

بسم الله الرحمن الرحيم

شرح المطالب في شرح المكاسب

(شرح فارسي مكاسب شيخ انصاري)

جلد ٥

نويسنده:

سید محمد جواد ذهنهی تهرانی

ساخت و تدوین فایل pdf :

www.adabiat-arab.blog.ir

{@hozebook}

متن:

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين، و لعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين.

كتاب البيع

و هو في الأصل كما عن المصباح المنير مبادلة مال بمال و الظاهر اختصاص الموضع بالعين، فلا يعم ابدال المنافع بغيرها، و عليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع.

نعم ربما يستعمل في الكلمات بعضهم في نقل غيرها.

بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر، و بيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها. و كأخبار بيع الأرض الخارجية و شرائها.

و الظاهر أنها مسامحة في التعبير، كما أن لفظة الإجارة تستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة.

و أما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة كما في غير موضع من القواعد و التذكرة و جامع المقاصد. و لا يبعد عدم الخلاف فيه.

نعم نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه.

و لعله لما اشتهر في كلامهم: من أن البيع لنقل الأعيان.

و الظاهر ارادتهم بيان المبيع.

نظير قولهم: إن الإجارة لنقل المنافع.

و أما عمل الحر فإن قلنا: إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال، و إلا ففيه إشكال:

من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

ترجمه:

بنام خداوند بخشنده مهربان

حمد و سپاس سزاوار خداوندی است که پروردگار مخلوقات است و درود قلبی و زبانی بر محمد و آل او که پاکان هستند و لعنت خدا بر دشمنان ایشان تا روز قیامت باد.

كتاب بيع و تجارت

[بيع از نظر اهل لغت و فقهاء]

بيع آنطوری که از کتاب مصباح المنیر نقل شده در اصل عبارتست از معاوضه کردن مالی بهمالی دیگر و از ظاهر این عبارت استفاده می‌شود که در بيع موضع باید عین باشد از اینرو به ابدال منافع به غیرشان بيع نگفته و این معامله شامل آن نمی‌شود.

و بر همین معنا اصطلاح فقهاء در بيع مستقر گردیده.

بلی، بسا در کلمات برخی از ایشان بيع در نقل غیر اعیان نیز استعمال می‌شود، بلکه اینمعنا از بسیاری اخبار همچون خبری که دلالت بر جواز بيع خدمت مملوک مدبر و جواز بيع سکنای خانه‌ای که صاحبش معلوم نیست دارد، ظاهر

می‌شود.

و نیز مانند اخباری که در بیع و شراء اراضی خراجیه وارد شده‌اند.

ولی ظاهراً تعبیر به «بیع» در این روایات از باب مسامحه در تعبیر است چنانچه لفظ «اجاره» عرفاً در نقل برخی از اعیان همچون میوه بر درخت استعمال می‌شود.

و اما عوض:

بدون اشکال می‌توان آنرا منفعت قرار داد چنانچه در موضع عدیده از کتاب قواعد و تذکره و جامع المقاصد اینطور نقل شده و بعدی ندارد که در آن اختلاف نباشد.

بلی، به برخی از اعیان و بزرگان نسبت خلاف در اینمسئله داده شده است و شاید منشاء آن عبارتی است که در تعبیرات و کلمات علماء مشهور شده و گفته‌اند:

بیع برای نقل اعیان وضع و جعل شده.

ولی این عبارت نباید منشاء اشباه بشود زیرا علی الظاهر فقهاء مقصودشان از «اعیان» مبیع است نه عوض آن نظیر اینکه می‌فرمایند:

اجاره برای نقل منافع وضع و جعل شده.

و مرادشان معوض و مستأجر عليه می‌باشد.

و اما عمل حر:

اگر قائل شویم که عمل حر پیش از معاوضه بر آن از اموال محسوب می‌شود در آن اشکالی نبوده و بدون تردید می‌توان آنرا عوض در بیع قرار داد ولی در غیر اینصورت مورد اشکال و تأمل است.

و وجه اشکال آنستکه:

احتمال می‌دهیم عوضین در بیع پیش از معاوضه مال باشند و دلیل بر آن کلامی است که قبل از مصباح المنیر نقل نمودیم.

شرح مطلوب

قوله: و هو في الاصل: ارباب فن فرموده‌اند:

اگر فقیه بفرماید فلان کلمه در اصل دارای معنای کذاقی دارد مقصود از

«اصل» علم لغت است ولی اگر لغوی اینکلمه را استعمال نماید مرادش واقع و نفس الامر است.

قوله: كما عن المصباح المنیر: این کتاب، از کتب لغت معتبر بوده و مؤلف آن فیومی است.

قوله: مبادلة مال بمال: کلمه «مبادله» یعنی معاوضه و مقصود از «مال» معوض و مبیع بوده و از «بمال» عوض و گمن می‌باشد.

قوله: و الظاهر اختصاص المعوض بالعين: یعنی و الظاهر من کلام المصباح ولی صحیح آنستکه مراد:

و الظاهر من کلمه «البیع» می‌باشد چنانچه مرحوم سید یزدی در شرح فرموده.

قوله: فلا یعم ابدال المنافع بغيرها: ابدال منفعت به غیر منفعت مثل اینکه:

زید خانه‌ای را بمدت یکسال اجاره کرده و بدین ترتیب مالک منفعت سکنای خانه بمدت یکسال شده حال اگر آنرا به فرشی یا متابع دیگر مبادله نمود یعنی منفعت مزبور را منتقل به عمرو کرد و در قبلش از وی فرش یا متابع دیگر گرفت این مبادله را بیع نمی‌گویند.

قوله: و علیه استقر اصطلاح الفقهاء: ضمیر در «علیه» به اختصاص الموضع بالعين راجع است.

قوله: فی نقل غیرها: یعنی غیر اعیان.

قوله: بل يظهر ذلك من كثیر من الاخبار: مشار اليه «ذلك» استعمال بيع در نقل غير اعیان می‌باشد.

قوله: كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر: مقصود خبر ابی مریم است این خبر را مرحوم صدوق در کتاب فقیه ج (۳) ص (۷۲) باین شرح نقل فرموده:

روی ابان عن ابی مریم، عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

سئل عن الرجل يعتقد جاريته عن دبر ايطاها ان شاء او ينكحها او يبيع خدمتها حياته؟ قال: نعم اى ذلك شاء فعل.

مؤلف گوید:

بيع و فروش خدمت مملوك مدبر چنین است:

مثالاً زید مملوک دارد و او را تدبیر می‌کند یعنی بوی می‌گوید: انت حر دبر مماق (تو بعد از مرگ من آزادی) و حکم آن اینسته تا زید زنده است مملوک، ملک وی بوده ولی بعد از فوت او از ثلث مالش آزاد می‌شود چون تدبیر در زمرة وصایای میت است و به تصویرت تا مادامیکه زید زنده است هم مالک عین مملوک بوده و هم منفعتش مال او است حال اگر زید به عمرو بگوید: خدمت یکماهه این مملوک را بتوه فلان مبلغ فروختم و عمرو هم بگوید قبول کردم از این معامله به بیع خدمت مملوک مدبر نام می‌برند.

قوله: و بيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها: یعنی و كالخبر الدال على جواز بيع سكنى الدار.

مؤلف گوید:

مقصود از این خبر، روایتی است که مرحوم صاحب وسائل آنرا در ج (۱۲) ص (۲۵۰) باین شرح نقل فرموده:

محمد بن الحسن باسنداش، از حسن بن محمد بن سماعه، از علی بن رئاب و عبد الله بن جبله، از اسحق بن عمار، از عبد صالح علیه السلام قال:

سئلته عن رجل في يده دار ليست له و لم تزل في يده و يد آبائه من قبله قد اعلمه من مضى من آبائه انها ليست لهم و لا يدرؤن ملن هى، فيبيعها و يأخذ ثمنها؟

قال: ما احب ان يبيع ما ليس له.

قلت: فانه ليس يعرف صاحبها و لا يدرى ملن هى و لا اظنه يجيئ لها رت ابدا.

قال: ما احب ان يبيع ما ليس له.

قلت: فيبيع سكناتها او مكانها في يده، فيقول: ابيعك سكنای و تكون في يدك كما هي في يدي.

قال: نعم يبيعها على هذا.

قوله: و كاخبار بيع الارض الخراحية و شرائهما: اراضی خراجیه قابل بیع و شراء نبوده مگر به تبع آثار و منافع آنها پس به نقل آثار و منافع اطلاق بیع و شراء شده.

مؤلف گوید:

از جمله این اخبار، حدیثی است که مرحوم صاحب وسائل آنرا در ج (۱۲)

ص (۲۷۵) باین شرح نقل فرموده:

محمد بن الحسن، باسناش، از حسن بن محمد بن سماعة، از عبد الله بن جبلة، از علی بن الحارث، از بکار بن ابی بکر، از محمد بن شریح قال:

سئلت ابا عبد الله علیه السلام، عن شراء الارض من ارض الخراج فكرهه و قال:

اما ارض الخراج للمسلمين، فقالوا له:

فانه يشتريها الرجل و عليه خراجها، فقال:

لا بأس الا ان يستحيي من عيب ذلك.

قوله: و الظاهر انها مسامحة في التعبير: ضمیر در «انها» به کلمات بعضهم راجع است.

قوله: في نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة: مثلاً مَنْ گويند میوه‌های درختان این باغ را اجاره دادیم در حالیکه منظور فروش میوه‌ها می‌باشد.

قوله: و لا يبعد عدم الخلاف فيه: ضمیر در «فيه» به جواز کون العوض منفعة راجع است.

قوله: الى بعض الاعيان: طبق فرموده بعضی مقصود مرحوم وحید بهبهانی می‌باشد.

قوله: و لعله لما اشتهر في كلامهم: ضمیر در «لعله» به خلاف مرحوم بهبهانی راجع است.

قوله: و اما عمل الحر: يعني و اما اینکه بتوان عمل حر را عوض بیع قرار داد.

مؤلف گوید:

مثلاً زید خیاطی را اجیر نمود تا لباسش را بدوزد و اجرت وی را ۱۰۰۰ تومان قرار داد پس عمل خیاطت خیاط بمبلغ هزار تومان ارزش دارد حال اگر زید از عمرو متاعی را که وی می‌خواهد آنرا به هزار تومان بفروشد خرید و ثمن و عوضش را عمل خیاطت خیاط قرار داد باین معنا که عمرو متاع را به زید بدهد و در عوض مالک عمل خیاط شود در اینجا گویند عمل حر را عوض بیع قرار داده‌اند.

قوله: انه قبل المعاوضة عليه من الاموال: ضمیر در «انه» به عمل حر راجع است.

قوله: من حيث احتمال اعتبار البخ: بیان است برای وجه اشکال.

قوله: يدل عليه: ضمیر در «عليه» به اعتبار کون العوضین في البيع مالا راجع است.

متن:

و اما الحقوق فان لم تقبل المعاوضة بمالا حق الحضانة و الولاية فلا اشكال و كذا لو لم تقبل النقل حق الشفعة و حق الخيار، لان البيع ۶ ملیک الغیر.

و لا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه، لانه لا مانع.

من كونه ملیکاً فيسقط، ولذا جعل الشهید في قواعده الإبراء مردداً بين الإسقاط والتسلیک.

و الحال: أنه يعقل أن يكون مالكاً ما في ذمته فيؤثر ملیکه السقوط، ولا يعقل أن يتسلط على نفسه.

و السر أن الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنه نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه فافهم.

و أما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير، و نحوه فهي و إن قبلت النقل و قوبلت بالمال في الصلح إلا أن في جواز وقوعها عوضا في المبيع اشكالا: من أخذ المال في عوضي المبادعة لغة و عرفا، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين و لما يصح ان يكون اجرة في الاجارة في حصر الثمن في المال.

ترجمه:

حكم عوض قرار دادن حقوق

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

اما عوض قرار دادن حقوق، می گوئیم:

اگر حق را بتوان با مال معاوضه کرد همچون حق الحضانه و حق الولايه البته اشکال و تردیدی نیست که عوض قراردادنش صحیح است.

و نیز اگر حق قبول نقل و انتقال نکند نظیر حق الشفعه و حق الخيار باز اشکال و تردیدی نیست که نمی توان آنرا عوض در بيع قرار داد زیرا بيع تملیک غیر است و

وقتی فرض کردیم عوض قابل نقل و تملیک به غیر نیست چطور بتوان آنرا عوض قرار داد.

نقض و جواب از آن

اما نقض:

ممکنست گفته شود اگر باستناد اینکه بيع چون تملیک غیر است نمی توان حق شفعه و حق الخيار را که قابل تملیک و نقل نیستند عوض قرارداد گوئیم:

پس چطور دینی را که بر عهده شخص است باو می فروشنند با اینکه آن نیز قابل تملیک و نقل نیست زیرا معقول نیست که شخص مالک ما فی الذمه خود بشود.

اما جواب:

نقض به بيع دین صحیح نیست زیرا مانع ندارد که این بيع تملیک بوده و نتیجه اش اسقاط ذمه شود و لذا مرحوم شهید اول در کتاب قواعدش ابراء را مردد بین اسقاط و تملیک دانسته.

و حاصل کلام آنکه مالک شدن شخص نسبت به ما فی الذمه اش امری است معقول و اثر آن سقوط ذمه می باشد و آنچه غیر معقول تلقی می شود آنستکه شخص بر نفس خویش مسلط و مستولی گردد و حقی بر خود پیدا نماید و سر آن اینستکه حق سلطنتی است فعلی که معقول نیست دو طرف آن به شخص واحدی قائم باشد یعنی یکنفر هم ذو حق و هم به علیه الحق باشد بخلاف ملك که آن نسبت و اضافه ای است بین مالک و مملوک و هیچ احتیاجی به من يملك عليه ندارد تا موجب امر مستحیلی که اتحاد مالک و مملوک عليه باشد گردد.

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

و اگر حق از حقوقی بوده که قابل انتقال می باشد همچون حق التحجير و نظیر آن باید بگوئیم:

این قبیل حقوق اگرچه نقل را قبول کرده و در مثل صلح در مقابل مال واقع می‌شوند ولی در عین حال مشکل بتوان آنها را عوض در بیع قرار داد و وجه اشکال آنستکه:

در بیع از نظر لغت و عرف عوضین باید مال بوده و این معنا در آنها اعتبار و لحاظ گردیده از این گذشته فقهاء وقتی شروط عوضین را متعرض شده و نیز شیئی که در اجاره صحیح است اجرت واقع شود را بیان می‌کنند، از ظاهر کلماتشان بدست می‌آید که ثمن و عوض منحصر در مال می‌باشد.

شرح مطلوب

حاصل فرموده مصنف در این عبارات اینستکه:

حقوق بر سه دسته هستند:

الف: حقوقی که قابل معاوضه و اسقاط نیستند مانند: حق الولاية و حق الحضانة چه آنکه دارنده ایندو حق نه می‌تواند ایندو را با متعای یا مال معاوضه نموده و نه حق اسقاط آنها را دارند مثلاً پدر که بر فرزند ولایت دارد می‌تواند این حق خود را اسقاط کند چنانچه حق الحضانی را که مادر دارد قابل اسقاط نیست و همچنین نه پدر و نه مادر قادر نیستند حق خود را معاوضه کنند مثلاً پدر به کسی دیگر همچون شخص اجنبي بگوید ولایتی را که بر فرزندم دارم با تو معاوضه کرده در مقابل ده هزار تومان.

ب: حقوقی که قابل اسقاط بوده اما نقل و انتقال را قبول نمی‌کنند مانند: حق الشفعه و حق الخيار چه آنکه شفیع و صاحب خیار می‌توانند حق خود را اسقاط کرده ولی نمی‌توانند آنها را با مال و متعای معاوضه نموده و بدین ترتیب بدیگری انتقال دهند.

ج: حقوقی که هم قابل اسقاط بوده و هم قابل انتقال مانند حق التحجير چه آنکه شخص وقتی بواسطه سنگچین نمودن بدور زمین موافق حق اولویت پیدا کرد می‌تواند این حق را اسقاط نموده یا بدیگری نقل دهد.

اما حکم این حقوق:

در قسم اول و دوم هیچ اشکال و تردیدی نیست که نمی‌توان آنها را عوض در بیع قرار داد.

و اما در قسم سوم اشکال و تردید است.

قوله: حق الحضانة: یعنی حقی که شارع مقدس برای مادر قرار داده و او را در نگهداری و پرورش فرزند صاحب حق نموده لذا مدت شیرخوارگی مادر بفرزند اولویت داشته و پدر نمی‌تواند او را از وی بگیرد چه فرزند مذکور بوده و چه مؤنث باشد ولی بعد از اینمدت در صورتیکه فرزند مؤنث باشد مادر تا هفت سال باو از پدر اولویت دارد و در صورتیکه فرزند پسر باشد پس از آنکه او را از شیر گرفته باشد باو اولی و سزاوارتر است.

قوله: و الولاية: مثل حق ولایت پدر، جد و حاکم شرع.

قوله: فلا اشکال: یعنی فلا اشکال في عدم كونه عوضا في البيع.

قوله: و كذا لو لم تقبل النقل الخ: یعنی و كذا لا اشکال في عدم كونه عوضا في البيع.

قوله: كحق الشفعه: عوض قرار دادن حق الشفعه باين نحو است:

زید با عمرو در خانه‌ای شریک است حال اگر زید سهم خود را به بکر فروخت عمر و صاحب حق شفعه شده و می‌تواند با گفتن اخذت بالشفعه سهم فروخته شده به بکر را از وی گرفته و پول او را بموی بدهد حال عمر و که صاحب این حق است اگر متعای را از خالد خرید و عوض آنرا حق الشفعه‌ای قرار داد که مالکش می‌باشد این بیع باطل است زیرا حق الشفعه قابل نقل بدیگری نیست.

قوله: و حق الخيار: مثل خيار غبن يا خيار عيب و عوض قرار دادن ايندو در بيع باين نحو است:

زيد متعاعی را از عمرو می خرد و آن مثلا معیوب بوده يا بقیمت بیش از قیمت متعارف باو داده می شود و بدین ترتیب زید صاحب خیار عیب یا غبن می باشد حال اگر زید در معامله با بکر که از وی متعاعی را خریده خیاری را که مالکش هست بعنوان عوض قرار دهد این معامله باطل است زیرا این قبل از حقوق (خیار) قابل نقل و انتقال نمی باشد.

قوله: و لا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه: تصویر بيع دین علی من هو عليه باین نحو است:

زيد از عمرو مبلغ هزار تومان طلب دارد حال از وی متعاعی را که هزار تومان ارزش دارد خریده و عوض و ثمن آنرا همان دین قرار می دهد، بنابراین عمرو با دادن

متعاعی به زید مالک دین یعنی ما فی الذمه خود شده و در نتیجه ذمه اش ساقط می گردد.

قوله: من كونه تمليكا: ضمير در «كونه» به بيع الدين راجع می باشد.

قوله: فيسقط: يعني فيسقط الدين.

قوله: و لذا جعل الشهيد الخ: کلمه «لذا» یعنی و بخاطر اینکه مانع نیست از اینکه بیع دین تمليك باشد.

قوله: انه يعقل ان يكون مالكا: ضمير در «انه» بمعنای «شأن» می باشد.

قوله: فيؤثر تمليكه السقوط: کلمه «تمليکه» فاعل است برای «یؤثر» و «السقوط» مفعول آن می باشد و ضمير مجروری در «تمليکه» به ما فی ذمته راجع است.

قوله: و لا يعقل ان يتسلط على نفسه: يعني و لا يعقل ان يتسلط الشخص على نفسه باینمعنا که هم من له الخيار بوده و هم من عليه الخيار.

قوله: لا يعقل قيام طرفيها: ضمير مؤنث در «طرفیها» به حق برمنی گردد و تأثیث آن باعتبار سلطنت بوده و مراد از «طرفیها» من علیه الحق و من له الحق می باشد.

قوله: فانه نسبة: يعني فانه اضافة.

قوله: فافهم: طبق فرموده مرحوم سید یزدی شاید اشاره باشد باینکه ملکیت نسبت بین مالک و مملوک نبوده بلکه نفس سلطنت خاصه است که لازمه اش این علقة و اضافة می باشد.

قوله: من اخذ المال في عوض المبايعة: بيان است برای وجه اشكال.

متن:

ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشرعة بل هو باق على معناه العرف كما سنوضحه ان شاء الله تعالى.

إلا أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اختلفوا في تعريفه.

وفي المبسط والتذكرة وغيرهما: انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي.

و حيث إن في هذا التعريف مسامحة واضحة عدل آخرون إلى تعريفه: بالإيجاب والقبول الدالين على الانتقال.

و حيث إن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ مجرد، أو بشرط قصد المعنى، و إلا لم يعقل انشاؤه باللفظ: عدل جامع المقاصد إلى تعريفه: بنقل العين بالصيغة المخصوصة.

و يرد عليه مع أن النقل ليس مرادفا للبيع، و لذا صرح في التذكرة بأن ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت، و جعله من الكنایات و أن المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة: أن النقل بالصيغة أيضا لا يعقل انشاؤه بالصيغة.

و لا يندفع هذا: بأن المراد من البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة اشارة إلى تعين ذلك الفرد من النقل، لأنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول بعث نقلت بالصيغة، لأنه ان اريد بالصيغة خصوص بعث لزم الدور، لأن المقصود معرفة مادة بعث.

و إن اريد بها ما يشمل ملكت وجب الاقتصار على مجرد التمليلك و النقل.

فالاول تعريفه: بأنه انشاء تملك عين بمال، و لا يلزم عليه شيئاً مما تقدم.

نعم يبقى عليه امور:

ترجمه:

تحقيق در اطراف تعريف بيع

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

ظاهراً برای لفظ «بيع» حقیقت شرعیه و متشرعاً وجود ندارد بلکه در شرع بهمان معنای عرف و متعارف باقی بوده و مورد استعمال واقع می شود چنانچه توضیح و شرح آن عنقریب انشاء الله خواهد آمد.

منتهی فقهاء رضوان الله تعالى عليهم در تعريف آن اختلاف داشته و هر کدام آنرا به نحوی تعريف کرده‌اند:

مرحوم شیخ الطائفه در کتاب مبسوط و علامه علیه الرحمه در کتاب تذکره و غیر ایندو بزرگوار در تعريف آن فرموده‌اند:
بيع عبارتست از انتقال عین از شخصی به غیرش در مقابل عوض معین بر وجهی که بینشان تراضی باشد.

و چون در این تعريف مسامحة واضح و آشکاری است لا جرم دیگران از این تقریر عدول کرده و در تعريفش چنین فرموده‌اند:
بيع عبارتست از ایجاب و قبولی که بر انتقال دلالت کنند.

و چون بیع از مقوله معنا بوده نه لفظ صرف و مجرد یا لفظ بشرط معنا و الا انشائش با لفظ غیر معقول می‌بود از این‌رو مرحوم محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد از این تعريف عدول نموده و فرموده است:

بيع عبارتست از نقل عین بواسطه صیغه مخصوص.

بر این تعريف دو ایجاد و اشکال وارد است:

الف: نقل مراد بیع نبوده و تعريفش بآن صحیح نیست فلاناً مرحوم علامه در کتاب تذکره تصريح فرموده باینکه ایجاد بیع با لفظ «نقلت» واقع می‌شود و آنرا از الفاظ کنائی قرار داده و همچنین تصريح فرموده باینکه معاطاً بیع است با اینکه از صیغه لفظی خالی می‌باشد.

ب: اگر حقیقت بیع را نقل عین با صیغه بدانیم معقول نیست که اینمعنا را بتوان با صیغه انشاء و ایجاد کرد چون لازمه‌اش اینستکه شیئ را با خودش انشاء کنیم.

دفع اشکال دوم

ممکنست در مقام دفع این اشکال گفته شود:

مقصود مرحوم محقق ثانی از «بیع» نفس نقل بوده که آن مدلول صیغه می‌باشد و اینکه وی نقل را مدلول صیغه قرار داد جهتش آنستکه از بین افراد نقل خواست این فروش را معین و مشخص کند نه آنکه صیغه در مفهوم بیع اخذ و اعتبار شده تا در نتیجه بگوئیم مدلول «بعت» عبارتست از نقلت بالصیغه، بنابراین ایراد دوم متوجه نمی‌باشد.

تضعیف دفع

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

این دفع صحیح نبوده و با آن ایراد و اشکال دفع نمی‌شود زیرا اگر مقصود از «صیغه» خصوص «بعت» است یعنی مرحوم محقق ثانی مرادش اینستکه:

بیع عبارتست از نقل عین بواسطه صیغه «بعت».

این تعریف دوری است زیرا مقصود و مراد معرفت و علم پیدا کردن به معنای ماده «بعت» می‌باشد پس صحیح نیست آنرا بعنوان معرف بیاوریم.

و اگر منظور از صیغه لفظی است که شامل «ملکت» نیز بوده یعنی مراد اعم از ملکت و نقلت می‌باشد باید بگوئیم پس در انشاء بیع باید بر مجرد لفظ «تملیک» و «نقل» اکتفاء شود و نتوان آنرا با الفاظ دیگر همچون «بعت» یا «جعلت لك» و امثال آن انشاء نمود در حالیکه اینطور نیست.

بنابراین اولی و سزاوار اینستکه در تعریف آن بگوئیم:

بیع عبارتست از انشاء تمیلیک عین بواسطه مال.

و پرواصلح است بر این تعریف هیچیک از اشکالات سابق الذکر وارد نمی‌شود.

بلی، ایراد و اشکالاتی نیز بر این تعریف باقی می‌ماند که ذیلاً ذکر می‌کنیم:

شرح مطلوب

قوله: بعوض مقدر: یعنی بعوض معین.

قوله: و حیث ان ف هذا التعريف مسامحة واضحة: وجه مسامحة در این تعریف آنستکه انتقال یعنی نتیجه و اثر بیع را معرف و مساوی با آن قرار داده‌اند.

قوله: و الا لم يعقل انشائه باللفظ: کلمه «و الا» یعنی و اگر از مقوله لفظ باشد انشائش با لفظ معقول نیست زیرا لفظ را با لفظ نمی‌توان ایجاد و انشاء نمود.

قوله: ليس مرادفا للبيع: زیرا نقل اعم از بيع است.

قوله: و جعله من الكنيات: ضمیر منصوبی در «جعله» به لفظ نقلت راجع است.

قوله: و ان المعطاة عنده بيع: ضمیر در «عنه» به مرحوم علامه راجع است.

قوله: و لا يندفع هذا: مشار اليه «هذا» اشکال دوم می‌باشد.

قوله: فجعله مدلول الصيغة: ضمیر منصوبی در «فجعله» به نقل به صیغه راجع است.

قوله: لا انه مأخذ في مفهومه: ضمیر در «انه» به نقل به صیغه راجع بوده و در

«مفهومه» به بیع بر می‌گردد.

قوله: لانه ان اريد الخ: ضمير در «لانه» به معنای «شأن» می‌باشد.

قوله: و ان اريد بها ما يشمل ملكت الخ: ضمير در «بها» به صیغه راجع است.

متن:

منها: أنه موقوف على جواز الایجاب بلفظ ملكت، و إلا لم يكن مرادفًا له.

و يرده أنه الحق كما سيجيئ.

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

و فيه مع ما عرفت و ستركت: من تعقل تملك ما على نفسه و رجوعه إلى سقوطه عنه نظير تملك ما هو مساوٍ لما في ذمته، و سقوطه بالتهاتر: أنه لو لم يعقل التملك لم يعقل البيع، اذ ليس للبيع لغة و عرفاً معنى غير المبادلة و النقل و التملك، و ما يساويها من الألفاظ، و لذا قال فخر الدين: إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري، فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيئاً مما يساويها فلا يعقل البيع.

و منها: أنه يشمل التملك بالمعاطة، مع حكم المشهور، بل دعوى الاجماع على أنها ليست ببيعاً.

و فيه ما سيجيئ: من كون المعاطة ببيعاً، وأن مراد الناففين نفي صحته.

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

و فيه أن التملك فيه ضميٌّ وإنما حقيقته التملك بعوض، و لذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدم على الایجاب أو تأخر و به يظهر اندفاع اليراد باتفاقه بمستأجر العين بعين، حيث إن الاستيجار يتضمن تملك العين بمالٍ يعني المنفعة.

ترجمه:

اشکالات واردہ بر تعریف اخیر بیع

از جمله این اشکالات آنستکه صحت تعریف مذبور موقوف است بر اینکه جایز باشد ایجاب بیع را با لفظ «ملكت» واقع ساخت چه آنکه در غیر اینصورت

تملیک با بیع مرادف نبوده و بعنوان معرف نمی‌توان آنرا در تعریف بیع آورد در حالیکه اینطور نبوده و بکار بردن «ملكت» در ایجاب جایز نیست.

ولی این اشکال مردود است زیرا رأى حق و نظریه صواب آنستکه استعمال «ملكت» در صیغه ایجاب جایز و بدون اشکال است.

و از جمله اشکالات، آنستکه تعریف مذبور شامل بیع دین به مدیون نمی‌شود زیرا در تعریف یاد شده بیع سبب تملیک معرفی شده در حالیکه در اینقسم از اقسام بیع شخص مدیون مالک مالی که بر عهده‌اش هست نمی‌شود.

این اشکال نیز صحیح نمی‌باشد زیرا هم قبلًا گفته‌ایم و هم عنقریب خواهیم گفت که مالک شدن انسان نسبت به ما في الذمه اش امری است معقول و مرجع آن به سقوط ذمه از او می‌باشد نظیر مالک شدن مالی که مساوی با ما في الذمه بوده و بواسطه تهاتر ساقط می‌گردد.

از این گذشته اگر تملیک معقول نباشد بیع نیز معقول نیست زیرا از نظر لغت و عرف معنائی غیر از مبادله و نقل و تملیک و آنچه مساوی با اینها است وجود ندارد لذا مرحوم فخر المحققین فرموده:

معنای «بت» در لغت عرب عبارتست از «ملکت غیری».

حال اگر مالک شدن ما فی الذمه معقول نباشد آنچه با آن مساوی است نیز نباید قابل تعقل باشد در نتیجه بیع نیز غیر معقول می‌گردد.

و از جمله اشکالات اینکه تعریف مذکور تمیلیک از راه معاطات را شامل می‌شود با اینکه مشهور آنرا بیع ندانسته بلکه بر عدم بیع بودنش ادعای اجماع شده.

در این اشکال نیز مناقشه و ایراد است و آن اینکه طبق بیانی که عنقریب خواهد آمد معاطات بیع است و از این نظر بتعریف مذکور ایرادی وارد نیست.

و اما اینکه دسته‌ای از فقهاء فرموده‌اند معاطات بیع نیست مرادشان اینستکه معاطات بیع صحیح نیست نه آنکه اصلاً بیع نباشد.

و از جمله اشکالات اینکه تعریف مذکور بر شراء نیز صادق است چه آنکه مشتری بواسطه قبول نمودنش مالش را بعوض می‌بایع می‌کند، پس تعریف مطرد نیست یعنی مانع از اغیار نمی‌باشد.

این اشکال نیز صحیح نمی‌باشد زیرا در شراء تمیلیک ضمنی بوده و حقیقت آن تمیلک در مقابل عوض می‌باشد فلذاً جایز نیست مشتری لفظ «ملکت» را بکار ببرد اعم از آنکه بر ایجاب مقدم بوده یا از آن مؤخر آورده شود و بهمین بیان ایراد دیگر را می‌توان جواب داده و دفع نمود و آن اینستکه:

تعریف مذکور را می‌توان بواسطه اجاره دادن عین در مقابل عینی دیگر نقض نمود یعنی تعریف یاد شده بر این معامله نیز منطبق می‌شود چه آنکه این استیجار متضمن تمیلیک عین بمال یعنی منفعت می‌باشد زیرا کسیکه مالک عین شد قطعاً مالک منفعت آن نیز می‌گردد و بدین ترتیب مستأجر عین خود را تمیلیک موجر کرده و در قبال مالی که منفعت باشد دریافت نموده.

شرح مطلوب

قوله: انه موقف على جواز الایجاب الخ: ضمير در «انه» به هذا التعريف راجع بوده و مقصود صحة هذا التعريف می‌باشد.

قوله: و الا لم يكن مرادفا له: ضمير در «لم يكن» به تمیلیک و در «له» به بیع راجع است.

قوله: و يرده انه الحق: ضمير در «انه» به جواز الایجاب بلفظ ملكت راجع است.

قوله: انه لا يشمل بيع الدين الخ: ضمير در «انه» به هذا التعريف راجع است.

قوله: و رجوعه الى سقوطه عنه: ضمير در «رجوعه» به تمیلک املاک علی نفسه و در «سقوطه» به ماء موصوله در «ما علی نفسه» راجع بوده و ضمير در «عنه» به شخصی که مال در ذمه‌اش هست یعنی مدیون برمی‌گردد.

قوله: نظير تمیلک ما هو مساو لما في ذمته: مثلاً زيد مبلغ پانصد تومان به عمرو بدهکار بوده و در ذمه‌اش می‌باشد حال اگر عمرو متاعی از زید را که پانصد تومان قیمتیش بوده تلف کند و بدین ترتیب به زید این مبلغ را بدهکار شود ذمه زید بواسطه تهاوتر ساقط می‌گردد.

قوله: و سقوطه بالتهاجر: کلمه «تهاجر» مصدر است از باب تفاعل یعنی سقوط.

قوله: انه لو لم يعقل التمليلك: ضمير در «انه» به معنای «شأن» می‌باشد.

قوله: ان التمليلك فيه ضمني: بایع صراحتاً مبيع را تمیلیک مشتری کرده و ضمناً ثمن را تمیلک می‌کند عکس مشتری که صراحتاً تمیلک کرده و ضمناً ثمن را تمیلیک بایع می‌نماید.

قوله: و به يظهر اندفاع الایراد: ضمير در «به» به جواب از اشکال اخیر راجع است.

متن:

و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمال، و بالهبة المعاوضة.
و فيه أن حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليست هو التمليل على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الأصلي هو التسامم، و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال.

نعم هو متضمن للتمليل اذا تعلق بعين، لا أنه نفسه.
و الذي يدلل على هذا أن الصلح قد يتعلق بمال عيناً، أو منفعة فيفيد التمليل.
و قد يتعلق بالانتفاع فيفيدفائدة العارية و هو مجرد التسلیط.
و قد يتعلق بالحقوق فيفيد الإسقاط، أو الانتقال.

و قد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين كما في قول أحد الشريkin لصاحبه: صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير، فلو كانت حقيقة الصلح هي عين كل من هذه المعاني الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً و هو واضح البطلان فلم يبق إلا أن يكون مفهومه معنى آخر: و هو التسامم فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه.
فالصلح على العين بعوض تسامم عليه و هو يتضمن التمليل، لا أن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التمليل.
و من هنا لم يكن طلبه من الخصم اقراراً له، بخلاف طلب التمليل.

و أما الهبة المعاوضة و المراد بها هنا ما اشترط فيه العوض فليس انشاء تملك بعوض على جهة المقابلة، و إلا لم يعقل تملك أحدهما لآخر العوضين من دون تملك الآخر للأخر مع أن ظاهر هم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة.
بل غاية الامر أن المتهب لو لم يؤيد العوض كان للواهب الرجوع في هبته.

فالظاهر أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها: في كونه تمليكاً مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أن حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كل من العوضين كما يتضح ذلك بلاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأولى.

ترجمه:

و از جمله اشکالات اینکه مانعیت تعریف از غیر بیع بواسطه صلح نمودن بر عین در مقابل مال و همچنین با هبه معوضه نقض می شود یعنی تعریف مذکور ایندو را نیز شامل می شود با اینکه بیع نیستند.
ولی این اشکال نیز مخدوش و مورد مناقشه می باشد و شرح آن چنین است:

حقیقت و ماهیت صلح اگرچه به عین تعلق بگیرد تملیک بنحو معاوضه و مقابله نبوده بلکه معنای اصلی آن تسامم و سازش است از اینرو در عبارت بدون واسطه بمال متعددی نمی شود یعنی نمی گویند صالحت زیداً المال.

بلی، البته صلح وقتی به عین تعلق بگیرد متضمن تملیک بوده اما اینکه نفس تملیک باشد همچون بیع، چنین نیست و شاهد و دلیل ما بر این گفتار آنستکه صلح گاهی بمال تعلق گرفته اعم از آنکه عین بوده یا منفعت باشد که در اینفرض مفید تملیک می باشد و گاهی متعلقش انتفاع بوده که در اینصورت فائدۀ عاریه یعنی مجرد تسلیط را دارا است و زمانی به حقوق تعلق گرفته و نتیجه اش اسقاط یا انتقال می باشد و در پاره‌ای از اوقات به تقریر و تثبیت امری بین متصالحين تعلق می گیرد چنانچه احد الشريkin به دیگری می گوید:

صالحتک على ان يكون الربح لك و الخسران عليك (با تو صلح کردم که استفاده از آن تو بوده و ضرر نیز به تو وارد گردد).
که در اینصورت مفاد آن صرف تقریر و تثبیت می باشد.

حال با توجه باین نکته می گوئیم:

اگر حقیقت صلح عین هریک از این معانی پنجمگانه باشد لازمه‌اش اینستکه آنرا مشترک لفظی بین آنها بدانیم در حالیکه بطلان و فساد آن واضح و روشن است پس تنها معنای که برای آن باقی می‌ماند اینستکه بگوئیم:

صلح عبارتست از تسامم و سازش منتهی در هرمورد و موضوعی این سازش فائدہ‌ای از فوائد مذکوره را بحسب آنچه متعلق آن اقتضاء دارد افاده می‌کند مثلاً

صلح بر عین در مقابل عوض معنایش تسامم بر آن بوده که متضمن تمیلیک می‌باشد نه اینکه مفهوم صلح در خصوص این مقام انشاء تمیلیک باشد بلذا خصم اگر از طرف مقابلش درخواست و مطالبه صلح بنماید ابداً این مطالبه اقرار به حقانیت طرف مقابل نمی‌باشد بخلاف طلب تمیلیک که معنایش مالکیت مطلوب منه می‌باشد.

و اما هبه معوضه:

مقصود از آن هبه‌ای است که در صیغه عقدش عوض را شرط کند و به تقدیر هبه باین معنا بیع نیست زیرا انشاء تمیلیک در مقابل عوض که معنای بیع است ابداً بر آن صادق نمی‌باشد چه آنکه اساساً معقول نیست احد المتعاقدين یکی از عوضین را مالک شده بدون اینکه دیگری عوض مقابل را تمیل کند در حالیکه از ظاهر کلمات علماء استفاده می‌شود در هبه معوضه اینطور نیست که وقتی موهوب هبه را مالک شد واهب نیز همجرد آن عوض را تمیل کند بلکه موهوب اگر عوض را به واهب هبه نکرد واهب حق دارد در هبه خویش رجوع کرده و آنرا بهم بزند، پس در نتیجه باید بگوئیم عوضی که در هبه معوضه شرط می‌شود بمتابه عوضی است که در آن شرط نکرده باشند لذا همانطوری که این عوض را اگر مالکش به طرف مقابل تمیلیک نمود و بعوض آنچه او بموی داده بملکش درآورد تمیلیک مستقلی محسوب می‌شود در عوض شرط شده نیز اگر مالکش آنرا بملک طرف مقابل درآورد قطعاً تمیلیک مستقلی بحساب می‌آید نه آنکه هرگدام از عوضین بقصد معاوضه و مقابله حقیقیه رد و بدل شوند چنانچه این معنا پهلاحظه عوضی که در هبه اول شرط نشده ولی مالکش پس از قبول هبه آنرا به واهب اعطاء می‌کند واضح و روشن می‌گردد.

شرح مطلوب

حاصل فرموده مرحوم مصنف در این عبارت طرح اشکال و جواب از آن می‌باشد:

اما اشکال:

تعریفی که اخیراً برای بیع ذکر شد مانع از اغیار نیست زیرا شامل دو قسم از معاملاتی می‌شود که هیچیک بیع نیستند:

- ۱- صلحی که متعلقش معاوضه عین با مال باشد.
- ۲- هبه معوضه.

توضیح

اگر زید با عمره بر سر خانه‌ای نزاع داشته و هریک مدعی باشند خانه باو تعلق دارد و سپس بنا شد با یکدیگر صلح نموده باین نحو که خانه را زید برداشته و در عوض مالی را به عمو بدهد پس متعلق این صلح معاوضه عین (خانه) با مال می‌باشد و بدین ترتیب تعریف مذبور بر آن صادق بوده لا جرم لازم می‌آید که این صلح بیع باشد در حالیکه چنین نیست.

و اما هبه معوضه:

مقصود از هبه معوضه آنستکه واهب در صیغه هبه شرط کند موهوب له در مقابل مالی که باو اعطاء شده وی نیز باو مالی را هبه نماید مثلاً زید بعمره می‌گوید:

و هبته لک هذا البساط بشرط ان تهبه لی عشرة آلاف درهم (این فرش را بتوه به می‌کنم بشرطیکه تو نیز من ده هزار در هم بهه کنی).

پس مفاد و نتیجه این هبته معاوضه عین یعنی فرش با مال یعنی ده هزار در هم می‌باشد و بدین ترتیب تعریف مذکور بر آن صادق می‌باشد.

جواب از اشکال

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

تعریف مذکور مانع از اغیار بوده و هیچکدام از صلح و هبته را شامل نمی‌شود:

اما صلح:

بیع حقیقت و ماهیتش تملیک بعوض است در حالیکه صلح چنین نبوده زیرا حقیقت آن تسامم و سازش است منتهی سازش گاهی نتیجه اش تملیک عین بعوض بوده که در اینصورت مفید معنای بیع می‌باشد و زمانی تملیک منفعت در مقابل مال را افاده می‌کند که در اینفرض نتیجه اش با اجاره منطبق می‌گردد و در برخی اوقات نیز فائدۀ عاریه یا هبته و یا عقود دیگر را می‌رساند و بهترقدیر صلح در هیچیک از این

صور نفس این عقود نمی‌باشد بنابراین تفاوتش با بیع آنستکه:

منشاء در بیع تملیک عین بعوض بوده اما در صلح آنچه بوسیله صیغه عقد انشاء می‌شود مساملت و سازش بین طرفین است و جای تردید نیست که ایندو باهم متفاوت و متغایرند.

و اما هبته معاوضه:

در هبته معاوضه اینطور نیست که واهب وقتی مال را به موهوب له هبته کرد بلاfacسله مالک عوضی شود که طبق شرط موهوب له باید آنرا بوی ببخشد و به تعبیر دیگر:

تملیک مال در هبته اول موقوف بر تملیک عوض در هبته دوم نمی‌باشد بلکه می‌توان گفت هبته معاوضه دو عقد هبته بوده که یکی بعنوان مشروط و دیگری بنحو شرط اجراء می‌شوند فلاندا واهب اول وقتی مال را به موهوب له بخشید و او نیز قبول کرد عقد هبته صورت گرفته اعم از آنکه عقد هبته دوم واقع شده یا واقع نشود در حالیکه بیع اینطور نیست یعنی بایع مجرد اینکه می‌بیع را با صیغه ایجاب به مشتری نقل داد مالک ثمن می‌گردد بطوري که مشتری شرعاً و عرفًا ملتزم است آنرا به بایع رد کند و اگر به اعطاء آن اقدام ننماید او را مجبور می‌کنند و اینطور نیست که همچون هبته معاوضه اگر موهوب له به شرط عمل نکند واهب رجوع کرده و مال هبته شده را از وی بستاند.

قوله: انتقاد طرده: ضمیر مجروری در «طرده» به تعریف مذکور راجع است و مراد از «طرد» مانع از اغیار بودن می‌باشد.

قوله: لا يتعدى بنفسه الى امال: یعنی می‌گویند: صالحت زیدا على مال.

قوله: لا انه نفسه: ضمیر در «انه» به صلح و در «نفسه» به تملیک راجع است.

قوله: و الذى يدلک على هذا: مشار اليه «هذا» عدم كون الصلح تملیکا می‌باشد.

قوله: قد يتعلق بالمال عيناً او منفعة: مثال ایندو قبل نقل شد.

قوله: و قد يتعلق بالانتفاع: مثلاً زید با عمرو مصالحة می‌کنند که در مقابل اینکه عمرو از ادعایش رفع ید می‌نماید برای مدت یکماه از خانه زید استفاده کرده و انتفاع ببرد.

قوله: و قد يتعلّق بالحقوق فيفيد الاسقاط: مثلاً زيد با عمرو مصالحه مى كنند كه در صورتيكه عمرو از ادعایش صرفنظر کند او نيز از اخبار فسخی که در معامله قبلی برايش پیدا شده صرفنظر نماید که در اينجا فايده صلح اسقاط حق خيار مى باشد.

قوله: او الانتقال: مثلاً زيد با عمرو صلح مى كنند در صورتيكه عمرو از ادعایش بگذرد او نيز حق التحجير خود را بوي واگذار نماید كه در اينجا فايده صلح انتقال حق التحجير به عمرو مى باشد.

قوله: و هو واضح البطلان: ضمير «هو» به كونه مشتركاً لفظياً راجع است.

قوله: و من هنا: مشار اليه «هنا» عدم كون الصلح ق مليكاً مى باشد.

قوله: لم يكن طلبه من الخصم اقرارا له: ضمير در «طلبه» به صلح و در «له» به انشاء ق مليك راجع است، مقصود اينستكه: اگر زيد با عمرو بر سر خانه‌اي نزع داشته و هر يك مدعى آن باشند و سپس زيد از عمرو بخواهد که باهم صلح کنند اين مطالبه صلح معنايش اقرار به مالكيت عمرو نمى باشد.

متن:

فقد تحقق مما ذكرنا أن حقيقة ق مليك العين بالعوض ليست إلا البيع، فلو قال: ملكتك كذا بكتها كان بيعاً ولا يصح صلحاً ولا هبة معوضة و ان قصدهما، اذ التملك على جهة المقابلة الحقيقة ليس صلحاً، ولا هبة فلا يقعان به.

نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجه تتحققهما مع قصدهما.

فما قيل: من أن البيع هو الأصل في ق مليك الأعيان بالعوض فيقدم على الصلح و الهبة المعوضة: محل تأمل، بل منع، لما عرفت: من أن ق مليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

نعم لو اتي بلفظ التملك بالعوض و احتمل اراده غير حقيقته كان مقتضى الاصل اللفظي حمله على المعنى الحقيقي فيحكم بالبيع، لكن الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم.

و سيجيئ توضيجه في مسألة المعاطاة في غير البيع ان شاء الله بقي القرض داخلاً في ظاهر الحد.

و يمكن اخراجه: بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو ق مليك على وجه

ضمان المثل، أو القيمة، لا معاوضة للعين بهما و لذا لا يجري فيه ربا المعاوضة و لا الغرور المنفي فيها و لا ذكر العوض و لا العلم به فتأمل.

ترجمه:

[بيان حقيقة بيع]

سپس مرحوم مصنف مى فرمایند:

از شرح و بيانیکه در اینجا آوردیم معلوم شد که حقيقة ق مليك عین در مقابل عوض صرفاً بيع بوده نه غير آن بنابراین اگر شخصی بدیگری بگوید:

ملكتك كذا بكتها (فلان چيز را در مقابل فلان مبلغ بتوكيل كردم).

با اين صيغه بيع واقع شده نه صلح و نه هبه معوضه اگرچه آندو را قصد نيز نموده باشد و جهت آن اينستكه: ق مليك بنحو مقابله حقيقي نه صلح است و نه هبه لا جرم با آن نمى توان ايندو او را واقع ساخت.

بلى، اگر قائل شويم که ايندو به غير الفاظ صريح نيز واقع مى شوند البته با صيغه مزبور واقع شده مشروط باینکه آنرا بقصد ايقاع و انشاء دو عقد مزبور اجراء کرده باشد، بنابراین آنچه را که برخى گفته و فرموده‌اند:

بیع اصل در تمیلیک اعیان در مقابل عوض بوده از اینرو در صورت اجراء صیغه مجبور ایقاع و انشاء بیع را بر صلح و هبه معوضه مقدم می‌داریم.

محل تأمل و مناقشه بوده بلکه اساساً گفتاری ممنوع و نادرست می‌باشد زیرا همانطوری که دانسته شد تمیلیک اعیان در مقابل عوض تنها بیع است نه غیر آن.

بلی، اگر شخص لفظ تمیلیک با عوض را القاء نموده و ما احتمال دهیم حقیقت آن که بیع باشد را اراده نکرده البته مقتضای اصل لفظی آنستکه آنرا بر معنای حقیقیش حمل کرده در نتیجه حکم به بیع نمائیم ولی ظاهراً اصل به اینمعنا مراد قائل مذکور نبوده و عنقریب انشاء الله در مسئله معاطات در غیر بیع توضیح آنرا خواهیم داد.

پس از آن می‌فرمایند:

از میان اغیار بحسب ظاهر قرض در تعریف مذکور داخل ماند و بدین ترتیب تعریف نسبت بآن مانع و مطرد نمی‌باشد.

ولی ممکنست در اخراج آن از تعریف بگوئیم:

مفهوم قرض معوضه و مبادله نبوده بلکه عبارتست از تمیلیک بنحوی که مثل یا قیمت مال تمیلیک شده در ضمان قرض گیرنده ثابت گردد نه آنکه عین را با مثل یا قیمت آن معوضه کنیم و لذا رباء معوضه و نیز غروری که در معوضات نفی شده در آن جاری نبوده همانطوری که ذکر عوض و علم بآن در قرض شرط نمی‌باشد و این بارزترین دلیل است بر اینکه قرض معوضه نبوده در نتیجه بیع نیست و از تعریف آن خارج است.

شرح مطلوب

قوله: و ان قصدhemما: کلمه «ان» وصلیه بوده و ضمیر فاعلی در «قصدhemما» به مجری صیغه راجع بوده و ضمیر مفعولی به صلح و هبه معوضه راجع است.

قوله: فلا يقعان به: ضمیر تثنیه به صلح و هبه راجع بوده و ضمیر در «به» به «ملکتك كذا بكذا» عود می‌کند.

قوله: محل تأمل، بل منع: زیرا این عبارت را در موردی بکار برده که لفظ احتمال انطباق بر غیر را داشته باشد منتهی بجهتی از جهات همچون وجود مرجع معنای حقیقی را بر غیر مقدم می‌کنند ولی وقتی گفتیم لفظ «ملکتك كذا بكذا» صرفاً بیع بوده و بر هیچیک از معوضات و معاملات قابل انطباق نیست دیگر صحیح نمی‌باشد بگوئیم احتمال اراده بیع از این عبارت بر احتمال اراده صلح و هبه مقدم می‌باشد.

قوله: لو ان بلفظ التملیک بالعوض: مقصود از «تمیلیک بالعوض» عبارت «ملکتك كذا بكذا» می‌باشد.

قوله: كان مقتضى الاصل اللفظى: يعني اصالة الحقيقة.

قوله: ان الاصل بهذا المعنى: يعني اصل لفظی.

قوله: و سیجیئ توضیحه: يعني توضیح اصل.

قوله: بان مفهومه ليس نفس المعاوضة: ضمیر در «مفهومه» به قرض راجع است.

قوله: لا يجري فيه ربا المعاوضة: يعني تحقق رباء در قرض مشروط به شرطی که در معوضات وارد نمی‌باشد چه آنکه در معوضات تحقق رباء مشروط است بشروطی

از قبیل:

اتحاد عوضین و زیادی یکی بر دیگری و مکیل یا موزون بودن آنها فلذ اگر اشیاء عددی را با زیاده و نقصان مورد معامله قرار دهنده رباء تحقق پیدا نمی‌کند مثل اینکه ده عدد اسکناس بیست تومانی را بفروشند به یازده اسکناس بیست تومانی در حالیکه اگر آنرا قرض دهنده رباء حاصل است لذا در السننه فقهاء مشهور و معروف است که می‌فرمایند:

بیع ربوی در عددی تحقق پیدا نکرده ولی قرض ربوی در آن متحقق است.

قوله: و لا الغرور المنفي فيها: ضمير در «فيها» به معاوضات راجع است یعنی در معاوضات غرور و جهالت به عوضین نفی شده فلذ اینکه در بیع بایع یا مشتری اگر به مبيع یا گمن جاهل باشند بیع باطل است در حالیکه نسبت به قرض چنین نیست لذا اگر زید مبلغی را به عمرو که وی با آن عالم نیست قرض دهد اینفرض صحیح است.

متن:

ثم إن ما ذكرناه تعريف للبيع المأخذوذ في صيغة بعت و غيره من المشتقات. و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ أخرى غير ما ذكر.

احدها: التمليك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري، و اليه نظر بعض مشايخنا؛ حيث اخذ قيد التعقب بالقبول مأخذوذ في تعريف البيع المصطلح.

ولعله لتبادر التمليك المقررون بالقبول من اللفظ، بل و صحة السلب عن المجرد، و لهذا لا يقال: باع فلان ماله إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره.

و يستفاد من قول القائل: بعت مالي أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.

الثاني: الاثر الحاصل من الايجاب و القبول و هو الانتقال كما يظهر من المبسوط و غيره.

الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول و اليه ينظر من عرف البيع بالعقد.

قال: بل الظاهر اتفاقهم على اراده هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات حتى الاجارة و شبهها التي ليست في الاصل اسمًا لأحد طرفي العقد.

ترجمه:

[ذكر معانى دیگر برای بیع و تضیییف آنها]

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

تعاریف و تفاسیری که برای بیع ذکر نموده و اشکالاتیکه در ذیل آنها متعرض شدیم کلا در اطراف بیعی بود که در صیغه «بعت» و مشتقاش اخذ گردیده ولی از برخی مقارین عصر ما اینطور ظاهر می‌شود که «بیع» در معانی دیگری غیر از آنچه ذکر شد استعمال می‌گردد.

معانی دیگر برای بیع

اینمعانی عبارتند از:

۱- تملیک مذکور ولی بشرطیکه بدبناش تملک مشتری تحقق یابد و بهمین معنا کلام برخی از مشايخ ما ناظر است چه آنکه وی قید «تعقب بالقبول» را در تعريف بیع مصطلح اخذ نموده است.

و شاید بتوان گفت منشاء اینکلام آنستکه از لفظ «بیع» تملیکی به ذهن تبادر می‌کند که مقرون با قبول باشد بلکه اساساً از تملیکی که مجرد از قبول باشد بیع صحت سلب دارد فلذ اینکه توافق «باع فلان ماله» مگر بعد از آنکه دیگری آن مال را خریده باشد

و همچنین وقتی قائلی می‌گوید: بعت مالی (مال را فروختم) از کلامش این معنا استفاده می‌شود که دیگری مال وی را خریده نه آنکه فقط بیع را ایجاب و انشاء نموده.

۲- بیع عبارتست از اثری که از ایجاب و قبول یعنی انتقال حاصل می‌شود چنانچه اینمعنا از مبسوط و غیر آن ظاهر می‌شود.

۳- بیع عبارتست از نفس عقد که از ایجاب و قبول مرکب است و بهمین معنا نظر دارد کلام هرکسیکه بیع را به عقد تعریف و تفسیر نموده است.

سپس قائل (مقارب با عصر ما) فرموده:

بلکه ظاهرا علماء بر اراده اینمعنا از بیع اتفاق داشته و در عناوین ابواب معاملات حتی اجاره و شبه آن که در اصل اسم برای یکی از دو طرف عقد نمی‌باشند همین معنا را ملاحظه کرده‌اند.

شرح مطلوب

حاصل فرموده مرحوم مصنف اینستکه:

تعاریف و تفاسیری که برای بیع نقل نموده و در بسیاری از آنها اشکال و ایراد نمودیم کلا تعاریف بیعی هستند که در صیغه واقع بلطف «بعت» یا مشتقات آن لحاظ و منظور شده‌اند ولی برخی از علماء برای بیع سه معنای دیگر غیر از آنچه ذکر نمودیم بیان کرده و بدینوسیله خواسته اشکالات یاد شده را دفع نماید و شرح این سه معنا در ترجمه گذشت.

قوله: من المشتقات: همچون بایع و مبیع.

قوله: و يظهر من بعض من قارب عصرنا: طبق آنچه برخی نقل کرده‌اند مقصود از بعض مرحوم شیخ اسد الله تستری صاحب مقابیس می‌باشد.

قوله: استعماله في معان اخرى: ضمير در «استعماله» به بیع راجع است.

قوله: التملیک المذکور: یعنی التملیک بالعوض.

قوله: و لعله: ضمير منصوبی به «أخذ قید تعقب بالقبول» راجع است.

قوله: من اللفظ: یعنی من لفظ البيع.

قوله: و صحة السلب عن المجرد: یعنی صحة سلب البيع عن التملیک المجرد عن التملک.

قوله: و لهذا لا يقال الخ: مشار اليه «هذا» اشتراط تعقب تملیک به تملک می‌باشد.

قوله: قد اشتراه غيره: ضمير منصوبی در «اشتراه» به مال و ضمير مجروری در «غيره» به فلان راجع است.

قوله: انه اشتراه غيره: ضمير در «انه» بمعنای «شأن» می‌باشد.

قوله: لا انه اوجب البيع فقط: ضمير در «انه» و «اوجب» به القائل راجع است.

قوله: قال: بل الظاهر: ضمير در «قال» به بعض من قارب عصرنا راجع است.

متن:

اقول

اما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول فالظاهر انه ليس مقابلا للاول و إنما هو فرد انصرف اليه اللفظ في مقام قيام القرينة على ارادة الإيجاب المثمر اذ لا ثمرة في الإيجاب المجرد.

فقول المخبر: بعث إنما اراد الإيجاب المقيد، فالقيد مستفاد من الخارج، لأن البيع مستعمل في الإيجاب المتعقب للقبول. و كذلك لفظ النقل والإبدال والتمليك، و شبهها، مع أنه لم يقل احد بأن تعقب القبول له دخل في معناها.

نعم تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج في نظر الشارع، لا في نظر الناقل اذ التأثير لا ينفك عن الاثر، فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما تخيله بعض، فتأمل.

و منه يظهر ضعف اخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلا عن أن يجعل أحد معانيه. وأما البيع بمعنى الاثر وهو الانتقال فلم يوجد في اللغة، ولا في العرف وإنما وقع في تعريف جماعة، تبعا للمبسot. وقد يوجه بأن المراد من البيع المحدود المصدر من المبني للمفعول اعني المبوعية، وهو تكليف حسن. وأما البيع بمعنى العقد فقد صرحت الشهيد الثاني رحمه الله بأن اطلاقه عليه مجاز، لعلاقة السببية.

و الظاهر أن المسبب هو الاثر الحاصل في نظر الشارع، لأن المسبب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب، لما عرفت: من أنه حاصل بنفس انشاء الموجب، من دون توقيفه على شيء كحصول وجوب الضرب في نظر الامر بمفرد الامر و ان لم يصر واجبا في الخارج في نظر غيره.

و الى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص، و الفتاوى: من قولهم: لزم البيع، او وجب، او لا بيع بينهما، او أقاله في البيع و نحو ذلك. و الحاصل أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر، مع اعتبار تتحققه في نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب و القبول، فاضافة.

العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية، و لذا يقال: انعقد البيع؛ و لا ينعقد البيع.

ترجمه:

مقاله مرحوم مصنف و انتقاد ایشان به گفتار مرحوم تستری

مرحوم مصنف می فرمایند:

معانی مذکوره نیز خالی از مناقشه و ایراد نیستند:

اما بيع بمعنى ايجابي که بدنبالش قبول بيايد:

وجه اشكال و ايراد باآن اينستکه ظاهرا اينمعنا در مقابل معنای اول نبوده بلکه فردی است که در صورت وجود قرینه بر اراده ايجاب مثمر و منتج لفظ بيع منصرف باآن است چه آنکه ايجاب مجرد از قبول ثمره و نتيجه‌اي ندارد، بنابراین مخبر وقتی می‌گوید: بعث

مرادش ايجاب مقيد (يعنى ايجابي که بدنبالش قبول و تملك مشتری است) می‌باشد، پس قيد از خارج استفاده می‌شود نه اينکه لفظ «بيع» در ايجاب متعقب بقبول استعمال شده باشد.

و همچنين است لفظ «نقل» و «ابدال» و «تمليك» و شبه اينها.

