}: أن الصلح قد يتعلَّق بالمال عيناً أو منفعةً، فيفيد التمليك. و قد يتعلَّق بالانتفاع به ، فيفيد فائدة العارية، و هو مجرد التسليط ، و قد يتعلَّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال، و قد يتعلَّق بتقرير^{١٠٨} أمرٍ بين المتصالحين^{١٠٩} كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه: «صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك»^{١١٠} فيفيد مجرد التقرير.

فلو كانت حقيقة الصلح هى عين كلِّ من هذه المفاداة الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً، و هو واضح البطلان، فلم يبقَ إلَّا أن يكون مفهومه معنى آخر، و هو التسالم،^{١١١} فيفيد فى كلِّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلِّقه.

نفسه نیست و گفته می شود «صالحتك عن كذا بكذام». (نقد: گاهی افعال متعدی با حرف جرّ مرادف با افعال متعدی بنفسه هستند).

^{١٠٧} که حقیقت صلح، تملیک نیست.

^{١٠٨} قرار گذاشتن بین دو طرف.

^{١٠٩} نه تملیکی رخ می دهد و نه اسقاط یا انتقالی و نه تسلیطی. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٥٣.

^{١١٠} ر.ک. وسائل الشیعه، ج ١٨، ص ٤٤٤، ح ١.

^{١١١} که این معنای واحد در تمام این موارد صدق کند.

فالصلح على العين بعوض: تسالمٌ عليه ، و هو يتضمّن التمليك، لا أنّ مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التمليك.

و من هنا^{۱۱۲} لم يكن طلبه [الصلح] من الخصم إقراراً^{۱۱۳}، بخلاف طلب التمليك.^{۱۱۴}

و^{۱۱۵} أمّا الهبة المعوّضة و المراد بها هنا^{۱۱۶}: ما اشترط فيها العوض^{۱۱۷} فليست إنشاء تمليكٍ بعوض على جهة المقابلة،^{۱۱۸} و^{۱۱۹} إلّا [۱] لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون

^{۱۱۲} که حقیقت صلح تسالم است و تملیک نیست ... (می تواند شاهد یا دلیل دیگری بر تفاوت تملیک و صلح باشد).

^{۱۱۳} اقرار به این که طرف مقابل مالک کالا است. اگر گفته شود «کتاب را به من تملیک کن»، اقرار به مالکیت طرف مقابل است. اما اگر گفته شود «بر سر کتاب مصالحه کنیم»، اقرار به مالکیت طرف مقابل نیست و ممکن است نسبت به مالک شک داشته باشیم یا خود را مالک بدانیم.

^{۱۱۴} ر.ک. تعلیقه مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۷۱.

^{۱۱۵} اشکال: تعریف مانع اغیار نیست و شامل هبه معوضه نیز می شود.

^{۱۱۶} در مقابله هبه ای که در مقابل هبه دیگری واقع شود اما هبه اول مشروط به هبه اول نباشد. تفاوت این قسم با بیع روشن است و لذا در مقام مورد بحث نیست.

^{۱۱۷} هبه اول مشروط به تحقق هبه دوم است. (به هبه دوم یا موهوب دوم اطلاق عوض شده است).

^{۱۱۸} مرحوم سید: مجانی بودن در حقیقت هبه لحاظ شده است و اشتراط غیر از مقابله و عوض قرار دادن چیزی است. (ر.ک. تعلیقه مرحوم ایروانی).

^{۱۱۹} روش استدلال در مقام: نفی لوازم برای اثبات نفی ملزوم (انشاء تملیک عین به عوض بودن هبه).

تملک الآخر للآخر، مع أنّ ظاهرهم عدم تملک العوض بمجرد تملک الموهوب الهبة،^{۱۲۰}
بل غاية الأمر أنّ المتّهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع في هبته.^{۱۲۱}

فالظاهر^{۱۲۲} أنّ التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تملكاً
مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً،^{۱۲۳} لا أنّ حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كلّ من
العوضين؛ كما يتّضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الاولى^{۱۲۴}.

^{۱۲۰} با هبه اول، فقط طرف مقابل مالک موهوب اول می شود.

^{۱۲۱} خيار تخلف شرط دارد - نه این که هبه اول اصلاً واقع نشود و باطل باشد - بر خلاف بیع که ملکیت
بایع و مشتری در زمان واحد رخ می دهد و در فرض عدم پرداخت عوض (عدم قبول مشتری)، اصل
بیع باطل می شود. (در بیع تنها یک فعل «قبول» از مشتری سر می زند. در هبه معوضه، موهوب علاوه بر
«قبول هبه اول» - بر فرض عقد بودن هبه و ایقاع نبودن آن - هبه دوم را نیز انجام می دهد و در فرض
ترک هبه دوم، خيار تخلف شرط برای شخص اول ثابت می شود).

^{۱۲۲} اطمینان یا ظنّ قویّ حاصل از تحلیل عرفی این حقائق.

^{۱۲۳} دو معامله و عقد مستقلّ از یکدیگر رخ می دهد. بنابراین تحقق دو معامله مستقل، همزمان بودن
تحقق ملکیت برای دو طرف و ثبوت خيار در فرض امتناع از هبه دوم، تفاوت هبه معوضه و بیع انشاء
تملیک عین بمال (بیع) است. البته تفاوت دوم و سوم را می توان از لوازم تفاوت اول دانست.

^{۱۲۴} . فی غیر «ف» و «ش» زیاده ما یلی: «و ممّا ذکرنا تقدّر علی إخراج القرض من التعریف؛ إذ لیس المقصود
الأصلی منه المعاوضة و المقابلة، فتأمّل»، لکن شطب علیها فی «م» و کتب علیها فی «ن»: زائد.

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أنّ حقيقةً تملكك العين بالعوض ليست إلّا البيع، فلو قال: «ملكك كذا بكذا» كان بيعاً،^{١٢٥} ولا يصحّ صلحاً ولا هبة معوضه وإن قصدهما؛ إذ التملك على جهة المقابلة الحقيقيّة ليس صلحاً، ولا هبة، فلا يقعان به.

نعم، لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجّه تحقّقهما مع قصدهما.

فما قيل من أنّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصلح والهبة المعوضه^{١٢٦}، محلّ تأمل، بل منع؛^{١٢٧} لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

نعم، لو اتى بلفظ «التملك بالعوض» واحتمل إرادة غير حقيقته كان مقتضى الأصل اللفظي حمله على المعنى الحقيقي،^{١٢٨} فيحكم بالبيع، لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى

^{١٢٥} چون تحقّق تملك على جهة المقابلة از این عبارت ظاهر است و ظهور در بیع دارد. اگر قصد همین معنا را هم داشته باشد، بیع واقع می شود، اما اگر قصد واقعی اش هبه باشد، این الفاظ مبرز هبه نیست و باید از لفظ کاشف از قصد استفاده کند.

^{١٢٦} . انظر الجواهر ٢٢: ٢٤٦.

^{١٢٧} مرادشان از اصل چیست؟ صلح و هبه فرع به حساب می آیند؟ مراد از تقدم بیع بر صلح و هبه چیست؟ باید گفته شود فقط «بیع» محقق می شود و لا غیر.

^{١٢٨} اصالت حقیقت که از مصادیق اصالت ظهور است.

ليس مراد القائل المتقدم،^{١٢٩} و سيجىء توضيحه فى مسألة المعاطاء فى غير البيع إن شاء الله^{١٣٠}.

بقى^{١٣١} القرض داخلًا فى ظاهر الحدّ،^{١٣٢} و يمكن إخراجہ بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة،^{١٣٣} لا معاوضة للعین بهما؛ و

^{١٢٩} چرا که قائل استعمال تمليك بعوض در صلح و هبه را نیز حقیقت می داند. پس نمی تواند مراد ایشان اصالت حقیقت باشد. (شاید تمليك را مشترك معنوی می دانسته اند و تقدیم بیع را به دلیل غلبه وجودی و انصراف یا حکم و اعتبار عقلائی قائل بوده اند).

^{١٣٠}. یجىء فى الصفحة ٩١ (چاپ کنگره) عند قوله: الخامس فى حکم جریان المعاطاء

^{١٣١} اشکال: مانع اغیار نیست و تعریف شامل قرض نیز می شود.

^{١٣٢} در قرض تمليك عين (اسکناس یا سکه طلا یا ...) در مقابل عوض رخ می دهد.

^{١٣٣} تمليك با ضمان مالیت شیء - نه خصوصیات شخصی آن شیء - عرفا همان معوض برگشت داده می شود - نه عوض آن - (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانى).

لذا^{۱۳۴} [۱] لا یجری فیہ ربا المعاوضۃ،^{۱۳۵} [۲] و لا الغرر المنفیٰ فیہا،^{۱۳۶} [۳] و لا ذکر العوض،^{۱۳۷} [۴] و لا العلم بہ،^{۱۳۸} فتأمل^{۱۳۹}. ۱۴۰

^{۱۳۴} دلیل برای این که تملیک معاوضی نیست با نفی لوازم تملیک معاوضی. چهار لازم از لوازم تملیک معاوضی نفی می شود تا ملزوم نفی شود.

^{۱۳۵} به دو بیان: (۱) ربا در تملیک معاوضی مخصوص مکیل و موضوع از جنس واحد است، اما در قرض اعم از آن است و در معدود یا جنس متعدد نیز رخ می دهد. به عنوان مثال اگر سکه به عنوان قرض داده شود و شرط کند که اسکناس به مقدار بیشتر از حیث مالیت پس بگیرد، رباست. (۲) برای تحقق ربا در تملیک معاوضی مقدار اهمیت دارد، اما در قرض، مالیت اهمیت دارد. (نقد مرحوم سید: ممکن است قرض تملیک معاوضی خاصی باشد که به دلیل خاص محدوده ربا در آن با دیگر تملیک های معاوضی متفاوت است [لازمه ممکن است اخص از ملزوم باشد که در این صورت با نفی لازم، نفی ملزوم نتیجه نمی شود. مساوی بودن یا اعم بودن این لازمه دلیل متقنی ندارد].)

^{۱۳۶} جهل به مقدار قرض در هنگام تحقق قرض منعی برای صحت آن ایجاد نمی کند و قرض به شکل صحیح شکل می گیرد، هر چند بعد از قرض از باب لزوم دفع مثل یا قیمت، به عنوان مقدمه باید بر مقدار آن آگاه شد. (این حکم محل بحث و اختلافی است). (همان نقد مرحوم سید به ربای معاوضی در این مورد نیز وارد است).

^{۱۳۷} در ضمن عقد بیع باید عوض را ذکر کرد [یا به نحوی معلوم باشد که در حکم ذکر است]. لکن در ضمن عقد قرض لزوم به ذکر عوض نیست. (نقد مرحوم سید: در این تملیک معاوضی عوض دقیقا معلوم است که مالیت شیء است و نیازی به ذکر آن وجود ندارد [یا در حکم ذکر است].)

ثم إن ما ذكرنا، تعريف للبيع المأخوذ في صيغته «بعث»^{١٤١} و غيره من المشتقات^{١٤٢}.

[الاستعمال في معانٍ آخر]

و يظهر من بعض من قارب عصرنا^{١٤٣} استعماله في معانٍ آخر^{١٤٤} غير ما ذكر:

أحدها: التملك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري، و إليه نظر بعض مشايخنا^{١٤٥}، حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح؛ و لعله [١] لتبادر

^{١٣٨} در قرض علم به عوض شرط صحت نیست و بدهکار می تواند با سکه یا با اسکناس قرض خود را ادا کند. (همان نقد مرحوم سید به دلیل سابق، به این دلیل نیز وارد است).

^{١٣٩}. عبارة «بقي القرض إلى فتأمل» لم ترد في «خ»، و كتب عليها في غير «ف» و «ش»: «زائد»، و قد تقدّم (في الصفحة ١٤، (چاپ کنگره) الهامش ٨) زيادة عبارة عن بعض النسخ ترتبط بإخراج القرض، و الظاهر أنّ المؤلف قدس سره كتب أولاً تلك العبارة ثمّ أعرض عنها و بينها هنا بلفظ أوفى، فصار ذلك منشأ لاختلاف النسخ.

^{١٤٠} شاید اشاره به همان اشکالاتی باشد که در کلام مرحوم سید آمده است.

^{١٤١} ناظر به موجب و فعلی صادر شده از طرف او.

^{١٤٢} مثل بايع و باع و

^{١٤٣}. انظر مقابيس الأنوار: ١٠٧ (كتاب البيع)، و ٢٧٥ (كتاب النكاح).

^{١٤٤} که ادعا شده یا احتمال دارد ادعا شود «استعمال حقیقی» است.

^{١٤٥}. لم نعثر عليه، و لعله المحقق النراقي، انظر المستند ٢: ٣٦٠.

التملیک المقرون بالقبول من اللفظ، [۲] بل ۱۴۶ و صحّة السلب عن المجرد؛ و لهذا لا يقال: «باع فلان ماله»، إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، و يستفاد من قول القائل: «بعت مالى»، أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.

الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال، كما يظهر من المبسوط ۱۴۷ و غيره ۱۴۸. ۱۴۹

۱۴۶ تبادر اجمالی منشا صحت سلب می تواند باشد و ممکن است برخی تبادر تفصیلی را تصدیق نکنند ولی به دلیل تبادر اجمالی، صحت سلب را بپذیرند.

۱۴۷. المبسوط ۲: ۷۶.

۱۴۸. السرائر ۲: ۲۴۰.

۱۴۹ در ابتدای نقل تعاریف علماء به آن اشاره شد و نقد آن گذشت. تکرار آن ضرورتی نداشت.

الثالث: نفس العقد ١٥٠ المركّب من الإيجاب و القبول،^{١٥١} و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد^{١٥٢}. قال^{١٥٣}: بل الظاهر اتّفاقهم على إرادة هذا المعنى فى عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجارة و شبهها التى ليست هى فى الأصل اسماً لأحد طرفى العقد^{١٥٤}.^{١٥٥}

^{١٥٠} عقد مشترك لفظى است: (١) معاملات دوطرفه و در مقابل ايقاع. (٢) مجموع ايجاب و قبول كه مى تواند با لفظ حاصل شود (مجموع «بعث» و «قبلت»). در مقام اصطلاح دوم مراد است.

^{١٥١} شبيه تعريف دوم ذكر شده در ابتدای بحث از تعاريف بيع نزد علماء.

^{١٥٢} مثل الحلبي فى الكافي: ٣٥٢، و ابن حمزه فى الوسيلة: ٢٣٦، و اختاره العلامة فى المختلف ٥: ٥١.

^{١٥٣} .أى بعض من قارب عصر المؤكف قدس سره، المشار إليه آنفاً

^{١٥٤} .انظر مقابس الأنوار: ١٠٧ و ٢٧٥.

^{١٥٥} الفاظ معاملات سه قسم هستند: (١) اسم برای يك طرف معامله است: بيع. (٢) اسم برای دو طرف معامله است: شركت. (٣) اسم برای مورد معامله است: مثل صدقه، وديعه، عاربه و اجاره (اجاره اسم برای اجرت است). استعمال الفاظ قسم سوم برای معاملات - كه فعل موجب و قبول کننده است - رخ داده است، پس به طريق اولی استعمال الفاظ قسم اول برای معاملات مى تواند رخ داده باشد. قسم اول حداقل دارای علاقه و وثيق جزء و كل مى باشد و استعمالش اقوى و اقرب و اسهل است.

أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقّب للقبول،^{١٥٦} فالظاهر أنّه ليس مقابلًا للأوّل،^{١٥٧} و إنّما هو فردٌ انصرف إليه^{١٥٨} اللفظ في مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المثمر؛ إذ لا ثمره في الإيجاب المجرد، فقول المخبر: «بعث»، إنّما أراد الإيجاب المقيد، فالقيد مستفاد من

^{١٥٦} مرحوم سيد يزدي تصريح کرده است که به نحو شرط متاخر در مفهوم اخذ شده است، شبیه اخذ و اعطاء یا خواباندن و خوابیدن.

^{١٥٧} معنای مختار مرحوم شیخ اعم (-چه متعقب به قبول باشد و چه نباشد-) از این معنای ادعایی است. گاهی لفظی که برای معنای اعم وضع شده است، با قرائنی و بر اساس تعدد دال و مدلول، کشف می شود که مصداق خارجی آن از صنف خاصی بوده است. به عنوان مثال وقتی گفته می شود «انسانی در مدرسه راه می رفت»، کشف می شود که مصداق خارجی «انسان» دارای پا بوده است، اما لفظ در همان معنای کلی استعمال شده است -نه استعمال مجازی در «انسان دارای پا»-. یا هنگامی که گفته می شود «روغن را در غذا ریختم»، معلوم می شود که «روغن خوراکی» بوده است. «دارای پا بودن» یا «خوراکی بودن» از حاقّ لفظ استفاده نشده است، بلکه از قرائن به دست آمده است. در محل بحث نیز بیع در معنای عام استعمال می شود، اما با قرائنی کشف می شود که بیع صحیح (متعقب به قبول) بوده است. بیع فعل بایع است و «بعث» از آن اخذ شده و در فعل بایع و معنای «بعث»، تعقب قبول مشتری لحاظ نشده است. (نقد مرحوم خوئی: معنای «بعث»، «بعته ان قبلت أو حين قبولك» است. سپس اشکال تعلیقی بودن را مطرح و آن را جواب داده اند. ر.ک. مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۷۳).

^{١٥٨} در ادامه بیان می کنند که لفظ در معنای خاص استعمال نشده است و در نتیجه مراد ایشان از «انصراف» معنای اصطلاحی آن در حال حاضر نیست.

الخارج، لا أنَّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقب للقبول^{١٥٩}، و^{١٦٠} كذلك لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التمليك» و شبهها، مع أنه لم يقل أحد بأنَّ تعقب القبول له دخل في معناها.^{١٦١}

^{١٥٩} نقد مرحوم سيد يزدي : مقتضای کلام شیخ، ایقاع بودن بیع است در حالی که بیع عقد است. اشکالاتی دیگری نیز مطرح کرده اند. ر.ک. حاشیه مرحوم سيد يزدي، ج ١، ص ٦٢.

^{١٦٠} بیان شاهد برای ادعای مرحوم شیخ. (کمک گرفتن از معانی مشابه و مترادف).

^{١٦١} نقد مرحوم سيد يزدي : این الفاظ اعم از بیع بوده و شامل ایقاع نیز می شود و لذا تعقب قبول در آنها اخذ نشده است. (نفی ترادف و تشابه). (اشکال دیگر : گفته شده در این مفاهیم نیز تعقب قبول اخذ شده است).

نعم،^{۱۶۲} تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج^{۱۶۳}، لا في نظر الناقل؛^{۱۶۴} إذ لا ينفكّ التأثير عن الأثر، فالبيع وما يساويه معنىً من قبيل الإيجاب والوجوب، لا الكسر والانكسار^{۱۶۵} كما تخيّل بعض^{۱۶۶} فتأمّل.^{۱۶۷}

^{۱۶۲} توضیحی در مورد نقش «قبول».

^{۱۶۳} بر اساس اعتبار عقلاء یا شارع.

^{۱۶۴} بایع هنگام استعمال «بعث» و استفاده از این ماده، نگاهی به قبول مشتری ندارد. ناقل تملیک می کند و نقل می دهد (تملیک انشائی - نه خارجی -). او تملیک خود را علت برای انتقال می دارد و اثر و موثر از یکدیگر منفک نمی شوند و در نتیجه در نظر بایع، انتقال رخ داده است. (نقد مرحوم سید: در نظر ناقل تحقّق قبول شرط انتقال است و اگر قبول نباشد، بیع رخ ندارد است (چرا که بیع در نظر ناقل نیز تملیک معاوضی است و معاوضه را قصد کرده و ابراز می کند و معاوضه بدون تعقب قبول رخ نمی دهد).

^{۱۶۵} همراهی کسر و انکسار واقعی در انظار مختلف متفاوت نیست. لکن همراهی ایجاب و وجوب در انظار مختلف متفاوت است. اگر موجب علو نداشته باشد، به نظر عقلاء و شارع وجوب وجود ندارد، اما در نظر خود موجب، وجوب محقق شود و مخاطب ملزم به اتیان فعل است. از این حیث شبیه بیع است که بدون تعقب قبول، به نظر عقلاء و شارع انتقال رخ نمی دهد، اما در نظر بایع انتقال رخ داده است.

^{۱۶۶} المراد به ظاهراً الشیخ أسد الله التستری، راجع مقابس الأنوار: ۱۰۷.

^{۱۶۷} ممکن است اشاره به اشکالات سابق باشد و ممکن است تفاوت انظار در ایجاب و وجوب انکار شود و تفاوت آن با کسر و انکسار انکار شود.

و منه^{۱۶۸} يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح، فضلاً عن أن يجعل أحد معانيها.^{۱۶۹}

و أما البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال، فلم يوجد في اللغة و لا في العرف، و إنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط^{۱۷۰}. و قد يوجه^{۱۷۱}: بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول،^{۱۷۲} أعني: «المبيعية»، و هو تكلف^{۱۷۳} حسن.^{۱۷۴}

^{۱۶۸} تحقق قبول شرط انتقال در خارج است -نه نظر ناقل-.

^{۱۶۹} چرا که علاوه بر اشکال سابق، مستلزم اشتراک لفظی است.

^{۱۷۰} راجع الصفحه ۱۰. (چاپ کنگره)

^{۱۷۱} وجه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ۲۷۴.

^{۱۷۲} فروخته شده که مصدر آن فروخته شدن است.

^{۱۷۳} چرا که بيع به معنای مبيعیت نیست.

^{۱۷۴} نقد: مبيعیت نیز با معنای دوم مترادف نیست و یکی مقدم یا سبب برای دیگری است، مگر مراد انتقال انشائي باشد -نه مسبب-. + مرحوم سيد يزدي: اگر بگوئيد تعريف به اثر و لازم است، تكلف بهتری است. + توجيه ديگر اين است که اطلاق بيع مجاز است به علاقه سببیت.

و أما البيع بمعنى العقد،^{۱۷۵} فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله: بأن إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقة السببية^{۱۷۶}.^{۱۷۷}

و^{۱۷۸} الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد،^{۱۷۹} لا النقل الحاصل من فعل الموجب؛ لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون

^{۱۷۵} عقد مشترك لفظی است و دو معنا از آن قصد می شود: (۱) قسمی از معاملات که دوطرفی است و در مقابل ایقاع است. (۲) نفس ایجاب و قبول (مثل بعت و قبلة). در مقام اصطلاح دوم مراد است و سابقاً نقد این بیان گذشت که بیع از مقوله معناست -نه لفظ-. این نقد دیگر تکرار نمی شود و کلام مرحوم شهید ثانی که ایشان نیز این معنا را معنای حقیقی بیع نمی دانند، نقل شده و توضیح داده می شود.

^{۱۷۶}. المسالك ۳: ۱۴۴.

^{۱۷۷} پس مرحوم شهید بیع را انتقال و اثر حاصل و مسبب می داند که عقد (ایجاب و قبول) سبب آن است. این ادعا را شیخ قبول ندارد -همانطور که ذیل معنای دوم گذشت-. (مرحوم سید یزدی: شهید ثانی چنین ادعایی نکرده است و کلام شهید ثانی به شکل صحیح نقل و فهمیده نشده است).
^{۱۷۸} در مقام فهم دقیق مراد شهید از مسبب که بیع است.

^{۱۷۹} اثر شرعی یا عرفی نتیجه ایجاب و قبول است و الا اثر در نظر ناقل فقط متوقف بر ایجاب است. لکن از آنجایی که شهید ثانی قائل به حقیقت شرعیه است و موضوع له لغات را صحیح می داند، بیع نزد او صحیح شرعی خواهد بود -نه صحیح عرفی-. بیان شد به نظر شیخ، اثر در نظر ناقل مسبب از بیع است.

توقّف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر بمجرد الأمر وإن لم يَصِر واجباً في الخارج في نظر غيره.

و إلى هذا^{۱۸۰} نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لا بيع بينهما»، أو «أقاله في البيع» و نحو ذلك.

^{۱۸۰} استعمال بيع و ارادة اثر حاصل در نظر شارع - نه انشاء تمليك يا اثر در نظر ناقل يا ايجاب و قبول - در عبارات و ادله به كار برده شده است.

و الحاصل: ^{۱۸۱} أن البيع الذي يجعلونه من العقود، ^{۱۸۲} يراد به النقل ^{۱۸۳} بمعنى اسم المصدر ^{۱۸۴} مع اعتبار تحققه في نظر الشارع، المتوقف على تحقق الإيجاب و القبول، إضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية؛ ^{۱۸۵} و لذا يقال: «انعقد البيع»، و «لا ينعقد البيع». ^{۱۸۶}

^{۱۸۱} حاصل کلام شهید ثانی با توجیه ذکر شده.

^{۱۸۲} دو احتمال: (۱) بیع که از مصادیق عقود است - در مقابل ایقاعات - این احتمال ظاهراً مراد نیست و عقد در این عبارات به این معنا استعمال نشده است. (۲) بیع که آن را به عقد (ایجاب و قبول) تعریف می کنند.

^{۱۸۳} مسبب.

^{۱۸۴} «خرید» در مقابل مصدر (خریدن) که بیع به هر دو معنا به کار می رود.

^{۱۸۵} چرا که مسبب (بیع به معنای حقیقی) جنس سبب (عقد به معنای ایجاب و قبول) نیست و دو حقیقت مجزا در خارج هستند، بر خلاف اضافه های بیانیه مثل انگشتر طلا. خود ایجاب و قبول انواع مختلفی دارد و ایجاب و قبول در بیع و ایجاب و قبول در اجاره و ... با یکدیگر مختلف هستند. (عقد در مقابل ایقاع اگر به بیع اضافه شود، اضافه بیانیه خواهد بود).

^{۱۸۶} اگر اضافه بیانیه بود و بیع به معنای عقد بود، «انعقد البيع» به معنای «انعقد العقد» بود که صرف تکرار بود. «انعقد» یعنی ایجاب و قبول واقع شد و «عقد» به معنای ایجاب و قبول بعد از «انعقد» واقع نمی شود. یا «انعقد البيع» به معنای «بیع البيع» بود که روشن این است عبارت معنای صحیحی ندارد و با عبارت «انعقد البيع» دارای تفاوت معنایی است. (نقد: عقد به معنای ایجاب و قبول مطلق است و بیع یکی از اقسام آن است. بنابراین «بیع» بیان جنس و نوع عقد است و اضافه بیانیه است. «انعقد البيع» نیز به معنای تحقق ایجاب و قبول بیعی است. [اشکال: در این فرض «البيع» نقش فاعل را نداشته و مفعول مطلق نوعی

[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم]

ثم^{۱۸۷} إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في «كتاب اليمين»^{۱۸۸} من المسالك على أنَّ عقد البيع و غيره من العقود حقيقة في الصحيح،^{۱۸۹} مجاز في الفاسد؛^{۱۹۰} لوجود خواصَّ الحقيقة و المجاز،

است]. + در عبارت «انعقد البيع»، فعل از ماده «عقد» به معنای ایجاب و قبول اخذ نشده است. لذا حتی عبارت «انعقد العقد (ایجاب و قبول)» نیز دارای معناست.

^{۱۸۷} ارتباط بحث وضع برای صحیح یا اعم با محل بحث (۱) بحث از معنای حقیقی بیع است و باید دقیق مشخص شود که معنای بیع، بیع مطلق است یا بیع صحیح. (۲) بیان شد تحقق قبول شرط برای صحت است در نظر شارع -نه ناقل-. حال اگر بیع وضع برای صحیح شرعی باشد، تحقق قبول قید برای آن است و در مفهوم آن اخذ شده است.

^{۱۸۸} در کتاب قسم این بحث مطرح است که اگر کسی بر ترک بیع قسم بخورد و بیع فاسد انجام دهد، آیا قسم خود را شکسته است یا خیر. گفته شده اگر بیع وضع برای صحیح باشد، اتیان بیع فاسد شکستن قسم نخواهد بود.

^{۱۸۹} صحیح شرعی یا عرفی؟ ظاهر کلام شهید اول که در ادامه ذکر می شود، صحیح شرعی است و اگر شهید ثانی قائل به حقیقت شرعی باشد، ایشان نیز باید صحیح شرعی را ادعا کنند.

^{۱۹۰} مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۷۵: اگر به نظر شهید ثانی بیع اسم برای مسبب است، مسبب دایر مدار وجود و عدم است -نه صحیح و فاسد- و این بحث مطرح نمی شود، مگر مراد از فاسد اثر عرفی باشد که شارع آن را رد کرده است. (جواب: ممکن است مراد شهید ثانی در این بحث معنای مجازی بیع - یعنی ایجاب و قبول- باشد. همچنین ر.ک. فرمایش مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۵۵).

کالتبادر^{۱۹۱} و صحَّه السلب^{۱۹۲} قال: و من ثمَّ حُمِلَ الإقرار به علیه^{۱۹۳}، حتی لو ادَّعی إرادة الفاسد لم یُسمع إجماعاً، و لو کان مشترکاً بین الصحیح و الفاسد لقبیل تفسیره بأحدهما کغیره من الألفاظ المشترکة^{۱۹۴}،^{۱۹۵} و^{۱۹۶} انقسامه إلی الصحیح و الفاسد أعمّ من الحقیقة^{۱۹۷}،^{۱۹۸} انتهى.

^{۱۹۱} نقد: ممکن است استفاد از قرائن باشد -نه حاق لفظ-.

^{۱۹۲} گفته شده اگر فساد از جهت عدم قبول باشد، صحت سلب صحیح است، اما اگر از جهات دیگر باشد، صحت سلب صحیح نیست.

^{۱۹۳} اقرار به بیع حمل بر صحیح می شود.

^{۱۹۴} چه لفظ مشترک معنوی باشد -مثل کتاب- و چه مشترک لفظی باشد -مثل عین-.

^{۱۹۵} نقد: برای یافتن وجه و دلیل سیره و فعل، تمام احتمالات متصور دیگر باید ابطال شود. گفته شده است حمل اقرار بر صحیح ممکن است به خاطر قرینه بر افاده بیع مثمر، ظهور حال مسلم در اتیان فعل صحیح، وضع بیع برای صحیح یا باشد. پس حمل اقرار بر صحیح لازم اعم نسبت به ملزوم (وضع بیع برای صحیح) است و ملزوم را ثابت نمی کند.

^{۱۹۶} اگر اشکال شود که تقسیم بیع به صحیح و فاسد دلیل بر اعمیت آن نسبت به فاسد است، چرا که شیء به خودش و غیر خودش تقسیم نمی شود، جواب داده می شود

^{۱۹۷} استعمال اعم از حقیقت است.

^{۱۹۸} المسالک (الطبعة الحجرية) ۲: ۱۵۹.

و^{۱۹۹} قال الشهيد الأوّل فى قواعدہ: الماهیّات الجعلیّۃ^{۲۰۰} كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلّا الحجّ؛ لوجوب المضىّ فیہ^{۲۰۱}،^{۲۰۲} انتهى. و ظاهره إرادة الإطلاق الحقیقی^{۲۰۳}.

^{۱۹۹} شهید اول هم نظر با شهید ثانی است و لذا کلام ایشان را نیز در ذیل کلام شهید ثانی نقل کرده اند. ^{۲۰۰} دو احتمال در مراد از جعلی : ۱) در مقابل ماهیات واقعی که در فلسفه به آنها اشاره می شود - مثل انسان و فرس -. با این احتمال «سائر العقود» عطف به مثالها خواهد بود. ۲) مراد ماهیات اختراعی شارع در مقابل ماهیات عرفی است مثل بیع. با این احتمال «سائر العقود» می تواند عطف بر ماهیات جعلی باشد.

^{۲۰۱} گاهی حج باطل می شود اما باید به اتمام برسد و تمام اعمال تا انتها اتیان شود و سپس سال بعد نیز حج به جا بیاورد. پس با این که فاسد است، به آن حج گفته می شود و مامور به شارع است. (نقد : وجوب اتمام دلیل بر مصداقیت برای حج نیست. + مرحوم سید یزدی : این حج صحیح است اما از باب عقوبت حج سال بعد نیز بر او واجب می شود).

^{۲۰۲}. القواعد و الفوائد ۱: ۱۵۸.

^{۲۰۳} چرا که امکان و وقوع اطلاق مجازی بر فاسد مسلم و روشن است.

۲۰۴ مشکل ما ذکره بأن وضعها للصحیح یوجب عدم جواز التمسک بإطلاق نحو وَّأَحْلَّ
اللَّهُ الْبَيْعَ^{۲۰۵}، و إطلاقات أدلّة سائر العقود فی مقام الشکّ فی اعتبار شیءٍ فیها، مع أنّ سیره
علماء الإسلام التمسک بها فی هذه المقامات.

نعم،^{۲۰۶} یمکن أن یقال: إنَّ البیع و شبهه فی العرف إذا استعمل فی الحاصل من المصدر
الذی یراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء، لا یستعمل حقیقه إلا فی ما کان صحیحاً

۲۰۴ اشکال به نظر شهید اول و ثانی: اگر الفاظ معاملات برای صحیح وضع شده باشد، هنگام شک در
شرط، تمسک به اطلاق صحیح نیست، چرا که مصداق تمسک به عموم و اطلاق در شبهه مصداقیه خود
عموم و اطلاق خواهد بود. لکن خود شما به اطلاق تمسک می کنید یا سیره علماء کاشف از نظر معصوم
ع تمسک به اطلاق و عمومات است یا خود علماء که قائل به صحیح هستند، به اطلاق و عمومات
اخذ کرده اند.

۲۰۵. البقرة: ۲۷۵.

۲۰۶ جواب اشکال و بیان وجه تمسک به اطلاق و عموم با وجود قول به وضع لغات برای صحیح.

مؤثراً و لو فی نظر القائل^{۲۰۷}، ثمّ إذا كان مؤثراً فی نظر الشارع كان بيعاً عنده، و إلا كان صورة بيع، نظیر بيع الهازل عند العرف.^{۲۰۸}

فالبیع الذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقیقه فی الصحیح المفید للأثر، و مجاز فی غیره، إلا أنّ الإفاده و ثبوت الفائده مختلف فی نظر العرف و الشرع.^{۲۰۹}

و اما وجه تمسک العلماء بإطلاق أدلّه البیع و نحوه؛ فلأنّ الخطابات لمّا وردت علی طبق العرف، حمل لفظ «البیع» و شبهه فی الخطابات الشرعیّه علی ما هو الصحیح المؤثر عند

^{۲۰۷} صحت در نظر قائل - بما هو من العرف - همان صحت عرفی است و لذا در ادامه به جای صحت در نظر قائل به صحت در نظر عرف اشاره می کنند. این احتمال که صحت در نظر قائل فقط مراد باشد - که فقط متوقف بر ایجاب است -، بعید است.

^{۲۰۸} در نتیجه موضوع له بیع، صحیح عرفی است و اگر بیع از نظر عرف صحیح باشد، مصداق آن خواهد بود و در فرض تردید در صحت شرعی می توان به اطلاق یا عموم تمسک کرد. ر.ک. حاشیه مرحوم سید یزدی، ج ۱، ص ۶۵. با این بیان مستشکل دقت نکرده است و بین بیع صحیح عرفی و شرعی فرق نگذاشته است و لذا اشکال را مطرح کرده است یا با توجه به کلام شهید اول و کلام شهید ثانی موضوع له را صحیح شرعی دیده و لذا به ایشان اشکال کرده است. (جواب دیگر: برخی از اتصالات و عمومات قرینه ای دارد که استعمال آنها در صحیح شرعی را منتفی می کند و استعمال در آنها مجازی است و لذا امکان اخذ به اطلاق یا عموم آنها ممکن است).

^{۲۰۹} شرع، عرف را در مصداق تخطئه می کند.

العرف، أو على المصدر^{۲۱۰} الذى يراد من لفظ «بعت»،^{۲۱۱} فيستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه^{۲۱۲} أو بوجوب الوفاء^{۲۱۳} على كونه مؤثراً فى نظر الشارع أيضاً، فتأمل^{۲۱۴} فإنّ للكلام محلاً آخر.

^{۲۱۰} این عبارت قرینه است که قبل از «أو» مراد اسم مصدر بوده است. البته از این حیث تفاوتی ندارد که از بیع، اسم مصدر اراده شده باشد یا مصدر.

^{۲۱۱} کلام به عرف اطلاق شده است و مفهوم و مصداق بر اساس فهم عرف از آن استظهار می شود.

^{۲۱۲} در مثال «أحل الله البيع».

^{۲۱۳} در مثال «أوفوا بالعقود».

^{۲۱۴} مرحوم سید یزدی: سر تمسک به اطلاقات این است که موضوع له در مثل نماز، نماز صحیح نیست، بلکه نماز جامع شرایط شرعی به حسب آنچه از ادله استفاده می شود، است. + اگر موضوع له صحیح واقعی باشد، عرف در صحت واقعی تردید دارد و لذا امکان تمسک به اطلاق وجود ندارد، مگر ادعا شود که شارع با اطلاقات و عمومات حکم کرده است که عرف در این موارد به واقع اصابت کرده است.

[الكلام في المعاطاة]

[البحث في حقيقة المعاطاة صورها]^{۲۱۵}

اعلم^{۲۱۶} أنّ المعاطاة^{۲۱۷} على ما فسره جماعة^{۲۱۸} -: أن يعطى كلٌّ من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر،^{۲۱۹} و هو يتصور على وجهين:^{۲۲۰}

^{۲۱۵} چرا این بحث در این مقام مطرح شده است در حالی که به نظر می رسد باید در مقام بیان شرطیت صیغه در بیع مورد اشاره قرار گیرد؟ شاید از باب تعریف بیع و جواب این سوال که آیا معاطات نیز مصداق بیع می باشد یا خیر یا از باب اهمیت و کثرت وقوع این مصداق بیع بهتر دیده شده است تا بر سایر مباحث مقدم شود.

^{۲۱۶} سیر مباحث: (۱) موضوع (معاطات): تعریف و اقسام. (۲) احکام: ملکیت یا اباحه و لزوم یا جواز. ^{۲۱۷} معاطاتی که تعریف می شود و اقسام آن بیان می شود، معاطاتی است که در بیع توسط علماء مطرح شده است. در حقیقت بیع به دو قسم تقسیم می شود: (۱) تملیک با صیغه دارای شرایط. (۲) تملیک بدون صیغه یا با صیغه بدون شرایط (معاطات).

^{۲۱۸}. منهم المحقق الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ۲۱۵، و الشهيد الثاني في الروضة البهية ۳: ۲۲۲، و السيد الطباطبائي في الرياض ۱: ۵۱۰.

^{۲۱۹} مثال و مصداق واضح برای آن است و الانسیه و سلف نیز در معاطات راه دارد. پس می توان گفت صرف اعطاء یک طرف و اخذ طرف دیگر کافی است.

^{۲۲۰} مقسم: معاطات مطرح شده توسط علماء در ذیل کتاب البیع (ر.ک). کلمات مرحوم ایروانی و شهیدی در مقام). جهت تقسیم: قصد متعاقدين.

أحدهما: أن يبيح كلُّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه، من دون نظر إلى تملكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

و ربما يذكر وجهان آخران^{٢٢١}:

أحدهما: أن يقع النقل^{٢٢٢} من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه.

الثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.^{٢٢٣}

و يردّ الأول: بامتناع خلوّ الدافع^{٢٢٤} عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الإباحة، أو العارية، أو الوديعة، أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات الخاصة.

٢٢١ . ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٢٦ و ٢٢٧.

٢٢٢ مراد: (١) اعم از اباحه و تملك. (٢) قصد ملك به شرط لا از بيع بودن.

٢٢٣ اعم از بيع ولى شامل اباحه نمى شود.

٢٢٤ در درون خود محتوای یکی از عقود را قصد می کند و قصد معنای اعمّ محال است. (نقد مرحوم سيد: قصد قدر مشترک معاملات ممکن است. + نقد مرحوم ايروانى: اين قسم معقول است به اين روش که قصد اعراض دارد و ديگرى قصد حيازت يا وکالت معاطاتی باشد).

و الثانی: بما تقدّم فی تعریف البیع^{۲۲۵}: من أنّ التملیک بالعیوض علی وجه المبادله هو مفهوم البیع، لا غیر.^{۲۲۶}

نعم،^{۲۲۷} يظهر من غیر واحد منهم^{۲۲۸} فی بعض العقود - کبیع لبن الشاء مدّه، و غیر ذلك^{۲۲۹} - کون التملیک المطلق اعمّ من البیع.^{۲۳۰}

۲۲۵. تقدّم فی الصفحه ۱۵. (چاپ کنگره)

۲۲۶ اگر قصد ملک است - با توجه به ذکر این قسم در کتاب البیع - پس قصد تملیک عین به مال رخ داده است و این همان قصد بیع است و قصد بیع، چیزی اضافه بر این نیست.

۲۲۷ البته اصل تملیک مطلق اعم از بیع را برخی علماء تصویر کرده و اصل آن را ممکن دانسته اند.

۲۲۸. انظر المختلف ۵: ۲۴۹، و الدروس ۳: ۱۹۷، و جامع المقاصد ۴: ۱۱۰.

۲۲۹ که منفعت شیء - که عین است - و به تدریج محقق می شود، مبیع واقع شود. (برخی این موارد را مصداق اجاره می دانند و در نتیجه اعم از قصد بیع نخواهد بود).

۲۳۰ شاید شبهه ایشان در مصداقیت این معامله برای بیع، محقق نبودن مبیع در خارج بوده است.

[حکم المعاطاة و أقوال العلماء فى ذلك]

ثم إن المعروف^{٢٣١} بين علمائنا فى حكمها: ^{٢٣٢} أنها مفيدة لإباحة التصرف^{٢٣٣}، و يحصل الملك بتلف إحدى العينين،^{٢٣٤} و عن المفيد^{٢٣٥} و بعض العامة^{٢٣٦}: القول بكونها لازمة كالبيع،^{٢٣٧} و عن العلامة رحمه الله فى النهاية احتمال كونها بيعاً فاسداً فى عدم إفادتها لإباحة التصرف^{٢٣٨}.^{٢٣٩}

^{٢٣١} گاهی به معنای شهرت به کار مى رود و گاهی به معنای عدم وجدان خلاف یا عدم خلاف.

^{٢٣٢} در ادامه ٦ قول در مورد احکام معاطات بیان خواهد شد.

^{٢٣٣}. كما سیأتى عن الحلبي، و الشيخ، و ابن زهرة، و ابن إدريس، و العلامة فى التذكرة.

^{٢٣٤} اعم از تلف حقیقی - مثل آتش گرفتن - یا تلف اعتباری - مثل فروختن -.

^{٢٣٥}. نقله عنه المحقق الثانى فى حاشیة الإرشاد (مخطوط): ٢١٦، و فيه: «خلافاً للمفيد رحمه الله فإنه جعلها

كالعقد»، و نسبه فى جامع المقاصد (٤: ٥٨) إلى ظاهر عبارة المفيد، و نحوه فى مجمع الفائدة (٨: ١٤٢).

و فى الجواهر (٢٢: ٢١٠): «اشتهر نقل هذا عن المفيد»، و لكن قال بعد أسطر: «و ليس فيما وصل إلینا من

كلام المفيد تصريح بما نسب إليه».

^{٢٣٦}. حکاه صاحب الجواهر فى الجواهر (٢٢: ٢١٠) عن أحمد و مالک، و أنظر المغنى لابن قدامة ٣:

٥٦١، و المجموع ٩: ١٩١.

^{٢٣٧} از ایشان ملکیت لازم نقل شده است - اما مى توان اباحه تصرف لازم را نیز تصویر کرد -.

^{٢٣٨}. نهاية الإحكام ٢: ٤٤٩.

^{٢٣٩} نتیجه اقوال: یا حصول ملکیت یا اباحه تصرف یا بطلان. در دو قسم اول یا لازم است یا جایز است.

و لا بدّ أولاً^{۲۴۰} من ملاحظه أنّ النزاع فی المعاطاة المقصود بها الإباحة، أو فی المقصود بها التملیک؟

الظاهر من الخاصّة و العامّة هو المعنى الثانى. ۲۴۱

و^{۲۴۲} حیث إنّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا یجامع ظاهراً قصد التملیک من المتعاطیین، نزل المحقّق الکرکی الإباحة فی کلامهم على الملك الجائز

^{۲۴۰} قدم اول استنباط، شناخت مساله با شناخت موضوع و محمول است. اگر گفته می شود معاطات مفید ملکیت است یا خیر یا معاطات لازم است یا خیر، در ابتدا باید مشخص شود مراد از «معاطات» (موضوع) چیست.

^{۲۴۱} دلایل این ادعا: (۱) ظهور عبارات علمائی که این بحث را مطرح کرده اند. (۲) علماء مساله ای را مورد بحث قرار می دهند که محل ابتلا و مورد متعارف فعل مردم در خارج باشد. متعارف معاطات بین مردم قصد تملیک است. [۳] مقتضای بحث از معاطات در ضمن بیع -مخصوصاً بعد از شرط صیغه در کلمات علماء- این است که تمام شرایط بیع از جمله قصد تملیک را داراست و تنها فاقد صیغه است. [۲۴۲ اشکال: (۱) عقود تابع قصود هستند. (محل بحث علماء قصد تملیک است. (۳) علماء قبل تلف حکم به اباحه تصرف کرده اند -نه ملکیت-. از آنجایی که این سه مقدمه با یکدیگر سازگاری ندارند، مرحوم محقق کرکی در مقدمه سوم، مرحوم صاحب جواهر در مقدمه دوم و مرحوم شیخ در مقدمه اول تصرف می کنند تا ناسازگاری از میان برداشته شود.

المتزلزل، و أنه يلزم بذهاب إحدى العينين، و حَقَّق ذلك في شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا يزيد عليه^{٢٤٣}.

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، و رجَّح بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه، و طعن على من جعل محلّ النزاع في المعاطاة بقصد التمليك، قائلاً: إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً عن أعظم الأصحاب و كبرائهم^{٢٤٤}.^{٢٤٥}

و الإنصاف: أن ما ارتكبه المحقّق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل، بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ في المبسوط، و الخلاف^{٢٤٦}، و الحلّي في

^{٢٤٣}. جامع المقاصد ٤: ٥٨، حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٦.

^{٢٤٤}. الجواهر ٢٢: ٢٢٤ ٢٢٥.

^{٢٤٥} مراد صاحب جواهر با دقت منعكس نشده است. ر.ك. حاشية مرحوم سيد و حاشية مرحوم شهيدى.

^{٢٤٦}. المبسوط ٢: ٨٧، الخلاف ٣: ٤١، كتاب البيوع، المسألة ٥٩.

السرائر^{٢٤٧}، و ابن زهرة^{٢٤٨} في الغنية^{٢٤٩}، و الحلبي^{٢٥٠} في الكافي^{٢٥١}، و العلامة في التذكرة و غيرها^{٢٥٢}، بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف إلا أن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك أبعد منه،^{٢٥٣} بل لا يكاد يوجد في كلام أحد منهم ما يقبل^{٢٥٤} الحمل على هذا المعنى.