از اين گذشته احدی قائل نشده باينکه تعقب قبول و بدنبال ايجاب آمدنش دخالتی در معنای اين الفاظ دارد.

بلى، تحقق قبول و حصولش در خارج البته از نظر شارع مقدس شرط انتقال مبيع به مشترى بوده نه بنظر ناقل زира تأثير هيچگاه از اثر منفك و جدا نمی باشد، بنابراین «بيع» و آنچه با آن از نظر معنا مساوی هستند از قبيل ايجاب و وجوب بوده نه از سخن کسر و انکسار می باشند چنانچه برخی اينطور پنداشته اند.

و از اين شرح و توضيح روشن شد اخذ قيد مذكور (تعقب للقبول) در معنای بيع اصطلاحی ضعيف بوده چه رسد باينكه آنرا يک از معانی بيع بدانيم.

و اما بيع بمعنای اثر حاصل از ايجاب و قبول يعني انتقال:

باید بگوئیم نه در لغت و نه در عرف بيع معنا استعمال می شود فقط در تعريف جماعتي به تبعیت از مرحوم شیخ الطائفه در كتاب مبسوط بيع بمعنای مذبور استعمال و اطلاق گردیده است.

البته برخی آنرا توجيه کرده و فرموده اند:

مراد و مقصود از بيعی که مورد تعريف قرار داده شده مصدری است که بمعنای فعل مجهول می باشد يعني «مبيعیت» و پرواضح است در اینفرض بيع بمعنای اثر و انتقال می باشد.

این توجیه اگرچه مشتمل بر تکلف است ولی در عین حال خالی از حسن نیست.

و اما بيع بمعنای عقد:

مرحوم شهید ثانی تصريح فرموده باينكه اطلاق بيع بر عقد مجاز است و علاقه آن سببیت و مسببیت می باشد.

ظاهرها مقصود مرحوم شهید از مسبب اثری که در نظر شارع مقدس حاصل است می باشد چه آنکه اين اثر (انتقال) مسبب است از عقد (ايصال و قبول).

بنابراین مراد از مسبب نقلی که از فعل موجب حاصل می شود نمی باشد چه آنکه قبله دانسته شد نقل مذبور بنفس انشاء موجب ايصال شده بدون اينکه توقف بر امر ديگري داشته باشد همچون حصول وجوب ضرب در نظر آمر که بصرف امر وجود پيدا می کند اگرچه در نظر غير آمر در خارج واجب نشده و ايصال نشده باشد.

و جميع نصوص و فتاواييکه در اين باب موجود است بهمين معنا ناظر می باشند يعني اينکه فقهاء فرموده اند:

لزم البيع يا وجب البيع يا لا بيع بينهما، يا اقاله في البيع و اشباه و نظائر اين عبارات. در قام اين الفاظ و عبارات معنای مذكور منظور و مقصود است.

حاصل کلام اينکه بيعی را که حضرات از عقود قرار داده اند مقصود از آن نقل بمعنای اسم مصدر (يعني انتقال) می باشد مشروط باينکه اين انتقال در نظر شارع نيز تحقق يافته باشد.

البته چنین نقلی موقوف است بر تحقق ايجاب و قبول لذا اضافه عقد به بيع در جمله:

عقد البيع باین معنائی که گفتیم، اضافه بیانیه نمی باشد فلذًا گفته می شود:

انعقد البيع و لا ينعقد البيع.

در حالیکه اگر اضافه بیانیه می بود استعمال هردو جمله صحيح نبوده بلکه تنها

عبارة: انعقد البيع درست می بود.

شرح مطلوب

قوله: اما البيع بمعنى الإيجاب الخ: این عبارت اشاره است به مناقشه در معنای اولی که مرحوم تستری برای بیع ذکر فرمودند و حاصل مناقشه و اشکال اینستکه:

بیع باین معنا، معنای جدید و مغایری با آنچه قبل نقل کردیم نبوده تا مصون از اشکال باشد بلکه می‌توان گفت اینمعنا همان معنای اولی است که ما سابق برای آن ذکر کرده و گفته‌یم:

بیع عبارتست از: انشاء تمليک عین در مقابل مال.

بنابراین می‌توان ادعاء کرد بیع باین معنا عبارتست از فردی از بیع که در صورت قرینه بر اراده ایجاد مشمر و منتج لفظ بیع صرفاً منصرف بآن می‌باشد یعنی اگر فرض کردیم موجب صیغه ایجاد را در موردی خواند که از خارج می‌دانیم مقصود ایجاد مشمر و منتج است قطعاً باید بدنبال چنین ایجابی قبول بباید تا در نتیجه مشتری مبیع را تملک نموده و بدین ترتیب ثمره و نتیجه ایجاد تحقق بباید از اینزو باید بگوئیم:

وقتی شخصی خبر می‌دهد که من بیع نمودم مرادش اینستکه صیغه ایجاد را خوانده و بدنبال آن قبول مشتری نیز آمده، پس منظور از «بیع» ایجاد مقید به دنبال آمدن قبول می‌باشد.

البته این قید از خارج استفاده شده نه آنکه لفظ بیع که مطلق است در ایجاد مقید بکار رفته باشد بنابراین نباید تمليک عین بمال را که همان ایجاد است مقید به تملک مشتری قرارداد و سپس بگوئیم این ایجاد مقید معنای بیع است باین معنا که از لفظ بیع بدون قرینه این معنا اراده می‌شود بلکه همانطوری که گفته‌یم بیع در صورت عدم وجود قرینه بهمان معنای ایجاد بوده منتهی در فرضی که قرینه یاد شده در بین باشد قید «تملک» نیز استفاده می‌شود ولی این استفاده مستند به قرینه خارجی است نه وضع لفظ «بیع».

از این گذشته احدي از ارباب فن بدنبال آمدن قبول را در معنای بیع دخیل

قرار نداده‌اند پس این گفتار مرحوم تستری با کلام اهل فن نیز سازش نداشته باین معنا که مطابق با آن نقلی از امهه اصطلاح و صاحبان فن بما نرسیده است.

البته نباید این مطلب را نادیده گرفت که «تحقيق قبول» در نظر شارع شرط حصول انتقال مبیع بهشتی بوده و بدون آن شارع انتقال را منفی می‌داند ولی همانطوریکه اشاره شد تحقق قبول از نظر شارع مقدس چنین بوده نه بنظر ناقل یعنی بایع چه آنکه وی تکلیف‌شتمیک عین در مقابل عوض است حال اگر این تمليک عین در مقابل عوض است حال اگر این تمليک را بخواهیم مؤثر قرار دهیم باید بشرع مراجعه کنیم و پس از مراجعة ملاحظه می‌کنیم که شارع می‌فرماید زمانی این تمليک مؤثر است که مشتری قبول نماید و بعبارت دیگر:

زمانی ایجاد را می‌توان ایجاد مؤثر دانست که بدنبالش قبول در خارج تحقق یابد چه آنکه تأثیر هیچگاه از تحقق اثر منفک و جدا نیست در نتیجه باید بگوئیم:

بیع و نقل و تمليک و الفاظ دیگری که از نظر معنا با این عبارات مساوی هستند از قبیل ایجاد و وجوب هستند بطوری که بصرف انشاء آنها منشاء در خارج تحقق می‌باید همانطوریکه ایجاد با وجوب ملازم و غیر منفك از هم می‌باشند بخلاف کسر و انکسار که چنین تلازم و تقارنی بینشان وجود ندارد.

قوله: فالظاهر انه ليس مقابل للالو: ضمير در «انه» به «بیع بمعنى ایجاد متعقب للقبول» راجع بوده و مقصود از «اول» تعریف بیع به: انشاء تمليک عین بمال می‌باشد.

قوله: انصرف اليه اللفظ: یعنی لفظ بیع.

قوله: فـ الـ اـ لـ اـ جـ اـ بـ الـ مـ جـ رـ دـ: یعنی مجرد از تعقب قبول.

قوله: الـ اـ لـ اـ جـ اـ بـ الـ مـ قـ يـ دـ: یعنی مقید به تعقب قبول.

قوله: مستفاد من الخارج: مقصود از «خارج» قرینه است.

قوله: مع انه لم يقل احد الخ: ضمير در «انه» بمعنای «شأن» میباشد و این اشاره است به اشکال دوم مرحوم مصنف به مقاله مرحوم تستری در ارتباط با معنای اولی که ایشان فرموده‌اند.

قوله: بان تعقب القبول له دخل في معناها: ضمير در «معناها» به الفاظ مذکور راجع است.

قوله: كما تخيله بعض: ضمير منصوبی در «تخيله» به کونه من قبیل الكسر و الانكسار راجع است.

قوله: و اما البيع بمعنى الاثر الخ: این عبارت اشاره است به اشکال مرحوم مصنف بمعنای دومی که تستری عليه الرحمه ذکر فرمود.

قوله: و قد يوجه: ضمير نائب فاعلي به بيع بمعنى اثر راجع است.

قوله: و اما البيع بمعنى العقد: این عبارت اشاره است باشکال مرحوم مصنف بمعنای سومی که مرحوم تستری ذکر فرمود.

قوله: اطلاقه عليه مجاز: ضمير در «اطلاقه» به بيع و در «عليه» به عقد راجع است.

قوله: لانه المسبب عن العقد: ضمير در «لانه» به اثر راجع است.

قوله: من انه حاصل بنفس انشاء الموجب: ضمير در «انه» به نقل راجع است.

قوله: و ان لم يصر واجبا: ضمير در «لم يصر» به ضرب راجع است.

قوله: في نظر غيره: يعني غير آمر.

قوله: و الى هذا نظر الخ: مشار اليه «هذا» به اثر حاصل در نظر شارع راجع است.

متن:

ثم إن الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من المسالك على أن عقد البيع، و غيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد لوجود خواص الحقيقة و المجاز كالتبادر، و صحة السلب.

قال: و من ثم حمل الاقرار به عليه حتى لو ادعى اراده الفاسد لم يسمع اجماعا، و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لقبل تفسيره بادهمها، كغيره من الألفاظ المشتركة.

و انقسامه الى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقة، انتهى.

و قال الشهيد الاول في قواعده: الماهيات الجعلية كالصلة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحج، لوجوب المضي فيه.

و ظاهره اراده الاطلاق الحقيقي.

ترجمه:

كلام مرحوم شهيد ثانی در كتاب مسالك

سپس مرحوم مصنف میفرمایند:

شهید ثانی علیه الرحمه در کتاب یمین از مسالک تنصیص و تصریح فرموده بر اینکه عقد بیع و غیر آن از عقود دیگر حقیقت در صحیح و مجاز در فاسد می باشند زیرا خواص حقیقت و مجاز همچون تبادر و صحت سلب در آنها می باشند.

سپس فرموده:

و بخاطر همین است که اقرار به بیع را بر بیع صحیح باید حمل نمود حتی پس از اقرار اگر شخص بگوید مقصودم بیع فاسد بود با جماعت تمام فقهاء از وی نمی پذیرند در حالیکه بیع اگر مشترک بین صحیح و فاسد می بود البته بهركدام از صحیح و فاسد که آنرا تفسیر می کرد باید پذیرفته می شد چنانچه حکم تمام الفاظ مشترک چنین است و اینکه بیع را به صحیح و فاسد تقسیم می کنند مراد از آن اعم از بیع حقیقی و مجازی است.

تمام شد کلام مرحوم شهید ثانی.

مقاله مرحوم شهید اول در کتاب قواعد

مرحوم شهید اول در کتاب قواعد می فرمایند:

ماهیات جعلیه مانند نماز و روزه و جمیع عقود ابدا بر فاسد اطلاق نمی شوند مگر حج که بر فاسد اطلاق می گردد زیرا ادامه دادن آن واجب و لازم است.

مرحوم مصنف می فرمایند:

از ظاهر کلام ایشان استفاده می شود که اطلاق حج بر فاسد، اطلاق حقیقی است.

شرح مطلوب

قوله: و من ثم حمل الاقرار به عليه: کلمه «ثم» مشار اليهش حقیقت بودن عقود در صحیح بوده و ضمیر در «به» به بیع و در «عليه» به صحیح راجع است.

قوله: کغیره من الالفاظ المشتركة: ضمیر در «کغیره» به بیع راجع است یعنی در الفاظ مشترک اگر متکلم پس از القاء و تکلم بآنها یکی از معانی مشترکه را بعنوان مفسر برای لفظ بیاورد صحیح بوده و از وی می پذیرند مثلا ابتداء بگوید: رأیت عینا و سپس اظهار کند مقصودم چشمی یا چشم یا طلا و یا نقره بود هرکدام را که ذکر نماید از وی می پذیرند.

قوله: و انقسامه الخ: این عبارت اشاره است به جواب از سؤال مقدر باین شرح:

سؤال

اگر بیع حقیقت در صحیح است پس چطور فقهاء می فرمایند:

بیع بر دو قسم است: بیع صحیح و بیع فاسد.

و چون مقسم در اقسام جاری است لا جرم اطلاق بیع بهركدام از صحیح و فاسد می باید بنحو حقیقت باشد.

جواب

مقصود از بیع که مقسم واقع شده اعم از بیع حقیقی و مجازی است و بدین ترتیب اشکال مذکور مرتفع می‌باشد.

متن:

و یشكل ما ذکراه: بأن وضعها لل الصحيح يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو أهل الله البيع، و اطلاقات أدلةسائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيئاً فيها، مع أن سيرة علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات.

نعم يمكن أن يقال: إن البيع و شبهه في العرف اذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: بعث عند الانشاء لا يستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً و لو في نظر القائل.

ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، و إلا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف.

فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: بعث عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للآخر، و مجاز في غيره، إلا أن الإفادة، و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع.

و أما وجه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع و نحوها فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف، أو على المصدر الذي يراد من لفظ بعث فيستدل باطلاق الحكم بحله، أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً.

فتتأمل، فإن للكلام محل آخر.

ترجمه:

اشکال مرحوم مصنف به مرحوم شهیدین

مرحوم مصنف می فرمایند:

آنچه را که مرحوم شهیدین فرمودند مورد اشکال و ایراد است و وجه اشکال آنستکه:

اگر بگوئیم الفاظ عقود برای خصوص صحیح وضع شده‌اند لازمه‌اش آنستکه نتوانیم به اطلاق آیه شریفه احل الله البيع و همچنین اطلاقات ادله سایر عقود در مقام شک و اینکه فلان شیئ در آنها معتبر است یا اعتبار نشده تمسک کنیم با اینکه سیره علماء اسلام بر این جاریست که در این مقامات بآنها متمسک می‌شوند.

بلی، ممکنست بگوئیم:

بیع و شیئه آن از عقود دیگر وقتی از نظر عرف در حاصل از مصدر و نتیجه آن که از قول قائل در وقت انشاء یعنی «بعث» استفاده می‌شود استعمال می‌گردد این استعمال صرفاً در صورتی حقيقی است که لفظ «بیع» در بیع صحیح و مؤثر استعمال شده اگرچه از نظر قائل اینطور باشد.

حال اگر بیع صحیح عرف در نظر شارع نیز مؤثر باشد بحکم شرع نیز بیع محسوب شده ولی در غیر آن، صورتی از بیع بوده همچون بیع هاصل از نظر عرف که بیع حقیقی نمی‌باشد پس وقتی قائل می‌گوید: بعث، معنایی که در نظر عرف و شرع

از آن اراده می‌شود و لفظ «بیع» در آن حقیقت و در غیرش مجاز است عبارت از بیعی است که صحیح و مفید اثر باشد و عبارت دیگر هم عرف و هم شرع بیع را حقیقت در صحیح و مقید اثر می‌دانند منتهی افاده و ثبوت فائدہ در نظر عرف و شرع باهم مختلف می‌باشد یعنی بسا فردی از بیع را عرف مفید فائدہ دانسته در حالیکه شرع عرف را در این نظر تخطیه می‌نماید و بالعکس گاهی شرع بیعی را مؤثر و صحیح دانسته در حالیکه عرف بصحت آن معتقد نیست پس باید بگوئیم:

اختلاف و نزاع عرف با شرع در مصاديق و افراد بیع می‌باشد اما اینکه بیع حقیقت در صحیح و مؤثر می‌باشد ابداً بین آنها در این اختلاف و نزاعی وجود ندارد.

و اما اینکه علماء در مورد شک به اطلاق ادله بیع و امثال آن تمسک می‌کنند جهتش آنستکه وقتی خطابات بر طبق فهم عرف وارد شدند لازم است لفظ بیع و اشبه آن از الفاظ عقود و ایقاعات را که در این خطابات بچشم می‌خورند بر صحیح و مؤثر در عرف یا بر مصدری که از لفظ «بعت» اراده می‌شود حمل نمود لذا به اطلاق حکم بحلیت یا بوجوب وفائی که از آنها استفاده می‌شود می‌توان استدلال کرد بر اینکه عقد مورد کلام در نظر شارع نیز مؤثر بوده همانطوری که عرف آن را مؤثر و صحیح می‌داند.

شرح مطلوب

حاصل فرموده مصنف در این عبارات اشکال در کلام شهیدین رحمة الله عليهما و سپس توجیه مقاله ایشان می‌باشد، اما شرح اشکال:

ایشان فرمودند:

لفظ بیع و سایر الفاظ عقود و ایقاعات برای خصوص صحیح وضع شده و در غیر آن مجاز می‌باشند و دلیل بر این گفتار وجود علائم حقیقت و مجاز می‌باشد.

اشکالیکه متوجه این گفتار است اینکه اگر الفاظ عقود را حقیقت در خصوص صحیح بدانیم لازمه اش آنستکه در موارد شک و اینکه فلان شیئ آیا معتبر است یا اعتباری ندارد نباید بتوانیم باطلاق مثل «احل الله البيع» تمسک کنیم مثلاً اگر شک کنیم عربیت در صیغه ایجاب و قبول شرط است یا شرط نیست حضرات

فرموده‌اند اطلاق احل الله البيع اعتبار آنرا نفی می‌کند پر واضح است در صورتی تمسک باین قبیل اطلاقات صحیح است که لفظ بیع را مثلاً در خصوص صحیح حقیقت ندانیم زیرا در فرضی که لفظ عقود مثل بیع در خصوص صحیح حقیقت باشند اگر در موردی نسبت به اعتبار و عدم اعتبار چیزی شک نمودیم چون صحت عقد مزبور محرز و مبنی نیست لا جرم می‌توان باطلاق متمسک شد در حالیکه حضرات در موارد و مواضع عدیده شکوه حادثه را با این قبیل از اطلاقت رفع می‌نمایند پس معلوم می‌شود الفاظ برای خصوص صحیح وضع نشده‌اند.

و اما توجیه گفتار ایشان:

ممکنست در مقام توجیه گفتار ایشان بگوئیم منافقی نیست بین اینکه الفاظ عقود و ایقاعات در خصوص صحیح حقیقت بوده و معذلك تمسک باطلاقات ممکنست با این تقریر که هم عرف و هم شرع مثلاً بیع را در خصوص صحیح و مفید اثر حقیقت می‌دانند منتهی در مصاديق صحیح و مؤثر گاهی باهم اختلافشان می‌شود مثلاً بیع ربوی را عرف بیع ربوی و صحیح می‌داند ولی شرع عرف را تخطیه کرده و بنفی صحت آن حکم می‌کند کما اینکه بیع مکره بحق را شرع صحیح دانسته ولی از نظر عرف بلحاظ عدم رضایت مالک صحیح نمی‌باشد ولی این اختلاف حاکی از آن نیست که شرع و عرف در حقیقت و مجاز بودن معانی الفاظ عقود باهم نزع داشته باشند بلکه همانطوری که گفتم طبق نظریه هردو این الفاظ در خصوص صحیح حقیقت می‌باشند.

و اما اینکه چطور علماء به اطلاق ادله بیع و امثال آن تمسک می‌کنند و وجه جمع بین این تمسک و قائل شدن بحقیقت بودن الفاظ در خصوص صحیح، باید بگوئیم:

کلا خطابات شرعی بمیزان فهم اهل عرف و بر طبق مصطلحات آنها وارد شده لا جرم اگر خطایی مانند احل الله البيع را ملاحظه کردیم می‌باید کلمه «البيع» در آنرا بر همان معنائی حمل کنیم که عرف بآن معنا استعمال می‌کند و یا اگر اوFW بالعقود را در نظر گرفتیم باید ملتزم شویم حکم شارع بوجوب وفاء نسبت بعقودی است که عرف آنها را عقد می‌دانند لذا در هروردی که بیان از شرع انور مشتمل بر

تخطیه اهل عرف وارد نشده باشد الفاظ در خطابات شرعی منزل بر همان معنای عرف بوده و باید بپذیریم که همان معنائی را عرف مثلاً بیع یا اجاره و یا هبه می‌داند شرع نیز به این حقائق و تحقق آنها حکم می‌فرماید.

بلى اگر در موردی از موارد حکم عرف را شرع تخطیه کرده و در آن تصرف نماید البته ملتزمیم که بین ایشان اختلاف و نزاع می باشد، بنابراین معنای اهل الله الیع یعنی حق تعالی همان بیعی را که اهل عرف صحیح و مؤثر می دانند حلال و مشروع نموده است نه حقیقتی غیر از آنرا.

قوله: بان وضعها للصحيح: ضمیر در «وضعها» به الفاظ عقود راجع است.

قوله: كان بيعاً عنده: يعني عند الشارع.

قوله: فالبیع الذي یراد منه: کلمه «البیع» مبتداء بوده و خبرش «حقیقتة فی الصحیح المفید للاثر» بوده و ضمیر در «منه» به «بیع» راجع است.

قوله: عند العرف و الشرع: کلمه «عند» ظرف و متعلق است به «حقیقتة».

متن:

الكلام في المعاطاة

اعلم أن المعاطاة على ما فسره جماعة أن يعطي كل من اثنين عوضاً عما يأخذ من الآخر.

و هو يتصور على وجهين:

أحدهما: أن يبيع كل منهما للأخر التصرف فيما يعطيه، من دون نظر إلى تملكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

و ربما يذكر وجهان آخرين:

أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع، و لا تصريح بالاباحة المزبورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر اليه.

الثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

و يرد الاول بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الاباحة، أو العارية، أو الوديعة، أو القرض، أو غير ذلك من العناوين الخاصة.

والثاني بما تقدم في تعريف البيع: من أن التملك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير.

نعم يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود كبيع لبن الشاة مدة، و غير ذلك: كون التملك المطلق أعم من البيع.

ثم إن المعروف بين علمائنا في حكمها أنها مفيدة لاباحة التصرف و يحصل الملك بتلف احدى العينين.

و عن المفید و بعض العامة القول بكونها لازمة كالبيع.

و عن العلامة رحمه الله في النهاية احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم افادتها إباحة التصرف.

و لا بد أولاً من ملاحظة أن النزاع في المعاطاة هل المقصود بها الإباحة، أو المقصود بها التملك؟

الظاهر من الخاصة و العامة هو المعنى الثاني.

و حيث إن الحكم بالاباحة بدون الملك قبل التلف، و حصوله بعده لا يجامع ظاهراً قصد التملك من المتعاطفين نزل المحقق الكري الاباحة في كلامهم على الملك

الجائز المتزلزل، و أنه يلزم بذهاب احدى العينين، و حقق ذلك في شرحه على القواعد، و في تعليقه على الارشاد بما لا مزيد عليه.

مبحث بیع معاطات

تعریف معاطات: معاطات طبق تفسیر جماعتی از فقهاء عبارتست از اینکه هرکدام از دو نفر عوض آنچه از دیگری اخذ می‌کند بموی اعطاء نماید و آن به دو نحو تصور می‌شود:

الف: آنکه هریک تصرف در آنچه بدیگری اعطاء کرده را مباح نموده بدون آنکه نظری به تمیلیک داشته باشد.

ب: آنکه اعطاء هریک بدیگری بر وجه تمیلیک باشد.

البته برای آن دو نحوه دیگر نیز ذکر شده و آنها عبارتند از:

۱- آنکه مال هریک بدیگری نقل شده بدون قصد بیع و بدون اینکه به اباوه یاد شده تصریحی بشود بلکه هرکدام مال خود را به دیگری داده تا در مقابل آن چیزی از رفیقش بگیرد.

۲- آنکه هرکدام قصد ملک مطلق را بدون آنکه خصوص بیع مقصودشان باشد.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

معنای اول از دو معنای اخیر مردود می‌باشد زیرا محال است که دافع مال از قصد هرگونه عنوانی از عنوانین همچون: بیع، اباوه، عاریه، و دیعه، قرض یا غیر اینها از عنوانین خاصه دیگر خالی باشد.

و معنای دوم نیز صحیح نیست و وجه آن همان بیانی است که قبل از تعریف بیع آورده و گفتیم: تمیلیک در مقابل عوض بنحو مبادله و معاوضه صرفاً بیع بوده نه غیر آن پس در مورد چنین تمیلیک معنا ندارد بگوئیم قصد متعاطین ملک مطلق است بدون خصوص بیع.

بلی، از بسیاری فقهاء در برخی عقود همچون «بیع لب شاه» برای مدق محدود و نیز در غیر اینمورد اینطور استفاده می‌شود که تمیلیک مطلق اعم از بیع می‌باشد.

حکم معاطات

در حکم معاطات معروف بین فقهاء چنین است که مفید اباوه تصرف بوده ولی بواسطه تلف شدن یک از دو عین ملکیت حاصل می‌شود.

و از مرحوم مفید و بعضی از اهل سنت نقل شده که معاطات مفید ملکیت لازمه بوده همچون بیع.

و از علامه علیه الرحمه در کتاب نهایه این احتمال حکایت شده که معاطات بیع فاسد بوده و نه تنها مفید ملک نیست بلکه مبیح تصرف نیز می‌باشد.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

در اینمقام ناچاریم ابتداء ملاحظه کنیم نزاع در کدامیک از معانی معاطات می‌باشد آیا در معاطاق که مقصود از آن اباوه است بوده یا در معاطاق که مراد از آن تمیلیک می‌باشد واقع است؟

باید بگوئیم آنچه از شیعه و سنی ظاهر و روشن است معاطات بمعنای دوم مورد نزاع می‌باشد.

سپس می فرمایند:

و چون حکم باباhe تصرف بدون حصول ملک قبل از تلف احد العوضین و تحقیق بعد از آن ظاهرا با قصد تمیلیک از متعاطین سازش ندارد مرحوم محقق کرکی اباhe در کلام ایشان را بر ملکیت جائزه و متزلزله تنزیل نموده و بعد فرموده:

این ملکیت بواسطه تلف شدن یکی از دو عین لزوم می گردد و تحقیق اینمسئله را در شرح بر قواعد یعنی کتاب جامع المقاصد و نیز در حاشیه بر ارشاد بطور مستوفی فرموده بطوری که بیش از آن نمی توان اطرافش صحبت نمود.

شرح مطلوب

قوله: ان يعطى كل من اثنين الخ: مثلا زيد كتابش را به عمرو اعطاء كند در مقابل پنجاه توماني كه از او مي گيرد.

قوله: و هو يتصور على وجهين: ضمير «هو» به اعطاء راجع است.

قوله: ان يقصد الملك المطلق: يعني اصل ملكیت را قصد نموده بدون خصوصیتی از خصوصیات.

قوله: و يرد الاول: مقصود از «الاول» معنای اول از دو معنای اخیر می باشد.

قوله: بين علمائنا في حكمها: يعني حكم معاطات.

قوله: هل المقصود بها: ضمير در «بها» به معاطات راجع است.

قوله: و حيث ان الحكم بالاباحة الخ: حاصل فرموده مرحوم مصنف آنسنکه:

حضرات در حکم معاطات می فرمایند:

ابتداء معاطات مفید اباhe تصرف بوده بدون حصول ملک و پس از تلف شدن عوضین یا یکی از آندو ملکیت حاصل می شود.

بدیهی است اینمعنا با قصد تمیلیکی که متعاطین نموده اند سازش ندارد زیرا تخلف عقد از قصد می باشد لا جرم مرحوم محقق ثانی فرموده اند:

مراد فقهاء از اباhe، ملکیت جایزه است که پس از تلف شدن عوضین با یکی از آندو به ملکیت لازمه و مستقره مبدل می شود.

قوله: و حصوله بعده لا يجامع: ضمير در «حصولة» به ملک و در «بعده» به تلف راجع است.

قوله: و انه يلزم بذهب احدى العينين: ضمير در «انه» به ملک راجع بوده و کلمه «ذهب» یعنی تلف.

قوله: و حق ذلك في شرحه على القواعد: ضمير فاعلی در «حق» و ضمير مجروری در «شرحه» به محقق ثانی راجع بوده و مشار اليه «ذلك» تنزیل اباhe بر ملک جائز می باشد.

متن:

لكن بعض المعاصرین لما استبعد هذا الوجه التجاء الى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة، و رجح بقاء الاباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نزل مورد حکم قدماء الأصحاب بالاباحة على هذا الوجه، و طعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة بقصد التملیک قائلا:

إن القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب إلى أصغر الطلبة فضلاً عن أعاظم الأصحاب و كبرائهم.

والإنصاف أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الاباحة بالملك المتزلزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب مثل الشيخ في المبسوط والخلاف، و الحلي في السرائر، و ابن زهرة في الغنية و الحلبی في الكافي، و العلامة في التذكرة و غيرها.

بل کلمات بعضهم صریحة فی عدم الملك كما ستعرف، إلا أن جعل محل النزاع ما اذا قصد الاباحة دون التملیک أبعد منه.

بل لا يكاد يوجد في کلام احد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى.

و لنقل أولاً کلمات جماعة ممن ظفرنا على کلماتهم، ليظهر منه بعد تنزيل الاباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقق الكركي.

و أبعديه جعل محل الكلام في کلمات قدمائنا الأعلام: ما لو قصد المتعاطيان مجرد اباحة التصرفات، دون التملیک.

ترجمة:

مقاله مرحوم صاحب جواهر

برخی از معاصرین (مرحوم صاحب جواهر) چون توجیه محقق کرکی علیه الرحمه را مستبعد شمرده لا جرم ملتجمی شده باینکه محل نزاع را معاطاتی قرار دهد که مقصود از آن مجرد ابایه میباشد.

وی ترجیح داده که ابایه در کلام حضرات بر ظاهرش باقی مانده و در مقابل ملک باشد و حکم قدماء به ابایه را بر همین وجه تنزیل نموده و بر کسانیکه محل نزاع را معاطات بقصد تمیلیک دانسته اند طعن وارد ساخته و سپس فرموده است:

قابل شدن باینکه معاطات مفید ابایه خالی از ملک بوده با اینکه قصد متعاطین ملک میباشد چیزی است که اسنادش حتی به بچه طلبها شایسته نیست چه رسد به اعاظم و کبرای از اصحاب و علماء.

گفتار مرحوم مصنف

مرحوم مصنف میفرمایند:

انصاف آنستکه آنچه محقق ثانی (ره) در توجیه ابایه مرتكب شده و آنرا به ملک متزلزل تأویل برد و در نهایت بعد برد و از مساق کلمات علماء همچون مرحوم شیخ در کتاب مبسوط و خلاف و ابن ادریس حلی (ره) در سرائر و ابن زهره علیه الرحمه در غنیه و حلبی قدس سره در کاف و مرحوم علامه در تذکره و غیر آن به دور میباشد بلکه کلمات برخی صریح است در اینکه معاطات ملک آور نیست چنانچه عنقریب شرح آن خواهد آمد.

ولی در عین حال اینکه محل نزاع را معاطاتی قرار دهیم که متعاطین در آن قصدشان صرفا ابایه باشد نه تمیلیک ابعد است از وجہی که مرحوم محقق ثانی بیان داشت بلکه میتوان ادعاء کرد در کلام احدی از علماء عبارتی یافت نشده که قابلیت برای حمل بر اینمعنا را داشته باشد لذا ما ابتداء کلمات و عبارات جماعتی از فقهاء را که بآنها برخورد کرده نقل میکنیم تا بعد تنزیل ابایه بر ملک متزلزل که مرحوم محقق ثانی مرتكب آن شده ظاهر و روشن گردد و سپس بعد بودن جعل محل کلام و مورد نزاع بودن معاطاتی که در آن مجرد ابایه تصرفات نه تمیلیک مقصود باشد معلوم و آشکار شود.

شرح مطلوب

قوله: لكن بعض المعاصرین: مقصود مرحوم صاحب جواهر است.

قوله: لما استبعد هذا الوجه: يعني وجہی را که مرحوم محقق ثانی بیان فرمود.

قوله: و رجح بقاء الاباحة في کلامهم: يعني کلام فقهاء.

قوله: على هذا الوجه: يعني وجہی را که مرحوم صاحب جواهر بیان فرموده.

قوله: ابعد منه: ضمير در «منه» به ما ارتكبه المحقق الثاني راجع است.

قوله: على هذا المعنى: يعني معنائی که صاحب جواهر (ره) بيان فرموده.

قوله: ما لو قصد المتعاطيان الخ: چنانچه صاحب جواهر (ره) آن تکلم فرموده.

متن:

فتقول و بالله التوفيق:

قال في الخلاف: اذا دفع قطعة الى البقلي، أو الشارب فقال اعطيني بها بقلة، أو

ماء فاعطاه فإنه لا يكون بيعا.

و كذلك سائر المحرقات و انما يكون اباحة له فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفا مباحا من دون أن يكون ملكه.

و فائدة ذلك أن البقلي اذا اراد أن يسترجع البقل، أو اراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهم ذلك لأن الملك لم يحصل لهم، و به قال الشافعي.

و قال ابو حنيفة: يكون بيعا صحيحا و ان لم يحصل الایجاب و القبول، و قال: ذلك في المحرقات، دون غيرها.

دليلنا أن العقد حكم شرعى، و لا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب أن لا يثبت.

و أما الاباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها، انتهى.

و لا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك، و في أن محل الخلاف بينه، و بين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة كما يظهر ايضا من بعض كتب الحنفية حيث إنه بعد تفسير البيع بمبدلة مال بما قال:

و ينعقد بالايجاب و القبول، و بالتعاطي ايضا، فتمسکه بأن العقد حكم شرعى يدل على عدم انتفاء قصد البيع، و إلا لكان الأولى، بل المتعين التعليل به، اذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفا لا معنى للتمسک بتوقفه على الأسباب الشرعية كما لا يخفى.

ترجمه:

نقل آراء و کلمات علماء رضوان الله عليهم

مرحوم مصنف می فرمایند:

در نقل کلمات و آراء علماء از خداوند توفیق خواسته و می گوئیم:

مقاله مرحوم شیخ الطائفه در کتاب خلاف

شیخ الطائفه علیه الرحمه در کتاب خلاف می فرمایند:

اگر شخصی پولی را به سبزی فروش یا سقا داده و بوی گفت:

سبزی بدی یا آب بیاور و او نیز سبزی یا آب را بوی اعطاء نمود این معامله بیع نمی باشد و همچنین است سایر اشیاء حقیر و کمارزش که در هیچیک بیع تحقق نیافته بلکه اعطاء مفید اباوه است لذا هرگدام از متعاطین در آنچه بایشان داده شده تصرف مباح نموده بدون آنکه آن شیء ملك او شده باشد.

و فائدہ این اباحه آنستکه هرگاه دهنده سبزی بخواهد سبزی را دوباره بخود برگرداند این حق برای او محفوظ و ثابت است چنانچه صاحب پول نیز واجد چنین حقی می باشد زیرا ملک برای هیچکدام حاصل نگردیده است و شافعی نیز بهمین رأی قائل شد.

ابو حنیفه می گوید:

این معامله بیع صحیح بوده اگرچه ایجاب و قبول در آن نیست منتهی گفته است:
بیع بودن این معامله صرفا در رد و بدل کردن محقرات بوده نه اشیاء جلیل و بزرگ.

سپس مرحوم شیخ الطائفه فرموده:

دلیل ما بر مدعایان اینستکه:

عقد حکمی است شرعی در حالیکه نسبت بهمورد بحث یعنی معاطات هیچ دلالت و حکمی از شرع انور بر وجود عقد در دست نبوده پس لازم است عقد را ثابت و مستقر ندانیم.

و اما تحقق اباحه بواسطه چنین معامله از نظر فقهاء مورد اجماع بوده و حضرات در آن باهم اختلاف ندارند.

تمام شد کلام مرحوم شیخ الطائفه در خلاف

مرحوم مصنف می فرمایند:

مخفی نماند که کلام مذکور صریح است در عدم تحقق ملک در معاطات و نیز از صراحت آن می توان بخوبی استفاده کرد که محل خلاف بین شیخ علیه الرحمه و بین ابو حنیفه فرضی است که متعاطین قصد بیع داشته باشند نه اباحه مجرد از ملک را چنانچه این معنا از برخی کتب فرقه حنفیه نیز بدست می آید زیرا ایشان بعد از آنکه بیع را به مبادله مال چال تفسیر کرده اند گفته اند:

بیع با ایجاب و قبول و تعاطی نیز منعقد می شود.

پس تمکن مرحوم شیخ الطائفه باین بیان که «العقد حکم شرعی» دلالت می کند که قصد بیع منتفی نیست چه آنکه اگر منتفی می بود اولی و سزاوار بلکه متعین بود که علت عدم تتحقق بیع را فقدان قصد بیع قرار دهنده زیرا با منتفی بودن حقیقت بیع از نظر لغت و عرف جائی برای تمکن به موقوف بودن بیع بر اسباب شرعیه وجود ندارد.

شرح مطلوب

قوله: قال في الخلاف: كتاب خلاف تصنيف و تأليف شیخ بزرگوار مرحوم شیخ الطائفه کتابی است مشتمل بر مسائل اختلافی بین شیعه و سنی.

قوله: اذا دفع قطعة: مقصود از «قطعة» پول می باشد.

قوله: الى البقلی: یعنی سبزی فروش.

قوله: او الشارب: یعنی سقا.

قوله: فانه لا يكون بيعا: ضمیر در «فانه» به دفع قطعه راجع است.

قوله: و فائدة ذلك: مشار اليه «ذلك» کونه اباحة می باشد.

قوله: كان لهما ذلك: ضمیر در «لهمما» به بقلی و صاحب قطعه راجع بوده و مشار اليه «ذلك» استرجاع می باشد.

قوله: و به قال الشافعی: ضمیر در «به» به عدم البيع راجع است.

قوله: و قال ذلك في المحرقات: مشار اليه «ذلك» كونه بيعاً مى باشد.

قوله: و اما الاباحة بذلك: يعني و اما حصول الاباحة بذلك، مشار اليه «ذلك» دفع و اعطاء مى باشد.

قوله: محل الخلاف بيته و بين ابی حنیفة: ضمیر در «بيته» به شیخ الطائفه راجع است.

قوله: فتمسکه بان العقد الخ: ضمیر در «تمسکه» به شیخ الطائفه عود مى کند.

قوله: التعليل به: ضمیر در «به» به انتفاء قصد بيع راجع است.

متن:

و قال في السرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول، و اعتبار تقدم الاول على الثاني ما لفظه: فإذا دفع قطعة الى البكري، أو الى الشارب فقال: اعطيه لا يكون بيعاً و لا عقداً، لأن الإيجاب و القبول ما حصل.

و كذلك سائر المحرقات، و سائر الأشياء محقراً كان، أو غير محقر: من الثياب و الحيوان، أو غير ذلك، و إنما يكون اباحة له فيتصرف كل منها فيما أخذه تصرف مباحاً من غير أن يكون ملكه، أو دخل في ملكه و لكل منها أن يرجع فيما بذلك، لأن الملك لم يحصل لهما، و ليس ذلك من العقود الفاسدة، لأنه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منها، و إنما ذلك على جهة الاباحة، انتهى.

فإن تعليله عدم الملك بعد حصول الإيجاب و القبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليل، مع أن ذكره في حيز شروط العقد يدل على ما ذكرناه.

و لا ينافي ذلك قوله: و ليس هذا من العقود الفاسدة الى آخر قوله كما لا يخفى.

ترجمه:

مقاله مرحوم ابن ادریس در کتاب سرائر

مرحوم ابن ادریس در کتاب سرائر بعد از آنکه اشتراط و اعتبار ایجاد و قبول و تقدم اولی بر دومی را ذکر نموده فرموده است: پس اگر شخصی پولی به سبزی فروش یا سقاہ داده و بوی بگوید سبزی یا آب ہن بدھ این را بیع نگفته چنانچه اصلاً عقد نیست زیرا ایجاد و قبول حاصل نشده‌اند.

و همچنین است سایر محرقات و جمیع اشیاء اعم از آنکه محقر بوده یا غیر محقر باشند نظری جامه و حیوان و غیر ایندو و به صورت معامله مذکور بیع نبوده و مفید ملک نیست بلکه نتیجه آن اباقه تصرف می‌باشد لذا هریک از متعاطین می‌توانند در آنچه بآنها رسیده تصرف مباح و

مشروع نمایند بدون اینکه ملکیت برای آنها حاصل شده باشد و نیز هر کدام می‌تواند در آنچه بذل به دیگری کرده رجوع نمایند زیرا ملک برای آن حاصل نشده.

و همچنین آنرا عقد فاسد نمی‌توان دانست زیرا اگر چنین می‌بود تصرف هیچ‌کدام در آنچه باو داده شده صحیح و جائز نبود پس این معامله صرفاً وقوعش علی جهه الاباحة می‌باشد.

تمام شد کلام مرحوم ابن ادریس در سرائر

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

تعليقی که ایشان برای عدم ملک آورده و فرمودند علت عدم ملک فقدان ایجاب و قبول میباشد دلالت میکند بر اینکه مفروض کلام صورق است که متعاطین قصد تملیک ندارند.

از این گذشته همینکه مرحوم ابن ادریس اعتبار ایجاب و قبول را در زمرة شروط عقد ذکر فرمود مدعای ما را ثابت میکند که در معاطات قصد تملیک موجود بوده تنها ایجاب و قبول میباشد.

و اگر گفته شود:

اگر در معاطات قصد تملیک میباشد پس چطور ابن ادریس فرموده معاطات از عقود فاسد نیز نمیباشد پس اینکلام دلالت میکند قصد تملیک رأسا در آن نمیباشد.

در جواب میگوئیم:

منافقی نیست بین اینکه در معاطات قصد تملیک باشد ولی در عین حال از عقود فاسد نیز بحساب نیاید چه آنکه قصد تملیک داشتن اعم است از عقد لذا نفى عقد ملازم با نفى قصد تملیک نمیباشد.

شرح مطلوب

قوله: فانه لا يكون بيعا و لا عقدا: ضمير در «فانه» به اعطاء راجع است.

قوله: و ليس ذلك من العقود الفاسدة: مشار اليه «ذلك» معاطات است.

قوله: لانه لو كان عقدا فاسدا: ضمير در «لأنه» به معاطات راجع است.

قوله: فان تعليمه الخ: استظهار مرحوم مصنف است از کلام ابن ادریس عليه الرحمه.

قوله: مع ان ذكره في حيز شروط العقد: ضمير در «ذكره» به اعتبار ایجاب و قبول راجع است.

قوله: على ما ذكرناه: يعني قصد متعاطین تملیک است.

قوله: و لا ينافي ذلك: مشار اليه «ذلك» ما ذكرناه میباشد.

متن:

و قال في الغنية بعد ذكر الإيجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضي، و معلومية العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه:

و اعتبرنا حصول الإيجاب والقبول تحرازا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و الإيجاب من البائع: بأن يقول: يعنيه بالف فیقول: بعْتُك بالف، فَإِنَّه لَا يَنْعَدِ بِذَلِكَ، بَلْ لَابْدَ أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ: اشْتَرَتْ، أَوْ قَبَلَتْ حَتَّى يَنْعَدِ.

و احترازا ايضا عن القول بانعقاده بالمعاطة نحو أن يدفع الى البكري قطعة و يقول: اعطني بقلا فيعطيه، فإن ذلك ليس ببيع و اما هو اباحة للتصرف.

يدل على ما قلناه الاجماع المشار اليه.

و ايضا فاما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به، و ليس على صحته بما عداه دليل، و لما ذكرناه نهى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع المنايذ و الملامسة و عن بيع الحصاة على التأويل الآخر.

و يعني ذلك أن يجعل اللمس بشيء، أو النبذلة، و إلقاء الحصاة بيعا موجبا انتهي.

فإن دلالة هذا الكلام على أن المفروض من قصد المتعاطين التمليك من وجوه متعددة:

منها: ظهور أدله الثلاثة في ذلك.

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

ترجمه:

مقاله مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه

مرحوم ابن زهره بعد از آنکه ایجاب و قبول را در زمرة شروط صحت انعقاد بيع همچون تراضی و معلوم بودن عوضین قرار داده و نیز پس از آنکه بیان نموده بهریک از شروط از معامله‌ای که فاقد آنها است احتراز حاصل می‌شود عبارتی آورده‌اند که متن فرمایش ایشان چنین است:

حصول ایجاب و قبول را بخاطر این شروط نمودیم تا از قول کسانیکه بیع را بواسطه استدعا نمودن مشتری با ایجاب بایع منعقد می‌دانند احتراز نمائیم.

این قائلین فرموده‌اند:

اگر مشتری ابتداء ببایع بگوید: بعنيه بالف (من به هزار تومان بفروش).

و سپس باو بگوید: بعتک بالف (بتو به هزار تومان فروختم).

این بیع صحیح است.

ولی ما این بیع را با استدعا مشتری و ایجاب بایع بنحوی که ذکر شد منعقد نمی‌دانیم بلکه می‌گوئیم:

در انعقاد بیع لازمست پس از ایجاب بایع مشتری بگوید: اشتربت یا قبلت.

و نیز با شروط مزبور خواستیم از قول آنانکه بیع را با معاطات منعقد می‌دانند احتراز کنیم.

این قائلین می‌فرمایند:

اگر مشتری به سبزی فروش مثلاً پول را داده و باو بگوید: من سبزی بد و سپس سبزی فروش در مقابل پول که گرفته باو مقداری سبزی بدهد این معامله بیع بوده و نتیجه‌اش اباوه تصرف هرکدام از متعاطین می‌باشد.

و همانطوری که گفتیم ما این معامله را منعقد ندانسته بلکه باطل می‌دانیم.

و دلیل ما بر آنچه گفتیم اجتماعی است که با آن اشاره کرده‌ایم و نیز ایجاب و قبول لفظی را که در بیع معتبر قرار داده‌ایم بر صحت عقد بواسطه آن اجماع منعقد بوده در حالیکه بر صحت غیرش هیچ دلیلی نداریم و بخاطر آنچه ذکر نموده‌ایم پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم از بیع منابذه و ملامسه و بیع حصا طبق تأویلی دیگر

که برایش شده نهی فرموده‌اند.

و مقصود از این معاملات اینستکه:

ملس بشیئ یا نبد و انداختن آن و پراندن ریگ را صیغه ایجاب بیع قرار دهند.

پایان کلام ابن زهره در غنیه

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

دلالت اینکلام بر اینکه فرض سخن در جائی است که قصد متعاطین تملیک است نه اباخه از چند راه قابل استدلال و تماسک میباشد:

از جمله: سه دلیل مذکور ظاهر در این معنا میباشند.

و نیز: احتراز از معاطات و معاملهای که با استدعاء مشتری صورت گرفته بیک نحو و بک طرز.

شرح مطلوب

قوله: عن المعاملة الفاقدة له: ضمير در «له» به ایجاد و قبول راجع است.

قوله: بان يقول يعنيه الخ: ضمير در «يقول» به مشتری راجع است.

قوله: فيقول بعتك الخ: ضمير در «يقول» به بایع عود میکند.

قوله: فانه لا يعتقد بذلك: ضمير در «فانه» به بیع برگشته و مشار اليه «ذلك» استدعاء مشتری و ایجاد بایع میباشد.

قوله: بل لا بد ان يقول المشترى بعد ذلك: يعني بعد از ایجاد بایع.

قوله: عن القول بانعقاده بالمعاطاة: ضمير در «انعقاده» به بیع عود میکند.

قوله: فان ذلك ليس ببيع الخ: مشار اليه «ذلك» معاطات میباشد.

قوله: و ايضاً فما اعتبرناه: آنچه را که ایشان معتبر دانستند عبارتست از ایجاد و قبول لفظی.

قوله: عن بيع المนาizza: بيع منابذه آنستکه بایع مبیع را بطرف مشتری پرتاب کند و نفس اینفعل را ایجاد قرار دهد و مشتری آنرا دریابد و این دریافت را قبول تلقی کند.

قوله: و الملامسة: بيع ملامسه آنستکه بایع مشتری بگوید این جامه و لباس را بتو میفروشیم باین نحو که آنرا ملس کرده بدون اینکه بآن نظرافکنی مشروط باینکه بعد که آنرا دیدی خیاری نداشته باشی.

قوله: و عن بيع الحصاة: بيع حصاة آنستکه بایع در فاصله چند قدمی امتعهای واقع شده و ریگ را روی یک از آنها بیاندازد و نفس انداختن ریگ را صیغه ایجاد قرار داده بطوری که ریگ بروی هرکدام از امتعه افتاد همان مبیع محسوب شود.

قوله: على التأويل الآخر: آنچه در تفسیر بيع حصاة نقل نمودیم تفسیر آن بر وجهی است که مورد نهی شارع میباشد و مقصود از «التأويل الآخر» همین معنا است و در مقابل آن اینستکه:

صیغه ایجاد را قبل ایاع خوانده آنگاه ریگ را برای تعیین و تشخیص مبیع روی امتعه پرتاب کند که بیع حصات باین معنا منهی میباشد.

قوله: ظهور ادلته الثلاثة: مقصود از ادلہ سه گانه: الاجماع المشار اليه و فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به و ليس على صحة ما عدah دلیل و نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم میباشد.

قوله: احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد: وجه دلالت این احتراز بر مدعای آنستکه در معامله با استدعا مشتری قطعی و حتمی است که متعاطین قصد تملیک دارند و چون مرحوم ابن زهره معاطات را در ردیف معامله با استدعا قرار داده و بیک نسق از هردو احتراز جسته این احتراز دلالت میکند که در معاطات نیز همچون معامله با استدعا مشتری قصد تملیک میباشد.

متن:

و قال الحلبی في الكافي بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع امور ثمانية ما لفظه: و اشترط الايجاب و القبول: لخروجه من دونهما عن قبول حكم البيع الى أن قال: فان اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع، و لم يستحق التسلیم و ان جاز التصرف مع اخلال بعضها، للتراضي، دون عقد البيع، و يصح معه الرجوع. انتهى.

و هو في الظهور قريب من عبارة الغنية.

ترجمه:

مقاله مرحوم حلبی در کتاب کافی

مرحوم حلبی در کتاب کافی بعد از آنکه هشت شرط برای صحت بیع ذکر نموده کلماتی فرموده که متن فرمایش ایشان چنین است: ایجاب و قبول را در صحت بیع شرط قرار داده ایم تا بیعنی که بدون ایجاب و قبول واقع می شود از قبول حکم آن خارج نمائیم و سپس عبارات را ادامه داده تا جائیکه می فرماید:

حال اگر شرطی از این شروط مختل گردد بیع منعقد نشده و هیچکدام از متعاقدين استحقاق تسلیم عوضین را ندارند اگرچه البته در صورت اخلال و فقدان برخی از این شروط تصرف متعاقدين در عوضین جایز است چون معامله یا تراضی واقع شده و هرکدام به تصرف دیگری در مال وی رضایت دارند ولی عقد بیع منعقد نمی شود لذا رجوع متعاقدين بدیگری جهت بازپس گرفتن مال خود جایز و مشروع است.

پایان کلام مرحوم حلبی در کتاب کافی

مرحوم مصنف می فرمایند:

این کلام از مرحوم حلبی نیز در ظهور قریب به عبارتی است که از مرحوم ابن زهره نقل نمودیم.

شرح مطلوب

قوله: بعد ذکر انه يشترط في صحة البيع الخ: ضمير در «انه» بمعنای «شأن» می باشد.

قوله: لخروجه من دونهما عن قبول حكم البيع: ضمير در «خروجه» به بیع و در «دونهما» به ایجاب و قبول عود می کند.

قوله: مع اخلال بعضها: یعنی بعض الشروط و ظاهرا مقصود از «بعض الشروط» همان ایجاب و قبول می باشد.

قوله: و يصح معه الرجوع: ضمير در «معه» به جواز التصرف راجع است.

متن:

و قال المحقق رحمة الله في الشرائع! و لا يكفي التقابض من غير لفظ و ان حصل من الإمارات ما دل على ارادة البيع. انتهى.

و ذكر الكلمة الوصل ليس لتعيم المعاطاة لما لم يقصد به البيع، بل للتنبيه على انه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.

ترجمه:

مقاله مرحوم محقق در کتاب شرایع

مرحوم محقق در کتاب شرایع می فرمایند:

تقابض بدون بکار بردن لفظ کاف نیست اگرچه از علائم و امارات بدست باید که متعاملین قصد بیع دارند.

پایان کلام محقق در شرایع

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

ذکر کلمه «ان» وصلیه یعنی «و ان حصل الخ» بخاطر این نیست که ایشان بخواهند معاطات را تعمیم داده و بفرمایند شامل فرضی که متعاطین قصد بیع ندارند می‌شود بلکه مقصودش تبیه بر این نکته است که مجرد قصد بیع کاف نبوده بلکه دال بر آن می‌باید لفظ باشد نه فعل و عمل.

متن:

و قال في التذكرة في حكم الصيغة: الأشهر عندنا أنه لا بد منها فلا يكفي التعاطي في الجليل والحقير مثل اعطني بهذا الدينار ثوباً فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فياخذه، و به قال الشافعي مطلقاً: لأصالة بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد.

و عن بعض الحنفية، و ابن شريح في الجليل.

و قال أحمد ينعقد مطلقاً و نحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد بما يعتقد الناس بيعاً. انتهى.

و دلالته على قصد المتعاطين للملك لا تخفي من وجوه ادونها جعل مالك موافقاً لاحمد في الانعقاد من جهة انه قال: ينعقد بما يعتقد الناس بيعاً.

ترجمه:

مقاله مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره

مرحوم علامه در کتاب تذکره در بیان حکم صیغه عقد می‌فرمایند:

اشهر نزد ما امامیه آنستکه صیغه لازم و واجب است بنابراین معاطات کافی نیست چه در معاملات بزرگ و چه در معاملات ناچیز و جزئی.

معاطات مثل اینکه یکی از دو نفر بدیگری بگوید: در مقابل این دینار جامه و لباس بمن بدھ و سپس دیگری باو آنچه را که مورد رضایتش هست بدھد.

یا بگوید: این جامه و لباس را در مقابل دینار از من بگیر.
و سپس دیگری آنرا اخذ کند.

و بهرتفدیر معاطات بیع نیست و با اعطاء فعلی منعقد نمی‌شود و بهمین رأی نیز شافعی مطلقاً فتوى داده و بین معاملات حقیر و جلیل فرقی نگذارد.

و دلیل ما بر این مدعی دو چیز است:

الف: بعد از چنین معامله فعلیه‌ای اگر شک کنیم در حصول نقل و انتقال اصل آنستکه هرمالی بملک مالکش باقی است.

ب: افعال از دلالت بر مقاصد و ضمائر قاصر و نارسا هستند.

ولی از برخی حنفیه و ابن شريح نقل شده که معاطات را در خصوص معاملات عظیم و بزرگ بیع ندانسته و کافی قرار نداده‌اند.

و احمد می‌گوید: معاطات مطلقاً بیع بوده چه در معاملات حقیر و چه در معاملات جلیل و بزرگ.

و نظیر این گفتار را مالک دارد، وی می‌گوید:

بیع منعقد می‌شود با آنچه مردم تحقق بیع را بآن می‌دانند.

پایان کلام مرحوم علامه در کتاب تذکره

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

دلالت این کلام بر اینکه متعاطین قصد بیع و ملک دارند از جهاتی مخفی و

پنهان نیست که ادون و ضعیفترین آنها اینستکه ایشان مالک را با احمد در انعقاد بیع با معاطات موافق قرار داده چه آنکه هردو می‌گویند:

بیع منعقد می‌شود با آنچه مردم تحقق بیع را بآن می‌دانند.

شرح مطلوب

قوله: و به قال الشافعی مطلقاً ضمیر در «به» به عدم کفايت معاطات راجع بوده و مطلقاً يعني چه در معاملات حقیر و چه در معاملات جلیل.

قوله: ينعقد مطلقاً: چه در حقیر و چه در جلیل.

قوله: و نحوه قال مالک: ضمیر در «نحوه» به احمد راجع است.

قوله: ادونها جعل مالک الخ: چه آنکه ایندو صورتی را که متعاقدين قصد ملك را داشته باشند قصد و اراده کرده‌اند زیرا مردم زمانی اسباب تحقق بیع را محقق آن می‌دانند که متعاملین باین نیت و قصد اقدام بمعامله بنمایند.

متن:

و قال الشهيد في قواعده بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القول و ذكر أمثلة لذلك ما لفظه:

و أما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الاباحة، لا المملك. و إن كان في الحقير عندها.

و دلالتها على قصد المتعاطيين للملك مما لا يخفي.

هذا كله مع أن الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التمليل و وبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع انهم صرحوا بارادة المعااملة المتعارفة بين الناس.

ترجمه:

مقاله مرحوم شهید اول در کتاب قواعد

مرحوم شهید اول در کتاب قواعد بعد از اینکه فرموده:

گاهی سبب فعلی بجای سبب قرار می‌گیرد و برای آن امثله و شواهدی

ذکر نموده عبارتی آورده‌اند که متن فرمایشات ایشان چنین است:

اما معاطات در مبايعات، باید بگوئیم از نظر علماء امامیه مفید اباوه بوده نه ملک اگرچه در معاملات کوچک و ناچیز باشد.

مرحوم مصنف می فرمایند:

دلالت این عبارت بر اینکه قصد متعاطین ملک می باشد مخفی و پنهان نیست.

پس از آن می فرمایند:

آنچه تا باینجا نقل نمودیم کلا دلالت می کند بر اینکه در معاطات، متعاطین قصد ملک دارند و از این اقوال و آراء که بگذریم آنچه در خارج و عرف مشاهده می کنیم آنستکه اموال واقع در دست مردم جملگی از طریق معاطات هائی بدست آمده که در آنها قصد تملیک وجود داشته و می باشد لذا بعید است فقهاء شیعه و سنی کلام را در غیر این افراد شایعه و دارجه فرض کرده باشند مضافاً باینکه خودشان تصریح دارند که مرادشان معاملات متعارفه بین مردم می باشد.

متن:

ثم إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها كالخلاف والسرائر والتذكرة والقواعد.

و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: إنهم أرادوا بالاباحة الملك المتزلزل.

فقال: المعروف بين الأصحاب أن المعطاة بيع و إن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفید، ولا يقول أحد من الأصحاب: إنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية، وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها.

و قوله تعالى: أهل الله البيع يتناولها، لأنها بيع بالاتفاق حتى من القاتلين بفسادها، لأنهم، يقولون: هو بيع فاسد.

و قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض عام إلا ما اخرجه الدليل.

و ما يوجد في عبارة جمع من متأخرى الأصحاب: من أنها تفيد الاباحة، و تلزم بذهب احدى العينين: يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر، و بالذهب يتحقق

اللزوم، لامتناع اراده الاباحة المجردة عن اصل الملك، اذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً و لم يجز التصرف في العين.

و كافة الأصحاب على خلافه.

و ايضاً فإن الاباحة المحسنة لا تقتضي الملك اصلاً و رأساً فكيف يتحقق ملك شخص بذهب مال آخر في يده.

و الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالأقوال، لأنها تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التزاد ما دام ممكناً و مع تلف احدى العينين يمتنع التزاد فيتحقق اللزوم، لأن احدهما في مقابل الآخر، و يكفي تلف بعض احدى العينين، لامتناع التزاد في الباقى إذ هو موجب لبعض الصفقة، و الضرر انتهى.

و نحوه المحكي عنه في تعليقته على الارشاد، و زاد فيه: أن مقصود المتعاطين اباحتة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه، و إلا لوجب أن لا تحصل اباحتة بالكلية بل يتعمّن الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد: و هو باطل.

و عليه يتفرع النماء و جواز وطى الجارية و من منع فقد اغرب انتهى.