و لننقل أولًا كلمات جماعة ممن ظفرنا على كلماتهم؛ ليظهر منه بعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقق الكركي^{٢٥٥} و أبعديّه جعل محلّ الكلام في كلمات

٢٤٧. السرائر ٢: ٢٥٠.

٢٤٨ حمزه بن علي حلبي، قرن ٦.

٢٤٩. الغنية: ٢١٤.

٢٥٠ ابوالصلاح تقى الدين حلبي، قرن ٥.

٢٥١. الكافي في الفقه: ٣٥٢ ٣٥٣.

٢٥٢. التذكرة ١: ٤٦٢. و انظر المختلف ٥: ٥١، و الإرشاد ١: ٣٥٩، و القواعد ١: ١٢٣.

٢٥٣ خلاف صراحت بيشتري را اين بيان مرتكب شده است.

٢٥٤. العبارة في «ف» هكذا: بل لا يكاد يوجد كلام منهم يقبل ..

٢٥٥. تقدّم عنه في الصفحة السابقة.

قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التمليك ، فنقول و بالله التوفيق: ٢٥٦

قال في الخلاف: إذا دفع قطعة^{٢٥٧} إلى البقلى^{٢٥٨} أو الشارب^{٢٥٩}، فقال: أعطني بها بقلًا أو ماءً، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعاً - وكذلك سائر المحقرات^{٢٦٠} - وإنما يكون إباحة له، فيتصرف كلُّ منهما في ما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه؛ و فائدة ذلك: ٢٦١ أن البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك؛^{٢٦٢} لأن الملك لم يحصل لهما؛ و به قال الشافعى.

^{٢٥٦} مرحوم شيخ در ادامه از این قرائن برای استظهار از کلمات علماء استفاده کرده است : توجه به جایگاه بحث، شأن و مقام ذکر آن مطلب، توجه به نحوه استدلال، توجه به تقابل و تشابه و اقوال مخالف و موافق و نظارت کلمات علماء به واقع خارجی.

^{٢٥٧} پول اندک.

^{٢٥٨} سبزی فروش.

^{٢٥٩} آب فروش.

^{٢٦٠} اشیائی که ارزش کمی دارند. ملاک ارزش کم، عرف یا مبلغی است که هنگام پیدا کردن می توان برای خود برداشت.

^{٢٦١} این که اباحه باشد و ملک نباشد - با این که در هر دو تصرف جایز است - چه فایده ای دارد؟

^{٢٦٢} گویا مرحوم شیخ اباحه تصرف لازم را صحیح نمی دانند و اباحه تصرف را ملازم جواز قلمداد می کنند.

و قال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً و إن لم يحصل الإيجاب و القبول. و قال ذلك في المحقّرات، دون غيرها.

دليلنا: إنّ العقد حكم شرعي،^{٢٦٣} و لا دلالة في الشرع على وجوده [العقد] هنا،^{٢٦٤} فيجب أن لا يثبت.^{٢٦٥}

و^{٢٦٦} أمّا الإباحة بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها^{٢٦٧}، انتهى.

و^{٢٦٨} لا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك،^{٢٦٩} و^{٢٧٠} في أنّ محلّ الخلاف بينه و بين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة^{٢٧١}، كما يظهر أيضاً من بعض

^{٢٦٣} توفيقى است و متوقف بر اسباب شرعى و حكم امضائى شارع.

^{٢٦٤} دليلى برأى امضاء وجود ندارد. (نقد: در ادامه بيان خواهد شد كه اتصالات شامل معاطات مى شود).

^{٢٦٥} عدم الدليل دليل على العدم يا استصحاب عدم انتقال و عدم تحقق بيع.

^{٢٦٦} سؤال: ملكيت دليل ندارد. اما آیا اباحه دليل دارد كه شما قائل به اباحه شديد؟

^{٢٦٧} . الخلاف ٣: ٤١، كتاب البيوع، المسألة ٥٩.

^{٢٦٨} در مقام نقد كلام مرحوم محقق كركى.

^{٢٦٩} در دو بخش كلام عدم حصول ملكيت مورد تصريح واقع شده است.

^{٢٧٠} در مقام نقد كلام مرحوم صاحب جواهر.

^{٢٧١} چرا كه روشن است امثال ابوحنيفه معاطاتى كه قصد از آن تملك است را بيع صحيح مى دانند - نه معاطاتى كه قصد از آن اباحه تصرف است -.

کتاب الحنفیة؛^{۲۷۲} حيث إنه بعد تفسير البيع بـ «مبادله مال بمال» قال: و ينعقد بالإيجاب و القبول، و بالتعاطى.^{۲۷۳}

و أيضاً، فتمسكه بأنّ العقد حكمٌ شرعىّ، يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعة، و إلّا لكان الأولى، بل المتعين: التعليل به؛^{۲۷۴} إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغهً و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية، كما لا يخفى.

و قال فى السرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدّم الأوّل على الثانى ما لفظه: فإذا دفع قطعة إلى البقلى أو إلى الشارب، فقال: «أعطني»، فإنه لا يكون بيعاً و لا عقداً؛ لأنّ

^{۲۷۲} محل بحث حنفیه مواردی است که قصد تملیک وجود دارد و لذا تعاطی را از اقسام بیع دانسته اند. در ذیل کتاب البیع نیز هنگامی که از معاطات سخن می گویند، همین معاطاتی را بیان می کنند که از اقسام بیع است و بعد از تعریف بیع به آن اشاره کرده اند - والا تصریح به اختلاف و تفاوت را بیان می کردند-. این نشان می دهد که محل مورد بحث در فقه عامه و خاصه، موردی بوده است که قصد تملیک وجود داشته است و مرحوم شیخ نیز که این قول را در مقابل قول خود می داند، محل بحثش مواردی است که قصد تملیک وجود دارد.

^{۲۷۳}. انظر الفتاوى الهندية ۳: ۲، و فيه بعد التعريف المذكور-: و أمّا رکنه، فنوعان: أحدهما الإيجاب و القبول، و الثانى التعاطى و هو الأخذ و الإعطاء.

^{۲۷۴} علت عدم تحقق بیع، فقدان مقتضى و امری است که بتواند حقیقت بیع لغوی و عرفی را محقق کند. در حالی که استدلال چنین ظهوری دارد که بیع عرفی است و امضاء و حکم شارع را به همراه ندارد. اصلاً عقدی نیست تا بحث از توقیفی بودن عقود مطرح شود.

الإيجاب و القبول ما حصلاً، و كذلك سائر المحقّرات، و سائر الأشياء محقّراً كان أو غير محقّر، من الثياب و الحيوان أو غير ذلك، و إنّما يكون إباحةً له، فيتصرّف كلّ منهما في ما أخذه تصرّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه، و لكلّ منهما أن يرجع في ما بذله؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما، و ليس ذلك من العقود الفاسدة؛ لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيما صار إلى كلّ واحدٍ منهما، و إنّما ذلك على جهة الإباحة^{٢٧٥} ، انتهى.

فإنّ تعليقه عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدلّ على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك، مع أنّ ذكره في حيّز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا، و لا ينافي ذلك قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسدة .. إلخ» كما لا يخفى.

و قال في الغنيّة بعد ذكر الإيجاب و القبول في عداد شروط صحّة انعقاد البيع، كالتراضى و معلوميّة العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكلّ من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه:

و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول؛ تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و الإيجاب من البائع، بأن يقول: «بعنيه بألف»، فيقول: «بعتك بألف»؛ فإنّه لا ينعقد بذلك،

٢٧٥. السرائر ٢: ٢٥٠.

بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» حتى ينعقد، و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلى قطعة و يقول: «أعطني بقلًا»، فيعطيه؛ فإنّ ذلك ليس ببيع، و إنما هو إباحة للتصرّف.

يدلّ على ما قلناه: الإجماع المشار إليه؛ و أيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّة العقد به، و ليس على صحّته بما عداه دليل، و لما ذكرنا نهى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع «المنابذة» و «الملامسة»، و عن بيع «الحصاة» على التأويل الآخر، و معنى ذلك: أن يجعل اللمس بشيء، و النبذ له، و إلقاء الحصاة بيعاً موجباً^{٢٧٤}، انتهى.

فإنّ دلالة هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطيين التمليك، من وجوه متعدّدة منها: ظهور أدلّته الثلاثة في ذلك.

و منها: احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد.

و قال في الكافي بعد ذكر أنّه يشترط في صحّة البيع أمورٌ ثمانية ما لفظه: و اشتراط الإيجاب و القبول؛ لخروجه من دونهما عن حكم البيع إلى أن قال:- فإنّ اختلّ شرط من

٢٧٤. الغنية: ٢١٤.

هذه لم ينعقد البيع، و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع إخلال بعضها؛ للتراضى، دون عقد البيع، و يصحّ معه الرجوع^{٢٧٧}، انتهى. و هو فى الظهور قريب من عبارة الغنية.

و قال المحقق رحمه الله فى الشرائع: و لا يكفى التقابض من غير لفظٍ و إن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع^{٢٧٨}، انتهى.

و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع، بل للتنبية على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.

و قال فى التذكرة فى حكم الصيغة: الأشهر عندنا أنه لا بدّ منها، فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقير، مثل «أعطني بهذا الدينار ثوباً» فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: «خذ هذا الثوب بدينار» فيأخذه. و به قال الشافعى مطلقاً؛ لأصالة بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و عن بعض الحنفية و ابن شريح فى الجليل. و قال أحمد: ينعقد مطلقاً. و نحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً، انتهى^{٢٧٩}.

٢٧٧. الكافى فى الفقه: ٣٥٢ ٣٥٣.

٢٧٨. الشرائع ٢: ١٣.

٢٧٩. التذكرة ١: ٤٦٢.

و دلالتہ علی قصد المتعاطین للملك لا يخفى من وجوه، أدونها: جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً.

و قال الشهيد في قواعده بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي، و ذكر أمثلة لذلك ما لفظه: و أمّا المعاطاة في المبيعات، فهي تفيد الإباحة لا الملك و إن كان في الحقيير عندنا^{٢٨٠}، انتهى . و دلالتها على قصد المتعاطين للملك ممّا لا يخفى.

هذا كلّه، مع أنّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التمليك، و يبعد فرض الفقهاء من العامّة و الخاصّة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس.

ثمّ إنّك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدّمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها، كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد.

و مع ذلك كلّه فقد قال المحقّق الثاني في جامع المقاصد: إنّهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل؛ فقال: المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيعٌ و إن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد، و لا يقول أحد بأنّها بيع فاسد سوى المصنّف في النهاية، و قد

٢٨٠ . القواعد و الفوائد ١: ١٧٨، القاعدة ٤٧.

رجع عنه فى كتبه المتأخره عنها^{٢٨١}. و قوله تعالى إِنْ تَكُونِ تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ^{٢٨٢} عامٌ إلا ما أخرجه الدليل.

و ما يوجد فى عبارة جمعٍ من متأخرى الأصحاب: من أنها تفيد الإباحه و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم فى أول الأمر و بالذهاب يتحقق اللزوم؛ لامتناع إرادة الإباحه المجردة عن أصل الملك؛ إذ المقصود للمتعاطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً و لم يجوز التصرف، و كافة الأصحاب على خلافه.

و أيضاً، فإن الإباحه المحضه لا تقتضى الملك أصلاً و رأساً، فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى يده؟ و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول لأنها تدلّ بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكناً، و مع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم، و يكفى تلف بعض إحدى العينين؛ لامتناع التراد فى الباقي؛ إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر^{٢٨٣}، انتهى.

^{٢٨١}. فى «ش» و المصدر زيادة: و قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» يتناولها؛ لأنها بيع بالاتفاق حتى من القائلين

بفسادها؛ لأنهم يقولون: هى بيع فاسد

^{٢٨٢}. النساء: ٢٩.

^{٢٨٣}. جامع المقاصد ٤: ٥٨.

و نحوه المحكى عنه فى تعليقه على الإرشاد، و زاد فيه: أن مقصود المتعاطين إباحةً مترتبةً على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، و إلا لوجب أن لا تحصل إباحةً بالكلية، بل يتعين الحكم بالفساد؛ إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد، و هو باطل. و عليه يتفرع النماء، و جواز وطء الجارية، و من منع فقد أغرب^{٢٨٤}، انتهى.

و الذى يقوى فى النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و أنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التملك، و أن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت كما اعترف به فى المسالك^{٢٨٥} من استلزام إعطاء كل منهما سلته مسلطاً عليها الإذن فى التصرف فيه بوجه التصرفات، فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم فى عبارته المتقدمة، و حاصله:

أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف؛ إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك، و إن كانت من الشارع فليس عليها دليل،

^{٢٨٤}. حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٦.

^{٢٨٥}. المسالك ٣: ١٤٨.

و لم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نصّ في ذلك، مع أنّ إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيدٌ جداً، مع أنّ التأمل في كلامهم يعطى إرادة الإباحة المالكيّة لا الشرعية.

و يؤيد إرادة الملك: أنّ ظاهر إطلاقهم «إباحة التصرف» شمولها للتصرفات التي لا تصحّ إلّا من المالك، كالوطء و العتق و البيع لنفسه. و التزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار، أو من الواهب الذى يجوز له الرجوع بعيد. و سيجىء^{٢٨٦} ما ذكره بعض الأساطين: من أنّ هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

لكنّ الإنصاف: أنّ القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم؛ فإنّ هذه الأمور لا استبعاد فى التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيّة، و لم يساعد عليها دليل معتبر، و اقتضى الدليل صحّة التصرفات المذكورة؛ مع أنّ المحكى^{٢٨٧} عن حواشى الشهيد على

^{٢٨٦}. يجىء فى الصفحة ٤٤. (چاپ كنگره)

^{٢٨٧}. حكاہ السید العاملی فى مفتاح الكرامة ٤: ١٥٨.

القواعد : المنع عمّا يتوقّف على الملك، كإخراجه في خمس، أو زكاةٍ ، و كوطء الجارية^{٢٨٨} .

و ممّا يشهد على نفى البعد عمّا ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك-: أنّه قد صرّح الشيخ في المبسوط^{٢٨٩} ، و الحلّى في السرائر^{٢٩٠} ، كظاهر العلامة في القواعد^{٢٩١} بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول، نعم يفيد ذلك إباحة التصرف، لكنّ الشيخ استثنى و طء الجارية.

^{٢٨٨} . في غير «ف» و «ش» زيادة ما يلي: «و صرّح الشيخ في المبسوط: بأنّ الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول، و لا يحلّ وطؤها»، لكن شطب عليها في «ن»، و قال المامقاني رحمه الله: و هذه العبارة بتمامها قد خطّ أى شطب عليها المصنّف قدّس سرّه في نسخته. انظر غاية الآمال: ١٧٨.

^{٢٨٩} . المبسوط ٣: ٣١٥.

^{٢٩٠} . السرائر ٣: ١٧٧.

^{٢٩١} . القواعد ١: ٢٧٤.

ثم إنَّ المعروف بين المتأخّرين: أنّ من قال بالإباحة المجرّدة في المعاواة، قال بأنّها ليست بيعاً حقيقةً كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدّمة^{٢٩٢} و معقد إجماع الغنية^{٢٩٣}، و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقّق الثّاني من إرادة نفي اللزوم^{٢٩٤} و كلاهما خلاف الظاهر.

^{٢٩٢}. تقدّم في الصفحة ٢٦ (چاپ کنگره) عبارة الشيخ قدّس سرّه في الخلاف: «فإنّه لا يكون بيعاً»، و في الصفحة ٢٨ (چاپ کنگره) عبارة الحلّي في السرائر: «فإنّه لا يكون بيعاً و لا عقداً».

^{٢٩٣}. تقدّم في الصفحة ٢٩. (چاپ کنگره)

^{٢٩٤}. تقدّم كلامه في الصفحة ٣٢. (چاپ کنگره)

و يدفع الثاني^{٢٩٥}: تصريحُ بعضهم^{٢٩٦} بأنَّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، فكلُّ بيعٍ عنده لازم من غير جهة الخيارات، و تصريحٌ غير واحد^{٢٩٧} بأنَّ الإيجاب و القبول من شرائط صحَّة انعقاد البيع بالصيغة^{٢٩٨}.

و أمَّا الأوَّل^{٢٩٩}، فإن قلنا بأنَّ البيع عند المتشرِّع حقيقتُه في الصحيح و لو بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع^{٣٠٠}: من أنَّ البيع في العرف اسمٌ للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرِّع، من حيث إنهم متشرِّع و متديّنون بالشرع، صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، و إلّا كان صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف فيصحّ على

٢٩٥. أي توجيه المحقق الثاني.

٢٩٦. لم نقف على مصرّح بذلك، نعم قال العلامة قدّس سرّه في القواعد (١: ١٤١ ١٤٢): الأصل في البيع اللزوم، و إنّما يخرج عن أصله بأمرين: ثبوت خيار، و ظهور عيب.

٢٩٧. كالحلبي في الكافي: ٣٥٣، و ابن زهرة في الغنية: ٢١٤، و تقدّم كلامهما في الصفحة ٢٩ و ٣٠، (چاپ كنگره) فراجع.

٢٩٨. قال الشهيدي في شرحه بعد ذكر توجيهٍ للعبارة: فالظاهر بل المتعيّن أنّ كلمة «بالصيغة» من غلط النسخة. (هداية الطالب: ١٦٠).

٢٩٩. أي ما هو المعروف بين المتأخّرين من أنّ المعاواة ليست بيعاً حقيقيّة.

٣٠٠. تقدّم في الصفحة ٢٠. (چاپ كنگره)

ذلك نفى البيعة على وجه الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة، أو فسره بالعقد؛ لأنهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع.

[الاقوال في المعاطاة]^{٣٠١}

إذا عرفت ما ذكرنا فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم سنة^{٣٠٢}:^{٣٠٣}

^{٣٠١} مرحله دوم استنباط حکم شرعی : جمع آوری و بررسی اقوال و وجوه. فایده جمع اقوال : (١) تحصیل دلیل هایی مانند اجماع و شهرت. (٢) اطلاع بر اقوال و تفصیلی که ممکن است ما را در یافتن ادله و دسترسی به قول حق یاری دهند. روش جمع آوری اقوال : تتبع در کتبی که به نقل اقوال اهتمام دارند یا قول مولف دارای اهمیت است (اهمیت فهم کلام علماء و متن خوانی). روش جمع آوری وجوه : تفکر فقیهانه با دقت بر عواملی که از حیث فقهی امکان اثر گذاری بر نتیجه و حکم را دارا می باشند.

^{٣٠٢} قول هفتمی را مرحوم سید یزدی در حاشیه بیان کرده اند.

^{٣٠٣} تقسیم بندی اقوال : معاطات یا صحیح است یا فاسد. اگر صحیح است یا مفید ملکیت است یا مفید اباحه تصرف. اگر مفید ملکیت است، یا ملکیت جایز را افاده می کند یا ملکیت لازم. اگر مفید ملکیت لازم است یا مطلقاً آن را افاده می کند یا در فرض بیان الفاظی دال بر رضایت یا معامله. اگر مفید اباحه تصرف باشد، یا تمام تصرفات جایز است یا فقط تصرفاتی که متوقف بر ملکیت نیست.

اللزوم مطلقاً،^{۳۰۴} كما عن ظاهر المفيد^{۳۰۵}، و يكفي في وجود القائل به قول العلامة رحمه الله في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لا بدّ من الصيغة^{۳۰۶}.^{۳۰۷}

و اللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعاملة لفظاً،^{۳۰۸} حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني^{۳۰۹}، و بعض متأخري المحدثين^{۳۱۰}، لكن في عدّه هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل.^{۳۱۱}

^{۳۰۴} چه لفظی دال بر رضایت یا معامله به کار برده شود و چه خیر.

^{۳۰۵}. راجع الصفحه ۲۴، (چاپ کنگره) الهامش ۶.

^{۳۰۶}. التذکره ۱: ۴۶۲.

^{۳۰۷} پس قول مشهوری در بیع وجود دارد که صیغه را شرط نمی داند و معتقد است که معاطات مفید ملکیت لزومی (اثر بیع) است. احتمال دارد این عبارت علامه ناظر به نظر شیخ مفید بوده است.

^{۳۰۸} مانند عبارت «راضی ام» یا «معامله می کنم». الفاظی که صیغه ایجاب و قبول نیستند.

^{۳۰۹}. هو السید حسن بن السید جعفر، علی ما فی مفتاح الکرامه ۴: ۱۵۶، و قد حکاه الشهيد الثاني عنه بلفظ: و قد کان بعض مشایخنا المعاصرين یذهب إلى ذلك، المسالك ۳: ۱۴۷.

^{۳۱۰}. و هو المحدث البحرانی فی الحدائق ۱۸: ۳۵۵.

^{۳۱۱} وجه تامل: ۱) برخی معاطات را منحصر در مواردی می دانند که هیچ لفظی به کار برده نشده باشد. حال اگر این قول در این فرض قائل به بطلان و فساد است، همان قول ششم خواهد بود. ۲) این قول به شرطیت لفظ برای بیع صحیح رجوع می کند با این تفاوت که در دایره مشروطیت صیغه توسعه قائل می شوند. بنابراین ایشان معاطات را صحیح نمی دانند و این قول همان قول ششم می باشد.

و الملك الغير اللازم، ذهب إليه المحقق الثاني، و نسبه إلى كلّ من قال بالإباحه^{٣١٢}. و في النسبه ما عرفت^{٣١٣}.

و عدم الملك مع إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك،^{٣١٤} كما هو ظاهر عبائر كثير^{٣١٥}، بل ذكر في المسالك: أنّ كلّ من قال بالإباحه يسوّغ جميع التصرفات^{٣١٦}.

و إباحه ما لا يتوقف على الملك، و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشي الشهيد على القواعد^{٣١٧}، و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجاريه من دون إيجاب و قبول^{٣١٨}.^{٣١٩}

٣١٢. جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٣١٣. راجع الصفحه ٢٥ ٢٦ و ٣٤. (چاپ کنگره)

٣١٤. مانند بيع (لا بيع الا في ملك) و عتق (لا عتق الا في ملك) و وطى.

٣١٥. تقدمت عباراتهم في الصفحه ٢٦ ٣١. (چاپ کنگره)

٣١٦. المسالك ٣: ١٤٩، و لفظه: لأنّ من أجاز المعاطاه سوّغ أنواع التصرفات.

٣١٧. تقدم في الصفحه ٣٥. (چاپ کنگره)

٣١٨. راجع الصفحه ٣٥ ٣٦. (چاپ کنگره)

٣١٩. بيان شده است كه وطى و عتق آن جايز نيست و ديگر تصرفات مثل كار كشيدن از كنيز جايز است. كار كشيدن از كنيز متوقف بر ملك نيست و با اجاره يا اباحه مالك و ... نيز جايز مي شود.

و القول بعدم إباحة التصرف مطلقاً،^{۳۲۰} نسب إلى ظاهر النهاية^{۳۲۱}، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها^{۳۲۲}. ۳۲۳.

و المشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطة و إن قصد المتعاطيان بها التملك، بل لم نجد قائلًا به^{۳۲۴} إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب^{۳۲۵}.

^{۳۲۰} بنابراین نه ملکیت حاصل می شود و نه اباحه تصرف و در حقیقت بیع فاسد است.

^{۳۲۱}. نه‌ایة الاحکام ۲: ۴۴۹، حیث قرّب فیها کون حکم المعاطة حکم المقبوض بالعقود الفاسدة.

^{۳۲۲}. کما سیأتی عن التحریر.

^{۳۲۳} گاهی در مقدمه یا خاتمه کتابها یا ابواب آن کتاب تاریخ نگارش آن درج شده است و گاهی با ارجاع دادن به کتابهای دیگر روشن می شود که این کتاب بعد از آنها نگاشته شده است. اطلاع بر تقدم و تاخر کتابها می تواند در کشف نظارت کتابها به یکدیگر ما را یاری دهد.

^{۳۲۴} همان معنای عدم وجدان خلاف است یا چون تنبّع کم بوده است تعبیر «عدم وجدان خلاف» به کار برده نشده است؟

^{۳۲۵}. راجع الصفحه ۳۲. (چاپ کنگره)

نعم،^{۳۲۶} ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير،^{۳۲۷} حيث قال فيه: الأقوى أن المعاطاة غير لازمة، بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت لزمت، انتهى.^{۳۲۸} و لذا نسب ذلك إليه في المسالك^{۳۲۹}، لكن قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما

^{۳۲۶} ظاهر عبارت علامه در تحریر ثبوت ملکیت است و در نتیجه قبل از محقق کرکی این وجه دارای قائل بوده است.

^{۳۲۷} استظهار با توجه به: ۱/ در مقام رد چه بیان و قولی کلام ارائه شده است. ۲/ دقت در الفاظ به کار برده شده در کلام. ۳/ سازگاری محتوا با صدر و ذیل.

^{۳۲۸} قرائن: (۱) الاقوی: در مقابل قول مخالف و قوی که قول شیخ مفید به ملکیت لازم است یا قول به فساد است و اشاره ای به اباحه نشده است و لذا ملکیت جایز مراد است. (۲) تعبیر فسخ مربوط به معاوضات و بیوع است و برای اباحه تصرف از لفظ رد استفاده می شود. (۳) تعبیر معاوضه برای بیع است -نه اباحه تصرف-. (۴) تعبیر لزوم به شکل متعارف برای مواردی به کار برده می شود که ملکیت حاصل شده باشد. / نقد شیخ: قرینه اول صحیح نیست چرا که ثقل اختلاف علامه با دیگران که در این عبارت به آن اشاره شده است، لزوم و جواز است و نسبت به ملکیت یا اباحه ساکت است. در مورد دیگر قرائن نیز گفته می شود چون دو طرف قصد تملیک داشته اند، این تعابیر به کار برده است. (اضافه بر این که ممکن است اختصاص این تعابیر به حصول ملکیت مورد تردید واقع شود، چرا که اباحه تصرف در مقام نیز دو طرفی و معاوضه ای است که لزوم و جواز در آن معنا دارد و تعبیر فسخ در مورد این معاوضات نیز صحیح است). نفی این قرائن دارای دو دلیل است: (۱) ذیل کلام علامه که با ملکیت سازگاری ندارد. (۲) کلام علامه در بحث هبه.

۳۲۹. المسالك ۳: ۱۴۸.

قبضه، بخلاف البيع الفاسد»^{۳۳۰} ظاهر فی آن مراده مجرد الانتفاع؛ إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك^{۳۳۱}.

[الأقوى حصول الملك]

و أما قوله: «و الأقوى .. إلخ»، فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله و العامة القائلين باللزوم. و إطلاق «المعاوضة» عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، و إطلاق «الفسخ» على «الرد» بهذا الاعتبار أيضاً، و كذا «اللزوم».

و يؤيد ما ذكرنا بل يدلّ عليه^{۳۳۲}: أن الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقفها على الإيجاب و القبول، ثمّ قال: و هل يستغنى عن الإيجاب و القبول في هدية الأئمة؟^{۳۳۳}

۳۳۰. التحرير ۱: ۱۶۴.

۳۳۱ اگر ملکیت جایز را بیان کرده بود، توهم جواز انتفاع وجود نداشت تا در ذیل به آن پردازد. (نقد مرحوم شهیدی: اگر اباحه تصرف را نیز گفته بود، باز هم این توهم وجود نداشت و این عبارت تکرار ما قبل بود). شاید علامه این تعبیر را برای تأکید عدم فساد بیان کرده اند و در نتیجه با ملکیت نیز سازگاری دارد.

۳۳۲ وجه موید بودن: ۱/ ضعف طریق اولویت. ۲/ امکان تغییر نظر از باب بیع تا باب هبه وجود دارد.

۳۳۳ مثال اطعمه شاید به دلیل متعارف بودن هبه محقرات خوراکی بوده است.

الأقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال^{٣٣٤}، انتهى. و صرح بذلك أيضاً في الهدية^{٣٣٥}،^{٣٣٦} فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاواة فكيف يقول بها في البيع؟^{٣٣٧}

[الاستدلال بالسيرة]

و^{٣٣٨} ذهب جماعة^{٣٣٩} تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك، و لا يخلو عن قوة؛ للسيرة المستمرة^{٣٤٠} على معاملة المأخوذ بالمعاواة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق، و البيع، و الوطاء، و الإيضاء، و توريثه، و غير ذلك من آثار الملك.

٣٣٤. التحرير ١: ٢٨١.

٣٣٥. التحرير ١: ٢٨٤.

٣٣٦ در همان باب هبه تفاوتی بین هدیه و هبه بیان می شود اما مباحث هدیه مجزا از هبه مطرح نمی شود. در همان باب هبه در دو بخش اشاره می شود که معاطات مفید ملک نیست.

٣٣٧ تمسک به طریق اولویت عقلی (ر.ک. کتاب الفائق): احکام در بیع سختگیرانه تر و حصول ملکیت در آن مشکلتر است و با شروط بیشتری همراه است.

٣٣٨ بعد از مرحله مساله شناسی و اقوال، نوبت به مرحله جمع آوری و بررسی ادله می رسد.

٣٣٩. منهم: المحقق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ٨: ١٣٩ ١٤١، و المحدث الكاشانی فی المفاتيح ٣: ٤٨، و المحدث البحرانی فی الحدائق ١٨: ٣٥٠ و ٣٦١، و المحقق النراقی فی المستند ٢: ٣٦١ ٣٦٢، و نفی عنه البعد المحقق السبزواری فی الكفاية: ٨٨

٣٤٠ با توجه به اشکالی که در ادامه بیان می کنند، ظاهراً مرادشان سیره متشرعه است و شاید با لفظ «مستمره» قصد دارند این مطلب را افاده می کنند که این سیره در زمان معصومین ع و مومنین صدر

اسلام نیز وجود داشته است. حکم عقلاء و ارتکاز عقلاء در مقابل سیره قرار می گیرد که اثبات حجیت آنها با دشواری هایی همراه است.

و يدلّ عليه أيضاً: عموم^{۳۴۱} قوله تعالى و أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ^{۳۴۲}؛ حيث إنه يدلّ على حلیه جميع التصرفات المترتبة على البيع،^{۳۴۳} بل قد يقال: ^{۳۴۴} بأن الآیه دالّه عرفاً بالمطابقه على صحه البيع، لا مجرد الحكم التکلیفی. لکنه محلّ تأمل^{۳۴۵}.

^{۳۴۱} مراد معنای لغوی عمومیت یعنی شمولیت است که شامل اطلاق می شود. هر جا بحث از اطلاق مطرح شد، بررسی مقدمات حکمت و مصداقیت محل بحث برای طبیعت مطلق باید مورد توجه قرار گیرد. (نقد: آیه در مقام بیان اصل تشریح و حلیت در مقابل حرمت ربا می باشد و در مقام بیان نیست و لذا امکان اخذ اطلاق وجود ندارد. آیه صرفاً بیان می کند که مسبب امر مشروعی است، اما نسبت به کیفیت و شرایط و از چه اسبابی باید محقق شود، ساکت است. شاهد این ادعا این است که ادله بیان شرط صحت، مقید این اطلاق تلقی نمی شوند.

^{۳۴۲}. البقرة: ۲۷۵.

^{۳۴۳} وجه استدلال: احل الله البيع در مقابل حرم الربا قرار دارد (قرینه مقابله). الربا به معنای مقدار زائد اخذ شده در معامله ربوی است. حرمت به عین تعلق گرفته پس مراد حرمت تکلیفی تصرف در عین ربوی است. بنابراین می توان گفت احل نیز حلیت تکلیفی است و مراد از بیع، کالای اخذ شده در بیع است و مدلول مطابقی آیه شریفه «حلیت تصرف در عوض و معوض در بیع» است. این مفاد ملازمه دارد (بر اساس سبب انحصاری عرفی) با صحّت بیع و حصول ملکیت. پس مطلق بیع عرفی صحیح شرعی است. از سویی معاطات مصداق بیع عرفی است و بنابراین صحیح شرعی است. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۷۷.

و أمّا^{۳۴۶} منع صدق البیع علیه عرفاً فمکابره.

^{۳۴۴} وجه دوم استدلال و استظهار دیگری از آیه شریفه: مراد نفس معامله بیع است و تعلق حلیت به معامله ظهور در حلیت وضعی (صحت) دارد که حکم مورد انتظار مخاطب است و در مقام امتنان بودن آیه شریفه نیز چنین اقتضائی دارد. در مورد قرینه مقابله نیز می توان گفت ظهور ذکر شده برای احل الله البیع قرینه می شود که مراد از الربا معامله ربوی است و حرمت آن نیز حرمت وضعی است. (وجه سوم حلیت اعم از تکلیفی و وضعی است. ر.ک. مرحوم خوئی، ج ۲، ص ۹۴).

^{۳۴۵} حمل حرمت ربا بر حرمت وضعی معامله ربوی بعید است و با توجه به قرینه مقابله استظهار اول عرفی است. (البته ایشان در ادامه بیان می کنند که اولی استدلال به وجه دوم است، چرا که وجه اول دارای اشکال است).

^{۳۴۶} مخالف: عدم صدق طبیعت بر محل بحث و خروج تخصصی. شیخ: مکابره است. مخالف: ادعای اجماع شده است که معاطات بیع نیست، پس مکابره نیست. شیخ: مراد آنها نفی مصداقیت برای بیع حقیقی عرفی نیست، بلکه مراد نفی صحت شرعی بیعی است که مفید ملک لازم باشد. مخالف: پس معاطات مصداق بیع صحیح نیست. ایشان بیع را وضع برای صحیح می دانند [توجه به مبانی گوینده برای کشف نظر ایشان] و شرط صحت در نزد ایشان شرط تحقق است. پس معاطات مصداق بیع نیست. شیخ: قد عرفت.

و أما دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة فى الغنية^{٣٤٧}
فمرادهم بالبيع: المعاملة اللازمة التى هى إحدى العقود؛ و لذا صرح فى الغنية بكون
الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع.^{٣٤٨}

و دعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها^{٣٤٩} ٣٥٠.

[الاستدلال بأية التجارة]

و ممّا ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ^{٣٥١} ٣٥٢.

^{٣٤٧} . تقدّم كلامه فى الصفحة ٢٩. (چاپ كنگره)

^{٣٤٨} پس صيغه شرط صحت شرعى بيع است - نه شرط اصل تحقق عرفى بيع -.

^{٣٤٩} . راجع الصفحة ١٩ (چاپ كنگره) و غيرها.

^{٣٥٠} در نظر ایشان بيع براى صحيح عرفى وضع شده است. معاطات صحت عرفى را داراست و صحت
شرعى را دارا نیست، بنابراین مصداق حقيقى بيع مى باشد.

^{٣٥١} . النساء: ٢٩.

^{٣٥٢} وجه استدلال: «اكل» كناية از جميع تصرفات است و شامل تصرفات مالكانه نیز مى شود [در مقام
بيان است و اطلاق دارد؟]. مدلول التزامى جواز اكل با تجارت عن تراض، حصول ملكيت و صحت
تجارت عن تراض است. معاطات مصداق تجارت عن تراض مى باشد. (نقد مرحوم سيد يزدى : مفاد
آيه اين است كه اكل از طريق اسباب باطل، جايز نیست و با اسباب صحيح جايز است. اما شرايط اسباب
صحيح را بيان نكرده است).

[الاستدلال بحديث السلطنة و المناقشة فيه]

و أما قوله -صلى الله عليه و آله و سلم-: ^{٣٥٣} «الناس مسلطون على أموالهم» ^{٣٥٤} ^{٣٥٥} فلا دلالة فيه على المدعى؛ ^{٣٥٦} لأن عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنما يجدى فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك، و ماضية شرعاً في حقه، أم لا؟ أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه، ماضية شرعاً، لكن شك في أن هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاظم مع القصد، أم لا بد من القول الدال عليه؟ فلا يجوز الاستدلال على سبب المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم. ^{٣٥٧}

^{٣٥٣} روایات مبارک علاوه بر بحث دلالی، بحث صدورى و حجیت آنها نیز نیازمند تحقیق است. ر.ک. مرحوم آقاى خویى، مصباح الفقاهه، ج ٢، ص ٩٩.

^{٣٥٤} عوالى اللاکى ١: ٢٢٢، الحدیث ٩٩.

^{٣٥٥} وجه استدلال: سلطه بر مال مطلق است و به این معناست که به هر نحوی که بخواهد، می تواند در مال تصرف کند -از جمله بیع و معامله آن کالا بدون صیغه-.

^{٣٥٦} باید توجه شود که شمولیت دلیل از چه حیث است و از چه حیث خطاب در مقام بیان است.

^{٣٥٧} شمولیت از حیث انواع سلطنت -مثل سلطنت در تملیک عین، تملیک منفعت، تملیک ضمانی، خوردن، نوشیدن و ... مفاد این دلیل است. (آیا شامل سلطنت بر تصرفی که سلطنت را از بین می برد - مثل بیع - هم می شود؟ ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانى و شهیدی + گفته شده دلیل از این حیث شمولیت ندارد و صرفاً در مقام نفی سلطه غیر است + این روایت مثال خوبی برای ارائه تاثیر لحن در انتقال

و منه يظهر أيضاً:- عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغ^{٣٥٨}.

[المناقشة في دلالة الآيتين]

و كيف كان،^{٣٥٩} ففي الآيتين مع السيرة كفاية. اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، و إنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، كالبيع و الوطاء و

معناست و اگر استرس کلام بر «الناس» باشد یا «مسلطون» یا «فی اموالهم» معنا ممکن است متفاوت باشد). اما شمولیت از حیث شرایط اعمال این سلطنت ها - مثل شرایط بیع که با صیغه باشد یا بدون صیغه - را بیان نمی کند و از این حیث ساکت است.

^{٣٥٨} برای نفی شروط صیغه. ر.ک. به نقدهای مرحوم سید، ج ١، ص ٦٩.

^{٣٥٩} چه روایت «الناس مسلطون...» دلالت داشته باشد و چه دلالت نداشته باشد.

العق و الإیضاء^{۳۶۰}، و^{۳۶۱} إباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمه الشرعيه الحاصله في سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك، دون المقام الذي لا

^{۳۶۰} بیان شد طبق وجه اول استدلال، مدلول مطابقی حکم تکلیفی اباحه تصرفات است و مدلول التزامی آن - بر اساس سبب انحصاری - صحت بیع و حصول ملکیت هنگام معاطات. لکن با توجه به این که سبب انحصاری نیست و ممکن است جواز تمام تصرفات به دلیل تحقق اباحه تصرف باشد، مدلول التزامی نسبت داده شده به آیات شریفه قابل قبول نیست. بنابراین لازم (مدلول مطابقی) اعم از ملزوم (مدلول التزامی ادعائی) و آن را ثابت نمی کند. (نقد مرحوم سید: حلیت تکلیفی تصرف بر همان وجه مقصود متعاطیین بر همان وجه مقصود یعنی ملکیت مستظهر عرف از مفاد آیه است و این تلازم عرفی قابل قبول است).

^{۳۶۱} شبهه: در مسائل دیگر فقهی از اطلاق این آیه شریفه برای صحت بیع و حصول ملکیت استفاده می شود - مثل تحقق بیع با لفظ ملکُ یا بیع کالایی که منفعت یسیره دارد - اگر در آن مسائل چنین مفادی از آیات استفاده می شود، پس در مساله معاطات نیز باید همین گونه باشد.

یعلم ذلك منهم،^{۳۶۲} حيث أطلق^{۳۶۳} القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات. و صرح في المسالك: بأن من أجاز المعاطاة سوَّغ جميع التصرفات^{۳۶۴}.^{۳۶۵}

غايه الأمر^{۳۶۶} أنه لا بدّ من التزامهم بأنّ التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناً ما؛ فإنّ الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقّفها على الملك يحصل

^{۳۶۲} جواب: بين مسائل ديگر و مساله معاطات تفاوت وجود دارد. در مسائل ديگر اجماع مركب وجود دارد كه يا بيع فاسد است و تصرف جايز نيست يا بيع صحيح است و ملكيت حاصل شده است. آيه بطلان قول اول را افاده مي كند و به ضميمه شدن اجماع مركب، قول به صحت بيع و حصول ملكيت ثابت مي شود. اما در مساله معاطات سه قول وجود دارد و قول سوم احتمالاً اباحه جميع تصرفات است. آيه شريفه قول به فساد را ابطال مي كند، اما ترديد بين قول دوم و سوم باقى است و هر دو ممكن است نظر شارع مقدس باشد.

^{۳۶۳} حتى تصرفات مالكانه نیز مقصود آنها بوده است - اگر در مقام بيان بوده باشند -.

^{۳۶۴}. المسالك ۳: ۱۴۹.

^{۳۶۵} مطلبی كه در ادامه با تعبير «دعوى ... مدفوعه» ذكر مي شود، ادامه اشكال و جوابی است كه در اين جا بيان شد. لذا بهتر است بعد اين مطلب به آن اشاره شود.

^{۳۶۶} اشكال: اگر همه تصرفات حتى تصرفات متوقف بر ملك جايز است، پس به ملازمه شرعى ملكيت حاصل شده است. اگر و طى كنيز جايز است، پس از نظر شرعى مالك شده است. پس اگر آيه به مدلول مطابقى جواز تمام تصرفات حتى تصرفات مالكانه را افاده مي كند، به ملازمه شرعى صحت بيع و حصول ملكيت را افاده مي كند. / جواب: آنچه ثابت است، حصول ملكيت در زمان تصرف مالكانه - مثل بيع، عتق و و طى - است (در مقابل اين قول كه گفته شود ملكيت با جواز تصرف مالكانه تلازم دارد

بالتزام هذا المقدار. و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر ليقال: إن مرجع هذه الإباحة أيضاً إلى التملك^{٣٦٧} ٣٦٨.

ولو تصرفي رخ ندهد. جواز تصرف با معاطات حاصل شده است). حصول ملكيت از زمان معاطات دليل ندارد، بلکه استصحاب عدم ملكيت جاري است تا لحظه اي قبل از تصرف كه به طور قطع -با جمع ادله كه در ادامه به آن اشاره خواهد شد- متصرف مالك شده است.

^{٣٦٧} بيان ديگر: ادله توقف اين تصرفات بر ملكيت، تقيد خورده است و در اين موارد شخصي كه اباحه تصرف دارد و مالك نيست، مي تواند بيع، عتق يا وطي انجام دهد.

^{٣٦٨} در ادامه مطلبي با عبارت «هذا مع ان ما ذكر...» خواهد آمد كه ادامه اين اشكال و جواب است و بهتر است در اين بخش به آن اشاره شود.

[المناقشة في دلالة السيرة]

وَأما ثبوت السيرة واستمرارها على التورث،^{٣٦٩} فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلّة المبالاة في الدين^{٣٧٠} ممّا لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم،^{٣٧١} كما لا يخفى.

^{٣٦٩} مراحل نقد و بررسی سیره : (١) تعیین نوع سیره : سیره عقلا است یا متشرعه؟ سیره قدمات است یا متاخرین یا برای تمام اعصار؟ و ... از بیان مرحوم شیخ کشف می شود که در مقام سیره متشرعه مدنظر است. (٢) تطبیق شرایط حجیت سیره از عدم ردع، سیره متشرعه بما هم متشرعه و در مقام سیره متشرعه بما هم متشرعه باید احراز شود و این که سیره از حیث تدین سبب این رفتار شده است تا اطمینان یا حجت به نظر شرع را به همراه بیاورد - مثل صیغه عربی در نکاح - . (اضافه بر این که سیره جواز تصرف را افاده می کند - نه ملکیت را - . همان اشکال به مفاد آیات به این دلیل نیز وارد است).

^{٣٧٠} شاهد : عمل آنها خلاف فتوای قدمات مبنی بر اباحه تصرف است و علما که رئیس متشرعه بوده اند چنین رفتاری نداشته اند.

^{٣٧١} مانند سیره بر ترک امر به معروف و نهی از منکر و سیره بر تراشیدن محاسن و سیره بر معاملات متنوع رمازها بدون تحقیق از حکم شرعی آنها و سیره بر نقد اهل سیاست بدون توجه به مصداقیت برای غیبت یا توهین یا تمسخر یا ...

و دعوی: ۳۷۲ آنه لم یعلم من القائل بالإباحه جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة علی الملك كما يظهر من المحکی عن حواشی الشهد علی القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی الخمس و الزکاة و ثمن الهدی، و عدم جواز وطء الجاریه المأخوذة بها^{۳۷۳}، و قد صرح الشیخ رحمه الله بالأخیر فی معاطاه الهدایا^{۳۷۴} فیتوجه التمسک حینئذ بعموم الآیه علی جوازها، فیثبت الملك، مدفوعه: ۳۷۵ بأنه و إن لم یثبت ذلك، إلا أنه لم یثبت أن کل من قال بإباحه جمیع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر، فیجوز للفقیه حینئذ التزام

۳۷۲ در مقام ممکن است اجماع مرکب وجود داشته باشد و قول سوم فقط تصرفات غیر مالکانه مباح باشد -به دلیل عدم استفاده اطلاق نسبت به تصرفات مالکانه از کلام علماء- مفاد آیه شریفه اطلاق دارد و قول سوم را نیز ابطال می کند و لذا قول به صحت و حصول ملکیت ثابت می شود. قول اباحه تمام تصرفات حتی تصرفات مالکانه ممکن است خرق اجماع مرکب باشد چرا که معلوم نیست قائلی داشته باشد.

۳۷۳. تقدم فی الصفحه ۳۵. (چاپ کنگره)

۳۷۴. المبسوط ۳: ۳۱۵.

۳۷۵ شاید اباحه همه تصرفات مرادشان باشد و ملکیت آناما قبل تصرف. برای استفاده از اجماع مرکب جهت تحصیل وثوق به نظر شارع، باید اجماع مرکب احراز شود. اجماع مرکب احتمالی کاشف از نظر شارع نبوده و حجیت ندارد. لذا شاید قول چهارمی دال بر اباحه تمام تصرفات وجود داشته باشد و ان قول مورد نظر شارع مقدس باشد. آیه این قول احتمالی را رد نکرده است. (مرحوم سید: یقین داریم برخی این قول چهارم را قائل شده اند).

إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك، لا من أول الأمر.

[الأولى في الاستدلال على المختار]

فالأولى حينئذ: ^{٣٧٦} التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من «حل البيع» صحته شرعاً ^{٣٧٧}.

^{٣٧٦} که استدلال به آیات بنا بر وجه اول (مدلول مطابقی حلیت تکلیفی باشد) با اشکال همراه است.

^{٣٧٧} وجه دوم در مورد آیه که مدلول مطابقی را حلیت وضعی و صحت بیع بیان می کرد. اگر صحت بیع مدلول مطابقی باشد، اشکال ذکر شده به آن وارد نیست. / اشکال: مرحوم شیخ قبلاً این بیان را محل تامل می دانست و ظاهراً آن را خلاف ظاهر تلقی می کرد. پس این وجه اولویت ندارد. جواب: شاید نظر ایشان عوض شده است یا اولویت در استدلال کردن به معنای قبول استدلال توسط ایشان نباشد و صرفاً بر استدلال به وجه اول اشکال کمتری به آن وارد است و شاید در ابتدای بحث که تعبیر «محل تامل» را ذکر کردند، اشاره ای به اشکال به این وجه نداشتند.