ترجمه:

مقاله مرحوم محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد

مرحوم مصنف می فرمایند:

گفته شد از ظاهر اکثر عبارات گذشته بدست می‌آید که معاطات مفید ملک نیست بلکه صریح برخی از آنها همچون خلاف و سرائر و تذکره و قواعد بر اینمعنا دلالت دارد.

ولی مع ذلك کله مرحوم محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد می‌فرمایند:

مقصود علماء از اباوه ملک متزلزل است، وی سپس فرموده:

معروف بین علماء امامیه آنستکه معاطات بیع است اگرچه مانند بیع عقدی لازم نیست و در این نظریه مرحوم مفید مخالف است چه آنکه ایشان آنرا بیع لازم همچون بیع عقدی می‌داند.

و باید توجه داشت که احدی از علماء معاطات را بیع فاسد نمی‌داند مگر مصنف کتاب (کتاب قواعد) در کتاب نهایه‌اش ولی ایشان نیز در کتب متأخر از آن این نظریه را رد فرموده و به صحت معاطات فتوی داده‌اند.

و آیه شریفه: احل الله البيع و حرم الرباء شامل آن شده و امضائش می‌کند چه آنکه معاطات باتفاق ارباب نظر بیع است حتی از نظر کسانیکه بفسادش قائل شده‌اند چه آنکه ایشان معاطات را بیع فاسد دانسته‌اند.

و نیز آیه شریفه: الا ان تكون تجارة عن تراض، عام بوده و عمومش شامل آن می‌گردد مگر آنکه دلیلی که آن عموم را تخصیص داده و برخی افراد را از تحتش خارج کرده باشد و اما با قطع نظر از دلیل مخصوص هیچ مانعی از شمول این آیه نسبت به معاطات وجود ندارد مضافاً باینکه دلیل مخصوصی هم که معاطات را از عموم آن خارج کند بنظر نیامده است.

و باید توجه داشت آنچه در عبارت جماعتی از متأخرین دیده شده که ایشان فرموده‌اند:

معاطات مفید اباوه بوده و با تلف یک از دو عوض لازم می‌شود.

مرادشان از اباوه عدم لزوم معامله است یعنی معاطات در بدو امر مفید ملکیت غیر لازمه بوده ولی بواسطه تلف احد العوضین لازم می‌شود و ملکیت مستقر می‌گردد.

و دلیل ما بر این گفتار آنستکه محال و ممتنع است مقصود حضرات اباوه مجرد از اصل ملک باشد چه آنکه مقصود متعاطین ملک است حال اگر این مقصود در خارج حاصل نشود بیع باید فاسد بوده لا جرم هیچکدام از متعاطین نتوانند در عینی که باو منتقل شده تصرف کنند در حالیکه تمام علماء بر خلاف این نظریه داده‌اند و تصرف متعاطین را بدون اشکال می‌دانند پس نفس جواز تصرف خود دلیل است بر عدم فساد معاطات و عدم فساد آن حاکی است از وقوع قصد متعاطین در خارج و بدین ترتیب حصول ملک بعد از معاطات امر حتمی و قطعی می‌باشد منتها همانطوری که گفته‌ی این ملکیت در ابتداء امر جایز و متزلزل بوده و سپس بعد از تلف عینین یا یک از آندو مستقر و لازم می‌شود.

و دلیل دیگر بر گفتار ما و اینکه مقصود فقهاء از اباوه ملکیت جائزه می‌باشد اینستکه:

اباوه محض و مجرد از ملک ابداً اقتضای ملکیت ندارد پس چگونه بعد از تلف شدن مال یکی از متعاطین در دست دیگری عوض آن در نزد وی مملوک واقع شده و شخص مالک آن می‌شود پس قطعاً و یقیناً مراد از اباوه همان ملکیت متزلزل و جائز می‌باشد و اینکه چطور معاطات مفید چنین ملکیتی بوده و نتیجه‌اش ملک لازم نیست، جهتش آنستکه:

افعال چون نظیر الفاظ دلالتشان صریح نبوده بلکه بکمک قرائی بر معانی مراد و مقصود دلالت دارند لا جرم حضرات از لزوم عقد بواسطه آنها منع نموده و فرموده‌اند تا زمانیکه تراد عینین ممکنست عقد جائز و ملکیت حاصله متزلزل می‌باشد ولی بعد از آنکه بواسطه تلف عینین یا تلف یکی از آندو تراد ممتنع گشت لزوم تحقق می‌یابد زیرا احد العوضین در مقابل دیگری است لا جرم تلف شدن یکی از آندو در لزوم عقد کفايت می‌کند زیرا تراد نسبت باانچه باقی مانده غیر ممکن می‌باشد چنانچه اگر مقداری از احد العینین نیز تلف شود عقد لازم می‌گردد و جهتش آنستکه تراد نسبت باانچه باقیمانده غیر ممکنست چه آنکه اگر باقیمانده را بخواهیم مردود اعلام کنیم این امر موجب بعض صفة و نیز ضرر بر مردود الیه می‌شود و آن در شریعت انور منفي است لذا در اینفرض نیز همچون صورتی که تمام احد العینین تلف شده باشد حکم بلزوم عقد باید نمود.

پایان کلام مرحوم محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و نظیر این عبارات را در حاشیه بر ارشاد فرموده منتهی در آن این فقره را اضافه نموده و آورده است:

مقصود متعاطین از معاطات اباوهای است که بر مالک شدن عین مترتب است همچون سایر بیوع حال اگر پس از عملی ساختن معاطات مقصود متعاطین حاصل شود آنچه ما گفتیم ثابت می‌گردد یعنی معاطات واقع شده افاده ملک نموده و اباوه تصرف نیز بر آن مترتب می‌شود و اگر منظور و هدف ایشان حاصل نگردد

یعنی مالکیت حادث نشود اساساً اباوه نیز رأساً باید منتفی بوده لا جرم لازمست حکم بفساد معامله شود زیرا مقصود از معامله واقع نشده حال اگر غیر آنچه متعاطین قصد کرده‌اند تحقق یابد این امر متحقق بدون قصد واقع شده و آن باطل است.

سپس فرموده:

و بر فساد و صحت آن نماء و جواز وطی جاریه متفرق می‌باشد یعنی اگر معاطات را صحیح و مفید ملک دانستیم نماء و ثمرات عوضین از آن کسی است که عوضین ملک او گردیده یعنی نماء و ثمره مبیع تعلق مشتری داشته و ثمره ثمن از آن بایع می‌باشد و اگر آنرا فاسد فرض کرده و گفتیم مفید ملک نبوده قهراً اباوه نیز بر آن مترتب نمی‌باشد نه بایع از ثمره ثمن می‌تواند استفاده کرده و نه مشتری از نماء مبیع حق انتفاع دارد و همچنین است جواز وطی جاریه که در صورت صحت و مفید ملک بودن معاطات این جواز در حق مشتری ثبت شده و بفرض فساد و عدم افاده ملک وی چنین حقی را ندارد.

و سپس در پایان کلامش می‌فرماید:

و کسیکه از وطی جاریه منع نموده و فرموده:

مشتری بعد از آنکه جاریه را به بیع معاطات خرید حق ندارد با او وطی کند.

کلام عجیب و غریبی فرموده زیرا امر از دو حال خارج نیست:

یا معاطات صحیح است و یا باطل و فاسد:

اگر صحیح است مشتری مالک جاریه شده و اباوه تصرف یعنی وطی نمودن با کنیز مثلاً بر ملکیت مزبور مترتب می‌شود پس منع از وطی صحیح نیست.

و اگر معاطات صحیح نیست و بر اساس آن وطی ممنوع اعلام گردیده می‌گوئیم پس اباوه تصرفات دیگر از قبیل استخدام و بکار گرفتن کنیز نیز نباید ثابت باشد زیرا همانطوری که گفتیم ثبوت اباوه تصرف فرع حصول ملکیت است و با انتفاع ملکیت قطعاً اباوه نیز منتفی باید باشد لذا حکم به اباوه با انتفاء ملکیت تفووه نمودن با مر غریب و عجیبی می‌باشد.

پایان کلام مرحوم محقق ثانی در حاشیه ارشاد

شرح مطلوب

قوله: فقال المعرف بين الأصحاب الخ: حاصل فرموده محقق ثانی عليه الرحمه اينستكه:

در معاطات سه قول بين اصحاب و علماء اماميه می‌باشد:

۱- رأى مشهور و آن اينستكه معاطات بيع است اگرچه مفید لزوم نمی‌باشد.

۲- قول مرحوم مفید و آن اينستكه معاطات بيع است و همچون بيع عقدی مفید لزوم می‌باشد.

۳- نظریه مرحوم علامه حلی در کتاب نهایه و آن اينستكه معاطات بيع فاسد می‌باشد و غیر از ایشان احدی از علماء معاطات را فاسد ندانسته و خود ایشان نیز در کتبی که بعداً تصنیف نموده‌اند از این رأى عدول کرده و بصحت معاطات قائل شده‌اند.

و بهرتفقیر ما معاطات را بیع می‌دانیم و به دو دلیل آنرا ثابت می‌نماییم:

الف: آیه شریفه: احل الله البيع.

چه آنکه باتفاق تمام فقهاء و علماء معاطات بیع است منتهی برخی آنرا بیع صحیح و بعضی آنرا بیع فاسد می‌دانند پس به نظریه تمام علماء معاطات بیع می‌باشد و وقتی چنین بود یعنی توانستیم بر آن اطلاق بیع نمائیم آیه مذکور شاملش شده و حکم به حلیت و صحتش می‌نماید.

ب: آیه شریفه: الا ان تكون تجارة عن تراض.

بدون تردید معاطات از مصاديق تجارت عن تراض است پس به نص این آیه شریفه از کل مال بباطل بیرون است و وقتی اکل مال بباطل نبود از افراد اکل مال بغیر باطل محسوب شده و می‌باید حکم بصحتش کرد.

بهرتفقیر با ایندو آیه شریفه می‌توان اثبات کرد که معاطات بیع صحیح است در نتیجه افاده ملک می‌کند زیرا مقصود و غرض متعاطین از انجام آن همین است و جای تردید و شبهه نیست وقتی معاطات افاده ملک نمود یعنی مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن شدند تصرف ایشان در مالیکه با آنها منتقل شده نیز مباح و جائز می‌گردد پس اباوه تصرف از تبعات و متفرعات بر مالکیت می‌باشد و ظاهرا تمام

علماء نیز باین مقاله اذعان دارند با این فرق که دسته‌ای ملکیت را لازم و مستقر می‌دانند همچون مرحوم مفید و گروهی آنرا متزلزل و جائز دانسته‌اند مانند مشهور.

و اگر در کلام جماعتی از متأخرین این عبارت دیده می‌شود که فرموده‌اند:

معاطات مفید اباوه است و بعد از تلف شدن یکی از عوضین لازم می‌گردد.

قطعاً مقصودشان از اباوه ملکیت جائز و متزلزل می‌باشد و شاهد ما بر این گفتار دو چیز است:

۱- محال است مقصود ایشان این باشد که معاطات تنها افاده اباوه نموده بدون ملکیت.

و وجه محال بودن اینستکه بالقطع و اليقین مقصود و منظور متعاطین از انجام معاطات حصول ملک می‌باشد با توجه باین نکته می‌گوئیم:

امر از دو حال خارج نیست:

یا این غرض و قصد بعد از انجام معاطات حاصل می‌شود یعنی ملکیت تحقق می‌یابد و بدنبال آن اباوه نیز ثابت می‌گردد که در اینصورت گفتار ما ثابت می‌شود.

و یا این غرض در خارج تحقق نمی‌یابد بلکه خلاف مقصود متعاطین حاصل می‌شود یعنی تنها اباوه بدون ملک پیدا می‌گردد، باید بگوئیم وقتی قصد متعاطین در خارج تحقق نیافت پس معاطات از نظر ایشان وجود و عدمش یکسان می‌گردد یعنی اثر مقصود بر آن مترب نمی‌شود لا جرم فاسد و باطل است و وقتی باطل بود هیچ اثر بدنبالش نبوده از جمله اباوه تصرف پس بچه دلیل بتوان گفت معاطات مفید اباوه مجرد از ملک می‌باشد.

۲- اساساً اباوه محض و خالی از هرچیز دیگر مقتضی ملک نیست و وقتی چنین بود دیگر صحیح نیست بگوئیم بعد از تلف احد المالین آن دیگری مملوک واقع می‌شود پس چطور بپذیریم مشهور بین ایندو عبارت جمع کرده ابتداء فرموده‌اند:

معاطات افاده اباوه مجرد از ملک می‌کند.

و پس از آن افزوده‌اند:

بعد از تلف احد العوضین ملکیت حاصل می‌شود.

پس ثابت شد قطعاً مراد حضرات از اباوه ملکیت جایزه می‌باشد.

حال جای این سؤال است که چرا معاطات همچون بیع عقدی مفید ملکیت لازمه نیست.

در جواب این سؤال باید بگوئیم:

در معاطات چون از فعل بجای لفظ استفاده می‌شود و از طرف فعل ابداً مانند لفظ دلالت صریح بر مراد و مقصود ندارد زیرا لازم و واجب است از قرائی کمک گرفته و به برکت آنها بگوئیم فعل متعاطین بر مقصودشان دلالت دارد در حالیکه الفاظ چنین نبوده و در دلالت صریح بر مقصود و مراد نیازی به قرینه ندارند لا جرم بیع عقدی که ایجاب و قبولش با لفظ و قول صورت می‌گیرند بالصراحه بر مقصود متعاقدين که ملکیت است دلالت می‌کنند از این رو بعد از اجراء عقد ملکیت لازمه تحقق می‌یابد اما در معاطات بخلافه ضعف دلالی فعل حضرات از پیدا شدن ملکیت لازم منع نموده و فرموده‌اند معاطات مفید ملکیت جائز و متزلزل است و این تزلزل تا زمانی است که رد و بدل و تراد عوضین امکان‌پذیر باشد ولی پس از آنکه این معنا بواسطه تلف عینین یا ذهاب احد العوضین یا از بین رفتن بعض احد العوضین متعدز و غیر ممکن گردید ملک لازم و مستقر می‌شود چه آنکه هرکدام از عوضین تماماً و کمالاً در مقابل دیگری است لذا روشن و واضح است وقتی این مقابله و روبروئی از بین رفت تراد امکان‌پذیر نبوده و ملک از حالت تزلزل و بهم خوردن خارج شده و ثابت می‌گردد و با این تقریر فرموده مشهور توجیه می‌شود.

قوله: سوی المصنف فی النهایة: مقصود از «مصنف» مصنف متن کتاب جامع المقاصد که شرح بر قواعد مرحوم علامه است می‌باشد.

قوله: و تلزم بذهاب احد العينين: مقصود از «ذهاب» تلف می‌باشد.

قوله: یریدون به عدم اللزوم: ضمیر در «به» به اباوه راجع است.

قوله: فإذا لم يحصل: ضمیر در «لم يحصل» به مقصود متعاطین راجع است.

قوله: كان بيغا فاسدا: ضمیر در «كان» به معاطات راجع است.

قوله: منعوا من لزوم العقد بها: ضمیر فاعلی در «منعوا» به اصحاب و در «بها» به افعال راجع است.

قوله: فيجوز التزاد: مقصود از «تراد» رد نمودن مبیع به بایع و ثمن بمشتری می‌باشد.

قوله: لأن احدهما في مقابل الآخر: ضمیر تثنیه در «احدهما» به عینین راجع است.

قوله: اذ هو موجب لبعض الصفة: ضمیر «هو» به تراد راجع است یعنی اگر مقداری از احد العینین تلف شود و معذلك معاطات جایز بوده در نتیجه هرکدام از بایع و مشتری بتوانند معامله را بهم زده و مالیکه با آنها منتقل شده بصاحبیش رد کنند این امر موجب بعض صفقه می‌شود.

قوله: و الضرر: یعنی اگر در فرض مزبور معامله جائز بوده و متعاطین بتوانند عینین را بدیگری رد کنند شخصی که مال ناقص بوى برمى گردد متضرر می‌شود.

قوله: و نحوه: ضمیر مجروري به قول مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد راجع است.

قوله: المحک عنہ: ضمیر در «عنہ» به مرحوم محقق کرکی عود می‌کند.

قوله: على ملك الرقبة: مقصود از «رقبه» عین مال می‌باشد.

قوله: فلو وقع غيره: یعنی غیر مقصود.

قوله: و هو باطل: ضمیر «هو» به وقوع بغیر قصد راجع است.

قوله: و عليه يتفرع النماء الخ: ضمير در «عليه» به كل واحد من الصحة و الفساد راجع است.

قوله: فقد اغرب: يعني فقد اتى بشيء غريب.

متن:

و الذي يقوى في النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالاباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التمليلك، وأن الاباحة لم تحصل بانشائتها ابتداء، بل إنما حصلت كما اعترف به في المسالك: من استلزم إعطاء كل منها سلطته مسلطاً عليه الاذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات، فلا يرد عليهم، عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة.

و حاصله: أن المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لاباحة التصرف، اذ الاباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التمليلك، وإن كانت من

الشارع فليس عليها دليل، و لم يشعر كلامهم بالاستناد الى نص في ذلك، مع أن الغاء الشارع للأثر المقصود و ترتب غيره بعيد جداً، مع أن التأمل في كلامهم يعطي ارادة الاباحة المالكية لا الشرعية.

و يؤيد ارادة الملك: أن ظاهر اطلاعهم اباحة التصرف شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالوطي و العتق و البيع لنفسه. و التزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات كما اذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخبر، أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع بعيد.

و سيجيئ، ما ذكره بعض الأساطين: من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

لكن الانصاف أن القول بالتزامهم لهذه الامور أهون من توجيهه كلماتهم، فإن هذه الامور لا استبعاد في التزامها اذا اقتضى الاصل عدم الملكية، و لم يساعد عليها دليل معتبر، و اقتضى الدليل، صحة التصرفات المذكورة.

مع أن المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك كاخراجه في خمس، أو زكاة، و كوطى الجارية. و صرح الشيخ في المبسوط بأن الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الايجاب و القبول؛ و لا يحل وطؤها.

و مما يشهد على نفي البعد عما ذكرنا: من ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليلك: أنه قد صرح الشيخ في المبسوط، و الحلي في السرائر، و كالظاهر العلامة في القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الايجاب و القبول و لو من الرسول. نعم يفيد ذلك اباحة التصرف، لكن الشيخ استثنى وطى الجارية.

ترجمة:

کلام مرحوم مصنف و تعریض به محقق ثانی علیه الرحمه

مرحوم مصنف در مقام تعریض به محقق کرکی علیه الرحمه می فرمایند:

آنچه بنظر ما قوى و متین می رسد اينستكه ظواهر كلمات حضرات را بحال

خود باقی گزارده و ملتزم شويم که ايشان به اباوه مجرد از ملك قائل هستند یعنی در معاطاتي که متعاطيين قصدشان تمليلك است می گويند نتيجه اش اباوه صرف می باشد و همانطوری که مرحوم شهید ثانی در كتاب مسالك اعتراف نموده اند اباوه مزبور بانشاء آن در بدبو امر حاصل نشده بلکه مستلزم اعطاء هر يك از متعاطيين بوده که سلعه و متع خود را بدیگري داده و او را بر آن مسلط می گردداند چه آنکه وقتی هر کدام بدیگری اذن در انواع و وجوده تصرف را داد و وی را کاملاً بر متع خویش مسلط و مستولی نمود قهری است که لازمه چنین تسليطي اباوه تصرفات و جواز آنها می باشد، بنابراین هیچ اشكالی بفرموده این حضرات وارد نیست مگر همان ایراد و انتقادی که مرحوم محقق ثانی در عبارت پیشین متذکر آن شد که حاصلش اينستكه:

مقصود متعاطین از معاطات حصول ملک است و وقتی این قصد در خارج تحقق نیافت هیچ منشاء و جهتی برای اباوه تصرف وجود ندارد زیرا اباوه اگر از مالک باشد فرض اینستکه از وی صرفاً ملیک صادر شده نه اباوه و اگر از جانب شارع فرض گردد بر آن دلیل و شاهدی وجود ندارد و کلام حضرات نیز کوچکترین اشعار و اشاره‌ای ندارد که این اباوه مستند به ورود نص و دلیل خاصی است که در اینمقام بایشان رسیده باشد مضافاً باینکه اساساً الغاء نمودن شارع اثری را که مقصود متعاملین بوده و بجای آن اثر دیگری را مترب بداند جدا بعید و قابل قبول نیست.

از این گذشته تأمل و دقت در کلام حضرات مفید اینمعنا است که ایشان مقصودشان اباوه مالکیه است نه شرعیه.

سپس مرحوم مصنف در مقام تأیید گفتار مرحوم کرکی می‌فرمایند:

و مؤید اینفرموده کرکی علیه الرحمه که مقصود مشهور از اباوه ملک متزلزل است اینکه از ظاهر اطلاق اباوه در کلام اصحاب اینطور استفاده می‌شود که هرگونه از تصرف را ایشان تجویز نموده‌اند حتی تصرفاتیکه موقوف بر ملکیت است همچون وطی با جاریه و عتق و فروش مملوک برای خود نه مالکش.

و اگر گفته شود:

ایشان ملتزم هستند که ملکیت مقارن با اینگونه از تصرفات حاصل می‌شود
نه آنکه قبل تحقق داشته باشد چنانچه اگر این تصرفات از شخص صاحب خیار واقع شود یا از واهی که حق رجوع در هبهاش را دارد صادر گردد همینطور بوده و کلا علماء ملتزم هستند ملکیت مقارن با تصرف حاصل می‌شود.

در جواب گوئیم:

این کلام بعید بوده و انشاء الله عنقریب کلامی را که از برخی اساطین نقل شده ذکر کرده و خواهیم گفت که ایشان فرموده‌اند:
اینقول یعنی حصول اباوه بواسطه معاطات با اینکه قصد متعاطین ملیک می‌باشد، مستلزم تأسیس قواعد جدید و نوظهور است.
پس با این تأیید و توجه با آن معلوم می‌شود که حق بجانب محقق ثانی (ره) بوده و مقصود حضرات از اباوه، همان ملک متزلزل می‌باشد.

انصار مرحوم مصنف و تضعیف کلام مرحوم محقق ثانی

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

ولی انصاف حاکم است باینکه اگر ملتزم به تأسیس قواعد جدید و نوظهور شویم بمراتب سهل‌تر است از اینکه کلمات و اقوال اصحاب را توجیه نموده و بگوئیم مراد ایشان از اباوه ملک متزلزل است چه آنکه وقتی اصل مقتضی عدم ملکیت باشد و از طرف دیگر هیچ دلیل معتبر و مساعدی بر افاده ملک در دست نداشته باشیم مضافاً باینکه ادله صحیحه بر جواز تصرفات مذکور قائم باشند هیچ استبعادی در التزام بامور مذبور وجود ندارد.

از این گذشته از حواشی مرحوم شهید اول بر قواعد این طور حکایت شده که ایشان فرموده‌اند:
تصرفات موقوف بر ملک همچون اخراج مال بعنوان خمس یا زکات و نیز مانند وطی با جاریه ممنوع و غیر جائز است.

اینکلام بوضوح دلالت دارد که در معاطات ملکیت حاصل نشده و الا وجهی برای منع از اینگونه تصرفات نبود.

و نیز مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط صریحاً فرموده‌اند:

بواسطه هدیه‌ای که از ایجاب و قبول عاری است جاریه مملوک واقع نشده قهراً وطی او جائز نیست.
اینکلام نیز بخوبی دلالت دارد که معامله معاطاتی مفید ملک نمی‌باشد.

استشهاد مرحوم مصنف برای مدعای خود

سپس می‌فرمایند:

از اموری که شاهد است برای نفی بعد از آنچه ذکر کرده و اینکه مقصود حضرات اباوه مجرد از ملک بوده با اینکه قصد متعاطین تمیلک می‌باشد آنستکه:

مرحوم شیخ الطائفه در کتاب مبسوط و ابن ادریس علیه الرحمه در کتاب سرائر تصریح فرموده‌اند باینکه بواسطه اهداء هدیه بدون ایجاب و قبول قولی اگرچه بتوسط رسول و فرستاده باشد ملک حاصل نمی‌گردد و همچنین از ظاهر کلام علامه حلی علیه الرحمه نیز اینمعنا بدست می‌آید.

بلی، اهداء مزبور صرفاً مفید اباوه تصرف می‌باشد.

ولی در عین حال مرحوم شیخ الطائفه وطی جاریه را از جمله تصرفات استثناء فرموده است.

شرح مطلوب

قوله: کل منها: یعنی کل من المتعاطین.

قوله: سلعته: کلمه «سلعه» بکسر سین و سکون لام یعنی متعاع.

قوله: مسلطاً علیه: کلمه «مسلطاً» حال است از «کل منها» و ضمیر در «علیه» به سلعه راجع است.

قوله: انه لم يصدر منه: ضمیر در «انه» به معنای شأن بوده و در «منه» به مالک راجع است.

قوله: للآخر المقصود: یعنی مقصود متعاطین و آن ملک می‌باشد.

قوله: و ترتیب غيره: مراد اباوه می‌باشد.

قوله: من ذى الخيار: مثلاً زيد كنيز خود را به عمرو فروخت و برای خود تا پنج روز خیار شرط قرار داد حال در روز چهارم که خیار هنوز برای بایع باقی است وی با کنیز خود مواقعه نمود در اینجا حضرات می‌فرمایند مقارن با وطی معامله بیع فسخ شده و برای بایع ملکیت جدید حادث گشته و بدین ترتیب وطی در ملک واقع می‌شود.

قوله: ما ذكره بعض الاصططین: منظور مرحوم کاشف الغطاء می‌باشد.

قوله: ان هذا القول: یعنی قول باینکه متعاطین قصد تمیلک داشته ولي نتیجه معاطات اباوه تصرف است.

قوله: و لم يساعد عليها دليل: ضمیر در «علیها» به ملکیت راجع است. قوله: نعم يفيد ذلك: مشار اليه «ذلك» اهداء هدیه بدون ایجاب و قبول می‌باشد.

متنه:

ثم إن المعروف بين المتأخرین أن من قال بالاباحة المجردة في المعاطة قال: إنها ليست بيعاً حقيقة كما هو ظاهر بعض العباري المتقدمة و معقد اجماع الغنية.

و ما أبعد ما بينه، و بين توجيه المحقق الثاني: من ارادة نفي اللزوم، و كلاماً خلاف الظاهر.

و يدفع الثاني تصریح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات. و تصریح غير واحد أن الإیجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصیغة.

و أما الاول فإن قلنا: إن البيع عند المتشرعة حقيقة في الصحيح و لو بناء على ما قدمناه في آخر تعريف البيع: من أن البيع في العرف اسم للمؤثر منه في النقل.

فإن كان في نظر الشارع، أو المتشرعة من حيث إنهم متشرعة و متدينون بالشرع صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإن كان صوريّاً، نظير بيع الهازل في نظر العرف، فيصح على ذلك نفي البيعية عنه على وجه الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة، أو فسره بالعقد، لأنهم في مقام تعريف البيع بصدق بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع.

ترجمه:

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

معروف بین متأخرین آنستکه قام کسانیکه می گویند معاطات مفید اباوه مجرد از ملك است قائلند باینکه معاطات بيع حقیقی نیست چنانچه ظاهر برخی از عبارات قبل و معقد اجتماعی را که ابن زهره (ره) در غنیه ادعاء فرموده چنین است.

و چقدر بین اینکلام و توجیهی که مرحوم محقق ثانی نموده و فرموده:

معاطات لازم نبوده و نتیجه اش ملکیت متزلزل است فاصله می باشد.

و بهرتفدیر هردو کلام خلاف ظاهر است، هم مقاله معروف بین متأخرین و هم توجیه مرحوم محقق ثانی.

دفع کلام مرحوم محقق ثانی

مرحوم مصنف می فرمایند:

کلام مرحوم محقق ثانی مدفوع است و دفع آن تصريح بعضی از علماء است باینکه شرط لزوم بيع منحصر در مسقطات خیار می باشد، بنابراین هریبیعی از نظر اینسائل با قطع نظر از جهت خیارات لازم است پس سقوط خیار یا انقضاء آن تنها ملزم بيع می باشد در حالیکه بفرموده محقق ثانی لازم می آید ملزم بيع منحصر در سقوط و یا انقضاء خیار نبوده بلکه تلف عینین یا ادھما نیز موجب لزوم بيع گردد.

و نیز جماعت بسیاری تصريح فرموده اند باینکه ایجاد و قبول از شرائط صحت انعقاد بيع بصیغه است یعنی ایجاد و قبول شرط لزوم بيع نیست در حالیکه بنا بفرموده محقق ثانی (ره) ایجاد و قبول شرط لزوم بيع بوده فلذا اگر بيع بدون ایجاد و قبول واقع شود صحیح است ولی لازم نیست و زمانی لازم می شود که تراد عینین ممکن نباشد.

و حاصل کلام آنکه ایندو تصريح با توجیهی که مرحوم محقق ثانی نمود سازش ندارند و همین عدم سازش را می توان دافع گفتار ایشان قرار داد.

دفع کلام معروف بین متأخرین

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

و أما دفع کلام معروف بین متأخرین می گوئیم:

اگر قائل شدیم که بيع از نظر متشرعه حقیقت در خصوص صحيح باشد و لو با تقریری که در آخر تعريف بيع آورده و گفتیم: بيع در عرف مردم اسم قرار داده شده برای معامله ای که مؤثر در نقل و انتقال باشد.

پس می گوئیم:

حال اگر در نظر شارع یا متشرّعه اهل شرع و متدين بشریعت هستند معاطات بیع صحیح و مؤثر در نقل و انتقال باشد قطعاً بیع حقیقی محسوب می‌شود و در غیر اینصورت بیع صوری بوده همچون بیع هازل از نظر اهل عرف لذا در اینفرض صحیح است که بگوئیم هرکسیکه در صحت بیع صیغه ایجاب و قبول را اعتبار کرده یا بیع را به عقد تفسیر نموده معاطات از نظر وی حقیقتاً بیع نیست زیرا ایشان در مقام تعریف بیع منظورشان اینستکه بیعی را که از نظر شارع مقدس مؤثر در نقل و انتقال است معرفی و بیان کنند و وقتی چنین بیعی را منحصر در بیع با صیغه دانستند قهرماً معاطات نباید بیع باشد.

و حاصل کلام آنکه کلام معروف بین متأخرین را تنها در فرضی می‌توان دفع و رد نمود که بیع از نظر متشرّعه حقیقت در صحیح و مؤثر باشد چه آنکه معاطات نیز از نظر شارع مقدس وقتی صحیح و مؤثر بود و بواسطه اش نقل و انتقال حاصل گشت قطعاً و بطور بیع حقیقی می‌باشد و دیگر نفی بیعیت از آن صحیح نیست.

بلی اگر معاطات از نظر شارع مقدس همچون بیع هازل بعقیده اهل عرف باشد البته می‌توان بیع را بطور حقیقت از آن سلب و نفی کرد.

شرح مطلوب

قوله: و ما بعد ما بینه: ضمیر در «بینه» به کلام معروف بین متأخرین راجع است.

قوله: و يدفع الثاني: مقصود از «ثاني» توجيه محقق ثانی (ره) می‌باشد.

قوله: فكل بيع عنده لازم: ضمیر در «عنه» به بعضهم راجع است.

قوله: و تصريح غير واحد الخ: معطوف است به تصريح بعضهم و تقدير کلام و يدفع الثاني تصريح غير واحد می‌باشد.

قوله: و اما الاول: مقصود از «اول» کلام معروف بین متأخرین می‌باشد.

قوله: فان كان في نظر الشارع: ضمیر در «كان» به معاطات راجع است.

قوله: فيصح على ذلك: مشار اليه «ذلك» كون المعاطاة بيعاً صورياً می‌باشد.

قوله: كل من اعتبر في صحته: ضمیر در «صحته» به بیع راجع است.

قوله: او فسره بالعقد: ضمیر منصوبی در «فسره» به بیع عود می‌کند.

متن:

اذا عرفت ما ذكرناه فالاقوال في المعاطاة على ما تساعده ظواهر كلماتهم ستة:

اللزوم مطلقاً كما هو ظاهر شيخنا المفيد.

و يكفي في وجود القائل به قول العلامة رحمة الله في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة.

واللزوم بشرط كون الدال على التراضي، أو المعاملة لفظاً.

حي ذلك عن بعض معاصري الشهيد الثاني، وبعض متأخرى المحدثين.

لكن في عد هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل.

و الملك الغير اللازم ذهب اليه المحقق الثاني، و نسبة الى كل من قال بالاباحة، و سوغ جميع التصرفات و في النسبة ما عرفت و عدم الملك مع اباحتة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثيرة، بل ذكر في المسالك أن كل من قال بالاباحة

يسوغ جميع التصرفات.

واباحة، ما لا يتوقف على املك، و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشی الشهید علی القواعد، و هو المناسب لما حکیناه عن الشیخ فی إهداء الجاریة من دون ایجاب و قبول.

و القول بعدم اباحتة التصرف مطلقا نسب الى ظاهر المبسوط و النهاية، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة و ان قصد المتعاطيان بها التملیک، بل لم نجد قائلا به الى زمان المحقق الثاني الذي قال به و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه الى الأصحاب.

نعم ربما يوهّمه ظاهر عبارة السرائر، حيث قال فيه:
الأقوى أن المعاطاة غير لازمة.

بل لكل منهما فسخ، المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت لرمته، انتهي، و لذا نسب ذلك اليه في المسالك. لكن قوله بعد ذلك: و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد: ظاهر في أن مراده مجرد الانتفاع اذا لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بملك.

و أما قوله: و الأقوى الى آخره فهو اشارة الى خلاف المفید رحمه الله، و العامة القائلين باللزوم.
و اطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان.

و اطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار ايضا، و كذا اللزوم.

و يؤيد ما ذكرنا، بل يدل عليه: أن الظاهر من عبارة التحریر في باب الهبة توقفها على الايجاب و القبول.
ثم قال: و هل يستغني عن الايجاب و القبول في هدية الأطعمة؟
الأقرب عدمه.

نعم يباح التصرف بشاهد الحال انتهي.

و صرّح بذلك ايضا في الهدية فاذا لم يقل في الهدية بصحّة المعاطاة فكيف يقول بها في البيع؟
و ذهب جماعة تبعا للمحقق الثاني الى حصول الملك.

و لا يخلو، عن قوة، للسيرة المستمرة على المعاملة المأمورـة بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه: بالعتق و البيع و الوطـي و الایضاء و توريـثـه، و غير ذلك من آثار الملك.

ترجمـه:

اقوال علماء در بيع معاطـات

مرحوم مصنـف مـى فـرمـانـيد:

پـس اـز دـانـسـتن مـطـالـب مـذـکـور اـینـک مـیـگـوـئـیـم:

اقوال و آراء علماء در معاطـات طـبق آنـچـه اـز ظـواـهر کـلمـاتـشـان استـفادـه مـى شـود

شـش تـا اـسـت:

الف: آنکه معاطات مطلقاً بیع لازم می‌باشد چنانچه این قول از ظاهر کلام شیخ مفید استفاده می‌شود و در وجود قائل باینقول ظاهر کلام مرحوم علامه کفایت می‌کند، ایشان فرموده‌اند:

اشهر نزد ما اینستکه صیغه لازم می‌باشد.

تعییر به کلمه «اشهر» دلالت می‌کند که در مقابل اینقول رأی دیگری است که صاحب آن می‌فرماید صیغه لازم نیست.

ب: آنکه معاطات لازم است مشروط به اینکه دال بر تراضی یا معامله لفظ باشد نه مجرد فعل.

اینقول از برخی معاصرین مرحوم شهید ثانی و پاره‌ای از متأخرین از محدثین حکایت شده.

ولی باید توجه داشت که در شمردن این رأی از اقوال در بیع معاطات تأمل و مناقشه است.

ج: آنکه معاطات مفید ملک غیر لازم است، قائل اینقول مرحوم محقق ثانی بوده و آنرا بهرسیکه به اباوه رأی داده و تمام تصرفات را تجویز نموده نسبت داده است.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

در صدق این نسبت و اینکه آیا قائلین باباوه معتقد باین رأی هستند نظر و تأمل داریم و شرح آن قبل گذشت.

د: آنکه معاطات در عین حال که مفید اباوه جمیع تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملک است افاده ملک نمی‌کند.

اینقول از ظاهر عبارات بسیاری استفاده شده بلکه مرحوم شهید ثانی در کتاب مسائل می‌فرمایند:

تمام کسانیکه قائل باباوه هستند جمیع تصرفات را تجویز می‌کنند.

۵: آنکه معاطات مفید اباوه تصرفاتی است که موقوف بر ملک نیست.

این قول از کلام مرحوم شهید اول در حاشیه قواعد ظاهر و روشن می‌شود و نیز

با کلامی که از مرحوم شیخ الطائفه حکایت کردیم مناسب است، شیخ علیه الرحمه در مسئله اهداء جاریه بدون ایجاد و قبول فرموده‌اند:

این اهداء مفید اباوه تمام تصرفات است باستثنای وطی جاریه که موقوف بر ملکیت آن می‌باشد.

و: آنکه معاطات مفید اباوه هیچگونه از تصرفات نبوده حتی تصرفاتیکه موقوف بر ملک نمی‌باشد اینقول به ظاهر کلام مرحوم شیخ در کتاب مبسوط و نهایه نسبت داده شده ولی رجوعش از اینقول در کتب دیگر ثابت و مسلم می‌باشد.

رأی مشهور و مقاله مرحوم ابن ادریس در سرائر

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

مشهور بین علماء شیعه آنستکه بواسطه معاطات ملک ثابت نمی‌شود اگرچه متعاطین قصدشان از تعاطی تمیلک باشد بلکه ما تا زمان مرحوم محقق ثانی که بملکیت قائل است کسی را نیافتیم که چنین رأیی داشته باشد و تنها ایشان هستند که بملکیت فتوی داده و باینمقدار هم اکتفاء نفرموده بلکه آنرا به اصحاب و علماء شیعه نیز نسبت داده است.

بلی، البته ظاهر کلام مرحوم ابن ادریس در سرائر بتوهمن می‌اندازد که ایشان هم به ملکیت قائل باشند چه آنکه وی در این کتاب فرموده‌اند:

از نظر ما اقوى اینستکه معاطات لازم نیست بلکه هریک از متعاطین حق دارند معامله را فسخ کنند بشرطیکه عینین باقی باشد ولی اگر تلف شده باشند معاوضه و معامله لازم می‌گردد.

پایان کلام مرحوم ابن ادریس در سرائر.

وجه استظهار از اینکلام آنستکه ایشان ابتداء فرموده‌اند:

معاطات لازم نیست، ظاهر اینکلام دلالت دارد که معاطات مفید ملک بوده منتهی ملک لازم نیست.

و نیز در عبارت بعدی که فرموده‌اند:

هریک از متعاطیین حق دارند معاوضه را فسخ کنند.

بخوبی اینکلام دلالت بر حصول ملک دارد چه آنکه اگر معاطات افاده ملک نکرده بلکه فائدہ‌اش مجرد اباوه باشد پس عقدی منعقد نشده تا متعاطیین حق فسخ داشته باشند پس تعبیر به فسخ ظاهرش اینستکه معاطات مفید ملک بوده نه اباوه لذا مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالک قول بافاده ملک را بایشان نسبت داده‌اند.

ولی در عین حال عبارت بعدی مرحوم ابن ادریس ظاهرش دلالت بر اباوه محضه دارد چه آنکه ایشان بعداً فرموده‌اند:

بر هیچیک از متعاطیین انتفاع بردن از متعاعی که قبض کرده‌اند حرام نیست بخلاف بیع فاسد که متعاقدين حق تصرف و انتفاع از عینی که در دستشان واقع شده را ندارند.

وجه ظهور این عبارت در اباوه آنستکه واضح و روشن است اگر در عبارت قبلی مقصود ایشان این باشد که معاطات فائدہ‌اش ملکیت است دیگر معنا ندارد بعد از آن این عبارت را آورده و در ضمنش بفرمایند انتفاع بردن و تصرف کردن در مال حرام نیست زیرا وقتی ملکیت حاصل شود جائی برای توهم حرمت تصرف در ملک نمی‌باشد که ایشان برای دفع آن چنین عبارتی را بفرمایند پس معلوم می‌شود مقصود از عبارت قبلی نفی حصول ملک بوده لا جرم برای اینکه توهم حرمت تصرف را دفع کنند بعداً عبارت مذکور را فرموده‌اند.

سؤال

اگر بکمک عبارت اخیر استظهار کنیم مقصود ایشان مجرد اباوه می‌باشد نه ملک پس ظاهر عبارت اول را که فرموده‌اند:
الاقوی ان المعاطاة الخ.

چه باید کرد و وجه این تعبیر چیست؟

جواب

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

اما اینفرموده ابن ادریس (الاقوی ان المعاطاة الخ) اشاره است به مخالفت مرحوم مفید و عامه که معتقدند معاطاة ملکیت لازمه می‌آورد یعنی مرحوم ابن ادریس این عبارت را باین قصد آورده‌اند که تعریض بمخالفت مفید علیه الرحمه داشته و در ضمن آنرا تضعیف و رد کنند نه آنکه مقصودشان این باشد که معاطات مفید ملکیت غیر لازمه است.

سؤال دیگر

اگر چنین باشد که شما می‌فرمائید، پس چطور اطلاق معاوضه نموده و فرموده:
بل لکل منهما فسخ المعاوضة الخ.

اطلاق معاوضه بـ『ملاحظه قصد متعاطیین می‌باشد چه آنکه محل بحث در جائی است که طرفین با این قصد تعاطی نموده‌اند، بنابراین از اطلاق لفظ معاوضه نمی‌توان استظهار کرد که مراد مرحوم ابن ادریس آنستکه معاطات باعتبار معاوضه بودنش مفید ملک می‌باشد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و از این جواب، سؤال دیگر نیز جوابش آشکار و ظاهر می‌شود و آن اینستکه اگر سؤال شود: لفظ فسخ دلالت بر انعقاد دارد و وقتی عقد منعقد شد ملکیت بدنالش می‌باشد لذا از تعبیر کلمه «فسخ» می‌توان استظهار کرد مراد مرحوم ابن ادریس ملک است.

در جواب این سؤال همان جواب قبلی را تکرار کرده و می‌گوئیم:

اطلاق فسخ بر رد باعتبار قصد متعاطیین می‌باشد یعنی وقتی قصد ایشان از تعاطی حصول معاوضه بود حکم آن اینستکه تا وقتی عوضین باقی باشند متعاطیین معاوضه‌ای را که قصد نموده بودند می‌توانند فسخ کنند یعنی هرگدام حق دارند عوضی را که با وداده شده بصاحبش رد نمایند و وقتی عوضین یا یکی از آندو تلف شد این معاوضه مقصود لازم می‌گردد باینمعنا که دیگر تراد امکان ندارد لذا اطلاق کلمه

«لزوم» نیز بـ『ملاحظه همان قصیدی است که طرفین نموده‌اند.

ذکر مؤید برای فرموده مصنف (ره) و کلام مرحوم علامه در تحریر

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

مؤید آنچه ذکر کرده و گفتیم مشهور بـ『ملکیت مستفاد از معاطات معتقد نبوده و آنرا مفید اباوه می‌دانند اینستکه ظاهر کلام مرحوم علامه در کتاب تحریر، باب هبه آنستکه هبه موقوف بر ایجاب و قبول است و پس از آن فرموده:

در هبه اطعمه آیا از ایجاب و قبول مستغنى بوده یا آن محتاج می‌باشیم؟

اقرب از نظر ما اینستکه مستغنى نبوده و باید آندو را بیاوریم.

بلی، اگر بدون ایجاب و قبول انجام گیرد مفید اباوه تصرف بوده و دلیل بر آن شاهد حال و رضایت طرفین می‌باشد.

پایان کلام مرحوم علامه در تحریر

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و بهمین معنا نیز در باب هدیه تصریح فرموده است.

وجه مؤید بودن اینکلام بلکه دلالتش بر آنچه ما گفتیم آنستکه:

ایشان در هدیه معاطات را مفید ملک ندانسته و بـ『صححتش قائل نیستند و وقتی در هدیه بـ『چنین رأیی قائل باشد قطعاً در بيع نیز باآن متمایل بوده در نتیجه معاطات را در بيع مفید ملک نخواهد دانست.

پس از آن می‌فرمایند:

و جماعتی از فقهاء به تبعیت از مرحوم محقق ثانی معتقد شده‌اند باینکه معاطات مفید ملک می‌باشد و این رأی خالی از قوت نیست زیرا سیره مستمره بر این جاری است که با آنچه بواسطه معاطات تحصیل شده و از این راه بدست می‌آید معامله ملک نموده و تمام تصرفات از قبیل عتق و بیع و وطی و ایصاء و توریث و غیر اینها از آثار ملک را در آن جایز می‌دانند.

شرح مطلوب

قوله: اللزوم مطلقاً: چه دال بر تراضی نفس فعل و اعطاء بوده و چه لفظ باشد.

قوله: كون الدال على التراضي او المعاملة لفظاً: مقصود از لفظ غير الفاظ معتبره در عقد بیع می‌باشد.

قوله: تأمل: وجه تأمل اینستکه معاطات آنستکه ایجاب و قبولش مطلقاً لفظ نبوده بلکه صرف فعل باشد.

قوله: لم نجد قائلاً به: ضمیر در «به» به تمیلک راجع است.

قوله: الذى قال به: ضمیر در «به» به تمیلک عود می‌کند.

قوله: و لم يقتصر على ذلك: مشار اليه «ذلك» به قائل شدن بتتمیلک راجع است.

قوله: حتى نسبه الى الاصحاب: ضمیر منصوبی در «نسبه» به قائل شدن بتتمیلک راجع است.

قوله: فان تلفت لزمت: ضمیر در «تلفت» به عین و در «لزمت» به معاطات عود می‌کند.

قوله: و لذا نسب ذلك اليه في المسالك: کلمه «لذا» یعنی و بخاطر همین که عبارت ابن ادریس ظاهر در تمیلک می‌باشد و مشار اليه «ذلك» قائل شدن به ملک بوده و ضمیر مجروری در «اليه» به مرحوم ابن ادریس راجع است.

قوله: لكن قوله بعد ذلك: ضمیر در «قوله» به ابن ادریس راجع بوده و مشار اليه «ذلك» الاقوى ان المعاطاة غير لازمة می‌باشد.

قوله: اذ لا معنى لهذه العبارة الخ: مقصود از «هذه العبارة» و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه می‌باشد.

قوله: و اما قوله: يعني و اما قول ابن ادریس (ره).

قوله: و اطلاق المعاوضة عليها: ضمیر در «عليها» به معاطاة راجع است.

قوله: و يؤيد ما ذكرنا: مقصود از «ما ذكرنا» اینستکه مشهور قائل به ابا حمه هستند نه ملک.

قوله: توافقها على الايجاب و القبول: ضمیر در «توقفها» به هبہ راجع است.

قوله: الاقرب عدمه: يعني عدم الاستغناء.

قوله: بشاهد الحال: يعني قرینه حالیه.

قوله: و صرح بذلك: مشار اليه «ذلك» عدم استخناه از ایجاب و قبول می‌باشد.

قوله: فكيف يقول بها في البيع: ضمیر در «بيع» به صحة المعاطاة راجع است.

متن:

و يدل عليه ايضا عموم قوله تعالى: و احل الله البيع، حيث إنه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع.

بل، قد يقال: إن الآية دالة عرفا بالتطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التکلیفی، لكنها محل تأمل.

و أما منع صدق البيع عليه عرفا فمکابرة.

و أما دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة في الغنية.
فمرادهم بالبيع المعاملة الالزمة التي هو احد العقود، ولذا صرخ في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع.
و دعوى أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها.
و مما ذكرنا: يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراضي.

و أما قوله صلى الله عليه و آله: إن الناس مسلطون على أموالهم فلا دلالة فيه على المدعى، لأن عمومه باعتبار أنواع السلطة فهو وإنما يجدي فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطة ثابتة للملك، و ماضية شرعاً في حقه أم لا؟

أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله الغير نافذة في حقه، و ماضية شرعاً، لكن شك في أن هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتعميل بعموم تسلط الناس على أموالهم؟.

و منه يظهر أيضاً عدم جواز التمسك به، لما سيجيئ من شروط الصيغة.
و كيف كان.

ففي الآيتين، مع السيرة كفاية.
اللهم إلا أن يقال: إنهم لا تدلان على الملك و إنما تدلان على اباحة جميع
التصرفات حتى الموقفة على الملك كالبيع و الوطيء و العتق و الإيصاء.
واباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك باللازمية الشرعية الحاصلة فيسائر المقامات: من الاجماع، و عدم القول بالإنكاك، دون
المقام الذي لا يعلم ذلك منهم، حيث اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التصرفات.

ترجمه:

ذكر ادله داله بر حصول ملك بواسطه معاطات

مرحوم مصنف می فرمایند:

علاوه بر آنچه ذکر شد عموم فرموده حق تعالی نیز بر اینکه معاطات مفید ملك است دلالت دارد و آن عبارتست از: احل الله
البيع.

وجه دلالت آن اینستکه مفاد آن حلیت تمام تصرفاتی است که بر بیع مترب است حتی تصرفات موقوف بر ملك بلکه گفته شده:
آیه به دلالت مطابقی عرفا دلالت دارد بر صحت بیع نه بر خصوص حکم تکلیفی یعنی اباحه ولی این گفتار البته محل تأمل و
مناقشه است.

و اما اینکه برخی از صدق اسم بیع بر معاطات منع کردند و گفته اند عرفا به معاطات نمی توان اطلاق اسم بیع نمود، باید بگوئیم
این منع مکابر و تندروی است

و اما اینکه بعضی از فقهاء همچون مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه اجماع کردند بر اینکه معاطات بیع نیست، باید بگوئیم
مراد ایشان از «بیع» معامله لازمی است که یکی از عقود بشمار می رود فلذ ابن زهره عليه الرحمه در کتاب غنیه تصريح فرموده
باينکه ايجاب و قبول از شرائط صحت بیع است نه اصل بیع.

اگر ادعاء شود، پس طبق اینفرموده ابن زهره معاطات که فاقد ایجاب و قبول است بیع صحیح نیست بلکه فاسد می‌باشد و وقتی این را پذیرفتیم باید بگوئیم:

بیع فاسد را حضرات اساساً بیع نمی‌دانند چون بیع اسم است برای خصوص صحیح.

در جواب می‌گوئیم:

جواب این ادعاء قبلاً دانسته شد و آن اینستکه بیع برای اعم از صحیح و فاسد قرار داده شد.

و بهرتفدیر از آنچه ذکر شد وجه تمسمک و استدلال بفرموده دیگر حقتعالی در قرآن شریف یعنی: الا ان تكون تجارة عن تراض معلوم و روشن می‌شود چه آنکه در این آیه حقتعالی هرتجارتی را که ناشی از تراضی متعاملین باشد امضاء و مباح فرموده و آنرا از اکل مال بباطل استثناء نموده است و بدون شک معامله معاطاقی نیز از مصاديق تجارة عن تراض بوده لا جرم می‌باید مباح و صحیح بوده و مفید ملک باشد.

و اما فرموده حضرت نبیوی صلی الله علیه و آله و سلم:

ان الناس مسلطون على اموالهم (مردم بر اموال خویش مسلط هستند).

هیچ دلالتی بر مدعای نداشته و به آن نمی‌توان بر حاصل شدن ملک بواسطه معاطات استدلال نمود زیرا عمومی که در آن هست بمالحظه اندواع و اندباء سلطنت می‌باشد لذا در هرموردی که شک کنیم فلاں نوع از سلطنت برای مالک ثابت بوده یا ثابت نیست، شرعاً در حقش امضاء شده یا امضاء نگدیده البته استدلال باآن نافع و کارگشا می‌باشد.

ولی وقتی قطع و یقین داشتیم که فلاں سلطنت خاص همچون تمیلیک مال به دیگری در حق صاحب مال نافذ و شرعاً ممضی است ولی شک نمودیم در اینکه این تمیلیک خاص آیا بصرف تعاطی مقارن با قصد حاصل می‌شود یا می‌باید علاوه بر قصد لفظی که دلالت بر تمیلیک دارد بکار برده شود، مسلمًا جهت اثبات سببیت معاطات برای تمیلیک از نظر شرع به عموم حدیث مزبور نمی‌توان استدلال کرد.

و از این توضیح و شرح ظاهر و معلوم می‌شود که جهت شروط صیغه تمسمک بعموم اینحدیث جائز نیست و بهصرورت دو آیه مذکور مضافاً به سیره مستمره‌ای که باآن اشاره شد کافی بوده و با آنها مدعای ثابت می‌گردد.

خدشه در استدلال به دو آیه مذکوره

مگر آنکه در مقام مناقشه و تضعیف استدلال به دو آیه مذکور اینطور گفته

شود:

ایندو آیه بر ملک دلالت نداشته بلکه مدلول آنها صرفاً اباقه تمام تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملک همچون بیع و وطی و عتق و ایصاء می‌باشد.

و اباقه این تصرفات در سایر مقامات البته با ملک ملازم بوده و این ملازمه را از دو چیز استفاده نموده‌ایم:

الف: اجماع.

ب: عدم قول بانفکاک اباقه از ملک.

بخلاف مقام مورد بحث چه آنکه تلازم بین اباقه و ملک را در اینجا از هیچیک از دو طریق یادشده نمی‌توان تحصیل کرد بلکه آنانکه بعدم ملکیت قائلند بطور مطلق تمام تصرفات را مباح دانسته‌اند حتی تصرفات موقوف بر ملک را.

حاصل فرموده مرحوم مصنف در اینجا آنستکه:

به چهار دلیل استدلال شده که معاطات مفید ملک است:

۱- سیره مستمره بین اهل شرع چه آنکه ایشان با مال تحصیل شده بواسطه معاطات معامله ملک مینمایند، ایندلیل قبل گذشت.

۲- احل الله البيع و حرم الربوا.

مفاد این آیه آنستکه بیع حلال است یعنی تمام تصرفات در مالیکه از راه بیع بانسان منتقل می‌شود حلال و مباح است حتی تصرفاتیکه موقوف بر ملک هستند نظیر: وطی جاریه، بیع، عتق و وصیت نمودن باان.

پرواضح است از حلیت جمیع تصرفات می‌توان منتقل شد به حصول ملکیت یعنی چون ملکیت پیدا شده لذا تمام تصرفات مباح است چه آنکه در غیر اینصورت چنین نبود.

۳- يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بيئنك بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض.

محل استشهاد و استدلال مستثننا می‌باشد چه آنکه در آن هرتجارق که ناشی

از تراضی باشد از اکل مال بباطل استثناء شده در نتیجه مباح و صحیح است و چون معاطات نیز چنین بوده لا جرم می‌باید هم صحیح باشد و هم مباح و وقتی صحیح بود و هریک از متعاطین بتوانند در مالیکه باو داده شده تصرف نماید این جواز و اباحه تصرف حاکی از حصول ملکیت است.

۴- فرموده پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم: ان الناس مسلطون علی اموالهم.

کسانیکه باینحدیث شریف استدلال نموده‌اند در تقریب آن فرموده‌اند:

از عموم این حدیث استفاده می‌شود که مردم بر مال خود بطور کلی تسلط و استیلاء دارند لذا بهرنحو که بخواهند می‌توانند از مال خویش بهره‌برداری نمایند، یکی از طرق بهره‌برداری آنستکه آن را از طریق تعاطی بدیگری منتقل کرده و در عوض مالی دیگر بگیرند پس به نص اینحدیث معاطات صحیح است و آنچه را که متعاطین از معاطات قصد کرده‌اند در خارج تحقق می‌یابد.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

سه دلیل اول از نظر ما نیز تمام و استدلال بآنها صحیح است ولی دلیل چهارم ناقم و بر مدعای دلالت ندارد زیرا اگرچه حدیث عام است ولی عموم آن بخلافه انحصار و انواع سلطنت می‌باشد باینمعنا که سلطنت‌های امضاء شده و مورد قبول شارع را اگر شک نمودیم که آیا برای شخص در فلان مورد محقق است یا محقق نیست باینحدیث می‌توانیم بر تحقق آن استدلال کنیم و بعبارت دیگر: نفوذ و مشروعیت سلطنتی باید از دلیل دیگر ثابت شده باشد و سپس اگر در ثبوت و حصول آن برای مالک شک نمودیم با اینحدیث صرفا حصول و ثبوتش را اثبات کنیم اما اگر در اصل نفوذ و مشروعیت سلطنتی شک کردیم ابدا با حدیث مذکور نمی‌توان آنرا اثبات کرد.

و به تعبیر دیگر:

حدیث الناس مسلطون دلیل مشروع نیست و با آن مشروع بودن سلطنت را نمی‌توان ثابت کرد بلکه سلطنت مشروع و نافذ را اگر مشکوک التحقیق برای مالک بدانیم البته حدیث آنرا برای وی محقق و ثابت قرار می‌دهد بنابراین نمی‌توان

گفت:

متعاطین وقتی با تعاطی مال خود را بدیگری انتقال دادند عموم الناس مسلطون دلالت می‌کند که چون مالک هرگونه سلطنتی بر مالش را دارد لا جرم می‌تواند از تسلط مطلقه خود بر مالش استفاده کرده و آنرا از این طریق بدیگری انتقال دهد.

می‌گوئیم:

این نحو از سلطنت که شخص با تعاطی مالش را بدیگری انتقال دهد مشروعیتش مشکوک است و چون حدیث شیئ مشکوک المشروعیة را مشروع نمی‌تواند قرار دهد از اینزو استدلال باآن بمنظور شرعی بودن چنین سلطنتی صحیح نیست. و بهرتقدیر از بین ادله چهارگانه ایندلیل تمام و صحیح نیست.

و سپس در دلالت دو آیه نیز خدشه نموده و میفرمایند:

ممکنست بگوئیم: مدلول و مضمون دو آیه اباوه جميع تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملك است نظیر بيع و وطی و عتق. اما اینکه معاطات مفید ملك نیز باشد ابدا از ایندو آیه استفاده نمیشود.

بلی، اباوه کل تصرفات البته با حصول ملك ملازم است و شرعا از هم جدا نمی‌باشند ولی این استلزم را در سایر مقامات و موارد دیگر بواسطه اجماع یا عدم قول بتفکیک بین اباوه جميع تصرفات و حصول ملك می‌توان استفاده کرد ولی در مورد بحث چون اجماع و قول مزبور وجود ندارند لا جرم دلیلی بر تلازم در دست نمی‌باشد از اینزو هیچ بعید نیست بگوئیم در عین حالیکه معاطات مفید اباوه تمام تصرفات است معدذک موجب حصول ملك نیست.

قوله: و يدل عليه: ضمير در «عليه» به حصول ملك بواسطه معاطات راجع است.

قوله: ايضاً: يعني همانطوری که سیره مستمره بر حصول ملك دلالت دارد.

قوله: احل الله البيع: آیه (۲۷۵) از سوره بقره.

قوله: لا مجرد الحكم التكليفي: مقصود از حکم تکلیفی، اباوه می‌باشد.

قوله: لكنها محل تأمل: يعني دلالت آیه شریف بر صحت بیع محل تأمل است زیرا

لفظی که در آیه آمده عبارتست از «احل» و مدلول مطابقی این لفظ حکم تکلیفی یعنی اباوه و جواز است البته از اباوه و حلیت می‌توان صحت را انتزاع کرد و بعبارت دیگر:

صحت لازمه اباوه است پس دلالت «احل» بر صحت از قبیل دلالت التزامی است نه مطابقی.

قوله: ان الناس مسلطون على اموالهم: این حدیث شریف را مرحوم علیین مقام ملا محمد باقر مجلسی عطر الله مرقده در ج (۲) از کتاب بحار الانوار طبع جدید ص (۲۷۲) نقل فرموده است.

قوله: لما سیجیء من شروط الصیغة: مثلا بگوئیم عربیت در صیغه عقد شرط نیست زیرا عموم الناس مقتضی عدم اشتراط می‌باشد.

قوله: لا يعلم ذلك منهم: مشار اليه «ذلك» استلزم یا عدم قول بتفکیک می‌باشد.