هذا،^{۳۷۸} مع إمكان إثبات صحّة المعاطاة في الهبة و الإجارة ببعض إطلاقاتها،^{۳۷۹} و تتميمه في البيع بالإجماع المركّب^{۳۸۰}.

هذا، مع أنّ ما ذكر: من أنّ للفقیه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه، لا يليق بالمتفقّه فضلاً عن الفقيه!^{۳۸۱}

^{۳۷۸} دلیل پنجم برای اثبات حصول ملکیت در معاطات.

^{۳۷۹} اطلاق آنها شامل هبه و اجاره معاطاتی می شود و صحت آنها را ثابت می کند. (نقد: ادله هبه و اجاره یا اطلاقى ندارند یا اطلاقشان شبیه اطلاق بیع است. پس اگر استدلال به اطلاق بیع پذیرفته شود، نیازی به اطلاق هبه وجود ندارد. اگر استدلال به اطلاق بیع با اشکال همراه باشد، همان اشکال به اطلاق هبه نیز وجود دارد و اطلاق هبه مفید نخواهد بود).

^{۳۸۰} معاطات (شرطیت صیغه) یا در همه معاملات صحیح است یا در هیچ معامله ای صحیح نیست.

^{۳۸۱} دلیل: (۱) مستلزم توقف تصرفی مثل بیع بر ملکیت است در حالی که خود ملکیت متوقف بر تصرف شده است. [ممکن است اراده تصرف - و نه خود تصرف - مملک باشد که در ادامه اشاره خواهد شد]. (۲) غیر عقلایی است و حکم غیر عقلایی نیازمند بیان واضح و متقنی است که در مقام مفقود است و لذا عرف چنین حکمی را از شرع استفاده و درک نمی کند. (۳) ملکیت آناما قبل تصرف اگر معلول معاطات باشد که خلاف فرض است. اگر معلول تصرف باشد که متاخر بر متقدم اثر نمی گذارد. اگر معلول اراده تصرف به تنهایی یا با تصرف باشد، اشکال می شود که این امور از اسباب تملیک شرعی نیستند.

[دعوی کاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة]

و لذا^{۳۸۲} ذکر بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد فی مقام الاستبعاد:- أن القول بالإباحة المجردة، مع فرض قصد المتعاطین التملیک و البیع^{۳۸۳}، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة^{۳۸۴}:

[۱] منها: ^{۳۸۵} أن العقود و ما قام مقامها^{۳۸۶} لا تتبع القصود.

[۲] و منها: أن يكون إرادة التصرف من المملكات،^{۳۸۷} فتملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما، أو معه^{۳۸۸} دفعه و إن لم يخطر ببال المالك الأول الإذن في شيء من هذه

^{۳۸۲} که ملکیت عند التصرف لایلیق بالمتفقہ.

^{۳۸۳} و حصول ملکیت آنا ما قبل تصرف و ...

^{۳۸۴} یا به تعبیر دیگر استثناء برای بسیاری از قواعد که در ارتکاز متشرعہ بعید است. این استبعادها ممکن است اطمینان به بطلان این قول را به همراه داشته باشد.

^{۳۸۵} این عبارات و کلمات مرحوم شیخ در ادامه تسلط علماء بر قواعد، احکام و ابواب مختلف فقهی را نشان می دهد و اهمیت اطلاعات کمی از فقه در کنار فعالیت کیفی را گوشزد می کند.

^{۳۸۶} مانند ایقاعات.

^{۳۸۷} ملکیت آنا ما قبل از تصرف معلول اراده تصرف است.

^{۳۸۸} اراده تصرف با تصرف.

التصرفات؛^{۳۸۹} لأنه قاصد للنقل من حين الدفع، و أنه لا سلطان له [المالك الاول] بعد ذلك [التعاطي]، بخلاف من قال: ^{۳۹۰} أعتق عبدك عني، ^{۳۹۱} و تصدق بمالي عنك. ^{۳۹۲}

^{۳۸۹} اصلا به ذهنش منظور نکرده است تا اباحه تصرف نسبت به آنها داده باشد، بلکه صرفا قصد تمليک دارد.

^{۳۹۰} که در این موارد تصرف مدنظر به ذهن مالک منظور کرده است.

^{۳۹۱} عبت را به وکالت از من به تمليک بنده در بياور و بعد از مالک شدن من، آن را از طرف بنده آزاد کن.

^{۳۹۲} اباحه تصرف با صدقه دادن در مال داده است یا کالا را از طرف من به خودت تمليک کن به شرط آن که آن را از طرف خودت صدقه بدهی. مرحوم کلانتر در حاشیه بر مکاسب بیان کرده اند که عبارت صحيح «تصدق بمالك عني» است - هر چند در تمام نسخ و نقلها آنچه در متن نگاهشته شده وجود دارد.

[۳] و منها: أن الأحماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون^{۳۹۳} و النفقات^{۳۹۴} و حقّ المقاسمة^{۳۹۵} و الشفعة^{۳۹۶} و الموارث و الربا^{۳۹۷} و الوصايا تتعلّق بما في اليد - مع العلم ببقاء مقابله، و عدم التصرف فيه، أو عدم العلم به، فينفي بالأصل^{۳۹۸-۳۹۹} فتكون متعلّقه بغير

^{۳۹۳} وجوب پرداخت دین حال با مال اخذ شده به معاطات در حالی که صرفا اباحه تصرف در آن را دارد و مالک نشده است.

^{۳۹۴} لزوم پرداخت نفقات واجب از این مال.

^{۳۹۵} اگر شراکت در مشاع باشد، حق قسمت و جدا کردن اموال برای شرکا وجود دارد. این شخص مالک نشده است، اما حق مقاسمه دارد. (در برخی نسخ «حق المقاصه» آمده که به معنای امکان تقاص با آن کالا است و دیگران می توانند این کالا را به عنوان تقاص بردارند، در حالی که این شخص مالک آن نیست).

^{۳۹۶} با این که مالک این زمین - به عنوان مثال - نیست، اما حق شفعه دارد.

^{۳۹۷} در معاطات با وجود این که ملکیت حاصل نمی شود و صرفا اباحه تصرف است، قواعد و احکام ربا جاری می شود و در مکیل و موزون نباید زیاده و کمی بین عوض و معوض باشد.

^{۳۹۸} استصحاب عدم تصرف یا استصحاب عدم ملکیت.

^{۳۹۹} ذکر شد تا فرض در مواردی باشد که به علم یا حجت هنوز مالک نشده است.

الأَمْلاك،^{٤٠٠} و أنَّ صفةَ الغنى و الفقر تترتّب عليه كذلك،^{٤٠١} فيصير ما ليس من الأَمْلاك بحكم الأَمْلاك.

[٤] و منها: كون التصرّف من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر،^{٤٠٢} مضافاً إلى غرابته استناد الملك إلى التصرّف.^{٤٠٣}

[٥] و منها: جعل التلف السماوى من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر،^{٤٠٤} و التلف من الجانبين معيّناً للمسمّى من الطرفين، و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت^{٤٠٥.٤٠٦}.

^{٤٠٠} تاسيس قاعده جديد: تعلق اين امور به كالايى كه ملك شخص نيست.

^{٤٠١} بر اساس اين اموال معاطاتى كه صرفاً اباحه تصرف دارد، تعيين مى شود كه فقير است يا غنى تا اگر غنى باشد، زكات و خمس به او داده نشود.

^{٤٠٢} طرف مقابل اگر عبد را عتق كند، طرف ديگر مالك عوض شود.

^{٤٠٣} اين مورد نزديك به مورد دوم است.

^{٤٠٤} اگر عبد با صاعقه از بين رفت، طرف مقابل مالك عوض شود.

^{٤٠٥} تفاوت بين المسمى و قيمت واقعى يا مثل.

^{٤٠٦} اگر همچنان در ملك مالك اول باقى است و انتقال ملك رخ نداده است، تلف كردن آن طبق قاعده موجب ضمان مثل يا قيمت خواهد بود؛ در حالى كه ضمان مسمى در مقام ادعا شده است (طرف مقابل مالك عوض مى شود) كه خلاف قاعده است.

و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها [ید الغاصب]، فالقول بأنّه المطالب؛ لأنّه تملک بالغصب أو التلف فی ید الغاصب، غریب! و القول بعدم الملک بعید جداً.^{۴۰۷}

مع أنّ فی التلف القهری^{۴۰۸} إن ملک التالف قبل التلف فهو عجیب! ^{۴۰۹} و معه بعید؛ لعدم قابلیتته،^{۴۱۰} و بعده ملک معدوم،^{۴۱۱} و مع عدم الدخول فی الملک یکون ملک الآخر بغیر عوض،^{۴۱۲} و نفی الملک^{۴۱۳} مخالف للسیرة و بناء المتعاطین.

^{۴۰۷} این شخص که صرفاً اباحه تصرف دارد و مالک نیست، حق مطالبه از غاصب را دارد در حالی که اگر گفته شود همچنان مالک نیست، حق مطالبه گری برای غیر مالک ثابت شده است و اگر ادعا شود مالک شده است یعنی غضب یا تلف نزد غاصب سبب ملکیت او بوده است که تاسیس قاعده جدیدی است.

^{۴۰۸} تلف قهری موجب ملک می باشد یا خیر؟ هر دو فرض دارای استبعاد است.

^{۴۰۹} سببی برای تحقق ملکیت حادث نشده است. تلف متاخر بعید است سبب ملکیت متقدم باشد و معلول بر علت مقدم شود.

^{۴۱۰} در هنگام تلف آن کالا قابلیت مملوک واقع شدن ندارد.

^{۴۱۱} معدوم قابلیت مملوک واقع شدن را ندارد. البته این در فرضی است که تلف به اعدام کالا باشد و الا می توان به همان عدم قابلیت کالا استناد کرد.

^{۴۱۲} جمع عوض و معوض استبعاد دارد.

^{۴۱۳} می تواند مربوط به کل مطلب باشد و ممکن است ناظر به ذیل بحث تلف قهری باشد. همانطور که ممکن است نفی ملک اولی، نفی ملک دومی یا نفی ملکیت هر دو مدنظر باشد.

[۶] و منها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية^{۴۱۴} فلا يتوقف على النية، فهو بعيد،^{۴۱۵} و إن أوقفناه [التصرف المملک] عليها [النية] كان الواطئ للجارية من غيرها واطئاً بالشبهة،^{۴۱۶} و الجانی علیه و المتلف جانياً علی مال الغير و متلفاً له.

[۷] و منها: ^{۴۱۷} أن النماء الحادث قبل التصرف، إن جعلنا حدوثه مملکاً له دون العين^{۴۱۸} فبعيد،^{۴۱۹} أو معها فکذلك،^{۴۲۰} و کلاهما منافٍ لظاهر الأكثر^{۴۲۱}، و شمول الإذن له خفی^{۴۲۲}.

^{۴۱۴} مثل ارث که بدون قصد و نیت تملیک از سوی مورث و تملک از سوی ورثه، نقل ملکیت رخ می دهد.

^{۴۱۵} نقل قهری خلاف قاعده است و در مورد ارث به خاطر ضرورت و ناچاری و ... چنین حکمی جعل شده است.

^{۴۱۶} چرا که بدون نیت تملک و طی را انجام می دهد به تصور این که با معاطات مالک شده است.

^{۴۱۷} بر اساس این که گفته شده دومی مالک نماء است یا اباحه تصرف مالکانه در آن را دارد.

^{۴۱۸} دومی مالک نماء (بره) شده است ولی مالک عین (گوسفند مادر) نشده است.

^{۴۱۹} نماء در ملکیت تابع عین است.

^{۴۲۰} حدوث نماء از عینی که ملک غیر است، سبب ملکیت نماء و عین برای شخص دیگر شود، تاسیس قاعده جدیدی در فقه است.

^{۴۲۱} که صرفاً تلف و تصرف را سبب ملکیت قلمداد کرده اند.

^{۴۲۲} اگر گفته شود اولی اذن عامی داده و اذن در تصرف نماء را نیز داده است تا دومی آن را -مثلاً با تصرف- به ملک خود در آورد و لذا نماء با تصرف به ملک دومی در خواهد آمد -نه حدوث-، جواب

[۸] و منها: قصر التملیک علی التصرف مع الاستناد فیہ^{۴۲۳} إلى أنّ إذن المالك فیہ
[التصرف] إذن فی التملیک،^{۴۲۴} فیرجع إلى كون المتصرف فی تملیکه نفسه موجبا

داده می شود که اذن به اباحه تصرف در مورد اصل و عین نیز صحیح نیست و متعاطین قصد تملیک دارند و اصلا اذن در تصرف در نماء به ذهن آنها خطور نکرده است.
^{۴۲۳} کون التصرف مملکا.

^{۴۲۴} اذن داده است که از طرف او کالا را به ملک خودش در آورد و سپس تصرف مالکانه اش مباح می شود.

قابلاً،^{۴۲۵} و ذلك^{۴۲۶} جارٍ فی القبض،^{۴۲۷} بل هو أولى منه؛ لاقترانہ بقصد التملیک،^{۴۲۸} دونه^{۴۲۹} ،
انتهی.

^{۴۲۵} تملیک دومی کالا را به خودش که در این فرض هم موجب و بایع خواهد بود به اعتبار اذن از اولی و هم قابل و مشتری خواهد بود. (تملیکه نفسه العین لنفسه). البته تفاوت اعتباری در موجب و قابل مانعی ندارد و اشکالی از این حیث وارد نیست.

^{۴۲۶} اذن در تصرف، اذن در تملیک باشد و دومی موجب و قابل باشد.

^{۴۲۷} بعد معاطات قبض رخ می دهد و اذن در تصرف و تملیک وجود دارد. پس چرا هنگام قبض تملیک و تملک و موجب و قابل بودن رخ ندهد؟

^{۴۲۸} موجب و قابل بودن هنگام قبض اولی است، چرا که به قصد تملیک کالا به خودش آن را قبض می کند، در حالی که هنگام تصرف، قصد تملیک و تملک ندارد. (نقد: دومی هنگام معامله قصد تملک دارد و قصد تملیک در هنگام قبض وجود ندارد. مرحوم پایانی عبارت را اینگونه شرح داده اند: «لاقتران القبض زمانا بالاذن فی التملیک دون التصرف».

^{۴۲۹}. شرح القواعد للشیخ الکبیر کاشف الغطاء (مخطوط): الورقة: ۵۰.

و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول، لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول و العمومات؛^{٤٣٠} إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء.^{٤٣١}

[١] أما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للمقصود، ففيها :

أولاً:^{٤٣٢} أن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً؛ فإن تبعية العقد للمقصد و عدم انفكاكه عنه إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد،

^{٤٣٠} حجت شرعی و دلیل بر حکم شرعی در مقابل استصحاب عدم ملکیت (بعد از معاطاه) و لایبغ الا فی ملک (هنگام تصرف مالکانه که دلیل بر ملکیت آنما قبل از آن می باشد) - که در ادامه اشاره خواهد شد - نیستند.

^{٤٣١} این قول و لوازمش را می توان با قواعد متداول توجیه کرد، هر چند ممکن است برای برخی استبعاد داشته باشد. (در ادامه روشن می شود که در برخی مسائل این قول مستلزم تأسیس قواعد جدید یا استثناء از قواعد فقهی است، لکن با این حال مرحوم شیخ بیان می کنند که این نکته صرفاً استبعاد است و حجت شرعی بر حکم نمی باشد).

^{٤٣٢} جواب حلی : خروج تخصصی و صغروی محل بحث از این قاعده، چرا که این قاعده مخصوص عقد شرعی صحیح است که دلیل بر صحت و امضاء آن توسط شارع وجود داشته باشد.

بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه،^{٤٣٣} فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه،

أما المعاملات الفعلية^{٤٣٤} التي لم يدل على صحتها دليل،^{٤٣٥} فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها، كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم^{٤٣٦} من أن السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المبايعات، نعم إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه^{٤٣٧} حكم به وإن لم يكن مقصوداً.

^{٤٣٣} ترتب اثر عرفا همان معنای صحت است یا لازمه آن است.

^{٤٣٤} معاملات معاطاتی.

^{٤٣٥} طبق فرض قائلین به این قول عمومات فقط شامل معاملات لفظی می شود. بنابراین قاعده در آنها جاری نیست.

^{٤٣٦}. تقدم فی الصفحة ٣١. (چاپ کنگره)

^{٤٣٧} مثلاً اگر اجماع یا شهرت دلالت بر ترتب اباحه تصرف داشت.

و ثانياً: ۴۳۸ أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة؛ ۴۳۹ لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر ۴۴۰.

۴۳۸ جواب نقضی و بیان مثالهای دیگری از استثناء این قاعده برای کمرنگ کردن استبعاد ذکر شده. (کشف و ذکر این مثالها مبتنی بر فحص و تسلط بر ابواب مختلف فقه است و اهمیت مطالعه کمی در کنار مطالعه کیفی در فقه را گوشزد می کند). البته ادعا شده است هیچکدام از مثالهای ذکر شده استثناء از قاعده تبعیت عقود از قصود نیست. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی در مقام.

۴۳۹ این مورد مصداق عقد صحیح شرعی نیست و قاعده «العقود تابعه للقصود» در مورد آن جاری نمی باشد.

۴۴۰ قصد ضمان مسمی را داشته اند لکن آنچه واقع شده است، ضمان واقعی است. آنچه قصد شده است، واقع نشده است و آنچه واقع شده است، مقصود نبوده است.

و توهم: أن دليلهم على ذلك «قاعده الید»،^{۴۴۱} مدفوع: ^{۴۴۲} بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، و هو إقدامهما على الضمان،^{۴۴۳} فلاحظ المسالك^{۴۴۴}.
و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعامله إلا مقرونه به غير مفسد عند أكثر القدماء.^{۴۴۵}
و بيع ما يملك و ما لا يملك^{۴۴۶} صحيح عند الكل.

^{۴۴۱} ضمان ناشی از عقد نیست، چرا که عقد محقق نشده و لذا قصد از آن عقد اهمیت ندارد و اصلاً عقدی رخ نداده تا تابع مقصود دو طرف عقد باشد. ضمان ناشی از قاعده علی الید است.
^{۴۴۲} حداقل برخی فقهاء - با توجه به عباراتشان - آن را اثر عقد می دانند. (نقد: این نظر باطل است و فقدان مثال شرعی برای استثناء از این قاعده بر جای خود باقی است).
^{۴۴۳} اولین دلیل برای اثبات ضمان، اقدام دو طرف عقد بر ضمان است و روشن است مراد از این ضمان، ضمان مسمی است. پس اقدام بر ضمان مسمی بود و آنچه واقع شده، ضمان واقعی است. وجه سومی که شهید ثانی ذکر کرده است «لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فیما یقتضیه صحیحه» می باشد.
^{۴۴۴} المسالك ۳: ۱۵۴.

^{۴۴۵} مقصود معامله با شرط است و معامله بدون شرط واقع شده است. (نقد مرحوم سید یزدی: این مثال و مثال بعدی از باب تعدد مطلوب است و برخی قصدها امضاء شده و برخی امضاء نشده است. از این جهت است که خیار ثابت می شود. اگر وحدت مطلوب باشد، عقد باطل است).
^{۴۴۶} مانند فروش گوسفند و خوک در ضمن بیع واحد.

و بیع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته^{۴۴۷} علی قول كثير.^{۴۴۸}

و ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً،^{۴۴۹} علی قول نسبة في المسالك و كشف اللثام إلى المشهور^{۴۵۰}. ۴۵۱.

^{۴۴۷} بعدا بیان می شود که در این معامله قصد مبادله و جا به جایی عوض و معوض امضاء شده است و «انا المالك» در ذهن غاصب خلاف واقعیت است و مورد توجه قرار نمی گیرد و او به هدفش که مالکیت بر عوض است، نخواهد رسید.

^{۴۴۸}. منهم العلماء في المختلف ۵: ۵۵، و التحرير ۲: ۱۴۲، و القواعد ۱: ۱۲۴ و غيرها، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ۴: ۶۹، و الفاضل المقداد في التنقيح ۲: ۲۷، و انظر مقابس الأنوار: ۱۳۰.

^{۴۴۹} آنچه قصد شده است، نکاح موقت است و آنچه واقع می شود، نکاح دائم. (نقد: ۱. اختلافی است و برای کسانی که این فتوا را رد می کنند، مثالی برای استثناء از قاعده نخواهد بود. ۲. عقد تابع قصد واقعی نیست، بلکه تابع قصد هنگام انشاء است و هنگام انشاء صرفاً اصل تحقق نکاح ایراد شده است. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی و حاشیه مرحوم شهیدی).

^{۴۵۰}. المسالك ۷: ۴۴۷. كشف اللثام ۲: ۵۵.

^{۴۵۱} مثال دیگر ذکر شده: در بیع صرف و سلم قصد متابعین تحقق مالکیت هنگام بیع است و آنچه واقع می شود مالکیت هنگام قبض است.

نعم، الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أنّ التخلّف عن القصد يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلّه صحّه العقود، و فيما نحن فيه عدم الترتّب مطابق للأصل.^{٤٥٢}

[٢] و أمّا ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملّكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق، و أدلّه توقّف بعض التصرفات على

^{٤٥٢} در همگی آنچه مقصود است، واقع نمی شود و آنچه واقع می شود، مقصود نیست، لکن در این مثالها خلاف قاعده تبعیت عقود صحیح شرعی از قصد است و به دلیل وجود مانع است، (نقد مرحوم سید: ظاهر کلام علماء تطابق این فتاوا با قواعد و اصول است) لکن در محل بحث طبق اصل و قاعده؛ چرا که معاطات دلیل بر صحت ندارد و استصحاب عدم ملکیت جاری است. («اباحه تصرف» حاصل از معاطات نیز طبق قاعده است؟).

الملک، ۴۵۳ فیکون ۴۵۴ کتصرف ذی الخيار و الواهب فیما انتقل عنهما بالوطء و البیع و العتق
و شبهها ۴۵۵. ۴۵۶

۴۵۳ مقتضای جمع این سه دلیل - یعنی استصحاب عدم ملکیت، جواز تصرف حتی تصرفات مالکانه و توقف این تصرفات بر ملکیت -، عدم ملکیت تا زمان تصرف متوقف بر ملکیت است.

۴۵۴ ذکر مثال از مملک بودن تصرف یا اراده تصرف.

۴۵۵ شبه آنها از تصرفاتی که مختص به مالک است. مثال دیگر بیان شده: تصرف زوج در زوجه در عده طلاق رجعی که موجب حصول مجدد زوجیت است. (نقد: تصرف در نفس برای رجوع همان زوجیت سابق است - نه تصرف در مال برای حصول ملکیت جدید-).

۴۵۶ این تصرفات اعمال خیار یا رجوع از هبه و مالک شدن دوباره را به همراه دارد. (نقد: بعدا بیان خواهد شد که تصرف کاشف فعلی - در مقابل کاشف لفظی - از فسخ یا رجوع است و در حقیقت در این مثالها فسخ یا رجوع مملک است - نه تصرف یا اراده تصرف-).

[۳] و أمّا ما ذكره من تعلق الأحماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض،^{۴۵۷} و دفعه بمخالفته للسيرة^{۴۵۸} رجوع إليها،^{۴۵۹} مع أنّ تعلق الاستطاعة الموجبة للحجّ، و تحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة، لا يتوقّفان على الملك.

[۴] و أمّا كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.^{۴۶۰}

[۵] و أمّا كون التلف مملّكاً للجانبين،^{۴۶۱} فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كلٌّ من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كلٍّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير

^{۴۵۷} صرفاً استبعاد است و دليل شرعی نیست، چرا که ممکن است اباحه تصرف در معاطات برای تعلق خمس و زکات و ... کافی باشد و دلیلی وجود ندارد که این امور تنها به ملک تعلق می گیرد. برای تفاسیر دیگر از متن ر.ک. حاشیه مرحوم سید یزدی و حاشیه مرحوم شهیدی.

^{۴۵۸} تعلق خمس و زکات و ... به غیر ملک خلاف سیره مشرعه و باطل است. طبق سیره خمس فقط به کالایی که مالک هستند تعلق می گیرد و در نتیجه یا با معاطات ملکیت حاصل شده است یا خمس به آن تعلق نمی گیرد.

^{۴۵۹} این بیان رجوع به همان دلیل اول ذکره شده برای اثبات ملکیت است که در نقد آن بیان شد این سیره ناشی از تسامح و بی مبالاتی به دین است. بنابراین نمی توان با این سیره تعلق خمس به غیر ملک را انکار کرد.

^{۴۶۰} همان جواب از استبعاد دوم به ضمیمه این گزاره که جمع عوض و معوض صحیح نیست.

^{۴۶۱} این حکم مقتضای جمع قواعد است - نه خلاف قواعد-. قاعده علی الید اصل ضمان را ثبات می کند (برای اصل ضمان به اجماع یا سیره نیز می توان تمسک کرد)، اجماع یا سیره ضمان مسمی را ثابت

تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع؛^{٤٦٢} لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم «على اليد ما أخذت»^{٤٦٣} و بين أصالة عدم الملك إلّا في الزمان المتيقّن وقوعه فيه. توضيحه: أنّ الإجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف من مال ذى اليد؛ رعايةً لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في أنّ: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه^{٤٦٤}، فإذا قدرّ التلف من مال ذى اليد، فلا بدّ من أن يقدرّ في آخر أزمته إمكان تقديره؛ رعايةً لأصالة عدم حدوث الملكية قبله، كما يقدرّ ملكية المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف؛ استصحاباً لأثر العقد.

می کند که لازمه اش ملکیت حین تلف است و اصل عدم ملکیت نافى تا زمان آناما قبل تلف است. (نقد [لزوم بررسی دقیق محدوده قاعده مورد تمسک و تطبیق آن در مقام]: قاعده على اليد تنها در مواردی جاری است که ضمان واقعی ثابت شود -نه ضمان مسمی-. + این قاعده شامل يد امانی نمی شود و در مقام يد، امانی است).

^{٤٦٢} قبض متاخر از زمان معامله است. از زمان معامله تا زمان قبض -با وجود حصول تمليك و تملك که مقتضای آن ثبوت ضمان واقعی است-، اجماع بر ثبوت ضمان مسمی اقامه شده است که لازمه اش رجوع ملکیت ها با تلف قبل قبض است. ثمره این بحث در نماء حاصل بین زمان معامله و زمان تلف روشن می شود.

^{٤٦٣} . مستدرک الوسائل ١٤: ٨، الباب الأوّل من کتاب الودیعة، الحدیث ١٢.

^{٤٦٤} . مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحدیث الأوّل، و انظر الوسائل ١٢: ٣٥٨، الباب ١٠ من أبواب الخيار.

و أما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على القول بالإباحة أن لكلٍّ منهما المطالبة ما دام باقياً،^{٤٦٥} و إذا تلف، فظاهر إطلاقهم «التملك بالتلف»^{٤٦٦}: تلفه من مال المغصوب منه.^{٤٦٧} نعم، لو [لا]^{٤٦٨} قام إجماع^{٤٦٩} كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

[٧] و أما ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكى عن بعض أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ، بل حكمه حكم أصله،^{٤٧٠} و يحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة.

^{٤٦٥} چرا که اولی مالک است و دومی اباحه تصرف دارد و غاصب حق تصرف او را سلب کرده است.
^{٤٦٦} چه در يد غاصب و بعد غضب و چه در غير آن.
^{٤٦٧} تلف موجب ملکیت دومی است و آناما قبل از تلف دومی مالک شده است و تنها او می تواند مطالب باشد.

^{٤٦٨}. الزیاده من «ش» و مصححه «ن»، و فی شرح الشهدی: حکى أن نسخة المصنّف رحمه الله صححت هكذا (هدایة الطالب: ١٦٩).

^{٤٦٩} کلمات علماء در سبیت تلف برای تملک مجمل بوده و از این حیث اطلاق نداشته باشد.
^{٤٧٠} اباحه تصرف در نماء - نه اینکه حدوث نماء موجب ملکیت باشد -.

ثم إنك بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره، مع أنه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد،^{٤٧١} و الإنصاف: أنها استبعادات في محلها.^{٤٧٢}

^{٤٧١} به عنوان حجت شرعی و دلیل فقهی جهت اثبات حکم دین مورد تمسک قرار نگرفته است.
^{٤٧٢} در مجموع هر چند از استبعاد برخی موارد کاسته شد یا نمونه هایی در فقه برای آن یافت شد یا توضیح داده شد که ممکن است این احکام مقتضای جمع قواعد باشد، لکن اصل استبعادهای ذکر شده قابل قبول است.

و بالجمله،^{۴۷۳} فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضد^{۴۷۴} بالشهره المحققة إلى زمان المحقق الثاني، و بالاتفاق المدعى في الغنية^{۴۷۵} و القواعد^{۴۷۶} هنا و في المسالك في مسألة

^{۴۷۳} در فرآیند استنباط بعد از مرحله مساله شناسی، جمع اقوال و جمع ادله، نوبت به حل تعارض و در نهایت جمع بندی و نتیجه گیری می رسد. اگر بین ادله تعارضی وجود داشته باشد و جمع عرفی مقدور نباشد، ترجیح یا تساقط و تخییر مرجع فقیه خواهد بود. در مرحله جمع بندی، مقتضای ادله مورد قبول جمع بندی شده و نتیجه نهایی ارائه می گردد. مرحوم شیخ در این بخش ادله هر دو قول را -اعم از ادله پذیرفته شده و رد شده- مجدد جمع آوری کرده و به دلیل مبهمی ادله مفید ملکیت را ترجیح می دهد. برای ترجیح بین ادله می توان سه سیر کلی را طی کرد: (۱) با فرض حجیت فی نفسه تمام ادله: تعارض اجماع منقول کرکی با شهرت محصل و اجماع منقول ابن زهره سبب تساقط آنها شده و سیره و عموم ادله صحت بیع بر استصحاب مقدم می شوند. (۲) با فرض عدم حجیت فی نفسه تمام ادله: مجموع ادله ملکیت موجب اطمینان شده و اطمینان حجیت دارد. (۳) یا فرض تفکیک بین حجیت ادله و قبول حجیت فی نفسه برخی از آنها و نفی حجیت برخی دیگر از آنها. این فرض -بر اساس مشخص کردن دلیل پذیرفته شده و دلیل رد شده- به فروض متعددی تقسیم می شود که خوب است برای تمرین و تحقیق همه فروض جداگانه مورد بررسی قرار گیرند.

^{۴۷۴} گویا عدم حجیت فی نفسه شهرت و اجماع منقول مورد قبول شیخ واقع شده و این ادله را صرفا به عنوان معتضد بیان می کنند.

^{۴۷۵}. تقدّم فی الصفحة ۲۹. (چاپ کنگره)

^{۴۷۶}. أی قواعد الشهدی، كما تقدّم فی الصفحة ۳۱. (چاپ کنگره)

توقف الهبة على الإيجاب و القبول^{٤٧٧} مشكل، و رفع اليد عن عموم أدلة البيع و الهبة^{٤٧٨} و نحوهما المعتضده بالسيرة القطعية المستمرة، و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني^{٤٧٩} بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة أشكال.

فالقول الثاني لا يخلو عن قوة.

[هل المعاطاة لازمة أم جائزة]

^{٤٨٠} و عليه، فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً؟ كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله^{٤٨١}، أو بشرط كون الدال على التراضي لفظاً؟^{٤٨٢} كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني^{٤٨٣}، و قواه

^{٤٧٧}. المسالك ٦: ١٠.

^{٤٧٨} ظاهراً مراد ایشان دلیل عمومات هبه و اجاره به ضمیمه اجماع مرکب است.

^{٤٧٩}. تقدم في الصفحة ٣٢. (چاپ کنگره)

^{٤٨٠} مساله دوم ذیل بحث معاطات : معاطات لازم است یا جایز (حق رجوع برای مالک اول ثابت است)؟

^{٤٨١}. راجع الصفحة ٢٤ و ٣٧. (چاپ کنگره)

^{٤٨٢} در فرض فقدان لفظ، اگر قائل به بطلان معاطات باشند، قولى برای مساله سابق خواهد بود و اگر قائل به معامله جایز باشند، قولى برای این مساله تلقى می شود.

^{٤٨٣}. راجع الصفحة ٣٧. (چاپ کنگره)

جماعه من متأخري المحدثين^{٤٨٤}، أو هي غير لازمه مطلقاً فيجوز لكل منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت، وجوه:

[مقتضى القاعدة للزوم]

أوقفها بالقواعد هو الأول؛ بناءً على أصالة اللزوم في الملك؛^{٤٨٥} للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي^{٤٨٦}.

و دعوى:^{٤٨٧} أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر، والمفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، والفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر، فلا ينفع

^{٤٨٤}. كالمحدث البحراني في الحقائق ١٨: ٣٥٥، ولم نعر على غيره، وقد تقدم في الصفحة ٣٧ (چاپ کنگره) عن بعض متأخري المحدثين.

^{٤٨٥} مراد اصل بقاء ملكيت دومی است که «نتیجه لزوم» را به همراه دارد. اثبات لزوم از اصل بقاء ملكيت دومی شبهه اصل مثبت را دارد.

^{٤٨٦} در تمسك استصحاب این مراحل باید طی شود: (١) استقصاء تمام حالات سابق مرتبط با مساله. (٢) تعیین نوع استصحاب، به عنوان مثال تعیین این که استصحاب کلی است یا جزئی، استصحاب در حکم است یا موضوع و ... (٣) بررسی شرایط و ارکان استصحاب مثل بقاء موضوع. (٤) اجتناب از اصل مثبت. ^{٤٨٧} اشکال: در جریان استصحاب باید به مستصحب و وجود ارکان استصحاب دقت شود. در مقام اگر مستصحب ملكيت مستقر است، ركن يقين سابق مفقود است. اگر مستصحب ملكيت متزلزل است، علاوه بر فقدان ركن يقين سابق، شك لاحق نیز مفقود است، چرا که با رجوع قطعاً ملكيت متزلزل باقی نمی ماند. ملكيت متزلزل ملكيتی است که با رجوع منتفی می شود.

الاستصحاب، بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول^{۴۸۸}، مدفوعه مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب،^{۴۸۹} فتأمل^{۴۹۰}:- بأن انقسام

^{۴۸۸} یقین سابق: سلطنت مالک اول بر کالا. شک لاحق: بقاء سلطنت در قالب حق رجوع. علقه شدید و سلطنت تام بعد از عقد زائل شده است، اما علقه ضعیف شاید باقی باشد (گویا تصور شده است که ملکیت یک سلطنت تشکیکی است. استصحاب حکم به بقاء آن دارد و نتیجه اش ثبوت حق رجوع برای مالک اول است. [اهمیت توجه به تمام استصحابهای قابل جریان در مقام که ممکن است معارض یا سبب برای استصحاب مورد ادعا باشند]. (نقد این ادعا در این بخش از مکاسب اشاره نشده است، اما در ابتدای بحث خیارات و ضمن سخن از اصل لزوم مورد نقد قرار گرفته است. به طور خلاصه باید گفت شبیه این استدلال در مورد کثیرالشک مطرح شده است که اگر شخصی علم داشته باشد مرتبه شدید کثیر الشک از او زائل شده است، اما احتمال بدهد همچنان مرتبه ضعیف آن برایش وجود دارد، آیا استصحاب کثیرالشک بودن در موردش جاری است یا خیر. اگر عرفاً فرد شدید و ضعیف واحد نباشند، استصحاب از نوع کلی قسم سوم جاری خواهد بود که به نظر مشهور فاقد حجیت است. اضافه بر این که تشکیکی بودن ملکیت مورد مناقشه است).

^{۴۸۹} استصحاب کلی قسم دوم جاری است و همین استصحاب برای ترتب آثار ملکیت کلی کافی است. اشکال مطرح شده در فرضی وارد است که مستصحب شخص ملکیت متزلزل یا شخص ملکیت مستقر باشد.

^{۴۹۰} احتمالات: (۱) حجیت نوع استصحاب باید به دقت مورد بررسی قرار گیرد. استصحاب در مقام، کلی قسم دوم است و حجیت این استصحاب محل تامل است. (۲) استصحاب در مقام، از موارد شک در مقتضی است و این استصحاب فاقد حجیت است. (نقد: استصحاب در مقام از نوع شک در مانع است. ملکیت فی نفسه اقتضاء بقاء را دارد و شک در مانعیت رجوع مالک اولی است.) (۳) باید مدعا و

الملک إلى المتزلزل و المستقرّ ليس باعتبار اختلاف في حقیقته، و إنّما هو باعتبار حکم الشارع علیه فی بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي. و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقیقه السبب المملک، لا اختلاف حقیقه الملك. فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعیة للسبب، لا من الخصوصیات المأخوذة فی المسبّب^{۴۹۱}.

نتیجه دلیل را به دقت مورد مقایسه قرار داد. استدلال بقاء ملکیت را ثابت می کند که نتیجه لزوم را به همراه دارد -نه خود لزوم معامله را- استفاده لزوم از این استصحاب سقوط در ورطه اصل مثبت است. ^{۴۹۱} استصحاب فرد ملکیت محقق در خارج جاری است، چرا که با تحلیل دقیق اعتبارات عقلائی و شرعی روشن می شود که استقرار و تزلزل از خصوصیت های ملکیت نیست و از لوازم سبب ملکیت است. (اقوال در این زمینه : ۱. تفاوت تباینی در حقیقت ملکیت است. ۲. تفاوت در لوازم سبب ملکیت است. ۳. تفاوت تشکیکی در حقیقت ملکیت است. ر.ک حاشیه مرحوم سید، ج ۱، ص ۷۳ و حاشیه مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۷۹. مرحوم ایروانی معتقدند که این بحث اثری در مقام ندارد).

و يدلّ عليه - [۱] ۴۹۲ مع أنّه یکنفی فی الاستصحاب الشکّ فی أنّ اللزوم من خصوصیات الملك. أو من لوازم السبب المملک ۴۹۳، و [۲] ۴۹۴ مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك فی الهبة اللازمه و غيرها علی نهج واحد: [۳] أنّ اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصیات الملك، فإمّا أن يكون تخصيص القدر المشترك یاحدى الخصوصیّتين بجعل المالك، أو بحکم الشارع. ۴۹۵

۴۹۲ دلیل برای اثبات این که «تزلزل و استقرار از خصائص ملکیت نیست»، نمی باشد و صرفاً بیان می کند که در فرض شک و تردید در این مساله، باز هم استصحاب جاری است.

۴۹۳ ملکیتی وجود دارد که شک در بقاء آن داریم و ادلّه استصحاب شامل آن می شود و شبهه و تردید در سر منشأ شبهه مانع از جریان استصحاب و شمولیت «لاتنقض الیقین بالشک» نیست. (نقد مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۶۸: تردید سبب می شود تا شرط جریان استصحاب - یعنی وحدت متیقن و مشکوک - احراز نشود). / تفسیر دوم عبارت مرحوم شیخ: اگر تزلزل و استقرار از خصوصیات ملک بود، استصحاب کلی جاری است و اگر از لوازم سبب بود، استصحاب فرد جاری است.

۴۹۴ تنبه به وجدان بدیهی در ضمن مثال: لازمه نحوه تملیک و قصد و تعامل واحد در هبه لازمه و جایزه این است که تزلزل و استقرار از احکام سبب هستند - نه خصائص ملک -. (نقد مرحوم سید: اختلاف ملکیت ها به حکم شرع است - نه طریقت عرف -. بنابراین دلیل مدعا را ثابت نمی کند).

۴۹۵ مثلاً در هنگام معاطات باید مشخص شود که چه کسی فرد محقق شده در خارج را تعیین می کند.

فإن كان الأول، كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده، و هو بديهى البطلان؛ إذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع و عدمه. ٤٩٦

و إن كان الثانى، لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ،^{٤٩٧} و هو باطل فى العقود؛ لما تقدم أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد، و إن أمكن القول بالتخلف هنا فى مسألة المعاواة؛ بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك: من منع وجوب

^{٤٩٦} روشن است که تزلزل و استقرار به قصد مالک مربوط نیست و قصد و عدم قصد او تاثیرى در آن ندارد. (اضافه بر این که بیان شد در معاطات متعاطین قصد لزوم کرده اند و قصدشان با قصد بیع با صیغه تفاوتی ندارد و لذا با این فرض باید قائل به لزوم معاطات بود).

^{٤٩٧} با قرائن صدر و ذیل و خروج متن از اشتباه فاحش می توان ادعا کرد مراد مرحوم شیخ این است: اگر تعیین ملکیت مستقر یا متزلزل در اختیار شارع باشد، یا طبق قصد متعاطین عقد را امضاء می کند یا خلاف قصد آنها. احتمال دوم بر اساس قاعده تبعیت عقود از قصود باطل است. پس احتمال اول تایید می شود، یعنی همان قصد لزوم متعاطین در معاطات امضاء شده است.

إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين^{٤٩٨}، لكن الكلام في قاعدة اللزوم في الملك يشمل العقود أيضاً^{٤٩٩}.

و بالجمله، فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلِّ عقدٍ شكٍّ في لزومه شرعاً، و كذا لو شكَّ في أنَّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، كالصلح من دون عوض، و الهبة.^{٥٠٠} نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.^{٥٠١}

^{٤٩٨}. راجع الصفحة ٤٧. (چاپ کنگره)

^{٤٩٩} مراد: (١) محل بحث کلی و مربوط به اصل لزوم در تمام عقود است و اختصاصی به بحث معاطات ندارد. اگر احتمال عدم تبعیت عقد از قصد در معاطات داده شود، در سایر عقود اینگونه نیست و لذا حداقل در سایر عقود اصل بر لزوم است. (٢) محل بحث با فرض پذیرش صحت معاطات و مصداقیت آن برای عقد صحیح است و بیان شد که قاعده تبعیت عقود برای قصود در مورد همه عقدهای صحیح -از جمله معاطات- مورد پذیرش است و با این فرض بحث از لزوم و جواز را مطرح کردیم.

^{٥٠٠} اولی مثال برای شبهه حکمیة و دومی مثال برای شبهه موضوعیة بود.

^{٥٠١} در برخی دعواها اتفاق بر امر واحدی وجود دارد و صرفاً یک طرف دعوا امر زائدی را ادعا می کند که در این فرض قسم فقط بر منکر است یا در برخی موارد نحوه طرح دعوا به گونه ای است که یک طرف دعوا منکر تلقی شده و قسم فقط بر اوست (ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ١، ص ٧٤ و حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٦٩). این احتمال نیز داده شده است که در برخی موارد حکم با قرعه مشخص شود.

و يدلّ على اللزوم مضافاً إلى ما ذكر عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الناس مسلّطون على أموالهم»^{٥٠٢} فَإِنَّ مَقْتَضَى السُّلْطَنَةِ أَنْ لَا يُخْرَجَ عَنْ مَلَكَئَتِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، فَجَوَاز تَمَلُّكِهِ عَنْهُ بِالرَّجُوعِ فِيهِ مِنْ دُونِ رِضَاةِ مَنْفَعٍ لِّلسُّلْطَنَةِ الْمَطْلُوقَةِ^{٥٠٣}.

فاندفع ما ربما يتوهم: من أنّ غايه مدلول الروايه سلطنه الشخص على ملكه، و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي^{٥٠٤:٥٠٥}.

٥٠٢. عوالى اللالكى ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

٥٠٣ وجه استدلال: دومی مسلط بر مالش است مطلقاً (اطلاق نسبت به انواع سلطنت) + بقاء مال در ملكش و تصرف در آن از انواع سلطنت هستند كه اين دليل لفظى آنها را برای دومی ثابت می کند. = لازمه اين سخن نفی حق رجوع اولی یا تصرف او بعد رجوع می باشد.

٥٠٤ تمسك به عام در شبهه مصداقيه.

٥٠٥ دفع: استدلال اصل حق رجوع را نفی کند و آن را با سلطنت مطلق سازگار ندانست. + جواب ديگر: بعد رجوع همچنان عرفاً مصداق ملك دومی است و همچنان روایت شامل آن می شود.

ولما ذكرنا^{٥٠٦} تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض: بأنّ
فائدة الملك السلطنة^{٥٠٧}، و نحوه العلامة رحمه الله في موضع آخر^{٥٠٨. ٥٠٩}

^{٥٠٦} که این روایت دلالت بر استقرار ملکیت ها دارد.

^{٥٠٧}. الشرائع ٢: ٦٨.

^{٥٠٨}. لعله أشار بذلك إلى ما أفاده في التذكرة (١: ٤٦٤) بقوله: «يجوز بيع كل ما فيه منفعة؛ لأنّ الملك

سبب لإطلاق التصرف»، أو إلى ما أفاده في (١: ٥٩٥) بقوله: «و فائدة الملك استباحة وجوه الانتفاعات».

^{٥٠٩} برای نقد استدلال ر.ک. کلمات مرحوم ایروانی (نفس حفظ مالیت داخل در مدلول اثبات سلطنت

نیست)، مرحوم خویی و مرحوم تبریزی در ارشاد الطالب، ج ٢، ص ٥٦.

و منه يظهر^{۵۱۰} جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه»^{۵۱۱}؛ حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك،^{۵۱۲} فلا يحلّ بغير رضاه.^{۵۱۳ ۵۱۴}

^{۵۱۰} از دفع توهم روشن می شود که استدلال به این روایت مبارک نیز صحیح است و اشکال به آن وارد نیست.

^{۵۱۱} عوالی اللاکلی ۲: ۱۱۳، الحدیث ۳۰۹، و فیه: «لا یحلّ مال امرئ مسلم..»، و جاء فی تحف العقول مرسلًا عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: «و لا یحلّ لمؤمن مال أخیه إلا عن طیب نفس منه»، تحف العقول: ۳۴.

^{۵۱۲} سبب مثل موارد اباحه تصرف و جزء سبب مثل تملیک و تملک که نیازمند عقد قولی یا فعلی است.

^{۵۱۳} حلیت ظهور در حلیت تکلیفی دارد. حلیت تکلیفی به نفس مال تعلق نمی گیرد و به افعال مکلف تعلق می گیرد. بنابراین مراد حلیت تصرف در مال است. تصرف در مال شامل تملک آن کالا نیز می شود (اثبات آن نیازمند اطلاق گیری و تطبیق طبیعت تصرف بر تملک است). مفاد روایت این است که تملک حرام است مگر با رضایت مالک دومی (مفهوم حصر و انحصار). با توجه به مفهوم حصر می توان گفت «اگر رضایت مالک دومی نباشد، تصرف حرام است. لکن رضایت مالک دومی وجود ندارد. پس تصرف و از جمله تملک حرام است». از سویی حرمت تملک یعنی فساد آن (برای اساس قاعده اصولی نهی از معاملات موجب فساد است یا قرینه در مقام که منشا حرمت تملک چیزی جز فساد رجوع نمی تواند باشد). نقد مرحوم ایروانی: حلیت تکلیفی مراد است -نه وضعی-. اضافه بر این که تملک، تصرف نیست و قصد درونی است. نقدی دیگر: روایت تنها ناظر به فرض حرمت و حلیت

و توهم: تعلق الحلّ بمال الغير، و كونه مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام، مدفوع: بما تقدم^{۵۱۵}؛^{۵۱۶} مع أنّ تعلق الحلّ بـالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملك أيضاً، فلا يحلّ التصرف فيه و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك.