متن:

و صرح في المسالك ان من اجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الامر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك بكشف عن سبق الملك عليه آناما، فإن الجمع بين اباوه هذه التصرفات وبين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار، ولا يتوقف على الإلتزام بالملك من اول الامر فيقال: إن مرجع هذه الاباحة ايضا الى التملیک.

و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهي كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة، و قلة المبالغة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.

و دعوى أنه لم يعلم من القائل بالاباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد: من منع إخراج المأخذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة، و ثمن الهدى، و عدم جواز وطى الجارية المأخذ بها.

و قد صرخ الشيخ رحمة الله بالأخير في معاطاة الهدايا، فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك:

مدفوعة بأنه و ان لم يثبت ذلك، إلا أنه لم يثبت أن كل من قال باباحة جميع هذه

التصرفات قال بالملك من اول الامر فيجوز للفقيه حينئذ التزام اباحتة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك، لا من اول الامر.

فالاول حينئذ التمسك في المطلب: بأن المبادر عرفا من حل البيع صحته شرعا.

هذا مع امكان اثبات صحة المعاطاة في الهبة و الاجارة ببعض اطلاقاتها و تتميمه في البيع بالاجماع المركب هذا، مع أن ما ذكر: من أن للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالاتفاقه فضلا عن الفقيه، و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد: أن القول بالاباحة المجردة.

مع فرض قصد المتعاطفين التمليك و البيع: مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

ترجمه:

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

مرحوم شهید ثانی در کتاب مسائل تصريح نموده باینکه آنانکه معاطات را تجویز کرده‌اند تمام تصرفات را مباح و جایز دانسته‌اند منتھی چاره‌ای نیست از اینکه ملتزم باشند که تصرف موقوف بر ملک کاشف است از اینکه برای یک آن قبل ملکیت حاصل می‌شود چه آنکه جمع بین اباوه اینگونه از تصرفات و بین موقوف بودن آنها بر ملک باینستکه بهمین مقدار از ملکیت ملتزم باشند نه اینکه بگویند از ابتداء امر ملک حاصل گردیده تا در نتیجه گفته شود: برگشت اباوه مذکور به تملیک می‌باشد.

مناقشه در ثبوت سیره

سپس مرحوم مصنف در مقام انتقاد و اشکال به استدلال به سیره می‌فرمایند:

و اما ثبوت سیره و استمرار آن بر توريث ماليكه از راه معاطات بدست آمده، باید بگوئيم:

این سیره همچون سایر سیره‌های است که ناشی از مسامحه و قلت مبالغ در دین بوده نظیر سیره اهل عرف در عبادات و معاملات و سیاستشان که نوعاً مبتنی بر تساهله و مسامحه است.

اگر ادعاء شود:

معلوم نیست قائل باباوه اینگونه از تصرفات موقوف بر ملک را اجازه دهد چنانچه از حواشی مرحوم شهید اول بر قواعد علامه علیه الرحمه ظاهر و روشن میگردد چه آنکه ایشان از اخراج ماليكه بواسطه معاطات بدست آمده در خمس و زکات و ثمن قربانی منع فرموده و وطی کنیزی را که بعنوان معاطات اخذ شده ممنوع قرار داده‌اند و مرحوم شیخ طوسی نیز نسبت به اخیر در معاطات هدايا تصريح بمنع کرده‌اند، بنابراین صحیح است که قائلین باباوه به عموم آیه شریفه: احل الله البيع بر جواز اینگونه از تصرفات تمسك نمایند و بدین ترتیب ملک ثابت می‌شود چون تمسك با آیه فرع بر آنست که معاطات بيع باشد و وقتی بيع بود مفید ملك است نه اباوه.

می‌گوئیم:

این ادعاء مدفوع است و تقریر دفع آنستکه:

اگرچه از قائلین باباhe معلوم نشده و ثابت نیست که تصرفات موقوف بر ملک را اجازه دهنده ولی اینمطلب نیز ثابت نگردیده که تمام کسانیکه جمیع تصرفات را مباح می‌دانند مملکت از ابتداء امر قائل هستند، بنابراین فقیه می‌تواند باباhe تمام تصرفات قائل شده و در عین حال ملتزم شود که ملک در هنگام تصرفات موقوف بر ملک حاصل می‌شود نه از ابتداء امر.
سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند.

پس از شرح اشکال و مناقشه در دلالت دو آیه و ادله دیگر اینک می‌گوئیم:

اولی و شایسته آنستکه برای اثبات مطلب و اینکه معاطات مفید ملک است چنین استدلال نمائیم:

آنچه از آیه شریفه: احل الله البیع بحسب فهم عرف استفاده می‌شود اینستکه چون معاطات بیع است بمقتضای دلالت آیه باید صحیح باشد زیرا مراد از حلیت بیع شرعا همان صحت است و بدون تردید وقتی معاطات بیع صحیح بود همچون بیوع دیگر باید مفید ملک باشد مضافاً باین استدلال ممکنست بگوئیم:

در هبه و اجاره بواسطه ورود برخی از اطلاقات می‌توان صحت معاطات را اثبات نمود و در بیع نیز بکمک اجماع مرکب ممکنست آنرا تتمیم کرده و بدینوسیله بگوئیم:

بیع معاطاتی صحیح و مفید ملک می‌باشد.

از این بیانات که بگذریم آنچه را که قبل از ذکر شده و گفتیم فقیه می‌تواند ملتزم شود که در معاطات مقارن با تصرفات موقوف بر ملک، ملک حاصل می‌شود، کلامی است که تفوہ بآن حتی شایسته شخص متفقه نبوده چه رسد به فقیه فلاند برخی از اساطین فقه در شرحی که بر قواعد مرحوم علامه دارند در مقام استبعاد فرموده‌اند:

قول به اباhe مجرد از ملک با اینفرض که قصد متعاطین تمیلیک و بیع بوده مستلزم تأسیس قواعد جدید و حادثی می‌باشد.

شرح مطلوب

قوله: و صرح فی المسالك الخ: حاصل فرموده مرحوم شهید در مسالك اینستکه:

مشهور قائلند باینکه معاطات افاده اباhe می‌کند نه ملک منتهی برخی تصور کرده‌اند که مشهور به دو گروه تقسیم می‌شوند.

بعضی برخی از تصرفات را تجویز نموده و دسته دیگر جمیع تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملک را اجازه داده‌اند.

ما می‌گوئیم امر چنین نیست زیرا تمام کسانیکه معاطات را اجازه داده‌اند جمیع تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملک را مباح می‌دانند منتهی اینجماعت باید ملتزم باشند که تصرف موقوف بر ملک کاشف است از اینکه یک آن قبل از تصرف مملکت حاصل شده زیرا جمع بین اباhe اینگونه تصرفات و توقف آنها بر ملک بهمین است که مملکت آناما را مطرح نمائیم و وقتی جمع باین بیان حاصل شد دیگر محتاج و مجبور نیستیم که بگوئیم مملکت از بد امر حاصل می‌شود تا در نتیجه مرجع چنین اباhe‌ای به تمیلیک باشد پس بعقیده ما مشهور به مملکت قائل نبوده بلکه معاطات را مفید اباhe می‌دانند ولی در عین حال هنگام تصرفاتیکه موقوف بر ملک هستند برای یک آن مملکت را حاصل می‌دانند.

قوله: غایة الامر انه لا بد الخ: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» می‌باشد.

قوله: عن سبق الملك عليه آناما: ضمیر در «عليه» به تصرف راجع است.

قوله: و بين توقفها على الملك: ضمیر در «توقفها» به هذه التصرفات راجع است.

قوله: بالتزام هذا المقدار: يعني آناما.

قوله: فيقال إن مرجع الخ: كلمة «فاء» تفريغ است بر حصول ملك از اول امر.

قوله: انه لم يعلم من القائل بالاباحة: ضمير در «انه» بمعنى «شأن» می باشد.

قوله: المأخذ بهما: ضمير در «بها» به معاطاة راجع است.

قوله: و قد صرح الشيخ رحمه الله بالأخير: مقصود از «اخير» عدم جواز وطى الجارية المأخذ بهما می باشد.

قوله: فيتوجه التمسك: كلمة «فاء» تفريغ است بر «لم يعلم من القائل الخ».

قوله: حينئذ: يعني حين لم يعلم الخ.

قوله: بعموم الآية: منظور آيه احل الله البيع می باشد.

قوله: على جوازها: يعني جواز هذه التصرفات.

قوله: بانه و ان لم يثبت ذلك: ضمير در «انه» بمعنى «شأن» بوده و مشار اليه «ذلك» جواز مثل هذه التصرفات می باشد.

قوله: الا انه لم يثبت ان كل من قال: ضمير در «انه» بمعنى «شأن» می باشد.

قوله: فيجوز للفقيه حينئذ التزام الخ: كلمة «حينئذ» يعني حين لم يثبت ان كل من قال الخ.

قوله: فالاول حينئذ الخ: كلام مرحوم مصنف است و نتيجه بحث می باشد.

قوله: و تتميمه في البيع: ضمير در «تتميمه» به اثبات صحة المعاطات راجع است.

قوله: بالاجماع المركب: يعني هرکس که معاطاة را در هبه و اجاره صحيح دانسته در بيع نيز قائل به صحتش شده و آنانکه آنرا در بيع باطل می دانند در هبه و اجاره نيز باطل می دانند.

قوله: بعض الاساطين: مقصود مرحوم کاشف الغطاء می باشد.

متن:

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

و منها أن يكون ارادة التصرف من الملکات فتملك العین أو المنفعة بارادة التصرف بها، أو بيعه دفعه و ان لم يخطر ببال مالک الاول الاذن في شيئاً من هذه التصرفات، لأنّه، قاصد للنقل من حين الدفع، وأنّه لا سلطان له بعد ذلك.

بخلاف، من قال: اعتق عبدك عنی او تصدق بمالک عنی.

و منها ان الاخمس و الزکوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حق المقاصلة و الشفعة و المواريث و الربا و الوصايا يتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابلة و عدم التصرف فيه او عدم العلم به فينفي بالأصل فيكون متعلقة بغير الأملک.

و أن صفة الغنى، و الفقر تترتب عليه كذلك فيصرير ما ليس من الأملک بحكم الأملک.

و منها كون التصرف من جانب مملکا للجانب الآخر مضافا الى غرابة استناد الملك الى التصرف.

و منها: جعل التلف السماوي من جانب مملکا للجانب الآخر، و التلف من الجانبين مع التفريط معينا للمسمى من الطرفين، و لا رجوع الى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت، و مع حصوله في يد الغاصب، أو تلفه فيها فالقول بانه المطالب، لأنّه يملك بالغضب: أو التلف في يد الغاصب غريب.

و القول بعدم الملك بعيد جدا؛ مع أن في التلف القهري إن ملك التلف قبل التلف فعجيب، و معه بعيد، لعدم قابلیته حينئذ، و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر غير عوض و نفي الملك مخالف للسيرة، و بناء المتعاطفين.

و منها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهريه فلا يتوقف على النية فهو بعيد. و ان أوقفناه عليها كان الواطي للجارية من غيرها واطئا بالشبهة، و الجاني عليها، و المخالف لها، جانيا على مال الغير و متلفا له.

و منها: أن النماء الحادث قبل التصرف إن جعلنا حدوثه مملكا له دون العين بعيد، و معها، فكذلك، و كلاهما مناف لظاهر الاكثر، و شمول الاذن له خفي.

و منها: قصر التملك على التصرف مع الاستناد فيه الى ان اذن المالك فيه اذن في التملك فيرجع الى كون المتصرف في تملك نفسه موجبا قابلا، و ذلك جار في القبض.

بل هو أول منه، لاقرائه بقصد التملك، دونه انتهى.

ترجمه:

انتقادات مرحوم کاشف الغطاء به مقاله مشهور

از جمله اشکالات و انتقادات مرحوم کاشف الغطاء به مقاله مشهور (معاطات مفید اباحه است و با تلف عینین یا یکی از آندو و یا مقداری از آندو لازم می شود) اینستکه:

عقود و آنچه قائم مقام آنها است نباید تابع قصود باشد چه آنکه طبق فرموده مشهور با اینکه متعاطین قصدشان تملیک است نتیجه معاطات اباحه می باشد.

و از جمله: لازمه این رأی آنستکه اراده تصرف موقوف بر ملك یا نفس تصرف مزبور از مملکات باشد یعنی همینکه یکی از متعاطین بعد از انجام معاطات قصد بیع مثلا نمود یا عینی که باو داده شده فروخت اراده یا نفس بیع واقع شده دفعتا عین یا منفعتش را بملک وی وارد نموده اگرچه در خاطر مالک قبلی حتی خطور نکرده که بموی اذن در این قبيل تصرفات را داده باشد چه آنکه مالک در وقتی که عین را بطرف مقابل خود دفع مینمود قصد نقل و تملیک را کرده و پس از آن برای خود سلطه و استیلائی نسبت بآن قائل نبوده تا راجع به تصرفات در آن اذن بدهد.

بخلاف کسیکه بدیگری می گوید:

اعتق عبدک عنی (بنده خودت را از طرف من آزاد کن) یا تصدق بمالک عنی (با مال خویش از طرف من صدقه بده).

در ایندو مورد چون عبد را نمی توان بابت کفاره ای که بر ذمه دیگری است آزاد نمود مگر آنکه اول بملکش درآورده و سپس از جانب و طرف وی آنرا اعتاق کرد و نیز مال تا مادامیکه در ملك دیگری است با آن نمی توان صدقه از جانب غیر مالک داد مگر آنکه ابتداء تملیک بموی نمود و پس از آن ملك او را صدقه داد از اینرو

معنای ایندو عبارت اینستکه:

وقتی بندهات را از طرف من خواستی آزاد کنی یک آن قبل از این اعتاق آنرا بملک من دربیاور و سپس وكالة از جانب من او را آزاد کن.

و نیز:

وقتی خواستی مال خود را از طرف من صدقه دهی یک لحظه پیش از آن آنرا بمن تملیک کن و پس از آن وكالة از طرف من آنرا صدقه بده.

و از جمله: می دانیم که اخmas و زکوات و استطاعت در باب حج و دیون و نفقات و تقاض و شفعه و ارث و رباء و وصایا باموالی که در دست اشخاص است تعلق گرفته اگرچه بدانیم عوض این اموال هنوز باقی بوده و طرف مقابل در آنها تصرف نکرده است و اگر هم علم بتصرف یا عدم آن نداشته باشیم بکمک اصالة العدم آنرا نفی می نمائیم با توجه باین مطلب می گوئیم لازمه

فرموده مشهور اینستکه امور یادشده به غیر ملک تعلق گرفته و نیز صفت غناه و فقر بر غیر املاک مترب باشد و نتیجه آن چنین میشود که غیر املاک در حکم املاک باشند.

و از جمله: لازمه فرموده مشهور آنستکه تصرف از یکجانب مملک طرف دیگر باشد و این کلامی است بدون دلیل مضافاً باینکه مستند نمودن ملک به تصرف از عجائب و غرائب بحساب می‌آید.

و از جمله: طبق آنچه مشهور فرموده‌اند باید تلف سماوی یکجانب مملک طرف دیگر باشد و همچنین باید ملتزم شویم اگر عوضین بواسطه تفريط متعاطین تلف شوند عوض المسمی از طفین متعین شده و هیچیک حق رجوع بقیمة المثل مال خود را بدیگری نداشته در نتیجه اگر بین مسمی و مثل تفاوت باشد مراجعته با آن جایز نباشد و دیگر آنکه می‌گوئیم:

اگر احد العوضین در دست غاصبی واقع شد یا تلف گردید چه باید گفت؟

اگر قائل شویم کسیکه این عوض باو داده شده و غاصب آنرا از وی عدوا نگرفته بواسطه غصب یا تلف در دست غاصب مالک می‌شود کلام غریب و بعيدی را گفته‌ایم و اگر بگوئیم ملک اصلاً پیدا نمی‌شود این نیز جدا غریب و دور از واقع می‌باشد مضافاً باینکه در تلف شدن قهری اگر شیئ تالف را پیش از تلف‌شدنش

ملوک قرار دهیم امر عجیبی را گفته و در صورق که مقارن با تلف آنرا ملک بدانیم سخنی بعید ایراد کرده‌ایم زیرا در چنین حالتی شیئ قابلیت برای مملوک واقع شدن را ندارد و اگر بعد از تلف شدن بگوئیم مملوک می‌شود شیئ معذوم را محکوم به ملکیت نموده‌ایم و آن امر مستحیل و غیر معقول است و اگر ملتزم شویم که اصلاً ملک در نمی‌آید لازمه‌اش اینستکه عین دیگر که در دست طرف مقابل است و ملک او درآمده بدون عوض می‌باشد و التزام با آن صحیح نیست و از این گذشته نفی ملک با سیره و بناء متعاطین مخالف است.

و از جمله: می‌گوئیم:

اگر تصرف را از نواقل قهریه قرار دهیم و در نتیجه موقوف بر نیت نباشد کلامی است بعید و در صورتی که بر نیت و قصد متوقف باشد لازمه‌اش اینست که احد المتعاطین که کنیز باو داده شده اگر بدون نیت ملک با کنیز وطی نمود، وطی بشبهه کرده و در صورت جنایت بر آن یا اتلافش مال غیر را تلف و یا مورد جنایت قرار داده باشد و بهیچیک از اینها نمی‌توان ملتزم شد.

و از جمله: می‌گوئیم:

نمائی که قبل از تصرف در عین حادث می‌شود اگر حدوث باعث مملوک شدن آن دون عین باشد امری است بعید زیرا نماء تابع عین است و اگر هردو باهم مملک درآیند آن نیز بعید می‌باشد زیرا حدوث نماء از اسباب حصول ملک نیست و از این گذشته هرکدام از دو مقاله را که بگوئیم با ظاهر کلام اکثر مخالفت نموده‌ایم و از طرف دیگر اساساً اذنی که متعاطین در عین داده و طرف مقابل را نسبت به تصرف در آن مأذون قرار داده‌اند معلوم نیست شامل تصرف در نماء بشود چه آنکه غالباً اذن دهنده از نماء عین غافل است پس چگونه می‌توان گفت اذنش شامل نماء نیز می‌شود.

و از جمله اشکالات اینکه:

بنابر مسلک مشهور تمیلیک را منحصر نمودن در تصرف و استناد جستن در آن باینکه اذن مالک در تصرف در واقع اذن در تمیلیک بوده و در نتیجه مآل آن باین می‌شود که متصرف در تمیلیک نمودن مال را بخود هم موجب بوده و هم قابل و اینمعنا در قبض نیز جاری شده بلکه بطريق اولی باید چنین باشد زیرا قبض بقصد تمیلیک صورت گرفته در حالیکه تصرف اینطور نیست.

قام شد کلام مرحوم کاشف الغطاء

شرح مطلوب

قوله: ان العقود و ما قام مقامها الخ: منظور از قائم مقام عقود، ایقاعات می باشد.

مؤلف گوید:

حاصل این اشکال آنستکه:

مشهور می فرمایند در معاطات قصد متعاطین تمیلیک بوده ولی نتیجه آن اباحه است، لازمه این کلام آنستکه عقد تابع قصد نبوده و از آن تخلف کرده و معدله صحیح می باشد و این حکم جدید و حادثی است که نظری برایش در فقه نمی باشد.

قوله: ان يكون اراده التصرف الخ: مشهور معتقدند معاطات مفید اباحه تصرف است و هرگدام از متعاطین مجاز هستند در عینی که باو داده شده هرگونه تصرف را نموده اگرچه تصرف موقوف بر ملك باشد منتهی در اینگونه از تصرفات متزمند يك لحظه قبل از تصرف شخص مالك شده تا بدينوسيله تصرف مزبور در ملك واقع شود.

اشکالیکه مرحوم کاشف الغطاء باینکلام نموده آنستکه لازم آن اینستکه اراده تصرف مانند بيع یا نفس بيع را باید مملك بدانیم چه مالک این عین که آنرا باین شخص داده اذن در تصرف مزبور را داده یا نداده باشد و بدون تردید تفوہ باینکلام مستلزم حکم جدیدی است که نظری برایش در فقه نمی توان یافت.

قوله: بارادة التصرف بها: ضمير در «بها» به عین راجع است.

قوله: لانه قاصد للنق: ضمير در «لانه» به مالك اول راجع است.

قوله: و انه لا سلطان له: ضمير در «انه» بمعنای «شأن» بوده و ضمير در «له» به مالك اول راجع است و کلمه «انه» بفتح همزه بوده و معطوف است به «انه قاصد للنقل».

قوله: بعد ذلك: يعني بعد از دفع به ديگري.

قوله: او تصدق بالمال عنى: در برخى از نسخ بجای آن: تصدق بمال عنك ضبط شده است.

قوله: و منها ان الاخماس و الزكوات الخ: حاصل این اشکال آنستکه:

در خارج می بینیم که اهل شرع خمس و زکات اموالشان را از آنچه به بيع معاطاتی بآنها منتقل شده پرداخته و خود را با در اختیار داشتن این گونه از اموال مستطیع دیده و دیون و نفقات واجب خود را از این اموال می پردازند و حق المقاشه و شفعه را با آنها اعمال می نمایند و نیز کسیکه ثروتی را از راه معاطات تحصیل کرده اگر فوت شود آنها را ما ترك او قرار داده و به وارثش بعنوان میراث می دهند و همچنین امتعه و اجناسی که ربوی بوده و اگر در بيع با زیاده و نقسان معامله شوند موجب حصول رباء هستند همچون اشیاء مکیل و موزون یا در هم و دینار اگر از راه معاطات بدستشان بیاید و بخواهند آنها را بيع و شراء نمایند در صورتیکه معامله اشان ربوی باشد حکم به ثبوت رباء می کنند و همچنین بوضوح می بینیم وقتی وصیت می کنند این گونه از اموال را در عرض ثروتهايکه از راه بیوع عقدی تحصیل کرده اند دیده و متعلق وصیت قرارشان می دهند و در تمام این موارد کوچکترین فرقی بین اینکه عوض این اموال باقی بوده یا تلف گردیده، طرف مقابل در آنها تصرف نموده یا تصرف نکرده باشد نمی گذارند حتی در فرضی که تصرف او مشکوك باشد با اصالة العدم آنرا نفی نموده و معدله در آنچه بآنها داده شده تصرف می کنند و خود مشهور نیز این تصرفات و اعمال اهل عرف را ممضی و صحیح می دانند در حالیکه لازمه رأى ایشان آنستکه غیر ملك در حکم ملك بوده و باهم فرقی نداشته باشند و بدون تردید این مقاله حکم مستحدث و جدیدی است که در فقه برایش نظری سراغ نداریم.

مؤلف گوید:

توضیح اخراج خمس از مال معاطاتی آنستکه اگر کسی مثلا از مؤنه سالش پانصد تومان اضافه آمد و باید صد تومان بعنوان خمس بدھد این صد تومان را از مالی بپردازد که بواسطه معاطات بدستش آمده باشد.

و اخراج زکات از اینمال آنستکه اگر کسی مثلا ۱۲۱ گوسفنده داشت که

یک از آنها را باید بعنوان زکات بددهد حال اگر یک را که به بیع معاطاتی بدستش آمده اخراج نماید زکات مال را داده است.

قوله: و الاستطاعة: مقصود اینستکه اگر کسی با درآمدھائی که از طریق معاطات تحصیل کرده غنی شود و بتواند بسفر حج رود او را مستطیع میخوانند.

قوله: و الديون: یعنی اگر کسی دین و بدهی داشت و آنرا از مالیکه بواسطه تعاطی بدست آورده پردازد دینش اداء میشود.

قوله: و النفقات: یعنی اگر کسی نفقات واجب همچون نفقة همسر و اولاد را از مالیکه بواسطه معاطات بدست آورده بددهد کار خلاف مرتكب نشده و عملش صحیح است.

قوله: و حق المقاصلة:: مقصود اینستکه اگر شخصی مالی را به بیع معاطات اخذ کرده باشد و دیگری آنرا غصب نمود وی میتواند از باب تقاض مقدار مخصوص از مال غاصب تقاض کند و این شاهد بارزی است بر اینکه مخصوص منه مال غصب شده را قبل از بیع معاطات مالک شده بوده و الا حق تقاض نمیداشت چون طبق رأی قائلین باباھه قبلًا بواسطه بیع مالک نشده بود تا اینکه بتواند تقاض نماید.

قوله: و الشفعة: یعنی اگر احد الشریکین سهم خود را به بیع معاطات بشخصی فروخت شریک میتواند اخذ بشفعه نموده و از مشتری آن سهم را بگیرد و این امر خود گواه است بر اینکه مشتری بواسطه بیع معاطات مالک مال خریده شده گردیده چه آنکه اگر معاطات مفید اباھه باشد شفیع نباید بتواند شفعه کند زیرا هنوز سهم شریکش از ملک او خارج نشده تا این حق برای وی ثابت باشد.

قوله: و المواريث: منظور اینستکه شخصی که اموالی را از طریق معاطات تحصیل کرده اگر فوت شود این اموال به ارث به ورثه او میرسد در حالیکه اگر معاطات افاده اباھه مینمود نه ملک ارث نباید ثابت باشد.

قوله: و الربا: مراد اینستکه شخص جنس ربوی را با هم جنس آن با تفاضل به بیع معاطاتی معاوضه کند که در اینجا ربا ثابت و حکم آن جاری میشود.

قوله: و الوصایا: غرض اینستکه شخص اموالی را که از راه معاطات بدست آورده متعلق وصیت قرار دهد، این وصیت صحیح و ممضی است در حالیکه اگر معاطات

افاده اباھه کند نه ملک نباید وصیت صحیح باشد زیرا ملک غیر را مورد وصیت قرار داده.

قوله: او عدم العلم به: ضمیر در «به» به تصرف راجع است.

قوله: فینفی بالاصل: ضمیر نائب فاعلی در «ینفی» به تصرف راجع است.

قوله: فیکون متعلقة بغیر الاملاک: ضمیر در «یکون» به امور مذکور یعنی اخماس و زکوات و استطاعه الخ برمیگردد.

قوله: ترتیب علیه كذلك: ضمیر در «علیه» به غیر ملک راجع بوده و مشار اليه «کذلک» ملک میباشد.

قوله: کون التصرف من جانب مملکا الخ: مثلاً زید نانی را در مقابل دو تومن از عمره به بیع معاطاتی خرید حال اگر نان را خورد بگوئیم عمره مالک دو تومن شده و قبل از خوردن زید مالک پول نبوده است.

قوله: جعل التلف السماوي الخ: مثلاً اگر زید گوسفندی را از عمره به بیع معاطاتی به پنجهزار تومن خرید و پس از مدتی به مرگ طبیعی گوسفند مرد حال بگوئیم بعد از مرگ گوسفند عمره مالک پول میشود و پیش از آن مالک نشده بود.

قوله: و التلف من الجانبين الخ: مثلاً زید گوسفندی را از عمره به بیع معاطاتی در مقابل یک گوساله خرید و هردو تفریط کرده و این تفریط منجر به تلف گوسفند و گوساله شد، حال بگوئیم پس از تلف گوساله زید مالک گوسفند و بعد از تلف گوسفند عمره مالک گوساله میشود.

قوله: معیناً للمسمی: مقصود از «مسمی» ثمن المسمی است مانند گوساله در مثال فوق که ثمن المسمی است برای گوسفند چنانچه می‌توان باعتباری گوسفند را ثمن المسمی برای گوساله قرار داد.

قوله: و لا رجوع الى قيمة المثل: در حالیکه اگر معاطات مفید اباخه باشد چون هیچیک از طریق مالک مالی که باو داده شده نگردیده بلکه آن مال بملک مالک قبلی باقی است می‌باید هرکدام ثمن المثل یعنی قیمت واقعی مال تالف را بدیگری پیردادزد فلذا اگر ثمن المثل بیشتر از ثمن المسمی باشد مالک باید بتواند این تفاوت را از طرف مقابل خویش بگیرد ولی مشهور چنین نگفته بلکه میفرمایند چون

مال طرف مقابل تلف شد شخص مالک متاعی که باو داده شده می‌شود از اینزو حق رجوع به تفاوت ساقط می‌گردد چون فرض اینستکه هردو متاع تلف شده و متعاطین هردو مالک مال تالف شده‌اند لا جرم وجهی ندارد که به تفاوت مزبور مراجعه کنند.

قوله: و مع حصوله في يد الغاصب: ضمیر در «حصوله» به مال راجع است.

مؤلف گوید:

این عبارت اشاره است به اشکال دیگری که مرحوم کاشف الغطاء آن را در ضمن همین اشکال مطرح فرموده‌اند.

قوله: او تلفه فيها: ضمیر در «تلفه» به مال و در «فيها» به يد غاصب راجع است.

قوله: فالقول بانه المطالب: ضمیر در «بانه» به شخصی که مال نزد او بوده و غاصب آنرا از وی غصب کرده راجع است و کلمه «المطالب» بصیغه اسم فاعل می‌باشد

قوله: لانه يلک بالغصب: ضمیر در «لانه» به مخصوص منه راجع است.

قوله: او التلف في يد الغاصب: معطوف است به «الغصب» یعنی او لانه يلک بالتلف في يد الغاصب.

قوله: في التلف القهري: مانند تلف سماوى.

قوله: و معه بعيد: ضمیر در «معه» به تلف راجع است.

قوله: لعدم قابلیته: یعنی لعدم قابلیة امال لل المملوکية لانه في حال التلف.

قوله: حينئذ: یعنی حين التلف و مقارن له.

قوله: و بعده: یعنی و بعد التلف.

قوله: فهو بعيد: ضمیر «هو» به عدم توقف ملك بر نيت راجع است.

قوله: و ان اوقفناه عليها: ضمیر منصوبی در «اوقفناه» به ملك راجع بوده و ضمیر در «عليها» به نيت راجع است.

قوله: من غيرها: یعنی من غير النية.

قوله: و الجافى عليها و التلف لها: ضمائر مجروري در «عليها» و «لها» به جاریه
ragع است.

قوله: و متلفا له: ضمیر در «له» به مال الغير راجع است.

قوله: مملكا له: ضمیر در «له» به نماء راجع است.

قوله: و معها فكذلك: ضمیر در «معها» به عین راجع است.

قوله: و كلاما مناف لظاهر الاكثر: ضمیر در «كلاهما» به مملك بودن حدوث تصرف نسبت به نماء بدون عین و با عین راجع است.

قوله: و شمول الاذن له خفى: ضمير در «له» به نماء راجع است و مقصود از «اذن» اذنى است که نسبت به عين داده شده.

قوله: و ذلك جار في القبض: مشار اليه «ذلك» موجب و قابل بودن مى باشد.

قوله: بل هو اول منه: ضمير «هو» به قبض راجع بوده و در «منه» به تصرف عود مى کند.

قوله: لاقترانه بقصد التملیک: ضمير در «اقترانه» به قبض عود مى کند.

قوله: دونه: يعني دون التصرف.

متن:

و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول، لأن الوجوه المذكورة تنہض في مقابل الاصول، و العمومات، اذ ليس فيها تأسیس قواعد جديدة، لتناقض القواعد المتداولة بين الفقهاء.

اما حکایة تبعية العقود، و ما قام مقامها للقصود ففيها.

اولاً أن المعاطاة ليست عند القائل بالاباحة المجردة من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً، فإن تبعية العقود للقصود، و عدم انفكاكها عنها إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد: بمعنى ترتب الاثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ، الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه.

أما المعاملات الفعلية، التي لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتيب الاثر المقصود عليها كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم: من أن السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المبايعات.

نعم اذا دل الدليل على ترتيب اثر عليه حكم به و إن لم يكن مقصودا.

و ثانياً أن تخلف العقد عن مقصود المتباعين كثير، فإنهم اطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة، لفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يتضمنه صحيحه، مع أنهما لم يقصدوا إلا ضمان كل منهما بالآخر.

ترجمه:

تضعيف کلام مرحوم کاشف الغطاء

مرحوم مصنف می فرمایند:

مقصود مرحوم کاشف الغطاء از قام این اشکالات و انتقادات آنستکه رأی مشهور را مستبعد قرار دهنده اینکه این وجوده مذکوره در مقابل اصول و عمومات ایستادگی داشته و برای رفع ید از آنها صلاحیت داشته باشند چه آنکه وجوده مذکور اساساً با قواعد متداول بین فقهاء تناقضی نداشته تا لازمه آنها تأسیس قواعد جديدة باشد.

اما مسئله تبعیت عقود و ایقاعات از قصود:

اولاً: معاطات از نظر قائلین به اباوه محض عقد با قائم مقام عقد نبوده تا مشمول تبعیت مذبور باشد چه آنکه تبعیت عقود از قصود و عدم انفكاكشان از آن صرفاً بخاطر دلیلی است که بر صحت عقد دلالت دارد یعنی وقتی دلیل بر ترتیب اثر مقصود از عقد دلالت نمود البته اینمعنا را نیز تضمین می کند که عقد تابع قصد می باشد لذا در موردی که اثر مقصود در خارج مرتبت بر فعل نگردد دیگر معقول نیست که به صحت آن فعل حکم نمائیم چون گفتیم صحت به معنای ترتیب اثر است و آن در معاطات منتفي است، بنابراین وجهی ندارد که در آن بگوئیم با قاعده تبعیت عقود از قصود مخالفت دارد زیرا همانطوری که گفتیم معاطات نسبت باینقاعده خروج موضوعی دارد یعنی اصلاً عقد نیست تا حکم مذبور درباره اش واجب الاجراء باشد.

و باید توجه و التفات داشت که معاملات فعلیه‌ای که بر صحت آنها دلیلی قائم نشده اثر مقصود از آنها هرگز مترب نگردیده و بر آنها بار نمی‌شود چنانچه مرحوم شهید در کلامی که از ایشان نفی گردید با آن تنبیه نموده و فرموده:
سبب فعلی در مبایعات هرگز بجای سبب قولی قرار نمی‌گیرد.

بلی، البته اگر دلیل دلالت کند بر ترتیب اثر بر فعل الزاماً حکم با آن نموده اگرچه مقصود از فعل نباشد.

ثانیاً: تخلف عقد از مقصود متبایعین الى ما شاء الله بسیار بوده و منحصر به معاطات نیست تا اشکال را صرفاً متوجه آن بنماییم و از جمله اینموارد آنستکه:

فقهاء اجماع نموده‌اند بر اینکه عقد معاوضه وقتی فاسد بود اثرش آنستکه هرکدام از متعاملین ضامن قیمت واقعی عوضین می‌باشند زیرا از نظر حضرات هرعقدی که صحیحش موجب ضمان باشد فاسدش نیز ضمان‌آور است با اینفرق که صحیح باعث ضمان قیمت المسمی بوده ولی فاسد بدبناش ضمان قیمة المثل می‌باشد با اینکه متعاملین قصدشان ضمان قیمة المسمی بوده نه قیمة المثل.

شرح مطلوب

قوله: و المقصود من ذلك كله: الف و لام در «المقصود» عوض از مضاف اليه بوده و تقدير عبارت و مقصود کاشف الغطاء می‌باشد و مشار اليه «ذلك» اشکالات وارده بر کلام مشهور می‌باشد.

قوله: فـ مقابل الاصول: مقصود از اصل استصحاب ملکیت مالک قبلی و عدم زوال آن بواسطه بيع معاطاتی می‌باشد.

قوله: و العمومات: منظور عمومات است که مفاد آنها توقف جواز تصرف بر ملکیت می‌باشد.

قوله: اذ ليس فيها: ضمير در «فيها» به وجوده مذکوره راجع است.

قوله: و عدم انفكاكها عنها: ضمير در «انفكاكها» به عقود و در «عنها» به قصود راجع است.

قوله: فلا يعقل حينئذ: کلمه «حينئذ» یعنی حین کون معنی الصحة ترتیب الاثر المقصود عليه.

قوله: حكم به: ضمير در «به» به ترتیب اثر راجع است.

قوله: في ضمان كل من العوضين القيمة: مقصود از «قيمت» قيمة المثل یعنی قیمت واقعی شيء می‌باشد.

قوله: مع انهمما لم يقصد: ضمير در «انهمما» به متعاملین راجع است.

قوله: ضمان كل منهما للآخر: ضمير در «منهما» به عوضین راجع است.

مؤلف گوید:

مثلما زید کتابش را در مقابل چراغ به عمره فروخت و بیع فاسد انجام گرفت در اینجا چون معامله باطل است عمره ضامن است کتاب را به زید و زید نیز چراغ را بعمره برگرداند، حال اگر کتاب و چراغ هردو تلف شده باشند زید باید قيمة المثل چراغ و عمره نیز قيمة المثل کتاب را به زید پردازد در حالیکه قصد زید این بود که در مقابل چراغ کتاب را به عمره دهد و عمره نیز در قبال کتابی که دریافت می‌کند قصدش دادن چراغ بوده پس در اینموره تخلف عقد از قصد شده و احدی از فقهاء در آن اشکال نفرموده است.

متن:

و توهם ان دليلهم على ذلك قاعدة الي مدفع: بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفا على الوجه الاول: و هو اقدامهما على الضمان فلاحظ المساك.

و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به غير مفسد عند أكثر الالاء.

و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل.

و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته على قول كثير و ترك ذكر الاجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على قول نسبة في المساك، و كشف اللثام الى المشهور.

نعم الفرق بين العقود، و ما نحن فيه: أن التخلف عن المقصود يحتاج الى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود.

و فيما نحن فيه عدم الترتيب مطابق للاصل.

ترجمه:

توهم و دفع آن

و این توهم که گفته شود:

دلیل فقهاء بر ضمان قیمة المثل قاعده على اليه است و نمی توان آنرا از باب تخلف عقد از قصد قرار داد.

مدفع است و وجه دفع آن اینستکه:

این وجه یعنی استناد ضمان به قاعده على اليه را تنها برخی از فقهاء ذکر نموده در حالیکه آنرا بر وجه اول یعنی اقدام متعاملین بر ضمان عطف فرموده است و برای اینکه صدق گفتار ما ظاهر شود بمسالك می توان رجوع نمود.

سپس مرحوم مصنف در دنباله ذکر موارد تخلف عقد از قصد میفرمایند:

و نیز شرط فاسد که مقرون با عقد است متعاملین عقد را با آن قصد کرده و بدون آن نمی خواهند و على القاعده باید چنین شرطی مفسد عقد باشد در حالیکه از نظر اکثر فقهاء شرط فاسد مفسد نیست.

و نیز از جمله اینموارد بيع مملوك بانضمام غير مملوك است که متباعین هردو را قصد کردهاند در حالیکه همه فقهاء فرموده‌اند تنها بيع مملوك واقع شده و غير مملوك بیعش صحيح نیست.

و همچنین غاصب اگر مال غصبی را برای خودش بفروشد در صورتیکه صاحب مال این بيع را اجازه دهد بنابر رأی بسیاری از فقهاء بيع برای مالک مجیز واقع شده نه غاصب با اینکه وی قصدش این بود که بيع برای او واقع شود.

و از جمله این موارد نیز آنستکه بنابر رأی برخی از فقهاء اگر مدت را در عقد متنه ذکر نکنند عقد به دائم منقلب می‌شود در حالیکه متعاقدين قصدشان عقد منقطع بوده است این قول را مرحوم شهید ثانی در كتاب مسالك و فاضل هندی در کشف اللثام به مشهور از فقهاء نسبت داده‌اند.

سپس مرحوم مصنف در مقام استدرانک می‌فرمایند:

بلی، البته بین عقود و مورد بحث (معاطات) فرقی هست و آن اینستکه:

تخلف عقد از قصد در عقود نیازمند به دلیلی است که عقد مذبور را از ادله صحت عقود خارج نماید ولی در مورد بحث عدم ترتیب اثر با اصل مطابق و با مقتضای آن موافق بوده بطوری که محتاج به دلیل دیگر نیست.

شرح مطلوب

قوله: و توهمند الخ: حاصل توهمند اینستکه:

نقض به عقد فاسد صحیح نبوده و حکم بضمان قیمة المثل در آن از باب تخلف عقد از قصد نیست بلکه مدرک اینحکم قاعده
علی الید میباشد.

توضیح

متعاقدين وقتی بعقد صحیح عوضین را بیکدیگر انتقال دادند چون هرکدام اقدام نموده اند در مقابل آنچه میگیرند عوض المسمی
(عوضی که در عقد معین شده) را بدنهند لا جرم وقتی عقد انجام شد و بحسب فرض شارع مقدس نیز آنرا امضاء فرمود هریک
مکلفند عوضی را که متعهد شده اند پردازنند به دیگری پرداخت کند حال اگر بواسطه فساد عقد شارع این معامله را امضاء و
تصحیح نفرمود تعهد ایشان کان لم یکن تلقی شده و در قبال آن هیچ مسؤولیتی متوجه ایشان نمیشود.

بلی چون هرکدام بر مال دیگری ید گذارده قاعده علی الید ما اخذت حتی تؤددی آنانرا ضامن معرف میکند و پرواضح است این
ضمان غیر از ضماین است که ایشان در عقد با آن متعهد شده اند زیرا بحسب فرض ضمان در عقد از طرف شارع مقدس رد و ساقط
گردید بنناچار ضمان فعلی عبارت است از ضمان قیمة المثل یعنی هرکدام قیمت آنچه را که تلف نموده اند باید بصاحبش پردازد
و حاصل آنکه حکم بضمان قیمت المثل از باب تخلف عقد از قصد نیست بلکه مقتضای دلیل ضمان چنین میباشد بدون اینکه
کوچکترین نظری به مسئله تخلف عقد از قصد در آن باشد.

حاصل جوابی که مرحوم مصنف از این توهمند میداند اینستکه:

کسانیکه در بیع فاسد حکم بضمان قیمة المثل فرموده اند استدلال به قاعده علی الید نکرده اند تا بگوئیم ضمان مستند است به
ید نه عقد فاسد و تخلف عقد از قصد.

بلی، برخی اینوجه را مورد استدلال قرار داده باین نحو که برای ضمان متعاملین در وجه بیان کرده و گفته اند:
هرکدام از متعاملین ضامن قیمت المثل هستند زیرا با انجام عقد اقدام بر ضمان نموده و قاعده ید نیز اقتضاش ضمان میباشد.
چنانچه ملاحظه میکنیم استناد بقاعده «ید» را عطف به وجه اول یعنی قاعده اقدام نموده و از این کلام اینطور توهمند شده که
وجه ضمان قاعده علی الید میباشد در حالیکه اینطور نبوده و علتش فساد و تخلف عقد از قصد میباشد پس نقض بعقد فاسد
درست بوده و میتوان آنرا از صغیریات تخلف عقد از قصد قرار داد.

قوله: فلاحظ المسالك: مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالك ذیل قول مصنف (مرحوم محقق) که فرموده:

و لو قبض المشتری ما ابتعاه بالعقد الفاسد لم یملکه و کان مضمونا عليه.

میفرمایند:

لا اشکال في ضمانه اذا كان جاهلا بالفساد، لانه قدم على ان يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به و ان تلف بغیر تفريط و لقوله
صلی الله عليه و آله و سلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدد انتهی.

قوله: و کذا الشرط الفاسد: یعنی یک دیگر از صغیریات تخلف عقد از قصد موردي است که متعاملین در ضمن عقد شرط بوده
ولی عقد از قصد تخلف کرده و تنها عقد واقع میشود.

قوله: و بیع ما یملک و ما لا یملک: کلمه «یملک» در هردو موضع مجھول میباشد و مقصود از آن اینستکه مملوک شرعی همچون
گوسفند یا عبد یا سرکه را با غیر مملوک شرعی نظیر خوک و حر و شراب ضمیمه نموده و یکجا بفروشنده، در اینجا اگرچه قصد

متبايعین مجموع مملوک و غیر مملوک می‌باشد ولی شارع مقدس غیر مملوکش را امضاء نفرموده لا جرم بیع تنها در مملوک صحیح می‌باشد و بدین ترتیب عقد از قصد تخلف می‌کند.

قوله: و بیع الغاصب لنفسه: یعنی یکی دیگر از صغیریات تخلف عقد از قصد

آنستکه:

غاصب مال غصبی را بدیگری برای خود فروخته و قصدش اینستکه ثمن در ملک او داخل شود حال اگر مالک اصلی مtau این بیع را اجازه داد طبق رأی جماعت کثیری از فقهاء ثمن در ملک مالک داخل می‌شود نه غاصب و این نمونه بارزی است از تخلف عقد از قصد.

قوله: و ترك ذكر الاجل الخ: یعنی دیگر از مصاديق تخلف عقد از قصد موردی است که در عقد موقت نکاح مدت را نسیانا ترك کنند، بنابر رأی برخی از فقهاء با اینکه قصد عقد منقطع می‌باشد معذلك این قصد عملی نشده بجای آن عقد دائم واقع می‌شود.

قوله: و فيما نحن فيه: یعنی معاطات.

متن:

و اما ما ذکره من لزوم کون اراده التصرف مملکا فلاپاس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع بين الاصل و دليل جواز تصرف المطلق، و أدلة توقف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذي الخيار، والواهب فيما انتقل عنهم بالوطني و البيع و العتق، و شبهها.

ترجمه:

جواب از اشکال دیگر مرحوم کاشف الغطاء

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و اما جواب از آنچه مرحوم کاشف الغطاء ذکر نمود و فرمود:
لازمه فرموده مشهور اینستکه اراده تصرف مملک باشد.

اینستکه می‌گوئیم:

هیچ محذور و اشکالی در آنچه گفته شد بنظر نمی‌رسد زیرا مقتضای جمع بین اصل و دليل جواز تصرف و ادلہ ای که بعضی از تصرفات را موقوف بر ملک قرار داده چنین می‌باشد، بنابراین تصرف در معاطات همچون تصرف شخص صاحب خیار و واهب در آنچه از ملک ایشان منتقل شده می‌باشد چه آنکه ذو الخیار و واهب اگر

کنیزی را به بیع یا هبہ از ملک خود بدیگری نقل دادند و سپس بواسطه وطی یا بیع یا عتق در آن تصرف نمودند چون این تصرفات باید در ملک صورت بگیرد بنناچار باید بگوئیم قبل از وقوع این تصرفات اراده آنها باعث می‌باشد کنیز بملکشان برگشته لا جرم این تصرفات در ملک واقع می‌شوند نظیر آنچه در معاطات مشهور فرموده‌اند پس آنچه لازمه فرموده مشهور است امر جدید و حادثی نبوده که در فقه نظیر نداشته باشد.

شرح مطلوب

قوله: بین الاصل: یعنی اصالة اباحة التصرف.

قوله: و ادلة توقف بعض التصرفات الخ: مراد تصرفاتی همچون بیع و عتق و وطی می‌باشد.

قوله: فيكون كتصرف ذي الخيار: ضمير در «يكون» به تصرف متعاطيين راجع بوده و مقصود از «ذى الخيار» بايع و مشترى است که بيع و شراء عقدی نموده و برای خود جعل خيار کرده‌اند و اينک در زمان خيار از حقی که داشته استفاده نموده در مالی که از ملکشان منتقل شده تصرف می‌نمایند.

قوله: بالوطى و البيع الخ: کلمه «بالوطى» متعلق است به «تصرف».

قوله: شبها: ضمير مؤنث به وطى و بيع و عتق عود می‌كند.

متن:

و اما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفه للسيرة رجوع اليها، مع ان تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك.

ترجمه:

جواب از اشكال ديگر مرحوم کاشف الغطاء

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و اما آنچه را که مرحوم کاشف الغطاء ذکر نمود و فرمود:

لازمه فرموده مشهور آنستکه اخmas و زکوات به غیر املاک تعلق بگیرند ... تا آخر.

باید بگوئیم:

ایراد و اشكال مذکور صرف استبعاد بوده و نمی‌توان از آن بعنوان دلیل بر علیه مشهور استفاده کرد یعنی لزوم تعلق امور مذکوره بغیر ملك بنا به رأی مشهور که معاطات را مفید اباوه می‌دانند مانع ندارد مگر صرف استبعاد چه آنکه در آن با هیچ قاعده‌ای مخالفت نشده زیرا دلیل قابل اعتمادی نیافته‌ایم که دلالت کند بر تعلق امور مذکوره به ملك و عدم تعلقشان بغیر ملك، بنابراین باید بگوئیم مرحوم کاشف الغطاء در مقابل مقاله مشهور بهیچ دلیلی متمسك نشده مگر صرفا کلام ایشان را مستبعد شمرده است.

اگر مرحوم کاشف الغطاء در مقام دفع این گفتار بفرمایند:

تعلق امور مذکور بغیر ملك با سیره مخالف است زیرا سیره مستمره بر این جاري شده که با غیر ملك معامله ملك را نمی‌کنند اگرچه تصرف در غیر ملك جائز و مباح باشد پس اگر دیدیم در عرف متشرعه با مالیکه از طریق معاطات بدست آمده معامله ملك را می‌نمایند مثل اینکه خمس و زکات را بآن متعلق می‌دانند این معنا کاشف است از اینکه معاطات مفید ملك بوده نه اینکه ثمره‌اش صرف اباوه تصرف باشد در نتیجه باید بگوئیم:

اگر همچون مشهور در معاطات قائل به اباوه شده و معذلك امور مذکور را مالیکه از راه معاطات بدست آمده متعلق بدانیم نه تنها کلامی مستبعد و عجیب و غریب گفته‌ایم بلکه با سیره اهل شرع نیز مخالفت نموده‌ایم.

در جواب این گفتار مرحوم کاشف الغطاء می‌گوئیم:

دفع اشكال مذکور به بيانی که گذشت و با اين تقرير که با سيره مخالفت دارد رجوع به سيره می‌باشد و از آن بعنوان دليل عليحده‌ای نمی‌توان نام برد و حاصل آنکه:

دفع اشكال مذکور با اين تقرير که با سيره مخالف بوده و مسلمين با مال تحصيل شده از راه معاطات معامله ملك نموده و اخmas و زکوات خود را از آن

خروج می‌نمایند همانطوریکه از ملک مسلم و قطعی خود آنها را اخراج می‌کنند، صرفنظر کردن از اقامه دلیل بر مفید ملک بودن معاطات و استدلال بر آن به لازم آمدن فقه جدید از قول بابا حه بوده و رجوع به سیره جهت اثبات آن می‌باشد و بدین ترتیب غیر از سیره دلیل علیحده‌ای ایشان اقامه نفرموده‌اند.

از این گذشته تعلق استطاعت که موجب لزوم حج و تحقق غناء گشته و نیز حصول غناء بواسطه داشتن اموال معاطاتی که از استحقاق اخذ زکات مانع می‌شوند موقوف بر تحقق ملک نمی‌باشند زیرا بسا افرادی مستطیع بوده و این وصف برای آنها حاصل گشته و در عین حال مالک مالی که در اختیارشان گذارده شده و بواسطه آن مستطیع گشته‌اند نمی‌باشند چنانچه بسیاری از افراد را سراغ داریم که وصف غناء بر ایشان ثابت بوده و بدین ترتیب از اخذ زکات منوع بوده و استحقاق دریافت آنرا ندارند ولی در عین حال مالک مالی نمی‌باشند پس تعلق استطاعت و حصول غناء از راه در اختیار داشتن اموال معاطاتی دلیل بر این نیست که این اموال ملک دارنده بوده و در نتیجه بتوان اثبات کرد که معاطات مفید ملک است نه ابا حه و بدین ترتیب رأی مشهور مردود و ضعیف تلقی گردد.

متن:

و اما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه.

ترجمه:

جواب از اشکال دیگر مرحوم کاشف الغطاء

دیگر از اشکالات مرحوم کاشف الغطاء به رأی مشهور این بود که لازمه فرموده مشهور اینستکه تصرف احمد المتعاطین در مالیکه بمعاطات اخذ نموده موجب آن می‌شود که طرف مقابلش مالک مال مأخوذه گردد در حالیکه این تصرف از اسباب مملک نبوده و اساساً سبب مملک بودنش معهود و معروف نمی‌باشد.

جواب این اشکال قبل داده شد و گفتیم وقتی مقتضای جمع بین ادله چنین بود اشکالی ندارد که به آن ملتزم شویم.

متن:

و أما، كون التلف مملكا للجانبين فإن ثبت باجماع، أو سيرة كما هو الظاهر كان كل من المالين، مضمونا بعوضه فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه.

نظیر، تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأن، هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع، و بين عموم على اليد ما اخذت، و بين أصالة عدم الملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه توضيحة: أن الاجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله، أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذي اليد، رعاية، لعموم على اليد ما اخذت.

فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية في أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بايده. فإذا، قدر التلف من مال ذي اليد فلا بد من أن يقدر في آخر أزمنة إمكان تقديره، رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله.

كما تقدر ملكية المبيع للبائع، و فسخ البيع من حين التلف استصحابا لاثر العقد.

ترجمه:

جواب از اشکال دیگر مرحوم کاشف الغطاء

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

دیگر از اشکالات مرحوم کاشف الغطاء به مشهور این بود که طبق فرموده ایشان باید تلف مال معاطاقی مملک جانبین یعنی متعاطین باشد و التزام آن صحیح نیست.

در جواب می‌گوئیم:

اگر اینمعنا با اجماع یا سیره ثابت باشد چنانچه ظاهرا همینطور است باید بگوئیم:

معنای آن اینستکه هرکدام از دو مال مضمون بعض بوده در نتیجه تلف هرکدام در دست هریک از مال او محسوب شده و عوض تالف را ضامن است که بدیگری بپردازد قهرا هرکدام از مالین عوض آن دیگری محسوب شده در نتیجه متعاطین مالک مالی که بایشان داده شده می‌شوند نظیر تلف مبیع قبل از قبض در دست بایع که از مال بایع محسوب شده و عوض آن که همان ثمن باشد در عهد وی

آمده که می‌باید بمشتری بدهد قهرا اگر مشتری هنوز آنرا نپرداخته و به قبض بایع نداده باشد موظف به پرداختش نبوده بلکه آنرا می‌تواند تصاحب کند.

و دلیل بر اینحکم مقتضای جمع بین اجماع مزبور و عموم علی الید و اصالة عدم الملک مگر در زمانیکه وقوعش در آن متین است می‌باشد.

توضیح

اجماع چون دلالت دارد بر اینکه مال تالف مضمون نبوده نه مثل آن و نه قیمتش بعده شخص می‌آید لا جرم باید حکم نمود که تلف آن از مال ذو الید بحساب می‌آید یعنی مال خودش بوده و تلف شده و بدینوسیله عموم علی الید ما اخذت رعایت می‌گردد لذا این اجماع با عموم مذکور ہنرله روایتی است که دلالت دارد بر اینکه تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع محسوب می‌شود حال اگر تلف را از مال ذو الید فرض نمودیم ناچاریم آنرا در آخر زمان امکان فرضش مقدر نموده تا اصالة عدم حدوث الملکیة قبل التلف را رعایت کرده باشیم چنانچه ملکیت مبیع برای بایع را بهمین نحو فرض نموده و فسخ بیع را از حین تلف مبیع تقدیر می‌نمائیم زیرا مقتضای استصحاب اثر عقد همین است.

شرح مطلوب

قوله: و اما کون التلف مملکا للجانبین: اشاره است باشکالیکه مرحوم کاشف الغطاء به مقاله مشهور وارد کردند و آن این بود که طبق فرموده مشهور اگر هردو مداع در بیع معاطات یا یکی از آندو تلف شود این امر موجب مالک شدن متعاطین می‌گردد مثلاً: زید عباء را به عمرو در مقابل یک جلد کتاب به بیع معاطاقی فروخت حال اگر عباء نزد عمرو تلف گردید یا هم عباء و هم کتابیکه به زید منتقل شده هردو تلف شدند این معنا سبب می‌شود زید مالک کتاب و عمرو مالک عباء شود و این از عجائب است لذا می‌توان بآن ملتزم شد چه آنکه عباء و کتاب تا زمانیکه موجود بودند مملوک نبوده همینکه تلف شده و معدوم گردیدند بملکیت درمی‌آیند و فساد اینکلام جای تردید و ابهام نیست.

قوله: فان ثبت باجماع الخ: اشاره است به جواب از اشکال مذکور و حاصل آن اینستکه:

آنچه را که مشهور فرموده و بآن ملتزم شده‌اند و آن اینکه تلف مملک می‌باشد وقتی اجماع یا سیره بر آن قائم بود بنناچار باید پذیرفت و سعی کرد که آنرا با قواعد تطبیق داد مثلاً در همین مورد می‌گوئیم:

هرکدام از مالین (عباء و کتاب) مضمون بعض می‌باشد یعنی زید که کتاب را از عمرو گرفته ضامن است عوض آن یعنی عباء را به عمرو دهد و همینطور عمرو که عباء را گرفته ضامن است در مقابل عوض آن یعنی کتاب را به زید دهد در نتیجه اگر

کتاب در دست زید تلف شد مال خودش تلف شده چون عوض آنرا به عمرو پرداخته و مقصود مشهور از اینکه میفرمایند تلف مملک است همین معنا باشد.

قوله: نظیر تلف المبیع الخ: سپس مرحوم مصنف میفرمایند:

بیانی که در تطبیق فرموده مشهور با قواعد ایراد نمودیم نظیر این قاعده است که حضرات فرموده‌اند: تلف المبیع قبل قبضه فی ید البايع (تلف شدن مبیع قبل از آنکه مشتری آنرا قبض کند در دست بایع بوده و از مملک خودش این تلف واقع میشود)

مثلاً زید گوسفندی را به عمرو فروخت و قبل از آنکه حیوان را بقبض دهد مرد در اینجا اگرچه بیع واقع شده و گوسفند مال عمر و گشته ولی چون پیش از قبض تلف گردیده این تلف از مال بایع یعنی زید محسوب می‌شود و عوض آن که ثمن باشد باید به عمرو برگرد و آگر آنرا از وی قبض نکرده باشد عمرو مکلف به اقباض آن نبوده بلکه حق دارد آنرا در عوض مالش که پیش زید تلف شده تصاحب کند، پس همانطوریکه مبیع وقتی قبل از قبض تلف شد بایع ضامن عوض آن بوده یعنی همان ثمنی را که از مشتری گرفته باید بوی برگرداند در معاطات نیز تلف هریک از مالین موجب آن است که عوض آن در عهده کسیکه مال نزدش تلف شده بباید و با پرداختن عوض که بحسب فرض قبل اصوات گرفته مالک مال تلف شده بشود باینمعنا که تالف از مال وی محسوب شده و تلف در ملک او صورت گرفته باشد.

قوله: لان هذا هو مقتضى الجمع الخ: این عبارت علت است برای «کان کل من الماليين مضموناً بعوضه الخ» و حاصل آن اینستکه: دلیل ما بر تقریری که گفته شد اینستکه مقتضای جمع بین اجماع یادشده و عموم «علی الید ما اخذت» و بین اصالة عدم الملک مگر در زمانیکه یقین بوقوع ملک داریم چنین می‌باشد.

توضیح و شرح

سه دلیل در دست است که هرکدام بتنهائی مفاد و مضمونی دارند، این سه دلیل عبارتند از:

الف: اجماع یا سیره یادشده و مدلول آن اینستکه تلف هرکدام از دو مال در بیع معاطات مملک محسوب می‌شود.

ب: علی الید ما اخذت حتی تؤدی و مقتضای آن اینستکه هرکدام از متعاطین بمجرد دست گذاردن بهالی که باو داده شده ضامن آن می‌باشد زیرا بحسب فرض بیع معاطات سبب مالک شدن آنها نمی‌باشد.

ج: اصالة عدم الملک یعنی استصحاب عدم ملکیت باینمعنا که متعاطین قبل از وقوع معاطات مالک مالی که اکنون در دستشان هست نبودند و بعد از وقوع معاطات چون حصول ملک معلوم نیست لا جرم استصحاب عدم ملکیت مقتضایش اینستکه اکنون نیز کما في السابق هیچکدام مالک نمی‌باشد.

البته این استصحاب تا زمانی جاری و نافذ است که یقین بوقوع ملک پیدا نشود و آن تا وقتی است که تراد عینین ممکن باشد ولی بعد از عدم امکان تراد و حصول تلف قطعاً این استصحاب جاری نمی‌باشد و در حکم آن می‌باید به دلیل دیگری متمسک شد.

با توجه بادله سه گانه می‌گوئیم:

مقتضای استصحاب اینستکه هیچکدام از متعاطین مالک مالی که بآنها داده شده نمی‌باشند و لازمه آن اینستکه ضامن آن باشند منتهی با استصحاب اینمعنا را تا

قبل از زمان تلف می‌توانیم اثبات کنیم نه بعد از تلف هردو مال یا یکی از آنها لذا استصحاب از اثبات حکم بعد از تلف ساخت است لذا برای استخراج و استعلام حکم معاطات نسبت به بعد از تلف بسراح دو دلیل دیگر می‌رویم و می‌بینیم که مفاد و مضمون ایندو دلیل باهم تنافی دارد زیرا اجماع یا سیره حاکم‌باینکه مالین بعد از تلف بهلک متعاطین درمی‌آیند لذا در مثالیکه سابق زدیم زید مالک کتاب و عمرو مالک عباء می‌شود و اینطور نیست که کتاب وقتی در دست زید تلف شد قیمت‌ش را بعمرو ضامن بوده یا عمرو موظف باشد که قیمت عباء را به زید بدهد.

ولی عموم علی الید ما اخذت حاکم است باینکه هرکدام از زید و عمرو همانطوریکه قبل تلف ضامن کتاب و عباء بودند بعد از تلف نیز اینحکم در عهده ایشان ثابت است پس هردو محاکوم به ضمان میباشند لذا برای رفع این تنافی ناچاریم بین اجماع و عموم مذبور جمع نمائیم، میگوئیم:

مقصود از ضمان علی الید در اینجا ضمان معاوضی است یعنی چون هرکدام از «زید» و «عمرو» مال خود را بدیگری بعنوان معاوضه داده‌اند و اکنون هردو تلف شده‌الزاماً باید بپذیریم که هرکدام از ایندو مال بعنوان عوض مستقر می‌شوند یعنی کتاب که نزد زید تلف شده بعنوان عوض عباء که پیش عمرو تلف گردیده محسوب می‌شود همانطوریکه عباء عوض کتاب بحساب می‌آید در نتیجه کتاب تلف شده ملک و مال زید باید فرض شود و تلف آن از مال او محسوب شود همانطوریکه تلف عباء را باید در ملک عمرو بدانیم و این همان مفاد و مضمون اجماع بوده و بدینترتیب تناف از بین برداشته می‌شود، بنابراین اجماع مذبور بضمیمه عموم علی الیدمنزله روایتی است که دلالت دارد بر اینکه تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع و مالک محسوب می‌شود زیرا همانطوریکه اگر شخصی متاعی را بدیگری فروخت و قبل از آنکه مبیع را بمشتری تحويل دهد تلف شود می‌گوئیم بمقتضای تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه مبیع از مال بایع محسوب می‌شود و برای تحریر و ثبت آن ملتزم می‌شویم در آخر ازمنه امکان یعنی یک لحظه قبل از تلف معامله فسخ می‌شود و مبیع بایع برگشته و از ملک وی تلف می‌گردد در اینجا نیز ملتزم می‌شویم که تا یک آن قبل از تلف مالین به ملک مالک قبلی باقی بوده تنها یک آن

پیش از تلف از ملک خارج و بعنوان عوض بدیگری منتقل می‌شود و بدینترتیب تلف هرکدام از مالین از ملک کسیکه آن مال نزد او است بحساب می‌آید و همانطوریکه در بیع باستناد استصحاب اثر عقد مالکیت مشتری نسبت بهمیع تا آخرین لحظات قبل از تلف باقی است تنها یک لحظه پیش از تلف عقد را منفسخ دانسته و مبیع را بهملک بایع مرجع می‌دانیم عیناً در معاطات باستناد اصالة عدم حدوث الملكیة تا آخرین آنات قبل از تلف مالین را در ملک مالک سابقشان باقی دانسته فقط یک آن قبل از تلف ملتزم می‌شویم معاوضه نفوذ کرده و هرکدام از مالین به ملک کسیکه بر او ید دارد داخل می‌شود و از ملک او تلف می‌شود.

قوله: مملکا للجانبين: مقصود از جانبین، متعاطین می‌باشد.

قوله: كما هو الظاهر: ضمير «هو» به ثبوت كون التلف مملکا للجانبين باجماع او سيره راجع است.

قوله: لأن هذا هو مقتضى الجمع الخ: مشار اليه «هذا» كون كل من المالين مضمونا بعوضه می‌باشد.

قوله: الا في الزمان المتيقن وقوعه فيه: مقصود از زمان متیقн، زمان تلف مالین بوده و ضمير در «وقوعه» به ملک و در «فیه» به زمان متیقن راجع است.

قوله: توضیحه: ضمير مجروری به جمع بین هذا الاجماع و عموم علی الید الخ راجع است.

قوله: من ان يقدر في آخر ازمنة امكان تقديره: ضمير نائب فاعلی در «يقدر» به كون التلف من مال ذی الید راجع بوده و ضمير در «تقديره» به تلف برمی‌گردد.

متن:

و أما ما ذكر من صورة غصب المأمور بالمعاطاة فالظاهر على القول بالإباحة: أن لكل منها، المطالبة مادام، باقيا.

و اذا تلف فظاهر اطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المخصوص منه.

نعم لو قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

ترجمه:

جواب از اشکال دیگر مرحوم کاشف الغطاء

دیگر از اشکالات مرحوم کاشف الغطاء به رأی مشهور این بود که لازمه فرموده ایشان اینستکه اگر مال مأخوذه از طریق معاطات را غاصبی غصب نمود در اینکه چه کسی بغاصب رجوع نماید دو احتمال می‌باشد.

الف: آنکه شخص مأخوذه منه یعنی کسیکه مال را غاصب از وی گرفته است باو مراجعه نماید زیرا او ب مجرد غصب یا تلف شدن مال در دست غاصب مالک می‌گردید، قهرا حق رجوع با او می‌باشد.

ب: آنکه وی نمی‌تواند رجوع کند زیرا نه بواسطه غصب و نه تلف در دست غاصب مال بملک وی درمی‌آید.

احتمال اول بسیار غریب و بعيد است چنانچه احتمال دوم نیز جدا از واقع به دور می‌باشد و این خود از موهنات و اشکالاتی است که بفرموده مشهور متوجه است.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

این اشکال مرحوم کاشف الغطاء به مشهور نیز وارد نمی‌باشد زیرا بنابر رأی مشهور که می‌فرمایند معاطات مفید اباhe است هریک از متعاطین می‌توانند تا مادامی که مال در دست غاصب باقی است بوی رجوع کرده و آنرا از وی مطالبه کنند و وقتی تلف شد لازمه اطلاق کلام حضرات که می‌فرمایند متعاطین بواسطه تلف مالک می‌شوند اینستکه صرفاً مغضوب منه حق مطالبه مال از غاصب را دارد.

بلی، اگر اجماع قائم شود بر اینکه بواسطه تلف احد العینین قملک حاصل نمی‌شود البته تلف آن از مال مالک محسوب شده و تنها بوی ضرر وارد می‌شود مشروط باینکه عوض آن قبل تلف نشده باشد.

شرح مطلوب

قوله: ان لكل منهما: يعني من المتعاطين.

قوله: مدام باقيا: يعني مدام املاك باقيا في يد الغاصب.

قوله: ظاهر اطلاقهم: يعني اطلاق المشهور.

قوله: لو قام اجماع: يعني اجماع بر عدم قملک بواسطه تلف احد العینین.

قوله: من مال المالك: يعني املاك المعطى.

قوله: لو لم يتلف عوضه قبله: ضمائر مجروري به تالف راجعند.

متن:

و أما ما ذكره من حكم النماء ظاهر المحكي عن بعض أن القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ، بل حكمه حكم اصلة.
و يحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الاباحة.

ترجمه:

جواب از اشکال دیگر مرحوم کاشف الغطاء

دیگر از اشکالات مرحوم کاشف الغطاء به رأی مشهور این بود که بنابر گفته این حضرات نمائی که قبل از تصرف حادث می‌شود اگر حدوثش را مملک خود قرار داده نه عین بعيد می‌باشد چنانچه اگر حدوث مذبور را مملک نماء و عین هردو قرار دهیم آن نیز بعيد و غریب از واقع می‌باشد.

در جواب می‌گوئیم:

ظاهر کلامی که از بعضی حکایت شده اینستکه قائلین به اباحه معتقد نیستند نماء به آخذ منتقل می‌شود بلکه حکم آن همچون اصل یعنی عین می‌باشد لذا همانطوریکه عین بملک آخذ درنیامده و صرفاً تصرف در آن مباح می‌باشد نماء نیز چنین است.

و محتمل است بگوئیم:

بمجرد حصول اباحه نسبت به عین نماء در ملك مباح له داخل می‌شود زیرا مقصود از اباحه عین جواز انتفاع و دخول منافع آن در ملك مباح له می‌باشد.

شرح مطلوب

قوله: بل حکمه حکم اصله: ضمائر مجروری به نماء راجع می‌باشند.

قوله: ان یحدث النماء فی ملکه: ضمیر در «ملکه» به مباح له راجع است.

متق:

ثم إنك بـلاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلص من سائر ما ذكره مع أنه رحمة الله لم يذكرها للاعتماد.

والإنصاف أنها استبعادات في محلها.

و بالجملة فالخروج عن أصله عدم المملك.

المعتضدة، بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثاني، وبالاتفاق، المدعى في الغنية، والقواعد هنا، وفي المسالك في مسألة توقف الهبة على الإيجاب والقبول. مشكل.

و رفع اليد عن عموم أدلة البيع والهبة، و نحوهما، المعتضد، بالسيرة القطعية المستمرة، و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني، بناء على تأويله لكلمات القائلين بالاباحة اشك.

فالقول الثاني لا يخلو عن قوة.

ترجمه:

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

از آنچه در جواب اشکالات مذکور بیان داشتیم شما خود قادر می‌شوید که از سایر انتقادات و اشکالات وارد در این مقام رهائی پیدا کنید.

و از این گذشته باید توجه داشت که مرحوم کاشف الغطاء اشکالات مذکور را بعنوان اعتماد و تکیه نمودن بأنها ذکر نکرده بلکه آوردن آنها از قبیل استبعادی است که در محلشان واقعند.

خلاصه کلام آنکه کلام مشهور با اصله عدم المملك که با شهرت محقق و حاصل تا زمان مرحوم محقق ثانی و با اتفاقی که در کتاب غنیه و قواعد در اینمسئله و در کتاب مسالک در ذیل مسئله توقف داشتن هبه بر ایجاب و قبول ادعا شده موافق بوده لا جرم خروج از این اصل و قائل شدن بحصول ملك بواسطه معاطات امر مشکلی بنظر می‌رسد ولی از طرف دیگر عموم ادله بيع و هبه و امثال ایندو که با سیره قطعیه و مستمر بین اهل شرع و با ادعای اجتماعی که قبلًا از مرحوم محقق ثانی نقل شد (بنابر تأویلی که ایشان در کلمات مشهور قائل شده و فرموده‌اند مقصود قائلین باباحه ملکیت متزلزله می‌باشد) تأیید می‌شوند مقتضی است بگوئیم معاطات

مفید ملك است از اینرو رفع يد از این عمومات بمراتب مشکلتر از خروج از اصل سابق الذکر می‌باشد لذا باید بگوئیم:

قول دوم (معاطات مفید ملک است نه اباوه) خالی از قوت نیست.

شرح مطلوب

قوله: من سائر ما ذكره: ضمير فاعلی در «ذکره» به کاشف الغطاء راجع است.

قوله: مع انه (ره) لم يذكرها: ضمير در «انه» به کاشف الغطاء و ضمير مفعولی در «لم يذكرها» به اشکالات مذکور راجع است.

قوله: و الانصاف انها استبعادات في محلها: ضمير در «انها» به اشکالات و در «محلها» به استبعادات عود می‌کند.

قوله: في الغنية و القواعد هنا: مشار اليه «هنا» بیع معاطات می‌باشد.

قوله: على تأويله: ضمير مجروري به «محقق ثانی» راجع است.

متن:

و عليه فهل هي لازمة ابتداء مطلقا كما حكي عن ظاهر المفید، أو بشرط كون الدال على التراضي لفظا كما حکی عن بعض معاصری الشهید الثاني و قواه جماعة من متأخری المحدثین.

أو هي غير لازمة مطلقا فيجوز لكل منها الرجوع في ماله كما عليه اكثر القائلين بملكه، بل كلهم عدا من عرفت: وجوه أوفقها بالقواعد هو الاول، بناء على اصالة اللزوم في الملك.

و للشك في زواله بمجرد رجوع مالكه الاصلی و دعوى أن الثابت هو الملك المشترک بين المترزل و المستقر و المفروض انتفاء الفرد الاول بعد الرجوع، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الامر فلا ينفع الاستصحاب.

بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقة المالك الاول: مدفوعة مضافا الى امكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترک في الاستصحاب فتأمل: بأن إنقسام الملك الى المترزل و المستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الاصلی و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة

السبب امملك لا اختلاف حقيقة الملك.

فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب، لامن الخصوصيات المأخوذة في المسبب.

ترجمه:

احتمالات در معاطات بنابر قول قائلین بملك

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

بنابر قول دوم (قول قائلین بملك) آیا ملکیت از ابتداء لازم است چه دال بر تراضی لفظ بوده و چه غیر لفظ باشد چنانچه این رأی از ظاهر کلام مرحوم مفید حکایت شده، یا لزوم ملکیت از ابتداء مشروط است باینکه دال بر تراضی لفظ باشد کما اینکه از برخی معاصرین مرحوم شهید ثانی نقل گردیده و جماعتی از متأخرین محدثین آنرا تقویت نموده‌اند.

یا مطلقا ملکیت لازم نیست لذا هرگدام از متعاطین می‌توانند در مال خود رجوع کرده و آنرا از طرف مقابل مطالبه نمایند و این رأی مختار اکثر قائلین بملك بلکه تمام ایشان غیر از کسانیکه قبلًا معرف شدند می‌باشد؟

باید بگوئیم در آن چند وجه می‌باشد، اوفق این وجه بقواعد قول اول می‌باشد و این رأی مبتنی است بر اینکه اصل در ملك لزوم می‌باشد.

مضافاً باینکه وقتی مالک قبلی در مالش رجوع نمود و آنرا از طرف مقابله کرد شک می‌کنیم که بمجرد رجوع مالک اصلی ملکیت حاصل شده زائل گشته یا همچنان باقی است مقتضای استصحاب و اصل آنستکه ملکیت بعد از رجوع باقیست.

ادعاء و تضعیف آن

اگر ادعاء شود که آنچه بعد از وقوع معاطات در خارج تحقق می‌یابد ملکیت بوده و آن مشترک است بین ملکیت متزلزل و مستقر.

بحسب فرض بعد از رجوع فرد اول منتظر است و اما فرد دوم از ابتداء حدوث مشکوک می‌باشد پس استصحاب ملکیت که مردد است بین فرد مقطوع الزوال و مشکوک الحدوث نافع نمی‌باشد بلکه می‌توان گفت:

در مقام بحث می‌باید بقاء علقه مالک اول بملکش را استصحاب نمود.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

این ادعاء مدفوع است:

اولاً: در جواز استصحاب و صحت آن مجرد تحقق قدر مشترک کافی است اگرچه مردد باشد بین فرد مقطوع الزوال و فرد مشکوک الحدوث.

ثانیاً: انقسام ملك به متزلزل و مستقر باین لحاظ نیست که ایندو در حقیقت و ماهیت باهم اختلاف دارند بلکه اختلافشان باعتبار حکم شارع مقدس می‌باشد چه آنکه شارع در برخی از مقامات بعد از رجوع مالک اصلی حکم به زوال ملك نموده همچون در باب هبه لهذا از ملکیت حاصله در آن به ملکیت متزلزل نام می‌بریم و در پاره‌ای از موارد رجوع مالک اصلی را شارع مقدس سبب زوال ملك قرار نداده مانند ملکیت حاصله در بیع لهذا از آن به ملکیت مستقر یاد می‌نمائیم و حاصل آنکه منشاء اختلاف این دو قسم از ملك اختلافی است که بین اسباب مملکه می‌باشد نه آنکه حقیقت و ماهیت ملك در آندو باهم مختلف و متفاوت می‌باشد بنابراین جواز رجوع و عدم آن از احکام شرعیه سبب مملک بوده نه از خصوصیات و امتیازات موجود در مسبب یعنی ملك.

شرح مطلوب

حاصل فرموده مرحوم مصنف در این عبارات شرح دو نکته می‌باشد:

۱- احتمالاتیکه بنابر قول قائلین بملك در معاطات وجود دارد.

۲- اشکال و دفع آن.

اما شرح نکته اول:

بنابر رأی قائلین بملك سه احتمال وجود دارد:

۱- محتمل است معاطات از بد و وقوع مطلقاً مفید ملك لازمه باشد اعم از آنکه دال بر تراضی لفظ بوده یا نفس اعطاء و فعل باشد.

این معنا اگرچه بصورت احتمال نقل شده ولی فرموده‌اند علی الظاهر مرحوم مفید بآن قائل بوده‌اند.

۲- احتمال دارد معاطات از بد و وقوع مفید ملك لازمه بوده ولی مشروط باینکه دال بر تراضی لفظ باشد.

این احتمال بصورت رأی و قول از برخی معاصرین شهید ثانی علیه الرحمه نقل شده و جماعتی از متأخرین از محدثین نیز آنرا تقویت نموده‌اند.

۳- احتمالاً معاطات مفید ملك لازم نبوده بلکه مطلقاً اثر آن ملکیت جایزه است و نتیجه آن اینستکه هریک از متعاطین می‌توانند در مال خود رجوع کرده و آنرا از طرف مقابل مطالبه کنند و اکثر قائلین پهلوک بلکه مقام ایشان باین رأی قائل می‌باشد و طبق فرموده مرحوم مصنف قول اول یعنی رأی مرحوم مفید اوفق با قواعد فقهی بوده و دلیل بر این گفتار دو امر می‌باشد:

الف: اصل در هرملکی لزوم است حال اگر بناءً گذارдیم بر اینکه معاطات مفید ملك می‌باشد طبق اصل مذبور باید ملتزم باشیم ملکیت حاصله از معاطات لازم است.

ب: فرض اینستکه معاطات بمجرد وقوع مفید ملکیت می‌باشد حال پس از حصول آن اگر احد المتعاطین در اعطاء خود رجوع نمود و مالش را از طرف مقابل طلب کرد و ما شک نمودیم که ملکیت بمحض رجوع زائل شده لا جرم شخص مورد رجوع باید مال در دستش را به رجوع کننده بدهد، در اینجا می‌توان باستصحاب بقاء ملکیت اثبات کنیم رجوع باعث زوال ملکیت نمی‌باشد در نتیجه ثابت می‌شود که معاطات مفید ملکیت لازمه می‌باشد.

و اما شرح نکته دوم:

ممکنست در مقام اشکال باستصحاب مذبور گفته شود:

این استصحاب از قبیل استصحاب کلی قسم سوم است و آن همانطوریکه در اصول مقرر گردیده عبارتست از اینکه شک در بقاء کلی ناشی باشد از اینکه بعد از زوال و معادوم شدن فرد سابقی که کلی در آن تحقق داشت آیا فرد دیگری موجود شد که کلی در ضمنش یافت شود یا چنین فردی در خارج تحقق پیدا نکرد قهراً کلی نیز معادوم گردید.

و تقریر این معنا که استصحاب مذبور از این قبیل است چنین می‌باشد:

بعد از وقوع معاطات ملك بنحو کلی و قدر مشترک بین ملکیت متزلزل و مستقر وجود پیدا کرد و پس از رجوع فرد اول قطعاً زائل و معادوم گردید و فرد دوم یعنی ملکیت مستقر نیز مشکوک الحدوث بوده لا جرم مجالی برای استصحاب کلی ملك وجود ندارد فلذاً حضرات در اصول فرموده‌اند استصحاب کلی قسم سوم جاری نمی‌گردد و اساساً در مورد بحث باید بگوئیم:

نه تنها استصحاب بقاء ملکیت جاری نبوده بلکه باید بقاء علقه مالک اول به ملکش را استصحاب نمود با این تقریر که قبل این وی و مالش علقه ملکیت بود نمی‌دانیم با وقوع معاطات این علقه بالکلیه سلب گردید یا رأساً از بین نرفت در نتیجه مالک با رجوعش می‌تواند مال را دوباره بخودش برگرداند.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

این اشکال و انتقاد ضعیف است و وجه ضعفش دو امر می‌باشد:

اول آنکه در باب استصحاب تحقق قدر مشترک کافی است و استصحاب آن کارگشا بوده اگرچه مرد بآشید بین تحقیقش در ضمن فرد قطعی الزوال و فرد مشکوک الحدوث.

دوم آنکه تقسیم ملك به ملك متزلزل و مستقر صحیح نیست زیرا بین افراد باید قسیمیت و امتیاز باشد در حالیکه واضح و روشن است ملکیت متزلزل و مستقر هیچ اختلافی در حقیقت و ماهیت باهم ندارند و اساساً دوتا نبوده بلکه یک قسم ملکیت بیشتر وجود ندارد و تعبیر به متزلزل و مستقر نه باعتبار امتیاز ماهوی و حقیقی ایندو از یکدیگر باشد بلکه منشاء آن حکم شارع می‌باشد زیرا در برخی موارد شارع مقدس حکم فرموده که وقتی مالک اصلی رجوع نمود و از طرف مقابلش مطالبه ملکش را کرد وی ملتزم است آنرا باو تحويل دهد همچون در باب هبه و امثال آن از عقود جائزه و در پاره‌ای از موارد دیگر اینطور نبوده و رجوع مالک اصلی اثربار ندارد همچون در باب بیع و اشیاء آن از عقود لازمه لذا حضرات در مورد اول از تعبیر شارع به جواز رجوع انتزاع ملکیت متزلزله نموده و در مورد دوم ملکیت مستقره

موسوم کرده‌اند پس در واقع منشاء تزلزل و استقرار اختلاف حقائق اسباب مملکه با هم بوده نه آنکه مسببات آنها باهم تفاوت ماهوی داشته باشند و بعبارت دیگر:

جواز رجوع و عدم آن از احکام شرعیه اسباب بوده نه اینکه از خصوصیات مأخوذه در مسببات محسوب شوند.
قوله: و عليه: يعني و على القول بالملك.

قوله: فهل هي لازمة: ضمير «هي» به ملكیت راجع است.
قوله: ابتداء: يعني از ابتداء وقوع معاطات نه بعد از تلف شدن عینین او احديهما.

قوله: مطلقا: چه دال بر تراضی لفظ بوده و چه غير لفظ باشد.
قوله: و قواه جماعة: ضمير منصوبی در «قواه» به احتمال دوم راجع است.

قوله: فيجوز لكل منها: يعني لكل من المتعاطفين.

قوله: كما عليه أكثر القائلين: ضمير در «عليه» به عدم لزوم مطلقا راجع است.
قوله: عدا من عرفت: مقصود مرحوم محقق ثانی می‌باشد.

قوله: اوفقها بالقواعد هو الاول: مقصود از «اول» رأى مرحوم مفید می‌باشد.
قوله: في زواله: يعني في زوال الملك.

قوله: فتأمل: شاید اشاره باشد باینکه قدر مشترک همان کلی طبیعی است و بدون تردید کلی غیر از وجود افراد، وجود دیگری ندارد و وقتی فرض کردیم فردی که کلی در ضمن آنست مردد بین متینن الارتفاع و مشکوک الحدوث می‌باشد دیگر نمی‌توان تحقیق قدر مشترک را در استصحاب کافی دانست.

قوله: ليس باعتبار اختلاف في حقيقته: يعني حقيقة ملك.

قوله: و انما هو باعتبار الخ: ضمير «هو» به انقسام ملك راجع است.

متن:

و يدل عليه مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك، أو من لوازم السبب المملك، و مع أن المحسوس بالوجودان ان انشاء الملك في الهبة الازمة، و غيرها على نهج واحد: أن اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإذاً أن يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين يجعل الملك، أو بحكم الشارع.

فإن كان الأول كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب قصد: الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده و هو بدائي البطلان، اذ لا تأثير لقصد الملك في الرجوع و عدمه.

و ان كان الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشيء و هو باطل في العقود، لما تقدم: من أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصود و ان امكن القول بالخلاف هنا في مسألة المعاطاة بناء على ما ذكرنا سابقا، انتصارا للقائل بعدم الملك: من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطفين.

لكن الكلام في قاعدة اللزوم في الملك تشمل العقود ايضا.

ترجمه:

استدلال مرحوم مصنف بر ناشی بودن اختلاف بین ملكیت جائزه و مستقره از اختلاف بین اسباب مملکه

مرحوم مصنف میفرمایند:

دلیل ما بر اینکه اسباب مملکه باهم اختلاف داشته نه آنکه مسبب آنها یعنی ملکیت جائزه و مستقره در حقیقت و ماهیت باهم مختلف باشند اینستکه:

در اجراء استصحاب بقاء ملك همین مقدار کافیست که ندانیم لزوم از خصوصیات ملك بوده یا از لوازم سبب مملک میباشد لذا با شک در اینمعنا میتوان اصل ملك را بعد از رجوع استصحاب کرد و اثبات نمود که پس از رجوع مالک اصلی ملکیت معطی له زائل نشده و همچنان باقیست.

و نیز آنچه بالحس و العیان مشاهده میشود آنستکه انشاء ملك در هبه لازمه و غير لازمه بیک نحو صورت گرفته و باهم تفاوت ندارند.

از این گذشته لزوم و جواز اگر از خصوصیات ملك باشند از دو حال خارج نیست:

یا تخصیص قدر مشترک یعنی اصل ملکیت بیکی از دو خصوصیت بواسطه جعل مالک بوده و یا بحکم شارع میباشد.

پس اگر بجعل مالک باشد میباید بین اقسام تملیکی که بحسب قصد رجوع و قصد عدم رجوع و یا اساسا بدون قصد بودن باهم اختلاف دارند تفصیل داد و برای هریک حکم علیحدهای قائل شد در حالیکه اینمعنا بطلانش بدیهی است زیرا قصد مالک در رجوع و عدم آن تأثیری در حکم شرعی ندارد.

و اگر بحکم شارع باشد لازمه آن اینستکه شارع مقدس عقد را بر خلاف مقصود منشئ عقد امضاء فرموده باشد و این امر در عقود باطل است زیرا قبل از گفتیم عقود صحیح از نظر شارع تابع قصود میباشند اگرچه البته در معاطات امکان تخلف عقد از قصد وجود دارد چنانچه قبل از مقام تأیید و انتصار رأی مشهور که بعدم ملکیت در معاطات قائلند گفتیم:

قبول نداریم که معاملات فعلیه بر طبق قصود متعاملین حتما امضاء شوند بلکه ممکنست در مثل معاطات اگرچه متعاطین قصدشان تملیک باشد شارع نتیجه معاطات را اباخه تصرف بداند.

ولی بهرسورت قاعده لزوم در ملك (اصالة اللزوم) تعمیم داشته و عقود را که از جمله آنها معاطات است شامل میشود.

شرح مطلوب

حاصل فرموده مرحوم مصنف در عبارات مذکور شرح یک نکته بوده و آن اینستکه:

گفته شد بین ملکیت جائزه و مستقره ذاتا و حقیقتا اختلاف وجود ندارد و تفاوت و اختلاف که بین آنها بنظر میآید ناشی از اختلاف اسباب مملکه میباشد مثلا بین ملکیت جائزهای که نتیجه هبه جائزه است و ملکیت مستقره که در هبه لازم میباشد ابدا فرقی نیست بلکه عقد در این دو هبه باهم متفاوت میباشد و تفاوت آنها بخلاف حکم شارع است باینکه در اول رجوع واهب در هبه جائز بوده بخلاف دوم که واهب چنین حقی ندارد و دلیل بر این گفتار سه امر میباشد:

الف: در معاطات پس از رجوع هریک از متعاطین اگر شک در زوال و عدم زوال ملك نمائیم همین همین مقدار کاف است که بتوانیم با استصحاب بقاء ملك ثابت

کنیم با رجوع ملکیت حاصل شده از بین نمیرود پس جواز و لزوم چه از خصوصیات ملك بوده و چه از لوازم سبب مملک چون برای ما هیچیک محرز و معلوم نیست و در آن شک داریم استصحاب بقاء ملك جاری میباشد و بدین ترتیب معطی له موظف نیست مال را به معطی که باآن رجوع کرده تسلیم کند.

ب: بالحس و العيان می بینیم انشاء ملك در هبه لازمه و غير لازمه باهم متحد بوده و بینشان کوچکترین فرقی نیست پس لزوم و جواز از خصوصیات ملك نبوده بلکه از لوازم سبب مملك یعنی عقد می باشد.

ج: اگر بنا باشد لزوم و جواز از خصوصیات ملك بوده نه سبب مملك امر از دو حال خارج نیست:

۱- آنکه تخصیص دادن ملك به لزوم جواز بجعل و انشاء مالك باشد.

۲- آنکه این تخصیص بواسطه حکم شارع صورت گرفته باشد.

باید بگوئیم بهیچیک نمی توان ملتزم شد.

اما اگر تخصیص مزبور بواسطه جعل و انشاء مالك باشد اقسام تملیک باعتبار قصد مالك سه تا می باشد.

الف: آنکه قصد وی رجوع در تملیکش باشد.

ب: آنکه قصدش عدم رجوع در آن باشد.

ج: آنکه نه قصد رجوع کده و نه عدم رجوع را قصد نموده است بلکه بلا قصد انشاء تملیک کرده. و لازمه اینفرض آنستکه بین این سه قسم تفصیل باید داد و در حکم شرعی بینشان تفاوت قائل شد در حالیکه بطلان و فساد آن بسی واضح و روشن است زیرا قصد مالك در رجوع و عدم آن کوچکترین تأثیری نداشته و موجب تغییر حکم شرعی نمی باشد.

و اما اگر تخصیص بواسطه حکم شارع صورت گرفته باشد یعنی با اینکه قصد متعاطین تملیک است شارع به اباوه و جواز تصرف حکم فرموده، باید بگوئیم:

در اینفرض لازم می آید که شارع مقدس بر خلاف قصد منشی عقد، عقد را امضاء کرده باشد و این معنا در عقود باطل و غير قابل التزام می باشد چه آنکه قبل اگتفتیم عقود صحیح نزد شارع عقودی هستند که تابع قصود واقع شده باشند.

قوله: و يدل عليه: ضمير در «عليه» به ناشی بودن اختلاف بين ملكیت جائزه و مستقره از اختلاف بين اسباب مملکه راجع است.

قوله: مع انه يكفى الخ: ضمير در «انه» بمعنای شأن می باشد.

قوله: ان اللزوم و الجواز: کلمه «ان» بفتح همزه بودن و آن با اسم و خبرش فاعل است برای «يدل».

قوله: تخصیص القدر المشترک: مقصود از «قدر مشترک» اصل ملك می باشد.

قوله: باحدی الخصوصیتین: مقصود جواز و استقرار می باشد.

قوله: فان كان الاول: يعني تخصیص به جعل و انشاء مالك باشد.

قوله: و قصد عدمه: يعني عدم الرجوع.

قوله: عدم قصده: ضمير در «قصده» به كل واحد من الرجوع و عدم الرجوع راجع است.

قوله: و هو بدیهی البطلان: ضمير «هو» به لزوم تفصیل بين اقسام التملیک راجع است.

قوله: و ان كان الثاني: يعني تخصیص به حکم شارع صورت گرفته باشد.

قوله: و هو باطل: ضمير «هو» به لزوم امضاء الشارع الخ راجع است.

متن:

و بالجملة فلا اشكال في أصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا.

و كذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم، أو الجائز. كالصلاح من دون عوض، و الهبة.

نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

و يدل على اللزوم مضافا الى ما ذكر عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: الناس مسلطون على أموالهم، فان مقتضى السلطة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطة المطلقة.

فاندفع ما ربما يتوهّم: من أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه، و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الاصلي.

و لما ذكرنا تمسك المحقق رحمة الله في الشريعة على لزوم القرض بعد القبض بأن
فائدة الملك السلطنة.

و نحوه العلامة في موضع آخر.

و منه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: لا يحل مال إمرء إلا عن طيب نفسه، حيث دل على انحصر سبب حل مال الغير او جزء سببه في رضا المالك فلا يحل بغير رضاه.

و توهم تعلق الحل بمال الغير، و كونه مال الغير بعد الرجوع اول الكلام مدفوع بما تقدم أن تعلق الحل بمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك ايضا فلا يحل التصرف فيه، و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك.

ترجمه:

ذكر ادله لزوم

سپس مرحوم مصنف میفرمایند:

و خلاصه کلام آنکه در هر عقدی که در لزوم و جوازش از نظر شرع شک کنیم بدون اشکال میتوان به اصاله اللزوم متمسك شد.
و همچنین اگر عقدی در خارج واقع شد و ما در لزوم و جوازش شک نمائیم همچون صلح بدون عوض یا هبه جای تردید نیست که میتوان باصاله اللزوم حکم به لزومش نمود.

بلی، اگر بین متعاقدين در لزوم و جواز عقد اختلاف واقع شد محتمل است بگوئیم اجمالا هردو باید بر نفی ادعای دیگری قسم بخورند و بدین ترتیب عقد کان میکن میگردد.

سپس مرحوم مصنف میفرمایند:

علاوه بر دلیلی که ذکر شد دیگر از ادله بر لزوم عموم فرموده حضرت نبی صلی الله علیه و آله و سلم است که میفرمایند:
الناس مسلطون على اموالهم.

(مردم بر اموال خود تسلط داشته و مختار میباشند).

تقریر استدلال بحدیث نبی صلی الله علیه و آله

تقریر استدلال باین حدیث شریف بر اثبات لزوم معاطات اینستکه بگوئیم:

در این حدیث حضرت حکم فرموده اند باینکه مالکین بر اموال و املاک خود مسلط هستند، بدیهی است مقتضای سلطنت آنستکه مال بدون اختیار صاحبش از ملکیت وی نباید خارج شود، بنابراین در معاطات اگر جائز باشد که مالک پیش بدون رضایت مالک جدید به اش رجوع نموده و آنرا بتواند از وی قهرا بگیرد اینمعنا با سلطنت مطلقه مالک جدید منافات دارد.

توهם و دفع آن

ممکنست در این مقام چنین توهمندی بشود:

نهایت دلالت روایت مذبور اینستکه شخص بر ملک خویش سلطنت دارد اما اینکه پس از رجوع مالک اصلی باز این سلطنت بقوت خود باقی باشد اینمعنا را قبول نداریم، بنابراین اشکالی ندارد که با رجوع مالک پیش سلطنت و ملکیت مالک جدید زائل شود از اینرو باید اعتراف کنیم که جواز تملک مالک اصلی بواسطه رجوع هیچ تنافی با روایت ندارد.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

با توجه به آنچه گفتیم این توهمندی دفع می‌گردد.

مؤلف گوید:

وجه دفع مذبور اینستکه مقتضای سلطنت مالک جدید بر مال اینستکه بدون رضایت و اختیارش احده نتواند مال را از دست وی خارج کند و پر واضح است که اینمعنا با جواز رجوع مالک پیش منافات کلی دارد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

مرحوم محقق در کتاب شرایع اعتماداً با آنچه ما گفته و در اینجا ذکر کردیم بر لزوم قرض بعد از قبض اینطور استدلال فرموده. فائدہ ملک سلطنت است بنابراین قرض گیرنده پس از دریافت مال القرض مالک آن شده و بدین ترتیب نسبت با آن برایش سلطنت پیدا می‌شود.

و نظیر همین بیان و تقریر را نیز مرحوم علامه در جای دیگر ایراد فرموده‌اند.

پس از آن مرحوم مصنف می‌فرمایند:

از توضیح و شرحی که در ذیل حدیث نبوی صلی الله علیه و آله و سلم ایراد نمودیم وجه جواز تمسک بفرموده معصوم علیه السلام جهت اثبات لزوم معاطات ظاهر می‌گردد، فرموده امام علیه السلام اینست:

لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه

(مال کسی بر احده حلال نیست مگر آنکه مالک طیب نفس و رضایت باطنی داشته باشد).

تقریر استدلال

تقریر استدلال باین حدیث آنستکه بگوئیم:

از فرموده امام علیه السلام در این حدیث استفاده می‌شود که رضایت مالک یا سبب و علت تام برای حیلت مال غیر بوده و یا جزء سبب می‌باشد بنابراین بدون رضایت مالک مال بر احده حلال نیست از اینرو مالک پیش اگر در معاطات رجوع کند و بخواهد مال را از مالک جدید بدون رضایتش بگیرد و تصاحب کند این عمل حلال نبوده و مشروع نمی‌باشد.

توهمندی دفع آن

اگر در مقام توهمندی گفته شود:

این حدیث عدم حلیت را معلق به مال غیر نموده یعنی فرموده مال غیر را حلال نیست دیگری تصاحب کند و پرواضح است که این معنا مورد تسامم و قبول همه می‌باشد و باید بگوئیم این موضوع مورد اختلاف نبوده و آنچه محل کلام می‌باشد اینستکه در معاطات وقتی مالک پیش در مالش رجوع نمود آیا بعد از تحقق رجوع مال، مال غیر است یا مال خودش محسوب می‌شود، پس اطلاق مال غیر بآن اول

کلام بوده و بدین ترتیب استدلال بحث مذبور جهت اثبات مدعی صحیح نمی‌باشد.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

این توهمند مدفوع است و دافع آن همان بیان و تقریری است که در ذیل حدیث نبوی صلی الله علیه و آله و سلم ایراد نمودیم یعنی می‌گوئیم:

مقتضای مال بودن شیء برای کسی اینستکه بدون رضایت و طیب خاطرش دیگری نتواند آنرا از وی بستاند از اینزو رجوع مالک پیش بدون خشنودی مالک جدید کوچکترین اثری نمی‌تواند داشته باشد پس اینکه بگوئیم با رجوع وی مال، تعلق به مالک پیش پیدا کرده و از آن مالک جدید بودنش اول کلام است، حرف صحیح نمی‌باشد و قبل اگفتیم در حدیث مذبور عدم حلیت که بمال تعلق گرفته عام می‌باشد و عمومش هرگونه تصرفی را شامل شده از جمله تملک را نیز در بر می‌گیرد بنابراین مالک اصلی حق ندارد بواسطه رجوعش مال متعلق به مالک جدید را تملک نموده و در آن تصرف کند مگر آنکه مالک فعلی طیب نفس و رضایت باطنی داشته باشد.

شرح مطلوب

قوله: ف کل عقد شک ف لزومه الخ: این عبارت راجع به اینستکه اگر در حکم هر عقدی شک نمائیم که آیا لازم بوده یا جائز می‌باشد اصالة اللزوم مقتضی لزوم آن می‌باشد بنابراین مقصود مرحوم مصنف اینستکه در شباهات حکمیه به اصل مذبور مسک می‌نمائیم.

قوله: و کذا لو شک ف ان الواقع الخ: این عبارت اشاره است باینکه در شباهات موضوعیه نیز باصل یاد شده تمسک می‌نمائیم.

قوله: نعم لو تداعیا الخ: مثلاً زید و عمرو باهم عقدی واقع ساخته و سپس در لزوم و جوازش باهم اختلاف کردند یعنی یکی مدعی لزوم و منکر جواز آن بوده و دیگری مدعی جواز و منکر آن می‌باشد حکم اینستکه هردو قسم خورده و پس از آن عقد کأن لم یکن بحساب می‌آید.

قوله: مضافا الى ما ذكر: مقصود از «ما ذكر» اصالة اللزوم می‌باشد.

قوله: عموم قوله صلی الله علیه و آله و سلم الناس الخ: این روایت را مرحوم علیین مقام ملا محمد باقر مجلسی عطر الله مرقده در ج (۲) از کتاب بحار الانوار طبع جدید ص (۲۷۲) نقل فرموده است.

قوله: فجواز تملکه عنه: ضمیر در «تملکه» به مالک اصلی و در «عنه» به مالک جدید راجع است.

قوله: بالرجوع فيه: ضمیر در «فيه» به مال عود می‌کند.

قوله: من دون رضاه: ضمیر مجروري در «رضاه» به مالک جدید راجع است.

قوله: و لا نسلم ملکیته له: ضمیر مجروري در «ملکیته» به ملك و در «له» به شخص راجع است.

قوله: و نحوه العلامة في موضع آخر: ضمیر مجروري در «نحوه» به مرحوم محقق راجع است.

قوله: و منه يظهر جواز التمسك: ضمیر در «منه» به تقریر در ذیل حدیث نبوی صلی الله علیه و آله و سلم راجع است.

قوله: لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه: مرحوم صاحب وسائل روایاتی را باین‌مضمون در باب مکان صلوٰۃ المصلی نقل نموده از جمله حدیثی است که در ج (۳) ص (۴۲۶) باین شرح آورده است:

محمد بن علی بن الحسین باسنادش از زرعه، از سماعه، از مولانا ابی عبد الله علیه السلام در حدیثی فرمودند:

ان رسول الله صلی الله علیه و آلہ و سلم قال: من کانت عنده امانته فلیؤدھا الی من ائتمنه علیها فانه لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله الا بطیبة نفس منه.

قوله: و کونه مال الغیر الخ: ضمیر در «کونه» به مال راجع است.

قوله: بما تقدم: مقصود تقریری است که در ذیل حدیث نبوی صلی الله علیه و آلہ و سلم گذشت.

متن:

و یکن الاستدلال ايضاً بقوله تعالیٰ: و لا تأكلوا اموالکم بینکم بالباطل
إلا أن تكون تجارة عن تراض.

و لا ریب أن الرجوع ليس تجارة ولا عن تراض فلا يجوز أكل المال.

و التوهם المتقدم في السابق غير جار هنا؛ لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره.

و یکن التمسک ايضاً بالجملة المستثنی منها، حيث إن أكل المال و نقله عن مالکه بغير رضا المالک أكل و تصرف بالباطل عرفاً.

نعم بعد اذن المالک الحقيقی و هو الشارع، و حکمه بالسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالک يخرج عن البطلان، ولذا كان أكل امارة من الثمرة الممرور بها اکلا بالباطل و لا اذن المالک الحقيقی.

و كذا الأخذ بالشفعۃ، و الفسخ بالختار، و غير ذلك من النوائق القهرية.

هذا كله مضافاً إلى ما دل على لزوم خصوص البيع مثل قوله عليه السلام: البيعان بالختار ما لم يفترقا.

و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: أوفوا بالعقود، بناء على أن العقد هو مطلق العهد كما في صحیحه عبد الله بن سنان او العهد المشدد كما عن بعض اهل اللغة.

و كيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة.

و كذلك قوله صلی الله علیه و آلہ و سلم: المؤمنون عند شروطهم فإن الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ.

ترجمه:

دنباله ذکر ادله لزوم

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

ممکنست جهت اثبات لزوم معاطات بفرموده حقتعالی:

و لا تأكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض (اموال خود را بین خویش بباطل صرف نکنید مگر آنکه آنها را مورد تجارت ناشی از تراضی قرار دهید) متمسک شد.

تقریب استدلال بایه شریفه

حق تعالی در این آیه شریفه اکل مال بنحو صحیح و مشروع را منحصر در تجارت ناشی از تراضی قرار داده و غیر آنرا منهی و فاسد معرفی فرموده است و بدون شک و تردید رجوع مالک اصیل جهت استداد مال بخود و گرفتنش از مالک جدید نه تجارت بحساب آمده و نه تجارت ناشی از تراضی محسوب می‌شود لذا بر طبق دلالت آیه منهی و فاسد است و وقتی منهی بود اثری بر آن مترب نبوده و معاطات واقع شده بقوت خود باقیست و این همان معنای لزوم می‌باشد.

و باید توجه داشت توهمنی که سابقاً نقل شد و در ذیل استدلال به حدیث نبوی صلی الله علیه و آله و سلم بیان نمودیم در اینجا جاری نمی‌باشد زیرا در آیه شریفه مجوز اکل مال بعنوان ملک آکل منحصر شده است به اینکه اکل مزبور از راه تجارت ناشی از رضایت صورت بگیرد و پر واضح است مالک اصیل بواسطه رجوع می‌خواهد آکل مال باشد و این را نمی‌توان تجارت ناشی از رضایت دانست چه آنکه بسا مالک جدید باین امر راضی نیست فلذًا برای طرح توهمنی مزبور در اینجا موردی نمی‌باشد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و ممکنست جهت اثبات مدعای لزوم معاطات) به جمله مستثنی منه در آیه شریفه قمسک نمائیم چه آنکه در اینحمله از اکل مال بباطل نهی شده‌ایم و بدون شک مالک اصیل اگر با رجوع بخواهد مال را از مالک جدید بدون رضایت وی بخود نقل داده و آنرا تناول نماید عرفاً اکل مال بباطل می‌باشد و بدین ترتیب مشمول نهی واقع می‌شود.

بلی، بعد از آنکه مالک حقیقی یعنی شارع مقدس اذن داده و حکم نمود که مالک اصیل بر فسخ معامله بدون رضایت مالک جدید مسلط است البته رجوع وی و استداد مال بخود از اکل مال بباطل خارج می‌گردد زیرا این اکل باستان اذن شارع می‌باشد چنانچه اکل ماره از ژمره و میوه درختی که در راه می‌باشد در صورت نبودن اذن مالک حقیقی یعنی شارع اکل مال بباطل است و با بودن اذن امری است مشروع و جایز.

و همچنین است اخذ بشفعه و فسخ نمودن عقد بیع بواسطه خیار و غیر اینها از نواقل قهریه دیگر که در تمام اینوارد چون مالک حقیقی یعنی شارع مقدس اذن داده صدق اکل مال بباطل منتفی است. پس از آن مرحوم مصنف می‌فرمایند:

آنچه گفتیم ادله‌ای بود که از عمومشان برای اثبات لزوم معاطات می‌توان استفاده کرد اکنون می‌گوئیم:

مضافاً باین ادله عامه خصوص ادله‌ای دیگر در این باب وارد شده که بالخصوص بر لزوم بیع دلالت دارند مثل فرموده معصوم عليه السلام:

البيان بالخيار ما لم يفترقا.

(بایع و مشتری تا مدامی که از هم متفرق نشده‌اند خیار دارند).

مؤلف گوید:

تقریب استدلال باینحدیث شریف آنستکه بگوئیم:

در اینحدیث جواز بهم زدن عقد بیع منحصر شده به خصوص عدم افتراق متعاقدين بطوری که پس از افتراق با هیچ سببی نمی‌توان عقد واقع شده را بهم زد بنابراین بعد از وقوع بیع معاطاتی و افتراق متعاطین چگونه احد المتعاطین بتواند با رجوع خود معامله را بهم بزند.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

علاوه بر ادله مذکور بسا برخی به عموم فرموده حق تعالی که در ذیل بیان می‌شود قمسک جسته و با آن خواسته‌اند لزوم بیع را اثبات کنند، این آیه عبارتست از:

اوروا بالعقود (بعقود خود وفاء کرده و پای‌بند باشید).

البته استدلال باین آیه مبتنی است بر اینکه عقد عبارت از مطلق عهد باشد چنانچه در صحیحه عبد الله بن سنان وارد شده یا به عهد مشدد و محکم بگویند همانطوریکه از برخی اهل لغت نقل شده.

و به رحصوت اطلاق عقد اختصاص به عقد لفظی نداشته بلکه به عقدی آنرا صحیح است اطلاق نمایند در نتیجه معاطات را نیز شامل می شود.

و همچنین است فرموده رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم:

المؤمنون عند شروطهم (مؤمنین باید به شرطهای خود وفادار باشند).

چه آنکه شرط از نظر لغت مطلق التزام و وابستگی را گویند از اینرو شامل شرطهای بدون لفظ نیز می گردد که از جمله آنها معاطات می باشد.

شرح مطلوب

قوله: و لا تأكلوا اموالكم بينكم الخ: آیه (۱۸۸) از سوره بقره.

قوله: و التوهם المتقدم في السابق الخ: توهمنی که قبل اگذشت این بود که مال بعد از وقوع معاطات بملك مشتری منتقل می شود ولی بعد از آنکه مالک رجوع کرد و مال را بخویش مسترد داشت مال از آن وی شده و دیگر صادق نیست بگوئیم مال غیر می باشد تا تصرف در آن حرام تلقی شود.

قوله: لان حصر مجوز اکل المال الخ: علت است برای عدم جریان توهمنی سابق در اینجا.

قوله: و يكـن التمسـك ايـضاً: يعني تمسـك برـاي اثـبات لـزوم معـاطـات.

قوله: بالجملة المستثنى منها: يعني: لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل.

قوله: ان اکل الـمال و نقلـه عن مالـکـه: منظور اکـل و نـقل مـالـکـ اوـلـ است و مرـاد اـز «ـمالـکـهـ» مـالـکـ جـديـدـ يعنيـ کـسـیـ کـهـ بواسـطـهـ معـاطـاتـ مـالـکـ گـرـدـیدـهـ مـیـ باـشـدـ.

قوله: و حـکـمـهـ بـالـتـسـلـطـ عـلـیـ فـسـخـ المـعـاـمـلـةـ: اـینـ عـبـارتـ نـاظـرـ اـسـتـ بـهـ اـخـرـاجـ عـقـودـ لـازـمـهـاـیـ کـهـ شـرـعاـ بـرـایـ فـسـخـ آـنـ شـارـعـ مـقـدـسـ حقـ خـيـارـ قـرـارـ دـادـ نـظـيرـ بـيـعـ خـيـارـ وـ اـکـلـ الـماـلـ وـ اـخـذـ بـشـفـعـهـ.

قوله: من النـوـاقـلـ الـقـهـرـيـةـ: منظور اـمـرـیـ استـ کـهـ مـوـجـبـ نـقـلـ مـالـ بـودـهـ اـگـرـچـهـ مـالـکـشـ رـاضـیـ نـبـاشـدـ هـمـچـونـ استـفـادـهـ حـاـکـمـ شـرـعـ اـزـ وـلـیـتـشـ جـهـتـ نـقـلـ وـ اـنـتـقـالـ دـادـنـ مـالـ مـالـکـ وـ اـیـقـاعـ آـنـچـهـ مـصـلـحـتـ مـیـ دـانـدـ.

قوله: مثل قوله عليه السلام: البيـانـ بـالـخـيـارـ الخـ: اـینـ روـایـتـ رـاـ مـرـحـومـ صـاحـبـ وـسـائـلـ درـ جـ (۳۴۶) صـ (۱۲) بـاـيـنـ شـرـحـ نـقـلـ فـرـمـودـهـ: محمدـ بنـ يـعقوـبـ، اـزـ مـحـمـدـ بنـ يـحيـيـ، اـزـ اـحـمـدـ بنـ مـحـمـدـ، اـزـ اـبـنـ مـحـبـوبـ، اـزـ جـمـيلـ، اـزـ فـضـيـلـ اـزـ مـولـاناـ اـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ درـ حـدـيـثـيـ قالـ:

قلـتـ لـهـ: ماـ الشـرـطـ فـيـ غـيرـ الـحـيـوانـ؟

قالـ: البيـانـ بـالـخـيـارـ ماـ لـمـ يـفـتـرقـ، فـاـذاـ اـفـتـرقـ فـلاـ خـيـارـ بـعـدـ الرـضاـ مـنـهـماـ.

قوله: وـ قدـ يـسـتـدـلـ اـيـضاـ: يعنيـ يـسـتـدـلـ عـلـیـ لـزـومـ الـمعـاطـةـ اـيـضاـ.

قوله: مـطـلـقـ الـعـهـدـ: اـگـرـچـهـ لـفـظـیـ وـ قـوـلـیـ نـبـودـهـ وـ نـیـزـ وـلـوـ اـزـ يـکـ طـرفـ وـاقـعـ شـدـهـ بـدـونـ وـقـوعـ التـزـامـ اـزـ طـرفـ دـیـگـرـ.

قوله: اوـ العـهـدـ المـشـدـدـ: يعنيـ عـهـدـیـ کـهـ بـینـ دـوـ نـفـرـ بـوـقـوعـ پـیـوـسـتـهـ وـ هـرـدـوـ طـرفـ مـتـعـهـدـ باـشـنـدـ.

قوله: وـ كـذـلـكـ قولـهـ صـلـیـ اللـهـ عـلـیـهـ وـ آـلـهـ وـ سـلـمـ: المؤـمـنـونـ الخـ: اـینـ روـایـتـ رـاـ مـرـحـومـ صـاحـبـ وـسـائـلـ درـ جـ (۱۵) صـ (۳۰) بـاـيـنـ شـرـحـ نـقـلـ کـرـدـهـ استـ:

محمد بن الحسن، از ایوب بن نوح، از صفوان بن یحیی، از منصور بزرگ، از عبد صالح علیه السلام قال: قلت له: ان رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها، فبانت منه فاراد ان يراجعها فابت عليه الا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها و لا يتزوج عليها، فاعطاها ذلك ثم بحاله في التزویج بعد ذلك، فكيف يصنع؟

فقال: بئس ما صنع و ما كان يدریه ما يقع في قلبه بالليل و النهار، قل له:

فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال:

المؤمنون عند شروطهم.

قوله: فيشمل ما كان بغير لفظ: همچون بيع معاطاتي که مورد کلام است.

متن:

و الحاصل أن الحكم باللزوم في مطلق الملك، و في خصوص البيع مما لا ينكر.

إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه صريحا بعض الأساطين في شرحه على القواعد. و تعضده الشهرة المحققة، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخرین، فإن العبارة المحكية عن المفید رحمة الله في المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن الخلاف الاعتراف به فإن المحکی عنه أنه قال: ينعقد البيع على تراضي بين الاثنين فيما يملكان التبایع له اذا عرفا جميما و تراضيا بالبيع، و تقاپضا ايضا، و افترقا بالأبدان. انتهى.

و يقوى ارادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره في اللزوم.

و كأنه لذلك حکی کاشف الرموز عن المفید و الشیخ رحمة الله أنه لا بد في البيع عندهما من لفظ مخصوص.

و قد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعا.

و هو نص في عدم اللزوم.

و لا يقدح كونه ظاهرا في عدم الملكية الذي لا نقول به.

و عن جامع المقاصد يعتبر اللفظ في العقود الالزمة بالاجماع.

نعم قول العلامة رحمة الله في التذكرة: إن الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسألة، و لو كان المخالف شادا لغير بالمشهور.

و كذلك نسبته في المختلف إلى الأكثر.

و في التحرير الأقوى أن المعاطاة غير لازمة.

ترجمه:

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

و حاصل کلام اینکه حکم به لزوم در مطلق ملک و در خصوص بیع امری است غیر قابل انکار لذا بر اساس آن می باید به لزوم معاطات ملتم شویم منتهی مطلبی که هست اینکه على الظاهر در مورد بحث یعنی بیع معاطات اجماع بر عدم لزوم قائم است بلکه برخی از اساطین در شرحی که بر قواعد دارند صریحا این اجماع را ادعاء فرموده و از این گذشته شهرت محقق نیز مؤید و معاضد آن می باشد بلکه باید گفت تا زمان بعضی از متأخر متأخرین قول بلزوم معاطات در بین فقهاء دیده نشده است.

و اگر بگوئی از قدماء مرحوم مفید به لزوم معاطات قائل بوده و با اینوصف چگونه می توان نفی قول بلزوم نمود.

در جواب می‌گوئیم:

عبارتی که از مرحوم مفید حکایت و نقل شده ابدا بر اینقول (قول به لزوم معاطات) دلالت ندارد.

و مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف بآن اعتراف نموده است.

عبارتی که از مرحوم مفید در کتاب مقننه حکایت شده اینست:

بیع در صورتیکه از روی تراضی بین دو نفر واقع شود منعقد می‌گردد یعنی دو نفر چیزی را که مالک تبایع آن هستند مورد نقل و انتقال قرار دهند که در اینفرض اگر هردو بآن شیئ عارف و عالم بوده و از روی رضایت بیع و قبض و اقباض واقع شود و سپس از یکدیگر جدا شوند بیع تحقق می‌یابد.

پایان کلام مرحوم مفید.

مصنف می‌فرمایند:

آنچه بنظر قوی می‌رسد اینکه مفید علیه الرحمه در این عبارت بصدق بیان شروط صحت عقدی است که بین دو نفر واقع شده و نیز شرط لزوم آنرا ذکر فرموده نه اینکه بخواهد متعرض لزوم معاطات شود.

و گویا بخاطر همین احتمال باشد که مرحوم کاشف الرموز از مفید و شیخ طوسی رحمة الله عليهما نقل کرده که ایشان فرموده‌اند: از نظر ایشان شرط است که بیع با لفظ و صیغه مخصوص واقع شود و بدون آن تحقق نمی‌یابد.

و قبل از گذشت که مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه ادعای اجماع نموده بر اینکه معاطات بیع نیست و این کلام صریح و نص است در عدم لزوم معاطات.

سؤال

اگر گفته شود:

ظاهر اینکلام دلالت دارد بر اینکه معاطات اساساً مفید ملک نیست زیرا نفی بیع بودن علی الظاهر معنای نفی ملکیت است و به صورت شما باین معنا قائل نیستید و معاطات را مفید ملک می‌دانید پس چطور با اینکلام جهت نفی لزوم معاطات استناد می‌جوئید.

جواب

اگرچه ما معاطات را مفید ملک دانسته و تنها لزومش را منکر هستیم و عبارت مزبور ظاهرا هم نفی ملکیت نموده و هم سلب لزوم از معاطات ولی اینمعنا مانع نمی‌شود از اینکه جهت نفی لزوم فقط بآن استناد بجوئیم چه آنکه هر دلیلی اگر بر بیش از مقداری که ما بآن معتقد باشیم دلالت داشت مجرد زیادی دلالت و اینکه ما برخی از مدلول آن قائل نیستیم باعث آن نمی‌شود که اصل دلیل از حیز اعتبار ساقط گردد.

و به صورت از مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد نیز منقول است که فرموده‌اند: با جماع فقهاء در عقود لازمه لفظ معتبر است.

معنای این عبارت آنستکه معاطات چون لفظ ندارد پس لازم نیست لذا کلام ایشان نیز از جمله عباراتی است که ظاهرش بر نفی لزوم معاطات دلالت می‌کند.

استدراک

بلى فرموده مرحوم علامه حلى در تذکره دلالت دارد بر اينکه مسئله عدم لزوم معاطات امر اتفاقی و اجتماعی نبوده بلکه حضرات در آن اختلاف دارند چه آنکه ایشان در اين كتاب فرموده‌اند:

اشهر نزد ما اينستکه در عقود لازمه صيغه لازم می‌باشد.

وجه دلالت اينکلام بر اختلاف بودن اينمسئله آنستکه ایشان لزوم صيغه در عقود لازمه را به اشهر نزد علماء نسبت داده‌اند پس معلوم می‌شود در مقابل آن بعضی صيغه را معتبر ندانسته و بدین‌ترتیب در معاطات با اينکه صيغه‌ای وجود ندارد بلزومش قائل هستند و البته باید توجه داشت اينقالئین اندک و شاذ هم نبوده بلکه جماعت قابل توجهی هستند زیرا اگر نفرات ایشان ناچيز و قابل ملاحظه نمی‌بود مرحوم علامه بجای «اشهر» به «مشهور» تعبير می‌فرمود چه آنکه مقابل مشهور شاذ و خلاف اشهر مشهور می‌باشد.

و همچنين عبارت ایشان در كتاب مختلف الشيعه دلالت بر وجود مخالف در اينمسئله دارد زیرا در اين كتاب فرموده است:
اكثر علماء معتقدند معاطات لازم نیست.

نسبت نفی لزوم به اکثر دلالت می‌کند بر اينکه در مقابل اکثر کسانی هستند که بلزوم آن قائل می‌باشند.
و در كتاب تحریر نیز عبارت ایراد نموده که بر وجود مخالف دلالت دارد، در اين كتاب فرموده:
اقوى از نظر ما اينستکه معاطات لازم نیست.

تعبير بكلمه «اقوى» بخوبی شاهد است بر اينکه در مقابل «اقوى» بعضی به لزوم قائل می‌باشند.

شرح مطلوب

قوله: في مطلق الملك: چه ملکی که از ناحیه بیع حاصل شده و چه ملکی که بغیر بیع مستند است.