تصرف با حفظ مال غير بودن است و فرض انتقال ملكيت را بيان نمى كند. نقدى ديگر: روايت در مقام عقد اجبارى و اكراهى است و نسبت به حق رجوع لسان ندارد.

^{۵۱۴} بيان ديگر استدلال: رجوع نزد عرف باطل است و عرفاً كالا همچنان در ملك دومى است. بنا بر اين عدم حليت شامل بعد رجوع نيز مى شود. حليت در طيب نفس مالك انحصار دارد. رجوع بدون رضائت يعنى تصرف حرام كه لازمه اش بطلان شرعى است.

^{۵۱۵}. تقدم فى الصفحه السابقه عند دفع التوهم عن الاستدلال بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «الناس مسأطون ..».

^{۵۱۶} كه استدلال حق رجوع را نفى مى كند. در ادامه توضيح استدلال را ذكر مى كنند كه چگونه حق رجوع نفى شد.

و يمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى «لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ»^{۵۱۷، ۵۱۸} و لا ريب أن الرجوع ليست تجارة، و لا عن تراض، فلا يجوز أكل المال.^{۵۱۹}

۵۱۷. النساء: ۲۹.

۵۱۸ مقدمه: نهی افاده تکلیف دارد و ظهور در حرمت. حرمت اکل ملازم عدم ملکیت است - به قرینه ذکر «باطل» در آیه شریفه یا بر اساس این که حرمت تکلیف عرفاً در مقام سببی جز عدم ملکیت نمی تواند داشته باشد. اکل اشاره به مطلق تصرف دارد و شامل تمکلی یا رجوع و تصرفات بعد رجوع می شود.

۵۱۹ بیان اول مستفاد از استثناء: [منطوق و مفهوم]: حصر سبب حلیت اموال غیر در تجارة عن تراض. [لوازم]: اگر سبب تام باشد، چهار جمله شرطیه و اگر ناقص باشد، دو جمله شرطیه از آن استفاده می شود. از آن جایی که تام بودن سبب دلیلی ندارد، حداقل دو جمله شرطیه از عبارت قابل استفاده است. (۱) اگر مسبب (ملکیت) باشد، سبب (تجارة عن تراض) موجود است. (۲) اگر سبب نباشد، مسبب مفقود است. = به جمله شرطیه دوم در مقام بحث این عبارت را که «لکن رجوع مالک اولی تجارة عن تراض نیست»، ضمیمه می شود تا فقدان ملکیت نتیجه شود. لازمه فقدان ملکیت اولی در فرض رجوع، نفی حق رجوع برای اولی است.

و التوهّم المتقدم في السابق [غير] ٥٢٠ جارٍ هنا؛ لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره ٥٢١. ٥٢٢

و يمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها؛ حيث إنّ أكل المال و نقله عن مالكة بغير رضا المالك، أكل و تصرف بالباطل عرفاً. ٥٢٣

نعم، بعد إذن المالك الحقيقي و هو الشارع و حكمه بالتسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن البطلان؛ و لذا كان أكل المارة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل

٥٢٠. لم ترد «غير» في النسخ، و وردت في هامش نسخ «ن»، «ع» و «ش» استظهاراً، و قد أيد الشهيدى قدس سره ضرورة هذه الزيادة، انظر هداية الطالب: ١٧٠.

٥٢١ توهّم: بعد رجوع «مال غير» بودن مشکوک است و در نتیجه نهی مشکوک است (تمسك به عام در شبهه مصداقيه). جواب: وجه استدلال نشان داد که روایت نافی حق رجوع در معاطات می باشد.

٥٢٢ آیا استثناء منقطع است؟ (ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ١، ص ٧٤). آیا عبارت دال بر حصر است؟ (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی).

٥٢٣ بیان دوم مستفاد از مستثنی منه: حرمت اکل مال به باطل. [دقت در عناوین لفظی و مصداق یابی در محل بحث:] رجوع مالک اولی باطل عرفی است مگر شارع (مالک حقیقی) اذن بدهد (باطل اقتضائی

یا لولایی). / نقد: شک در اذن شارع سبب می شود تا تمسک به عام در شبهه مصداقيه رخ دهد. (همچنین برای نقد استدلال ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٨١). / سوال: مصداق یابی عرفی در

این گونه موارد حجیت دارد؟

لولا إذن المالك الحقيقي، و كذا الأخذ بالشفعة، و الفسخ بالخيار، و غير ذلك من الأسباب القهريّة^{٥٢٤}.

هذا كلّه، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع^{٥٢٥}، مثل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^{٥٢٦} ٥٢٧. ٥٢٨

^{٥٢٤} مانند ارث یا تملک با تلف بنا بر اباحه تصرف در معاطات.

^{٥٢٥} محل بحث معاطات در بیع است.

^{٥٢٦} [لزوم توجه به متن کامل روایت و قرائن صدر و ذیل:] در ادامه روایت به مفهوم غایت مستفاد از این فراز تصریح شده و به شکل منطوق بیان شده است.

^{٥٢٧}. عوالی اللآلی ٣: ٢٠٩، الحدیث ٥١، و انظر الوسائل ١٢: ٣٤٥، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحدیث ١ و ٢.

^{٥٢٨} استدلال به ادله خيار مجلس که خيار بعد از افتراق را نفی می کنند: [اصل لفظی اطلاق:] البيعان مطلق است و شامل بايع و مشتری معاطاتی نیز می شود. روایت نافی مطلق خيار (هر حقّی که بتواند معامله را از بین ببرد - برای شمولیت نسبت به اصطلاح حقّ رجوع-) بعد از افتراق است و لزوم بیع را افاده می کند. (البته در مورد استظهار اطلاق نفی خيار از این عبارات یا نفی خصوص خيار مجلس اختلاف است. ر.ک. کلمات مرحوم آخوند خراسانی و مرحوم نائینی در ذیل بحث خيار مجلس). احتمال دیگر این است که مراد از «خيار»، حقّ فسخ در خصوص عقود باشد. با این فرض این سوال مطرح است که مفاد روایت مبارک «هر بیعی لازم است» می باشد یا «بیع لازم، خيار مجلس دارد». اگر مفاد اولی باشد، ممکن است به منطوق یا مفهوم روایت برای لزوم بیع معاطاتی استدلال شود.

و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ^{۵۲۹}؛ بناءً على أَنَّ العقد هو مطلق العهد، كما في صحیحته^{۵۳۱} عبد الله بن سنان^{۵۳۲، ۵۳۳}، أو العهد المشدّد^{۵۳۴}، كما عن بعض أهل اللغة^{۵۳۵}، و كيف كان، فلا يختصّ باللفظ فيشمل المعاطاة^{۵۳۶، ۵۳۷}.

۵۲۹. المائدة: ۱.

۵۳۰. در بحث دلالتی بعد از مرحله یافتن متن کامل و صحیح، بررسی معانی لغات است.

۵۳۱. روایت در تفسیر قمی و تفسیر عیاشی ذکر شده اند و سند در دو کتاب شبیه به یکدیگر اما در یکی مرسل است و سبب شبهه در سند دیگر می شود. اضافه بر این که صحت این خبر متوقف بر قبول انتساب متن تفسیر قمی به علی بن ابراهیم قمی است.

۵۳۲. تفسیر القمی ۱: ۱۶۰، و تفسیر العیاشی ۱: ۲۸۹، الحدیث ۵. و عنه الوسائل ۱۶: ۲۰۶، الباب ۲۵ من کتاب النذر و العهد، الحدیث ۳.

۵۳۳. در تفسیر آیه شریفه ذکر شده و بیش از مستعمل فیه در آیه شریفه را افاده نمی کند. (از راههای کشف معنای موضوع له یا معنای مستعمل فیه، بررسی روایات همخانواده و مفسر است و تمسک به آیه شریفه متوقف بر فحس از تمام روایاتی است که این آیه شریفه در آنها مورد اشاره قرار گرفته است).
۵۳۴. یعنی عهدی که دو طرفه است و با التزام دو طرف تشدید شده است - بر خلاف عهد یک طرفه که تشدید ندارد -.

۵۳۵. انظر لسان العرب ۹: ۳۰۹، و القاموس ۱: ۳۱۵، مادة: «عقد»، و مجمع البحرين ۳: ۱۰۳.

۵۳۶. چند نکته: (۱) گفته شده عهد اعم مطلق نسبت به عقد نیست. (امام الطائفه سیدنا الخمینی - قدس الله روحه القدوسی -). (۲) گفته شده ذیل آیه شریفه در فهم مراد از عقد موثر است. (استاد گرانقدر شبیری زنجانی - دامت برکاته - [اهمیت توجه به قرائن صدر و ذیل].

۵۳۷ وجه استدلال : وجوب وفای به عقد یعنی وجوب وفایت به مقتضای عقد - از جمله معاطات که مصداق عقد است - مطلقاً از حیث زمان حتی بعد از رجوع. مقتضای عقد بیع معاطاتی جابه جایی ملکیت ثمن و مثنی است. اخذ و تصرف بعد آن خلاف مقتضای عقد است و ترک وجوب وفای به عقد است. حرمت تصرف بعد از اخذ ملازم بطلان رجوع و لزوم عقد است. نقدهای وارد شده : (۱) این آیه شریفه در مقام اصل تشریح است و اطلاق ندارد. (۲) بعد از فسخ مصداقیت برای عقد مشکوک است و تمسک به این آیه شریفه تمسک به عام در شبهه مصداقیه است. / جواب : عقد حدوثی موضوع وجوب وفای دائمی است. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی). (۳) عمل به مقتضای عقد واجب است - چه عقد لزومی باشد و چه جوازی - این مفاد لازم بودن عقود را افاده نمی کند. / جواب : لزوم و جواز حکم شرعی است - نه مقتضای عقد - لذا آیه شریفه لازم بودن عقود را افاده می کند. (ر.ک. کلمات مرحوم خوئی). (۴) صرفاً وجوب تکلیفی از آیه شریفه استفاده می شود - نه فساد وضعی - (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی). برای تکمیل بحث ر.ک. امام الطائفه سیدنا الخمینی - قدس الله روحه القدوسی -، کتاب البیع، ج ۴، ص ۲۸ و حاشیه مرحوم شهیدی و حاشیه مرحوم سید یزدی برای وجوه مختلف استدلال به آیه شریفه.

و كذلك قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم»^{٥٣٨}؛ فإنَّ الشرط لغةً مطلق الالتزام^{٥٣٩}،^{٥٤٠} فيشمل ما كان بغير اللفظ.^{٥٤١}

[قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة]

و الحاصل: أنَّ الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع ممَّا لا ينكر،^{٥٤٢} إلَّا أنَّ الظاهر^{٥٤٣} فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادَّعاه صريحاً بعض

^{٥٣٨}. الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

^{٥٣٩}. قال الفيروز آبادي في القاموس (٢: ٣٦٨): الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه.

^{٥٤٠} اعم از التزام ابتدایی -مثل نفس عقد که شامل معاطات می شود- و التزام متکی به عقد و در ضمن یک مشروط. در بحث شروط ضمن مباحث خیارات به طور تفصیلی به معنای شرط پرداخته شده است. ر.ک. به کلمات مرحوم خوئی و مرحوم تبریزی در بحث شروط.

^{٥٤١} مفاد عرفی این ترکیب: معنای عبارت این است که مقتضای ایمان، پابندی و وقوف نزد شرطی است که خودش قرار داده است. این عبارت مولوی و خبر در مقام انشاء است و در نتیجه وجوب پابندی به شروط و حرمت تعدی از آنها را می رساند. لازمه وجوب پابندی به شروط -مثل عقد و از جمله معاطات- نفی حق رجوع است (سیر از حکم تکلیفی به حکم وضعی). نقد: گفته شده این لسان، لسان اخلاقی و توصیه ای است و حداقل مولویت آن مشکوک است.

^{٥٤٢} لزوم بررسی ادله عدم لزوم معاطات، چرا که ممکن است معارض ادله لزوم یا مقید و مخصص آنها باشند یا جمع عرفی خاصی را افاده کنند.

^{٥٤٣} ظنّ قوی.

الأساطين في شرح القواعد^{٥٤٤}، و يعضده الشهرة المحققة، بل^{٥٤٥} لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخرى المتأخرين^{٥٤٦}؛^{٥٤٦} فإن العبارة المحكيّة عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدلّ على هذا القول - كما عن المختلف الاعتراف به^{٥٤٨} - فإنه قال: ينعقد البيع^{٥٤٩}

٥٤٤. شرح القواعد (مخطوط): الورقة: ٤٩.

٥٤٥. اجماع محصل.

٥٤٦. كالمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة: ٨: ١٤٤، و المحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٤٨.

٥٤٧. اگر اشکال شود که طبق بیانهای گذشته مرحوم شیخ مفید قائل به لزوم معاطات بوده است (نفی صغرای اجماع)، جواب داده می شود که عبارت شیخ مفید چنین مطلبی را افاده نمی کند. [در نقد و بررسی اجماع این مراحل باید طی شود: (١) بررسی صحت صغرا. (٢) بررسی نوع اجماع ادعا شده، مانند محصل یا منقول بودن، یا لطفی یا حدسی بودن. (٣) بررسی اصل حجیت و شرایط حجیت اجماع ادعا شده در مقام].

٥٤٨. المختلف ٥: ٥١، و فيه بعد نقل عبارة المقنعة: - و ليس في هذا تصريح بصحة إلا أنه موهوم.

٥٤٩. ظهور در این که در مقام شمارش شروط وقوع بيع صحيح است. لذا اگر به شرطی - از جمله صیغه برای انشاء بيع - اشاره نکرد، اطلاق مقامی چنین افاده می کند که با معاطات بيع صحيح - که مفید ملکیت لازم است - واقع می شود.

علی تراض بین الاثنین^{۵۵۰} فیما یملکان التبایع له^{۵۵۱} إذا عرفاه جمیعاً^{۵۵۲} و تراضیا بالبیع^{۵۵۳} و تقابضاً^{۵۵۴} و افتراقاً بالأبدان^{۵۵۵}،^{۵۵۶} انتهى.

^{۵۵۰} اختیار و رضایت بر جابه جای - بر اساس آیه شریفه «تجاره عن تراض» -.

^{۵۵۱} مالک تصرف بیعی باشند، اعم از این که مالک باشد یا وکیل یا ولیّ یا ... - بر اساس «لایع الافی ملک» -.

^{۵۵۲} معرفت به بیع تا معامله غرری نباشد - بر اساس «نهی النبی ص عن بیع الغرر» -.

^{۵۵۳} رضایت بر این که جابه جایی با معامله بیع رخ دهد. (بیان دیگر از این شرط در کلام مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۷۰).

^{۵۵۴} در حال حاضر تقابض را شرط لزوم می دانند - نه صحت - . اگر این مورد و مورد بعد در نظر مرحوم شیخ مفید شرط لزوم باشد، می تواند قرینه باشد بر این که ایشان در مقام شمارش شروط صحت و لزوم با یکدیگر است.

^{۵۵۵} . المقنعة: ۵۹۱.

^{۵۵۶} برای از بین رفتن خیار مجلس که در حال حاضر شرط لزوم بیع دانسته می شود - نه صحت آن -.

و يقوى إرادته بيان شروط صحه العقد^{٥٥٧} الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم؛ و كأنه لذلك
حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمهما الله: أنه لا بدّ فى البيع عندهما من لفظ
مخصوص^{٥٥٨}.

و قد تقدّم دعوى الإجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً^{٥٥٩}، و هو نصّ فى عدم اللزوم،^{٥٦٠}
و لا يقدح كونه ظاهراً فى عدم الملكية^{٥٦١} الذى لا نقول به.^{٥٦٢}

^{٥٥٧} به معنای ایجاب و قبول (بیع با صیغه). عدم اشاره به صیغه از این باب است که از ابتدا در موضوع
بحث داخل نیست. شاهد این ادعا این است که تقابض شرط عقد لفظی است -نه عقد فعلی-، چرا که
عقد فعلی قوامش به تقابض است و حقیقتش با تقابض است -نه صحت یا لزومش-. (نقد: شاید این
شرط مخصوص بیع لفظی است. اضافه بر این که گفته شده حداقل برخی معاطاتها بدون تقابض محقق
می شود. ر.ک. تنبیه دوم معاطات). ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٧١.

^{٥٥٨}. کشف الرموز ١: ٤٤٥ ٤٤٦.

^{٥٥٩}. تقدّم فى الصفحه ٢٩. (چاپ کنگره)

^{٥٦٠} بیع نبودن نصّ در عدم لزوم است؟ شاید با قرائن و ادله ای بتوان گفت لازم شرعى یا عرفی اباحه
تصرف، عدم لزوم است.

^{٥٦١} بیع نبودن ظاهر در عدم ملکیت است؟ اباحه تصرف ظاهر یا نصّ در عدم ملکیت است.

^{٥٦٢} اگر گفته شود این علماء اصلاً قادر به ملکیت نبودند، جواب داده می شود علی ای حال لزوم قائل
ندارد و قائل شدن به آن خرق اجماع مرکب است. (در ادامه و با عبارت «نعم یمکن...» این مطلب شرح
داده می شود).

[التشكيك في انعقاد الإجماع]

و^{٥٦٣} عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالإجماع^{٥٦٤}.

نعم، قول العلّامة رحمه الله في التذكرة: «إنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغة»^{٥٦٥} يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به في المسألة، و لو كان المخالف شاذّاً لعبّر بالمشهور، و كذلك نسبته في المختلف إلى الأكثر^{٥٦٦، ٥٦٧} و في التحرير: أنّ الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة^{٥٦٨، ٥٦٩}.

^{٥٦٣} نقد و بررسی صغروی و اثبات عدم اجماع (اهمیت دقت در کلمات علماء و فهم دقیق عبارات ایشان از این مباحث کشف می شود).

^{٥٦٤} . جامع المقاصد ٥: ٣٠٩، و فيه: «لأنّ النطق معتبر في العقود اللازمة بالإجماع»، و حکاه عنه المحقّق التستری في مقابس الأنوار: ٢٧٦.

^{٥٦٥} . التذكرة ١: ٤٦٢.

^{٥٦٦} . المختلف ٥: ٥١.

^{٥٦٧} نقد : عبارت تذکره و مختلف در بحث افاده ملکیت یا اباحه تصرف است و اشاره ای به مساله لزوم ندارد و شاید در مقابل قول به فساد یا ملکیت جایز مطرح شده باشد. (ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٧١).

^{٥٦٨} . التحرير ١: ١٦٤.

^{٥٦٩} این عبارت اگر دلالت بر وجود وجه قوی برای قول به لزوم دارد، وجود قائل برای این قول را افاده نمی کند.

[عدم كشف هذا الإجماع عن رأي المعصوم على فرض حصوله]

ثم^{٥٧٠} لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملّكة، وإنما تفيد الإباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفاً؛ إذ القول باللزوم فرع الملكية، و لم يقل بها إلّا بعض من تأخّر عن المحقّق الثاني^{٥٧١} تبعاً له، و هذا ممّا يوهن حصول القطع بل الظنّ من الاتفاق المذكور؛ لأنّ قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع. نعم،^{٥٧٢} يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور:- إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائر، و بين قائل بعدم الملك رأساً، فالقول بالملك اللازم قولٌ ثالث، فتأمّل.^{٥٧٣}

^{٥٧٠} نقد و بررسی وجود شرایط حجیت اجماع: اباحه تصرف جایز سالبه به انتفاء موضوع است و اصلاً قائل به ملکیت نبودند تا قائل به لزوم باشند. اگر قائل به ملکیت بودند، شاید لزوم را اختیار می کردند. به تعبیری این اجماع، اجماع تقيیدی و مقید به پذیرش قول به اباحه تصرف است و با ابطال این مبنا و پیشفرض، از قول به جواز ایشان، رأی معصوم ع کشف نمی شود. یا گفته شده است اجماع مرکب اگر به اجماع بسیط - یعنی نفی قول ثالث - منجر شود، حجیت دارد و در مقام ممکن است قائلین به اباحه تصرف در فرض اطلاع بر اشتباه خود، قول به لزوم را خلاف شریعت تلقی کنند.

^{٥٧١} مثل المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة: ٨: ١٣٩، و غیره، راجع الصفحة ٤٠، (چاپ کنگره) الهامش

٣

^{٥٧٢} رجوع از اشکال سابق و اشاره مجدد به مطلب عبارت «لا یقدح...».

^{٥٧٣} اتفاق تقيیدی است یا اجماع مرکب ثابت نیست، چرا که احتمال دارد مراد از شیخ مفید لزوم بیع معاطات باشد و با همین احتمال اجماع ثابت نمی شود و اطمینان به رای معصوم ع حاصل نمی شود.

و كيف كان^{٥٧٤}،^{٥٧٥} فتحصيل الإجماع^{٥٧٦} على وجه استكشاف قول الإمام عن قول غيره من العلماء^{٥٧٧} كما هو طريق المتأخرين مشكل^{٥٧٨}؛ لما ذكرنا^{٥٧٩} و إن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء،^{٥٨٠} كما بين في الأصول^{٥٨١}.

^{٥٧٤} چه این نقد به اجماع مرکب وارد باشد و چه وارد نباشد.
^{٥٧٥} قدم اول در نقد و بررسی اجماع، تعیین نوع اجماع است. هر اجماعی از حیث صغروی و شرایط حجیت با اجماع دیگر متفاوت است.
^{٥٧٦} در نقد و بررسی اجماع باید در ابتدا نوع اجماع ادعا شده مشخص شود و سپس از حیث صغروی و کبروی مورد تحقیق قرار گیرد.
^{٥٧٧} اجماع حدسی.

^{٥٧٨} به دلیل اشکال صغروی حدس به نظر معصوم حاصل نمی شود.
^{٥٧٩} . فی الصفحة السابقة.
^{٥٨٠} اگر اجماع لطفی مراد باشد، اشکال صغروی به آن وارد نیست. -ولو کبرویا اشکال دارد-.
^{٥٨١} . راجع فرائد الأصول: ٨٣٧٩.

و بالجمله، فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ^{٥٨٢} في اللزوم: «ما أحسنه و أمتن دليله إن لم يكن إجماع على خلافه»^{٥٨٣} في غاية الحسن و المتانة.^{٥٨٤}

[ما يدل على عدم لزوم المعاطاة]^{٥٨٥}

و^{٥٨٦} الإجماع^{٥٨٧} و إن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع، إلا أن المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللزوم، مع عدم لفظ دالّ على إنشاء التمليك، سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد و لكن لم ينشأ التمليك به، بل كان من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض.

^{٥٨٢} چه برای انشاء عقد باشد و چه لفظ دالّ بر تراضی یا معامله.

^{٥٨٣}. المسالك ٣: ١٥٢.

^{٥٨٤} بنابراین ایشان قول به تفصیل را اختیار کرده است، یعنی اگر معاطات بدون هیچ لفظی باشد، جایز است. ادله در ادامه مورد اشاره قرار می گیرند.

^{٥٨٥} در مقام بیان دلیل بر عدم لزوم معاطات مطلقاً یا در مقام بیان برای تفصیل بین مواردی که هیچ لفظی وجود ندارد و مواردی که لفظ دالّ بر تراضی و معامله وجود دارد.

^{٥٨٦} راههای کشف دلیل: (١) بررسی اقوال برای رسیدن به اجماع. (٢) جستجوی لفظی و معنوی در بیان آیات و روایات. (٣) کشف روش عملکرد بر اساس مجموع اخبار جهت یافتن منشأ انصراف در کلمات قدما. (٤) دقت بر سیره و رفتار عملی عقلاء و متشرّعه.

^{٥٨٧} ظن قوی بر عدم لزوم در فرض عدم لفظ. این ظن حجیت ندارد و در حد موید می تواند مفید باشد. این موید بودن نسبت به فرضی که هیچ لفظی وجود ندارد، با عبارت «بالجمله» سازگار است، اما نسبت

به فرضی که لفظ دال بر تراضی یا معامله وجود دارد، با عبارت «بالجمله» سازگار نیست. با این بیان صرفاً بیع با صیغه لازم خواهد بود.

و قد يظهر ذلك^{٥٨٨} من غير واحد^{٥٨٩} من الأخبار^{٥٩٠}، ^{٥٩١} بل ^{٥٩٢} يظهر منها أن إيجاب^{٥٩٣} البيع باللفظ دون مجرد التعاطي^{٥٩٤} كان متعارفاً^{٥٩٥} بين أهل السوق و التجار.

^{٥٨٨} احتمالات : (١) همان مفاد اجماع و قول به عدم لزوم معاطات مطلقاً. (٢) نظر منقول شهید ثانی و قول به تفصیل.

^{٥٨٩} استفاضه یا تواتر موجب وثوق به صدور می شود. بنابراین مقتضی حجیت ثابت است و با علم به عدم مانع، حجیت فعلی خواهد شد.

^{٥٩٠}. انظر الوسائل ١٢: ١١٤، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، و الصفحة ٣٧٥ و ٣٨٥، الباب ٨ و ١٤ من أبواب أحكام العقود.

^{٥٩١} ظاهر این روایات لزوم وجود صیغه انشاء است یا وجود مطلق لفظ برای لزوم معامله؟ روایت «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» در ادامه ذکر خواهد شد و اشکالات دلالتی آنها بیان خواهد گردید. ر.ک. حاشیه مرحوم سید و حاشیه مرحوم شهیدی.

^{٥٩٢} گویا بیان می کنند که مطبی که در ادامه ذکر می شود موجب انصراف ادله صحت و لزوم بیع - مثل البیان بالخیار - است. (نقد: ادله دیگر لزوم - مثل اوفوا بالعقود - همچنان باقی هستند و لزوم معاطات فعلی را ثابت می کنند).

^{٥٩٣} اگر مقصود از «ایجاب»، ایجاد باشد، مراد انشاء بیع با صیغه است (اشاره به قول جواز معاطات مقاوله ای) و اگر مقصود از «ایجاب»، لزوم باشد، اطلاق «لفظ»، انشاء بیع با صیغه و معاطات با مقاوله را در بر می گیرد (اشاره به قول لزوم معاطات مقاوله ای).

^{٥٩٤} اگر مراد فقدان لفظ به طور مطلق باشد، با تفصیل منقول شهید ثانی سازگاری دارد.

بل يمكن دعوى السيرة^{٥٩٦} على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي. نعم، ربما يكتفون بالمصافقة، فيقول البائع: بارك الله لك، أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية^{٥٩٧}.^{٥٩٨} نعم، يكتفون بالتعاطي في المحقرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين.^{٥٩٩}

^{٥٩٥} مراد؟ (١) كثرت وجودى و متعارف نبودن معاطات. (٢) عدم تحقّق معاطات. (٣) معاطات را بيع نمى دانستند. (اگر صرف متعارف بودن بيع با صيغه مورد اشاره باشد، متعارف نبودن معاطات را نتیجه نمى دهد و ممکن است هر دو نوع بيع متعارف بوده است).

^{٥٩٦} در ابتدا هر دو احتمال سیره عقلاء و سیره متشرعه مدنظر باشد و از حيث صغروى و شرايط حجيت مورد بررسى قرار گيرد.

^{٥٩٧}. وردت عبارة: «نعم إلى بالفارسية» فى أكثر النسخ فى المتن و فى بعضها فى الهامش، لكن شطب عليها فى «ف»، و كُتب عليها فى «ن»: زائد.

^{٥٩٨} پس سیره بر لزوم معاطات با لفظ دلالت دارد -بر خلاف آنچه از اجماع مورد ظنّ قوی است-. (نقد برخی: در برخی بیوع خطیره -مثل جواهرات- معاطات بدون لفظ نیز متعارف است و لازم تلقی می شود).

^{٥٩٩} در این بيع ها نیز سیره بر لزوم است و البته استهجان عدم اقاله در فرض درخواست يك طرف موجب انكار ممتنع است. از این رو این انكار ممتنع در بيع با صيغه در محقرات نیز وجود دارد.

نعم، الاكتفاء فى اللزوم بمطلق الإنشاء القولى^{٦٠٠} غير بعيد؛ للسيرة^{٦٠١} و لغير واحد من الأخبار، كما سيجىء إن شاء الله تعالى فى شروط الصيغۃ.

[دلالة خبر انما يحلل الكلام ويحرم الكلام]

بقى الكلام فى الخبر الذى تُمسك به فى باب المعاطاة، تارة^{٦٠٢} على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف^{٦٠٣}، و أخرى على عدم إفادتها اللزوم؛ جمعاً بينه و بين ما دلّ على صحته

^{٦٠٠} مراد از اطلاق : ١) چه لفظ منشىء بيع باشد و چه صرف مقاوله باشد (اشاره به لزوم معاطات مقاوله اى) : با تعبیر «انشاء» سازگارى ندارد، هر چند با تعبیر «اكتفاء» تناسب تام دارد. ٢) لفظ منشىء بيع - چه بعث باشد و چه ملكت و چه ...- : انواع الفاظ منشىء بيع محل بحث ما نيست و با استدلال به سيره كه در ادامه اشاره مى شود، سازگارى ندارد.

^{٦٠١} شايد اين دليل را بتوان قرينه براى قبول تفصيل ذكر شده شهيد ثانى توسط مرحوم شيخ دانست و اين كه در مقام بيان ادله تفصيل بوده اند - نه قول عدم لزوم مطلقا -.

^{٦٠٢} در مقام بيان ارتباط اين بحث با «معاطات».

^{٦٠٣} بطلان معاطات مطلقا يا فقط در فرضى كه هيچ لفظى بيان نشود؟ (بر اساس احتمال اول از معنای اين روايت كه در ادامه ذكر خواهد شد). (بررسى رابطه اين دليل با ادله صحت بيع / ر.ك. حاشيه مرحوم شهيدى).

مطلق البیع^{۶۰۴} كما صنعہ فی الریاض^{۶۰۵} و هو قوله علیہ السلام: «إنما یحلل الکلام و یحرّم الکلام»^{۶۰۶}.

و توضیح المراد منه یتوقف علی بیان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقة الإسلام فی باب «بیع ما لیس عنده»^{۶۰۷}، و الشیخ فی باب «النقد و النسیئة»^{۶۰۸} عن ابن أبی عمیر، عن یحیی بن

^{۶۰۴} ادله صحت بیع دلالت بر ملکیت و لزوم این معامله دارند و این روایت دلالت بر عدم لزوم (بنابر احتمال اول از معانی محتمل روایت که در ادامه اشاره خواهد شد). جمع عرفی بر اساس حکومت این روایت بر ادله صحت بیع است. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۷۳ و ۱۷۶.

^{۶۰۵}. الریاض ۱: ۵۱۱.

^{۶۰۶} بحث صدوری / مقتضی حجیت / وثاقت راویان / اهم مراحل : ۱) اعتبار منبع. ۲) سند واقعی و صحیح (با مراجعه به نسخ و کتب مختلف و استفاده از بخش احادیث مشابه در نرم افزار مشخص شود که یحیی بن الحجاج صحیح است یا یحیی بن الحجال و همچنین خالد بن الحجاج صحیح است یا نجیح + «أو» اختلاف نسخ و کافی و تهذیب نه این که راوی مردد باشد + ر.ک. کافی چاپ دارالحدیث، ج ۱۰، ص ۱۷۵، ح ۶). ۳) تشخیص افراد (آشنایی با افراد پرتکرار در اسناد و تمرن سندخوانی). ۴) وثاقت افراد.

^{۶۰۷} بایع هنوز مالک کالا نشده است، آن را بفروشد.

^{۶۰۸} بایع نقد می خرد و نسیئه می فروشد.

الحجّاج، عن خالد بن الحجّاج^{٦٠٩} أو ابن نجیح^{٦١٠} قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر^{٦١١} لي هذا الثوب^{٦١٢} و أربحك^{٦١٣} كذا و كذا. فقال: أ ليس

٦٠٩. كما في التهذيب.

٦١٠. كما في الكافي.

٦١١ یعنی از طرف من وکیل شو یا از طرف خودت آن را بخر؟ احتمال دوم مدنظر مرحوم شیخ است.

٦١٢ لباس نزد آنها حاضر بوده است. دو احتمال: (١) از من نقد بخر تا نسیئه و با سود از تو بخرم. (٢) از

دیگری بخر تا به قیمت بیشتر از تو بخرم (سفارش کالا). احتمال دوم مدنظر مرحوم شیخ است.

٦١٣ مراد: (١) معنای لغوی پرداخت سود. (٢) اصطلاح مرابحه در معاملات: فروش کالا به بیش از قیمت

خرید با اعلام دقیق مقدار سود.

٦١٤ سوال از: (١) جواز بیع ما لیس عنده. (٢) صحت مواعده قبل از بیع و مالک شدن بایع. (٣) جواز اخذ

ربح در وکالت. (٤) جواز اخذ ربح در بیع وعده داده شده. (٥) جواز اصل مرابحه. (٦) و ...

إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟^{٦١٥} قلت: بلى. قال: لا بأس، إنما يحلل الكلام^{٦١٦} و يحرم الكلام^{٦١٧}». ^{٦١٨}

^{٦١٥} کنایه از: (١) بیع: بیع قطعی شده است یا صرفاً قول و قرار گذاشته شده و حق انتخاب باقی است؟ (٢) وکالت.

^{٦١٦} مراد از آن طبیعت کلام یا اشاره به التزام معاملی (ایروانی، ج ١، ص ٨٢) یا بیع سالب اختیار (به معنای دوم رجوع می کند؟) یا گفتگوی شکل گرفته در مورد سوال است؟

^{٦١٧} قاعده و کبرای کلی برای حکم -مثل ذیل روایات استصحاب-.

^{٦١٨}. انظر الکافی ٥: ٢٠١، الحدیث ٦، و التهذیب ٧: ٥٠، الحدیث ٢١٦، و الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحدیث ٤.

و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله عليه السلام: «إنما يحلّل ... إلخ»^{٦١٩}،^{٦٢٠} كلّها تدلّ على أنّه لا بأس بهذه المواعده و المقاوله^{٦٢١} ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه.^{٦٢٢}

و نقول: إنّ هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الروايه تحتمل وجوهاً:

^{٦١٩}. انظر الوسائل ١٢: ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب العقود.

^{٦٢٠} توجه به روايات هم سياق يا هم خانواده برای فهم مراد از اخبار بسیار اهمیت دارد. راه یافتن این روايات: (١) جستجوی لفظی. (٢) جستجوی معنایی در همان باب یا ابواب مشابه آن در کتب حدیثی. (ر.ک. کتاب روش شناسی کاربردی اجتهاد، پاورقی ص ١٢٦ و ١٢٧).

^{٦٢١} گفتگو.

^{٦٢٢} شبهه این معاملات: بیع آنچه مالک آن نیست از طرف خودش - نه از طرف مالک به عنوان فضولی یا وکیل -.

الأول: أن يراد من «الكلام» في المقامين اللفظ^{٦٢٣} الدالّ على التحليل و التحريم^{٦٢٤}، بمعنى أن تحريم شيء و تحليله لا يكون إلّا بالنطق بهما، فلا يتحقّق بالقصد المجرد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال^{٦٢٥: ٦٢٦}

الثاني: أن يراد بـ «الكلام» اللفظ مع مضمونه، كما في قولك: «هذا الكلام صحيح» أو «فاسد»، لا مجرد اللفظ أعنى الصوت^{٦٢٧} و يكون المراد: أن المطلب الواحد يختلف حكمه

^{٦٢٣} مقيد به این که مقصود باشد و دارای مضمون صحیح باشد. این قیود به قرائن خارجی و لیبی ضمیمه شدند.

^{٦٢٤} تعبیر دارای تسامح است و مراد لفظ دال بر معامله یا ایقاع است. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٨٢).

^{٦٢٥} چیزی که فی نفسه و بدون کلام حرام بود -مانند تصرف در این کالا-، حلال می شود -چون مالک آن می شود- و بالعکس. بر اساس این احتمال ادعا شده است که ظهور روایت بر بطلان معاطات است. ^{٦٢٦} تفاوت این احتمال با احتمال دوم: این احتمال اعمّ از مقصود واحد و مقصود متعدد است و همچنین اعم از مورد واحد و متعدد است. تفاوت با احتمال سوم: مصداق کلام محلل غیر از مصداق کلام محرم است و مورد نیز ممکن است واحد باشد -مثل مثال صدر روایت- و ممکن است واحد نباشد -مثل تصرف در مال خود و مال غیر-.

^{٦٢٧} روشن است در احتمال اول نیز مجرد صوت مراد نبوده است.

الشرعی حلاً و حرمة^{۶۲۸} باختلاف المضامین المؤدّاة بالكلام،^{۶۲۹} مثلاً: المقصود الواحد، و هو التسلیط علی البضع مدّة معینة یتأتی بقولها: «ملکتک بضعی» أو «سلطتک علیہ» أو «آجرتک نفسی» أو «أحللتها لک»، و بقولها: «متعتک نفسی بكذا»، فما عدا الآخر موجب لتحریمه، و الآخر محلّل، و بهذا المعنی ورد قوله علیه السلام: «إنما یحرّم الکلام» فی عدّة من روایات المزارعة^{۶۳۰}.^{۶۳۱}

منها: ما فی التهذیب عن ابن محبوب، عن خالد بن جریر، عن أبی الربیع الشامی، عن أبی عبد الله علیه السلام: أنّه سُئل عن الرجل یزرع أرض رجلٍ آخر فیشترط علیه ثلثاً للبذر، و ثلثاً للبقر، فقال: «لا ینبغی له أن یرسمی بذراً و لا بقرأ، و لکن یقول لصاحب الأرض: أزرع

^{۶۲۸} حرمت تکلیفی یا حرمت وضعی (صرف عدم ترتب اثر و بقاء شیء بر حرمت سابق).

^{۶۲۹} مصداق کلام محلل و محرم متعدد است، ولی مورد واحد است.

^{۶۳۰} راجع الوسائل ۱۳: ۲۰۰، ۲۰۱، الباب ۸ من أبواب المزارعة و المساقاة، الحدیث ۴، ۶ و ۱۰.

^{۶۳۱} کافی، ج ۵، ص ۲۶۷، ح ۵ و ۶ (این سوال وجود دارد که دو روایت هستند یا دو نقل از یک واقعه). مقصود واحد در این مثال به دست آوردن دو سوم است که این مقصود با کلامی که «برای بذر و بقر» باشد، صحیح نیست - شاید به دلیل عدم بیان اجرت عمل - و همین مقصود با کلامی که «برای خودش» باشد صحیح و محلل است. البته مرحوم شیخ در ادامه بیان می کنند که این روایت قابل حمل بر احتمال سوم است و مرحوم سید یزدی در حاشیه بیان می کنند که این روایت با احتمال اول نیز سازگار است. (برای فهم مراد است احادیث رجوع به کتابهای شرح حدیث - مثل مرآة العقول برای احادیث کافی - بسیار مفید است).

فی أرضک و لک منها کذا و کذا: نصف، أو ثلث، أو ما کان من شرط، و لا یسمی بذراً
و لا بقرأ؛ فَإِنَّمَا یَحْرَمُ الکلام»^{۶۳۲}.

الثالث: أن یراد بـ «الکلام» فی الفقرتین الکلام الواحد، و یرکون تحلیلہ و تحریمہ باعتبار
وجوده و عدمه، فیکون وجوده محللاً و عدمه محرماً^{۶۳۳}، أو بالعکس، أو باعتبار محلّه و
غیر محلّه، فیکون فی محلّه و یُحرّم فی غیره؛^{۶۳۴} و یحتمل هذا الوجه الروایات الواردة فی
المزارعة^{۶۳۵} ۶۳۶.

۶۳۲. التهذیب ۷: ۱۹۴، الحدیث ۸۵۷، و عنه الوسائل ۱۳: ۲۰۱، الباب ۸ من أبواب المزارعة، الحدیث ۱۰.
و بما أن الحدیث ورد مختلفاً فی النسخ، و مع تقدیم و تأخیر فی بعضها، فلذلك أثبتناه طبقاً لنسخة «ش»
التي هي مطابقة مع المصدر.

۶۳۳ از باب عدم مانع برای حلیت - نه سبب حلیت -.

۶۳۴ مصداق واحدی برای کلام در مورد واحدی وجود و عدمش در یک زمان - مثل صیغه بیع یا نکاح
یا طلاق که حکم وجودش و عدمش متفاوت است - یا وجودش در دو محل - مثل عقد در عده و غیر
عده -.

۶۳۵ ذکر «بذر و بقر» محرم است و عدم ذکر آنها محلل است. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲،
ص ۱۷۴.

۶۳۶ تطبیق این معنا با صدر روایت: (۱) مرحوم فیض در الوافی: وجود ایجاب بیع محرم است و عدم آن
محلل است. (۲) مرحوم مجلسی در مرآة العقول: لفظ شراء و کالتی محرم اخذ ریح است و عدم آن
محلل اخذ ریح.

الرابع: ۶۳۷ أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاولة و المواعده، ۶۳۸ و من الكلام المحرم
إيجاب البيع و إيقاعه ۶۳۹. ۶۴۰

ثم ۶۴۱ إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول؛ لأنه - مع ۶۴۲ لزوم تخصيص الأكثر حيث إن
ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ ۶۴۳ - يوجب عدم ارتباطه

۶۳۷ مرحوم ايروانی، ج ۱، ص ۸۱: این معنا با لحاظ صدر روایت احتمال داده شده است در حالی که بنا
بود این احتمالات بدون لحاظ صدر روایت باشد.

۶۳۸ بیع آینده را حلال می کند.

۶۳۹ همین بیع را حرام می کند - تکلیفا یا وضعاً -.

۶۴۰ در این احتمال مصداق کلام محلل و محرم متعدد است و مورد متحد است.

۶۴۱ کدام معنا ظاهر و با صدر و مورد روایت، روایات همخوانده و قواعد و اصول سازگار است؟ ر.ک.
حاشیه مرحوم شهیدی.

۶۴۲ لزوم بررسی لوازم معنا: تخصیص اکثر یا کثیر مستهجن عرفی است و قرینه ای برای عدم اراده
متکلم نزد عرف.

۶۴۳ مواردی که تحلیل و تحریم بدون کلام است: ارث، ضیافت، خمر شدن انگور، سرکه شدن خمر،
غلیان عصیر عنبی، تنجیس، تخمیس، تطهیر، تذکیه، استبراء اختلال مال حرام و حلال، حیازت و ...
(ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی و پایانی). [نقد: ۱] حصر در مقام اضافی و ناظر به تحلیل و تحریم از
ناحیه عقد و معامله است. ارتکاز متشرعه و علم ایشان به این اسباب تحلیل و تحریم خود می تواند قرینه
ای برای فهم حصر اضافی از این دلیل باشد. (۲) آنما دلالت بر حصر ندارد. (۳) در این مثالها نیز تحلیل و

بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له؛ لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات أخر^{٦٤٤} تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة، ولا دخل لاشتراط النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلل به^{٦٤٥}؟^{٦٤٦} ٦٤٧

تحريم با كلام شارع بوده است. (ر.ك. امام الطائفة سيدنا الخميني -قدس الله روحه القدوسي، كتاب البيع، ج ١، ص ٢١٣).

^{٦٤٤}. انظر الوسائل ١٢: ٣٧٠، الباب ٥ من أبواب العقود، الحديث ٤، و الصفحة ٣٧٤، الباب ٧ من الأبواب، الحديث ٣، و الصفحة ٣٧٨، الباب ٨ من الأبواب، الحديث ١١ و ١٣.

^{٦٤٥} مورد مخصص نیست، اما ذیل که ظاهراً تعلیل برای مورد است به گونه نزد عرف استظهار می شود که شامل مورد بشود. در مورد معیار و ملاک ایجاب یا عدم ایجاب بیع است -نه نطق و کلام- ایجاب بیع محرم است و عدم ایجاب بیع یا مواعده محلل.

^{٦٤٦} توضیح ارتباط این معنا با مورد سوال مرحوم سید یزدی: نطق برای بیع محرم است و نطق برای مواعده محلل است (با این تسامح که مواعده مانع حلیت نیست -نه این که سبب حلیت باشد-) و در نتیجه نطق موجب تحلیل و تحریم است.

مرحوم شهیدی: موجب بیع منحصر در کلام است و در نتیجه نطق در تحریم و تحلیل نقش داشته و با مورد سوال تناسب دارد. (در ادامه به این مطلب اشاره خواهد شد).

^{٦٤٧} نقدهای دیگر به این احتمال: خلاف اجماع بر اصل صحت معاطات است و در نتیجه یا این قرینه بر عدم اراده این معناست یا موجب اعراض علماء از این مفاد و عدم حجیت فعلی آن خواهد شد.

و کذا المعنى الثانى؛ إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمونٍ محللاً، و بآخر محرماً^{٦٤٨}.

فتعین: ^{٦٤٩} المعنى الثالث، و هو: أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التى يريدھا الرجل؛ لأنه بيع ما ليس عنده، و لا يحلل إلا عدمه؛ إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعه، و هو غير مؤثر.^{٦٥٠} فحاصل الروايه: أن سبب التحليل و التحريم فى هذه المعامله منحصر فى الكلام عدماً و وجوداً.

^{٦٤٨} دو مقصود وجود دارد: بيع یا مواعده. [نقد اول: مقصود واحد خریدن این لباس است برای فروش به کسی که یا با لفظ مواعده بیان می شود (محلل - البته با تسامح-) و یا با لفظ بيع (محرم). نقد دوم: این معنا فى نفسه بعيد است مخصوصاً که در بخرى اخبار فقط تعبير «يحرم الكلام» آمده است. نقد سوم: این مفاد با «كلام» نكره باید ذكر می شد. (ر.ك. حاشیه مرحوم سيد و مرحوم ايروانى + این احتمال مبطل معاطات یا لزوم آن نیست، مرحوم خوبى، مصباح الفقاهه، ج ٢، ص ١٤٨).

^{٦٤٩} معنای اول و دوم با مورد تناسب نداشتند و لذا از بحث خارج شدند و معنای سوم و چهارم با توضیحی که ذکر می شود، با مورد سازگار هستند.

^{٦٥٠} کلامی که دال بر بيع است قبل از شراء وجودش محرم و عدمش محلل است یا این کلام قبل از شراء محرم و بعد از شراء محلل است. (نقد: ١. استظهار این معنا از دليل فى نفسه بعيد است. ٢. حمل کلام بر عدم کلام بعيد است. ٣. نسبت دادن تحريم به عدم کلام دال بر بيع دارای تسامح است).