قوله: ان الظاهر فيما نحن فيه: مقصود از «ما نحن فيه» معاطات می‌باشد.

قوله: بل ادعاه صريحا: ضمير منصوبی در «ادعاه» به اجماع راجعست.

قوله: بعض الاساطين: منظور مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء است.

قوله: في شرحه على القواعد: مقصود كتاب کشف الغطاء است که شرح بر قواعد مرحوم علامه می‌باشد.

قوله: و تعضده: ضمير مفعولی به عدم لزوم معاطات راجع است.

قوله: بل لم يوجد به قائل: ضمير مجروري در «به» به عدم لزوم معاطات عود می‌کند.

قوله: الى زمان بعض متاخری المتأخرین: مقصود مرحوم محقق اردبیلی است.

قوله: لا تدل على هذا القول: منظور از «هذا القول» قول بلزوم معاطات است.

قوله: كما من الخلاف: يعني كما عن الشيخ الطوسي في الخلاف.

قوله: الاعتراف به: ضمير در «به» به عدم دلالت كلام مفيد بر لزوم راجع است.

قوله: فان المحكى عنه: ضمير در «عنه» به مرحوم مفيد راجع است.

قوله: اذا عرفاه: ضمير منصوب به «ما يملكان» راجع است.

قوله: انتهى: يعني انتهى كلام المفيد (ره).

قوله: و يقوى اراده بيان الخ: يعني و يقوى اراده المفید بيان الخ.

قوله: و كأنه لذلك: ضمير در «كأنه» بمعنى «شأن» بوده و مشار اليه «ذلك» عدم دلالت كلام مفيد بر لزوم و اعتراف شیخ طوسي (ره) بآن می باشد.

قوله: حکی کاشف الرموز الخ: مقصود از «كاشف الرموز» صاحب كتاب کشف الرموز که شرح بر مختصر النافع است می باشد و آن عبارتست از شیخ عز الدين حسن بن ابیطالب الیوسفی الابی که به فاضل آبی معروف است.

قوله: عندهما من لفظ مخصوص: ضمير در «عندهما» به شیخ مفید و شیخ طوسي رحمة الله عليهما راجع است و مراد از «لفظ مخصوص» صیغه ایجاب و قبول می باشد.

قوله: دعوى الاجماع من الغنية: يعني دعوى الاجماع من ابن زهره في الغنية.

قوله: على عدم كونها بيعا: ضمير در «كونها» به معاطات برمی گردد.

قوله: و هو نص في عدم اللزوم: ضمير «هو» به اجماع غنيه راجع است.

قوله: و لا يقدح كونه ظاهرا الخ: ضمير در «كونه» به اجماع غنيه عود می کند.

قوله: الذي لا نقول به: صفت است برای عدم ملکیت.

قوله: و عن جامع المقاصد: يعني و عن المحقق الثاني في جامع المقاصد.

قوله: المعتمد به في المسئلة: يعني في مسئلة لزوم و جواز المعاطاة.

قوله: و كذلك نسبته: يعني نسبت مرحوم علامه.

متن:

ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو اكثربهم الى أنها ليست مملكة وإنما تفييد الاباحة: لم يكن هذا الاتفاق كاشفا اذ القول باللزوم فرع الملكية و لم يقل بها الا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعا له، و هذا مما يوهن حصول القطع، بل الظن من الاتفاق المذكور، لأن قول الاكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع.

نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور: أن أصحابنا بين قائل بملكه الجائز، وبين قائل بعدم الملك راسا، فالقول بملكه اللازم قول ثالث.

و كيف كان فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عليه السلام من قول غيره من العلماء.

كما هو طريق المتأخرین مشکل، لما ذكرنا و ان كان هذا لا يقدح في الاجماع على طريق القدماء كما تبين في الاصول.

و بالجملة فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم: ما احسنها و ما امتن دليله ان لم ينعقد اجماع على خلافه في غایة الحسن و المثانة.

و الاجماع و ان لم يكن محققا على وجه يوجب القطع، إلا أن المظنون قويا تتحققه على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على إنشاء التملك سواء لم يوجد لفظ اصلاح وجد ولكن لم ينشأ التملك به، بل كان من جملة القرائن على قصد التملك بالتقاض.

و قد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار.

بل يظهر منها أن ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفا بين أهل السوق والتجار.

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الإكتفاء في البيوع الخطيره التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي.

نعم ربما يكتفون بالمصادقة فيقول البائع: بارك الله لك، أو ما ادى هذا المعنى بالفارسية.

نعم يكتفون بالتعاطي في المحرقات ولا يتلزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع معبقاء العينين.

نعم الإكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد، للسيرة ولغير واحد من الاخبار كما سيجيئ ان شاء الله تعالى في شروط الصيغة.

ترجمه:

عدم کاشفیت اجماع منعقد در مورد بحث از رأی معصوم عليه السلام

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

اگر اجماع و اتفاق علماء بر عدم لزوم معاطات را ثابت و محقق بدانیم با اینفرض که بسیاری از ایشان یا اکثرشان معتقدند که معاطات مفید ملک نبوده بلکه افاده اباوه می کند دیگر چنین اجتماعی کاشف از رأی معصوم عليه السلام نمی تواند باشد زیرا قول بلزوم فرع بر ملکیت است در حالیکه غیر از برخی از متاخرین از محقق ثانی به تبعیت از وی احدی دیگر به آن قائل نشده و همین معنا موجب می شود نتوان با جماعت مزبور قطع بلکه ظن پیدا کرد، زیرا قول اکثر فقهاء به عدم لزوم معاطات از باب سالبه بانتفاع موضوع است زیرا موضوع لزوم ملک می باشد و وقتی قائل بملک نباشیم پر واضح است سلب لزوم بخارط مسلوب بودن موضوع یعنی ملک می باشد.

بلی، ممکنست بعد از ثبوت اجماع مزبور بگوئیم:

علماء، به دو دسته تقسیم می شوند:

گروهی قائلند که معاطات مفید ملک جائز بوده و دسته ای دیگر معتقدند معاطات رأساً مفید ملک نیست نه ملکیت لازم نه جائز حال اگر کسی بخواهد بملکیت لازم قائل شود اینقولش احداث قول سوم بوده که جائز نیست چنانچه در اصول مقرر است.

و به صورت تحصیل اجماع در اینمسئله بطوری که بتوان از آن رأی معصوم عليه السلام را کشف نمود چنانچه مسلک متاخرین در اجماع چنین است مشکل می باشد و جهتش همانست که گفتیم و آن اینستکه اگرچه علماء متفقند بر اینکه معاطات مفید لزوم نیست ولی برخی از ایشان ملک را نیز منتفی و بعضی ثابت می دانند و نفس این اختلاف مانع است از اینکه طبق مسلک متاخرین اجماع کاشف از رأی معصوم تحقق یابد اگرچه بمرا مقدمین اینمعنا قادر و مانع نیست چنانچه در اصول مشروحا بیان شده است.

و خلاصه کلام آنچه را که مرحوم شهید ثانی در اینمقام ایراد فرموده در نهایت حسن و غایت ممتاز می باشد وی بعد از اینکه قول کسانی که در لزوم عقد مطلق لفظ را اعتبار کرده اند ذکر نموده فرموده است:

ایشان چه نیکو گفته و چقدر دلیلشان متنی می باشد مشروط باینکه اجتماعی

بر خلاف رأی آنها منعقد نشده باشد. مرحوم مصنف می فرمایند:

اجماعی که مرحوم شهید ثانی آن اشاره فرموده اگرچه بطور قطع و یقین تحقق ندارد ولی در عین حال ظن قوی قائم است بر حصول و تحقق آن بر عدم لزوم عقد در جائیکه لفظی که بر انشاء تملیک دلالت داشته در بین نباشد اعم از آنکه اصلاً لفظی نبوده یا در صورت بودنش انشاء تملیک با آن واقع نشده باشد بلکه صرفاً قرینه‌ای بوده که متعاملین بواسطه تقابل قصد تملیک داشته‌اند.

و همین معنا که در تحقق عقود و لزوم آنها محتاج به لفظ هستیم از بسیاری اخبار ظاهر می‌شود بلکه می‌توان از آنها استظهار نمود که اساساً ایجاب بیع با لفظ نه صرف تعاطی امر متعارف و رایج بین اهل بازار و تجارت می‌باشد بلکه ممکنست ادعاء کنیم که سیره جاری است بر اینکه در بیوع خطیر و عظیم همچون معاملات املاک و عقار که نوعاً مراد متعاملین عدم رجوع در آنها است به مجرد تراضی اکتفاء نمی‌کنند بلکه از الفاظ کمک می‌گیرند.

البته گاهی به مصافقه نیز قناعت کرده مثلاً بایع بمشتری می‌گوید:

بارك الله لك (خداؤند این معامله را برای تو مبارک کند) يا الفاظ دیگری که در لسان فارسی مفید همین معنا است بکار می‌برند. بلی، ناگفته نهاند که در معاملات محقر و کوچک نظری خرید و فروش سبزی و آب به مجرد تعاطی اکتفاء کرده و از الفاظ استفاده نمی‌کنند متنهی ملتزم نیستند که در آنها رجوع نکنند حتی اگر عینین باقی باشند بر ممتنع از رجوع انکار کرده و وی را بر امتناعش توبیخ و سرزنش می‌نماید ولی از اینگونه معاملات حقیر و ناچیز که بگذریم همانطوری که گفتیم در معاملات خطیر قطعاً لفظ لازم می‌باشد.

بلی، بعيد نیست که بطلاق انشاء قولی بتوان اکتفاء نمود بدون اینکه لفظ مخصوصی لازم باشد و دلیل ما بر این گفتار سیره و اخبار بسیاری است که در این باب وارد شده‌اند چنانچه انشاء الله بزودی آنها را در شروط صیغه نقل خواهیم نمود.

شرح مطلوب

قوله: على عدم لزومها: يعني عدم لزوم معاطات.

قوله: لم يكن هذا الاتفاق كاسفاً: يعني كاشفاً عن رأي المقصوم عليه السلام.

قوله: فرع الملكية: زيرا لزوم و جواز وصف ملكيت هستند و پرواصله است که وصف بدون موصوف امكان ندارد.

قوله: و لم يقل بها الا بعض من تأخر الخ: ضمير در «بها» به ملكيت راجع است.

قوله: تبعاً له: ضمير در «له» به محقق ثانی راجع است.

قوله: و هذا مما يوهن حصول القطع: مشار اليه «هذا» عدم قول بملكية می‌باشد و مقصود از «حصول القطع» قطع به رأى مقصوم عليه السلام است.

قوله: من قول غيره: يعني غير امام عليه السلام.

قوله: كما هو طريق المتأخرین: ضمير «هو» به كشف راجع است.

قوله: لما ذكرنا: مقصود فرع بودن لزوم بر ملكيت بوده که احدی بآن قائل نیست.

قوله: و ان كان هذا لا يقدح الخ: مشار اليه «هذا» ما ذكرنا يعني فرعيت لزوم بر ملكيت می‌باشد.

قوله: على طريق القدماء: چه آنکه مسلک قدماء در اجماع حدس رأى امام عليه السلام است و در حصول آن مختلف بودن مبنای مجمعین مضر نمی‌باشد.

قوله: ما احسنه و ما امتن دليله: مقول قول شهید ثانی (ره) است.

قوله: و قد يظهر ذلك: مشار اليه «ذلك» عدم لزوم معاطات مى باشد.

قوله: من غير واحد من الاخبار: مقصود اخباری است که وقوع و لزوم عقد را دائمدار لفظ قرار داده مانند حدیثی که مرحوم صاحب وسائل در ج (۱۲) ص (۳۷۶) باین شرح نقل فرموده:

محمد بن الحسن، از ابن ابی عمر، از یحیی بن الحجاج، از خالد بن الحجاج قال:

قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئ، فيقول:

اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا.

قال: أليس ان شاء ترك و ان شاء اخذ؟

قلت: بلى.

قال: لا بأس به، إنما يحل الكلام و يحرم الكلام.

متن:

بقي الكلام في الخبر الذي يتمسّك به في باب المعاطاة.

تارة على عدم افادتها اللزوم، جمعاً بينه وبين ما دل على صحة مطلق البيع كما صنعه في الرياض.

و أخرى على عدم افادتها اللزوم، جمعاً بينه وبين ما دل على صحة مطلق البيع كما صنعه في الرياض:

و هو قوله عليه السلام: إنما يحل الكلام و يحرم الكلام.

و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر. وهو ما رواه ثقة الاسلام الكليني في باب بيع ما ليس عنده.

والشيخ في باب النقد والنسيئة عن ابن أبي عمر عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج، أو ابن نجیح.

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني و يقول: اشتري هذا الثوب و اربحك كذا و كذا.

فقال: أليس إن شاء اخذ و إن شاء ترك.

قلت: بلى.

قال: لا بأس إنما يحل الكلام و يحرم الكلام إلى آخر الخبر.

و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخرى مجردة عن قوله عليه السلام: إنما يحل إلى آخر كلامه: كلها تدل على أنه لا بأس بهذه

المواعدة والمقاؤلة ما لم يوجب بيع المتعاق قبل أن يشتريه من صاحبه.

ترجمه:

صحبت در اطراف حديث شریف اینما يحل الكلام و يحرم الكلام

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

صحبت در اطراف خبری که حضرات فقهاء در باب معاطات گاهی با آن جهت مفید ابا حنه نبودن معاطات و زمانی ہمنظور عدم لزوم با آن تمسک کرده و گفته اند:

جمع بین این حديث و ادله ای که بر صحت مطلق بيع دلالت دارد اینستکه بگوئیم:

معاطات مفید ملک بوده ولی لازم نیست.

چنانچه صاحب ریاض اینطور فرموده است.

باقی ماند و آن حدیث ذیل می‌باشد.

اما يحل الكلام ويحرم الكلام.

و توضیح مقصود از این حدیث موقوف است باینکه قام خبر را بیان ممکن و قام خبر روایتی است که مرحومه ثقة الاسلام کلینی در باب بیع ما لیس عنده و شیخ الطائفه (ره) در باب نقد و نسیئه از ابن ابی عمر، از یحیی بن حجاج، از خالد بن حجاج یا ابن نجیح چنین نقل نموده‌اند.

قال: قلت لابی عبد الله عليه السلام:

الرجل يجيئني و يقول: اشتري هذا الثوب و اربحك كذا و كذا.

فقال: اليك ان شاء اخذ و ان شاء ترك.

قلت: بلى.

قال: لا بأس، أما يحل الكلام ويحرم الكلام الى آخر الخبر؟

البته اخبار و احادیث دیگری در این باب وارد شده که از نظر مضمون با این خبر متحدد منتهی اینفقره از حدیث «اما يحل الخبر» را ندارند ولی به صورت تمام این احادیث دلالت دارند بر اینکه هیچ اشکال و ایرادی در مواعده و مقاوله وجود ندارد تنها مانعی که هست اینکه بایع نباید مبیع را قبل از اینکه از صاحب‌ش بخرد بفروشد و صیغه ایجاب را بخواند.

شرح مطلوب

قوله: جمعاً بينه و بين ما دل على صحة مطلق البيع: ضمير در «بینه» به الخبر الذي يتمسك به في باب المعاطات راجع است.

قوله: كما صنعه في الرياض: ضمير مفعولي در «صنعه» به جمع راجع است.

قوله: و هو قوله عليه السلام: ضمير «هو» به الخبر الذي يتمسك به راجع است.

قوله: روایات اخري مجرد الخ: از جمله این اخبار خبری است که مرحوم صاحب وسائل آنرا در ج (۱۲) ص (۳۷۵) باین شرح نقل فرموده‌اند:

محمد بن الحسن باسنداش از حسین بن سعید، از نضر، از ابن سنان، از مولانا ابی عبد الله عليه السلام قال: لا بأس بان تبيع الرجل المتع لیس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجيه على نفسك ثم تبيعه منه بعد.

متن:

و نقول: إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها.

الاول: أن يراد من الكلام في المقامين اللفظ الدال على التحرير والتخليل: يعني أن تحرير شيئاً و تحليله لا يكون إلا بالنطق بهما فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال، دون الأقوال.

ترجمه:

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

اینفقره از حدیث یعنی: إنما يحل الكلام و يحرم الكلام با قطع نظر از صدر آن محتمل وجوهی است که ذیلا بیان می‌شوند:

وجه اول

وجه اول آنکه مقصود از «کلام» در دو مقام (مقم تحلیل و مقام تحریم) لفظی که بر تحریم و تحلیل دلالت دارد باشد باینمعنا که تحریم و تحلیل چیزی در خارج تحقق پیدا نمی‌کند مگر بواسطه نطق آندو لذا مجرد قصدی که خالی از کلام است موجب حصول ایندو نیست کما اینکه قصد در صورتیکه فعل نه قول بر آن دلالت کند نیز موجب تحقق آندو نمی‌باشد.

شرح مطلوب

قوله: تحتمل وجوها: مقصود چهار وجه است.

قوله: بالنطق بهما: ضمیر در «بهمَا» به تحلیل و تحریم راجع است.

قوله: بالقصد المدلول عليه بالافعال: همچون معاطاق که ابدا در آن لفظ بکار نرود.

متن:

الثانى: أن يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه كما في قوله: هذا الكلام صحيح، أو فاسد، لا مجرد اللفظ اعني الصوت و يكون المراد أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي حلا و حرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام.

مثلا المقصود الواحد و هو التسلیط على البعض مدة معينة يتأنى.

بقولها: ملكتك بضعي، أو سلطتك عليه، أو آجرتك نفسی أو احليتها لك.

و بقولها: متعت نفسی بكذا.

فما عدا الاخير موجب لتحریجه و الاخير محل.

و على هذا المعنى ورد قوله عليه السلام: إنما يحرم الكلام في عدة من روایات المزارعة.

منها: ما في التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الريبع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع ارض رجل آخر فيشرط ثلاثة للبذر، و ثلاثة للبقر.

قال: لا ينبغي ان يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الارض: ازرع في ارضك و لك منها كذا و كذا: نصف، او ثلث، او ما كان من شرط، و لا يسمى بذرا و لا بقرا، فاما يحرم الكلام.

ترجمه:

وجه دوم

وجه دوم اینستکه مقصود از «کلام» لفظ با مضمون و مفادش باشد چنانچه وقتی می‌گوئی: هذا الكلام صحيح یا هذا الكلام فاسد. منظور لفظ با مضمون است نه صرف لفظ که صوت و صدا باشد، بنابراین مقصود از حدیث آنستکه:

حکم شرعی مطلب واحدی از حیث حلیت و حرمت باختلاف مضامینی که با کلام اداء می‌شوند مختلف می‌گردد مثلاً مقصود واحدی همچون مسلط نمودن بر بعض برای مدت معینی را زن می‌تواند با گفتن: ملکتک بعضی یا سلطتک علیه یا آجرتک نفسی یا حلتها لک انشاء کرده و ممکنست با گفتن: متعت نفسی بکذا آنرا ایجاد نماید.

البته غیر از صیغه اخیر، صیغه دیگر موجب تحریم زن بر مرد بوده و بعد از انشاء

آنها زن به زوجیت مرد درمی‌آید ولی صیغه اخیر باعث حلیت زن بر مرد می‌باشد پس کلام اخیر محلل و غیر آن محروم می‌باشد و بدین ترتیب دو کلام نسبت به یک معنا یکی محلل و دیگری محروم می‌باشد.

و بهمین معنای دوم است فرموده امام علیه السلام «اما يحرم الكلام» در بسیاری از روایات مزارعه:

از جمله: حدیثی است در کتاب تهذیب شیخ (ره) از ابن محبوب، از خالد بن جریر، از ابی الربيع شامی، از مولانا ابی عبد الله علیه السلام راجع به ردی که در زمین مردی دیگر زراعت کرده و با او شرط می‌کند که از حاصل زراعت سه قسمت بخارطه بذر و سه قسمت دیگر بجهت گاو و شخم زن بوی بددهد این معامله چطور است؟

امام علیه السلام فرمودند:

سزاوار نیست برای بذر و گاو مبلغی را معین کند ولی حکم اینستکه به صاحب زمین باید بگوید:

در زمین تو زراعت کرده و برای تو از حاصل آن فلان مقدار باشد یعنی نصف یا ثلث یا هر مقدار مشاع دیگری را که شرط کند و نباید اسمی از بذر و گاو بیاورد و تنها کلام است که باعث تحریم می‌گردد.

شرح مطلوب

قوله: التسلیط علی البعض مدة معينة: منظور ازدواج موقت است.

قوله: موجب لترحیمه: یعنی تحریم تسلیط.

قوله: و علی هذا المعنى: یعنی معنای دوم برای حدیث.

قوله: منها ما في التهذيب عن ابن محبوب الخ: این روایت را مرحوم شیخ طوسی در کتاب تهذیب طبع جدید ج (۷) ص (۱۹۴) بشرحی که در متن است نقل فرموده.

متن:

الثالث: أن يراد بالكلام في الفقرتين الكلام الواحد و يكون تحریمه و تحلیله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده محللا و عدمه محراً أو بالعكس، أو باعتبار محله، و غير محله فيحل في محله و يحرم في غيره و يحتمل هذا الوجه الروایات الواردة في المزارعة.

ترجمه:

وجه سوم

وجه سوم اینکه از «کلام» در هردو فقره از حدیث کلام واحد اراده شده باشد و تحریم و تحلیل باعتبار وجود و عدم آن باشد. باین بیان که وجودش محل و عدمش محروم باشد یا بعکس وجودش محروم و عدمش محل باشد.

یا تحریم و تحلیل بمالحظه محل و غیر آن محل فرض می‌شود باین بیان که کلام در محل خودش محل و در غیر آن محروم می‌باشد.

و روایات وارد در باب مزارعه محتمل همین معنا است.

شرح مطلوب

قوله: فيكون وجوده محللاً مانند وجود لفظ در عقد نکاح که محلل بوده و عدمش محروم است.

قوله: او بالعكس: همچون طلاق که وجود لفظ محروم و عدمش محلل میباشد یا نظیر لفظ در عتق.

قوله: فيحل في محله الخ: مثلاً أَنْ لفظ بعث در بيع استعمال گردد محلل بوده و در صورتيکه در غير محلش يعني اجاره مثلاً بكار رود محروم است.

قوله: الروايات الواردة في المزارعة: نظير روایت شیخ علیه الرحمه در تهذیب که قبلًا نقل شد.

متن:

الرابع ان يراد من الكلام المحلل خصوص المقاولة و الموعدة و من الكلام المحروم ايجاب البيع و ايقاعه.

ترجمه:

وجه چهارم

وجه چهارم اينکه از کلام محلل خصوص گفتگو و مواعده مقصود بوده و از کلام محروم ايجاب بيع و ايقاع آن مراد باشد.

شرح مطلوب

قوله: خصوص المقاولة: مقصود از «مقاؤله» صحبت‌هائی است که قبل از اجراء صیغه معاملات نوعاً بین طرفین عقد رد و بدل می‌شود.

قوله: و الموعدة: مثل اينکه بایع بهمشتری گفته فردا اگر مراجعته کنی این متع را بتخواهم فروخت و مشتری هم آن را بپذیرد.

متن:

ثم إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول، لأنه مع لزوم تخصيص الاكثر، حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل والتحريم في الشريعة في اللفظ: يوجب عدم ارتباط له في الحكم المذكور في الخبر.

جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليق له، لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روایات اخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتع من مالكه، و لا دخل لاشترط النطق في التحليل والتحريم في هذا الحكم اصلاً، فكيف يعلل به؟

و كذلك المعنى الثاني، اذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللاً، و بآخر محurma.

فتعمي المعنى الثالث: و هو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التي يريدها الرجل لأنه بيع ما ليس عنده، و لا يحلل إلا عدمه، اذ مع عدم الكلام الموجب للالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبایعه و هو غير مؤثر.

فحاصل الرواية أن سبب التحليل والتحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عندما وجودها.

و المعنى الرابع: و هو أن المقاولة و المراضاة مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلل للمعاملة، و ايجاب البيع معه محروم لها.

و على كل المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل كما هو المقصود في مسألة المعاطاة.

نعم یکن إستظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر بعدما عرفت: من أن المراد بالكلام هو ايجاب البيع: بأن يقال: إن حصر المحلل و المحرم في الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار ايجاب البيع في الكلام إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم في الكلام.

إلا أن يقال: إن وجه انحصار ايجاب البيع في الكلام في مورد الرواية: هو عدم امكان المعاطاة في خصوص المورد، اذ المفروض أن المبيع عند مالكه الاول. فتأمل.

ترجمه:

مختار مصنف عليه الرحمه در ارتباط با احتمالات واقع در حدیث شریف

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

على الظاهر معنای اول از حدیث اراده نشد.

معنای اول این بود که تحريم و تحلیل هرچیزی مستند به نطق و کلام باشد لذا نه قصد مجرد از لفظ و نه قصدی که قرینه بر آن فعل بوده نه لفظ کاف در تحقق حلیت و حرمت می باشد.

و وجه اینکه اینمعنا از حدیث مقصود و موارد نیست آنستکه:

اولا: لازمه اینمعنا تخصیص دادن اکثر موارد است زیرا همانطوری که اشاره شد ظاهر اینمعنا آنستکه اسباب تحلیل و تحريم در شریعت منحصر در لفظ می باشند در حالیکه بسیاری از موارد چنین نیست.

ثانیا: اراده اینمعنا موجب می شود که هیچ ارتباطی بین آن و حکم مذکور در خبر که بعنوان جواب از سؤال آمده نباشد.

از این گذشته فقره مذکور در حدیث ہمنزله علت برای حکم می باشد زیرا طبق آنچه از برخی روایات دیگر استفاده می شود جواز اختصاص ہمودی دارد که فروش متاع ہمشتری قبل از خریدن آن برای خود نباشد و بدیهی است که اشتراط نطق در تحلیل و تحريم هیچ دخالتی در اینحکم ندارد و با اینوصفت چگونه بتوان آنرا علت حکم مذکور قرار داد.

و نیز معنای دوم مقصود نیست زیرا در مورد بحث معنای واحدی در بین نیست تا اداء آن با مضمون حلال و با مضمون دیگر حرام باشد.

در نتیجه باید بگوئیم:

یا معنای سوم و یا معنای چهارم متعین است.

معنای سوم عبارت بود از اینکه کلام دال بر التزام به بیع صرفا وجودش اینمعامله را پیش از آنکه بایع آنرا برای خود بخرد حرام می کند زیرا بیع ما لیس عنده محسوب می شود و در مقابل تنها عدمش موجب حلیت می باشد زیرا با نبودن کلامی که موجب التزام به بیع است امری در خارج تحقق نیافته مگر مجرد تواعد به معامله و مبایعه و بدون تردید صرف این تواعد اثربنی ندارد پس طبق آنچه ذکر شد حاصل روایت این می شود که سبب تحلیل و تحريم در اینمعامله وجودا و عدما منحصر در کلام است یعنی وجود کلام حرام و عدمش محلل است.

و معنای چهارم عبارت بود از اینکه مقاوله و مراضاة با مشتری دوم پیش از آنکه بایع مال را برای خودش بخرد محلل معامله بوده ولی ایجاد بیع با مشتری مجبور حرام آن می باشد.

و بنابر ایندو معنا حدیث از دلالت داشتن بر اعتبار کلام در تحلیل که مقصود در مسئله معاطات همین معنا است ساقط می گردد.

استدراک

بلى، ممکنست با توجه بآنچه ذکر شد و گفتیم منظور از «کلام» در حدیث ایجاب است به بیان دیگری اشتراط و اعتبار کلام در ایجاب بیع را از روایت مزبور استظهار نمود و آن اینستکه می‌گوئیم:

حصر محل و محرم در کلام صحیح نیست مگر آنکه ایجاب بیع منحصر در کلام باشد زیرا اگر بدون کلام ایجاب تحقق یابد دیگر جائی برای حصر محل و محرم در کلام وجود ندارد مگر آنکه گفته شود:

وجه انحصار ایجاب بیع در کلام در مورد روایت اینستکه:

در خصوص مورد حدیث معاطات غیر ممکنست زیرا فرض آنستکه مبیع نزد مالک اول بوده و با اینوصف معاطات قابل تحقق نیست.

شرح مطلوب

قوله: لانه مع لزوم تخصیص الاکثر: ضمیر در «لانه» بمعنای «شأن» می‌باشد.

قوله: حصر اسباب التحلیل و التحریم الخ: و حال آنکه در بسیاری از موارد حلیت و حرمت مستند به لفظ نیست نظری حلیت تصرف ورته در ماترک میت و حلیت تصرف مبذول له در عین زاد و راحله در باب حج و حلیت تصرف شخص در هدیه و غیر اینها از موارد دیگر که در هیچ‌کدام سبب حلیت لفظ نمی‌باشد چنانچه در کثیری از مواضع حرمت تصرف مستند به لفظ نمی‌باشد مانند حرمت تصرف غاصب در مال غصبی و نیز حرمت تصرف موصی در مبلغ زائد بر ثلث بدون رضایت ورثه و همچنین حرمت استمتعان از اجنبيه.

قوله: مع کونه کالتعلیل له: ضمیر در «کونه» به کلام راجع بوده و در «له» به حکم برمی‌گردد.

قوله: من عدة روایات اخر: از جمله این روایات، حدیثی است که مرحوم صاحب وسائل آنرا در ج (۱۲) ص (۳۷۴) باین شرح نقل نموده:

محمد بن یعقوب، از علی بن ابراهیم، از پدرش، از ابن ابی عمر، از عبد الرحمن بن حجاج قال:

قلت لابی عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني يطلب المتع فاقاوله على الربح ثم اشتريه فابيعه منه.

فقال: الیس انشاء اخذ و ان شاء ترك؟

قلت: بل.

قال: فلا بأس به.

قلت: فان من عندنا يفسد.

قال: و لم.

قلت: قد باع ما ليس عندك

قال: فما يقول في السلم، قد باع صاحبه ما ليس عندك.

قلت: بل.

قال: فاما صلح من اجل انهم يسمونه سلما، ان ابی كان يقول:

لا بأس ببيع كل متع كنت تجده في الوقت الذي بعنته فيه.

قوله: فكيف يعلل به: ضمير نائب فاعلى در «يعلل» به هذا الحكم راجع بوده و ضمير مجروري در «به» به اشتراط النطق راجع است.

قوله: يسقط الخبر عن الدلالة الخ: وجه سقوط خبر از دلالت مزبور اينستكه:

طبق تقريري که نموديم حاصل معنای روایت اينستکه عدم کلام محل و وجودش محروم است در حالیکه مقصود در مسئله معاطات آنستکه دلیلی اقامه کنیم بر اینکه وجود کلام محل بوده و عدمش محروم عکس معنای مستفاد از حدیث.

قوله: من ان المراد بالكلام الخ: بيان است براي «ما عرفت».

قوله: فتأمل: شاید اشاره باشد که اگرچه در مورد روایت میبع نزد بایع نبوده و پیش مالک اولش میباشد ولی در عین حال در معاطات معلوم نیست که اعطاء و اقراض از طرفین لازم باشد بلکه از یکطرف هم که تحقق پیدا کند این نحو از معامله در خارج تحقق مییابد و بدینترتیب وقوع معاطات در مورد روایت امر ممکنی میشود.

متن:

و كيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعار، أو ظهور كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية أخرى واردة في هذا الحكم ايضا و هي رواية يحيى بن الحاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتري هذا الثوب، أو هذه الدابة و يعنيها اربحك فيها كذا و كذا.

قال: لا بأس بذلك اشتريها و لا تواجه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتربها.

فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري.

ويشعر به ايضا رواية العلاء الواردة في نسبة الربح الى اصل المال.

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعا فيقول: أبييعك بده دوازده، أو ده يازده.

فقال: لا بأس إنما هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة.

فإن ظاهره على ما فهمه بعض الشرحاء: أنه لا يكره ذلك في المقاولة التي قبل العقد وإنما يكره حين العقد.

و في صحيحة ابن سنان: لا بأس بان تبيع الرجل المتعاقب ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك ثم تبيعه منه بعد.

ترجمه:

سپس مرحوم مصنف میفرمایند:

و بهصورت روایت مذکور از اشعار یا ظهور در مطلوب خالی نبوده و از آن میتوان استفاده کرد که معاطات لازم نیست و آنچه حلیت و حرمت مستند باآن است کلام میباشد چنانچه فرموده امام عليه السلام در روایت دیگر که در بیان همین حکم وارد شده مشعر باآن است و آن عبارتست از رواية يحيى بن حجاج، وی میگوید:

از حضرت ابا عبد الله عليه السلام پرسیدم:

مردی بمن گفته: این جامه یا این اسب را بخر و بمن بفروش و بتو فلان مبلغ ربح میدهم حکم آن چطور است.

حضرت فرمودند:

اشکالی ندارد آن را بخر ولی پیش از خریدن برای خود و قبل از اینکه جهت خویش آنرا استیجاب کنی آنرا بوى نفروش و صیغه ایجاب را مخوان.

از ظاهر این فرموده امام علیه السلام بدست می‌آید که مراد از مواجهه بیع مجرد اعطاء عین بمشتری نیست بلکه منظور اجراء صیغه لفظی است.

و روایت علاء که در حکم نسبت دادن ربح به اصل مال وارد شده باین حکم نیز اشعار دارد.

راوی در این روایت می‌گوید:

محضر امام علیه السلام عرض کردم:

مردی قصد بیع دارد و می‌گوید: بتو می‌فروشم به ۵۵ دوازده یا ده یازده حکم آن چطور است.

حضرت فرمودند:

عیبی ندارد، همین کلام نشانه مراضات و خشنودی طرفین است، بایع هرگاه متاع را از مالک اول خرید در وقت فروش به مستدعی (مشتری دوم) یکی از دو

جمله را در صیغه آورده و مثلاً بگوید:

بعثتك بده یازده.

یا بگوید:

بعثتك بده دوازده.

طبق آنچه برخی از شرح از ظاهر این حدیث استفاده کرده‌اند معنای آن اینستکه:

اینگونه از سخن گفتن و معامله کردن در مقام مقاوله و گفتگوهایی که پیش از عقد صورت می‌گیرد مکروه نبوده بلکه در حین عقد اگر چنین نمایند مرتكب کراحت شده‌اند.

و در صحیحه ابن سنان آمده است:

اشکالی ندارد بکسی متاعی را بفروشی که نزد نیست، ابتداء با وی معامله کرده پس از آن متاع را برای او طبق طلب و خواسته‌اش ابتنی کرده، باین نحو که متاع را با خوانده شدن ایجاب برای خود خریده و سپس بوی بفروشی.

شرح مطلوب

قوله: روایة یحیی بن الحجاج: این روایت را مرحوم صاحب وسائل در ج (۱۲) ص (۳۷۸) باین شرح نقل فرموده:

حسین بن سعید از محمد بن عیسی، از یحیی بن حجاج قال:

سئلت ابا عبد الله علیه السلام عن رجل الخ.

قوله: ليس مجرد اعطاء العين للمشتري: چنانچه در معاطات اینطور است.

قوله: و يشعر به ايضا: ضمير در «به» به حکم مذکور یعنی عدم لزوم معاطات راجح است.

قوله: روایة العلاء الخ: این روایت را مرحوم صاحب وسائل در ج (۱۲) ص (۳۸۶) باین شرح نقل فرموده:

حسین بن محمد از صفوان، از فضاله، از علاء قال:

قلت لابی عبد الله علیه السلام الخ.

قوله: اما هذه المراوضة: مشار اليه «هذه» گفتن جمله: ابیعك بده دوازده الخ می‌باشد.

قوله: فإذا جمع البيع الخ: مقصود از «البيع» خریدن از مالک اول می باشد.

قوله: جعله جملة واحدة: ضمیر مفعولی در «جعله» به البيع راجع بوده و مراد از جملة واحدة اینستکه یکی از دو جمله را متعینا در صیغه ایجاب بیاورد.

قوله: و في صحيحه ابن سنان الخ: اين روایت را مرحوم شیخ الطائفه در کتاب تهذیب طبع جدید ج (٧) ص (٤٩) باین شرح نقل فرموده:

حسین بن سعید، از نظر، از ابن سنان، از مولانا ابی عبد الله علیہ السلام قال:

لا بأس بان تبيع الرجل المحتاج ليس عندك تساؤمه ثم تشتري له نحو الذى طلب ثم توجهه على نفسك ثم تبيعه منه بعده.

متن:

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع.

بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة في النهاية.

و دل على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى: و احل الله البيع.

و أما على القول بافادتها الإباحة فالظاهر أنها بيع عرفي لم تؤثر شرعا إلا الإباحة.

فنفي البيع عنها في كلامهم و معاقد اجتماعاتهم هو نفي البيع المفید شرعاً اللزوم زيادة على الملك.

هذا على ما اخترناه سابقاً: من أن مقصود المتعاطفين في المعاطاة التمليل و البيع.

و أما على ما احتمله بعضهم، بل استظهروه: من أن محل الكلام هو ما إذا قصداً مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً و لا شرعاً.

و على هذا فلابد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية: من خصوص أو عموم.

و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعية بعموم إن الناس مسلطون

على أموالهم؛ كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبتت شرطيته.

كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس.

ترجمه:

تنبيهات

مرحوم مصنف می فرمایند:

شایسته و سزاوار است که در این مقام بر اموری تنبيه نمائیم:

امر اول

بنابر قول کسانیکه معتقدند معاطات مفید ملک است ظاهرا قبل از آنکه لازم بشود بیع میباشد بلکه آنچه از ظاهر کلام مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد بدست میآید آنستکه اینمعنا مورد نزاع و صحبت نبوده حتی از نظر کسانی که بفساد آن قائلند همچون علامه علیه الرحمه در نهایه بیع بودنش امر مسلم و قطعی است.

اقامه دلیل بر بیع بودن معاطات قبل از لزوم

مرحوم مصنف میفرمایند:

دلیل بر بیع بودن معاطات قبل از لزوم تمیک حضرات است بفرموده حق تعالی: احل الله البيع.
فقهاء فرموده‌اند.

اطلاق این آیه شامل معاطات شده همانطوریکه بیوع بصیغه را در بر میگیرد.
این بیان و استدلال دلیل بارز و شاهد گویائی است بر اینکه معاطات از مصاديق بیع میباشد.

سپس مرحوم مصنف میفرمایند:

آنچه تا باینجا گفتیم بنا بر قول کسانی بود که معتقدند معاطات مفید ملک است.
اما طبق رأی آنانکه معاطات را مفید اباحه میدانند باید بگوئیم:

علی الظاهر معاطات بیع عرفی است و از نظر شرع هیچ اثری بر آن مترتب نیست مگر صرف اباحه، بنابراین مقصود از نفی بیع بودن از آن در کلمات حضرات و معاقد اجتماعاتشان، نفی بیعی است که علاوه بر ملك شرعاً افاده لزوم نیز میکند و بعبارت دیگر:

اینکه فقهاء میفرمایند معاطات بیع نیست منظورشان اینستکه معاطات بیع لازم نیست.

ناگفته نماند مطالبی که در اینجا بیان نمودیم طبق مختار سابق ما است که گفتیم در معاطات مقصود متعاطین قملیک و بیع است و اما بنابر احتمالی که بعضی داده بلکه از ادله استظهار کرده و گفته‌اند محل کلام آنچه است که متعاطین قصدشان صرف اباحه است بدون اشکال معاطات از نظر عرف و شرع بیع محسوب نمی‌شود، بنابراین اگر در اعتبار شرطی برای آن شک نمودیم بنچار باید به ادله‌ای که بر صحت این اباحه عوضیه دلالت دارند رجوع نمود اعم از آنکه دلیل مذبور، دلیل خاص بوده یا عام باشد.

و چون مناسب با اینقول آنستکه در مشروعیتش بعموم «الناس مسلطون على اموالهم» باید استدلال نمود لا جرم مقتضای قاعده اینستکه آنچه شرط‌بودنش به دلیل قطعی ثابت نشده شرط نیست و با اصالة عدم کونه شرطاً شرطیش را نفی میکنیم چنانچه برای مشروعیت معاطات به سیره متممسک شویم مقتضای قاعده عکس آنچه ذکر نمودیم میباشد.

شرح مطلوب

حاصل فرموده مصنف در این عبارات آنستکه:

قصد متعاطین از معاطات یا قملیک و بیع بوده چنانچه مختار ما اینست و یا نیتشان مجرد اباحه است همانطوری که برخی از فقهاء احتمال آنرا داده‌اند.

اما در فرض اول یعنی مختار مرحوم مصنف امر از دو حال خارج نیست:

الف: آنکه معاطات مفید ملک باشد.

ب: آنکه از آن اباخه استفاده شود.

در صورت اول که معاطات مفید ملک است اگر بعد از لازم شدن باشد یعنی یکی از ملزمات مانند تلف عوضین یا یکی از آندو تحقق یافته باشد بدون شک و تردید معاطات بیع است ولی پیش از لازم شدن، باید بگوئیم:

علی الظاهر در اینصورت نیز معاطات بیع است بلکه بفرموده مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد بیع بودنش امر مسلم و قطعی است و در این معنا بین فقهاء اختلافی نمی‌باشد حتی آنانکه معاطات را فاسد می‌دانند نیز آنرا از مصاديق بیع قرار داده‌اند.

و شاهد بر این گفتار آنستکه فقهاء عظام برای مشروعیت و جوازش به فرموده حقتعالی یعنی احل الله البیع متمسک شده‌اند پس معلوم می‌شود که اطلاق بیع بر آن امر مفروغ عنه و مسلمی است.

و در صورت دوم که معاطات مفید اباخه باشد درباره‌اش باید گفت:

از نظر عرف بیع بوده منتهی شرعاً تنها اثری که بر آن مترب است اباخه می‌باشد.

و اما در فرض دوم که نیت متعاطین مجرد اباخه باشد بدون تردید و اشکال معاطات بیع نیست چه از نظر شرع و چه بعقیده عرف بلکه مجرد اباخه عوضیه می‌باشد و در اینفرض اگر در اعتبار شرطی از شروط در آن شک نمودیم مرجع در نفی آن ادله‌ای است که بر صحت آن دلالت دارند منتهی مصنف عليه الرحمه می‌فرمایند:

چون مناسب با اینقول آنستکه در مشروعیت معاطات می‌باید به عموم الناس مسلطون علی اموالهم تمسک حست لا جرم قاعده مقنضی است در هرشرط مشکوکاعتباری با اصاله عدم کونه شرطاً آنرا نفی نمود زیرا سلط شخص بر مال خود لازمه‌اش آنستکه بهرنحوی از احتجاج و بهرکیفیتی از کیفیات بتواند در آن تصرف کرده یا جهت انتفاع و استفاده عکس می‌گردد یعنی در هرشرط مشکوکاعتباری باید احتیاط نمود و آنرا رعایت کرد زیرا قدر متین از معاطاتی که سیره آنرا مشروع می‌دانند معاطاتی است که واجد شرط مزبور

باشد اما فاقد معلوم نیست که اهل شرع آنرا مؤثر و نافذ بدانند.

قوله: انه مما لا كلام فيه: ضمير در «انه» به کونها بیعاً راجع است.

قوله: و دل على ذلك: مشار اليه «ذلك» بیع بودن معاطات می‌باشد.

قوله: تمسکهم له: ضمير مجروري در «تمسکهم» به فقهاء و در «له» به کونها مشروع عود می‌کند.

قوله: و احل الله البیع: آیه (۲۷۵) از سوره بقره.

قوله: و على هذا: يعني و على ما احتمله بعضهم

قوله: المناسب لهذا القول: يعني القول بان القصد في المعاطاة مجرد الاباحة.

قوله: كما انه لو تمسک لها بالسيرة: ضمير در «انه» بمعنای «شأن» بوده و در «لها» به مشروعیت معاطات برمی‌گردد.

متن:

و الحال أن المرجع على هذا عند الشك في شروطها هي أدلة هذه المعاملة، سواء اعتبرت في البيع أم لا.

و أما على المختار: من أن الكلام فيما إذا قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً أم لا كذلك أم تبني على القول بافادتها للملك، و القول بعدم افادتها لا الإباحة؟

وجوه:

يشهد للاول: کونها بیعاً عرفاً فیشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع.

و يؤيده أن محل النزاع بين العامة و الخاصة في المعاطاة هو أن الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشروط أم لا؟

كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من العامة و الخاصة.

فما انتفي فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركا له في الحكم، و لذا إدعى في الحدائق أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة اذا استكمل فيها شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، و أنها تفيد اباحة تصرف كل منها فيما صار اليه من العوض.

ومقابل المشهور في كلامه قول العالمة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة كما

صرح به بعد ذلك، فلا، يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجمام شروط البيع.

ترجمة:

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

حاصل کلام آنکه بنابر اینقول که معاطات مجرد اباوه عوضیه است اگر در شروط آن شک نهائیم مرجع ادلہ ای است که اینمعامله را با آنها مشروع قرار داده ایم اعم از آنکه شرط مشکوک را در بیع معتبر دانسته یا باعتبارش قائل نباشیم.

و اما بنابر رأی مختار که محل کلام آنجائی است که متعاطین قصد بیع و تملیک دارند اینمسئله مطرح است که آیا:

در معاطات بطور مطلق شروط بیع معتبر بوده یا مطلقا اعتباری نداشته و یا در صورت افاده ملک معتبر و در فرض عدم ملک و افاده اباوه معتبر نمی باشند؟

سه احتمال وجود دارد که اشاره ذکر شدن:

شاهد برای احتمال اول اینستکه معاطات عرفانی بیع است لا جرم آنچه بادله معتبر بوده در بیع شرط بوده در آن نیز شرط می باشد.

و مؤید این احتمال آنستکه محل اختلاف بین عامه و خاصة در معاطات تنها این مسئله است که آیا صیغه همچون سایر شروط در بیع معتبر بوده یا معتبر نیست، پس معلوم می شود معاطات هیچ فرقی با بیع نداشته فقط صیغه لفظی ندارد اما از نظر جمیع شروط دیگر باهم متحد هستند چنانچه عنوان مسئله در تکب بسیاری از علماء عامه و خاصة از این نکته پرده برداشته و مسئله را بوضوح روشن می کند در نتیجه باید گفت:

معامله ای که غیر از صیغه شروط دیگر بیع را فاقد است از این عنوان خارج بوده اگرچه بحسب فرض در حکم با بیع مشارک باشد فلذًا مرحوم بحرانی در کتاب حدائق ادعاء فرموده که مشهور بین قائلین بعدم لزوم معاطات، صحت آنست مشروط باینکه تمام شروط بیع غیر از صیغه مخصوص در آن رعایت شده باشد و چنین معامله ای مفید اباوه تصرف هر کدام از متعاطین در عوضی است که بوى داده شده.

مرحوم مصنف می فرمایند:

مقابل مشهور در کلام بحرانی (ره) قول عالمه عليه الرحمه در کتاب بفساد معاطات قائل شده اند و بحرانی خود نیز بهمین نکته بعد از عبارت مذکور تصریح نموده است بنابراین کلام ایشان موهم اینمعنا نیست که حضرات فقهاء در اشتراط صحت معاطات به استجمام شروط بیع با هم اختلاف دارند اینمعنا که برخی در صحت معاطات شروط بیع را معتبر دانسته و گروهی مطلقا آنرا صحیح می دانند اگرچه واجد شرائط بیع نباشد.

شرح مطلوب

قوله: ان المرجع على هذا: مشار اليه «هذا» قول مزبور که معاطات مفید اباوه است می باشد.

قوله: هی ادله هذه المعاملة: یعنی ادله‌ای که با آن معاطات را مشروع قرار دادیم.

قوله: اعتبرت فی البيع ام لا: ضمیر در «اعتبرت» به شرط راجع است.

قوله: اذا قصد به البيع: ضمیر در «به» به معاطات راجع است.

قوله: فهل يشترط فيه شروط البيع: ضمیر در «فيه» به معاطات عود می‌کند

قوله: مطلقاً: چه مفید ملک بوده و چه اباوه.

قوله: ام لا كذلك: کلمه «كذلك» یعنی مطلقاً چه مفید بیع بوده و چه افاده اباوه نماید.

قوله: وجوده: یعنی وجوده اربعه.

قوله: یشهاد للاول: مقصود از «الاول» وجه اول است یعنی مطلقاً شروط بیع در معاطات شرط است.

قوله: كونها بيعا: ضمیر در «كونها» به معاطات راجع است.

قوله: فيشترط فيها: ضمیر در «فيها» به معاطات راجع است.

قوله: و يؤيده: ضمیر مفعولی به اشتراط جمیع شروط بیع در معاطات راجع است.

قوله: هو ان الصيغة معتبرة في البيع الخ: حاصل این تأیید آنستکه:

حضرات فقهاء چه سنی و چه شیعه تنها اینمسئله را مورد نزاع و اختلاف قرار

داده‌اند که آیا در بیع صیغه شرط است یا شرط نیست، برخی شرط دانسته و گروهی منکر اشتراط آن شده‌اند اما سایر شروط از قبیل بلوغ و عقل و اختیار و قصد متعاقدين و معلوم بودن عوضین و غیر اینها بدون تردید شرط هستند چه در بیعی که با صیغه اجراء شده و چه بیعی که بدون صیغه تحقق یافته است، پس معلوم می‌شود در معاطات یعنی بیع بدون صیغه مخصوص تمام شرائط بیع بصیغه معتبر می‌باشد.

قوله: كما يفصح عنه: ضمیر در «عنه» به تأیید مزبور راجع است.

قوله: خارج عن هذا العنوان: یعنی عنوان بیع که در کتب خاصه و عامه می‌باشد.

قوله: مشاركا له في الحكم: ضمیر در «له» به بیع راجع است.

قوله: و مقابل المشهور في كلامه الخ: یعنی توهم اینمعنا نشود که مرحوم بحرانی در مقابل مشهور قولی را قرار داده که صاحب آن معاطات را صحیح دانسته اگرچه شرائط بیع را نداشته باشد بلکه در قبال مشهور رأی مرحوم علامه است که اساساً معاطات را باطل و فاسد می‌داند اگرچه واجد قام شرایط بیع باشد.

قوله: كما صرخ به بعد ذلك: ضمیر در «به» به مقابل مشهور بودن قول علامه راجع است.

قوله: فلا يكون كلامه: یعنی کلام مرحوم بحرانی.

متن:

و يشهد للثاني أن البيع في النص و الفتوى ظاهر فيما حكم به باللزوم، و ثبت له الخيار في قولهم: البيعان بالختار ما لم يفترقا، و نحوه.

اما على القول بالاباحة فواضح، لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعا في نظر الشارع و المتشربة، اذ نقل فيه عند الشارع، فاذا ثبت اطلاق الشارع عليه في مقام فتحمله على الجري على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل في نظرهم.

و قد تقدم سابقاً في تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً: بيان ذلك.
و أما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في قولهم: البيعان بال الخيار، و قولهما: إن الأصل في البيع اللزوم
و الخيار إنما ثبت لدليل، و أن البيع
بقول مطلق من العقود الالزمة.

و قولهما: البيع هو العقد الدال على كذا، و نحو ذلك.
و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في أن اطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقابل.
ترجمه:

استشهاد برای احتمال دوم

مرحوم مصنف می فرمایند:
و شاهد برای احتمال دوم اینستکه ظاهر اطلاق بیع در نص و فتاوی مشهور بیعی است که محکوم به لزوم بوده و در قول
حضرات که فرموده‌اند:
البيعان بال الخيار ما لم يفترقا.

و امثال آن خیار در آن تثبیت و تشریع شده و پرواضح است که معاطات نه لازم بوده و نه خیار در آن مشروع است لذا معنا
ندارد که شرائط بیع در آن معتبر باشد.

اما بنابر قول کسانیکه آنرا مفید ابا حمہ می دانند اینکلام بسیار واضح و روشن می باشد چه آنکه طبق اینقول معاطات از نظر شارع
مقدس و مشرعه بیع نیست زیرا در آن نقل و انتقال می باشد فلذا اگر در موردی شارع مقدس بر آن اطلاق بیع نمود این اطلاق
را باید بر بیع باعتقاد عرف حمل نمود بخاطر آنکه معاطات از نظر اهل عرف مشتمل بر نقل و انتقال است و قبلًا در تصحیح
ادعای اجماع بر اینکه معاطات بیع نیست همین بیان و شرح ذکر شد.

و اما بنابر قول کسانیکه معاطات را مفید ملک می دانند وجه عدم اشتراط شرط بیع در معاطات اینستکه:
لفظ بیع در نصوص و فتاوی مطلق است و مطلق منصرف به فردی است که محکوم به لزوم می باشد فلذا مقصود از:
البيعان بال الخيار.

و اینکه فقهاء فرموده‌اند:
ان الأصل في البيع اللزوم و الخيار إنما ثبت لدليل.
يا گفته‌اند:

ان البيع بقول مطلق من العقود الالزمة.
يا اظهار کرده‌اند:
البيع هو العقد الدال على كذا.
و امثال اینکلمات.
بیع لازمی است که با صیغه انشاء می گردد و از معاطات قطعاً منصرف می باشند.

و خلاصه کلام آنکه برای شخص متأمل هیچ جای شک و تردید نیست در اینکه اطلاق بیع در نص و فتوی محمول است بر بیعی که فسخ آن بغیر خیار یا تقابل جایز نیست و چنانچه گفتم این همان بیع بصیغه است نه معاطات که بدون خیار و تقابل قابل بهم زدن است.

شرح مطلوب

قوله: و ثبت له الخيار: ضمير در «له» به بیع راجع است.

قوله: لاشتماله على النقل في نظرهم: ضمير در «لاشتماله» به معاطات راجع است.

متن:

و وجه الثالث ما تقدم للثاني على القول بالاباحة: من سلب البيع عنه، و للأول على القول بملكه: من صدق البيع عليه حينئذ و إن لم يكن لازما.

و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص فيحمل على العرف و إن لم يفده عند الشارع إلا الاباحة.

و بين ما ثبت بالاجماع على اعتباره في البيع، بناء على إنصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

والاحتمال الأول لا يخلو عن قوة، لكنها بيعا ظاهرا على القول بملك كما عرفت

و أما على القول بالاباحة فلأنها لم تثبت إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا يشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضا.

ثم إنه حکی عن الشهید رحمة الله في حواشیه على القواعد أنه بعد ما منع من اخراج المأمور بالمعاطاة في الخمس و الزکاة، و ثم من الهدی إلا بعد تلف العین يعني العین الاخر: ذکر أنه یجوز أن يكون الثمن و المثلمن في المعاطاة مجھولین، لأنها ليست عقدا. و كذا جهالة الاجل، وأنه لو اشتريت امة بالمعاطاة لم یجز له نکاحها قبل تلف الثمن انتهی.

و حکی عنه في باب الصرف ايضا أنه لا یعتبر التقادب في المجلس في معاطاة النقادين.

ترجمه:

وجه و دلیل احتمال سوم

مرحوم مصنف می فرمایند:

احتمال سوم این بود که بنابر رأی آنانکه معاطات را مفید ملک می دانند شرائط بیع در آن معتبر بوده و طبق نظر کسانیکه می فرمایند معاطات مفید اباھه است شرائط مزبور در آن معتبر نیست.

دلیل این احتمال مجموع و مرکبی از دلیل احتمال اول و دوم می باشد یعنی در آن شق از این احتمال که اگر معاطات را مفید اباھه بدانیم شرائط بیع در آن معتبر نیست دلیلش همان است که در تقریر دلیل احتمال دوم گفته شد یعنی می گوئیم در اینفرض بیع از معاطات مسلوب بوده لا جرم وجھی ندارد که شرائط آنرا در معاطات معتبر بدانیم.

و در شق دیگر که معاطات را مفید ملک بدانیم دلیل اشتراط شرائط بیع در آن همان تقریر و بیانی است که برای احتمال اول ذکر کرده و گفتم:

معاطات طبق این فرض بیع بوده اگرچه لازم نیست قهرا تمام شرائط بیع در آن معتبر می باشد.

تفريق و تفصیل بین شروط معتبر در بیع

پس از آن مرحوم مصنف می‌فرمایند:

ممکنست بین شروطی که در بیع معتبر است فرق گذارد و باعتبار برخی از آنها در معاطات قائل و بعدم اعتبار بعضی دیگر معتقد گردیم و تفصیل اینفرق چنین است:

شروطی که دلیل بر اعتبار آنها نص می‌باشد در معاطات معتبرند زیرا مقصود از بیعی که در لسان شارع مقدس مشروط به این شروط است، بیع عرف بوده اگرچه عند الشارع تنها مفید اباده باشد و پراوضح است که معاطات باینمعنا بیع بوده قهرا مورد اعتبار شروط مذبور قرار می‌گیرد.

و اما شروطی که اجماع علماء بر اعتبار آنها در بیع دلالت دارند در معاطات شرط نیستند زیرا بیعی که در معاقد اجتماعات مورد اعتبار شروط مذبور قرار دارد منصرف است به عقد لازم لا جرم معاطات مشمول آن نیست.

تقویت احتمال اول

پس از آن مرحوم مصنف می‌فرمایند:

از بین احتمالات سه‌گانه‌ای که ذکر شد، احتمال اول خالی از قوت نیست زیرا همانطوری که در این احتمال تقریر شد معاطات بنابر قول کسانیکه آنرا مفید ملک می‌دانند ظاهرا بیع است چنانچه شرح آن قبل از مرحوم محقق ثانی در جامع المقادد گذشت.

و اما بنابر رأی آنانکه معاطات را مفید اباده می‌دانند وجه قوت این احتمال آنستکه:

اباده ثابت نشده مگر در معامله‌ای که تنها فاقد صیغه باشد بنابراین حکم باباده شامل معامله‌ای که غیر از صیغه شرط دیگر را دارا نیست نمی‌شود.

نقل کلام مرحوم شهید اول

نقل شده که مرحوم شهید در حواشی بر قواعد بعد از آنکه از اخراج مالیکه بعنوان معاطات اخذ شده در خمس و زکات و ثمن قربانی حج مگر بعد از تلف عین مقابل منع نموده فرموده است:

در معاطات جایز است ثمن و مثمن هردو مجھوں باشند زیرا معاطات عقد نیست تا علم بعضین در آن لازم باشد و همچنین است جهالت اجل و مدت یعنی اگر نسیه معاطاتی انجام دادند لازم نیست مدت پرداخت ثمن معلوم باشد.

و پس از آن اضافه کرده و گفته است:

اگر کنیزی را معاطاتا خرید حق ندارد پیش از تلف شدن ثمن نزد بایع کنیز را نکاح کرده و با او نزدیکی نماید.

پایان کلام شهید اول قدس سره

و از او در باب صرف نیز چنین حکایت شده:

اگر معامله نقدین معاطاتی واقع شد قبض مجلس در آن شرط نیست.

شرح مطلوب

قوله: من سلب البيع عنه: ضمير در «عنه» به معاطات راجع است.

قوله: و للاول: يعني و ما تقدم للاول.

قوله: من صدق البيع عليه حينئذ: يعني حين نقول بآفادتها للملك.

قوله: ثبت اعتباره في البيع من النص: همچون علم بمقدار عوضين و علم بمقدار مدت در بيع نسيه و قبض در مجلس عقد نسبت به بيع صرف.

قوله: و بين ما ثبت بالاجماع الخ: مانند بلوغ و قصد در متعاقدين.

قوله: و الاحتمال الاول: يعني احتمال اول از سه احتمال مذكور.

قوله: ثم انه حکی عن الشهید رحمه الله الخ: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» میباشد.

قوله: انه بعد ما منع من اخراج المأخذوthe الخ: ضمیر در «انه» و «منع» به شهید اول راجع است مثلا زید در معامله معاطاتي عبائی را فروخته و در مقابل هزار تومان گرفته

حال اگر در وقت محاسبه اموالش هزار تومان يا کمتر و بیشتر بوي خمس يا زکات تعلق گرفت حق ندارد این وجه را از هزار تومان مذبور بپردازد مگر آنکه عبای فروخته شده نزد مشتری تلف شده باشد تا بدینوسیله زید مالک هزار تومان شده و در نتیجه بتواند مال الخمس را از آن پرداخت کند.

قوله: ذکر انه یجوز ان يكون الثمن الخ: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» میباشد.

قوله: لانها ليست عقدا: ضمیر در «لانها» به معاطات راجع است.