أو المعنى الرابع، و هو: أنّ المقاوله و المراضاه مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محللّ للمعامله، و إيجاب البيع معه محرّم لها.^{٦٥١}

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلاله على اعتبار الكلام فى التحليل، كما هو المقصود فى مسأله المعاطاه.^{٦٥٢}

نعم،^{٦٥٣} يمكن استظهار اعتبار الكلام^{٦٥٤} فى إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أنّ المراد بـ«الكلام» هو إيجاب البيع^{٦٥٥} بأن يقال: إنّ حصر المحلّ و المحرّم فى الكلام لا يتأتّى

^{٦٥١} نقد: ١. محلل بودن مواعده دارای تسامح است. ٢. این معنا با اخبار همخانواده -مانند روایت باب مزارعه- همخوانی ندارد. ٣. «ال» طبق این معنا دال بر عهد خواهد بود، در حالی که ظهور در جنس دارد.

^{٦٥٢} بنابر معنای سوم و چهارم، روایت لسانی نسبت به بحث معاطات ندارد. تعیین مراد روایت از بین این دو احتمال به مسأله فقهی ما ارتباطی ندارد و لذا به آن پرداخته نمی شود. (توجه به مطلوب و مدعا در سیر استدلال و احتمالات متصور مفاد ادله باید مدنظر باشد).

^{٦٥٣} غیر از احتمال اول که مفادش ابطال معاطات بود، وجه و بیان دیگری برای اعتبار کلام در ایجاب بیع وجود دارد. (این وجه بنابر معنای سوم و معنای چهارم قابل توضیح است که در ادامه بر اساس معنای سوم توضیح داده می شود. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی).

^{٦٥٤} مراد تنها انشاء عقد با صیغه است یا شامل معاطات همراه لفظ نیز می شود؟

^{٦٥٥} طبق معنای سوم: وجود کلام (ایجاب بیع) محلل و عدم کلام محرّم است. بر اساس مورد توضیح داده شد که ملاک اصلی «ایجاب بیع» است.

إلّا مع انحصار إيجاب البيع في الكلام؛^{٦٥٦} إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المُحلَّل و المُحرَّم في الكلام، إلّا أن يقال: ^{٦٥٧} إنَّ وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد؛ إذ المفروض أنَّ المبيع عند مالكه الأوَّل، فتأمل.^{٦٥٨}

^{٦٥٦} دقت در عناوین به کار برده شده: به جای «ایجاب بیع» که ملاک در مساله است، از لفظ «کلام» استفاده شده است. اگر ایجاب بیع دارای دو قسم «با کلام» و «بدون کلام (معاطات)» باشد نباید از «کلام» به جای آن استفاده می شد. در حقیقت اگر قسم بدون کلام ممکن بود و ایجاب بیع بدون کلام واقع می شد، به جای «ایجاب بیع» از لفظ «کلام» استفاده نمی شد. در نتیجه ایجاب بیع فقط با کلام محقق می شود و فقط دارای یک قسم است و معاطات باطل است.

^{٦٥٧} استفاده از «کلام» به جای «ایجاب بیع» دلایلی غیر از انحصار تحقق بیع با کلام می تواند داشته باشد، مانند انحصار تحقق بیع با کلام در مورد مساله -چرا که شرط تحقق معاطات اعطاء و قبض است (ر.ک. تنبیه دوم معاطات) در حالی که در مقام کالا در ملک و اختیار واسطه نیست و امکان اعطاء و اخذ وجود ندارد. - بنابراین حصر اضافی و مخصوص مواردی است که معاطات در آنها ممکن نیست و بیع تنها با لفظ امکان انشاء دارد. (در یافتن تمام وجوه و دلایل مختلف استفاده از الفاظ باید دقت بیشتری داشت).

^{٦٥٨} ١. ممکن است کالا پیش واسطه باشد و تعبیر «هذا الثوب» یعنی احتمالا کالا در دسترس آنهاست و امکان عطاء و قبض وجود دارد (ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم ایروانی). ٢. عطاء و قبض شرط صحت معاطات نیست یا عطاء ثمن از یک طرف کافی است. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی). ٣. ذکر کلام بر اساس غلبه معامله با کلام است - چه با شرایط صیغه و چه بدن آن. - (ر.ک. حاشیه مرحوم

و كيف كان،^{۶۵۹} فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور^{۶۶۰}. كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية أخرى وارده في هذا الحكم أيضاً، و هي رواية يحيى بن الحجّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة، و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا؟ قال: لا بأس بذلك، اشترها،^{۶۶۱} و لا تواجهه^{۶۶۲} البيع قبل أن تستوجبها^{۶۶۳} أو^{۶۶۴}

ایروانی و مرحوم شهیدی). ۴. حصر اضافی و ناظر به ایجاب بیع و عدم آن -طبق معنای سوم- یا ناظر به مقاوله و ایجاب بیع -طبق معنای چهارم- است. (ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم شهیدی).

^{۶۵۹} چه وجه دوم استدلال صحیح باشد و چه صحیح نباشد.

^{۶۶۰} در اعتبار کلام در ایجاب بیع، البته اشاره نشده است که اعتبار کلام منشیء بیع در ایجاب بیع یا اعتبار مطلق کلام -چه منشیء بیع باشد و چه لفظ دال بر تراضی و معامله باشد (معاطاتی که همراه با لفظ است)- در ایجاب بیع.

^{۶۶۱} واسطه از مالک اولی کالا آن را بخرد.

^{۶۶۲} ایجاب بیع که با لفظ «بعث» می تواند محقق شود. مرجع ضمیر همان درخواست کننده است که در ابتدای روایت به آن اشاره شده است.

^{۶۶۳} درخواست مشتری برای فروش کالا از بایع که می تواند با لفظ «بعنی» ذکر شود.

^{۶۶۴} تردید از روی است یا در کلام معصوم ع؟ اگر از کلام معصوم ع باشد، بیان دو نوع خریدن است (خریدنی که درخواست مشتری قبل از آن وجود دارد و خریدنی که درخواست مشتری قبل از آن وجود ندارد) یا عطف خاص بر عام می باشد. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی و مرحوم شهیدی).

تشریها ۶۶۵ «۶۶۶؛ فَإِنَّ الظاهر ۶۶۷ أَنْ المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري ۶۶۸».

و يشعر به أيضاً رواية العلاء ۶۶۹ الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده، ۶۷۰ [أو ده يازده]؟» ۶۷۱

۶۶۵ قبل از این که مالک کالا شوی با درخواست کننده بیع انجام نده.

۶۶۶. الوسائل ۱۲: ۳۷۸، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۱۳.

۶۶۷ به قرینه کلامشان در سابق (کما يشعر به) و لاحق (يشعر به ايضاً) مراد از «الظاهر» همان اشعار است.

۶۶۸ استیجاب ظهور یا اشعار در این معنا دارد که لفظ در هنگام معامله وجود دارد -ولو صرفاً لفظ دال

بر تراضی یا معامله باشد و نه منشیء بیع-.

۶۶۹ سند روایت دارای اضمار است و راویان آن بر روایت و ثقه هستند و واسطه مرحوم شیخ تا الحسین

بن سعید در مشیخه و فهرست مورد اشاره قرار گرفته اند.

۶۷۰ به ازای هر ۱۰ تومانی که خودم پای کالا می پردازم، ۱۲ تومان از تو می گیرم. پس مثلاً اگر کالا

۱۰۰ تومان باشد، ۱۲۰ تومان به این شخص می فروشد. حکم این بیع اختلافی است و برخی آن را غیر

جایز و برخی آن را مکروه می دانند. این اختلاف ناشی از اختلاف استظهار از اخبار است.

۶۷۱ تعبیر فارسی «ده دوازده» و امثال آن در روایات متعدد این باب ذکر شده و شاید اصطلاحی بوده

است که از فارسی وارد زبان عربی شده است.

فقال: لا بأس، إنما هذه " المراءضة"^{٦٧٢} فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة^{٦٧٣}؛^{٦٧٤} فإنّ ظاهره على ما فهمه بعض الشرايح^{٦٧٥}:- أنه لا يكره ذلك في المقاولة التي قبل العقد، و إنما يكره حين العقد^{٦٧٦}.

^{٦٧٢} چک و چانه زدن. مفاد روایت این است که بیع رخ نداده است و لذا اشکالی ندارد. مفهوم آن چنین است که اگر بیع رخ داده بود، دارای اشکال بود.

^{٦٧٣} معامله را جمع کرد (عزم بر معامله شکل گرفت)، مبلغ را به طور دقیق در عبارت ذکر کند و مثلاً بگوید کالا را به ۱۲۰ تومان به تو می فروشم. در ضمن انشاء صیغه بیع از عبارت «ده دوازده» استفاده نکند یا اگر استفاده می کند، قیمت کلی را هم بیان کند. همین عبارت اشعار یا ظهور در این نکته دارد که برای ایجاب بیع از لفظ استفاده شود و به مجرد اعطاء اکتفاء نشود.

^{٦٧٤}. الوسائل ۱۲: ۳۸۶، الباب ۱۴ من أبواب أحكام العقود، الحدیث ۵.

^{٦٧٥}. و هو المحدث الكاشاني قدس سره فی الوافی ۱۸: ۶۹۳، الحدیث ۱۸۱۳۱.

^{٦٧٦} این حکم ارتباطی به اصل بحث ندارد.

و فی صحیحہ ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك»^{۶۷۷}، تساومه^{۶۷۸} ثمّ
تشتري له نحو الذي طلب^{۶۷۹}، ثمّ توجهه على نفسك^{۶۸۰}، ثمّ تبعه منه بعد^{۶۸۱}. ۶۸۲

^{۶۷۷} یعنی مالک آن نیستی.

^{۶۷۸} چک و چانه زدن.

^{۶۷۹} نزدیک آن کیفیتی که مشتری مطالبه کرده است.

^{۶۸۰} آن را می خرید و بر خودت واجبش می کنی (مالک می شود و بر توست که ثمن آن را پردازی).

^{۶۸۱}. الوسائل ۱۲: ۳۷۵، الباب ۸ من أبواب العقود، الحديث الأول.

^{۶۸۲} تعبیر «توجه» مثل روایت اول ظهور یا اشعار به ایجاب بیع با لفظ دارد - نه مجرد اعطاء و اخذ -.

تنبيهات معاطات

[تنبيه اول]

[هل المعاطاة بيع حقيقه ام لا؟]

الأول^{٦٨٣} الظاهر: ^{٦٨٤} أن المعاطاة قبل اللزوم^{٦٨٥} على القول بإفادتها الملك بيع، بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد^{٦٨٦}: أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسده، كالعلماء في النهاية^{٦٨٧}. و دلّ على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى «أحلّ الله البيع»^{٦٨٨}.

^{٦٨٣}. پاسخ به سوال اول: آیا معاطات بيع است؟ (این سوال مقدمه سوال دوم است.) آیا معاطات بيع است تا شرایط و احكام بيع را داشته باشد؟ شرایط بيع مانند معلومیت عوض یا قبض در بيع صرف و سلم و احكام مانند حرمت بيع ربوی یا خيارات یا تلف قبل از قبض از جيب یا بيع است. اگر معاطات بيع نباشد، معامله مستقلى است که احكام و شرایط خاص خود را دارد.

^{٦٨٤} اطمینان از مصداقیت معاطات برای معنای عرفی یا استظهار شمولیت ادله لفظی نسبت به آن.

^{٦٨٥} شاید بحث با این پیشفرض مطرح شده است که مصداقیت معاطات با قصد تمليک و مفید ملکیت لازم -مانند معاطات همراه با لفظ- برای بيع روشن و مسلم است و لذا در عبارات این قسم مورد اشاره قرار نگرفته است. اگر معاطات، جایز باشد نیز بعد از لزوم (ملزومات معاطات -مانند تلف یا بيع- در تنبيه ششم مورد اشاره قرار می گیرد) گفته شده است مصداق بيع می باشد که در تنبيه ششم به آن اشاره شده است. لذا محل بحث در این تنبيه سه قسم می باشد: (١) به قصد تمليک مفید ملکیت جایز قبل از این که لازم شود. (٢) به قصد تمليک مفید اباحه تصرف - که برخی این قول را ملازم جایز بودن می دانند- (٣) به قصد اباحه تصرف - که برخی این فرض را ملازم جایز بودن می دانند-.

و أما على القول بإفادتها للإباحة، فالظاهر: أنها بيع عرفي لم يؤثر شرعاً إلا الإباحة، فنفي البيع عنها في كلامهم و معاهد إجماعاتهم هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادةً على الملك.^{٦٨٩}

هذا على ما اخترناه سابقاً: من أن مقصود المتعاطين في المعاطاة التملك و البيع، و أما على ما احتمله بعضهم^{٦٩٠} بل استظهره-: من أن محلّ الكلام هو ما إذا قصدنا مجرد الإباحة، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفياً، و لا شرعاً.

^{٦٨٦}. جامع المقاصد ٤: ٥٨.

^{٦٨٧}. نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩.

^{٦٨٨}. البقرة: ٢٧٥.

^{٦٨٩} نقد مرحوم سيد يزدي: اگر مفيد اباحه است، مصداق بيع عرفي نيست، مگر اين كه مصداقيت آن براي بيع عرفي با صرف نظر از تصرف شارع مراد باشد.

^{٦٩٠}. و هو صاحب الجواهر قدس سره، انظر الجواهر ٢٢: ٢٢٤.

[اعتبار شرائط البيع في المعاطاة]

و على هذا^{٦٩١} فلا بدّ عند الشكّ في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلّة الدالّة على صحّة هذه الإباحة العوضيّة من خصوص^{٦٩٢} أو عموم^{٦٩٣، ٦٩٤} و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسكّ في مشروعيتّه^{٦٩٥} بعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم»^{٦٩٦} كان مقتضى القاعدة

^{٦٩١} . پاسخ به سوال دوم: آیا شرائط بيع در معاطات هم معتبر است؟ ابتدا جواب این سوال بر اساس این که متعاطین قصد اباحه داشته باشند.

^{٦٩٢} مانند سیره.

^{٦٩٣} مثل «اوفوا بالعقود».

^{٦٩٤} دلیل خاص برای شرایط این معامله خاص وجود ندارد و لذا به ادله اصل مشروعیت این معامله رجوع می کنیم تا محدوده ای که این ادله بر مشروعیت آن صحه گذاشته اند را بیابیم.

^{٦٩٥} باقی ادله عمومات صحت معاملات -مثل اوفوا بالعقود و المومنون عند شروطهم و ...- در این بخش مورد اشاره قرار نگرفته اند.

^{٦٩٦} . عوالی اللآلی ١: ٢٢٢، الحدیث ٩٩.

هو نفی شرطیة غیر ما ثبت شرطیته،^{۶۹۷} كما أنه لو تمسک لها بالسیره كان مقتضى القاعدة العکس.^{۶۹۸}

و الحاصل: أن المرجع على هذا عند الشكّ في شروطها، هي أدلة هذه المعاملة، سواء اعتبرت في البيع أم لا.

و أما على المختار: من أن الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى على القول بإفادتها للملك، و القول بعدم إفادتها إلا الإباحة؟^{۶۹۹} وجوه:

^{۶۹۷} اطلاق سلطه چنین افاده می کند که بر هر تصرفی با هر شرایط و کیفیتی سلطه دارد. پس صحت این معامله با کمترین شرط ثابت می شود. (در گذشته ایشان اطلاق از حیث شرایط و کیفیات که نتیجه اش نفی شروط باشد را نفی کرده بودند). (ر.ک. نقد مرحوم خوئی، ج ۲، ص ۱۵۷).

^{۶۹۸} دلیل لیبی است و باید به قدرمیتقن اکتفاء کرد و هر شرط مشکوکی باید وجود داشته باشد تا وجود سیره احراز شود و بتوان حکم به صحت کرد و اصل فساد در معاملات را کنار گذاشت. (ر.ک. نقد مرحوم خوئی، ج ۲، ص ۱۵۸).

^{۶۹۹} وجه چهارمی در ادامه مورد اشاره قرار می گیرد و آن تفصیل بر اساس دلیل اعتبار است.

يشهد^{۷۰۰} للأول: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع^{۷۰۱.۷۰۲}

و يؤيده: ^{۷۰۳} أن محلّ النزاع بين العامّة و الخاصّة في المعاطاة هو: «أن الصيغۀ معتبره في البيع كسائر الشرائط، أم لا؟». ^{۷۰۴} كما يفصح عنه ^{۷۰۵} عنوان المسأله في كتب كثير من الخاصّة و العامّة فما انتفى فيه غير الصيغۀ من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركاً له في الحكم؛ و لذا ^{۷۰۶} ادّعى في الحدائق: أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة:

^{۷۰۰} شاید اشاره به این نکته دارد که صرف صدق کافی نیست و در مقام بیان بودن و عدم انصراف باید بررسی شود، مخصوصاً اگر معاطات مفید اباحه باشد. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی و شهیدی.

^{۷۰۱} اگر شروط با ادله لفظی ثابت شده و اطلاق و عدم انصراف آنها پذیرفته شود، این کلام صحیح است. اما در ادله غیر لفظی مثبت شروط صدق بیع بر معاطات کافی نیست. محل نزاع در کلمات علماء موردی بوده است که تمام شروط را دارد تا از حیث شروط دیگر اختلاف و نزاع مطرح نشود.

^{۷۰۲} دلیل دیگر این قول در ذیل کلام مرحوم شیخ مورد اشاره قرار می گیرد.

^{۷۰۳} شاید اشاره به این نکته دارد که خارج از محل بحث علماء بودن به معنای فساد معاطات بدون شروط بیع نیست و کلام ایشان ناظر به این مباحث نبوده است.

^{۷۰۴} عنوان مساله در بسیاری از كتب فقهی.

^{۷۰۵} آشکار کردن.

^{۷۰۶} علامه معاطات را فاسد می داند و ما بقی با شرایط بیع آن را صحیح می شمارند. (مفید اباحه باید شرایط بیع را داشته باشد، پس مفید ملک به طریق اولی باید شرایط بیع را داشته باشد).

صحة المعاطاة المذكورة إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، و أنها تفيد
إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض^{٧٠٧}.

و مقابل المشهور في كلامه، قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة^{٧٠٨} كما صرح
به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع
شرائط البيع.

٧٠٧. الحدائق ١٨: ٣٥٦.

٧٠٨. نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩.

و يشهد^{۷۰۹} للثانی: ^{۷۱۰} أن البيع فی النص^{۷۱۱} و الفتوی^{۷۱۲} ظاهر فیما حکم فیہ باللزوم، و ثبت له الخيار فی قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، و نحوه.^{۷۱۳}

أما على القول بالإباحة، فواضح؛ لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع و المتشرّعه؛ إذ لا نقل فيه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام، فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل في نظرهم، و قد تقدّم سابقاً في تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً بيان ذلك.^{۷۱۴}

^{۷۰۹} شاید اشاره به این نکته باشد که استظهار ادعا شده مبتنی بر انصراف به فرد اکمل است - که در ادامه اشاره می شود - و این انصراف ظهور ساز نیست.

^{۷۱۰} در انصراف الفاظ و صدق الفاظ ادله لفظی باید دقت کرد و قبول قول اول به دلیل عدم دقت در این امور بوده است.

^{۷۱۱} مانند دلیل «البيعان بالخيار...» .

^{۷۱۲} مانند فتوای «اصل در بيع لزوم است». البته در این مثال روشن است که بيع در معنای عام استعمال شده است و سپس به لزوم آن حکم شده و الا ضرورت به شرط محمول خواهد بود.

^{۷۱۳} در مورد ادله غیر لفظی نیز می توان ادعا کرد قدرمتیقن این ادله بیعی است که مفید ملکیت لازم است.

^{۷۱۴} مراد: (۱) قائل معتقد است که بيع دارای دو اصطلاح عرفی و شرعی است و استعمالات در لسان شرع را باید به معنای بيع شرعی حمل کرد. (مرحوم شیخ در ابتدای کتاب البيع این نظر را مردود دانست). (۲) بيع عرفی اقتضائی و لولایی است و اگر شارع حکم به اباحه نکرده بود، مصداق عرفی بود.

و أما على القول بالملك، فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم^{٧١٥} في قولهم: «البيعان بالخيار»، و قولهم: «إن الأصل في البيع اللزوم، و الخيار إنما ثبت لدليل»، و «أنّ البيع بقول مطلق من العقود اللازمة»، و قولهم: «البيع هو العقد الدالّ على كذا»، و نحو ذلك.

و بالجملة، فلا يبقى للمتأمل شكّ في أنّ إطلاق البيع في النصّ و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقایل.

اما بعد از حکم شارعیه اباحه، مصداق بیع عرفی نیست. شبیه «باطل» در آیه شریفه «لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل» که قبل از حکم شارع، خمر -بناء بر این که بآیه شریفه برای مقابله باشد- یا بیع خمر -بناء بر این که بآیه شریفه برای سببیت باشد- مصداق باطل عرفی نیست، لکن بعد از حکم شارع به عدم مالیت خمر و فساد بیع آن، مصداق باطل عرفی خواهد بود. در حقیقت به نظر عرف «اگر خمر احترام داشته باشد، باطل نیست» و «اگر بیع خمر صحیح باشد، باطل نیست» و «اگر معاطات مفید ملک باشد، باطل نیست»، لکن حکم شارع وارد بر نظر عرف است و مصداق مدنظر را از موضوع آن خارج می کند. شبیه آنچه گفته می شود که ظلم علت تامه قبح است، اما کذب مقتضی قبح می باشد. (در مصداقیت به نحو علت تامه و مصداقیت اقتضائی و لولایی باید تفکیک کرد).

^{٧١٥} منشأ انصراف: فرد اکمل. برای اخذ به اطلاق، عدم انصراف باید احراز شود. (از کلمات مرحوم شیخ در ادامه چنین استفاده می شود که این انصراف را قبول ندارند).

و وجه الثالث: ما تقدّم للثاني على القول بالإباحة، من سلب البيع عنه،^{٧١٦} و للأوّل على القول بالملك، من صدق البيع عليه حينئذٍ و إن لم يكن لازماً.^{٧١٧}

و يمكن الفرق^{٧١٨} بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفي و إن لم يقد عند الشارع إلّا الإباحة، و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع بناءً على انصراف «البيع» في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم^{٧١٩}.

^{٧١٦} بعد از حکم شارع به اباحه، بيع عرفی نیست.

^{٧١٧} بيع عرفی است و انصراف مردود است.

^{٧١٨} وجه چهارم و تفصیل بین شروطی که با نصّ اعتبار شده اند و شروطی که با اجماع [دلیل لبی] به اثبات رسیده اند.

^{٧١٩} بین استعمال لغوی در آیات و روایات و استعمال اصطلاحی در کلمات فقهاء باید تفکیک کرد. خلط بین دو این استعمال موجب مغالطه و اشتباه می شود. لذا اگر اجماع و دلیل لبی دارای معقد لفظی بود، «بيع» انصراف دارد و شاید منشأ این انصراف کثرت استعمال باشد. (اما اگر دلیل لبی فاقد معقد لفظی بود، می توان گفت قدرمتمیقن از آن بيع مفید ملکیت لازم است).

و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوة؛^{٧٢٠} لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد-، و أما على القول بالإباحة؛ فلأنها لم تثبت إلّا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشروط الآخر أيضاً.

ثم إنه^{٧٢١} حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلّا بعد تلف العين، يعنى العين الأخرى ذكر: أنه يجوز أن يكون الثمن و المثلن في المعاطة مجهولين؛ لأنها ليست عقداً،

^{٧٢٠} دليل دیگری برای اثبات قول اول: اگر مفید ملک باشد، مصداق بیع است و ادله لفظی و معاهد اجماعات شامل آن شده و جزو قدرمتیقن ادله لیبی است. (در ادامه بیان می شود که انصراف یا حمل مطلقات بیع بر بیع با صیغه، تقييد به غير غالب و مستهجن یا خلاف ظاهر است). اگر مفید اباحه باشد، مصداق بیع نیست یا مصداقیت آن برای بیع مشکوک است یا ادله لفظی و لیبی شامل آن نمی شود و لذا -با توجه به اصالت فساد در معاملات- اصل صحت این معامله نیازمند دلیلی غیر از ادله صحت بیع است. در این مقام می توان گفت اگر تمام شروط بیع را دارا باشد، دلیل بر صحت -مثل اجماع- وجود دارد. اما اگر برخی شروط را نداشته باشد، دلیلی بر صحت وجود نداشته و اصل فساد، بطلان آن را نتیجه می دهد.

^{٧٢١} استفاده وجه برای وجه سوم از کلام شهید: معاطات عقد نیست و در نتیجه برخی شروط را ندارد. شروط برای عقد ثابت است و با نفی موضوع، حکم نیز منتفی خواهد بود. (بهرتر بود این بخش بعد از نقل وجه سوم مطرح می شد).

و كذا جهالة الأجل،^{٧٢٢} و أنه لو اشترى أمة بالمعاطة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن^{٧٢٣}، انتهى.^{٧٢٤} و حكى عنه في باب الصرف أيضاً: أنه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطة النقدين.

أقول: حكمه قدس سره بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطة في الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريح^{٧٢٥} في عدم إفادتها للملك، إلا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللاً بأن المعاطة ليست عقداً، يحتمل أن يكون

^{٧٢٢} پایان زمان اباحه تصرف.

^{٧٢٣} . حکاه السید العاملی فی مفتاح الکرامه ٤: ١٥٨.

^{٧٢٤} برای نقد کلام شهید ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٧٧.

^{٧٢٥} مراد لازمه قطعی شرعی است. (توجه به لوازم فتوا و حکم).

باعتبار عدم الملك؛ حيث إن المفيد للملك منحصرٌ في العقد، و أن يكون باعتبار عدم
اللزوم؛ حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي^{٧٢٦} اللازم.^{٧٢٧}

و الأقوى:^{٧٢٨} اعتبارها و إن قلنا بالإباحة؛ لأنها بيع عرفي و إن لم يفد شرعاً إلا الإباحة، و
مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي، بل

^{٧٢٦} مراد : (١) مفيد ملك. این احتمال مردود است چون مربوط به احتمال اول است. (٢) مفید لزوم. این
احتمال مردود است چون «لازم» در ادامه ذکر می شود و بعید است برای تاکید باشد. (٣) ایجاب و قبول
(بیع با صیغه). قرینه آن عبارتی است که در ادامه ذکر می شود ولی ضعف آن عدم وجود قرینه بر این
معنا تا این قسمت عبارت است.

^{٧٢٧} مراد مرحوم شهید : (١) عقد مفید ملک است و از آن جایی که معاطات مفید ملک نیست، پس عقد
نیست. شرایط مخصوص جایی است که مفید ملک باشد. (٢) عقد مفید لزوم است - چه مفید ملک
باشد و چه مفید اباحه-. معاطات مفید لزوم نیست و لذا عقد نیست. شرایط مخصوص جایی است که
بیع عقدي لازم باشد.

^{٧٢٨} همان مطلبی که به عنوان نظر و دلیل شیخ ذکر شد، با این تفاوت که احتمال بیع بودن در فرض افاده
اباحه در آن با صراحت بیان شده است و همچنین این نکته که تقیید مطلق بیع به بیع با صیغه موجب
تقیید به غیر غالب خواهد بود.

تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب؛^{۷۲۹} و لما^{۷۳۰} عرفت من أن الأصل في المعاظة بعد القول بعدم الملك، الفساد و عدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم،^{۷۳۱} و هو المعامله الجامعه للشروط عدا الصيغه، و بقى الباقي.

^{۷۲۹} پس نباید ادعا کرد که مطلق در ادله لفظی بر بیع با صیغه حمل می شود؛ چرا که حمل مطلق بر غیر غالب (بیع با صیغه) مستهجن و خلاف ظاهر است. (در جمع بین مطلق و مقید شرایط و قواعدی حاکم است، از جمله این که مطلق نباید بر غیر غالب حمل شود). البته اگر محل بحث معاطات فعلی محض باشد، بیع با صیغه و با لفظ دال بر تراضی و معامله غیر غالب نیست، بیع با صیغه غیر غالب است.

^{۷۳۰} با توجه به این مطلب، ظاهراً عبارت «مورد الأدلة الدالة...» مخصوص افاده ملک است. احتمال دیگر این است که عبارت سابق برای هر دو فرض افاده ملک و افاده اباحه باشد و عبارت «لما عرفت» با فرض عدم شمول ادله بیع نسبت به معاطات مفید اباحه.

^{۷۳۱} ظاهراً مساله ای که در ذهن مرحوم شیخ جای تامل داشته است، با تعبیر «محل خلاف» ذکر شده است.

[جریان الربا فی المعاطاة]^{۷۳۲}

و بما ذکرنا^{۷۳۳} يظهر^{۷۳۴} وجه تحريم الربا فيها أيضاً و إن خصصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك؛ لأنها معاوضة عرفية و إن لم تفد الملك، بل معاوضة شرعية، كما اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي؛ حيث قال: إنَّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة^{۷۳۵}، انتهى.

^{۷۳۲} اشاره به دو حکم از احکام بیع در معاطات : (۱) ربا. (۲) خيار قبل از لزوم.

^{۷۳۳} . پاسخ به سوال سوم: حکم ربا در معاطات: بررسی مساله بنا بر دو صورت در قصد معاطات.

^{۷۳۴} . سوالی برای تفکر: اگر معاطات مفید ملکیت نباشد هر چند بیع عرفی باشد اما اثرش توسط شارع امضا نشده است و در حقیقت از نظر شارع بیعی اتفاق نیفتاده است و صرفاً شارع حکم به اباحه نموده، پس دیگر به چه دلیل حرمت ربا روی آن بیاید؟

^{۷۳۵} . حکاه عنه السيد العاملی فی مفتاح الکرامه ۴: ۱۵۸.

و لو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا؛ لكونها معاوضة عرفاً،^{٧٣٦} فتأمل^{٧٣٧}.^{٧٣٨}

^{٧٣٦} اگر ربا مختص به بیع باشد، معاطات مصداق بیع است و اطلاق ادله شامل آن نیز می شود. اگر ربا برای هر معاوضه عرفی و شرعی باشد و لو مفید ملک نباشد و لو مقصود متعاطین اباحه باشد، باز هم اطلاق ادله شامل معاطات می شود.

^{٧٣٧} اگر حرمت ربا فقط شامل معاوضه ملکی می شود، پس شامل معاطات که معاوضه اباحه ای است، نمی شود.

^{٧٣٨}. وردت عبارة «و لو قلنا إلى فتأمل» فی «ف» و هامش «ن»، «خ» و «م»، و کتب بعدها فی «ن»: «إلحاق منه دام ظلّه»، و فی «خ» و «م»: «إلحاق منه رحمه الله».

[جریان الخيار في المعاطاة]

و أما حكم جریان الخيار^{۷۳۹} فيها قبل اللزوم^{۷۴۰، ۷۴۱} فيمكن نفيه على المشهور؛^{۷۴۲} لأنها إباحة عندهم،^{۷۴۳} فلا معنى للخيار.^{۷۴۴}

۷۳۹. پاسخ به سوال چهارم: حکم جریان خيارات در معاطات چیست؟

۷۴۰. مثل خيار حيوان - که تا سه روز ادامه دارد - در روز دوم در حالی که در ثمن تصرف نشده است.

۷۴۱. جریان خيار بعد از لازم شدن معاطات فعلی محض - مثل تلف - در تنبيه هفتم مورد اشاره قرار می گیرد.

۷۴۲. با این که مصداق بیع است .

۷۴۳. جایز بودن معامله. (نقد : اباحه لازم نیز قابل تصور است، همانطور که در تنبيه چهارم مورد اشاره قرار می گیرد).

۷۴۴. لغو است. (نقد : جعل خير لغو نیست. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی).

و إن قلنا بإفادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً^{٧٤٥}؛ بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم^{٧٤٦} كما سيأتي عند تعرض الملزمات^{٧٤٧} فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم،^{٧٤٨} و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم.

و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع،^{٧٤٩} فلا تجرى؛ لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار، و بين غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة إلى الردّ دون الأرش^{٧٥٠} فتجری؛ لعموم أدلتها.

^{٧٤٥} همه خيارها.

^{٧٤٦} از ابتداء بيع نیست! اگر مفید اباحه تصرف باشد نیز ایشان می فرمودند مصداق بیع است، لذا ظاهر این عبارت عجیب است و با دیگر کلمات ایشان سازگار نیست. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٧٨.

^{٧٤٧} آنچه باعث لزوم معاطات می شود. ر.ک. تنبیه ششم.

^{٧٤٨} جواب این شبهه که ثبوت خيار قبل از لزوم لغو است. توضیح در ضمن مثال: خيار حيوان سه روزه است و تصرف ملزم در روز دوم رخ می دهد. در روز اول با مصالحه بر خيار حيوان، حق فسخ را در روز دوم و سوم - که معامله لازم شده و دیگر حق رجوع ندارد- از بین می برد.

^{٧٤٩} مثل خيار مجلس و خيار حيوان.

^{٧٥٠} نسبت به رد ادله -مثل سیره و نفی ضرر- شامل معاطات می شود، اما نسبت به أرش ممکن است گفته شود ادله ناظر به معامله لازم است (حاشیه مرحوم ایروانی) یا خلاف اصل است و قدرمتیقن از آن معامله ای است که ذاتاً لازم باشد (حاشیه مرحوم پایانی).

و أما حكم الخيار بعد اللزوم، فسيأتي^{٧٥١} بعد ذكر الملزمات إن شاء الله.

[تنبيه دوم]

[حكم الاعطاء من جانب واحد]^{٧٥٢}

الأمر الثاني^{٧٥٣} إنّ المتيقّن من مورد المعاطاء: هو حصول التعاطى فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كلٍّ منهما بالإعطاء، فلو^{٧٥٤} حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته^{٧٥٥}، فلا يتحقّق المعاوضة و لا الإباحة رأساً؛ لأنّ كلّاً منهما ملكٌ أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته،^{٧٥٦} إلّا أنّ الظاهر من جماعه من متأخري

٧٥١. سيأتي في الأمر السابع

٧٥٢ چگونگی و زمان انعقاد معاطات در این تنبیه مورد اشاره قرار می گیرد.

٧٥٣ رؤوس مطالب و سير بحث : (١) فرض متيقن اعطاء فعلى دو طرفه با قصد معاوضه در زمان واحد عرفا. (٢) اعطاء يك طرفه با قصد معاوضه معطى و آخذ. (٣) ايصال ثمن و اخذ مثنى بدون اعطاء و تعاطى با رضاييت در تصرف (وصول عوضين). (٤) فقط ايصال ثمن يا مثنى. (٥) صرف گفتگو. (فرض ششم كه معاطات با صرف اشاره باشد مورد ذكر قرار نگرفته است).

٧٥٤ تفريع بر «ان المتيقن ...» يا «فالملك او الاباحه ...»؟ احتمال دوم با ادامه عبارت سازگارى بيشترى دارد.

٧٥٥. پاسخ سوال اول بحث: حكم صورت اعطاء از يك طرف

٧٥٦ خارج از قدر متيقن ادله.

المتأخرين^{٧٥٧} تبعاً للشهيد في الدروس^{٧٥٨} جعله من المعاطاة، ولا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطاة،^{٧٥٩} لكن هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه؛ بناءً على عموم الحكم لكل بيع فعلي،^{٧٦٠} فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكها له بعوض، أو مبيحاً له به، و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو إباحة له بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراءً، و أخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد.^{٧٦١}

^{٧٥٧} منهم: المحقق الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٧، و السيد المجاهد في المناهل: ٢٧٠، و الشيخ الكبير في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة: ٥١، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٣٨، و يظهر من المحدث البحراني و السيد العاملي أيضاً، انظر الحدائق ١٨: ٣٦٤، و مفتاح الكرامة ٤: ١٥٨.
^{٧٥٨} الدروس ٣: ١٩٢.

^{٧٥٩} عدم صدق معاطات چون باب مفاعله به معنای مشارکت است و اعطای دو طرفه باید باشد تا صدق کند. (نقد: آنچه در مقام اهمیت دارد، صدق ادله است -نه عنوان معاطات-. این عنوان در ادله لفظی ذکر نشده است).

^{٧٦٠} مصداق بیع عرفی است و ادله صحت شامل آن می شود.

^{٧٦١} اعطاء با اخذ محقق می شود و نسبت به دهنده فعل اعطاء و نسبت به گیرنده فعل اخذ محقق شده است. (اشکال به تفریح این مثال و نقد به این قسم در حاشیه مرحوم شهیدی ج ٢، ص ١٧٩).

ثمَّ صحَّهٗ هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملّكاً واضحاً؛ إذ يدلّ عليها ما دلّ على صحَّهٗ المعاطاة من الطرفين،^{٧٦٢} و أمّا على القول بالإباحة، فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة،^{٧٦٣} اللهم إلّا أن يدعى^{٧٦٤} قيام السيرة عليها،^{٧٦٥} كقيامها على المعاطاة الحقيقية^{٧٦٦}.

^{٧٦٢} این ادله باید مورد بررسی قرار گیرند.

^{٧٦٣} عدم دلیل بر صحت و سایر ادله صحت معاملات شامل آن نمی شود که شاید به دلیل عدم اطلاق ادله باشد. (ر.ک. نقد مرحوم شهیدی).

^{٧٦٤} با توجه به این که سایر ادله صحت معاطات - به دلیل انصراف یا عدم اطلاق شامل این فرض نمی شود.

^{٧٦٥} سیره بر قصد تملیک و تحقق این عقد صحیح با افاده ملکیت است که شارع اصل صحت را امضاء کرده است، اما افاده ملکیت آن را امضاء نکرده است.

^{٧٦٦} داخل در قدرمتیقن از سیره می باشد. (سیره بر اعطاء دوم مجمل است و لسان ندارد که از باب وفای به عقدی است که قبلاً رخ داده است یا از باب قبول است یا هنگام اعطای دوم عقد واقع شده است + این که معامله رخ داده است یا زمان وقوع آن اعطای اولی است، مصداق سیره است یا ارتکاز؟).

[هل يتعد المعاطاة بمجرد ایصال الثمن و اخذ المثلن]

و ربما^{٧٦٧} يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ایصال الثمن و أخذ المثلن من غیر صدق إعطاء أصلاً، فضلاً عن التعاطی،^{٧٦٨} كما تعارف أخذ الماء مع غیبة السقاء، و وضع الفلن فی المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك،^{٧٦٩} و كذا غیر الماء من المحققات كالخضروات و نحوها، و من هذا القبیل الدخول فی الحمام و وضع الأجرة فی كوز صاحب الحمام مع غیته^{٧٧٠}.

^{٧٦٧}. پاسخ سوال دوم: حکم ایصال ثمن و اخذ مثلن بدون صدق اعطاء از هیچ یک از طرفین.

^{٧٦٨} مرحوم سید، ج ١، ص ٧٧: بیع نیست و اذن و رضایت است.

^{٧٦٩} مرحوم ایروانی: وضع آب و پول مصداق اعطاء است.

^{٧٧٠} مرحوم ایروانی: باز گذاشتن حمام و وضع پول اعطاء است. (مثال حمام مصداق بیع است یا اجاره یا ...؟).

[المعيار في المعاطاة]

فالمعيار^{٧٧١} في المعاطاة: وصول العوضين، أو أحدهما مع الرضا بالتصرف، و يظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضاً في مسألة المعاطاة^{٧٧٢}، و سيأتي توضيح ذلك في مقامه^{٧٧٣} إن شاء الله.

[خلو المعاطاة من الاعطاء و الايصال رأساً]

ثم^{٧٧٤} إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة،^{٧٧٥} أمكن خلو المعاطاة من الإيعاء و الإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادلة شيءٍ بشيءٍ من غير إيصال،^{٧٧٦}

^{٧٧١} با توجه به این که وصول اعم از اعطاء است، این معیار تمام چهار قسم را شامل می شود.

^{٧٧٢} . انظر مجمع الفائدة ٨: ١٤١.

^{٧٧٣} . سیاتی فی الصفحة ١١٢ ١١٣ (از چاپ کنگره)

^{٧٧٤} . پاسخ سوال سوم: حکم مساله در صورت انجام بیع به صرف مقاوله و بدون اعطاء از هیچ یک از طرفین.

^{٧٧٥} معنا: لفظی که منشیء عقد نیست - مثل فعل - محقق معاطات است.

^{٧٧٦} شرایط صیغه را ندارد اما انشاء لفظی است مثل آنچه گفته شود: - معامله کنیم؟ - یا علی.

و لا یبعد صحته مع صدق البیع علیه بناءً علی الملک،^{۷۷} و أمّا علی القول بالإباحه،
فالإشکال المتقدّم هنا آکد^{۷۸}.

^{۷۷} شمول ادله صحت.

^{۷۸} خارج از قدرمتیقن سیره است و قطع به عدم سیره وجود دارد یا احتمال سیره اضعف از قبل است.

[تنبيه سوم]

[تمییز البائع من المشتري فی المعاطاة الفعلیة]

الثالث^{٧٧٩} تمییز البائع من المشتري^{٧٨٠} فی المعاطاة الفعلیة^{٧٨١} [١] مع كون أحد العوضین ممّا تعارف جعله ثمناً^{٧٨٢} كالدرهم و الدنانیر و الفلوس المسكوكة واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم یصرّح بالخلاف.^{٧٨٣}

^{٧٧٩} ثمره این بحث در احکام اختصاصی هر یک از آن دو مشخص می شود، مانند: (١) برخی گفته اند خیار حیوان تنها برای مشتری ثابت است. (٢) خیار تخلف ثمن فقط برای بایع ثابت است. (٣) ضمان مبیع قبل قبض بر بایع است.

^{٧٨٠} سوال از شبهه مفهومیه است و این که در صدق عرفی معیار بائع و مشتری بودن چیست؟ سه معیار در کلمات مرحوم شیخ قابل استفاده است: (١) بایع اولاً و بالذات قصد تملیک دارد و مشتری قصد تملک. (در ضمن تعریف بیع و نقض صدق بر شراء مطرح شد). (٢) فعل بائع مبادله مال بمال است و فعل مشتری ترک چیزی و اخذ غیرش. (٣) موجب عرفی، بایع است و قابل عرفی مشتری است و دافع اول عرفاً مصداق موجب و اخذ اول عرفاً مصداق قابل است. (معیار دیگری در کلمات مرحوم ایروانی و خوبی ذکر شده است: بایع دافع کالا و قصد اخذ مالیت آن را دارد و مشتری دافع مال به قصد اخذ کالا است). ضمناً این سوال مطرح است که آیا عرفاً امکان دارد بیع فاقد مشتری باشد و هر دو طرف بایع باشند یا هر دو طرف مشتری باشند یا هر دو طرف هم بایع و هم مشتری باشند؟

[حالات العوضين في المعاطاة]

٧٨٤ [٢] و أمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضيّة^{٧٨٥}، فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً إنّ هذا المقدار من الحنطة يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنّه اشترى اللحم بالحنطة،^{٧٨٦} و إذا انعكس انعكس الصدق، فيكون المدفوع بنية البدليّة عن الدرهم و الدينار هو الثمن، و صاحبه هو المشتري.

٧٨١ گفته شده اگر معامله با لفظ باشد -چه انشاء عقد با لفظ باشد و چه صرف مقاوله-، تمییز بایع از مشتری راحت است. مرحوم ایروانی: قبل از انشاء با لفظ، بایع و مشتری باید مشخص شوند تا گفته شود وظیفه بائع گفتن «بعث» است.

٧٨٢. پاسخ به سوال اول

٧٨٣ اگر تصریح به خلاف نشود، بر اساس غلبه، اطمینان یا ظاهر حال یا اماره عرفی یا سیره بر حمل بر غالب چنین حکم می کند که آنچه ثمن قرار دادنش متعارف است، ثمن قرار داده شده است.

٧٨٤ این فرض که هر دو عوض از ثمن های متعارف باشند -مثل درهم و دینار در قدیم- مورد بحث قرار نگرفته است.

٧٨٥. پاسخ به سوال دوم

٧٨٦ به دلیل این که پول ندارد یا به دلیل دیگری، به جای پول، گندم پرداخت می کند و مقدار پرداخت گندم را بر اساس مبلغ مقدار گوشتی که نیاز دارد، محاسبه می کند.

[۳] و لو لم يلاحظ إلاً كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة^{۷۸۷}، أو لوحظ القيمة في كليهما، بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم، فتعاطيا من غير سبق مقاوله تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً: ^{۷۸۸}

[۱] ففي كونه بيعاً و شراءً بالنسبة إلى كلٍّ منهما؛ بناءً على أنّ البيع لغةً كما عرفت مبادلة مالٍ بمال، و الاشتراء: ترك شيءٍ و الأخذ بغيره^{۷۸۹} كما عن بعض أهل اللغة^{۷۹۰} فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة، و أنّه اشترى الحنطة، فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة. نعم، لا يترتب عليهما أحكام البائع و لا المشتري؛ لانصرافهما

^{۷۸۷}. پاسخ به سوال سوم

^{۷۸۸} راه رسیدن به جواب: ۱) بر اساس معیار تحصیل شده برای تفکیک بایع و مشتری. ۲) امکان وجود دو بایع یا دو مشتری در یک بیع. ۳) امکان فقدان بایع و مشتری در یک بیع. ۴) صدق بیع بر این معامله. ^{۷۸۹} معیار اولی که در این بحث به آن اشاره شده است. (نقد مرحوم سید و مرحوم ایروانی: با این معیار، در هر بیعی هر دو طرف هم بایع هستند و هم مشتری. [لزوم تواج به لوازم مدعا در نقد و بررسی اقوال و استدلالها]).

^{۷۹۰}. انظر لسان العرب ۷: ۱۰۳، و القاموس ۴: ۳۴۸، مادة: «شری».

فی أدلّة تلك الأحكام إلى من اختصّ بصفه البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين.^{۷۹۱}

[۲] أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطى أولاً؛ لصدق الموجب عليه، و شراءً بالنسبة إلى الآخذ؛ لكونه قابلاً عرفاً^{۷۹۲}.

^{۷۹۱} صدق مفهوم موضوع برای شمولیت حکم کافی نیست و عدم انصراف باید بررسی شود. وجه انصراف متصور در مقام ممکن است کثرت استعمال باشد با این ادعا که مستعمل فيه «بايع»، «شخصی است که فقط بايع است».

^{۷۹۲} معيار دوم ذکر شده در این بحث : دفع اول اماره عرفی بر موجب و اخذ اول اماره عرفی بر قابل بودن است.

[۳] أو كونها معاطاةً مصالحةً؛ لأنها بمعنى التسالم على شيء؛^{٧٩٣} ولذا حملوا الرواية^{٧٩٤} الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، ولى ما عندي»^{٧٩٥} على الصلح^{٧٩٦، ٧٩٧}.

[۴] أو كونها معاوضةً مستقلةً لا يدخل تحت العناوين المتعارفة، وجوه.

لا يخلو ثانيها عن قوة؛ لصدق تعريف «البائع» لغةً و عرفاً على الدافع أولاً، دون الآخر، و صدق «المشتري» على الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر^{٧٩٨}.