قوله: و كذا جهالة الاجل: يعني جهالت اجل نيز مانند جهالت به ثمن و مثمن اشكالي ندارد.

قوله: و انه لو اشتريت الخ: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» بوده و اينجمله معطوف است به انه یجوز الخ.

قوله: لم يجز له نكاحها: ضمیر در «له» به مشترى امه راجع است.

قوله: و حکی عنه في باب الصرف: ضمیر در «عنه» به شهید اول راجع است.

قوله: انه لا يعتبر التقادب الخ: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» میباشد.

مؤلف گوید:

غرض مرحوم مصنف از نقل کلام شهید آنستکه بفرمایند ایشان از کسانی هستند که باعتبار شروط بيع در معاطات قائل نمیباشند.

متن:

اقول: حکمه قدس سره بعدم جواز اخراج المأخذوthe بالمعاطاة في الصدقات الواجبة، و عدم جواز نكاح المأخذوthe بها صريح في عدم افادتها للملك، إلا أن حکمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع، و الصرف، معملاً بأن المعاطاة ليست عقداً يتحمل أن يكون باعتبار عدم الملك، حيث إن المفید للملك منحصر في العقد، و أن يكون باعتبار عدم اللزوم، حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم.

و الأقوى اعتبارها و إن قلنا بالاباحة، لأنها بيع عرفي و إن لم يف شرعاً إلا الاباحة.

و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي، بل

تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب.

و لما عرفت من أن الاصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد، و عدم تأثيره شيئاً خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم: و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة، و بقى الباقي.

و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرباء فيه ايضا و إن خصصنا الحكم بالبيع.

بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك، لأنها معاوضة عرفية و إن لم تقدر الملك، بل معاوضة شرعية كما اعترف بها الشهيد رحمة الله في موضع من الحواشى، حيث قال: إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة، أو لازمة. انتهى.

ولو قلنا: إن المقصود للمتعاطفين الإباحة لا الملك فلا يبعد ايضا جريان الربا، لكونها معاوضة عرفا. فتأمل.

ترجمه:

مقاله مرحوم مصنف

مرحوم مصنف می فرمایند:

اینکه مرحوم شهید حکم فرمود باینکه اخراج مال بدست آمده از طریق معاطات در صدقات واجبه همچون خمس و زکات جایز نیست و نیز کنیزی که بمعاطات خریده شده نکاوش مشروع نمی باشد.

صریح است در اینکه معاطات افاده ملک نمی کند چه آنکه اگر مفید ملک می بود وجهی نداشت نکاح کنیز مزبور جایز نبوده یا اخراج مال یاد شده در صدقات واجب مشروع نباشد منتهی اینکه ایشان حکم فرمودند بعد اعتبار شروط بیع و صرف در معاطات و علتش را عقد نبودن آن دانستند.

احتمال دارد باعتبار این باشد که معاطات مفید ملک نیست چه آنکه معامله مفید ملک منحصر در عقد است و پس از اعتراف بعقد نبودن معاطات ملک در آن منتفی بوده قهره شروط بیع نیز در آن معتبر نیستند.

و ممکن هم هست که حکم مزبور باعتبار عدم لزوم معاطات باشد زیرا شروط مذکور، شرایط بیع عقدی لازم هستند و با اذعان بعد لزوم معاطات اعتبار شرایط مزبور در آن ساقط نمی باشد.

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

ولی اقوی از نظر ما اینستکه شروط مزبور در معاطات معتبرند اگرچه قائل شویم که معاطات مفید اباوه است زیرا از نظر عرف معاطات بیع محسوب می شود و لو شرعا اثرش تنها اباوه تصرفات باشد و بدون تردید مورد ادله ای که دلالت بر اعتبار شروط دارند همان بیع عرف است نه خصوص بیع عقدی که با صیغه لفظی انشاء می شود بلکه می توان گفت تقيید این ادله به بیع عقدی تقيید به غیر غالب می باشد زیرا غالب معاملات بیعی در خارج بصورت معاطات است نه آنکه با صیغه تحقق پیدا نمایند. و علاوه بر ایندلیل بیان دیگر برای اعتبار شروط در معاطات اینستکه.

بعد از آنکه قائل شدیم معاطات مفید ملک نیست اصل فساد و بطلان آن می باشد یعنی اصل مقتضی است که معاطات در خارج هیچ اثری نداشته باشد منتهی آنچه از تحت این اصل خارج بوده عبارتست از معاطات که از حیث لزوم و عدم لزوم بین علماء محل اختلاف قرار گرفته و آن معامله ای است که باستثناء صیغه جامع تمام شروط باشد چه آنکه چنین معامله ای مؤثر بوده اگرچه اثرش اباوه تصرفات فرض گردد و بعد از اخراج این فرد از تحت اصل باقی افراد مشمول اصل مزبور بوده و محکوم بفساد و بطلان می باشند.

و از این شرحی که بیان نمودیم وجه تحريم رباء در معاطات نیز معلوم و روشن شد و لو حکم بحرمت رباء اختصاص به بیع داشته باشد بلکه علی الظاهر رباء در معاطات حرام است حتى از نظر کسانیکه معاطات را مفید ملک نمی دانند زیرا معاطات معاوضه عرفی بوده و لو افاده ملک نکند بلکه باید بالاتر گفت یعنی بگوئیم معاطات معاوضه شرعیه است قهره رباء در آن حرام می باشد چنانچه مرحوم شهید علیه الرحمه در برخی از مواضع حواشی بر قواعد بآن اعتراف نموده، ایشان فرموده اند:

معاطات معاوضه مستقله است اعم از آنکه جائز بوده یا لازم باشد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

اگر در معاطات قائل شویم مقصود متعاطین اباخه است نه ملک باز بعید

نیست که رباء در آن حرام باشد زیرا اگرچه در اینفرض معاطات معاوضه شرعی نیست ولی عرفًا معاوضه محسوب می‌شود و پرواضح است که مورد ادله تحریم رباء معاوضه عرف است.

شرح مطلوب

حاصل مقاله مرحوم مصنف تا «و الاقوی» اینستکه:

همانطوریکه قبله عبارت مرحوم شهید را نقل کردیم ایشان معتقدند مالیکه از طریق معاطات بدست می‌آید را نمی‌توان در صدقات واجب مصرف نمود همانطوریکه با کنیزی که شخص از طریق بیع معاطات تحصیل نموده نزدیکی کردن جایز نمی‌باشد.

جای تردید نیست که اینکلام از ایشان بالصراحه دلالت دارد که معاطات مفید ملک نیست و وقتی افاده ملک نکرد قطعاً لازم نمی‌باشد با توجه باین نکته می‌گوئیم:

نفي اعتبار شروط بيع در معاطات ممكنت است يكي از دو اعتبار باشد:

الف: آنکه چون معاطات مفید ملک نیست پس شروط بیع نیز در آن اعتباری ندارد و دلیل بر این احتمال آنستکه:

بطور کلی معامله مفید ملک منحصر است در عقد یعنی در آنچه با صیغه لفظی انشاء شود همچون بیع بصیغه و اینگونه از معاملات البته مشروط بشرطی هستند اما معاطات که مفید ملک نیست پس عقد نمی‌باشد و وقتی عقد نبود شروط در آن معتبر نیستند.

ب: آنکه نفي اعتبار شروط نه بخاطر آنستکه مفید ملک نیست بلکه جهتش آنستکه لازم نمی‌باشد و دلیل بر این احتمال آنستکه: شروط مذکور یعنی شروط بیع در معامله عقدی لازم بوده نه در هربیعی و لو لازم نباشد همچون معاطات.

و حاصل کلام آنستکه مرحوم شهید اگرچه قائل به اعتبار شروط بیع در معاطات نیست ولی این قول بخاطر آنستکه وی معاطات را عقد لازم مفید ملک

نمی‌داند پس اگر ایشان هم به مفید ملک بودن یا لزوم آن قائل می‌بود قطعاً شروط مذکور را در آن معتبر می‌دانست
قوله: عدم جواز نکاح المأخوذ بها: ضمیر در «بها» به معاطات راجع است.

قوله: فی عدم افادتها للملك: ضمیر در «افادتها» به معاطات برمی‌گردد.

قوله: و ان يكون باعتبار الخ: معطوف است به «ان يكون باعتبار عدم الملك».

قوله: و الاقوی اعتبارها الخ: حاصل فرموده مرحوم مصنف تا «و بما ذكرنا» اینستکه:

بعقیده ما تمام شروط بیع در معاطات معتبر است اگرچه آنرا مفید ملک ندانسته و اثرش را اباخه مجرد از ملک بدانیم و دلیل ما بر این ادعاه دو چیز است:

الف: معاطات اگرچه مفید ملک نباشد بیع عرفی است و ادله‌ای که بر اعتبار شروط مذکور دلالت دارند موردشان بیع عرفی می‌باشد نه خصوص بیع عقدی و چون غالب بلکه اغلب معاملات واقع در خارج بصورت معاطات بوده لا جرم تقييد اين ادله به خصوص بیع عقدی تقييد به فرد غير غالب است که مستهجن محسوب می‌شود.

ب: بعد از آنکه معاطات را مفید ملک ندانستیم اصل اولی مقتضی است که فاسد و باطل باشد و معنای فساد و بطلان در معاملات عدم تأثیر می‌باشد یعنی اصل در معاطات غیر مفید ملک عدم تأثیر است منتهی از تحت این اصل یک فرد خارج است و آن معاطاقی است که جامع تمام شروط بیع می‌باشد و این همان معاطاقی است که دسته‌ای از علماء بلزم و گروهی به جوازش قائل هستند و به صورت این فرد از معاطات مؤثر است و لو اثرش اباحه تصرفات باشد پس شرط مؤثر بودن چنین معامله‌ای آنستکه شرائط بیع باید در آن موجود باشند و اساساً تنها فرقی که با بیع دارد اینستکه فاقد صیغه می‌باشد.

قوله: لانها بیع عرفی: ضمیر در «لانها» به معاطات راجع است.

قوله: بل تقییدها بالبیع العقدی: ضمیر در «تقییدها» به ادلہ راجع است.

قوله: و لما عرفت من ان الاصل الخ: اشاره است به دلیل دوم مرحوم مصنف بر اعتبار شروط بیع در معاطات.

قوله: و هو المعاملة الخ: ضمیر «هو» به ما هو محل الخلاف راجع است.

قوله: و بما ذكرنا: مقصود دلیل اول یعنی «لانها بیع عرفی» می‌باشد.

قوله: وجه تحريم الرباء فيه: ضمیر در «فیه» به معاطات راجع است.

قوله: و ان خصتنا الحكم: منظور از «حكم» حکم بتحريم رباء می‌باشد.

قوله: لا يراها مفيدة للملك: ضمیر مؤنث در «لا يراها» به معاطات راجع است.

قوله: لانها معاوضة عرفية: ضمیر در «لانها» به معاطات راجع است.

قوله: كما اعترف بها الشهيد رحمة الله عليه: ضمیر در «بها» به معاوضه عرفیه بودن معاطات راجع است.

قوله: فتأمل: شاید اشاره باشد باینکه اگر قائل شدیم در معاطات متعاطین قصدشان اباحه است نه ملک فلذا اثر آن نیز اباحه می‌باشد نه تمليک قطعاً معاطات معاوضه عرفیه بحساب می‌آید نه شرعیه و بدیهی است حکم به حرمت رباء در معاوضات شرعیه است نه عرفیه از اینزو در فرض مذبور حکم به «لا يبعد جريان الرباء» بنظر صحیح نمی‌آید.

متن:

و اما حکم جریان الخيار فيها قبل اللزوم فيمکن نفیه علی المشهور، لانها جائزه عندهم فلا معنی للخيار.

و إن قلنا بافادة الملك فيمکن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناء على صيروتها بیعاً بعد اللزوم كما سیأتي عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمن المعاطاة، إلا أن اثره يظهر بعد اللزوم.

و على هذا فيصح إسقاطه، و المصالحة عليه قبل اللزوم.

و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبیع فلا تجري لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار.

و بين غيرها ك الخيار الغبن و العيب بالنسبة الى الرد، دون ارش فتجري، لعموم أدلتها.

و اما حکم الخيار بعد اللزوم فسیأني بعد ذکر الملزمات.

ترجمه:

حکم جریان خیار در معاطات

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

اما بیان حکم جریان خیار در معاطات پیش از آنکه بواسطه یک از اسباب لزوم لازم گردد باید بگوئیم ممکنست بنابر رأی مشهور آنرا نفی کنیم زیرا طبق نظریه ایشان معاطات جایز است لذا معنا ندارد که در آن خیار جعل شده باشد چه آنکه مقصود از تشریع خیار آنستکه طرفین معامله بتوانند معامله را بهم بزنند و وقتی فرض کردیم معامله‌ای ذاتاً اینگونه بود بدون احتیاج به سبب خارجی پر واضح است تشریع و جعل آن سبب بمنظور امکان بهم زدن آن لغو و بیهوده می‌باشد.

پس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

حکم مذکور همانطوری که اشاره شد بنابر مسلک مشهور است که معاطات را مفید اباحه می‌دانند.

و اما اگر قائل شدیم که معاطات افاده ملک می‌فاید ممکنست ملتزم شویم که مطلقاً خیار در آن ثابت است چه قبل از حصول لزوم و چه بعد از آن.

البته این کلام مبتنی است بر اینکه معاطات بعد از لازم شدن بیع محسوب گردد چنانچه عنقریب در وقت بیان ملزمات اشاء الله شرح آن خواهد آمد.

پس در حقیقت می‌توان گفت:

خیار از ابتداء زمان وقوع معاطات موجود است منتهی اثرش پس از لزوم ظاهر می‌گردد.

بنابراین قبل از لزوم اسقاط خیار و مصالحه بر آن صحیح است.

پس از آن مرحوم مصنف می‌فرمایند:

ممکنست بین خیارات تفصیل داده و بگوئیم:

فرق است بین خیاراتی که مختص به بیع بوده همچون خیار مجلس و خیار حیوان و امثال ایندو چه آنکه اینگونه از خیارات در معاطات جاری نیست و بین خیاراتی که اختصاصی به بیع ندارند نظیر خیار غبن و عیب نسبت به رد معیوب نه ارش زیرا ایندسته از خیارات در معاطات جاری هستند و جهتش آنستکه ادله آنها عام بوده و همانطوری که گفتیم اختصاصی به بیع ندارند.

و اما حکم خیار بعد از حصول لزوم اشاء الله عنقریب پس از ذکر ملزمات بیان خواهد شد.

شرح مطلوب

قوله: جریان الخیار فیها: ضمیر در «فیها» به معاطات راجع است.

قوله: بثبوت الخیار فیه مطلقاً: کلمه «مطلقاً» یعنی چه قبل اللزوم و چه بعد از لزوم.

قوله: و علی هذا: مشار اليه «هذا» ثبوت خیار بطور مطلق می‌باشد.

قوله: فیصح اسقاطه: زیرا اسقاط ما لم یجب نیست.

قوله: و المصالحة علیه: زیرا صلح بدون عوض بحساب نمی‌آید.

قوله: دون الارش: زیرا اخذ ارش مختص به باب بیع می‌باشد.

قوله: لعموم ادلتها: زیرا از جمله ادله اینگونه از خیارات قاعده لا ضرر است که عدم اختصاص آن به باب بیع بسی روشن و واضح است.

متن:

الامر الثاني: ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين فاملك، أو الاباحة في كل منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب اباحتة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة، و لا الاباحة رأساً، لأن كلاً منها ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو الاباحة، إلا أن الظاهر من جماعة من متاخري المتأخرین تبعاً للشهید في الدروس جعله من المعاطاة. و لا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطاة، لكن هذا، لا يقبح في جريان حكمها عليه، بناءً على عموم الحكم لكل بيع فعلي، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكه تمليكاً له بعوض، أو مبيحاً له به.

و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو اباحتة له بازائه.

فلو كان المعطى هو الشمن كان دفعه على القول بملكه و البيع اشتراط، و أخذته بيعاً للمثمن به فيحصل الايجاب و القبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد.

ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملكاً واضحة اذا يدل عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين.

و أما على القول بالاباحة فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الاباحة.
اللهم إلا أن يدعى قيام السيرة عليها كقيامتها على المعاطاة الحقيقي.

و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد اصال الشمن و أخذ المثمن من غير صدق إعطاء اصلاً، فضلاً عن التعاطي كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء، و وضع الفلس في المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك.
و كذلك غير الماء من المحرقات كالخضروات و نحوها.

و من هذا القبيل الدخول في الحمام و وضع الاجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين، أو احدهما مع الرضا في التصرف.

و يظهر ذلك من المحقق الارديبيلي رحمه الله ايضاً في مسألة المعاطاة.
و سياق توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله.

ثم أنه لو قلنا: إن اللفظ غير المعتبر في العقد كال فعل في انعقاد المعاطاة أمكن خلو المعاطاة من الإعطاء و الإصال رأساً فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير اصال.

و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه، بناءً على الملك.
واما على القول بالاباحة فالاشكال المتقدم هنا آكد.

ترجمة:

[قدر متيقن از مورد معاطات]

امر دوم

قدر متيقن از مورد معاطات آنجائی است که تعاطی فعلی از دو طرف صورت بگیرد که در این فرض ملك یا اباحته در هرکدام از دو طرف بواسطه اعطاء حاصل می‌شود، بنابراین اگر اعطاء تنها از یک طرف انجام شود چون فعلی که موجب اباحته یا ملکیت در طرف دیگر است حاصل نشده لا جرم معاوضه تحقق پیدا نکرده و بطور کلی اباحته نیز حاصل نشده زیرا هرکدام از ملك یا اباحته در طرفین در مقابل دیگری می‌باشد و بدیهی است وقتی سبب ملکیت یا اباحته تنها در یک طرف صورت گرفت بدون طرف مقابل سبب مذبور تأثیری نداشته و رأساً ملکیت و اباحته

نسبت به طرفین متنفی می‌باشد و حاصل آنکه:

معاطاتی مفید ملک یا اباhe می‌باشد که اعطاء از هردو طرف صورت بگیرد و در غیر اینفرض نه ملکیت حاصل می‌شود و نه اباhe ولی در عین حال ظاهر کلام جماعتی از متأخرین از متأخرین به تبعیت از مرحوم شهید اول در کتاب دروس اینستکه اینصورت نیز از مصادیق معاطات می‌باشد.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

جای تردید و شک نیست که معنای معاطات در اینفرض (فرضی که اعطاء از یک طرف باشد) صدق نمی‌کند ولی در عین حال مانع از جریان حکم معاطات بر آن نیست و به تعبیر دیگر اعطاء از یک طرف اگرچه موضوعاً معاطات نیست ولی در حکم آن می‌باشد.

البته این سخن مبتنی بر آنستکه حکم معاطات تعمیم داشته و شامل هریع فعلی بشود بنابراین وقتی احد الطرفین مال و ملک خود را که یکی از دو عوض هست بقبض دیگری داد نفس این اقباض تمیلیک مال بعوض یا اباhe ملک بعوض بحساب می‌آید و از طرف دیگر همینکه جانب مقابل مال مزبور را اخذ نمود مجرد این اخذ تمیلک بعوض یا اباhe عوض در ازاء آنمحسوب می‌شود لذا اگر مال اعطاء شده گن باشد بنابر قول آنانکه معاطات را بیع و مفید ملک می‌دانند دفع آن اشتراء و اخذش بیع و فروش مثمن شمرده شده در نتیجه ایجاب و قبول فعلی هردو بواسطه یک فعل در زمان واحد حاصل می‌شوند.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

صحت معاطات مزبور بنابر قول کسانیکه آنرا بیع و مملک می‌دانند واضح و روشن است زیرا آنچه بر صحت معاطات از دو طرف دلالت دارد تصحیح اینقسم از معاطات را نیز تضمین می‌کند و اما بنابر رأی آنانکه قائل به اباhe هستند مشکل بتوان آنرا تصحیح نمود زیرا بعد از آنکه ملک با چنین معامله‌ای حاصل نشد هیچ دلیلی بر اباhe در دست نیست.

بلی ممکنست ادعاء کنیم که سیره اهل شرع و مردم بر این جاری شده که آنرا مؤثر دانسته و اباhe را نتیجه آن می‌دانند همانطوری که این سیره بر معاطات حقیقی (معاطاتی که اعطاء طرفینی باشد) قائم می‌باشد.

سپس مرحوم مصنف می‌افزایند:

بسا برخی از فقهاء ادعاء نموده‌اند که معاطات بصرف ایصال گن و گرفتن مثمن منعقد شده بدون اینکه اعطائی اصلاً صادق باشد چه رسد به تعاطی و فعل طرفینی چنانچه بین مردم متعارف است در غیاب سقاء آب را برداشته و در مکانی که برای گذاردن پول خورد تبعیه شده فلوس را قرار می‌دهند و نفس همین برداشتن آب و قرار دادن پول را کافی در تحقق معاطات می‌دانند مشروط باینکه بدانند سقاء به این امر راضی است.

البته حکم مزبور تنها در آب نبود بلکه غیر آب اشیاء حقیر و ناچیزی که گن قابل توجهی ندارند همچون سبزیجات و امثال اینها نیز دارای همین حکم می‌باشند.

و از همین قبیل است داخل شدن در حمام و پس از استحمام و حاضر نبودن صاحب حمامی اجرت را در ظرف او نهادن. بنابراین معیار در معاطات و تحقق آن وصول عوضین یا رسیدن یکی از آنها است مشروط باینکه صاحبیش به تصرف در آن راضی باشد.

و همین نظریه نیز از ظاهر کلام مرحوم محقق اردبیلی نیز در مسئله معاطات استفاده می‌شود و عنقریب در مقام و محل خودش انشاء الله توضیح آن خواهد آمد.

پس از آن می‌فرمایند:

اگر قائل شویم که لفظ غیر معتبر در عقود چنایه فعل است در انعقاد معاطات بدین ترتیب خلو معاطات از اعطاء و ایصال نیز امر ممکن شده در نتیجه اگر دو نفر راجع به مبادله مالی بهال دیگر باهم صحبت و گفتگو کنند بدون اینکه اعطاء یا ایصالی در

خارج صورت گیرد معاطات محقق می‌شود و هیچ بعدی ندارد که در فرض صدق بیع بر آن به صحتش حکم کنیم البته این حکم بنابر رأی کسانیکه معاطات را مفید ملک می‌دانند بسیار روشن و ظاهر است و اما طبق نظریه آنانکه معاطات را مفید اباوه می‌دانند اشکال سابق الذکر در اینجا نیز جاری بلکه آکد می‌باشد.

شرح مطلوب

حاصل فرموده مرحوم مصنف در این عبارات آنستکه:

معاطات ہقتضای وضعی لغوی و اینکه از باب مفاعله است یعنی اعطاء طرفینی و قدر متیقن از مورد تحقیق و اجراء احکام مذکور در این باب همین نحو از آن می‌باشد لذا طبق نظریه قائلین بملک، ملکیت بنفس اعطاء حاصل می‌شود مثلاً زید وقتی عباء را به عمرو داد و عمرو آنرا اخذ کرد مالکش شده و در قبال آن بمجرد اینکه عمرو پول عباء را به زید اعطاء کرد و وی آنرا دریافت نمود ملکیت تحقق می‌یابد پس ملکیت عباء و ثمن بصرف اعطاء محقق می‌شود.

و مطابق رأی قائلین باباوه جواز تصرف هرکدام از متعاطین در مالیکه اخذ کرده بعد از اعطاء طرف مقابل حاصل می‌شود مثلاً در مثل مزبور جواز تصرف عمرو در عباء بعد از اعطاء زید و جواز تصرف زید در پول پس از اعطاء عمرو تحقق می‌یابد و همانطوری که اشاره شد کسانیکه معاطات را مشروع می‌دانند قدر متیقن از آن همین نحو می‌باشد و ادلہ‌ای که پیشتر بر جواز و صحت آن اقامه شد قطعاً اینقسم از معاطات را شامل می‌شوند.

سپس مرحوم مصنف برای تعدی از آن و تجویز فرد دیگر از معاطات می‌فرمایند:

قسمتی دیگر از معاطات بوده که در آن تنها اعطاء از یکطرف صورت می‌گیرد، البته موضوع معاطات بر آن صادق نیست زیرا همانطوری که گفتیم لفظ «معاطات» مصدر از باب مفاعله بوده و در تحقق آن اعطاء دو طرف لازم است و مقتضای جمود بر لفظ آنستکه بگوئیم:

چون موضوع معاطات صادق نیست قهراً حکم آن نیز جاری نمی‌باشد لذا علی القاعده پس از حصول اعطاء از جانب واحد نه ملک حاصل شده و نه اباوه ولی معدلك کله مرحوم شهید اول آنرا از مصاديق معاطات قرار داده و پس از ایشان جماعتی به تبعیت از وی حکم به معاطات بودن آن نموده و آنچه در اعطاء طرفینی گفته‌اند در آن نیز قائل شده‌اند.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

بعقیده ما این نحو از معامله معاطات نیست باینمعنا که موضوع معاطات بر آن صادق نمی‌باشد ولی حکمش بر آن جاری است البته اجراء حکم معاطات بر آن مبتنی است بر اینکه حکم را عام دانسته و شامل هربیع فعلی بدانیم چه ایجاب و قبول هردو فعلی بوده و باصطلاح اعطاء طرفینی باشد و چه اعطاء از یک جانب تحقق یابد و بدین ترتیب معامله یادشده از نظر حکم در زمرة معاطات داخل می‌شود.

نکته‌ای که راجع باینمعامله باقی ماند و باید تحقیقش نمود اینستکه:

اگر در معاطات حقیقی که اعطاء طرفینی است قائل شدیم که بیع و مملک است صحت این معامله یعنی معاطات حکمی واضح و روشن بوده و جای هیچگونه اضطراب و دغدغه نیست زیرا تمام ادلہ‌ای که برای صحت معاطات حقیقی اقامه نمودیم اینمعامله را نیز شامل می‌شوند ولی اگر گفتیم معاطات حقیقی مفید اباوه است و بیع نمی‌باشد مشکل بتوان معاطات حکمی را صحیح دانست زیرا پس از اینکه بحسب فرض ملکیت منتفی بود دیگر هیچ دلیلی بر ثبوت اباوه وجود ندارد مگر آنکه به سیره متمسک شده و بگوئیم:

یک از ادلہ بر صحت معاطات حقیقی سیره است و این سیره همانطوریکه صحت معاطات حقیقی را تضمین می‌کند بر صحت معاطات حکمی نیز دلالت دارد.

و به صورت این نحو از معامله بالاخره صحیح بوده و همچون معاطات میباشد سپس مرحوم مصنف از این حد نیز تعدی کرده و میفرمایند:

برخی از فقهاء ادعاه کرده‌اند که معاطات هم باعطا طرفینی منعقد شده و هم باعطا یک جانبه و هم بدون اینکه اعطائی اصلاح بگیرد بلکه ب مجرد ایصال ثمن و دریافت مثمن وجود پیدا میکند نظیر اغلب معاملات ناچیز و حقیر چنانچه در عرف معمول است که اشخاص به سقاء مراجعه کرده و در غیاب وی آب از کوزه برداشته و پول آنرا که یک یا دو فلس مثلا هست در جائی که برای آن تعییه شده می‌ریزند و این نحو در معامله قطعاً معاطات است بدون اینکه اعطائی از هیچ طرف صورت گرفته باشد.

و نظیر آن نسبت بمعاملات دیگر بسیار است همچون داخل شدن در حمام و

پس از استحمام پول آنرا در جای مخصوص گذارده و از حمام بیرون می‌روند بدون اینکه با صاحب حمام مواجه شده و اعطائی صورت بگیرد و یا مانند خریدن سبزیجات و امثال آن که بسیار اتفاق می‌افتد که بهمین نحوه از معامله صورت می‌گیرند. و حاصل آنکه معیار در معاطات وصول عوضین یا احد العوضین بdest شخص بوده مشروط باینکه تراضی در بین باشد و پرواضح است که این مناطق قابل صدق است بر هرسه نحو از معامله (اعطا طرفینی، اعطاء یک جانبه، مجرد وصول بدون اعطاء).

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

از کسانیکه به صحت اینمعامله تصريح نموده و آنرا معاطات دانسته است مرحوم محقق اردبیلی می‌باشد و عنقریب ما نیز در اطراف آن توضیح بیشتری داده و نظریه خود را ابراز می‌نماییم.

پس از آن مرحوم مصنف برای تعدی از آن و ملحق کردن فرد دیگری را به معاطات چنین می‌فرمایند:

اگر لفظ غیر معتبر در عقد را همچون فعل دانسته و گفتیم همانطوری که معاطات با فعل منعقد می‌شود با لفظ غیر معتبر نیز انعقاد پیدا می‌نماید ممکنست معاطات رأساً از اعطاء و ایصال نیز خالی باشد یعنی نه اعطاء طرفینی و نه اعطاء یک جانبه و نه ایصال محقق آن باشد بلکه اگر دو نفر راجع به مبادله شیئی به شیئی دیگر باهم صحبت و گفتگو نمایند بدون حصول اعطاء و ایصال معاطات محقق می‌گردد و بفرضی که بیع بر این نحو از معامله صدق کند هیچ بعدی ندارد که بتوان به صحتش حکم کرد.

ناگفته نماند اگر معاطات را مفید ملک بدانیم البته همانطوری که گفته شد بعيد نیست که معامله مجبور صحیح باشد ولی در صورت اباحه حکم بصحت اینمعامله بمراتب مشکل‌تر است از حکم بصحت فرد قبلی.

و حاصل کلام آنکه طبق فرموده مرحوم مصنف برای معاطات چهار فرد می‌باشد:

۱- حصول اعطاء از دو طرف.

۲- حصول اعطاء از یکطرف.

۳- مجرد ایصال بدون اعطاء.

۴- صرف تقاؤل و صحبت بدون اعطاء و ایصال.

قوله: فی كل منها بالاعطا: ضمیر در «منها» به طرفین راجع است.

قوله: لان كلا منها ملك: ضمیر در «منها» به عوضین راجع است.

قوله: و لا ريب انه لا يصدق معنى المعاطات: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» می‌باشد.

قوله: لكن هذا لا يقديح الخ: مشار اليه «هذا» عدم صدق معنى المعاطة می‌باشد.

قوله: في جريان حكمها عليه: ضمير در «حكمها» به معاطات و در «عليه» به اعطاء يكطرفی راجع است.

قوله: تملیکا له بعوض: ضمير در «له» به احد العوضین راجع است.

قوله: او مبیحا له به: ضمير در «له» به احد العوضین و در «به» به عوض راجع است.

قوله: و اخذ الآخر له: ضمير در «له» به احد العوضین راجع است.

قوله: ملکا له: ضمير در «له» به احد العوضین عود می‌کند.

قوله: اباحة له بازائه: ضمير در «له» به احد العوضین راجع بوده و ضمير در «بازائه» به عوض برمی‌گردد.

قوله: فلو كان المعطى: کلمه «معطی» بصیغه اسم مفعول است.

قوله: ثم صحة هذا: مشار اليه «هذا» معاطاتی است که در آن اعطاء يکطرفه است.

قوله: بانه بعد عدم حصول الملك بها: ضمير در «بانه» بمعنای «شأن» بوده و در «بها» به معاطات برمی‌گردد.

قوله: قيام السيرة عليها كقيامتها الخ: ضمير در «عليها» به معاطاتی که در آن اعطاء يکطرفه است راجع می‌باشد.

قوله: في المكان المعد له: ضمير در «له» به وضع الفلس راجع است.

قوله: الرضا بذلك: مشار اليه «ذلك» وضع الفلس می‌باشد.

قوله: و يظهر ذلك من المحقق الارديلي: مشار اليه «ذلك» کون المعيار في المعاطاة وصول العوضین می‌باشد.

قوله: ثم انه لو قلنا: ضمير در «انه» بمعنای «شأن» می‌باشد.

قوله: ان اللفظ غير المعتبر: مقصود از لفظ معتبر «بعثت» و اشباه آن می‌باشد و از غير معتبر غير آن می‌باشد همچون «بيع» و امثال آن.

متن:

الامر الثالث تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية مع کون احد العوضین مما تعارف جعله ثمنا كالدرهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح، فإن صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف.

و أما مع کون العوضین من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضية، فإذا اعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصدا إن هذا المقدار من الحنطة يساوي درهما هو ثمن اللحم فيصدق عرفا أنه اشتري اللحم بالحنطة.

و اذا انعكس الصدق فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدنانير هو الثمن، و صاحبه هو المشتري.

و لو لم يلاحظ إلا کون احدهما بدلا عن الآخر، من دونه نية قيام احدهما مقام الثمن في العوضية، أو لوحظت القيمة في كليهما: بأن لوحظ کون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة تدل على کون احدهما بالخصوص بایعا.

ففي كونه بيعا و شراء بالنسبة الى كل منهما بناء على أن البيع لغة كما عرفت مبادلة مال بمال، و الشراء ترك شيء و اخذ غيره كما عن بعض اهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم أنه باعه بحنطة، و أنه اشتري الحنطة فيحيث لا حلف على عدم بيع اللحم، و عدم شراء الحنطة.

نعم لا يترب عليهما أحکام البایع، و لا المشتري، لإنصرافهما في أدلة تلك الى من اختص بصفة البيع، أو الشراء فلا تعم من كان في معاملة واحدة مصداقا لهم باعتبارين.

أو كونه بيعا بالنسبة الى من يعطي اولا: لصدق الموجب عليه و شراء بالنسبة الى الآخر، لكنه قابلا عرفا.

أو كونه معاطة مصالحة، لأنها بمعنى التسامم على شيء و لذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه:
لك ما عندك، و لي ما عندي: على الصلح.

أو كونه معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة: وجوه.
لا يخلو ثانية عن قوة، لصدق تعريف البائع لغة و عرفا على الدافع اولا، دون الآخر، و صدق المشتري على الآخذ أولا، دون الآخر
فتدرك.

ترجمة:

امر سوم تشخيص بائع از مشتری و مثمن از ثمن در معاملات فعلی

مرحوم مصنف می فرمایند:

در مواردی که از نظر اهل عرف احد العوضین معمولاً ثمن در معاملات قرار داده می شود همچون دراهم و دناری و فلوس
مسکوک البته تعیین و تشخیص بایع از مشتری بسیار واضح و روشن است یعنی می گوئیم:

کسیکه مثلًا در هم یا دینار را اعطاء می کند مشتری بوده و دیگری که در مقابل متاع همچون عباء را اعطاء می نماید بایع است.
البته اینکه گفتم صاحب ثمن مشتری و معطی متاع بایع است و تشخیص آنها از هم روشن و واضح می باشد در فرضی است که
صاحب ثمن تصریح بخلاف نکرده و صرفاً قض و اقاضی صورت گرفته باشد که برای تشخیص بایع از مشتری همانطوری که ذکر
شد می گوئیم صاحب ثمن مشتری است.

و در جاییکه هردو عوض غیر از آنچه گفته شد بوده مثلاً هردو متاع و جنس باشند برای تشخیص ثمن و مثمن و صاحبان آنها
یعنی مشتری و بایع می گوئیم:

ثمن آنست که مقصود صاحبیش این باشد که آنرا در عوض بودن قائم مقام ثمن

قرار دهد مثلاً اگر صاحب گندم در یک معامله معاطاتی گندم را در مقابل گوشت اعطاء نمود در حالیکه قصدش این بود که مقدار
گندم مورد معامله را مساوی با یک در هم دانسته که در هم مزبور ثمن برای اینمقدار از گوشت می باشد باینممعنا اگر در مقابل
اینمقدار گوشت بخواهند ثمنی بپردازنند یک در هم می دهند حال بجای یک در هم وی گندم منظور کرده است در اینجا عرف
صادق است که صاحب گندم با آن گوشت خریده پس گندم ثمن و صاحبیش مشتری و گوشت مثمن و صاحب آن بایع محسوب
می شوند.

و اگر در همین فرض امر بعكس شد یعنی صاحب گوشت آنرا بدل از در هم قرار داد و سپس آنرا در مقابل گندم اعطاء نمود
بایع و مشتری عکس می شوند یعنی صاحب گوشت را باید مشتری و مالک گندم را می باید بایع بدانیم و خلاصه آنکه:

مالی که به نیت بدليت از در هم و دینار داده می شود ثمن بوده و صاحبیش مشتری می باشد در مقابل مال دیگر که مثمن و
صاحبیش بایع بحساب می آید.

و اگر در معامله معاطاتی قصد متعاطین صرفاً این بود که احمد المالي را عوض و بدل دیگری قرار دهند بدون اینکه نیت بدليت
احدهما از ثمن را داشته یا اساساً قیمت و ثمن بودن را در هردو ملاحظه نمایند مثلاً در نظر بگیرند اینمقدار از گوشت یک در هم
قیمتیش بوده و گندم مورد معامله نیز ارزشش یک در هم می باشد و با ملاحظه اینمعنا تعاطی از طرفین صورت گرفته بدون اینکه
قبل صحبتی بینشان رد و بدل شده بطوریکه از آن بتوان بایع و مشتری را تشخیص داد در چنین فرضی چهار احتمال وجود دارد:

الف: آنکه معامله مزبور نسبت به کدام از متعاملین هم بیع بوده و هم شراء می باشد یعنی می توان هریک را هم بایع و هم
مشتری دانست.

البته این کلام مبتنی بر آنستکه بیع از نظر لغت عبارت باشد از مبادله مال بهمال چنانچه قبل از گذشت و شراء ترک نمودن چیزی و گرفتن غیرش باشد همانطوری که برخی از اهل لغت گفته‌اند چه آنکه بلاحظه معنای بیع و شراء مذکور در حق صاحب گوشت می‌توان گفت:

وی گوشت را به گندم فروخته.

همانطوری که درباره‌اش صادق است گفته شود:

او گندم را به گوشت خریده است.

و از اموری که بر این احتمال متفرق است اینکه:

اگر صاحب گوشت قبل از خورد بود گوشت نفروخته و یا گندم نخرد قطعاً با چنین معامله‌ای قسم را حنث و مخالفت کرده و کفاره بر عهده‌اش ثابت می‌شود.

بلی، این مطلب را باید اعتراف نمود که احکام بایع و مشتری در حق هیچکدام از متعاطین جاری نیست زیرا این احکام در ادله داله بر آنها منصرفند به کسیکه خصوص صفت بایع یا مشتری را دارد از اینزو شامل کسیکه در یک معامله به دو اعتبار و لحاظ مصدق هردو می‌باشد نمی‌شوند.

ب: آنکه معامله نسبت بکسیکه ابتداء اعطاء نموده بیع و در حق معطی دوم شراء می‌باشد زیرا بر معطی اول عنوان «موجب» صادق بوده قهرا بایع آنرا بایع دانست و بر کسیکه دوم اعطاء نموده و مال را از معطی اول اخذ کرده عرفاً قابل صدق نموده و در نتیجه می‌باید وی را مشتری قرار داد.

ج: آنکه معامله مزبور صلح معاطاتی است زیرا صلح بمعنای تسامم بر چیزی است و بدون شک این تسامم بین طرفین معامله در اینجا صادق است پس معاملات مزبور بیع نبوده بلکه صلح می‌باشد فلذاً حضرات روایتی را که درباره کلام احد الشريكین به دیگری که می‌گوید:

لک ما عندك ولی ما عندی.

وارد شده بر صلح حمل نموده‌اند.

د: معامله مزبور نه بیع بوده و نه صلح بلکه معاوضه متسق‌له‌ای است که تحت هیچیک از عنایین متعارف داخل نیست.

مرحوم مصنف پس از نقل این چهار احتمال می‌فرمایند:

احتمال دوم خالی از قوت نیست زیرا از نظر لغت و عرف بر معطی و دافع اول تعریف بایع صادق است ولی بر دافع دومی این عنوان صدق نمی‌کند چنانچه تعریف مشتری بر آخذ اول صدق کرده بدون آنکه بر آخذ دومی منطبق شود.

شرح مطلوب

قوله: ما م يصرح بالخلاف: تصريح بخلاف مثل اينكه بگويد: اين در هم را می‌فروشم به کذا.

قوله: انه اشتري اللحم الخ: ضمير در «انه» به صاحب حنطه راجع است.

قوله: انه باعه بحنطه: ضمير در «انه» به صاحب اللحم راجع بوده و ضمير منصوب در «باعه» به لحم راجع است.

قوله: و انه اشتري الحنطة: ضمير در «انه» به صاحب اللحم عود می‌کند.

قوله: مصداقاً لهما: ضمير در «لهما» به بایع و مشتری راجع است.

قوله: لانها بمعنى التسامم: ضمير در «لانها» به مصالحه راجع است.

متن:

الرابع: أن اصل المعاطاة و هو إعطاء كل منها الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطفين على وجوه:

احدها: أن يقصد كل منها تملك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في اخذه قابلا و متملكا بازاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الاولى، و قبضها.

دفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة.

فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد قيام المعاطاة.

و بهذا الوجه صححتنا سابقا عدم توقف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون اطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء، دون القول، لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين.

و مثله في هذا الاطلاق لفظ المصالحة و المساقاة و المزارعة و المأجرة و غيرها.

و بهذا الاطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و البهبة.

و ربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن اعطاء و في صحته تأمل.

ترجمه:

امر چهارم تصویر معاطات بانحاء متصوره و حکم آنها

مرحوم مصنف می فرمایند:

اصل معاطات که عبارتست از اعطاء هریک از متعاطین بدیگری مال خود را بمحظه قصد متعاطین بانحاء و وجوهی تصویر می شود.

وجه اول

وجه اول آنستکه هرکدام قصدشان تملیک مالش در مقابل مال دیگری باشد لذا طرف دیگر در اخذش قابل محسوب شده و در مقابل آنچه به رفیقش دفع می نماید متملک محسوب می شود پس می توان گفت که وی در دفع عوض انشاء تملیک نکرده بلکه در مقابل ملکی که نموده آنچه را که بر خود ملتزم شده دفع کرده است در نتیجه ایجاب و قبول با دفع عین اولی و قبضش تحقق می یابند یعنی با دفع آن ایجاب و با قبضش قبول حاصل می شود و بدین ترتیب دفع عین دوم از حقیقت معاطات خارج است.

و از متفرعات بر این مطلب آنکه آخذ اگر پیش از دفع مال خود به معطی فوت نمود این مرگ پس از قيام شدن معاطات و حصول آن صورت گرفته است زیرا همانطوری که گفته دفع وی هیچ دخالتی در تحقق معاطات ندارد.

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

و با همین وجه و تقریر قبل تصحیح نمودیم که معاطات بر قبض هردو عوض موقوف نیست و اطلاق معاطات بر آن از این حيث است که حصول معامله با اعطاء صورت گرفته نه با قول و لفظ پس معلوم شد که اطلاق لفظ «معاطات» بر معامله مزبور از اینجهت نیست که تقومش به اعطاء طرفین باشد بطوری که اگر یکی از دو اعطاء حاصل نشود معاطات در خارج صورت نگیرد.

و باید توجه داشت که معاطات در این اطلاق و بیانی که شد منحصر بفرد نبوده بلکه مماثل و مانند نیز دارد از جمله:

مصالحه و مساقات و مزارعه و مؤاجره و غير اينها نيز همينطور بوده و تحقق مفاهيم آنها موقوف بر حصول صلح و سقى و زراعت و اجاره از طرفين نمی باشد.

و بهمين اطلاق لفظ معاطات را در رهن و قرض و هبه استعمال کرده و می گويند:

رهن معاطاتي، قرض معاملاتي و هبه معاطاتي باینممعنا که از يك طرف مال بعنوان رهن يا قرض و يا هبه وقتی اعطاء شد و طرف مقابل اخذ کرد معاملات سه گانه بنحو معاطات تحقق می یابند و هیچ نيازی نیست که طرف مقابل نیز فاعل اعطاء چيزی باشد.

سپس ميرمايند:

و بسا معاطات را در معامله ای که با فعل حاصل شده استعمال می کنند اگرچه اعطائی صورت نگرفته باشد.

البته در صحت آن تأمل است و مشکل بتوان آنرا با ادله تصحیح نمود.

شرح مطلوب

قوله: فيكون اطلاق المعاطاة عليه: ضمير در «عليه» به اعطاء و قبض آن راجع است.

قوله: و مثله في هذا الاطلاق الخ: ضمير در «مثله» به بيع راجع است.

ثانیه: أن يقصد كل منهما تملیک الآخر ماله بازاء تملیک ماله ایاه، فيكون تملیک بازاء تملیک، فالمقابلة بين التملیکین لا الملاکین و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفین، فلو مات الثاني قبل الدفع لم یتحقق المعاطاة.

و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب الى الهبة المعاوضة، لكون كل من المالين خياليا عن العوض.

لكن إجراء حكم الهبة المعاوضة عليه مشکل، اذ لو لم یملکه الثاني هنا لم یتحقق التملیک من الاول، لأنه إنما ملکه بازاء تملیکه فما لم یتحقق تملیک من الثاني لم یتحقق تملکه.

إلا أن يكون تملیک الآخر له ملحوظا عند تملیک الاول على نحو الداعي، لا العوض فلا يقدح تخلفه.

فالأولى أن يقال: إنها مصالحة و تسالم على امر معين، أو معاوضة مستقلة.

ترجمه:

وجه دوم

وجه دوم اينستکه هریک از متعاطین قصدشان این باشد که مال خود را در مقابل تملیک دیگری بملک او درآورد در نتیجه تملیک بازاء تملیک قرار می گیرد و بعبارت دیگر مقابله بین دو تملیک بوده نه دو ملک و معامله به اعطاء طرفین وابسته می باشد لذا اگر دومی قبل از دفع مالش به اولی فوت شود معاطات تحقق پیدا نمی کند.

البته اينمعنا از بيع بعيد بوده و نزديك به هبه معاوضه است زيرا هرکدام از دو مال خالي از عوض می باشند همانطوری که در هبه معاوضه امر چنین است.

ولی در عین حال اجراء حکم هبه معاوضه بر آن مشکل است زيرا در اينجا اگر دومی مالش را بتملیک اولی درنياورد تملیک اول نيز تتحقق می یابد چه آنکه اولی مالش را بازاء تملیک دومی بملک او درآورده لاجرم تا از ناحیه دومی تملیکی محقق نشود تملکش نيز تتحقق می یابد بخلاف هبه معاوضه که هرکدام از دو تملیک بدون دیگری قابل تحقق می باشند.

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

در مورد بحث (بیع معاطاق) حال بدینگونه است که اولی وقتی مالش را به دومی تملیک می‌کند اینطور نیست که این تملیک در ازاء و مقابله تملیک دومی بوده بطوری که اگر تملیک دومی بصورت داعی ملاحظه شده یعنی اولی وقتی مالش را بملک دومی دومی درمی‌آورد داعی و باعث او بر این امر آنستکه دومی نیز مالش را تملیک وی کند حال اگر تملیک دومی تخلف نمود مضر به تملیک اولی نیست، بنابراین اولی و سزاوار اینستکه بگوئیم:

معاطات طبق این تقریر یا مصالحه و سازش بر امر مینی بوده و یا اساساً معاوضه مستقله‌ای است غیر از سایر معاوضات و معاملات.

شرح مطلوب

قوله: بازء تملیک ماله ایاه: ضمیر در «ماله» به الآخر راجع بوده و مرجع «ایاه»
کل منهما است.

قوله: اذ لو لم يملكه الثاني هنا: مشار اليه «هنا» بیع معاطاق است.

قوله: لانه انما ملكه بازء تملیکه: ضمیر در «لانه» به اولی و ضمیر مفعولی در «ملکه» و ضمیر مجروری در «تملیکه» به ثانی راجع است.

قوله: تملیک الآخر له: ضمیر در «له» به اولی راجع است.

قوله: فلا يقدح تخلفه: یعنی تخلفه عن تملیک الآخر.

متن:

ثالثها: أن يقصد الاول اباحة ماله بعوض فيقبل الآخر باخذه ایاه فيكون الصادر من الاول الاباحة بالعوض، و من الثاني بقبوله لها التملیک كما لو صرح بقوله: ابحث لك كذا بدرهم.

ترجمه:

وجه سوم

وجه سوم اینستکه اولی قصدش این باشد که مالش را برای دومی مباح کند منتهی این اباحه در مقابل عوض می‌باشد و دومی بواسطه گرفتن این اباحه را قبول می‌کند.

پس آنچه از اولی صادر شده اباحه بعوض بوده و از دومی بواسطه قبولش تملیک حاصل می‌شود و این معامله فعلی بمتابه آنستکه اولی به دومی بگوید:

ابحث لك كذا بدرهم.

یعنی: فلان مال خود را در مقابل یك در هم بتوا مباح نمودم.

و معنای این عبارت آنستکه مال من برای تو مباح و در هم تو بملک من داخل بشود پس اباحه در مقابل و عوض تملیک قرار می‌گیرد.

شرح مطلوب

قوله: باخذه ایاه: ضمیر مجروری در «باخذه» به الآخر راجع بوده و مرجع «ایاه» ماله می باشد.

قوله: بقبوله ماله: ضمیر مجروری در «قبوله» به الآخر و در «لها» به اباده
برمی گردد.^{۵۵}

قوله: كما لو صرح: يعني صرح الاول.

متنه:

رابعها: أن يقصد كل منهما الإباحة بازاة إباحة أخرى فيكون إباحة بازاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة على ما تقدم نظيره في الوجه
الثاني: من امكان تصوره على نحو الداعي، وعلى نحو العوضية.

و كيف كان فالاشكال في حكم القسمين الآخرين على فرض قصد المتعاطفين لهما.
و منشاء الاشكال اولا الاشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف: بأن يقول: ابحث لك كل تصرف،
من دون أن يملأ العين.

و ثانيا الاشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة و تملك.

فتقول: أما إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر أنه لا يجوز: إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير الملك
بمجرد إذن الملك، فإن إذن الملك ليس مشرعًا وإنما يمضي فيما يجوز شرعا.

فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه: بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن الملك غيره غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد
فكيف يجوز للملك أن ياذن فيه؟

ترجمه:

وجه چهارم

وجه چهارم اینستکه هرکدام از متعاطین قصدشان این باشد که مال خود را بدیگری اباده نمایند پس اباده در ازاء اباده قرار
می گیرد.

یا نیت هریک اباده مال باعی اباده دیگری باشد بشرحی که نظریش در وجه دوم گفته شد یعنی ممکنست اباده دومی را بنحو
داعی ملاحظه کرده نه بر وجه عوضیت همانطوری که امکان دارد آنرا بطور عوضیت در نظر گرفت نه بنحو داعی.

و به صورت در حکم دو قسم اخیر بفرضی که متعاطین قصدشان چنین باشد اشكال و ایراد می باشد.

منشاء اشكال

مرحوم مصنف می فرمایند: منشاء اشكال در دو نحو اخیر دو چیز است:

اولا: اباده جميع تصرفات حتى آنقسام از تصرفاتیکه موقوف بر ملکیت هستند امر مشکی است یعنی گفتن:
ابحث لك كل تصرف (برای تو هر تصرف را مباح قرار دادم).

بدون آنکه اباده کننده مال را بملك مباح له درآورد بسیار مشکل بوده و دلیلی بر تصحیح آن در دست نیست.

ثانیا: اباوه بعوض که برگشت آن بعد مرکب از اباوه و تمیلک بوده نیز امر مشکل است و هیچ دلیلی بر صحت آن قائم نمی باشد.

و به صورت منشاء اشکال در دو قسم اخیر ایندو امر می باشد حال برای اینکه بهینیم دو امر مذکور برای منشاء بودن اشکال صلاحیت داشته یا صالح نیستند می گوئیم:

اما اباوه جمیع تصرفات حتی آنقدر از تصرفاتی که بر ملکیت موقوف هستند علی الظاهر جایز نیست زیرا تصرف مالکانه برای غیر مالک بمجردی که مالک اذن داد مشروع و جایز نمی باشد زیرا اذن مالک مشروع نبوده و امر غیر شرعی را نمی تواند شرعی قرار دهد تنها این اذن در جائی ممکن است که شرع آنرا امضاء کرده باشد.

مثلا وقتی پذیرفتیم فروختن مال دیگری برای خود باین نحو که مبیع از ملک دیگری خارج شده و ثمن آن در کیسه بایع وارد شود، امر غیر معقول است همانطوری که مرحوم علامه در قواعد آن تصریح کرده دیگر چگونه برای مالک جایز باشد که به غیر چنین اذن را بدهد.

شرح مطلوب

قوله: من امکان تصوره علی نحو الداعی: ضمیر در «تصوره» به اباوه راجع است.

قوله: ليس مشرعا: یعنی اذن مالک امر غیر مشروع را مشروع نمی گرداند.

متن:

نعم يصح ذلك باحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود.

احدهما: أن يقصد بالمبیع بقوله: ابحث لك أن تبیع مالی لنفسك إنشاء توكیل له في بیع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالبهبة، أو في نقله أولا الى نفسه ثم بیعه، أو تمیلکا له بنفس هذه الاباحة فیكون انشاء تمیلک له، و يكون بیع المخاطب بمنزلة قبوله كما صرخ في التذكرة بأن قول الرجل مالک العبد: اعتق عبدك عني بهذا الاستدعاء لتمیلکه و اعتاق امولی عنه جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق آنا ما فیکون هذا بیعا ضمینا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع.

و لا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الاذن في نقل المال الى نفسه أولا و لا في نقل الثمن اليه ثانيا، و لا قصد التملیک بالاباحة المذکورة، و لا قصد المخاطب التملیک عند البيع حتى يتحقق تمیلک ضمینی مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو اجمالا في مسألة اعتق عبدك عني، و لذا عد العامة و الخاصة من الاصوليين دلالة هذا الكلام على التملیک من دلالة الاقتضاء التي عرفوها: بأنها دلالة مقصودة للمتكلم توقف صحة الكلام عقلا، او شرعا عليه فمثلا للعقلي بقوله تعالى: و اسئل القرية، و للشرعی بهذا المثال.

و من المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الاباحة.

ترجمه:

استدرار

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

بلی، اباوه تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملک را ممکنست بیک از دو وجه تصحیح و توجیه نمود که هیچیک از آندو در اینجا قابل تقریر و بیان نبوده و بعبارت دیگر هردو در اینجا مفقود می باشند و آندو عبارتند از:

الف: آنکه مبیع وقتی می‌گوید: ابحث لک ان تبيع مالی لنفسک.

مقصودش این باشد که مباح له را در بیع مال وکیل کرده و پس از فروختن ژمن را بعنوان هبه بخودش نقل دهد یا منظورش اینستکه ابتداء وی وکیل او بادش در نقل مال بخودش و سپس آنرا بفروشد و یا مرادش آنستکه:

بنفس همین اباقه مال را باو تمیلیک نموده پس انشاء اباقه در واقع انشاء تمیلیک می‌باشد و وقتی مخاطب یعنی مباح له مال اباقه شده را بدیگری فروخت این فروختن قبول همان تمیلیک اولی می‌باشد چنانچه مرحوم علامه در تذکره باین معنا تصریح نموده و فرموده است:

وقتی کسی به‌الک عبد می‌گوید: اعتق عبدک عنی بکذا.

این عبارت معنایش اینستکه گوینده از مخاطب (صاحب عبد) استدعا می‌کند که عبدش را به‌الک او درآورد و سپه عبد را از جانب وی آزاد کند تا بدین ترتیب اعتاق جواب استدعا مزبور باشد و در نتیجه نقل و انتقال باین استدعا و جواب حاصل می‌شود.

البته می‌باید مالک شدن مستدعی را یک آن پیش از عتق فرض نمود پس در این استدعا و جواب بیع ضمنی صورت گرفته که هیچ نیاز به شروط مقرر در باب بیع ندارد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

با توجه به توجیه و تقریر مذکور اینک می‌گوئیم:

بدون شک و تردید مقصود در مورد بحث (اباقه جمیع تصرفات) هیچکدام از امور مذکوره نیست یعنی نه مراد متعاطین از اباقه اینستکه ابتداء بدیگری اذن داده باشند که مال را بخود نقل داده و نه ثانیاً ژمن را بخود منتقل کرده و نه از آن قصد تمیلیک را نموده و نه قصد مخاطب تمیلک در وقت بیع بوده تا تمیلیک ضمنی مقصود متکلک و مخاطب تحقق یابد چنانچه این تمیلیک در مسئله «اعتق عبدک عنی» مقصود بوده و لو اجمالاً فلذاً عامه و خاصه از اصولین دلالت این کلام (اعتق عبدک عنی) بر تمیلیک را از قبیل دلالت اقتضاء دانسته‌اند.

و در تعریف این دلالت گفته‌اند:

دلالت اقتضاء آنستکه مقصود متکلم بوده و صحت کلام عقلاً یا شرعاً موقوف بر آن باشد و برای توقف داشتن عقلی به آیه شریفه: و اسئله القریۃ مثل آورده.

و برای توقف داشتن شرعی همین مثال یعنی: اعتق عبدک عنی را ذکر کرده‌اند.

و همانطوری که گفتیم در مورد بحث منظور و مقصود متعاطین طبق فرض مذکور صرفاً اباقه بوده و اصلاً توجهی به تمیلیک ندارند فلذاً توجیه مذکور در آن جاری نمی‌باشد.

شرح مطلوب

قوله: یصح ذلك باحد الوجهين: مشار اليه «ذلك» اباقه جمیع تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملك می‌باشد.

قوله: انشاء توکیل له: ضمیر در «له» به مباح له راجع است.

قوله: فی بیع ماله له: ضمیر در «ماله» به مبیع و در «له» به مباح له عود می‌کند.

قوله: ثم نقل الثمن الى نفسه: ضمیر در «نفسه» به مباح له راجع است.

قوله: اولاً الى نفسه: ضمير در «نفسه» به مباح له عود می‌کند.

قوله: ثم بيعه: ضمير در «بيعه» به مباح له عود می‌کند.

قوله: او تملیکاً له بنفس الخ: کلمه «تملیکاً» معطوف است به انشاء توکیل.

قوله: فيكون انشاء تملیک له: ضمير در «يكون» به اباھه راجع است و ضمير در «له» به مباح له عود می‌کند.

قوله: منزلة قبولة: ضمير در «قبولة» به تملیک راجع است.

قوله: و اعتاق المولى عنه: ضمير در «عنه» به الرجل راجع است.

قوله: و يقدر وقوعه: ضمير در «وقوعه» به نقل و انتقال راجع است.

قوله: فيكون هذا: مشار اليه «هذا» استدعاء و جواب می‌باشد.

قوله: مقصود للمتكلم و المخاطب: کلمه «مقصود» صفت است برای تملیک ضمنی.

قوله: كما كان مقصوداً: ضمير در «كان» به تملیک ضمنی راجع است.

قوله: و أسئل القرية: آیه (۸۲) از سوره یوسف.

متن:

الثاني: ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للهبة كاشفا عن ثبوت الملك له عند اراده البيع آنا ما فيقع البيع في ملكه أو يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنا ما لا يقبل غير العتق، فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آنا ما، للجمع بين الأدلة. و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، اذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة.

و اثبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على أموالهم يتوقف على عدم مخالفته مؤداته لقواعد أخرى: مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون الثمن مالا له.

و توقف صحة العتق على الملك، و صحة الوطى على التحليل بصيغة خاصة، لا بمجرد الاذن في مطلق التصرف.

و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف في أنه لو دفع إلى غيره مالا و قال: اشتري به لنفسك طعاما من غير قصد الإذن في إقراض إمايل قبل الشراء، أو إقراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح.

كما صرح به في مواضع من القواعد.

و علله في بعضها: بأنه لا يقلل شراء شيء لنفسه بمال الغير و هو كذلك، فإن مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعاوض عن ملكه، و إلا لم يكن عوضا و بخلاف ما ذكرنا حكم الشيخ و غيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد اباحت التصرف، لكن لا يجوز وطى الجارية.

مع أن الاباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات.

و عرفت أيضاً أن الشهيد في الحواشى لم يجوز إخراج المأخذ بالمعاطاة في الخمس و الزكوة، و ثمن الهدي، و لا وطى الجارية، مع أن مقصود المتعاطفين الاباحة المطلقة.