^{٧٩٣} نقد / توجه به لوازم: پس هر معامله ای صلح است. ر.ک. مرحوم خویی، مصباح الفقاهه، ج ٢، ص ١٧٥.
^{٧٩٤} روش سندننگاری و تدبیر در وسائل الشیعه با توجه به سند این روایت تمرین شود. وسائل الشیعه، ج ١٨، ص ٤٤٥.

^{٧٩٥}. الوسائل ١٣: ١٦٦، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث الأول.
^{٧٩٦}. فإنهم استدلوا بالرواية المذكورة على صحة المصالحة مع جهالة المصطلحين بما وقعت فيه المنازعة. انظر المسالك ٤: ٢٦٣، و الحدائق ٢١: ٩٢، و الجواهر ٢٦: ٢١٦.
^{٧٩٧} مصداق محل بحث ماست که قصد معاوضه معاطاتی تملیکی است و قصد صلح و لفظ صلح نیست. (نقد مرحوم خویی: مصداق هبه معوضه است).
^{٧٩٨} ١) مشکل تمیز در فرض تقارن دو اعطاء را حل نمی کند. ٢) گفته شده اگر تقدم قبول بر ایجاب صحیح باشد، معیار گرفته شده مورد قبول نیست.

[تنبيه چهارم]

[اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين]^{٧٩٩}

الرابع أن أصل المعاطاة و هي إعطاء كلٍّ منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين^{٨٠٠} على وجوه:

[١- تملك المال بإزاء المال]

أحدها: أن يقصد كلٌّ منهما تملك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً و مملّكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الاولى و قبضها^{٨٠١}، فدفع العين الثاني خارج عن حقيقة المعاطاة، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة؛ و بهذا الوجه

^{٧٩٩} تفكيك اقسام برای فهم دقیق مساله و حکم و سهولت یافتن ادله و جلوگیری از وقوع در مغالطه : اقسام معاطات از حیث قصد متعاطیین (اعطاء مال دو طرفه) : (١) تملك مال در قبال مال غیر. (٢) تملك مال در قبال تملك غیر. (٣) اباحه مال در قبال مال غیر. (٤) اباحه مال در قبال اباحه غیر. (اقسام در این موارد محصور نیست و اقسام دیگری نیز قابل تصور است. ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ١، ص ٧٧ و حاشیه مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٨٤).

^{٨٠٠} مقسم : معاطات فعلی. جهت تقسیم : قصد متعاطیین در مورد عوض و معوض.

^{٨٠١}. پاسخ سوال اول

صححنا سابقاً^{۸۰۲} عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقومةً بالعطاء من الطرفين.

و مثله في هذا الإطلاق: لفظ «المصالحة»^{۸۰۳} و «المساقاة»^{۸۰۴} و «المزارعة» و «المؤاجرة» و غيرها، و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن^{۸۰۵} و القرض و الهبة، و ربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء،^{۸۰۶} و في صحته تأمل^{۸۰۷}.

^{۸۰۲}. راجع الصفحة ۷۴ ۷۵ (از چاپ کنگره)

^{۸۰۳} ماده مصالحه یعنی صلح تنها از یک نفر سر می زند که موجب است. (اگر قصد هر دو طرف تسالم باشد، صلح از هر دو طرف رخ داده است، مگر ادعا شود قبول مصالحه، صلح نیست).

^{۸۰۴} عنوان مشارکتی است، لکن فقط یک طرف معامله آبیاری می کند.

^{۸۰۵} اعطاء فقط از یک طرف واقع می شود.

^{۸۰۶} ایصال دو طرفه، ایصال یک طرفه و صرف گفتگو که در تنبیه دوم بیان شد.

^{۸۰۷} عدم صدق بیع یا خارج بودن از محدوده سیره.

[۲- تمليك المال بإزاء التملك]

ثانيها: أن يقصد كلٌّ منهما تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله إياه،^{۸۰۸} فيكون تمليكَاً بإزاء تمليكَ، فالمقاوله بين التملكين لا الملكين،^{۸۰۹} و المعامله متقومه بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعطاء.^{۸۱۰}

۸۰۸. پاسخ سوال دوم

۸۰۹ تمليكَ در قبال تمليكَ (فعل) است - نه در قبال مال يا به شرط تمليكَ - يا تمليكَ به داعي تمليكَ است (با توجه به كلمات ایشان در ادامه و ذیل قسم چهارم). فرق با قسم قبل که مال در مقابل مال واقع شده بود. از سویی شباهت به هبه دارد که در ادامه بیان خواهد شد. (فهم تفاوت دوم مساله و قسم مشابه در فهم دقیق مساله موثر است).

۸۱۰ تمليكَ دوم رکن عقد است به دليل این که يا تمليكَ دوم مصداق قبول برای معامله است يا تمليكَ در قبال تمليكَ است و بدون تمليكَ دوم، تمليكَ اول نیز واقع نمی شود. تفاوت با قسم اول در این است که در قسم اول عوض، مال است که موجود است و با قبول به ملک غير در آمده است. اما در قسم دوم عوض، فعل است که موجود نیست و اگر موجود نشود، معامله محقق نشده است؛ [مگر ادعا شود قبول تمليكَ اول يا اخذ کالا در تمليكَ اول فی نفسه تمليكَ دوم است و نیازی به فعل دیگری نیست و این تفاوت که در قسم قبل عوض - یعنی مال - موجود است و در این قسم فعلی است که باید محقق شود، فارق نیست و باز هم اخذ کالا، تمليكَ است]. (ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم ایروانی و مرحوم شهیدی).

و هذا بعيد عن معنى البيع^{٨١١} و قريب إلى الهبة المعوّضة؛^{٨١٢} لكون كل من المالين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التمليك من الأول؛ لأنه إنّما ملكه بإزاء تمليكه، فما لم يتحقق تمليك الثاني لم يتحقق تمليكه، إلّا أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند تمليك الأول على نحو الداعي، لا العوض، فلا يقدر تخلفه.

فالأولى أن يقال: إنّها مصالحة و تسالم على أمرٍ معيّن^{٨١٣} أو معاوضة مستقلة.

[٣- إباحة المال بإزاء العوض]

ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض،^{٨١٤}

^{٨١١} چون انشاء تمليك عين به مال نیست.

^{٨١٢} چرا که در هر دو فعل در قبال فعل قرار گرفته است و مال، عوض قرار داده نشده است؛ لکن تفاوت در این است که در هبه معوضه هبه اول مشروط به هبه دوم است، لکن در مقام تمليك اول در عوض تمليك دوم است. پس در هبه معوضه دو معامله رخ می دهد و در تمليك در قبال تمليك، يك عقد رخ می دهد. از این رو اگر در هبه معوضه، هبه دوم رخ ندهد، هبه اول کامل است ولو خيار تخلف شرط ثابت می شود. اما در محل بحث اگر تمليك دوم رخ ندهد، اصل معامله رخ نداده است.

^{٨١٣} نقد: قصد تسالم وجود ندارد و لذا صلح نیست.

^{٨١٤} فعل در قبال مال.

فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأوّل الإباحة بالعوض، و من الثاني بقبوله لها التملك، كما لو صرّح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

[٤- اباحة المال بإزاء الاباحة]

رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر، فيكون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة،^{٨١٥} على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوّره على نحو الداعي، و على نحو العوضيّة.

[الاشكال في القسمين الاخيرين من جهتين]

و كيف كان،^{٨١٦} فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين^{٨١٧} على فرض قصد المتعاطيين لهما، و منشأ الإشكال:

^{٨١٥} فعل در قبال فعل یا فعل به داعی فعل. فرض فعل به شرط فعل را مطرح نکرده اند.

^{٨١٦} چه عوضیت باشد و چه داعویت یا هر کدام از اقسام چهارگانه باشد یا چه قسم سوم باشد و چه قسم چهارم.

^{٨١٧} اشکالات اختصاص به معاطات نیست و شامل معامله با صیغه نیز می شود. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٨٠.

أولاً^{٨١٨} الإشكال في صحّة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقّفة على ملكيّة المتصرّف، بأن يقول: أبحت لك كلّ تصرّف، من دون أن يملكه العين.^{٨١٩}

و ثانياً^{٨٢٠} الإشكال في صحّة الإباحة بالعوض، الراجعة إلى عقد مرّكب من إباحة و تمليك.^{٨٢١}

^{٨١٨} اشكال به هر دو قسم است.

^{٨١٩} برای بحث پیرامون انواع تصرفات متوقف بر ملک ر.ک. بلغه الفقيه، ج ٢، ص ١٢٠ و فقه الصادق ع، ج ١٥، ص ٢٨٧.

^{٨٢٠} اشكال مخصوص قسم سوم.

^{٨٢١} در ذیل از اشكال دوم اصل شبهه در خارج بودن از معاوضات متعارف و نفی دلیل بر صحت آن است. گویا ترکیب بین اباحه و تمليك شده می شود تا دلیلی بر صحت آن وجود نداشته باشد.

[الاشكال الاول في اباحة التصرفات المتوقفة على الملك] ٨٢٢

فنقول: أمّا إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، فالظاهر أنّها لا تجوز^{٨٢٣}؛^{٨٢٤} إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك؛ فإنّ إذن

٨٢٢. پرسش تفکری: به نظر شما آیا مالک یک مال می تواند اجازه هر گونه تصرفی در مال خود را به دیگری بدهد؟ چرا؟

٨٢٣ «تصرفی که بدون ملک جایز نیست، قابلیت اباحه به غیر را ندارد و از غیر مالک صحیح نیست – ولو مالک به آن اباحه داده باشد»۔ (بحث صغری تصرفاتی که شرعا متوقف بر ملک هستند، حاشیه مرحوم سید، ج ١، ص ٧٨).

٨٢٤ دلیل عدم جواز: شارع حق قانونگذاری و جعل حکم را دارد. شارع دو حکم جعل کرده است: (١) تصرف در مال غیر با رضایت مالک جایز است و الا حرام است. (مالک با اذن و رضایت، موضوع برای جواز ایجاد می کند – مثل خلق موضوع حاضر یا مسافر برای نماز تمام و قصر) – موضوع سازی برای حکم شرعی است و مانعی ندارد. (٢) بیع یا عتق یا ... فقط از مالک صحیح است. مالک با تملیک غیر، موضوع برای جواز ایجاد می کند و این نیز مانعی ندارد. اما اگر بدون تملیک حق تصرف را به غیر اباحه کند، تشریح و قانونگذاری در مقابل قانون الهی است که حق بیع و عتق را مخصوص مالک دانسته اند.

المالك ليس مشرعاً،^{۸۲۵} و إنما يمضي فيما يجوز شرعاً،^{۸۲۶} فإذا^{۸۲۷} كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول^{۸۲۸} كما صرح به العلماء في القواعد^{۸۲۹} فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟

^{۸۲۵} تجویز بیع توسط مالک بر غیر مالک (اباحه بیع بر غیر) صحیح نیست چون مالک مشرع نیست، مگر شارع خودش قاعده «لا بیع الا فی ملک» را تخصیص بزند.
^{۸۲۶} تصرف عادی جایز است و تصرف مالکانه جایز نیست.

^{۸۲۷} عدم جواز به دلیل عقلی [یا عقلایی]: چون تبادل به جا به جایی ثمن و مثن است، معقول نیست مثن از جیب زید خارج شود و ثمن به جیب عمرو وارد شود، و الا تبادل و بیع نخواهد بود. ر.ک. مرحوم خوئی، ج ۲، ص ۱۷۹. (نقد: معقول است و در مهریه نکاح و ... مثال دارد. ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم ایروانی.

^{۸۲۸} اشکال عقلی [یا عقلایی]: چون تبادل به جابه جایی ثمن و مثن است و معنایش این است که ثمن از ملک هر کس خارج شده، مثن وارد ملک او می شود و مثن از ملک هر کس خارج شده، ثمن به ملک او وارد می شود تا معاوضه و بدلیت محقق شده باشد و الا تبادل رخ نداده است. ر.ک. مرحوم خوئی، ج ۲، ص ۱۷۹. (نقد: معقول است و در فقه مثالهایی در مهریه نکاح و غیره دارد. ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم ایروانی در مقام).

^{۸۲۹}. انظر القواعد ۱: ۱۶۶، و فيه: «لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه»

[تصحیح اباحه التصرفات المتوقفة على الملك بوجهين: ۱- کون ما نحن فيه من قبيل اعتق عبدک

عنی]

نعم، یصحّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما فی المقام مفقود:

أحدهما: ^{۸۳۰} أن یقصد المبیح بقوله: «أبحت لك أن تبیع مالی لنفسك» أن ینشأ ^{۸۳۱} توكیلاً له فی بیع ماله له، ثمّ نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو فی نقله ^{۸۳۲} أوّلًا إلى نفسه ثمّ بیعه ^{۸۳۳}، أو تمليكاً له بنفس هذه الإباحة، فیکون إنشاء تمليك له، و یركون بیع المخاطب بمنزلة

^{۸۳۰} راه حل بدون تمسك به دلیل شرعی غیر از -لابیع الا فی ملک- که مخصص یا معارض آن باشد: (۱) توكیل در بیع و توكیل در هبه ثمن به خودش. (۲) توكیل در هبه کالا به خودش و بیع کالا توسط او. (۳) تمليك با عبارت اباحه در بیع یا اعتق (به شکل کنایی و بیان لازم و اراده ملزوم). ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۸۴ و مرحم شهیدی، ج ۲، ص ۱۸۰.

^{۸۳۱}. کذا فی «ف»، «ش» و مصححة «ن»، و فی «ع»، «ص» و نسخة بدل «ش»: «إنشاء توكیل» و

نسبه الشهیدی فی شرحه إلى بعض النسخ المصححة، انظر هداية الطالب: ۱۸۰.

^{۸۳۲} انشاء تمليك در نقلش

^{۸۳۳} اگر عطف به «نقله» باشد یعنی انشاء توكیل در نقلش، در حالی که بعد از این که نفر دوم با هبه مالک شد، رابطه ملکیت نفر اول با کالا از بین رفته است و توكیل در نقل توسط او صحیح نیست. شاید مراد این باشد که بیع بعد از هبه، شرط توكیل در هبه است یا نسخه صحیح «باعه» بوده است.

قبوله،^{۸۳۴} كما صرّح في التذكرة: ^{۸۳۵} بأنّ قول الرجل ^{۸۳۶} لمالك العبد: «أعتق عبدك عنّي بكذا» استدعاءً لتمليكه،^{۸۳۷} و إعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء^{۸۳۸}، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب، و يقدر وقوعه قبل العتق آنأما، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع^{۸۳۹}،

^{۸۳۴} چرا اخذ قبول نباشد؟ شاید فرض در موردی است که اخذ رخ نداده است و الا تحقق قبول روشن است. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی و شهیدی.

^{۸۳۵} علامه در تذکره در مورد «اعتق عبدک عنی» به توجیه سوم اشاره کرده اند. توجیه دوم نیز در مورد این مثال قابل تطبیق است، اما توجیه اول خیر.

^{۸۳۶}. وردت عبارة «بمنزلة قبوله إلى قول الرجل» في «ف» هكذا: بمنزلة قبول له، كما صرّح به في

التذكرة بأن يقول الرجل

^{۸۳۷} تفاوت این مثال با مثال محل بحث: در محل بحث مالک انشاء اباحه و تملیک را دارد و در این مثال طلب تملیک توسط غیر از مالک رخ می دهد.

^{۸۳۸}. التذكرة ۱: ۴۶۲

^{۸۳۹} دلیل عدم جریان شروط بیع در نظر مرحوم علامه، اجماع است. (ر.ک. حاشیه مرحوم تبریزی). نقد مرحوم سید: (۱) عدم دلیل بر تملیک و تملک مخصوصاً با فصل قبول از ایجاب. (۲) قبول بودن بیع یا عتق بعید است.

[عدم جريان الوجه الاول فيما نحن فيه]

و لا شك أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أوّلًا،^{٨٤٠} و لا في نقل الثمن إليه ثانيًا،^{٨٤١} و لا قصد التمليك بالإباحة المذكورة،^{٨٤٢} و لا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقّق تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب، كما كان مقصوداً و لو إجمالاً في مسألة «أعتق عبدك عنى»؛ و لذا عدّ العامّة و الخاصّة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الاقتضاء^{٨٤٣} التي عرفوها: بأنّها دلالة مقصودة للمتكلّم يتوقّف صحّة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثلاً للعقلى بقوله تعالى (وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ)، و للشرعى بهذا المثال^{٨٤٤، ٨٤٥} و من المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلّا مجرد الإباحة.

^{٨٤٠} نفى مورد دوم.

^{٨٤١} نفى مورد اول.

^{٨٤٢} نفى مورد سوم.

^{٨٤٣} نفى شباهت با مثال «أعتق عبدك عنى».

^{٨٤٤}. انظر: الإحكام فى أصول الأحكام؛ للآمدى ٣: ٧٢ (طبعة دار الكتاب العربى)، و الوافية فى أصول

الفقه: ٢٢٨

^{٨٤٥} مثال «لا عتق الا فى ملك».

[۲- کون ما نحن فيه من قبيل «شراء من يعتق»]

الثاني: ^{۸۴۶} أن يدلّ دليل شرعيّ على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأما، ^{۸۴۷} فيقع البيع في ملكه ^{۸۴۸}، أو يدلّ دليل شرعيّ على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأما ما لا يقبل غير العتق؛ فإنه حينئذٍ يقال بالملك المقدّر آنأما؛ للجمع بين الأدلّة ^{۸۴۹}.

^{۸۴۶} راه حل با تمسك به ديگر ادله شرعي مخصص يا معارض : دليل شرعي مفيد جواز اباحه تصرف مالكانه كه در مقام جمع با ادله عدم جواز تصرفات مالكانه براي مباح له يكي از اين دو وجه جمع را دارد : (۱ : ملكيت آناما مباح له قبل از تصرف مالكانه . ۲) ملكيت آناما مبيع نسبت به ثمن بعد از تصرف مالكانه مباح له .

^{۸۴۷} عدم جواز بيع آنچه نسبت به آن ملكيت وجود ندارد دو دليل مي تواند داشته باشد : (۱) محذور شرعي و ادله «لا بيع الا في ملك» : ممكن است گفته شود ادله جواز اباحه تصرفات مالكانه مخصص آن است . ر.ك . حاشيه مرحوم سيد ، ج ۱ ، ص ۷۹ . ۲) محذور عقلي : صحت بيع بر اساس ادله شرعي كاشف از ملكيت آناما قبل بيع است و لذا بيع در ملكش محقق شده است .

^{۸۴۸} . انظر: الإحكام في أصول الأحكام؛ للآمدی ۳: ۷۲ (طبعة دار الكتاب العربي)، و الوافية في أصول

الفقه: ۲۲۸.

^{۸۴۹} جمع بين دليل جواز خريدن والدين و عدم مالکيت نسبت به آنها، اين است كه ملكيت فرضي و تنزيلى است و مستقر نيست. (نقد مرحوم ايرواني، ج ۱، ص ۸۵).

[عدم جریان الوجه الثاني فيما نحن فيه]

و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه؛ إذ المفروض أنه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّة هذه الإباحة العامّة، و إثبات صحّته بعموم مثل «الناس مسلّطون على أموالهم»^{٨٥٠} يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاهما لقواعد آخر^{٨٥٢} مثل: توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلن مالاً له، و توقّف صحّة العتق على الملك، و صحّة الوطاء على التحليل بصيغته خاصّة^{٨٥٣}، لا بمجرد الإذن في مطلق التصرف.

^{٨٥٠} وجه استدلال: اطلاق سلطه در روايت شامل سلطه بر اباحه كردن تصرفات مالكانه مى شود.

^{٨٥١} . عوالى الآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

^{٨٥٢} ظهور اطلاق سلطه در اين دليل ضعيف است و ساير ادله بر آن مقدم مى شود و حتى اگر رابطه آنها عموم و خصوص من وجه باشد، مقيد اين اطلاق خواهد بود، مثل «ظلم نكن» يا «لا بيع الا فى ملك» و وجه جمع بين دو دليل تقييد است - نه ملكيت آناما-. (نقد مرحوم شهيدى، ج ٢، ص ١٨١: جمع عرفى ملكيت تقديرى است).

^{٨٥٣} تحليل نكاحى به صيغه نكاح محتاج است و تحليل ملكى به بيع با صيغه [؟].

و^{۸۵۴} لأجل ما ذكرنا^{۸۵۵} صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف^{۸۵۶}، في أنه لو دفع إلى غيره مائلاً وقال: اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء^{۸۵۷} لم يصح^{۸۵۸}، كما صرح به في مواضع من القواعد^{۸۵۹}، وعلله في بعضها^{۸۶۰} بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير.^{۸۶۱} و هو

^{۸۵۴} بیان کلماتی از علماء در تایید نظریه عدم جواز مباح کردن تصرفات مالکانه برای غیر.

^{۸۵۵} که امکان اباحه تصرف مالکانه وجود ندارد.

^{۸۵۶} قاله صاحب الجواهر قدس سره، انظر الجواهر ۲۳: ۱۷۴.

^{۸۵۷} نفر دوم غذا را به ۱۰ درهم (کلی فی الذمه) می خرد و بدهکار می شود. بدهی خود را با پول غیر تسویه می کند.

^{۸۵۸} اباحه تصرف بیعی که صحیح نیست و این راه ها نیز منتفی فرض شده است و در نتیجه خریدن غذا از آن پول صحیح و جایز نیست.

^{۸۵۹} . لم نظفر علی التصریح بذلک إلتاً فی مورد واحد، و هو حکم التسلیم و القبض، انظر القواعد ۱:

۱۵۱

^{۸۶۰} . لا يوجد هذا التعليل في المورد المتقدم، نعم قال في كتاب الرهن: «و لو قال: بعه لنفسك بطل الإذن؛ لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه»، القواعد ۱: ۱۶۶. و سیأتی نقل المؤلف لهذا المطلب بعینه من

کتب العلامه لا خصوص القواعد، فی الصفحه ۳۸۶

^{۸۶۱} همان دلیل عقلی که قبلاً با تعبیر «غیر معقول» از آن یاد شد.

كذلك؛ فإن مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادله دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه، و إلا لم يكن عوضاً و بدلاً.^{٨٦٢}

و لما ذكرنا^{٨٦٣} حكم الشيخ^{٨٦٤} و غيره^{٨٦٥} بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف^{٨٦٦}، لكن لا يجوز و طء الجارية مع أن الإباحة المتحققه من الواهب تعم جميع التصرفات^{٨٦٧، ٨٦٨}.

^{٨٦٢} این بیان دلیل بر معقول نبودن و استحاله عقلی نیست، بلکه دلیل بر عدم صدق معاوضه است و البته عدم صدق معاوضه نافی تمسک به ادله عقود و تجاره عن تراض و ... نیست. حال سوال این است که مطلب بیان شده در متن مصداق روشن معاوضه و بدل است یا مقتضای مفهوم و حقیقت معاوضه است؟ (مرحوم سید: بدلیت مالیت بدون لحاظ مالک ها قابل اعتبار است).

^{٨٦٣} نکته تطبیقی: ص ٨٦: لما ذكرنا: یعنی به این دلیل که گفتیم فقها اباحه جميع تصرفات را قبول ندارند.

^{٨٦٤} . المبسوط ٣: ٣١٥

^{٨٦٥} . الدروس ٢: ٢٩١

^{٨٦٦} هبه معاطاتی مفید ملک نیست.

^{٨٦٧} قصد ملکیت و اباحه جميع تصرفات برای مشتری وجود داشته است. (نقد: قصد تملیک که لازمه اش اباحه جميع تصرفات است، غیر از قصد اباحه جميع تصرفات برای مشتری است).

^{٨٦٨} نقد: محل بحث اباحه مالکی برای تصرف مالکانه است و مثال ذکر شده قصد تملیک مالکی و تحقق اباحه شرعی محدود است و لذا دو مساله با یکدیگر ارتباطی ندارند. جواب مرحوم سید، ج ١،

و عرفت أيضاً: أنّ الشهيد فى الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى، و لا و طء الجارية^{٨٦٩}، مع أنّ مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة^{٨٧٠}.

٨٧١

و دعوى: ^{٨٧٢} أنّ الملك التقديرى هنا أيضاً لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفى الدلالة بمجرد^{٨٧٣} الجمع بين عموم «الناس مسلطون على أموالهم»^{٨٧٤} الدالّ على جواز هذه

ص ٨٠: اگر اباحه شرعى در تصرفات مالکانه جارى نیست، به طریق اولی یا تساوی در اباحه مالکى جارى نیست. (و فيه تأمل).

^{٨٦٩}. راجع الصفحه ٣٥ و ٧٠ (چاپ کنگره)

^{٨٧٠} مراد: (١) قصد اباحه: خلاف نظر شیخ و مطابق آنچه از صاحب جواهر نقل شد. (٢) قصد تمليك كه اباحه مطلق می آورد. این احتمال خلاف ظاهر است.

^{٨٧١} این موارد را مصداق تصرف مالکانه دانسته است.

^{٨٧٢} تکرار تمسک به «الناس مسلطون...» برای اثبات وجود دلیل شرعى برای راه حل دوم.

^{٨٧٣}. کذا فى النسخ، و المناسب: یکفى فى الدلالة مجرد..

^{٨٧٤}. عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحدیث ٩٩

الإباحة المطلقة، و بين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك^{٨٧٥}، نظير الجمع بين الأدلة
في الملك التقديري^{٨٧٦}،

^{٨٧٥}. راجع: الوسائل ١٦: ٤، الباب ٥ من أبواب العتق، و ١٢: ٢٤٨ ٢٥٢، الباب ١ و ٢ من أبواب عقد

البيع، و عوالي اللآلي ٢: ٢٩٩، الحديث ٤، و الصفحة ٢٤٧، الحديث ١٦.

^{٨٧٦} ملكيت آناما قبل بيع شبيهه ملكيت آناما در شراء عمودين.

مدفوعه^{۸۷۷}: بأن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم،^{۸۷۸} فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعاً، فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

^{۸۷۷} مفاد این دلیل «سلطه داشتن مالک بر تصرف جایز است» و در حقیقت «تصرف جایز» موضوع برای حکم سلطه است. دلیل حکم خود را ثابت نمی کند، بلکه آن را مفروض الوجود در نظر می گیرد و لذا این خطاب اصلاً هیچ تصرفی را تجویز نمی کند. از دیگر ادله باید جواز تصرف خاص را به دست آورد. اگر از ادله دیگر جواز تصرف فی نفسه کشف شود، سلطه مالک بر آن تصرف نسبت به مالش کشف می شود و اگر از ادله دیگر عدم جواز تصرف -مثل ظلم به عبد- کشف شود، سلطه مالک بر آن تصرف از این دلیل استفاده نمی شود، چرا که تخصصاً از آن خارج است. (اهمیت تمییز و تشخیص موضوع، متعلق و حکم در لسان دلیل از این بیان ها روشن می شود). در محل بحث ادله عدم جواز بیع غیر چنین افاده می کند که این تصرف اباحه یعی توسط مالک جایز نیست و لذا سلطه بر آن نیز ثابت نمی شود. (خروج تخصصی). / نقد مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۸۱: لازمه این کلام بی فایده بودن مفاد آن است. موضوع این دلیل مطلق تصرف قابل عقلی است و حکم به جواز آن تصرف شده است. [برای خروج از بی فایده بودن مفاد شاید اینگونه گفته شود که تصرف جایز ممکن است مورد سلطه مالک نباشد و به عنوان مثال فقط حاکم شرع سلطه بر این تصرف داشته باشد، لکن این دلیل چنین افاده می کند که اگر تصرف جایز باشد، مالک دارای آن سلطه بر اموالش می باشد].

^{۸۷۸} یعنی نفس تصرف را جایز نمی کنند -بلکه تصرف جایز را نسبت به اموال می توانند اعمال کنند-.

و من المعلوم: أنَّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالّ على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوّض، فلا يشملُه العموم فى «الناس مسلّطون على أموالهم» حتى يثبت التنافى بينه و بين الأدلّة الدالّة على توقّف البيع على الملك،^{٨٧٩} فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آنأ ما.^{٨٨٠}

و بالجملة، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم^{٨٨١} على عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» الدالّ على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير

^{٨٧٩} طبق بيانهای سابق از دلیل «الناس مسلطون...»، این دلیل بر جواز تصرف مالک حکم می کرد و لذا تنافی بدوی حاصل می شد و نوبت به جمع عرفی می رسید -نه مثل مقام که موضوع تخصصاً خارج است-.

^{٨٨٠} در جمع عرفی بررسی روابط ادله از حیث موضوع، متعلق، قیود و حکم ضروری است؛ اضافه بر این که جمعهای متصور را با فهم عرف باید قیاس کرد.

^{٨٨١} مراد خروج تخصصی یا ورود است. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی و مرحوم شهیدی).

حکومه دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر و العهد^{۸۸۲} إذا نذر
عتق عبد غيره له أو لنفسه^{۸۸۳}، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر^{۸۸۴}.

^{۸۸۲}. من الكتاب: الآية ۲۹ من سورة الحجّ، و الآية ۹۱ من سورة النحل، و الآية ۳۴ من سورة الإسراء،
و من السنّة: ما ورد في الوسائل ۱۶: ۱۸۲، كتاب النذر و العهد.
^{۸۸۳} برای همان غير که مالک است - كفاره روزه اش باشد یا ثوابش به او برسد - یا برای خودش.
^{۸۸۴} اگر گفته شود جمع بین «لا عتق الا فی ملک» و «اوفوا بالنذر» این است که اگر کسی عتق عبد غير
را قصد کرد، قبل از عتق آناما مالک می شود، جمع غلطی را مرتکب شده است چون دليل «اوفوا بالنذر»
بیان می کند «اگر متعلق نذر امر جایزی بود، وفای به آن واجب است» و دليل دوم جایز بودن متعلق نذر
در محل بحث را نفی می کند و لذا «لا عتق الا فی ملک» مقدم و بیان کننده خروج تخصصی محل
بحث از دليل وجوب وفای به نذر است. پس دليل وجوب وفای به نذر، تصرف را جایز نمی کند بلکه
آن را پیش فرض می گیرد - همانطور که در محل بحث نیز گفته شد - (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی،
ج ۱، ص ۸۵).

نعم،^{۸۸۵} لو كان هناك تعارض و تراحم^{۸۸۶} من الطرفين، بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر،^{۸۸۷} أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آنأما،^{۸۸۸} فتأمل^{۸۸۹}.

^{۸۸۵} استدراک از این استظهار و بیان ادعای سابق که «الناس مسلطون...» حکم به جواز تصرفات دارد - نه آن که «تصرف جایز» موضوع و مفروض آن باشد. در نتیجه تقدم از باب ورود یا تخصص مطرح نمی شود. بنابراین مفاد «الناس مسلطون...»، «صحت تسلط مالک بر اباحه بیع است» که با مفاد «لا بیع الا فی ملک» تعارض دارد.

^{۸۸۶} تراحم لغوی مراد است و عطف تفسیری است.

^{۸۸۷} امکان تخصیص گواه بر این است که خروج تخصصی نیست و تعارض بدوی شکل گرفته و باید به سراغ جمع عرفی رفت.

^{۸۸۸} بر اساس جمع عرفی یا بر اساس الجمع مهما ممکن اولی من الطرح؟

^{۸۸۹} مراد: (۱) جمع تبرعی و غیر عرفی است و حجیت ندارد. (۲) تخصیص «لا بیع الا فی ملک» یا «جواز همه تصرفات» جمع عرفی و مقدم بر جمع مطرح شده است، مگر محذور عقلی یا نقل منصوص دلیل باشد که در آن فرض ملکیت آناما جمع عرفی خواهد بود. (حاشیه مرحوم سید).

[عدم کون ما نحن فيه من قبيل بيع الواهب وعتقه]

و^{۸۹۰} أما حصول الملك^{۸۹۱} في الآن المتعقب بالبيع و العتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكاً تقديرياً نظير الملك التقديري في الديق بالنسبة إلى الميت^{۸۹۲}، 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.^{۸۹۳}

و بالجمله^{۸۹۴}، فما نحن فيه لا ينطبق على التمليك الضمني المذكور أولاً في «أعتق عبدك عني»؛ لتوقفه على القصد، و لا على الملك المذكور ثانياً في شراء من يعتق عليه؛ لتوقفه

^{۸۹۰} ممکن است در تکمیل راه حل دوم ذکر شده یا به عنوان راه حل سوم قلمداد شود.
^{۸۹۱} مقدمه در انواع ملکیت : (۱) ملکیت حقیقی مستمر فی نفسه. (۲) ملکیت حقیقی آنا ما مثل بیع واهب و ذی الخيار. (۳) ملکیت تقدیری و حکمی که فقط حکم ملک را دارد و ملکیت حقیقی حاصل نمی شود، مثل ملکیت میت بر دیه.

^{۸۹۲} میت مالک حقیقی نیست، بلکه حکم ملکیت برای او را دارد و لذا ابتدا به ادای دین و سپس وصیت و در نهایت به ارث رسیدن آن حکم می شود. (برخی ملکیت میت را حقیقی دانسته اند).

^{۸۹۳} بیع کاشف از فسخ یا رجوع است که از اسباب ملکیت هستند، لکن در مقام بیع مباح له کاشف از سبب ملکیت نیست. (ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ۱، ص ۸۰).

^{۸۹۴}. بیان خلاصه راههای ذکر شده با مثالهایشان.

على التنافى بين دليل التسلّط و دليل توقّف العتق على الملك، و عدم حكومه الثانى على الأول، و لا على التمليك الضمنى المذكور ثالثاً فى بيع الواهب و ذى الخيار؛ لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبقَ إلّا الحكم ببطلان الإذن فى بيع ماله لغيره، سواء صرّح بذلك كما لو قال: «بيع مالى لنفسك»، أو «اشترِ بمالى لنفسك»، أم أدخله فى عموم قوله: «أبحت لك كلّ تصرف».

فإذا^{۸۹۵} باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازماً؛^{۸۹۶} بناءً على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر،^{۸۹۷} أو موقوفاً على الإجازة؛^{۸۹۸} بناءً على أن المالك لم ينو تملك الثمن^{۸۹۹}.

^{۸۹۵} مساله شناسی: بيع مباح له ممکن است برای مالک باشد و ممکن است برای خودش باشد. قسم دوم محل بحث است. در تقسیم دیگر ممکن است مالک اذن به بيع برای خودش (مالک) را داده باشد یا صرفاً اذن به بيع برای مباح له را داده است. قسم دوم محل بحث است. البته با پیش فرض مساله قبل که اباحه بيع صحيح نیست، روشن است که بيع برای مباح له واقع نمی شود و سوال این است که برای مبيع واقع می شود یا خير.

^{۸۹۶} متوقف بر اذن مالک نیست مثل بيع ولی؛ چرا که اذن در بيع داده است.

^{۸۹۷} دو اشکال به این احتمال وارد است که این عبارت اشکال اول را جواب می دهد:

اشکال اول: مباح له که طرف عقد است بيع را برای خودش قصد کرده است - نه مالک - و عقود تابع قصود هستند. / جواب: این قصد مؤثر نیست، شبیه بيع غاصب که گفته شده است غاصب دارای دو قصد است. اول این که معاوضه بين دو کالا رخ دهد که این قصد امضاء شده و بيع فضولی رخ می دهد. دوم این که اعتبار کرده که مالک است و لذا قصد کرده است که عوض وارد ملک او شود. اعتبار و قصد دوم لغو و بی اثر است. نتیجه آن که معاوضه به نحو فضولی رخ می دهد اما غاصب مالک نمی شود. در مقام نیست اصل معاوضه مقصود است و واقع می شود و قاعده تبعیت عقود از قصود دچار لطمه نشده است. (این اشکال و وجوب ذیل وجه دوم نیز قابل طرح است).

اشکال دوم: مالک اصلی قصد بیع برای خودش را نداشته و چنین اذنی به مباح له نداده است و در نتیجه طبق قاعده نباید این عقد بدون اذن او محقق شود. این اشکال موجب تقویت وجه دوم می شود که در ادامه مورد اشاره قرار گرفته است.

^{۸۹۸} مثل بیع فضولی بلکه مصداق بیع فضولی است.

^{۸۹۹} اجازه این بیع را نداده است بلکه اجازه بیع برای مباح له را داده است.

[استظهار صحه اباحه التصرفات المتوقفة على الملك من جماعة]

هذا،^{٩٠٠} و لكنّ الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين^{٩٠١} و الشهيد قدّس سرهما في باب بيع الغاصب: أنّ تسليط^{٩٠٣} المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الإذن في إتلافه

^{٩٠٠} بیان مسائل مشابه در فتوای برخی علماء که شخص مالک مال یا عین نیست، اما مالک عوض آن در بیع می شود. پس برخی علماء در این مساله با مرحوم شیخ اختلاف نظر دارند.
^{٩٠١} . و هو محمد بن محمد الرازی البویهی، من تلامذة العلامه الحلّی قدّس سره، و روی عنه الشهيد قدّس سره، و هو من أولاد أبی جعفر ابن بابویه، ذکره الشهيد الثانی فی بعض إجازلته و غیره. انظر ریاض العلماء ٥: ١٦٨.

^{٩٠٢} سه نفر در تاریخ شیعه به «قطب الدین» شناخته شده اند : ١. سعید بن هبه الله قطب الدین راوندی صاحب فقه القرآن در قرن ششم که در صحت حرم حضرت معصومه -سلام الله علیها- مدفون هستند.
٢. قطب الدین کیدری صاحب اصباح الشیعه در قرن شش و هفت. ٣. محمد بن محمد الرازی البویهی شاگرد مرحوم علامه.

^{٩٠٣} تسلیط اباحه ای است -نه تملیکی-، چر اکه مشتری با علم به غضب، اطلاع دارد که بیع صحیح نبوده و برای غاصب محقق نمی شود و لذا قصد بیع ندارد. (نقد: شاید تسلیط تملیکی مجانی مراد قائلین باشد و عبارت «فتامل» در ادامه ممکن است به همین نکته اشاره داشته باشد).

یوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، و أنه يُملِّكُ الثمنَ بدفعه إليه،^{٩٠٤} فليس للمالك إجازة هذا الشراء^{٩٠٥.٩٠٦}

و يظهر أيضاً من محكى المختلف، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة أن له و طء الجارية^{٩٠٧} مع علم البائع بغصبيّة الثمن^{٩٠٨}، فراجع^{٩٠٩}. و مقتضى ذلك: أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و إن لم يكن على وجه الملكيّة يوجب جواز

^{٩٠٤} غاصب با این که مالک ثمن نشده است، اما اگر با آن ثمن کالایی را بخرد، مالک آن کالا می شود. پس شخص مباح له امکان بیع و مالک شدن مثنی با ثمن اباحه ای را دارد.
^{٩٠٥} صحت خرید غاصب منوط به اجازه مبیع (مشتري کالای غصبی) نیست و مباح له حق تصرف مالکانه (بیع) را با اباحه به دست آورده است.
^{٩٠٦} . يظهر ذلك ممّا قالاه فی حاشيتهما على القواعد، على ما حكاها عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٢.

^{٩٠٧} تصرف مالکانه جایز است - در حالی که صرفاً اباحه تصرف دارد -.
^{٩٠٨} این علم سبب می شود که قصد بیع رخ ندهد و تسلیط اباحه ای محقق شود. (نقد: شاید تسلیط تملیکی مجانی مراد قائلین باشد و عبارت «فتامل» در ادامه ممکن است به همین نکته اشاره داشته باشد).
^{٩٠٩} . راجع المختلف ٥: ٢٥٩.

التصرفات المتوقّفة على الملك، فتأمل.^{٩١٠} و سيأتي توضيحه في مسألة الفضولي إن شاء الله تعالى.

[الاشكال الثاني في صحة الاباحه بازاء العوض]

و^{٩١١} أما الكلام في صحة الإباحة بالعوض سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك أم خصّصنا الإباحة بغيرها فمحصله: أنّ هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة ماليّة ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلّا أنّ المباح له يستحقّ التصرف؛ فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً،^{٩١٢} مع التأمّل في صدق التجارة عليها^{٩١٣}، فضلاً عن

^{٩١٠} با این احتمال که در هر دو مساله مراد تسليط تملیکی مجاني غير معاوضی باشد، مخالفت ایشان با ما در مساله ثابت نیست.

^{٩١١} دو مساله : ١) صحت اباحه به عوض. (در انتهای این مساله به بحث صحت اباحه به اباحه نیز اشاره می شود). ٢) لزوم اباحه به عوض.

^{٩١٢} نقد : از عقود معهود نزد عرف است، مثل استفاده از حمام یا عوارض راه. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی.

^{٩١٣} نقد : مصداق تجارت است و شرط صدق تجارت تملک و تحصیل عین یا مال نیست. (ر.ک. حاشیه مرحوم اصفهانی و مرحوم ایروانی). اضافه بر این که عدم شمولیت دلیل «تجاره عن تراض» مانع از تمسک به سایر ادله صحت عقود -مثل اوفوا بالعقود- نیست. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی.

البيع^{٩١٤}،^{٩١٥} إلّا^{٩١٦} أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبة له لغة؛ لأنه في معنى التسالم على أمرٍ بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ «الصلح»، كما^{٩١٧} يستفاد من بعض الأخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين: «لك ما عندك و لي ما عندي»^{٩١٨}،^{٩١٩} و نحوه ما ورد في مصالحة

^{٩١٤} بیان شد که از عقود معهود نیست و بیع، تملیک عین به مال است و به دلیل وضع یا انصراف، عین و مال شامل اباحه نمی شود.

^{٩١٥} شبهه صحت این معامله: از معاوضات معهود شرعی و عرفی نیست و لذا ادله خاص صحت هر کدام شامل آن نمی شود و مصداقیت آن برای تجاره عن تراض نیز مشکوک است و لذا دلیل عام بر امضاء آن توسط شارع یافت نمی شود و اصل فساد در معاملات مرجع در این بحث خواهد بود.

^{٩١٦} جواب اول: تسالم لغوی محقق است و لذا مصداق صلح است. اطلاقات صحت صلح آن را در بر می گیرد. (نقد: قصد تسالم، شرط صلح است. ر.ک. مرحوم سید، ج ١، ص ٨١ و مرحوم خویی، ج ٢، ص ١٩٠).

^{٩١٧} شواهد بر تحقق مصالحه بدون استفاده از لفظ صلح.

^{٩١٨}. الوسائل ١٣: ١٦٦، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث الأوّل

^{٩١٩} احتمال دارد مصداق ابراء یا هبه معوضه باشد. ر.ک. مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٨٢.

الزوجين ٩٢٠، ٩٢١ و ٩٢٢ لو كانت معاملةً مستقلةً كفي فيها عموم «الناس مسلطون على أموالهم» ٩٢٣، ٩٢٤، و «المؤمنون عند شروطهم» ٩٢٥، ٩٢٦.

٩٢٠. انظر الوسائل ١٥: ٩١٩٠، الباب ١١ من أبواب القسم و النشوز.

٩٢١ به نظر می رسد مراد از «صلح» در این اخبار، معنای لغوی است -نه اصطلاح خاص باب معاملات-.

٩٢٢ جواب دوم: معاوضه مستقل است و عمومات صحت عقود شامل آن می شود.

٩٢٣ اگر اطلاقی نسبت به انواع سلطنت داشته باشد و محل بحث از انواع سلطنت تلقی شود.

٩٢٤. عوالی اللآلی ١: ٢٢٢، الحدیث ٩٩.

٩٢٥ اگر شامل شرط ابتدایی شود. ر.ک. کلام مرحوم خوبی، ج ٢، ص ١٩٠. (دیگر ادله صحت عقود

مثل «اوفوا بالعقود» نیز باید مدنظر قرار گیرد.

٩٢٦. الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحدیث ٤.

و علی تقدیر الصحّة، ففی لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛^{۹۲۷} أو من طرف المباح له؛^{۹۲۸} حیث إنّهُ یخرج ماله عن ملكه، دون المبیح؛ حیث إنّ ماله باقٍ علی ملكه، فهو مسلطٌ علیه،^{۹۲۹} أو جوازها مطلقاً،^{۹۳۰} وجوه، أقواها أولها،^{۹۳۱} ثمّ أوسطها.

۹۲۷. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۸۶

۹۲۸ احتمال عکس آن و لزوم از طرف مبیح و جواز از طرف مباح له از حیث فقهی محتمل نیست.

۹۲۹ نسبت به مباح له «المؤمنون عند شروطهم» لزوم را افاده می کند و نسبت به مبیح «الناس مسلطون...» (ملك اوست و سلطه بر رجوع برای او وجود دارد) جاری و مقدم بر «المؤمنون عند شروطهم» است و لذا جواز ثابت می شود. (نقد مرحوم سید، ج ۱، ص ۸۱: طبق این بیان مالک سلطه انجام اباحه لازم را ندارد و سلطه او مقید می شود و نتیجه حاصل شده بر خلاف مفاد «الناس مسلطون...» است.

۹۳۰ به دلیل طرح کامل «المؤمنون عند شروطهم» و سایر ادله مفید اصل لزوم در عقود.

۹۳۱ دلیل تقدیم «المؤمنون عند شروطهم» بر «الناس مسلطون...» (۱) «الناس مسلطون...» در مواردی سلطه را ثابت می کند که خلاف سایر قواعد نباشد. (۲) «الناس مسلطون...» اصل جواز تصرف را ثابت نمی کند و جواز تصرف موضوع آن است و با دلیل «المؤمنون عند شروطهم» این جواز نفی می شود. (۳) «الناس مسلطون...» چنین افاده می کند که مالک سلطه بر اجرای اباحه لازم را دارد (نقد: سلطه بر نفی سلطه از مفاد این دلیل استفاده نمی شود). (۴) «المؤمنون عند شروطهم» حاکم و ناظر بر «الناس مسلطون...» است. (۵) «الناس مسلطون...» شامل مالی که مورد معامله و عقد اباحه ای قرار گرفته است، نمی شود.

[حکم الاباحه بازاء الاباحه]

و ۹۳۲ اما حکم الاباحه بالاباحه، فالاشکال فيه أيضاً يظهر ممّا ذکرنا فی سابقه، ۹۳۳ و الأقوی فیها أيضاً الصحه و اللزوم؛ للعموم، ۹۳۴ أو الجواز من الطرفين؛ ۹۳۵ لأصالة التسلّط.

[تنبيه پنجم]

[الأمر] الخامس فی حکم جریان المعاطاة فی غیر البیع من العقود و عدمه ۹۳۶

اعلم ۹۳۷ أنّه ذکر المحقّق الثانی رحمه الله فی جامع المقاصد علی ما حکى عنه ۹۳۸: - أنّ فی کلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فی الإجاره، ۹۳۹ و کذا فی الهبة؛ و ذلك لأنّه إذا

۹۳۲ حکم صحت و لزوم قسم چهارم یعنی اباحه در مقابل اباحه.

۹۳۳ شبهه خروج از معاهدات معهوده و عدم صدق تجاره عن تراض با همان جوابهایی که گذشت.

۹۳۴ «المؤمنون عند شروطهم» که مقدم بر «الناس مسلطون...» است.

۹۳۵ تفصیل بین مبیح و مباح له در این فرض قابل طرح نیست، چرا که هر دو طرف مبیح و مباح له هستند.

۹۳۶ سیر بحث: معاطات در اجاره در کلام محقق کرکی. معاطات در هبه در کلام محقق کرکی. معاطات

در رهن و معاطات در وقف. (بررسی برخی موارد که به نظر خصوصیت خاص دارند در کلمات مرحوم

نائینی و مرحوم خویی در این مقام مطرح شده است).

۹۳۷ مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۸۳: معاطات با فعل در برخی معاملات قابل تصور نیست، چرا که فعل

توانایی افاده مقصود از آنها را ندارد، مثل نذر یا وقف.

۹۳۸ بررسی کلام محقق کرکی جهت یافتن اقوال و ادله.

۹۳۹ استفاده از روش کشف قول از لوازم فتوا.

أمره بعملٍ على عوضٍ معيّنٍ فعمله استحقّ الأجره،^{٩٤٠} و لو كانت هذه إجارةً فاسده لم يجر له العمل، و لم يستحقّ أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك،^{٩٤١} و كذا لو وهب بغير عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو كانت هبةً فاسده لم يجر، بل منع من مطلق التصرف^{٩٤٢}، و هي ملحظ^{٩٤٣} وجيه،^{٩٤٤} انتهى.

^{٩٤٠} اگر زید عمرو را امر به عمل کرد در قبال عوض معین (لفظ که شرایط صیغه را ندارد) و عمرو آن فعل را انجام داد، مستحقّ اجرت می باشد. ذهنیت مرحوم کرکی این است که به نظر این علماء با امر به عمل، اجاره صحیح معاطاتی رخ داده است و لذا عمل جایز شده و استحقاق اجرت وجود دارد. اجاره صحیح علت منحصره برای جواز عمل و استحقاق اجرت دانسته شده است؛ لذا استدلال می شود که اگر اجاره صحیح محقق نبود و اجاره فاسد بود (نفی علت منحصره)، جواز عمل و استحقاق اجرت منتفی بود (نفی معلول).

^{٩٤١} مراد (١): جواز عمل با امر به عمل. (٢) جواز اجاره معاطاتی با امر به عمل.

^{٩٤٢} صحت هبه معاطاتی که مفید ملک است، علت منحصره برای جواز اتلاف و تصرف است. ثبوت معلول (جواز اتلاف) نزد علماء کاشف از این نکته است که ایشان وجود علت منحصره (صحت هبه معاطاتی مفید ملک) را پذیرفته اند.

^{٩٤٣} نظر - دیدگاه.

^{٩٤٤}. جامع المقاصد ٤: ٥٩.

و فيه: ٩٤٥ أن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني: الحكم بملك
المأمور الأجر المعين على الأمر، و ملك الأمر العمل المعين على المأمور به، و لم نجد من
صرح به في المعاطاة.

٩٤٥ مراد از اشکال اول: ١) امر به عمل با اجاره معاطاتی سازگار است، اما با جعله نیز سازگار است.
فرق جعله و اجاره - با توجه به این که محقق کرکی معاطات را مفید ملک می داند - در این است که
در هنگام عقد، اجیر مالک اجرت و مستاجر مالک منفعت اجیر می شود. در حالی که در جعله استحقاق
بعد از عمل محقق می شود. در کلمات علماء تصریح به این معنا که ملکیت در هنگام عقد محقق می
شود، یافت نشد و لذا کلام ایشان با جعله نیز سازگار است و نمی توان قول به صحت اجاره معاطاتی را
از کلام ایشان استفاده کرد. این فتوا اعم از قول به اجاره معاطاتی است و بین لازم مساوی و لازم اعم
خلط شده است. ٢) مقصود محقق کرکی اثبات معاطاتی است که مفید ملک است - چرا که ایشان
معاطات را مفید ملک می داند -، لکن کلام علماء با اباحه تصرف نیز سازگار است و تصریحی در افاده
ملک در کلامشان یافت نشد. [نقد مرحوم سید، ج ١، ص ٨١: «لا وقع لهذا الإشكال إذ للمحقق الثاني الالتزام
بذلك و عدم وجدان المصرح به مضافا إلى عدم دلالة على عدم الوجود غير مضر خصوصا مع أن في البيع أيضا
كذلك لعدم وجدان من صرح بالملك الجائر قبل المحقق الثاني فتدبر». نقد مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٨٦: «فی
البيع أيضا لم یصرحوا بالملك بل المحقق الثاني حمل حکمهم بالإباحة على الملك المتزلزل و مع ذلك فما معنى
توقع التصريح منهم بالملك في الإجارة و ليس مقصود المحقق الثاني في هذه العبارة إلّا استظهار تعميم المعاطاة
من عبارتهم و أمّا أنّ المعاطاة مفيدة عندهم للملك فتلك دعوى أخرى إن تمت أو لم تتم لم تضر بهذه الدعوى»].

و أمّا قوله: «لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل» فموضع نظر؛ لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل، سيّما إذا لم يكن العمل تصرفاً في عينٍ من أموال المستأجر.^{۹۴۶}

و قوله: «لم يستحقّ اجرة مع علمه بالفساد»، ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت اجرة المثل؛ لأنّه لم يقصد التبرّع و إنّما قصد عوضاً لم يسلم له.^{۹۴۷}

^{۹۴۶} اشكال دوم: صحت اجاره معاطاتی علت منحصره جواز عمل نیست (بطلان مقدمه استدلال محقق کرکی)؛ چرا که عمل در فرض تصرف در مال آمر با امر آمر یا علم به رضایت او جایز شده است. اگر عمل مستلزم تصرف در مال آمر نباشد -مثل جارو کردن مسجد- روشن است که جواز آن منوط به صحت اجاره نیست.

^{۹۴۷} اشكال سوم: صحت اجاره معاطاتی علت منحصره استحقاق اجرت نیست (بطلان مقدمه استدلال محقق کرکی)؛ چرا که عملی که به قصد تبرع انجام نشود و با فرمان غیر رخ دهد، عمل محترمی است و موجب استحقاق اجرت المثل. (اگر مراد علماء استحقاق اجرت المسمی باشد، اشكال مرحوم شیخ وارد نیست. اگر مراد علماء اجرت المثل باشد و فرض عدم علم به فساد مراد باشد، اشكال شیخ وارد است. اما در فرض علم به فساد گفته شده است که عمل محترم نیست و اشكال شیخ وارد نیست و حکم به ثبوت اجرت در این فرض کاشف از صحت معامله است. ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ۱، ص ۸۱.

و أما مسألة الهبة،^{٩٤٨} فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها، إلّا^{٩٤٩} إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة؛ فإنّ جماعة كالشيخ^{٩٥٠} و الحلّي^{٩٥١} و العلّامة^{٩٥٢} صرّحوا بأنّ إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك،^{٩٥٣} لكنّ المحقّق الثاني رحمه الله ممّن لا يرى كون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجرّدة^{٩٥٤}.

^{٩٤٨} اصل صحت هبه معاطاتی علت منحصره برای جواز اتلاف و تصرف است، لكن این حکم با افاده اباحه و افاده ملکیت سازگار است و تصریح برخی و ظاهر برخی چنین افاده می کند که هبه معاطاتی را مفید اباحه تصرف می دانسته اند - نه مفید ملک که مقصود محقق کرکی است. - پس برداشت محقق کرکی از کلام علماء صحیح نیست.

^{٩٤٩} با توجه به این که آنها افاده ملکیت را قائل نیستند، پس تنها راه قائل شدن به صحت و افاده اباحه است.

^{٩٥٠} . المبسوط ٣: ٣١٥.

^{٩٥١} . السرائر ٣: ١٧٧.

^{٩٥٢} . القواعد ١: ٢٧٤.

^{٩٥٣} اگر به نظر محقق کرکی تعبیر اباحه در بیع قابل حمل بر ملک جایز باشد، این تعبیر در هبه چنین حملی را نمی پذیرد، چرا که هبه با صیغه فی نفسه مفید ملک جایز است و تعبیر اباحه برای هبه معاطاتی - به جای تعبیر به ملک جایز - چنین افاده می کند که علماء در هبه معاطاتی قائل به ملک نبوده اند.

^{٩٥٤} . جامع المقاصد ٤: ٥٨.

و^{۹۵۵} توقّف الملك في الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متّفقاً عليه كما يظهر من المسالك^{۹۵۶}.

و ممّا ذكرنا يظهر المنع في قوله: «بل مطلق التصرف».

هذا، و لكنّ الأظهر^{۹۵۷} -بناءً على جريان المعاطاء في البيع - جريانها في غيره من الإجارة و الهبة؛ لكون الفعل مفيداً للتملك فيهما.^{۹۵۸}

^{۹۵۵} قرينه برای این که مراد علامه افاده اباحه است -نه ملکیت-.

^{۹۵۶} . المسالك ۶: ۱۰.

^{۹۵۷} وجه قویتر به نظر مرحوم شیخ.

^{۹۵۸} پذیرش مفید ملک بودن فعل در بیع مستلزم پذیرش مفید ملک بودن فعل در اجاره و هبه نیز می باشد، چرا که یا به طریق اولویت این حکم حاصل است یا پذیرش تملیک با فعل به دلیل قبول عموماً و اطلاقات است و این ادله شامل اجاره معاطاتی و هبه معاطاتی نیز می شود.

و ظاهر المحكى عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع و غيره؛^{٩٥٩} حيث قال في باب الرهن: إنَّ الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطة و الاستيجاب و الإيجاب عليه^{٩٦٠} المذكورة^{٩٦١} في البيع آتٍ هنا^{٩٦٢}، انتهى.

^{٩٥٩} کسانی که بیع معاطاتی را پذیرفته اند، در دیگر معاملات نیز معاطات را پذیرفته اند و کسانی که در بیع نپذیرفته اند، در دیگر معاملات نیز آن را انکار کرده اند. پس نظر علامه با نظر ما سازگاری دارد.

^{٩٦٠} ضمائر به «رهن» رجوع می کنند.

^{٩٦١} صفت برای «الخلاف» است.

^{٩٦٢}. التذكرة ٢: ١٢.

لكن استشكله في محكيّ جامع المقاصد: بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع،
بخلاف ما هنا^{٩٦٣}. ٩٦٤

و لعلّ وجه الإشكال: ^{٩٦٥} عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها
في البيع؛ لأنّها هناك إمّا مفيدة للإباحة أو الملكيّة الجائزة على الخلاف و الأوّل غير متصوّر

^{٩٦٣} مراد از اشكال محقق کرکی : (١) ناظر به نقل اقوال : حکم معاطات در بیع اجماعی است ولی در
رهن اجماعی نیست. این احتمال با ادامه کلام مرحوم شیخ سازگاری ندارد و مرحوم شیخ چنین اشکالی
را از عبارت محقق کرکی استظهار نکرده است. (وجه اشکال در ادامه از این باب است که چرا در رهن
اجماع شکل نگرفته اند). (٢) ناظر به ادله : صحت معاطات در بیع با اجماع اثبات می شود و این دلیل در
رهن وجود ندارد. بنابراین صحت رهن معاطاتی محل اشکال است. (وجه اشکال در ادامه از این باب
است که اگر اطلاقات و عموماً برای صحت معاطات قابل تمسک نبود و اصل فساد جاری باشد،
کلام محقق کرکی صحیح بود، لکن این ادعاها از محقق کرکی بعید است و لذا نکته دیگری برای
عدم جریان معاطات در رهن باید مدنظر باشد). ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٨٣.
^{٩٦٤} . جامع المقاصد ٥: ٤٥.

^{٩٦٥} تالی فاسد برای صحت معاطات در رهن : معاطات فعلی در رهن مفید چه چیزی است؟ در بیع
معاطاتی، اباحه جایز، ملکیت جایز و ملکیت لازم قابل تصور بود. این احتمالات در رهن معاطاتی قابل
التزام نیست، چرا که اگر مفید اباحه تصرف باشد، خلاف مقتضای رهن است. اگر مفید رهن جایز باشد،
با وثوق که قوام رهن است، منافات دارد، مخصوصاً که امکان تصرف ملزم در رهن متصور نیست.
(وثوق از ناحیه شخصی که کالا نزد او به رهن گذاشته شده است به این است که طرف مقابل نتواند
آن را پس بگیرد). اگر مفید رهن لازم باشد، با اجماع بر توقّف لزوم بر لفظ منافات دارد. (این اشکال

هنا، و أمّا 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. و إن جعلناها مفيدة للزوم، كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمة على اللفظ، و كأنّ هذا هو الذي دعا المحقّق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة و الهبة و القرض^{٩٦٦}، و الاستشكال في الرهن.

در هر معامله ای که اباحه تصرف و جواز در آن متصور نباشد یا شرعاً صحیح نباشد، جاری است. تامل شود کدام معاملات این خصوصیت را دارا هستند.

^{٩٦٦}. تقدّم منه قدس سرّه ما یرتبط بالأوّلین فی الصفحة ٩١ (چاپ کنگره)، و أمّا بالنسبة إلى القرض فلیراجع جامع المقاصد ٥: ٢٠.

نعم،^{۹۶۷} من 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 و لذا^{۹۶۸} جوز بعضهم^{۹۶۹} الإيجاب بلفظ الأمر كـ «خذه»، و الجملة الخبرية، أمكن أن يقول بإفاداة المعاطاة في الرهن اللزوم؛ لإطلاق بعض أدلة الرهن^{۹۷۰}، و لم يرق هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاضات.

^{۹۶۷} چه راه حلهايي با تصحيح رهن معاطاتي قابل تصور است؟ ۱) مخالفت با اجماع - با انكار حجيت آن يا با انكار تحقق صغروي آن - و تمسك به اطلاق ادله رهن يا عمومات عقود، با توجه به اين كه اجماع حجت بر خصوص عدم لزوم رهن معاطاتي يا بطلان آن اقامه نشده - چه صغويا اجماعى رخ نداده باشد و چه اجماع فاقد حجيت باشد - تا مخصص عمومات باشد. بنا بر اين صحت و لزوم رهن معاطاتي نتيجه مى شود. ۲) حمل اجماع توقف عقود لازم بر لفظ، بر عقودى كه از دو طرف لازم باشد - نه مثل رهن كه از يك طرف لازم است -. بنا بر اين قول به لزوم رهن معاطاتي مخالف اجماع يا مشهور نيست.

^{۹۶۸} به اين دليل كه اجماع شامل رهن نمى شود و لزوم در رهن متوقف بر لفظ نيست ...

^{۹۶۹} . كالشهيّد قدّس سرّه فى كتاب الرهن من الدروس ۳: ۲۸۳.

^{۹۷۰} . مثل قوله تعالى «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» البقرة: ۲۸۳، و مثل ما ورد فى الوسئل ۱۳: ۱۲۱، كتاب

الرهن.

ولأجل ما ذكرنا في الرهن^{٩٧١} يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض؛ لأنّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللفظ، و الجواز غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمل.^{٩٧٢}

نعم، احتمال الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد^{٩٧٣} من الذكرى^{٩٧٤} تبعاً للشيخ رحمه الله^{٩٧٥}.

^{٩٧١} وقف معاطاتی مفید اباحه تصرف برای موقوف علیهم و بقاء ملکیت واقف با مقتضای وقف منافات دارد. وقف جایز نیست در شرع معروف نیست و در شریعت نمونه ای ندارد و لذا اطمینان به مردودیت آن در شرع داریم و وقف لازم نیز خلاف شهرت یا اجماع است.

^{٩٧٢} ١. عدم معروفیت برای ابطال وقف معاطاتی کافی نیست و اطمینان به مردودیت در شرع را به همراه ندارد. بلکه با توجه با جمع بین عمومات وقف و اجماع، می توان گفت حجت بر وقف جایز اقامه شده است. ٢. برخی گفته اند اساس وقف جایز است و با قبض لازم می شود. در مقام می توان ادعا کرد وقف معاطاتی جایز است و قبض از ملزمات آن است. ٣. وقف جایز در شریعت معهود است و آن وقفی است که در آن جواز شرط شده باشد. (نقد: جواز ذاتی برای وقف معروف نیست). ٤. سیره مشرعه بر وقف معاطاتی لازم اقامه شده است. (ر.ک. حاشیه مرحوم سید و حاشیه مرحوم شهیدی).

^{٩٧٣} ساختن مسجد و در اختیار مصلین گذاشتن کافی است و نیازی به صیغه وقف ندارد.

^{٩٧٤}. الذکرى: ١٥٨.

^{٩٧٥}. المبسوط ١: ١٦٢.

ثم إنَّ الملزم للمعاطاة فيما تجرى فيه من العقود الآخر هو الملزم في باب البيع، كما سننبه به بعد هذا الأمر.

[تنبيه ششم]

[ملزمات المعاطات]

الأمر السادس في ملزمات المعاطاة على كلِّ من القول بالملك و القول بالإباحة^{٩٧٦}

^{٩٧٦} در مواردی که اصل تحقق معاطات با جواز همراه است، چه حادثه و اتفاقی موجب لزوم آن می شود؟

[تاسیس الاصل فی المعاطاة من حیث اللزوم و الجواز]

اعلم: أنّ الأصل على القول بالملك للزوم؛^{۹۷۷} لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة^{۹۷۸، ۹۷۹} و أما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعدة تسلط الناس على

^{۹۷۷} مراد از اصل، قاعده یا اصل عملی است که در فرض شک جواز و لزوم به آن رجوع می شود. این قاعده یا اصل می تواند از همان حین تحقق معاطات جاری باشد، هر چند دلیلی خاصی -مثل اجماع- اقامه شده و مانع رجوع به آن شده است. بنابراین اگر در حین تحقق معاطات یا در ادامه دلیل خاص بر خلاف اصل اقامه نشود، به اصل رجوع می شود. (نقد مرحوم سید در حاشیه، ج ۱، ص ۸۱: با فرض تحقق و تولد معاطات به نحو جواز، امکان تمسک به عمومات [عموم ازماتی عمومات] لزوم برای زمانهای بعد وجود ندارد، مگر استصحاب ملکیت که).

^{۹۷۸}. المتقدمة فی الصفحة ۵۱ ۵۶ (چاپ کنگره)

^{۹۷۹} بنابراین جواز نیازمند دلیل است و اگر دلیل جواز، لئی -مثل اجماع- باشد، به قدرمتیقن آن اکتفاء شده و خارج از محدوده آن به لزوم حکم می شود.

أموالهم،^{۹۸۰} و أصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة^{۹۸۱}،^{۹۸۲} و^{۹۸۳} هي حاکمة علی أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

^{۹۸۰} مختص فرض مفید اباحه که ملکیت منتقل نشده است، با این بیان که مطلق سلطه شامل حق رجوع می شود. اشکال: در ذیل تنبیه چهارم بیان شد که «المومنون عند شروطهم» دلالت بر لزوم دارد و مقدم بر «الناس مسلطون...» است. جواب: باید در عناوین دلیل و تحقق مصداق آن در مقام دقت شود. «المومنون عند شروطهم» در مواردی که اباحه مالکی باشد - مثل فروض تنبیه چهارم - جاری است. اما در مقام که اباحه شرعی و بر خلاف قصد متعاقدين است، «شروطهم» صدق نمی کند و دلیل شامل مقام نمی شود. ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم ایروانی.

^{۹۸۱} مستصحب چیست؟ (۱) سلطنت مالک بر رفع اباحه یا مطلقاً قبل از معاطات (استصحاب حکم وضعی) : حق رجوع نسبت به اباحه معاملی قبل از معاطات از مصادیق سلطنت نبود و بعد از معاطات از مصادیق آن می شود. (استصحاب کلی قسم سوم خواهد شد). (۲) سلطنت مالک بر رفع اباحه یا مطلقاً قبل از حادثه ای که ملزم بودن آن محل بحث است: جواز از همان ابتداء معاطات را افاده نمی کند و جواز ابتدایی را با دلیل دیگری مثل اجماع باید ثابت کرد. (۳) استصحاب جواز تصرف مالک (استصحاب حکم تکلیفی): همان بیانها و شقوق دو قسم قبل ذیل این استصحاب قابل طرح است.

^{۹۸۲} با فرض وجود قاعده «الناس مسلطون...» و جریان آن، نیازی به استصحاب سلطنت وجود ندارد، بلکه با وجود اماره نوبت به اصل عملی نخواهد رسید. البته استصحاب ملکیت بعد از حادثه می تواند موضوع ساز برای قاعده «الناس مسلطون...» باشد و ملزم بودن آن حادثه را نفی کند.

^{۹۸۳} اشکال: جریان استصحاب منوط به انکار اصل مقدم یا معارض است. در مقام استصحاب بقاء اباحه قبل رجوع مالک جریان دارد. جواب (۱) لو سلم جریانها: در بررسی استصحابها، نوع استصحاب را باید

إذا عرفت هذا فاعلم: أن تلف العوضين^{٩٨٤} ملزم إجماعاً على الظاهر المصرح به في بعض العبائر^{٩٨٥} أما على القول بالإباحة فواضح؛ لأنّ تلفه من مال مالكة و لم يحصل ما يوجب

تعيين كرد. استصحاب ادعا شده از نوع شك در مقتضى است که به نظر مرحوم شيخ فاقد حجيت است. تردید در بقاء اباحه بعد از رجوع ناشی از تردید در مقتضى بقاء آن است. (نقد: تردید ناشی از شك در مانعیت رجوع است و لذا مصداق شك در مانع است. ر.ک. حاشیه مرحوم ابروانی و مرحوم شهیدی). (٢) در تعارض اصول، اصل سببی بر مسببی مقدم است و در مقام استصحاب سلطنت مقدم و حاکم بر استصحاب بقاء اباحه است؛ چرا که شك در بقاء اباحه ناشی از شك در سلطنت مالک در رجوع است. ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ١، ص ٨٢.

^{٩٨٤} اگر تلف مُملک نباشد.

^{٩٨٥}. صرح بعدم الخلاف: المحدث البحرانی فی الحدائق ١٨: ٣٦٢، و الشيخ الكبير كاشف الغطاء فی شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة: ٥٠، و السيد المجاهد فی المناهل: ٢٦٩، و السيد العاملي فی مفتاح

الكرامة ٤: ١٥٧

ضمان کلّ منهما مال صاحبه،^{۹۸۶} و توهمّ جریان قاعده الضمان بالید هنا مندفع بما
سیجی^{۹۸۷}.

و أما على القول بالملك، فلما عرفت^{۹۸۸} من أصالة اللزوم، و المتیقّن من مخالفتها جواز
ترادّ العینین^{۹۸۹}، و حیث ارتفع مورد الترادّ امتنع،^{۹۹۰} و لم یثبت قبل التلف جواز المعامله
على نحو جواز البیع الخیاری حتی یتصحّب بعد التلف؛ لأنّ ذلك الجواز من عوارض

^{۹۸۶} نقد: حق رجوع دلیل ضمان است. رجوع، ردّ معامله است و اگر صحیح باشد، لازمه اش این است
که مثل یا قیمت بر ذمه طرف مقابل است. اضافه بر این که اصل در مفید اباحه، جواز است و لذا حق
رجوع وجود دارد.

^{۹۸۷}. یجیء فی الصفحه ۹۸ (چاپ کنگره) عند قوله: و التمسک بعموم علی البید هنا فی غیر محلّه.

^{۹۸۸}. فی الصفحه ۵۱.

^{۹۸۹} موضوع جواز رجوع، ردّ هر دو عین است.

^{۹۹۰} توضیح بیان ذکر شده: جواز در بیع خیاری به عقد تعلق گرفته است و در هبه به رد عین و در
معاطات یا دلیل داریم که به رد هر دو عین تعلق گرفته است یا شک داریم که به عقد تعلق گرفته یا رد
یک عین یا ردّ هر دو عین. در هر دو صورت حجت بر بقاء جواز باقی نیست. (ر.ک. حاشیه مرحوم
ایروانی، ج ۱، ص ۸۷).

العقد لا العوضين، فلا مانع من بقاءه،^{۹۹۱} بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنَّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبه، فلا يبقى بعد التلف متعلِّق الجواز،^{۹۹۲} بل الجواز هنا يتعلَّق بموضوع التراد، لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة.

^{۹۹۱} اگر جواز به عقد تعلق گرفته باشد -چه عین باقی باشد و چه عین باقی نباشد-، در فرض شک در بقاء جواز، استصحاب جواز باقی است چون موضوع جواز (عقد) باقی است. این استصحاب دارای شرط بقاء موضوع است.

^{۹۹۲} موضوع جواز باقی نیست و در نتیجه استصحاب فاقد شرط بقاء موضوع است و جاری نیست و مرجع اصل لزوم خواهد بود.

هذا، مع أنّ الشكّ في أنّ متعلّق الجواز هل هو أصل المعامله أو الرجوع في العين، أو ترادّ العينين؟ يمنع من استصحابه؛ فإنّ المتيقّن تعلّقه بالترادّ؛^{٩٩٣} إذ لا دليل في مقابله أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز ترادّ العينين الذي لا يتحقّق إلّا مع بقائهما.^{٩٩٤}

[الملزم الثاني: تلف أحد العوضين أو بعضه]

و منه^{٩٩٥} يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك.

^{٩٩٣} اگر مراد استصحاب جواز جزئی باشد، اشکال این است که ارکان استصحاب تام نیست، چرا که یقین سابق فقط نسبت به فرد جواز جزئی ترادّ عینین تعلّق گرفته است و این فرد فاقد شکّ لاحق است. افراد دیگر نیز یقین سابق را ندارند. (در جریان ارکان استصحاب در محل بحث باید دقت داشت). اما اگر مراد استصحاب کلی جواز باشد، ظاهراً مدنظر مرحوم شیخ قرار نگرفته است و این بحث مطرح می شود که اولاً حق ترادّ عینین و حقّ فسخ عقد، قدرمشترک دارند تا بتوانند مستصحب واقع شود و ثانیاً این اگر قدرمشترک دارند، استصحاب آن از قسم استصحاب کلی نوع دوم است یا سوم. تردید وجود دارد که فرد محقق شده در گذشته طویل العمر است (جواز تعلق گرفته به عقد) یا قصیر العمر (جواز تعلق گرفته به ترادّ عینین)، یا علم به فقدان فرد سابق وجود دارد (جواز تعلق گرفته به ترادّ عینین) و شک در وجود فرد دیگری است که مشکوک الحدوث از همان زمان عقد است (جواز تعلق گرفته به عقد).

^{٩٩٤} این کلام خلاف فرض ذکر شده است که تعلق جواز به عقد یا ترادّ عینین مشکوک است؟

^{٩٩٥} دلیل ذکر شده ذیل مساله سابق. (نقد مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۸۲: سلطنت نسبت به عین موجود یا حداقل بعض اعیان موجوده باقی است).

و أما على القول بالإباحه، فقد استوجه بعض مشايخنا^{٩٩٦} وفاقاً لبعض معاصريه^{٩٩٧}، تبعاً للمسالک^{٩٩٨} أصالة عدم اللزوم؛^{٩٩٩} [١] لأصالة بقاء سلطنة مالک العين الموجودة،^{١٠٠٠} و ملکه لها^{١٠٠١}.^{١٠٠٢}

^{٩٩٦}. و هو السيّد المجاهد في المناهل: ٢٦٩.

^{٩٩٧}. و هو الفاضل النراقي في المستند ٢: ٣٦٣.

^{٩٩٨}. المسالک ٣: ١٤٩.

^{٩٩٩} نسبت به عين موجود، حق رجوع به اصل و نسبت به عين تلف شده، حق اخذ بدل وجود دارد.

^{١٠٠٠} بقاء جواز و امکان رجوع و رد آن با این که مال طرف مقابل تلف شده است.

^{١٠٠١} استصحاب ملکیت، پس به ملک طرف مقابل در نیامده است و موضوع برای قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» محقق می شود و لذا به دلیل تقدم اصل سببی بر مسببی، این استصحاب بر استصحاب سلطنت تقدم دارد.

^{١٠٠٢} استصحاب حق رجوع برای مالک عین موجوده، چگونه حق رجوع برای مالک عین تلف شده را ثابت می کند؟ اثبات حق رجوع برای مالک عین موجوده با استصحاب های ذکر شده، به ضمیمه استحاله جمع عوض و معوض، مجموعاً این لازمه شرعی را دارند که مالک عین تلف شده نیز حق رجوع و اخذ مثل یا قیمت عین تلف شده را دارد. (نقد: ١. عوض و معوض اباحه شرعی تصرف در دو عین بوده است که بعد رجوع نزد مالک عین موجوده جمع نمی شوند، چرا که عین تلف شده، وجود خارجی ندارد تا اباحه تصرف آن باقی باشد. تلف عین -مخصوصاً اگر تلف سماوی باشد- از جیب مالک است و حق رجوع به مثل یا قیمت و ضامن بودن طرف مقابل نیازمند دلیل است. ٢. استصحاب

و فيه: ۱۰۰۳ آنها معارضه بأصالة براءة ذمته ۱۰۰۴ عن مثل التالف أو قيمته. ۱۰۰۵

۱۰۰۶ التمسك بعموم «على اليد» هنا ۱۰۰۷ في غير محلّه، بعد القلع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، ۱۰۰۸ بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء

به ضمیمه قاعده شرعی دیگری - مثل استحاله جمع عوض و معوض - توانایی اثبات ملازمات شرعی را دارد؟

۱۰۰۳ در تمسک به اصل عملی، ابتدا باید تمام اصول قابل جریان در مساله را استقصاء کرد و تعارض احتمالی بین آنها را مورد بررسی قرار داد.

۱۰۰۴ می تواند استصحاب براءت ذمه یا اصل براءت و جوب دفع مثل یا قیمت مراد باشد. رابطه هر کدام از این دو اصل با استصحاب بقاء سلطنت یا ملکیت باید مدنظر قرار گیرد.

۱۰۰۵ بنابراین مالک عین موجوده ضامن عین تلف شده نیست و با توجه به عدم امکان جمع عوض و معوض، سلطنت او بر عین موجوده نیز از بین رفته و معاطات لازم می شود و هیچ یک حق رجوع ندارند. در ادامه بیان می شود که اولاً اصل اولی بر این اصل حاکم است و ثانیاً اصل براءت ذمه جاری نیست، چرا که اشتغال ذمه قطعی و معلوم است. بهتر بود آن جوابها در متن مقدم می شد.

۱۰۰۶ ظاهراً در مقام بیان دلیل دوم برای اثبات جواز هستند. دلیل اول تمسک به اصل عملی بود و دلیل دوم تمسک به اماره. (تسلط بر قواعد فقهی و دقت در تطبیق آنها در محل بحث).

۱۰۰۷ قاعده «على اليد» ضامن بودن مالک عین موجوده نسبت به عین تلف شده و لزوم دفع مثل یا قیمت را ثابت می کند و به ضمیمه استحاله جمع عوض و معوض، حق رجوع او برای اخذ عین موجوده نیز ثابت می شود و در نتیجه معاطات با تلف عینین همچنان جایز است.

۱۰۰۸ اباحه شرعی بر تصرف ثابت بود و ادله ضمان شامل این شخص نبود.

المعاطاة و لم يرد الرجوع، إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.^{۱۰۰۹}

^{۱۰۰۹} مستدلّ قبول دارد که قبل تلف و بعد تلف در فرض عدم اراده رجوع، مالک عین موجوده ضامن عین تلف شده نیست. محل بحث صرفاً بعد تلف و در فرض اراده رجوع مالک عین تلف شده است. نتیجه آن که مستدلّ قبول دارد که صرف «ید» علت برای تحقق ضمان نمی باشد و تلف و اراده رجوع نیز در تحقق ضمان نقش دارند. ظاهر دلیل «علی الید»، علت تامه بودن «ید» است و در نتیجه شامل مقام نمی شود. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی).

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطنة حاکمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة،^{١١٠} مع أن ضمان^{١١١} التالف ببدله معلوم،^{١١٢} إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة، أو البدل الجعلي، أعني العين الموجودة،^{١١٣} فلا أصل.

^{١١٠} شكّ در براءت ذمه نسبت به ضمان ناشی از شكّ در بقاء سلطنت است و رابطه دو اصل، سببی - مسببی است. (نقد: می توان عکس آن را نیز بیان شد و مدعی شد شكّ در بقاء سلطنت ناشی از شكّ در براءت ذمه نسبت به ضمان است. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی و مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ١٨٤).

^{١١١} . ورد فی «ف» بدل عبارة «و لكن يمكن أن يقال إلى مع أن ضمان» ما يلي: و لكن يمكن أن يمنع أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة؛ لأنّ ضمان ..

^{١١٢} به دلیل عدم جمع عوض و معوض، معامله یا جایز از هر دو طرف است یا لازم از هر دو طرف. اگر جایز باشد، ضامن به عوض واقعی است و اگر لازم باشد ضامن به عوض جعلی است. پس اشتغال ذمه معلوم است و شکی نسبت به براءت ذمه وجود ندارد تا اصلی اقامه شده و آن را نفی کند. در نتیجه اصل بقاء سلطنت بدون معارض باقی است. (نقد: ادله سابق در مقام اثبات بدل حقیقی یا بدل جعلی اقامه شده است و اصل براءت ذمه نسبت به مثل یا قیمت، مثبت بدل جعلی دانسته شده است).

^{١١٣} مرحوم سید: نسبت به بدل حقیقی استصحاب عدم ضمان و نسبت به بدل جعلی استصحاب ضمان جاری است.

هذا، ١٠١٤ مضافاً إلى ما قد يقال: ١٠١٥ من أن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه، و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقي، و هو المثل أو القيمة، فتدبرّ ١٠١٦.

١٠١٤ در مقام بیان دلیل بر جواز و ضمان مثل یا قیمت نسبت به کالای تلف شده.

١٠١٥ محدوده موضوع دلیل باید با دقت بررسی شود. «اموالهم» در دلیل «الناس مسلطون على اموالهم»، «مالیت مال» است -نه عین آن تا با تلف شدن موضوع منتفی شود- «مالیت مال» با تلف شدن آن از بین نمی رود. بنابراین مالک عین تلف شده به استناد این دلیل بر مثل یا قیمت کالای تلف شده سلطه دارد و حق مطالبه آن را داراست.

١٠١٦ «اموالهم» بر مال تلف شده صدق نمی کند و ادعای مطرح شده در مورد «اموالهم» صحیح نیست و در نتیجه دلیل شامل مقام نمی شود.

[الملزم الثالث: كون احد العوضين ديناً في الذمه]

و لو كان أحد العوضين ديناً في ذمه أحد المتعاطيين،^{١٠١٧} فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته، فيسقط عنه، و الظاهر أنه في حكم التلف؛ لأن الساقط لا يعود^{١٠١٨، ١٠١٩} و يحتمل العود، و هو ضعيف.^{١٠٢٠}

و الظاهر أن الحكم كذلك^{١٠٢١} على القول بالإباحة،^{١٠٢٢} فافهم.^{١٠٢٣}

^{١٠١٧} «دين» عوض در معامله باشد که با معامله ساقط شود.

^{١٠١٨} به دلیل استصحاب عدم اعاده اشتغال ذمه بعد رجوع طرف مقابل. (احتمال انتساب این گزاره به قاعده فلسفی امتناع اعاده معدوم یا امتناع تکرر وجود بعید است، چرا که این قاعده برای امور حقیقی است که وجود دوم عین وجود اول باشد).

^{١٠١٩} می توان گفت این مورد خارج از قدرمتیقن از جواز است و اصل حکم به لزوم می کند.

^{١٠٢٠} چرا که دلیل ندارد، بلکه بیان شد دلیل بر خلاف آن اقامه شده است. ر.ک. نقد مرحوم ایروانی،

ج ١، ص ٨٧

^{١٠٢١} حکم به لزوم یا در حکم تلف است؟ (تفاوت با تلف عین: در تلف عین مثل یا قیمت جای آن را می گیرد، اما در مورد «دين» ثمن، پرداخت قیمت همان «دين» است - نه این که قیمت آن باشد-).

^{١٠٢٢} حکم لزم است، چرا که اباحه تصرف در ذمه به معنای سقوط آن است و الساقط لا يعود.

^{١٠٢٣} اولاً اباحه تصرف نسبت به ذمه اصلاً قابل تصور نیست و این مساله قابل تحقق نیست (مرحوم ایروانی و مرحوم شهیدی). ثانياً اگر حکم تلف را دارد، مانند مساله دوم باید اصل جواز جاری شود (مرحوم سید یزدی).

[الملزم الرابع: نقل العوضين او احدهما بعقد لازم]

و لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم^{١٠٢٤}، فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع التراد،^{١٠٢٥} و كذا^{١٠٢٦} على القول بالإباحة^{١٠٢٧} إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة^{١٠٢٨}.

^{١٠٢٤} مراد لزوم فعلی و بدون خيار برای طرف معاطات است (حق رجوع برای طرف معامله وجود ندارد تا بتوان او را به رجوع الزام کرد) - در مقابل معامله جایز یا لازم ذاتی که دارای خيار است و در مساله بعد مورد اشاره قرار می گیرد -.

^{١٠٢٥} صحت عقد لازم یعنی شرعا بر هم زدن معامله ممتنع است و ممتنع شرعی مثل ممتنع عقلی است یا ادعا شود این فرض نیز خارج از محدوده قدرمیتین از جواز است.

^{١٠٢٦} مراد لزوم و عدم جواز رجوع است یا در حکم تلف بودن؟ اگر مراد لزوم باشد - كما هو الظاهر - این اشکال مطرح می شود که چرا مباحثی که در ذیل مساله دوم مطرح شد - مثل رجوع به مثل یا قیمت - در این مساله مورد اشاره قرار نگرفته است.

^{١٠٢٧} ملکیت برای شخص جدید (طرف معامله در عقد لازم) حاصل شده است و دلیل «الناس مسلطون ...» فقدان حق رجوع برای مالک سابق را ثابت می کند. (این سوال مطرح می شود که اگر یکی از عوضین باقی است، چرا مالک آن حق رجوع نداشته باشد و به ضمیمه امتناع اجتماع عوض و معوض حکم به رجوع دیگری به مثل و قیمت نشود؟).

^{١٠٢٨} این مساله بنا بر جواز تصرف مالکانه (عقد لازم) محقق خواهد شد.

و لو عادت العين بفسخ،^{۱۰۲۹} ففي جواز الترادّ على القول بالملك؛ لإمكانه فيستصحب، و عدمه؛ لأنّ المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكة، و جهان. أجمدهما ذلك؛ إذ لم يثبت في مقابله أصالة اللزوم جواز الترادّ بقولٍ مطلق، بل المتيقّن منه غير ذلك،^{۱۰۳۰} فالموضوع غير محرز في الاستصحاب^{۱۰۳۱}.

^{۱۰۲۹} عود کالا با اقامه یا فسخ از سوی طرف مقابل - در مقابل عود با ارث یا عقد جدید که نفی حق رجوع در آن واضح است.

^{۱۰۳۰} پس باید به اصل لزوم رجوع شود (رجوع به عام فوقانی در فرض فقدان دلیل خاص).

^{۱۰۳۱} در زمان اول معاطات رخ داده و در زمان دوم عقد لازم و در زمان سوم عود کالا (-چه عود کالا به معنای فسخ از همان زمان عقد باشد و چه به معنای فسخ از زمان فسخ باشد-) بنابر قول به ملکیت، اصل لزوم است و مخصص که جواز تراد عینین است، اگر مطلق باشد و شامل بعد فسخ بشود، اماره بر جواز اقامه می شود و نوبت به استصحاب نمی رسد؛ لکن اطلاق ندارد و شامل فرض عود نمی شود و متیقّن آن قبل عقد لازم است و بعد فسخ مشکوک است. لذا به استصحاب تمسک شده است؛ لکن شرایط جریان استصحاب رعایت نشده است، زیرا اولاً قضیه متیقّن جواز تراد قبل خروج از ملک است و قضیه مشکوک جواز تراد بعد عود به ملک و وحدت عرفی موضوع در مقام احراز نمی شود. اضافه بر این که شرط جریان استصحاب اتصال زمان بین متیقّن و مشکوک است، در حالی که در مقام از زمان عقد لازم تا زمان عود فاصله ای است که در آن حکم به لزوم شده است و استصحاب لزوم جریان دارد - مگر عود به معنای فسخ از همان زمان عقد باشد و به این بیان اتصال زمان متیقّن و مشکوک ادعا شود و فیه تامل - . ثالثاً امر دایر مدار استصحاب مخصص و تمسک به اطلاق یا عموم ازمانی اماره برای

و کذا^{۱۰۳۲} علی القول بالإباحت؛^{۱۰۳۳} 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؛^{۱۰۳۴} لعدم تحقق جواز الترادف في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها.

بعد فسخ است - اگر این عموم زمانی مورد پذیرش واقع شود - که افاده لزوم می کند. در این موارد اختلافی وجود دارد که مرجع استصحاب است یا تمسک به عموم اماره.
^{۱۰۳۲} حکم به لزوم.

^{۱۰۳۳} تحلیل دقیق شرعی واقعه رخ داده و توجه به پیش فرض ها در مسأله شناسی : طرف معاطات که تصرف ناقل را انجام داده است، ملکیت آناما قبل تصرف برای او حاصل شده است یا خیر. اگر ملکیت آناما حاصل باشد، کالا به ملک مالک دوم رجوع می کند و دلیلی بر زوال این ملکیت نیست. زوال تصرف مالکانه موجب زوال ملکیت نیست. (استصحاب ملکیت و قاعده سلطنت برای مالک دوم).
^{۱۰۳۴} یکی از بیان ها از وجه اولویت : در فرض افاده ملک، حالت سابقه جواز ترادف قابل تصور بود و شبهه استصحاب جواز ترادف مطرح می شد. لکن در این فرض حالت سابقه جواز ترادف عینین که مورد اجماع باشد، تحقق ندارد تا شبهه استصحاب مطرح شود، بلکه حالت سابقه ملکیت و سلطنت فرد اول بود که با ملکیت آناما قبل عقد لازم مقطوع الانتفاء است. (ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۸۵).

نعم،^{۱۰۳۵} لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحاً لغيره ما لم يستردّ عوضه، كان مقتضى قاعده السلطنة جواز الترادّ لو فرض^{۱۰۳۶} كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكة الأول، أو عائداً إليه بفسخ.^{۱۰۳۷}

و كذا لو قلنا: بأن البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرف و الإلتاف، و يملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعه في الأمر الرابع^{۱۰۳۸}.
لكنّ الوجهين ضعيفان،^{۱۰۳۹} بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

^{۱۰۳۵} با این فرض که ملکیت آناما برای دومی حاصل نشده است، می توان قائل به جواز شد -چه عدم ملکیت به این دلیل باشد که ملکیت آناما در مطلق عقد لازم نیست بلکه مختص به عقد مستقرّ است و صرف حدوث عقد موجب ملکیت آناما نمی شود. یا به طور کلی تحقق عقد لازم متوقف بر ملکیت نیست. در این فروض با فسخ، کالا به ملک مالک اول باز می گردد و قاعده سلطنت و استصحاب برای او جاری است و جواز ثابت می شود.

^{۱۰۳۶} فرض در جایی که معامله به دلیل دیگری لازم نباشد و حقّ رجوع به دلیل دیگری منتفی نشده باشد.
^{۱۰۳۷} طرف مقابل هم با مال، عقدی بسته بوده است که فسخ شده و لذا کالا به ملک مالک اولش باز گشته است.

^{۱۰۳۸}. تقدّم استظهار ذلك عن قطب الدين و الشهيد قدّس سرهما في الصفحة ۸۹.

^{۱۰۳۹} چرا که مقتضای جمع ادله، ملکیت آناما متصرف در مطلق عقد را افاده می کرد.

و^{۱۰۴۰} لو كان الناقل عقداً جائزاً^{۱۰۴۱} لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه،^{۱۰۴۲} ولا رجوعه بنفسه إلى عينه،^{۱۰۴۳} فالتراد غير متحقق، و تحصيله غير واجب،^{۱۰۴۴} و كذا على القول بالإباحة؛ لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.^{۱۰۴۵}

^{۱۰۴۰} تفكيك فروض اثرگذار در بحث فقهی : معاطات مفید ملک است یا مفید اباحه. اگر مفید اباحه است، عقد جایز یا مفید ملکیت آناما است (در معاوضات مثل بیع) یا مفید ملکیت آناما نیست (در غیر معاوضات مثل هبه). این سه قسم به همین ترتیب در کتاب مطرح می شود.

^{۱۰۴۱} مثل هبه که جواز ذاتی دارد یا مثل بیع با خیار برای طرف معاطات که جواز فعلی دارد.

^{۱۰۴۲} استصحاب عدم حق الزام و استصحاب حق انتخاب برای طرف مقابل یا سیره عقلاء بر عدم ثبوت حق برای کسی نسبت به دیگری یا قاعده اصطیادی از شریعت یا ...

^{۱۰۴۳} طرف معامله نبوده است تا حق بر هم زدن معامله و از بین بردن ملکیت خریدار را داشته باشد.

^{۱۰۴۴} قبل رجوع طرف عقد (محل بحث مساله)، موضوع جواز - یعنی تراد عینین - محقق نیست و محقق کردن موضوع جواز (تراد عینین) برای طرف عقد واجب نیست. بنابراین تحصیل موضوع برای اولی مقدور نیست و برای دومی لازم نیست. پس تراد عینین ممکن نیست. بنابراین نسبت به شخصی که طرف عقد نبوده است، مالکیت وجود ندارد، حق رجوع نسبت به عقد جایز را ندارد و حق الزام عمرو به رجوع را هم ندارد. نسبت به شخصی که طرف عقد بوده است، اگر معاطات مفید ملک باشد، خارج از قدرمتیقن جواز است و اگر مفید اباحه باشد، قاعده سلطنت برای مالک فعلی کالا (شخص ثالث) جاری است.

[لو كان الناقل غير معاوضة]

نعم،^{۱۰۴۶} لو كان غير معاوضة كالهبة، و قلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مآلاً لواحد و انتقال المعوض إلى الآخر، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتهب^{۱۰۴۷، ۱۰۴۸} فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب،^{۱۰۴۹} أتجه الحكم بجواز الترادف^{۱۰۵۰} مع^{۱۰۵۱} بقاء العين الأخرى

^{۱۰۴۵} فرض در موردی است که معاطات مفید اباحه است و عقد جایز به نحو معاوضه بوده که به نظر مرحوم شیخ - بنابر جواز این تصرف - ملکیت آناما برای طرف عقد حاصل شده است. از آنجایی که ملکیت برای طرف عقد حاصل شده است، تفاوتی ندارد که این ملکیت از حین معاطات باشد یا آناما قبل از عقد جایز و همان حکم جاری است.

^{۱۰۴۶} اما اگر معاطات مفید اباحه باشد و عقد جایز به نحو معاوضی نباشد و ملکیت آناما برای طرف عقد حاصل نشود - مثل هبه - ...

^{۱۰۴۷} نقد مرحوم سید: مباح له کالا را از طرف خود هبه کرده است - نه از طرف مالک -.

^{۱۰۴۸} بنابراین ملکیت آناما دلیلی ندارد.

^{۱۰۴۹} واهب یا مباح له فاقد حق رجوع است، چرا که با ملکیت شخص ثالث، اباحه تصرف او از بین رفته است. (باید ادله حق رجوع در هبه بررسی شود و این سوال جواب داده شود که این حق در ادله برای مالک سابق ثابت شده است یا برای واهب).

^{۱۰۵۰} مرحوم ایروانی: بعد رجوع، عود اباحه تعبدی دلیل ندارد و رجوع از اباحه معنا نخواهد داشت.

^{۱۰۵۱} شروط برای بیان این نکته که معامله از حیثهای دیگری لازم نشده است.

أو عودها إلى مالکها بهذا النحو من العود؛ إذ لو عادت بوجه آخر^{١٠٥٢} كان حکمه حکم التلّف.

[لو باع العين ثالث فضولاً]

و لو باع العين ثالث فضولاً،^{١٠٥٣} فأجاز المالك الأوّل،^{١٠٥٤} على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته و سائر تصرّفاته الناقله^{١٠٥٥}.

^{١٠٥٢} مثل بيع جديد یا ارث.

^{١٠٥٣} سوالات فقهی ذیل این فرض : (١) چه کسی حق اجازه یا رد این بیع فضولی را دارد؟ (٢) بعد عقد فضولی، معاطات لازم است یا جایز؟ (٣) اگر یکی اجازه دهد و دیگری از معاطات رجوع کند -قبل اجازه یا بعد اجازه-، چه اتفاقی خواهد افتاد؟

^{١٠٥٤} سوال : چه کسی حق اجازه دادن معامله را دارد؟ اگر مفید ملک باشد، مالک اولی اگر اجازه اش کاشف از رجوع او از معاطات باشد (اطمینان به قصد او) و این نحو کاشف از رجوع برای تحقق رجوع کافی باشد، پس با این که مالک فعلی نیست، حق اجازه دادن معامله را دارد و این اجازه دادن همزمان با رجوع است یا رجوع آناما قبل از محقق شده است. (نقد : گفته شده صحت اجازه او نیازمند دلیل است و محل بحث خارج از قدرمیتقن از حق رجوع در فرض افاده ملک است). مالک دومی نیز -که مالک فعلی است- بدون اشکال حق اجازه دادن معامله را دارد. از آن جایی که هر دو حق اجازه دارند، اگر رجوع از معاطات توسط یک طرف، بعد از اجازه طرف دیگر باشد، مصداق رجوع بعد از عقد خواهد بود و مصداقی از مصادیق مسائل سابق خواهد شد.

^{١٠٥٥} مثل بیع یا هبه.

و لو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

و ينعكس الحكم إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحة،^{١٠٥٦} و لكل منهما ردّه قبل إجازة الآخر.

^{١٠٥٦} اولی - که مالک فعلی است - اجازه اش بدون اشکال نافذ است. دومی - که مالک فعلی نیست - این شبهه در موردش وجود دارد که آیا مباح له حق این اجازه را دارد یا خیر؟ آیا اجازه او مملک آنهاست؟ بر خلاف فرض قبل که ثبوت اجازه برای اولی دارای شبهه بود، در این فرض برای دومی شبهه ناک است.

و لو رجوع الأوّل فأجاز الثاني،^{١٠٥٧} فإن جعلنا الإجازة كاشفةً لغى الرجوع،^{١٠٥٨} و يحتمل عدمه؛ لأنّه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقلةً لغت الإجازة قطعاً.

^{١٠٥٧} با این فرض که هر دو حق اجازة یا رد معامله را دارند، اگر رجوع اولی قبل از اجازة دومی رخ دهد، آیا اجازة لغو خواهد بود؟ حکم رجوع دومی قبل از اجازة اولی از مباحث که ذیل این مساله مطرح می شود، روشن می گردد. (مرحوم شیخ فرض افاده ملک و اباحه را در این مساله تفکیک نکرده اند و گویا فرقی بین دو فرض در این مساله وجود ندارد یا ممکن است مراد ایشان صرفاً در فرض افاده اباحه باشد. ر.ک. مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٨٨).

^{١٠٥٨} چون معامله از زمان عقد فضولی شکل گرفته است، یعنی قبل رجوع اولی، عقد شکل گرفته است و مصداق مسائل سابق خواهد بود که رجوع بعد از عقد است. (نقد: با رجوع اولی، حق اجازة دادن دومی باقی نیست).

[الملزم الخامس: امتزاج العينان او احدهما]

و^{۱۰۵۹} لو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك؛ لامتناع التراد،^{۱۰۶۰} و
و يحتمل الشركه،^{۱۰۶۱} و هو ضعيف^{۱۰۶۲}.

^{۱۰۵۹} ابتدا لازم است شقوق و فروض اثرگذار از حيث فقهی از یکدیگر تفکیک شوند. البته توانایی
درک و تفکیک این شقوق مبتنی بر سالها تحقیق و تسلط بر مباحث فقهی است. ۱/ امتزاج به نحوی
است که دیگر امکان استفاده وجود ندارد -مثل قاطی شدن شکر و خاک- و ملحق به تلف است یا
خیر. ۲/ قابل تفکیک می باشد -مثل قاطی شدن نخود و لویا- یا خیر. ۳/ استفاده آن تغییری کرده است
-مثل قاطی شدن برنج ایرانی با برنج ایرانی- یا خیر -مثل قاطی شدن برنج ایرانی و برنج خارجی-. ۴/
امتزاج با مال طرف مقابل رخ داده یا با مال خودش یا با مال شخص ثالث (ر.ک. مرحوم ایروانی، ج ۱،
ص ۸۸). ۵/ معاطات مفید ملک است یا مفید اباحه.

^{۱۰۶۰} بعد از امتزاج، امکان ردّ عین ها وجود ندارد، در حالی که دلیل جواز -یعنی اجماع- در فرض
امکان ردّ عین ها جاری است. (از این دلیل چنین استفاده می شود که مراد از مساله فرضی است که
امکان تفکیک وجود ندارد. دلیل کاشف مراد از مساله است و مرحله ادله در مرحله مساله شناسی موثر
است).

^{۱۰۶۱} نقد دلیل لزوم و امتناع تراد: رجوع ممکن است و شراکت حاصل می شود. پس معاطات همچنان
جایز است و رجوع ممکن.

^{۱۰۶۲} شراکت فرع ثبوت حق رجوع است و ادله حق رجوع را منتفی می کند و شراکت رخ نمی دهد.
ابتدا باید حق رجوع ثابت شود و سپس رجوع رخ دهد و سپس شراکت واقع شود. ثبوت حق رجوع بر
خلاف اصل لزوم است و قدرمیتین اجماع بر جواز شامل فرض مساله نمی شود.

أما على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به.^{١٠٦٣}

نعم لو كان المزج مُلحِقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف.

[الملزم السادس: التصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة]

و لو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة كطحن الحنطة^{١٠٦٤} و فصل الثوب^{١٠٦٥} فلا لزوم على القول بالإباحة،^{١٠٦٦} و على القول بالملك، ففي اللزوم وجهان^{١٠٦٧} مبنيان على جريان

^{١٠٦٣} امتزاج رافع ملكيت نیست و قبل رجوع شراکت حاصل شده است. بقاء ملكيت مستلزم بقاء سلطنت است. (مرحوم ايرواني : در فرض امتزاج با مال ثالث يا مباح له شراکت مشاعی رخ می دهد و معاطات اباحه ای شرعی باطل می شود).

^{١٠٦٤} تصرف غير قابل بازگشت به حالت اول.

^{١٠٦٥} باز کردن بافتهای لباس بافتنی یا درزهای لباس دوختنی (تصرف قابل بازگشت به حالت اول).

^{١٠٦٦} اصل جواز به دليل جريان قاعده سلطنت.

^{١٠٦٧} دليل لزوم : اصل لزوم و خارج بودن از قدرمتيقن دليل جواز. دليل جواز : استصحاب جواز ترداد قبل از تصرف مغير صورت.

استصحاب جواز التراد، و منشأ الإشكال: أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيٌّ أو حقيقيٌّ. ١٠٦٨

[الملزم السابع: موت احد المتعاطيين]

ثمّ ١٠٦٩ إنك قد عرفت ممّا ذكرنا ١٠٧٠ أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاظة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداءً ١٠٧١ أو في ضمن المعاملة، ١٠٧٢ بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، و على القول بالإباحة نظير

١٠٦٨ اگر شرط استصحاب بقاء موضوعی عرفی باشد، موضوع عرفاً باقی نیست، اما اگر موضوع عقلی مراد باشد، باقی است؛ چرا که در مثال آرد کردن گندم، صرفاً اتصال مولکولها از بین رفته است و در مثال لباس، مکان قرار گرفتن تار و پودها متفاوت شده است. (شبهه دیگر استصحاب: در این موارد باید به استصحاب مخصص تمسک شود یا عموم اماره؟).

١٠٦٩ مقدمه ای برای طرح فرض موت یکی از دو طرف معاطات.

١٠٧٠ در مباحث سابق بیان شد که تفاوت حقّ فسخ خیار و حقّ رجوع در معاطات موضوع آنهاست. اولی به عقد تعلق گرفته و دومی به ترادّ عینین. در اینجا بیان می شود که اولی حق است و دومی حکم (یا حداقل مشکوک است). این مطلب در مباحث قبل مطرح نشده بود.

١٠٧١ بعد از عقد و مستقلاً و بدون این که ضمن امر دیگری باشد، مثل شرط ابتدایی.

١٠٧٢ آثار معروف برای حقّ.

الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف.^{١٠٧٣}

^{١٠٧٣} نقد: (١) اباحه در معاطات با عوض است -بر خلاف اباحه طعام- و شاید حق بیشتری را به همراه داشته باشد. (٢) اباحه طعام، اباحه مالکی است -نه اباحه تعبدی شرعی- و در نتیجه منوط بودن او به رضایت مالک صحیح نیست. مالک قصد تملیک داشته است -نه اباحه تصرف-. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی.

فلو^{۱۰۷۴} مات أحد المالكين لم يجز لو ارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛^{۱۰۷۵} لأنَّ مَنْ له و إليه^{۱۰۷۶} الرجوع هو المالك الأصلي، و لا يجرى الاستصحاب^{۱۰۷۷}؛^{۱۰۷۸}

^{۱۰۷۴} حالا که حق رجوع در معاطات به ارث نمی رسد ...

^{۱۰۷۵} اصل لزوم و خارج بودن محل بحث از قدرمتیقن جواز یا اصل عدم ثبوت حق رجوع برای وارث یا عدم ثبوت حق رجوع به وارث یا اصل بقاء ملکیت قبل رجوع.

^{۱۰۷۶} حق رجوع برای دو طرف معاطات است و رجوع به سوی دو طرف معاطات است. پس اگر علی و حسن دو طرف معاطات باشند، علی حق رجوع به حسن را دارد و حسن حق رجوع به علی را. با فوت علی، ورثه علی حق رجوع ندارند، چون «من له الرجوع» نیستند و حسن نیز حق رجوع به ورثه علی را ندارد، چون «من الیه الرجوع» نیستند.

^{۱۰۷۷} استصحاب جواز رجوع برای وارث: متیقن سابق جواز رجوع برای مورث بودن -نه وارث- و در نتیجه موضوع باقی نیست. استصحاب جواز برای طرف زنده مانده به وارث میت: متیقن سابق جواز رجوع او به مورث بودن -نه وارث- و در نتیجه موضوع باقی نیست. (استصحاب جواز معاطات نیز ذیل مسائل سابق مطرح شد و شبهه تمسک به استصحاب مخصص در مقام جریان عموم در مورد آن مطرح شد).

^{۱۰۷۸} اگر معاطات مفید اباحه باشد چطور؟ بقاء ملکیت مستلزم جریان الناس المسلمون علی اموالهم و بقاء جواز معاطات است.

و ۱۰۷۹ لو جُنَّ أحدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين ۱۰۸۰.

[تنبيه هفتم]

الأمر السابع [هل المعاطاء بعد التلف بيع، او معاوضة مستقلة؟ كلام الشهيد الثاني في ذلك]

أنَّ الشهيد الثاني ذكر في المسالك ۱۰۸۱ وجهين في صيرورة ۱۰۸۲ المعاطاء بيعاً بعد التلف ۱۰۸۳ أو معاوضة مستقلة،

۱۰۷۹ مساله آخر: آیا دیوانه شدن یکی از دو طرف عقد مستلزم لازم شدن معامله می شود؟ خیر، چرا که ولیّ - که مثل طرف عقد در تصرفات است - جای او را خواهد گرفت و همان حق رجوع معجون در اختیار ولیّ قرار می گیرد، بر خلاف ورثه که حق رجوعی غیر از حق رجوع مورث برای آنها باید ثابت شود و حق رجوع مورث با فوت او از بین رفته است. و فیه تامل.

۱۰۸۰ نقد: بنا بر قول به ملک، ممکن است ادعا شود این فرض خارج از قدر متیقن جواز معاطات است و اصل لزوم جاری است.

۱۰۸۱ با این پیش فرض که معاطات مفید اباحه جایز - با توجه به عبارت «من حین لزوم» که در ادامه بیان می شود - است و هنگام عقد مصداق بیع یا معاوضه مستقل نیست.

۱۰۸۲ گویا اگر معاوضه تملیکی نباشد، بیع یا معاوضه مستقل نیست.

۱۰۸۳ بر اساس ظاهر کلام ایشان در مسالك، تلف به عنوان مثال و نمونه واضح مُملک ذکر شده است یا دیگر موارد مُملک به منزله تلف دانسته شده است.

قال: يحتمل الأوّل؛ لأنّ المعاوضات محصورة و ليست إحداها،^{١٠٨٤} و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل^{١٠٨٥}. و يحتمل الثانی؛ لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف^{١٠٨٦}؟^{١٠٨٧} و تظهر الفائدة في ترتّب الأحكام المختصة بالبيع

^{١٠٨٤} حاشیه مرحوم شهیدی: «هذا التعليل غير واف بالمعلول و هو بيعيّة المعاطاة بل مناف له لو أريد من المعاوضات عند إرجاع ضمير إحداها إليها ما يعمّ البيع إذ لازمه نفى البيعة عنها و لو أريد منها ما عدا البيع فمن المعلوم أنّ مجرد عدم الدليل على كونها معاوضة لا يكفي في كونها بيعاً بل لا بدّ فيه أيضاً من قيام دليل عليه و هو منتف بل قضية استصحاب عدم البيعة ... نعم لو كان المرجع في مثل المقام ممّا كان هناك عامّ و خرج فرد منه في زمان ما و شكّ في حكم هذا الفرد فيما بعد هذا الزمان هو العامّ لا استصحاب حكم المخصّص ...».

^{١٠٨٥} از حیث کبروی اصل وجود معاوضه مستقل نیازمند دلیل است یا از حیث صغروی و تطبیق معاوضه مستقل بر محل بحث نیازمند دلیل است؟ اگر اولی مراد باشد، محصوره بودن عقود در ابتدای استدلال مطرح شده است و اگر دومی باشد، اولاً بنا شد عقود محصوره باشد و ثانیاً محل بحث با شرایطش خود ثابت می کند که مصداق معاوضه مستقل است - اگر معاوضه مستقل صحیح وجود داشته باشد -.

^{١٠٨٦} اگر مراد استصحاب است، این سوال وجود دارد که موضوع باقی است؟ اگر مراد استبعاد عقلایی است، این سوال وجود دارد که این استبعاد عقلایی - اگر به اطمینان یا قطع به حکم شرعی منجر نشود - حجیت دارد؟

^{١٠٨٧} حاشیه مرحوم شهیدی: «على هذا فما ذكره في وجه الاحتمال الثاني من عدم إمكان انقلابها إلى البيع بعد عدم كونها بيعاً إجماعاً يشكل بأنّه معارض بالمثل ضرورة عدم إمكان الانقلاب إلى المعاوضة أيضاً بعد أن لم تكن كذلك حين الوقوع و احتمال الانقلاب القهري جار فيهما على حدّ سواء.».

عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه^{١٠٨٨.١٠٨٩} و على تقدير ثبوته، فهل
الثلاثة^{١٠٩٠} من حين المعاطاة، أو من حين اللزوم؟ كلّ محتمل،^{١٠٩١} و يشكل الأوّل بقولهم:
«إنها ليست بيعاً»، و الثاني بأنّ التصرف ليس معاوضة بنفسها،^{١٠٩٢} اللهم إلّا أن يجعل المعاطاة

١٠٨٨ حاشيه مرحوم شهيدى: «إذ مع تلفه [الحيوان] يفسخ البيع لقاعدة كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو
ممّن لا خيار له».

١٠٨٩ حاشيه مرحوم ايروانى: «و أما ترتب أحكام البيع عليها فإن قلنا فيها بالملك اللّازم فلا ينبغي التوقّف في الترتّب و
لا منشأ لدعوى انصراف البيع في أدلّة تلك الأحكام إلى البيع المنشأ بالقول و أما أن قلنا فيها بالملك الجائز أو الإباحة فترتّب
تلك الأحكام عليها مطلقاً و عدم ترتّبها كذلك و التفصيل بين القول بالملك و القول بالإباحة أو الترتّب بعد صيرورتها لازمة
و عدمه قبله إشكال مبنى على الاستظهار من أدلّة تلك الأحكام و أنّها أحكام لمطلق ما سمى بالبيع أو لخصوص ما كان مؤثراً
منه في الملك أو لخصوص ما كان مؤثراً في الملك اللّازم و أخصّ الاحتمالات أن تكون أحكاماً لما كان من البيع بناؤه على
اللّزوم كما لا يبعد ذلك في أدلّة الخيارات فلا يثبت الخيار في المعاطاة حتّى على القول بالملك و حتّى بعد اللّزوم بشيء من
الملزمات».

١٠٩٠ سه روز خيار حيوان.

١٠٩١ حاشيه مرحوم شهيدى: «منشأ الأوّل احتمال كون موضوع الخيار مطلق البيع العرفى الفعلى أعّم من
البيع الشرعى الفعلى و البيع الشرعى الشّائى أى البيع بالمال و هذا الثّانى موجود فى المقام و منشأ الثّانى
احتمال اعتبار البيع الفعلى عرفاً و شرعاً فى موضوعه».

١٠٩٢ پس نمى تواند مبدأ براى خيار حيوان باشد.

جزء السبب و التلف تمامه. ۱۰۹۳ و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا ۱۰۹۴؛ بناءً على أنّها ليست لازمة، ۱۰۹۵ و إنّما يتمّ على قول المفيد و من تبعه ۱۰۹۶، و أمّا خيار العيب و الغبن ۱۰۹۷ فيثبتان على التقديرين ۱۰۹۸ كما أنّ خيار المجلس منتفٍ ۱۱۰۰، انتهى.

۱۰۹۳ نقد مرحوم سيد: «هذا بعيد غايته بل لم يحتمله أحد قبله بل لا وجه له فإن لازمه عدم جواز التصرف قبل ذلك لعدم تمامية المعاملة فتأمل». (جواب: معاطات تمام سبب برای اباحه تصرف است و جزء سبب برای انتقال و تمليك و تملك است - با توجه به این که طبق نظر علماء از زمان تلف ملكيت حاصل می شود، اگر قبل از آن معاطات رخ داده باشد-).

۱۰۹۴ قبل از تلف یا بعد از تلف؟

۱۰۹۵ ممکن است به این دلیل باشد که جعل خيار حيوان در معامله جایز لغو است یا ادعا شود ظاهر یا قدرمیتین در فرض عدم اطلاق ادله خيار حيوان، اختصاص به معامله لازم دارد. ۱۰۹۶. من القائلين يلزوم المعاطة كما تقدم عنهم في الصفحة ۳۷ و غيرها.

۱۰۹۷ خصوصیت خيار عيب و غبن این است که اولاً اختصاص به بيع ندارد و ثانياً امکان اخذ ارش دارند و در نتیجه ثبوت آنها در عقد لازم لغو نیست.

۱۰۹۸ تقدیر لزوم و جواز یا تقدیر بيع و معاوضه مستقل؟

۱۰۹۹ به همان دلیلی که خيار حيوان منتفی بود.

۱۱۰۰. المسالك ۳: ۱۵۱

[تفريع هذا البحث على القول بالملك المتزلزل]

و الظاهر أنّ هذا تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة، و أمّا على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل، فيلغى^{١١١} الكلام^{١١٢} في كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم، حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم؛ إذ الظاهر أنّه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال في ذلك عندهم على ما تقدّم من المحقق الثاني^{١١٣} فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي منبأه على اللزوم لولا الخيار، و قد تقدّم^{١١٤} أنّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

^{١١١} في «ف» و مصحّحة «ن»: «فيبقى»، و في «ص»: «فيلغو»، و في نسخة بدل «ش»: «فينبغي»، و جاء في هامش «ن»: «الظاهر أن يقال: فلا ينبغي الكلام»، و في شرح الشهيدى (١٨٧): الصحيح «ينبغي» بدل «يلغى».

^{١١٢} مراد: (١) اگر نسخه «یغلی» صحیح باشد: اگر مفید ملک باشد، پس بحث از بیع متزلزل و معاوضه مستقل لغو است چون ظاهراً همه بدون اشکال آن را بیع می دانند. (مساله ای که اجماعی است، کلام در مورد آن لغو است؟). (٢) اگر نسخه «یبقی» یا «ینبغی» صحیح باشد: اگر مفید ملک باشد، این بحث باید مطرح شود که بیع متزلزل است یا معاوضه مستقل تا بعد لزوم احکام همان عقد جاری شود چون ظاهراً همه بدون اشکال آن را بیع می دانند. (تعلیل ذیل با این تفسیر همخوانی ندارد و لذا مرحوم شهیدی در حاشیه بیان کرده اند که به جای «اذ»، «واو» صحیح است).

^{١١٣} تقدّم فی الصفحة ٣٢. (چاپ کنگره)

^{١١٤} تقدّم فی الصفحة ٩٧. (چاپ کنگره)

[الاقوى ان المعاطاة بعد التلف بيع]

و كيف كان^{١١٠٥}، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع و لم يمضه^{١١٠٦} إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه، و بعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر.

و المحكى عن حواشي الشهيد^{١١٠٧} أن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة^{١١٠٨.١١٠٩} و الظاهر أنه أراد التفرّيع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بدّ أن يقول بالإباحة اللازمة، فافهم^{١١١٠}.

^{١١٠٥} چه بعد از تلف بيع باشد و چه معاوضه مستقل يا چه بنا بر ملكيت احكام بيع جارى شود و چه جارى نشود يا چه على القول بالملك بيع باشد و چه ملك مستقل يا ...

^{١١٠٦} ظاهراً همان بيع عرفي را امضاء کرده است و مصداق بيع می شود.

^{١١٠٧} كلام شهيد ثانی است.

^{١١٠٨} چه قبل از لزوم و چه بعد از لزوم. (بر خلاف فرض بحث ایشان در مسالك كه قبل از تلف، نه بيع است و نه معاوضه مستقل).

^{١١٠٩} . حكاية عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٥٨.

^{١١١٠} حاشیه مرحوم سيد: «يمكن أن يكون إشارة إلى أنه ليس فى كلام الشهيد ما يأبى عن كونها إباحة لازمة بل ظاهر كلامه أيضاً ذلك فلا يرد عليه شيء و يمكن أن يكون إشارة إلى أنه لا مانع من حدوث

[تنبيه هشتم]

الأمر الثامن

لا إشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصّة و العامّة بما إذا تحقّق إنشاء التملّيك أو الإباحة بالفعل، و هو قبض العينين.^{١١١١}

[العقد غير الجامع لشرائط اللزوم معاطاة ام لا]

أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم^{١١١٢}:

الملك بعد اللزوم فلا يلزمه القول بالإباحة اللازمة». / احتمال ديگر: اباحه شرعی لازم در شریعت نیست یا هر چه ملزم است، مملک هم می باشد.

١١١١ سوال: با فعل غیر از قبض -مثل اشاره یا مصافقه یا کتابت اگر مصداق لفظ دانسته نشود-، معاطات محقق می شود؟ در بحث الفاظ بیع در ضمن سخن در مورد «أخرس» به اشاره و کتابت اشاره می شود، اما گویا در این بحث محقق معاطات دانسته نشده اند. در تنبیه دوم و انتهای این تنبیه اشاره می شود که وصول یک عوض برای تحقّق معاطات کافی است و قبض هر دو عین ضرورتی ندارد.

١١١٢ قسم آخر ذکر شده در تنبیه دوم که مصداق بیع با صیغه -که قدرمتیقن بیع مفید ملک لازم است- نمی باشد و شرایط صیغه مثل ماضویت یا تقدّم ایجاب یا ... را ندارد.

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي كما قوينا سابقاً^{١١١٣} بناءً على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً.^{١١١٤}

وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاء^{١١١٥} مطلقاً^{١١١٦}، أو بشرط تحقّق قبض العين معه،^{١١١٧} أو لا يتحقّق به مطلقاً؟

نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده تحقّق المعاطاء، 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.

^{١١١٣}. في الصفحة ٦٠.

^{١١١٤} در حقیقت تحقق بیع مفید ملک لازم مشروط به شرط خاصی در لفظ نیست و صرف لفظ برای تحقق آن کفایت می کند. بنابراین این تشبیه بنابر این منباست که لفظ محقق ملک لازم دارای شرایط خاصی است که در فرض رعایت نشده است.

^{١١١٥} چه مفید اباحه جایز دانسته شود و چه مفید ملک جایز. اگر محقق معاطات نباشد، فاسد و بی اثر خواهد بود.

^{١١١٦} چه قبض عین محقق شود و چه محقق نشود.

^{١١١٧} ظاهراً به نحو شرط متاخر مراد است.

[ظاهر جماعة كونه معاطاة]

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين^{۱۱۱۸}: الأول، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين.

قال المحقق في صيغ عقود على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة:- إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه^{۱۱۱۹}، و علم التراضي^{۱۱۲۰} منهما كان معاطاة^{۱۱۲۱}، انتهى.

و في الروضة في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق:- أنها^{۱۱۲۲} تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح^{۱۱۲۳}، انتهى.

^{۱۱۱۸}. منهم: السيد المجاهد في المناهل: ۲۷۰، و الفاضل النراقي في المستند ۲: ۳۶۱ ۳۶۲، و صاحب

الجواهر في الجواهر ۲۲: ۲۵۶ ۲۵۷

^{۱۱۱۹} الفاظ غير جامع شرايط.

^{۱۱۲۰} رضایت به تمليك يا اباحه يا معاطات يا ... مراد است؟ رضایت حين عقد راضی يا بعد از عقد و علم به فساد مراد است؟

^{۱۱۲۱}. رسائل المحقق الكركي ۱: ۱۷۸.

^{۱۱۲۲} اشاره. بحث اشاره خارج از محل بحث است اما اولاً ممكن است گفته شود اين فتوا در محل بحث اولويت قطعی دارد يا گفته شود مناط در عبارت ایشان افهام صريح است که در محل بحث نیز وجود دارد. (ر.ک. حاشیه مرحوم سيد، ج ۱، ص ۸۴ و مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۸۸)

^{۱۱۲۳}. الروضة البهیة ۳: ۲۲۵.

و ظاهر الكلامين^{١١٢٤}: صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره.

[ظاهر آخرين، عدم كونه معاطاة]

و ظاهر تصريح جماعة منهم المحقق^{١١٢٥} و العلامة^{١١٢٦}: بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد^{١١٢٧} لم يملك و كان مضموناً عليه^{١١٢٨}، هو الوجه الأخير؛ لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهه مجرد اختلال شروط الصيغه كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغه، و قبل شروط العوضين و المتعاقدين و إمّا ما يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر^{١١٢٩}.

و كيف كان^{١١٣٠}، فالصورة الأولى داخله قطعاً، و لا يخفى أنّ الحكم فيها بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاطاة.

^{١١٢٤} تحقق معاطات به صرف لفظ.

^{١١٢٥}. الشرائع ٢: ١٣.

^{١١٢٦}. القواعد ١: ١٢٣.

^{١١٢٧} شروط بيع مفيد ملك لازم را ندارد، اما آیا معاطات هم حاصل نمی شود؟

^{١١٢٨} اباحه تصرف نیز محقق نشده و يد امانی نیست. پس حکم معاطات را ندارد. (کشف قول با لوازم فتوا).

^{١١٢٩} به دلیل اطلاق لفظی عبارت.

^{١١٣٠} چه خصوص اختلال شروط لفظ باشد و چه اختلال هر شرطی.

[الجمع بين القولين]

و ربما يجمع^{١١٣١} بين هذا الكلام و ما تقدّم من المحقّق و الشهيد الثانيين، فيقال: إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرّف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلّا بزعم صحّة المعاملة، فإذا انتفت الصحّة انتفى الإذن؛ لترتبه على زعم الصحّة، فكان التصرّف تصرفاً بغير إذن و أكلاً 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. و الأوّلان قد انتفيا بمقتضى الفرض، و كذا 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 و استمرّ رضاهما فلا كلام في صحّة المعاملة، و رجعت إلى المعاطاة، كما إذا علم الرضا من أوّل

^{١١٣١}. الجامع هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة.

الأمر بإباحتهما التصرف بأيّ وجه أتفق، سواء صحّت المعامله أم فسدت؛ فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء^{١١٣٢}، انتهى^{١١٣٣}. ١١٣٤

[المناقشة في الجمع المذكور]

أقول^{١١٣٥}: المفروض أنّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمّن إلّا إنشاءً واحداً هو التملك،^{١١٣٦} و من المعلوم^{١١٣٧} أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن

^{١١٣٢}. مفتاح الكرامة ٤: ١٦٨.

^{١١٣٣} لفظ بدون شرايط اگر با علم به عدم رضایت مگر بر اساس صحت معامله باشد، معاطات محقق نمی شود. اگر با علم به رضای مالک در تصرف باشد -چه معامله صحیح باشد و چه فاسد-، معاطات است و فرقی ندارد که رضایت از اول مطلق بوده است یا بعد علم به فساد حاصل شده باشد.

^{١١٣٤} جمع مرحوم سید نسبت به دو فتوا: اگر قصد انشاء تملیک بدون تقيید به صحت و لزوم باشد، معاطات محقق است و اگر قصد انشاء تملیک مقید به صحت و لزوم است، معاطات رخ نمی دهد.

^{١١٣٥} در مقام نقد جمع ادعا شده (توضیح کلمات علماء و جمع بین آنها باید با عبارات ایشان سازگار بوده و محل بحث آنها خارج نباشد).

^{١١٣٦} انشاء دیگر با فعل یا ... خارج از بحث است.

^{١١٣٧} اشکال به جمع: (١) گفته شد تحقق معاطات با رضایت از اول امر: مستلزم بقاء اذن با فرض نفی تملیک است، در حالی که دلیلی بر این رضایت وجود ندارد تا با آن معاطات ثابت شود. رضایتی که ثابت بود، رضایت مقید به تملیک بیعی بود (مقدار معلوم و محرز) و مراد علماء رضایت به معاطات است -نه بیع مقید ملک لازم-. (٢) گفته شد تراضی جدید بعد علم به فساد: اولاً انشاء جدید است و از

التملیک بعد فرض انتفاء التملیک، و الموجود بعده إن كان إنشاءً آخر فی ضمن التقابض خرج عن محلّ الکلام؛ لأنّ المعاطاة حينئذٍ إنّما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنّک عرفت أنّ ظاهر کلام الشہید و المحقّق الثانیین حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهمه بقصد البیع و بنفس الصیغه الخالیة عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

و منه یعلم: فساد ما ذکره من حصول المعاطاة بتراضٍ جدید بعد العقد غیر مبنيّ علی صحّة العقد.

محل بحث خارج علماء خارج است. ثانياً ظاهر کلام حصول معاوضه با همان عقد فاسد است -نه رضایت و تقابض بعدی- . ثالثاً تراضی انشاء دیگر باشد که مراد نیست و خارج از بحث است و اگر انشاء دیگر نیست، همان عقد سابق صحیح باید باشد تا اثر کند و در نتیجه تراضی جدید مبتنی بر صحت عقد است. (عبارت «و منه یعلم فساد...»). رابعاً تراضی جدید اختصاص به فرض علم به فساد دارد در حالی که کلام علماء مطلق است و شامل فرض عدم علم به فساد یا عدم تراضی جدید نیز می شود. خامساً تراضی جدید حادث بعد از عقد اگر غیر معاطاتی و معاوضی باشد و اذن مجانی بدون عوض باشد که معاطات نیست و خارج از بحث است و اگر معاوضی و به قصد تملیک است، فرقی با تراضی حین عقد فاسد ندارد و چه فرقی بین آنهاست که حین العقد مفید معاطات نیست و بعد از آن مفید معاطات است؟ (ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۱۸۸). در نتیجه کلام علماء قابل حمل بر چنین معنایی نیست.

ثم إنَّ ما ذكره من التراضى الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أنَّ كلام الجميع مطلق يرد عليه:

أنَّ هذا التراضى إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد:

فإن كان لا على وجه المعاطاء، بل كلَّ منهما رضى بتصرّف الآخر فى ماله من دون ملاحظه رضا صاحبه بتصرّفه فى ماله، فهذا ليس من المعاطاء، بل هى إباحه مجانيه من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا، و لا يكفى فيه عدم العلم بالرجوع؛ لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال، و لا يترتب عليه أثر المعاطاء: من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع^{١١٣٨}، و إن كان على وجه المعاطاء فهذا ليس إلّا التراضى السابق على ملكية^{١١٣٩} كلِّ منهما لمالك الآخر، و ليس تراضياً جديداً؛ بناءً على أنَّ المقصود بالمعاطاء التملك كما عرفته من كلام المشهور^{١١٤٠} خصوصاً المحقق الثانى^{١١٤١} فلا يجوز

^{١١٣٨}. فى غير «ف» و «ش» زيادة: «أو مع ثبوت أحدهما»، إلّا أنّه شطب عليها فى «ن» و «م».

^{١١٣٩} «على الملكية» متعلق به تراضى -نه سابق-.

^{١١٤٠}. راجع الصفحة ٢٥ و ما بعدها.

^{١١٤١}. تقدّم كلامه فى الصفحة ٣٢.

له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود:- «إن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي تدخل في المعاطاة»^{١١٤٢} التراضي^{١١٤٣} الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة^{١١٤٤}.

[تفصيل الكلام في صور المساله. ١- التقابض بغير رضی منهما بالتصرف]

و تفصيل الكلام: ^{١١٤٥} أن المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط: ^{١١٤٦} [١] إما أن يقع تقابضهما^{١١٤٧} بغير رضاً من كل منهما في تصرف الآخر بل حصل قهراً عليهما أو على

^{١١٤٢}. تقدم في الصفحة ١٠٧.

^{١١٤٣} مفعول برای «يريد».

^{١١٤٤} تراضي جديد غير معاوضي نمی تواند مرادش باشد. مراد همان تراضي سابق معاوضي است و در نتیجه جمع ذکر شده بر اساس تراضي جديد باطل است.

^{١١٤٥} بیان شقوق مختلف و حق در مساله (اهمیت تفکیک شقوق مهم فقهی در فهم بهتر مساله و رسیدن به جواب صحیح).

^{١١٤٦} با این فرض که مفید ملک لازم نیست.

^{١١٤٧} چرا به تقابض اشاره شده است؟ شاید به این دلیل که قبل از قبض تصرف در کالا امکان ندارد و محل بحث کشف جواز یا حرمت تصرف است. / نقد: محل بحث تحقق معاطات است -نه جواز یا حرمت تصرف-.

أحدهما، و إجباراً على العمل بمقتضى العقد^{١١٤٨} فلا إشكال في حرمة التصرف في
المقبوض على هذا الوجه.^{١١٤٩}

^{١١٤٨} این قهر و اجبار شاید از ابتدا بوده است، چرا که به دلیل مشکل مالی مجبور به فروش کالا شده و خریدار هم بزخری کرده است یا قهر و اجبار بعد از عقد و با پشیمانی از عقد حاصل شده است. در فرض اول ممکن است گفته شود از ابتدا معامله باطل است و در فرض دوم ممکن است ادعا شود معامله از ابتدا صحیح بوده است، اما با توجه به جواز معاطات، از حق رجوع استفاده شده است.

^{١١٤٩} چرا معاطات محقق نمی شود؟ (۱) رضایت عقدی نسبت به بیع مفید ملک لازم بوده است و رضایتی به تصرف جدای از آن وجود ندارد. بیع مفید ملک لازم محقق نمی شود و در نتیجه معاطات محقق نمی شود یا در فرض پشیمانی محقق شده و رجوع رخ داده است (نقد: معاطات در فرض اباحه شرعی یا ملک جایز عقدی است که تابع قصد نیست). (۲) ادله صحت معاطات شامل این قسم نمی شود، چرا که بنابر ملک جایز یا اباحه جایز، اجماع یا سیره که ادله لبی هستند صحت آن را افاده می کنند و قدرمتیقن این ادله شامل این فرض نمی شود. اباحه شرعی فقط در فرض رضایت به تصرف ثابت است.

[۲ - التقابض برضی ناشئ عن اعتقاد الملكية]

[۲] و کذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلٍّ منهما على ملكية الآخر^{۱۱۵۰} اعتقاداً^{۱۱۵۱} أو تشريعاً^{۱۱۵۲} كما في كل قبض وقع على هذا الوجه؛^{۱۱۵۳} لأنَّ حيثية كون القابض مالکاً مستحقاً لما يقبضه جهةً تقييدية^{۱۱۵۴} مأخوذة في الرضا ينتفى بانتفائها في الواقع، كما في نظائره.

و هذان الوجهان ممَّا لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين.^{۱۱۵۵}

[۳] كما أنَّه لا إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التملیک ليكون معاطاةً صحيحةً عقيب عقد فاسد.^{۱۱۵۶}

^{۱۱۵۰} بنابر این که معاطات مفید اباحه باشد یا ادعا شود که قصد تملیک لازم داشته اند در حالی که معاطات مفید ملک جایز است.

^{۱۱۵۱} به دلیل جهل به فساد شرعی.

^{۱۱۵۲} با علم به فساد شرعی به قصد تشریع و قانون گذاری تملیک کند.

^{۱۱۵۳} ملکیت قابض.

^{۱۱۵۴} قید متعلق رضایت است.

^{۱۱۵۵} چرا معاطات محقق نمی شود؟ همان بیانهایی که در ذیل قسم اول مطرح شد، در مورد این قسم نیز قابل طرح است.

^{۱۱۵۶} معاطات با الفاظ فاقد شرط یا با قبض و اقباض محقق شده است.

[۳ - الرضا بالتصرّف مستقلاً عن العقد]

[۴] و^{۱۱۵۷} أما إن وقع الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لإنشاء التملك، بل وقع مقارناً لاعتقاد الملكية الحاصلة، بحيث لولاها لكان الرضا أيضاً موجوداً، و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف، و أوقعا العقد الفاسد وسيلة له و يكشف عنه أنه 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:

^{۱۱۵۷} خصوصیات این قسم : مقارن اعتقاد به ملکیت، رضایت تصرف بعد از عقد وجود دارد، بدون این که رضایت مبتنی بر عقد سابق باشد، و رضایت مرکوز بلکه شانی وجود دارد. اما نسبت به انشاء عقد دو احتمال در عبارت وجود دارد : (۱) انشاء صحیح برای عقد معاطات رخ نمی دهد. انتهای عبارت این تنبیه شاید شاهد بر این احتمال باشد. (نقد مرحوم سید : تحقق معامله محتاج انشاء قولی یا فعلی است). (۲) معاطات با الفاظ فاقد شرط انشاء شده است و صحت آن موقوف بر وصول و رضایت است. (چه وجهی برای توقف صحت بر وصول وجود دارد؟ شاید سیره که در ادامه به آن اشاره می شود).

[شروط الصورة الثالثة. ۱- كفاية الرضا الارتكازي] ۱۱۵۸

الأول: ۱۱۵۹ كفاية هذا الرضا المركوز في النفس، ۱۱۶۰ بل الرضا الشأني ۱۱۶۱؛ لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره، وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية

۱۱۵۸. عنوان چاپ کنگره اصلاح شده.

۱۱۵۹ رضایت مشروط در تحقق معاطات اعم از رضایت موجود بالفعل، رضایت موجود مرکوز و رضایت شانی باشد. راه یافتن محدوده رضایت مشروط در تحقق معاطات، بررسی ادله ای است که رضایت را شرط تحقق عقد دانسته اند - مثل روایت طیب نفس یا تجاره عن تراض - (مرحوم سید: برای تحقق عقد معاطاتی، رضایت موجود فعلی لازم است).

۱۱۶۰ در ارتکاز وجود دارد ولو به تفصیل در ذهن فعلیت ندارد.

۱۱۶۱ به آن توجهی نشده است و اساسا در ارتکاز نیز وجود ندارد، ولی اگر به آن ملتفت شود، راضی خواهد شد. به عنوان مثال وقتی گفته می شود شما از تمام وسائل مدرسه می توانید استفاده کنید، رضایت نسبت به استفاده از استکان در ارتکاز موجود است، اما رضایت نسبت به استفاده مهمان از وسائل مورد توجه نبوده و در ارتکاز وجود ندارد - هر چند گوینده اگر به آن ملتفت شود، به آن راضی خواهد شد -

ذلك^{١١٦٢}، و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره^{١١٦٣} إلى هذا؛^{١١٦٤} و لعلّه لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس^{١١٦٥}.

^{١١٦٢}. الظاهر هو المحقق التستري، انظر مقابس الأنوار: ١٢٨

^{١١٦٣}. يعني به ما أفاده السيّد العاملي بقوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر .. إلخ» المتقدم في

الصفحة ١٠٨.

^{١١٦٤} مراد از كلام متقدم: (١) كلام محقق ثانی: مع التراضی تدخل فی المعاطات. (٢) كلام جمع کننده:

مع الرضا من اول الامر.

^{١١٦٥} اگر رضایت مرکوز و رضایت شانی متحد و یکسان هستند، چرا در ابتدای بحث آنها را با «بل» از

یکدیگر تفکیک کرد. اگر با یکدیگر اختلاف دارند، پس چرا در اینجا به جای اشاره به رضایت شانی،

رضایت مرکوز را بیان کرده است؟

[۲ - عدم اشتراط الانشاء بالقبض في المعاطاة]

الثاني: أنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض،^{۱۱۶۶} بل و لا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كلٍّ من العوضين إلى مالك الآخر،^{۱۱۶۷} و الرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور^{۱۱۶۸}.

و فيه إشكال:

^{۱۱۶۶} اگر تحقق معاطات مشروط به انشاء اباحه یا تمليك باشد، گفته می شود در مقام معاطات انشاء نشده است، بلکه بیع مفید ملک لازم انشاء شده است و لذا معاطات محقق نمی شود. (اگر در معاطات اباحه مالکی ادعا شود، انشاء اباحه شرط است؛ لکن اباحه شرعی ادعا شده است که با قصد بیع محقق می شود).

^{۱۱۶۷} ۱. چرا تحقق معاطات با انشاء لفظی فاقد صیغه مورد اشاره قرار نگرفته است؟ ۲. به جای استعمال تقابض از وصول استفاده شده است تا شامل مواردی که کالا بدون قبض و اقباض در اختیار شخص قرار می گیرد نیز بشود. (نقد: محل بحث تحقق معاطات به صرف انشاء لفظی فاقد شرایط است و وصول یا عدم وصول مدنظر نیست).

^{۱۱۶۸} رضایت مقارن عقد فاسد.

من ١١٦٩ أن ظاهر محلّ النزاع بين العامّة و الخاصّة هو العقد الفعلي كما ينبى عنه قول العلّامة رحمه الله في ردّ كفاية المعاطاء في البيع ١١٧٠:- إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد ١١٧١، و كذا استدلال المحقّق الثاني على عدم لزومها:- بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة ١١٧٢، و كذا ما تقدّم من الشهيد رحمه الله في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاء لا يقوم مقام القول، و إنّما يفيد الإباحة ١١٧٣، إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، و كذا كلمات العامّة، فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى ١١٧٤.

١١٦٩ وجه بطلان: فعل معيار صحت معاطات است.

١١٧٠ استدلال تنها ناظر به عقد فعلى است و در نتیجه ايشان معاطات را منحصر در عقد فعلى مى دانسته است.

١١٧١. التذكرة ١: ٤٦٢.

١١٧٢. جامع المقاصد ٤: ٥٨.

١١٧٣. القواعد و الفوائد ١: ١٧٨، القاعدة ٤٧.

١١٧٤. راجع الصفحة ٢٧.(چاپ کنگره)

و من ۱۱۷۵ أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطی فی کلماتهم لمجرّد الدلالة علی الرضا، و أنّ عمده الدلیل علی ذلك هی السیره؛^{۱۱۷۶} و لذا تعدّوا إلی ما إذا لم یحصل إلّا قبض أحد العوضین، و السیره موجوده فی المقام أيضاً فإنّ بناء الناس علی أخذ الماء و البقل^{۱۱۷۷} و غیر ذلك من الجزئیات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس فی الموضع المعدّ له، و علی دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس فی كوز الحمامی.

^{۱۱۷۵} وجه صحت : معیار رضایت بر نقل و انتقال است با وصول. مراد علماء از تعاطی، اعطاء و اخذ نیست، بلکه مجرد رضایت است.

^{۱۱۷۶} در سیره با صرف تحقق وصول و رضایت، معاطات رخ می دهد. (نقد : در این موارد انشاء رخ داده است).

^{۱۱۷۷} سبزی.

۱۱۷۸ فالمعيار فى المعاطاة: ۱۱۷۹ وصول المالىن أو أحدهما مع التراضى بالتصرف، و هذا لیس
ببعید على القول بالإباحة ۱۱۸۰. ۱۱۸۱

۱۱۷۸ با توجه به سیره و محدودده آن پس معیار

۱۱۷۹ با این فرض که انشاء لفظی فاقد شروط رخ داده است یا بدون انشاء لفظی مراد است؟ همان دو
احتمالی است که در ابتدای این فرض مورد اشاره قرار گرفت. البته با توجه به مثالهای ذکر شده ظهور
قوی تر عدم انشاء با لفظ مراد است که در این فرض از محل بحث خارج خواهد بود.

۱۱۸۰ چه فرقی بین معاطات مفید ملک و معاطات مفید اباحه وجود دارد؟ (۱) تحقق اباحه با رضایت
راحت تر است تحقق ملکیت است که مئونه زانده دارد. (۲) مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۸۹: سیره بیش از
اباحه تصرف را افاده نمی کند و نمی توان با سیره بر تصرف، ملکیت را نتیجه گرفت. (۳) قصد ملک
اثر نکرده و صرفاً رضایت به تصرف، اباحه را نتیجه می دهد. (نقد مرحوم سید: اباحه مالکی معاطات
بیع نیست و نباید احکام معاطات را داشته باشد).

۱۱۸۱ مرحوم سید: قسم اصلی که معاطات است، از قلم افتاده است و آن قصد تملیک و انشاء تراضی به
تصرف با لفظ غلط بدون تقیید به صحت و لزوم است (مقصود اصلی اباحه تصرف است).