ترجمه:

ب: آنکه دلیل شرعی دلالت می‌کند بر اینکه بمجرد اباھه برای مباح له ملکیت حاصل می‌شود پس در واقع دلیل شرعی مذبور کاش است از اینکه در وقت اراده بیع برای یک لحظه برای مباح له ملکیت حاصل شده و لذا بیعش در ملك واقع گردیده.

یا این وجه را چنین تحریر کنیم:

دلیل شرعی دلالت دارد بر اینکه وقتی مباح له متعار را بدبیری فروخت گفته آنکه تعلق به مبيع دارد بدون فاصله به مباح له منتقل می‌شود شبیه دخول عمودین در ملك شخص برای یک آنکه غیر از عتق قابل هیچ انتفاع دیگری نمی‌باشد، پس در اینگونه موارد می‌باید ملك را برای یک آن مقدار گرفت تا بدبیریه بین ادله جمع نمود، بنابراین در مورد بحث باید بگوئیم:

وقتی مباح له مال مأخوذه را فروخت دلیل شرعی قائم است بر اینکه گفته آن ابتداء ملك مبيع (صاحب مال) شده ولی این ملکیت برای یک آن و لحظه بوده و هیچ انتفاعی وی از این گفته نمی‌تواند ببرد تنها ثمره و نفعی که بر این ملکیت مترب است آنستکه بدون فاصله بعد از بیع به مباح له منتقل می‌شود.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

این توجیه را در مورد بحث نمی‌توان نمود زیرا فرض اینستکه دلیل بخصوصی بر صحبت چنین اباده عامی قائم نشده تا بناقچار برای توجیه و تصحیح آن به بیان مذکور متمسک شویم.

اگر گفته شود:

می‌توان صحبت این اباده را با عموم: الناس مسلطون علی اموالهم اثبات نمود چه آنکه بحسب فرض مبيع مالک مال بوده و مقتضای مسلط بودن مالک بر مال آنستکه بتواند تمام تصرفات در آن را برای دیگری مباح نماید.

در جواب می‌گوئیم:

اثبات صحبت اباده مذبور با عموم یاد شده موقوف است بر اینکه مودا و مضامون آن با قواعد دیگر نظیر: موقوف بودن انتقال گفته آن به شخص بر اینکه گفته مال او باشد.

و نیز مانند:

موقوف بودن صحبت عتق بر ملك و صحبت وطی بر تحلیلی که با صیغه مخصوص واقع شده نه آنکه مجرد اذن در مطلق تصرف صادر گردیده باشد.

مخالفی نداشته باشد.

و بخارط همین نکته است که مشهور از علماء بلکه بگفته برخی قام علماء بدون اینکه بینشان اختلاف باشد تصریح کرده‌اند باینکه اگر کسی بدبیری مالی داده بوی بگوید:

با این برای خودت طعامی بخر.

در صورتیکه قصد صاحب مال این نباشد که قبل از اشتراع، مال مذبور یا بعد از آن طعامی که خریده در دست وی بعنوان قرض باشد یا در نیتش نبوده که دین را پس از اشتراع از طعام خریده شده استیفاء کند، این اشتراع صحیح نیست چنانچه مرحوم علامه در موضع عدیده از کتاب قواعد باینمطلب تصریح فرموده و در برخی از آنها علت‌ش را این قرار داده که:

معقول نیست شخصی با مال غیر چیزی را برای خود بخرد باین‌معنا که پول از کیسه دیگری خارج شده و متعار به وی منتقل شود.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

مطلوب همینطور است که ایشان فرموده و علت حکم مذبور همین بیانی است که مرحوم علامه بآن اشاره نموده‌اند چه آنکه مقتضای مفهوم معاوضه و مبادله آنستکه عوض در ملك کسی داخل شود که عوض از ملکش خارج می‌گردد زیرا در غیر اینصورت بآن عوض و بدل نمی‌گویند.

از اینزو مرحوم شیخ طوسی و دیگران فرموده‌اند:

هبه‌ای که از صیغه خالی باشد مفید اباوه تصرف بوده و ملکیت نمی‌آورد و باید توجه داشت اگر ما موهوب جاریه و کنیز باشد موهوب له حق نزدیکی با او را ندارد ولی تصرفات دیگر در آن جایز است.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

چنانچه ملاحظه می‌کنید با اینکه اباوه واقع از واهب شامل اباوه تمام تصرفات می‌شود معذلک مرحوم شیخ و دیگران خصوص وطی جاریه را استثناء کرده و حکم بعدم جوازش نموده‌اند و این خود شاهد است باینکه معنا ندارد مال و متعاعی از آن شخصی بوده و دیگری از آن انتفاعات مالکانه ببرد.

و غیر از اینکلام از مرحوم شیخ طوسی و دیگران شاهد دیگر عبارت است از

مرحوم شهید اول در حواشی بر قواعد و آن اینستکه فرموده:

مالیکه از طریق معاطات بدست می‌آید در خمس و زکات و ثمن قربانی حج جایز نیست صرف شود و همچنین وطی جاریه‌ای که بمعاطات بشخص منتقل گردیده مشروع نمی‌باشد.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

با اینکه مقصود متعاطین در معاطات اباوه مطلقه هست معذلک مرحوم شهید چنین فرموده‌اند و همانطوری که اشاره شد این کلام خود دلیل بارزی است بر اینکه غیر مالک حق استفاده مالکانه از مال غیر را ندارد.

شرح مطلوب

قوله: عن ثبوت الملك له: ضمير در «له» به مباح له راجع است.

قوله: عند ارادة البيع: مقصود بيع و فروش متعاع است به شخص ثالث بواسطه مباح له.

قوله: فيقع البيع في ملكه: يعني في ملك مباح له.

قوله: على انتقال الثمن عن المبیح: يعني عن المبیح الى المباح له.

قوله: فيكون ذلك شبه دخول الخ: مشار اليه «ذلك» كل واحد من وقوع البيع في ملك المباح له و انتقال الثمن عن المبیح الى المباح له می‌باشد.

قوله: فانه حينئذ يقال الخ: ضمير در «فانه» بمعنای «شأن» بوده و کلمه «حينئذ» یعنی: حين دخول العمودین في ملك الشخص آنا ما و عدم قبوله لغير العتق.

قوله: للجمع بين الادلة: مقصود از «ادله» دلیل لا عتق الا في ملك و دلیلی که دلالت می‌کند بر اینکه انسان مالک عمودین نمی‌شود و دلیل دال بر حصول عتق عمودین می‌باشد.

قوله: اذا المفروض انه لم يدل الخ: ضمير در «انه» بمعنای «شأن» می‌باشد.

قوله: و اثبات صحته الخ: ضمير در «صحته» به اباوه عامه راجع است.

قوله: عدم مخالفه مؤداه: یعنی مؤدای الناس مسلطون.

قوله: و لاجل ما ذكرنا: مقصود از «ما ذكرنا» مخالف نبودن الناس مسلطون با قواعد دیگر می‌باشد.

قوله: لم يوجد خلاف في انه لو دفع الى غيره مالا: ضمير در «انه» و «غيره» به مالک مال راجع است.

قوله: استيفاء الدين منه بعد الشراء: ضمير در «منه» به قرض‌گیرنده راجع است.

قوله: كما صرح به: يعني بعدم الصحة.

قوله: و عله في بعضها: ضمير منصوب در «عله» به عدم صحت راجع بوده و در «بعضها» به مواضع برمى گردد.

قوله: بانه لا يعقل شراء شيء: ضمير در «بانه» بمعنى «شأن» می باشد.

قوله: و هو كذلك: اين عبارت مرحوم مصنف است که با آن کلام مرحوم علامه را تصدق می فرمایند.

قوله: و الا لم يكن عوضا: کلمه «و الا» يعني و اگر عوض در ملك کسیکه معرض از ملکش خارج شده داخل نگردد.

قوله: بان الهمة الخالية عن الصيغة: يعني هبه معاطاتی.

متن:

و دعوى أن الملك التقديرى هنا ايضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل تكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على اموالهم الدال على جواز هذه الاباحة المطلقة، و بين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديرى.

مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون على أموالهم إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم، لا على أحکامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لاباحة المال كل تصرف جائز شرعا، فالإباحة و ان كانت مطلقة إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

و من المعلوم أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالين على لزوم دخول العوض في ملك مال المعرض فلا يشمله العموم في الناس مسلطون على أموالهم حتى ثبت التنافي بينه و بين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آنا ما.

و بالجملة عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم الناس مسلطون على أموالهم الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المال على إطلاقها.

نظير حکومة الدليل الدال على عدم جواز عتق مال الغير على وجوب الوفاء بالنذر و العهد اذا نذر عتق عبد غيره له، أو لنفسه فلا يتوجه الجمع بينهما بالملك القهري للنذر.

نعم لو كان هناك تعارض و تزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لاجل الآخر: أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آنا ما؛ فتأمل.

ترجمه:

ادعاء و دفع آن

اگر ادعاء شود ملکیت تقدیری در مورد بحث نیز موقوف بر دلالت دلیل خاص نبوده بلکه همینقدر که جمع بین عموم «الناس مسلطون على اموالهم» که دلالت بر جواز این اباقه عامه داشته و بین ادله توقف مثل عتق و بيع بر ملك مقتضی آن بود کفایت می کند نظیر جمع بین ادله در ملکیت تقدیری.

مرحوم مصنف می فرمایند:

این ادعاء مدفوع است و تقریر دفع آنستکه:

عموم الناس مسلطون على اموالهم دارد بر اینکه مردم بر مال خود مسلط و مستولی هستند نه بر احکام شرعی مجعلو در حقشان لذا مقتضای این عموم آنستکه شارع مقدس هرتصرف جائز شرعی را برای صاحبان مال امضاء فرموده، بنابراین اباقه اگرچه بطور مطلق صورت گرفته ولی در عین حال با آن خصوص تصرفاتی که در شریعت ذاتاً جائز است مباح می شود نه هرتصرفی

و بديهی است که شخص اگر بخواهد مال دیگري را برای خود بفروشد بحکم عقل و نقل که دلالت دارند بر لزوم دخول عوض در ملك مالک معموض جائز نیست، بنابراین عموم «الناس مسلطون على اموالهم» شامل آن نمی‌شود تا بين آن و بين ادله داله بر توقف بيع بر ملك تنافی پیدا شود و الزاماً مجبور به جمع بين آنها شده و هملکیت تقدیری آنی قائل گردیم.

و خلاصه کلام آنستكه:

دلیلی که دلالت می‌کند بر عدم جواز بيع ملك غیر یا بر عدم مشروعیت عتق مملوک غیر برای خود بر عموم «الناس مسلطون على اموالهم» که اباحد مطلقه مالک را امضاء می‌کند حکومت دارد همانطوری که دلیل دال بر عدم جواز عتق مال غیر بر وجوب وفاء بنذر و عهد حاکم می‌باشد فلذا اگر کسی نذر نمود، بنده غیر را آزاد کند نمی‌تواند بدليلى که بر وجوب وفاء بنذر دلالت دارد متمسك شود، بنابراین نباید توهمن شود که مقتضای جمع بين دال بر وجوب وفاء بنذر و دليلى که بر عدم جواز عتق مال غیر برای خود دلالت دارد اينستكه برای نادر باید به هملکیت قهری و غير اختياری قائل شد.

بلي، اگر بين طرفين تعارض يا تزاحم بود بطوری که بتوان هرکدام را بواسطه دیگري تخصيص داد البته ممکنست بینشان جمع نموده و هملکیت قهری آنی قائل شويم.

شرح مطلوب

قوله: و دعوى ان الملك الخ: حاصل اين ادعاء آنستكه:

در خريدن عمودين و آزاد شدن آنها شما فرموديد:

خریدار ابتداء مالک عمودين شده و سپس بدون درنگ عتق حاصل می‌شود و لازم نیست که دلیل خاصی بر این هملکیت دلالت کند بلکه مقتضای جمع بين ادله چنین است.

ما نيز در مورد بحث می‌گوئيم:

اگر زيد مالش را به بيع معاطاتي به عمرو اعطاء کرد و قام تصرفات را برای وي اباحد نمود عمرو وقتی آن مال را بخواهد بدیگري بفروشد می‌تواند با آن اقدام کند و پس از واقع شدن بيع مالک ڦمن آن می‌شود زира قبل از بيع برای يك آن مالک مبيع شده و سپس ملك خود را فروخته و بديهی است می‌باید ڦمن مال وي باشد و همانطوری که در مالک شدن عمودين دليل خاصی لازم نداريم و هملکیت جمع

بين ادله چنین حکمی می‌کنيم در اينجا نيز هملکیت آنی قبل از بيع محتاج به دلیل خاص نبوده بلکه جمع بين الناس مسلطون على اموالهم و لا بيع الا في ملك اقتضای چنین حکمی را دارد پس هرکسیکه در آنسمهله هملکیت آنی تقدیری قائل است در اينجا نيز باید با آن ملتزم شود.

قوله: مدفوعة بان عموم الخ: حاصل دفع اينستكه:

در مسئله عمودين چون بين ادله ياد شده تناف و تعارض بود لاجرم بجمع بين آنها پرداخته و نتيجه جمع هملکیت آنی و تقدیری شد ولی در مورد بحث بين الناس مسلطون على اموالهم با لا بيع الا في ملك و لا عتق الا في ملك هیچ تناف وجود ندارد تا مجبور بجمع شويم و تقرير عدم تنافی اينستكه:

معنای «لا بيع الا في ملك» اينستكه بایع باید ملك خود را بفروشد نه مال دیگري را و تنها در صورت بیش نافذ بوده و مالک ڦمن می‌شود که مال متعلق بخود را بفروشد.

و مفاد «الناس مسلطون على اموالهم» اينستكه مردم بر اموال و املاک خويش مسلط هستند نه بر احکام شرعی آنها با توجه باين نکته اکتون می‌گوئيم:

یک از احکام شرعی متعلق به اموال اینستکه تنها مالک مال می‌تواند آنرا برای خود بفروشد نه دیگری بنابراین اگر زید مالک عباء بود نمی‌تواند با اباده مطلقه به عمرو وی را مسلط بر بیع آن کرده بطوری که عمرو قادر باشد عباء را بوصف اینکه مال زید است برای خود فروخته و مالک ثمن آن بشود پس الناس مسلطون علی اموالهم این بیع را تصحیح و امضاء نکرده تا با لا بیع الا فی ملک تتناق پیدا نماید و بدین ترتیب مجبور به جمع شویم بلکه دلیل «لا بیع الا فی ملک» یا «لا عتق الا فی ملک» بر عموم الناس مسلطون حاکم است باین معنا که دائرة آنرا ضيق نموده و بدین ترتیب معنای الناس بمالحظه آن چنین می‌شود:

مردم بر اموال خود مسلط بوده و تصرفات مشروع را می‌توانند در آنها بنمایند.

قوله: فمقتضاه امضاء الشارع الخ: ضمير مجروري در «مقتضاه» به عموم الناس مسلطون راجع است.

قوله: الا انه لا يباح الخ: ضمير در «انه» بمعنى «شأن» می‌باشد. قوله: فلا يشمله العموم في الناس الخ: ضمير منصوبی در «يشمله» به بیع الانسان مال غیره راجع است.

قوله: بحيث امكن تحصيص كل منهما الخ: يعني بین آندو عموم و خصوص من وجه بوده و در ماده اجتماع تعارض و يا تراحم بین آنها واقع شود.

مؤلف گوید:

برخی از شرح مثال آنرا اینطور تقریر نموده و فرموده است:

مثلاً فرض كنيم دليل خاصي دلالت كند بر صحت اين اباده مطلقه بطوری که شامل تصرف موقوف بر ملك نيز شده و آنچه را که مبيح از اباده اش قصد كرده در بر بگيرد، البته در چنین فرضی بين آن و لا عتق الا فی ملک يا لا بیع الا فی ملک تعارض واقع شده و به بيانی که گذشت بين آنها جمع می‌كنیم.

قوله: فتأمل: برخی فرموده اند:

شاید امر به تأمل اشاره باین باشد که در مقام جمع مملکت قهری و آنی قائل شدن از قبیل جمع تبرعی است و بمقتضای قواعد علاج بین متعارضین نمی‌باشد چه آنکه مقتضای این قواعد آنستکه:

باید توقف کرد و بقواعد مستفاد از عمومات رجوع نمود مشروط باینکه بین متعارضین مرجحی نباشد و در صورت وجود مرجع لازمست اخذ به ترجیح نمود و شرح این علاج بطور مستوف در محلش که باب تعادل و تراجیح باشد مقرر است.

متن:

و اما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع او العتق فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب، أو اعتقه فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديري في الديمة بالنسبة، الى المليت، او شراء العبد المتعقب عليه، بل هو ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل، بانه على الإكتفاء بمثل هذا في الرجوع، وليس كذلك فيما نحن فيه.

و بالجملة فيما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمني المذكور أولاً في اعتق عبده، يعني، لتوقفه على القصد، و لا على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعتق عليه، لتوقفه على التنافي بين دليل التسلط و دليل توقف العتق على الملك، و عدم حكومة

الثاني على الاول، و لا على التملك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب، و ذي الخيار، لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق إلا الحكم ببطلانه في بيع ماله لغيره، سواء صرخ بذلك كما لو قال: بع مالي لنفسك، أو اشتريت مالك لنفسك، أم ادخله في عموم قوله: ابحث لك كل تصرف، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للملك إما لازماً، بناء على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر، أو موقوفاً على الاجازة، بناء على أن المالك لم ينوه قط عن الثمن هذا.

و لكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد رحمهما الله في باب بيع الغاصب: أن تسلیط المشتری البایع الغاصب على الثمن والاذن في إتلافه یوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وأنه یملک الثمن بدفعه اليه فليس للمالك اجازة هذا الشراء.

و يظهر ايضا من محکی المختلف، حيث استظهر من کلامه فيما لو اشتري جارية بعين مخصوصة. أن له وطی الجارية، مع علم البائع بخصیبیة الشمن فراجع.

و مقتضی ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و ان لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك، فتأمل.

و سیأتي توضیحه في مسألة البيع الفضولي إن شاء الله.

ترجمه:

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

و اما حصول ملك آنی قبل از بيع يا عتق بواسطه ايندو در جائيكه واهب عبدی را که هبه نموده فروخته يا آزاد کند.

باید بگوئیم: این ملك، ملك تقديری نیست نظیر آنچه حضرات در دیه نسبت به میت فرموده و یا در عبد معتق عليه ملتزم شده‌اند بلکه ملکیت در اینجا حقیقی بوده و پیش از بيع حاصل می‌شود و جهتش آنستکه بیع کاشف است از اینکه واهب در یک لحظه متصل به بیع از هبه‌اش رجوع نموده و مال را بخود بازگردانده و اکنون مال خویش را می‌فروشد.

البته این کشف مبتنی بر آنستکه در حصول رجوع از هبه بیش بیع و عتق بتوان اكتفاء نمود و علی القاعده رجوع با آنها حاصل می‌شود و به صورت این تقریر و

بيان در مورد بحث جاري نیست و خلاصه کلام آنکه مورد بحث نه بر تمیلیک ضمنی که ابتداء در «اعتق عبدک عنی» ذکر نموده منطبق می‌شود نه بر ملك حاصل در شراء من ینعتق عليه که ثانياً بيان کديم.

اما عدم انتباشقش بر اول بخارط آنستکه، تمیلیک ضمنی مذکور موقوف بر قصد است که در اینجا منتفی است.

و اما عدم انتباشقش بر دوم: جهتش آنستکه ملك تقديری مذکور موقوف است بر حصول تنافی بين عموم الناس مسلطون و لا عتق الا في ملك و عدم حکومت دوم بر اول و همانطوری که قبلًا گفتیم در مورد بحث تنافی بين ادلہ منتفی می‌باشد.

و همچنین بر تمیلیک ضمنی که ثالثاً در بیع واهب و ذی الخيار بیان داشتیم منطبق نمی‌گردد زیرا سبب ملك در ايندو مورد قبل از بیع محقق است از اینزو به تمیلیک مذکور می‌توان قائل شد بخلاف مورد بحث که سبب ملك در آن قبلًا وجود ندارد بطوری که بیع مباح له از آن کشف کند بنابراین باقی نمی‌ماند برای ما مگر آنکه حکم کنیم ببطلان اذن دادن صاحب مال در بیع مالش بدیگری برای خود اعم از آنکه باآن تصریح کند مثل اینکه بگوید:

بع مالی لنفسك (مال من را برای خودت بفروش).

یا: اشتري بمالی لنفسك (با مال من برای خودت بخر).

یا آنکه بصراحت نگفته بلکه آنرا در عموم داخل کند مثلاً بگوید:

ابحث لك كل تصرف (برای تو هر تصرف را مباح قرار دادم).

و وقتی مباح له مال مأخوذه را بر اساس چنین اباجه‌ای برای خود فروخت بیع برای مالک یعنی مبيع واقع می‌شود چه بطور لازم بنابر اینکه قصد مباح له که بیع را برای خود واقع ساخته مؤثر نباشد و چه بطور معلق و موقوف بر اجازه یعنی چون مالک (مبيع) نیت تمیلیک ثمن را نکرده لاجرم در آمدن ثمن بملک او موقوف بر اجازه وی می‌باشد.

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

ولی آنچه از گروهی از علماء ظاهرا استفاده می‌شود همچون مرحوم قطب الدين و شهید عليه الرحمه در باب بیع غاصب اینستکه مسلط نمودن مشتری

غاصب را بر ثمن و اذن اتلاف دادن بوى موجب مى شود که غاصب در خريدن مالی با آن برای خود مجاز باشد و بمجرد اينکه مشتری ثمن را بوى دفع نمود او مالک مى گردد لذا مالک یعنی مشتری حق اجازه دادن خريد بعد غاصب را ندارد چه آنکه طبق اين تقرير غاصب خود مالک مال بوده و با آن برای خويش متاعی را خريده و پرواضح است مالک ثمن یعنی مشتری سابق ديگر نسبت باين مال (ثمن) اجنبی است و وجهی ندارد که اجازه او را مؤثر بدانيم.

و نيز طبق نقل و حکایتی که شده از کلام مرحوم علامه در مختلف همين مطلب ظاهر مى شود چه آنکه در مسئله خريدن جاريه با عين غصبی از عبارت ايشان استظهار شده که فرموده اند:

مشتری مى تواند با کنيز خريده شده نزديکی کند مشروط باينکه بايع (مالك کنيز) به غصبی بودن عين (ثمن) واقف و آگاه باشد.

مرحوم مصنف مى فرمایند:

مقتضای کلام قطب الدين و شهید و علامه رحمة الله عليهم اينستکه اگر کسی ديگری را بر مال خويش مسلط نمود و لو تسلیط بنحو مالک بودن نبوده بلکه بطور اباخه باشد موجب مى شود شخص مسلط شده بتواند تمام تصرفات حتى آن تصرفاتيکه موقف بـر ملك هستند را نيز در آن مال بنماید و انشاء الله در مسئله بيع فضولی توضیح و شرح آن خواهد آمد.

شرح مطلوب

قوله: و اما حصول الملك الخ: اين عبارت جواب است از اشكال و سؤال مقدر باين شرح:

سؤال

شما فرموديد در مورد بحث بملکيت تقديري آنی نمى توان قائل شد و افزوديد که بين عموم الناس مسلطون على اموالهم و دليل لا بيع الا في ملك يا لا عتق الا في ملك تناف و تعارض نبوده تا محتاج بجمع شويم بلکه دو دليل اخير بر الناس حاكم

هستند از اينو ملکيت تقديري آنی در محل کلام بي وجهه است، مى گوئيم:

پس چطور در دو مورد ذيل بچنيں ملکيتی قائل هستيد، دو مورد مزبور عبارتند از:

الف: اگر زيد عبد خود را به عمرو هبه کرد و پس از مدق قبل از آنکه هبه اش را فسخ کند عبد را به شخص ثالثي فروخت شما و ديگران قائل هستيد بيع مزبور کاشف است از اينکه زيد برای يك آن مالک عبد شده و سپس ملك خود را فروخته و بدین ترتيب برای زيد ملکيت تقديري آنی فرض مى نمائيد.

ب: در همين مثال اگر زيد عبد خود را آزاد کند مى فرمائيد عتق کاشف است از اينکه زيد برای يك لحظه مالک عبد شده و سپس ملك خود را آزاد نموده است و در اينمورد نيز برای زيد ملکيت تقديري آنی فرض مى کنيد و فرض چنيں ملکيتی قطعاً باخاطر عدم مخالفت با لا بيع الا في ملك و لا عتق الا في ملك مى باشد حال چه اشكال دارد که در مورد بحث نيز برای اينکه با ايندو دليل مخالفت نکرده باشيم بملکيت تقديري آنی ملزم گردیم.

جواب

حصول ملکيت در ايندو مورد حقيقي است نه تقديري زيرا بيع و عتق حققتاً كشف مى کنند از اينکه زيد هبه خود را فسخ کرده و پس از فسخ و برگشتن عبد بملکش او را فروخته يا آزاد نموده و پرواضح است که چنيں ملکي تقديري و فرضي نبوده بلکه حققتاً برای مالک حاصل مى باشد بخلاف برخی موارد که الزاماً و اجباراً ملکيت فرض و تقدير مى شود.

از جمله: در باب ديye ميت که حضرات مى فرمایند:

دیه وی به ورثه منتقل می‌شود در حالیکه ارث عبارت است از مال میت که پس از موت به اقرباء او منتقل می‌شود و دیه پس از قتل و مرگ ثابت می‌شود و در آن حال میت صلاحیت برای مالک شدن را ندارد پس مالیکه ملک وی نشده چگونه بورثه منتقل می‌گردد.

در اینجا فقهاء می‌فرمایند:

فرض می‌کنیم یک لحظه قبل از حصول موت شخص مالک دیه شده و سپس از دنیا می‌رود و بدین ترتیب مالش به ورثه انتقال پیدا می‌کند.

و از جمله: در باب شراء عبد معتقد عليه که فقهاء می‌فرمایند:

اگر کسی مثلاً پدر خود را که عبد دیگری است خرید بمجرد خریدن آزاد می‌شود با اینکه بمقتضای لا عتق الا في ملك تا خریدار مالک عبد نشود عتق و آزادی امکان ندارد و از طرف دیگر چون قطعی است شخص مالک پدر نمی‌شود از اینرو نمی‌توان مشتری را مالک عبد دانست در اینجا حضرات برای جمع بین ایندو دلیل مجبور شده‌اند بملکیت تقدیری آنی قائل شوند یعنی ملتزم شوند خریدار برای یک لحظه مالک پدر شده و بلاذرنگ پدر آزاد می‌گردد.

قوله: عن الرجوع قبله: ضمیر در «قبله» به بیع راجع است.

قوله: بمثل هذا في الرجوع: مشار اليه «هذا» بیع و اعتاق می‌باشد.

مؤلف گوید:

وجه تردید در اینکه رجوع با بیع و اعتاق حاصل شود اینستکه با یک فعل بعيد است دو معنا در خارج حاصل شود یک رجوع و دیگر بیع یا عتق.

قوله: و ليس كذلك في ما نحن فيه: یعنی در مورد بحث اینطور نیست که بیع مباح له کاشف باشد از حصول ملک حقیقی.

قوله: لتوقفه على القصد: ضمیر در «توقفه» به تمیلیک ضمنی در عتق عبدک عنی راجع است.

قوله: لتوقفه على التناق الخ: ضمیر در «توقفه» به ملک مذکور در شراء من يعتق عليه برمی‌گردد.

قوله: و عدم حکومه الثاني على الاول: مقصود از «الثانی» دلیل توقف عتق بر ملک و از «الاول» دلیل تسلط می‌باشد.

قوله: و ذی الخيار: یعنی و بیع ذی الخيار مثلاً زید عبای خود را بعمرو فروخت و برای خویش تا ده روز حق خیار قرار داد سپس در زمان خیار بدون اینکه قبل ابیع را بهم بزند عبای فروخته شده را به شخص دیگری فروخت در اینجا حضرات می‌فرمایند:

نفس بیع دوم کاشف است از فسخ بیع اول پس برای یک لحظه قبل از بیع دوم معامله اول فسخ شده و عباء به ملک زید برگشته و سپس وی ملک خود را بشخص ثالث فروخته است.

قوله: بحیث یکشف البيع عنه: ضمیر در «عنه» به سبب سابق راجع است.

قوله: صرح بذلك: مشار اليه «ذلك» اذن في بیع ماله لغیره می‌باشد.

قوله: ام ادخله في عموم الخ: ضمیر منصوبی در «ادخله» به اذن في بیع ماله لغیره راجع است.

قوله: اما لازماً: یعنی بدون اینکه محتاج به اجازه باشد.

قوله: او موقوفاً على الاجازة: یعنی اجازه مالک.

قوله: جواز شراء الغاصب به: ضمیر در «به» به ثمن راجع است.

قوله: و انه يملك الثمن بدفعه اليه: ضمیر در «انه» به غاصب و در «بدفعه» به مشتری و در «اليه» به غاصب راجع است.

قوله: ان له وطى الجارية: ضمير در «له» به مشترى راجع است.

قوله: و مقتضى ذلك: مشار اليه «ذلك» کلام قطب الدين و شهيد و علامه می باشد.

قوله: فتأمل: برخی از شراح فرموده اند:

شاید امر به تأمل اشاره باشد باینکه قبول نداریم مقتضای کلمات مذکور جواز هرگونه تصرف حتی تصرفات موقوف بر ملك باشد زیرا تسلیط در موارد این کلمات بر وجه تمیلیک بوده قهراء باید چنین تصرفاتی بر شخص مسلط جایز باشد اما اگر تسلیط بنحو اباحه باشد ابدا از این عبارت استفاده نمی شود که مباح له بتواند تصرفات مالکانه بنماید.

متن:

و أما الكلام في صحة الإباحة بالعوض، سواء صححتنا الإباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصتنا الإباحة بغيرها، فمحصله ان هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر.

بل كلاهما ملك للمبيح إلا أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الامر فيه من

جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا، مع التأمل في صدق التجارة عليها، فضلا عن البيع إلا أن يكون نوعا من الصلح، ملائمة له لغة، لأنه في معنى التسامم على أمر بناء على أنه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الأخبار الدال على صحته بقول المتصالحين: لك ما عندك ولي ما عندي و نحوه ما ورد في مصالحة الزوجين.

و لو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون على أموالهم، و المؤمنون عند شروطهم.

و على تقدير الصحة ففي لزومها مطلقا، لعموم المؤمنون عند شروطهم أو من طرف المباح له، حيث إنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح، حيث إن ما له باق على ملكه، فهو مسلط عليه.

أو جوازها مطلقا وجوه اقواها اولها ثم اوسطها.

و أما حكم الإباحة بالإشكال فيه ايضا يظهر مما ذكرنا في سابقه.

و الأقوى فيها ايضا الصحة و اللزوم، للعموم، أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط.

ترجمه:

سپس مرحوم مصنف پس از ذکر منشاء اشکال در دو وجه اخیر از وجود چهارگانه معاطات می فرمایند:

اما کلام در صحت اباحه بعوض که وجه سوم بود اعم از آنکه اباحه تصرفات موقوف بر ملك را صحيح دانسته یا اباحه را اختصاص بغير آنها داده و اینگونه از تصرفات را ممنوع بدانیم باید بگوئیم حاصل و خلاصه این وجه (وجه سوم) آنستکه:

این نحو از اباحه معوضه معاوضه مالية نیست تا هرگدام از عوضین در ملك مالک مقابل داخل شود بلکه هردو عوض ملك مبيح بوده منتهی مباح له مستحق تصرف می باشد و همین امر موجب اشکال شده و این نحو از معاوضه را از معاوضات معهود شرعی و متعارف خارج نموده است.

از این گذشته در صدق تجارت بر آن می توان مناقشه نمود چه رسید باینکه آن بيع صادق باشد ولي در عین حال می توان ملتزم شد که آن نوعی از صلح است زیرا

از نظر لغت با آن تناسب دارد چه آنکه معاطات باین نحو در معنای تسامم و سازش بر امری است که در واقع همان صلح می باشد.

البته این گفتار در صورتی است که در تحقق صلح لفظ «صلح» شرط نباشد چنانچه از برخی اخبار که بر صحت آن دلالت دارند استفاده می شود.

در بعضی از این اخبار آمده است که اگر احد المتصالحین بدیگری بگوید:

لک ما عندك و لی ما عندی.

(آنچه نزد تو است مال تو و آنچه نزد من است مال من).

این صلح صحیح است با اینکه از لفظ «صلح» در آن استفاده نشده.

و نظیر آن اخباری است که در باب مصالحه زن و شوهر وارد شده‌اند.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و اگر معاطات مذکور را معامله مستقله‌ای بدانیم در تصحیح و تجویز آن همینقدر کافی است که می‌توان به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» و نیز «المؤمنون عند شروطهم» تمسک نمود.

پس از آن می‌فرمایند:

و بفرض صحت چنین معاطاتی در آن سه احتمال است:

و وجه لزوم از ظرف مباح له اینست که وی مال خودش را از ملک خویش خارج نموده و بدین ترتیب سلطنتش از آن قطع گردیده و دلیلی بر جواز اعاده سلطنت از دست رفته وجود ندارد و اما وجه جواز از جانب مبيع اینست که مال وی بر ملکش باقی است و هنوز سلطنت وی محفوظ می‌باشد چه آنکه بحسب فرض مبيع مال را بملک مباح له درنیاورده لذا هر لحظه که بخواهد می‌تواند رجوع کرده و مالش را از مباح له مطالبه کند.

ج: از هردو طرف جایز است چه مبيع و چه مباح له.

از این سه احتمال، احتمال اول اقوى و پس از آن احتمال وسطی یعنی دومی

قابل اعتماد می‌باشد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و اما حکم صورت چهارم که اباوه بعوض اباوه باشد اشکال در آن از آنچه درباره صورت سوم گفته شد ظاهر می‌گردد و از نظر ما اقوى در اینصورت هم صحت و هم لزوم می‌باشد و دلیل ما عموم ادله می‌باشد.

و یا ملتزم می‌شویم به جواز معامله از هردو طرف بدلیل اصالة التسلط یعنی اصل آستکه هر کدام از متعاطین بر مالی که بدیگری اباوه کرده مسلط بوده و هر وقت بخواهد می‌تواند آنرا استرداد نماید.

شرح مطلوب

قوله: بل کلاهمـا مـلـک للـمـبـیـع: ضـمـیر در «کـلاـهـمـا» بـه عـوـضـین رـاجـعـ است.

قوله: من جهـة خـروـجـه عنـ المـعـاوـضـاتـ المعـهـودـهـ: وجـه خـروـجـ آـنـ اـزـ مـعـاوـضـاتـ شـرـعـيـ وـ عـرـفـ اـيـنـسـتـكـهـ درـ هـيـچـيـكـ اـزـ اـيـنـ مـعـاوـضـاتـ دـيـدـهـ نـشـدـهـ كـهـ اـحـدـ الـعـوـضـينـ بـهـلـكـ يـكـ اـزـ مـتـعـاطـيـنـ درـآـمـدـهـ بـدـونـ عـوـضـ دـيـگـرـ.

قوله: مـلـنـاسـبـةـ لـهـ لـغـهـ: ضـمـیر در «لـهـ» بـهـ صـلـحـ رـاجـعـ است.

قوله: لـانـهـ فـيـ مـعـنـىـ التـسـامـ الخـ: ضـمـیر در «لـانـهـ» بـهـ اـبـاـهـ بـعـوـضـ رـاجـعـ است.

قوله: بـنـاءـ عـلـیـ اـنـهـ لـاـ يـشـتـرـطـ فـیـهـ: ضـمـیر در «اـنـهـ» بـهـ بـعـوـضـ رـاجـعـ است.

قوله: بعض الاخبار الدال على صحته: از جمله اين روایات حديثی است که مرحوم صاحب وسائل آنرا در ج (۱۳) ص (۱۶۵) باین شرح نقل فرموده:

محمد بن علی بن الحسین باستادش از علا، از محمد بن مسلم، از ابی جعفر علیه السلام انه قال: فی رجلین کان بكل واحد منها

طعام عند صاحبه ولا يدرى كل واحد منها کم له عند صاحبه فقال كل واحد منها لصاحبه:

لک ما عندک ولی ما عندی؟

فقال: لا بأس بذلك اذا تراضيا و طابت انفسهما.

قوله: ما ورد في مصالحة الزوجين: مانند روایتی که مرحوم صاحب وسائل آنرا در ج

(۹۰) ص (۹۰) باین شرح نقل کرده:

محمد بن يعقوب، از محمد بن يحيى، از احمد بن محمد، از علی بن حکم، از علی بن ابی حمزة قال:

سئللت ابا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل «و ان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا» قال:

اذا كان كذلك فهم بطلاقها فقالت له:

امسکنى وادع لك بعض ما عليك و احللك من يومي و ليلى حل له ذلك ولا جناح عليهما.

قوله: حيث انه يخرج ماله عن ملكه: ضمير در «انه» به مباح له راجع است.

قوله: حيث ان ماله باق على ملكه: ضمير در «ماله» به مبيح راجع است.

قوله: فهو مسلط عليه: ضمير «هو» به مبيح راجع است.

متن:

الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه.

اعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمة الله في جامع المقاصد على ما حكي عنه أن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الاجارة، و
كذا في الهبة و ذلك لأنه اذا امره بعمل على عوض معين استحق الاجرة.

و لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل، و لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد.

و ظاهرهم الجواز بذلك.

و كذا لو وهب بغير عقد، فإنه ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو كانت هبة فاسدة لم يجز، بل يمنع من مطلق التصرف.
و هي ملاحظة وجيهة انتهى.

و فيه أن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني الحكم بملك المأمور الاجر المعين على الامر، و ملك الامر العمل
المعين على المأمور به و لم نجد من صرح به في المعاطاة.

و أما قوله: لو كانت اجازة فاسدة لم يجز له العمل فموقع نظر، لأن فساد المعاملة
لا يوجب منعه عن العمل، و لا سيما اذا لم يكن الملل تصرفًا في عين من أموال المستأجر.

و قوله: لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع، لأن الظاهر ثبوت اجرة المثل، لأنه لم يقصد التبرع و إنما قصد عوضا لم يسلم اليه.

و أما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها، إلا اذا قلنا في المعاطاة بالإباحة، فإن جماعة
الشيخ و الحلي و العلامة صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة، دون الملك.

لکن المحقق الثانی رحمه الله ممن لا یرى کون المعاطاة عند القائلین بها مفيدة للإباحة المجردة.
و توقف املک فی الہبة علی الايجاب و القبول کاد أن یکون متفقا عليه كما یظهر من المسالك.
و مما ذكرنا یظهر المنع في قوله: بل مطلق التصرف هذا.

ترجمه:

امر پنجم در بیان جریان و عدم جریان حکم معاطات نسبت به سایر عقود غیر از بیع

مرحوم محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد بنابر نقلي که از ایشان شده فرموده‌اند:

در کلام برخی از فقهاء عبارتی است که مقتضای آن اینستکه معاطات در اجاره نیز اعتبار و لحاظ می‌شود چنانچه در هبہ نیز حکم آن جاری می‌باشد و کیفیت تحقق معاطات در اجاره چنین است:

اگر شخصی بدیگری امر کند که فلان عمل بده در مقابل فلان عوض معین و مشخص از آن تو می‌باشد و عامل بدون گرفتن «قبلت» مبادرت بانجام آن کار کند اجاره معاطاتی تحقق یافته و بدین ترتیب اجیر مستحق اجرت می‌باشد.

لازم بتذکر است اگر چنین اجاره‌ای فاسد می‌بود بر عامل جایز نبود که عمل را جهت آمر انجام دهد و در صورت علمش بفساد اگر اقدام بعمل کند مستحق

اجرت نمی‌باشد.

و ظاهر حضرات در این عبارت و امثال آن اینستکه اجاره با معاطات جایز است.

و همچنین اگر بدون اجراء عقد لفظی مالی را شخصی به دیگری هبہ کند از ظاهر کلمات فقهاء چنین برمی‌آید که موهوب له می‌تواند مال موهوب را تلف کند در حالیکه اگر این هبہ فاسد باشد اتلاف نامشروع بوده بلکه از تمام تصرفات در آن باید منع گردد پس معلوم می‌شود که حکم معاطات در هبہ نیز جاری است و البته لحاظ معاطات و اجراء حکم آن در اجاره و هبہ امر پسندیده و مطلوبی است.

پایان کلام محقق ثانی علیه الرحمه

اشکالات مرحوم مصنف به محقق ثانی علیه الرحمه

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

اینکه محقق ثانی علیه الرحمه از کلام برخی استظهار نموده‌اند که معاطات در اجاره و هبہ جاری است علی الظاهر درست نمی‌باشد زیرا معنای جریان معاطات در اجاره طبق مرام و مذهب مرحوم محقق ثانی اینستکه حکم کنیم مأمور (عامل) مالک اجرت معین شده و حق دارد آنرا از آمر مطالبه کند و از طرف آمر نیز مالک عمل معین گردیده و این استحقاق را دارد که از مأمور آنرا طلب نماید در حالیکه ما ندیدیم احدی از علماء در باب معاطات به چنین حکمی تصریح کنند.

و اما اینکه ایشان فرمودند:

اگر اجاره مزبور فاسد می‌بود عامل (مأمور) حق عمل نمودن و مبادرت بآنرا نمی‌داشت.

باید بگوئیم:

اینکلام مورد مناقشه و اشکال است زیرا فساد معامله مانع از عمل نیست علی الخصوص که عمل تصرف در عین مال مستأجر محسوب نشود.

و اما اینکه فرمودند:

عامل اگر با علم بفساد عمل را انجام دهد نباید مستحق اجرت باشد.

باید بگوئیم:

این سخن نیز ممنوع بوده و آنرا قبول نداریم زیرا علی الظاهر در چنین فرضی عامل مستحق اجرت المثل می‌باشد چه آنکه وی عمل را تبرعی انجام نداده بلکه قصدش رسیدن به عوضی بوده که البته آن عوض بوى تسليم نمی‌شود و اما اینکه از مطلق اجرت حتی اجرت المثل نیز وی را محروم نمائیم صحیح نیست و بدین ترتیب می‌گوئیم اگرچه از اجرت المسمی ممنوع است اما اجرت المثل را مستحق می‌باشد.

و اما مسئله هبه:

ایشان فرمودند از اینکه حضرات حکم بجواز اتلاف موهوب کرده و موهوب له را در این امر مجاز قرار داده‌اند کشف می‌کنیم که حکم معاطات در هبه نیز جاری است.

در جواب می‌گوئیم:

مجرد حکم بجواز اتلاف دلالت بر جریان حکم معاطات در هبه ندارد مگر آنکه در معاطات به اباحه قائل شویم همانطوری که جماعتی همچون مرحوم شیخ و ابن ادریس حلی و علامه تصریح نموده‌اند که اعطاء هدیه بدون صیغه لفظی مفید اباحه بوده نه ملک.

و حاصل کلام آنکه حکم مذبور (حکم بجواز اتلاف) بنابر مسلک قائلین به اباحه البته بر جریان معاطات در هبه دلالت دارد اما مرحوم محقق ثانی که باین مسلک قائل نبوده و اباحه مجرد از ملک را منکر است چگونه می‌تواند از صرف جواز اتلاف حکم به جریان معاطات در هبه کند.

مضافاً به اینکه حصول ملک در هبه و مالک شدن موهوب له موقوف بر ایجاب و قبول لفظی است و این توقف داشتن همانطوری که از ظاهر فرموده مرحوم شهید ثانی در مسلک استفاده می‌شود گویا اجماعی و اتفاقی است.

و از آنچه ذکر نمودیم ظاهر شد که اینکلام دیگر مرحوم محقق ثانی که فرمودند:

اگر هبه مذبور فاسد می‌بود می‌باید موهوب له از مطلق تصرف در آن ممنوع باشد.

نیز صحیح نیست زیرا وی زمانی می‌تواند چنین حکمی نماید که قائل به اباحه بادش یعنی در اینصورت ایشان می‌توانست بفرماید:

معاطات صحیح در هبه موجب اباحه تصرفات است و وقتی آنرا فاسد دانستیم البته موهوب له از هرگونه تصرفی ممنوع می‌باشد.

شرح مطلوب

قوله: اعلم انه ذكر المحقق الثاني: ضمير در «انه» بمعنى «شأن» می‌باشد.

قوله: و ذلك لانه الخ: تقرير كيفيت تحقق معاطات در اجاره می‌باشد.

قوله: لانه اذا امره بعمل على عوض: ضمير در «لانه» و ضمير فاعلى در «امرها» به امر و ضمير مفعولي آن به مأمور راجع است.

قوله: فعمله استحق الاجرة: ضمير فاعلى در «عمله» به مأمور و ضمير مفعولي به عمل راجع است.

قوله: لم يجز له العمل: ضمير در «له» به مأمور عود مى كند.

قوله: مع علمه بالفساد: ضمير در «علمه» به مأمور راجع است.

قوله: الجواز بذلك: مقصود از «جواز» جواز اجاره بوده و مشار اليه «ذلك» معاطات مى باشد.

قوله: جواز الاتلاف: يعني جواز اتلاف موهوب له.

قوله: لا يوجب منعه عن العمل: ضمير در «منعه» به عامل عود مى كند.

قوله: من اموال المستأجر: مقصود از «مستأجر» طالب الاجير مى باشد.

قوله: لانه لم يقصد التبرع: ضمير در «لأنه» به عامل راجع است.

متن:

و لكن الظاهر بناء على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره من الاجارة و الهبة، لكون الفعل مفيدة للتمليك فيهما.

و ظاهر المحكي عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع، و غيره حيث قال في باب الرهن: إن الخلاف في الإكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيصال و الإيجاب عليه المذكور في البيع آت هنا.

لكن استشكله في محكي جامع المقاصد: بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع، بخلاف ما هنا.

و لعل وجه الإشكال عدم تأدي المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذي اجروها في البيع، لأنها هناك إما مفيدة للباحثة، أو الملكية الجائزة على الخلاف.

و الاول غير متصور هنا.

و أما الجواز فكذلك، لأنه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصا بـ ملاحظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان.

و إن جعلناها مفيدة لللزوم كان مخالفـا لماطبقـوا عليه: من توقف العقود الازمة على اللـفـظـ.

وـ كـأنـ هـذاـ هوـ الـذـيـ دـعاـ المـحـقـقـ الثـانـيـ إـلـىـ الـجـزـمـ بـجـرـيـانـ الـمـعـاطـاـتـ فيـ مـثـلـ الـاجـارـةـ وـ الـهـبـةـ وـ الـقـرـضـ، وـ الـاسـتـشـكـالـ فيـ الـرـهـنـ.

نعم من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم: من توقف العقود الازمة على اللـفـظـ، أو حـمـلـ تـلـكـ العـقـودـ عـلـىـ الـلـازـمـ مـنـ الـطـرـفـينـ، فـلـاـ يـشـمـلـ الرـهـنـ، وـ لـذـاـ جـوـزـ بـعـضـهـمـ الـإـيجـابـ بـلـفـظـ الـأـمـرـ كـخـذـهـ، وـ الـجـمـلـةـ الـخـبـرـيـةـ.

امـكـنـ أـنـ يـقـولـ بـافـادـةـ الـمـعـاطـاـتـ فيـ الـرـهـنـ اللـزـومـ، لـاطـلاقـ بـعـضـ أـدـلـةـ الـرـهـنـ.

وـ لمـ يـقـمـ هـنـاـ اـجـمـاعـ عـلـىـ دـعـمـ الـلـزـومـ كـمـاـ قـامـ فيـ الـمـعـاوـضـاتـ.

وـ لـاجـلـ مـاـ ذـكـرـنـاـ فـيـ الـرـهـنـ يـنـعـ منـ جـرـيـانـ الـمـعـاطـاـتـ فـيـ الـوـقـفـ:

بـأـنـ يـكـنـىـ فـيـ بـالـإـقـبـاضـ، لـأـنـ القـوـلـ فـيـ الـلـزـومـ مـنـافـ مـاـ اـشـهـرـ بـيـنـهـمـ: مـنـ تـوـقـفـ الـلـزـومـ عـلـىـ الـلـفـظـ، وـ الـجـواـزـ غـيرـ مـعـرـوفـ فـيـ الـوـقـفـ. مـنـ الشـارـعـ فـتـأـملـ.

نعم يظهر الـإـكتـفاءـ بـغـيرـ الـلـفـظـ فـيـ بـابـ وـقـفـ الـمـسـاجـدـ مـنـ الذـكـرـيـ تـبـعـ لـلـشـيـخـ رـحـمـهـ اللهـ. ثـمـ إـنـ الـمـلـزـمـ لـلـمـعـاطـاـتـ فـيـمـاـ تـجـريـ فـيـهـ مـنـ الـعـقـودـ الـأـخـرـ هـوـ الـمـلـزـمـ فـيـ بـابـ الـبـيـعـ كـمـاـ سـنـبـهـ بـهـ بـعـدـ هـذـاـ الـأـمـرـ.

ترجمـهـ:

سـپـسـ مـرـحـومـ مـصـنـفـ مـنـ فـرـمـاـيـنـدـ:

ولی اظهر از نظر ما اینستکه اگر معاطات را در بیع جاری دانستیم در غیرش همچون اجاره و هبه نیز باید جاری باشد چه آنکه فعل در ایندو عقد مفید تملیک می‌باشد.

و از ظاهر کلام مرحوم علامه در کتاب تذکره طبق نقلی که شده بdest می‌آید که بین بیع و غیرش قول بفصل نبوده و هرگز معاطات را در بیع جاری دانسته در غیر آن از عقود دیگر نیز معاطات را جاری کرده است.

ایشان در باب رهن میفرمایند:

اختلافی که در بیع بوده، برخی معاطات و نیز استیحاب و ایجاب را در آن کافی دانسته و بعضی با آن اکتفاء نکرده‌اند در رهن نیز می‌آید یعنی آنانکه به معاطات در باب بیع اکتفاء کرده در اینجا نیز آنانرا کافی می‌دانند چنانچه کسانیکه استیحاب و ایجاب را در بیع موجب تحقق آن می‌دانند در باب رهن نیز بهمین رأی باقی هستند و در مقابل آنانکه معاطات و استیحاب و ایجاب را در بیع کاف ندانسته‌اند در رهن نیز آنها اکتفاء نکرده‌اند.

ولی نقل شده که مرحوم محقق ثانی در کتاب جامع المقصاد اینحکم را مورد اشکال قرار داده و فرموده است:
اجماع داریم که حکم معاطات در بیع ثابت است بخلاف رهن که چنین اجتماعی در آن نمی‌باشد.

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

شاید وجه اشکال محقق ثانی علیه الرحمه این باشد که معاطاتی که با اجماع در بیع جاری است با آن نحو در رهن قابل اجراء نمی‌باشد زیرا معاطات در باب بیع یا مفید اباحه بوده و یا ملکیت جائزه را افاده می‌کند و هیچیک از ایندو در باب رهن قابل التزام نیستند:

اما اباحه: اساسا در رهن تصور نمی‌شود زیرا غرض از رهن گذاردن وثیقه نزد مرتهن است که در صورت عدم وصول حق بوى بتواند با فروش وثیقه حق خویش را استیفاء کند و لازمه آن اینستکه هیچکدام از راه و مرتهن حق تصرف در آن را نداشته باشند پس چگونه بگوئیم رهن معاطاتی مفید اباحه تصرف در وثیقه می‌باشد.

و اما ملکیت جائزه: آن نیز قابل تصور در اینجا نیست زیرا معنای آن اینستکه مالک قبل هرگاه که بخواهد می‌تواند آنرا بخود مسترد نماید و پرواضح است اینمعنا با وثیقه بودن که قوام مفهوم رهن با آن است تنافی دارد.

مضافاً باینکه در اینجا چیزی که موجب لازم شدن آن باشد تا بدینوسیله در برخی از اوقات وثیقه تحقق یابد تصور نمی‌شود.
و اگر هم بخواهیم ملتزم شویم که معاطات در مورد رهن مفید لزوم است مخالفت با اجماع نموده‌ایم چه آنکه باتفاق همه علماء عقود لازمه موقوف بر لفظ می‌باشند.

و گویا همین نکته‌ای که در اینجا تقریر نمودیم باعث شده که محقق ثانی (ره) جزم و یقین پیدا کرده که معاطات در مثل اجاره و هبه و قرض جاری بوده ولی جریانش در رهن مشکل می‌باشد.

البته کسیکه باکی ندارد با رأی مشهور بلکه با اجماع مخالفت نماید می‌تواند در اینجا باین اجماع که عقود لازمه موقوف بر لفظ هستند اعتناء نکرده یا آنرا بر عقودی که از دو طرف لازم است همچون بیع و اجاره حمل کند در نتیجه رهن مشمول آن واقع نمی‌شود و بر اساس همین حمل است که برخی از فقهاء ایجاب در رهن را با لفظ امر همچون «خذ» یا با جمله خبریه قابل وقوع دانسته همانطوریکه معتقدند با جمله خبریه نیز واقع می‌شود.

و بهرسورت آنانکه اعتقادشان اینستکه با اجماع و اتفاق می‌توان مخالفت نمود البته ممکنست بگویند معاطات در رهن مفید لزوم بوده و دلیل آن اطلاق بعضی از ادله رهن می‌باشد و از طرف دیگر اجماعی که بر عدم لزوم معاطات در رهن دلالت کند قائم نشده چنانچه این اجماع در معاوضات حاصل و قائم می‌باشد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و باخاطر آنچه در رهن بیان نموده و دلیلی که اقامه کردیم جریان معاطات در وقف نیز ممنوع می‌باشد یعنی در وقف نمی‌توان بدون اینکه صیغه‌ای خواند به اقباض اكتفاء نمود زیرا قول به لزوم در آن منافات دارد با آنچه بین حضرات مشهور شده که می‌فرمایند لزوم موقوف بر لفظ است و جواز نیز در وقف از شارع معروف و معهود نمی‌باشد.

بلی، از کلام مرحوم شهید در کتاب ذکری اینطور ظاهر می‌شود که در باب وقف مساجد می‌توان بغیر لفظ اكتفاء نمود.

لازم بتذکر است آنچه در بیع معاطاتی بعنوان ملزم می‌باشد در غیر بیع از عقود معاطاتی دیگر نیز ملزم شمرده می‌شود چنانچه عنقریب توضیح آن خواهد آمد.

شرح مطلوب

قوله: جریانها فی غیره: ضمیر در «جریانها» به معاطات و در «غیره» به بیع راجع است.

قوله: للتملیک فیهمما: ضمیر در «فیهمما» به هبه و اجاره عود می‌کند.

قوله: فی الالکتفاء فیه بالمعاطاة: ضمیر در «فیه» به رهن راجع است.

قوله: آت هنا: مشار اليه «هنا» رهن می‌باشد.

قوله: لكن استشكله في محكي جامع المقاصد: ضمیر منصوبی در «استشكله» به عدم القول بالفصل راجع است.

قوله: بخلاف ما هنا: مشار اليه «هنا» رهن می‌باشد.

قوله: لأنها هناك الخ: ضمیر در «لانها» به معاطات راجع بوده و مشار اليه «هناك» بیع می‌باشد.

قوله: غير متصور هنا: مشار اليه «هنا» رهن می‌باشد.

قوله: و اما الجواز فكذلك: یعنی غير متصور.

قوله: لأنه ينافي الوثوق: ضمیر در «لانه» به جواز راجع است.

قوله: بمحلاحتة انه لا يتصور هنا: ضمیر در «انه» بمعنى «شأن» می‌باشد.

قوله: ما يوجب رجوعها الى اللزوم: ضمیر در «رجوعها» به ملکیت جائزه راجع است.

قوله: ليحصل به الوثيقة: ضمیر در «به» به لزوم عود می‌کند.

قوله: و ان جعلناها: ضمیر مونث به معاطات راجع است.

قوله: و كأن هذا: مشار اليه «هذا» ايراد و اشكال در جریان معاطات در رهن می‌باشد.

قوله: و لم يقم هنا اجماع الخ: مشار اليه «هنا» باب رهن می‌باشد.

قوله: بان يكتفى فيه بالاقباض: ضمیر در «فیه» به وقف راجع است.

قوله: لأن القول فيه باللزوم: ضمیر در «فیه» به وقف برمی‌گردد.

قوله: فتأمل: شاید اشاره باشد باینکه در برخی از اقسام وقف از شارع معهود است که حکم بجواز فرموده همچون وقف منقطع الآخر که به رقی معرف است.

متن:

الامر السادس في ملزمات المعاطاة على كل من القول بملكه و القول بالإباحة.

اعمل ان الاصل على القول بملكه، اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة.

و أما على القول بالإباحة فالاصل عدم اللزوم، لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، وأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة و هي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

اذا عرفت هذا فاعلم أن تلف العوضين ملزم اجمعما على الظاهر الم المصر به في بعض العيائير أما على القول بالإباحة فواضح لأن تلفهما من مال المالك و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منها مال صاحبه.

و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيئ.

و أما على القول بملكه فلما عرفت: من أصالة اللزوم و المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين و حيث ارتفع مورد التزاد امتنع و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيري حتى يستصحب بعد التلف، لأن هذا الجواز من عوارض العقد، لا العوضين، فلا مانع من بقائه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما.

بخلاف ما نحن فيه، فإن الجواز فيه هنا يعني جواز الرجوع في العين المohoوية فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التزاد مطلق الرجوع الثابت في الهبة.

هذا مع أن الشك في أن متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة أو الرجوع في العين، أو تراد العينين: يمنع من استصحابه؛ فإن المتيقن تعلقه بالتزاد، اذ لا دليل في مقابلة

أصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما.

و منه يعلم حكم ما لو تلفت احدى العينين، أو بعضها على القول بملكه.

ترجمة:

امر ششم ملزمات معاطات بنابر قول قائلين بملك و اباحه

مخفي نامند بنابررأی قائلین بملك اصل در ملکیت لزوم میباشد و دلیل آن عبارتست از وجوده و ادله هشتگانه‌ای که قبل شرح آنها گذشت.

و اما بنابر قول قائلین به اباحه اصل عدم لزوم است و دلیل آن قاعده تسلط مردم بر اموال و اصالة سلطنة المالك میباشد.
این سلطنت قبل از وقوع معاطات برای مالک ثابت بود استصحاب بقاء مقتضی است که بعد از آن نیز باقی باشد.

اگر گفته شود:

در مقابل این اصل و استصحاب، استصحاب بقاء اباحه میباشد باین تقریر:

بعد از وقوع معاطات و قبل از رجوع مالک اباحه تصرف در مال برای مباح له ثابت است حال بعد از رجوع وی نیز مقتضای استصحاب بقاء اینستکه باقی باشد و بدین ترتیب بین ایندو استصحاب تعارض واقع شده و در نتیجه نمیتوان بر طبق استصحاب بقاء سلطنت مالک حکم نمود، در جواب میگوئیم:

اولاً: استصحاب بقاء اباحه جاری نمیشود.

ثانیاً: بفرض که بتوان آن را جاری نمود باید توجه داشت که استصحاب بقاء سلطنت مالک بر آن حاکم است.

پس از توجه باین مقدمه اکنون میگوئیم:

تلف شدن عوضین ملزم معاطات است و ظاهراً اجماع بر آن قائم می‌باشد.

اما بنابر رأی قائلین به اباده این مطلب امر واضح و روشنی است زیرا تلف شدن عوضین بحساب مالک و از مال وی منظور می‌شود و از طرف امری که موجب ضمان هریک از متعاملین نسبت به مال دیگری باشد اتفاق نیافتداده.

اگر توهم شود: قاعده «الضمان بالید» در اینجا جاری است زیرا مقتضای علی الید ما اخذت اینستکه هرکدام از طرفین ضامن مال تلف شده باشند.

در جواب گوئیم:

این توهم مندفع است و وجه دفع آن انشاء الله عنقریب خواهد آمد.

و اما بنابر رأی قائلین بملک جهتش قبلًا دانسته شد و گفته اصل لزوم می‌باشد و قدر متیقنه از مخالفت نمودن با این اصل در جائی است که عینین موجود بوده و تراد آنها ممکن باشد و وقتی امر منتفی و مرتفع گردید دیگر مخالفت با اصل مذبور ممتنع می‌شود و می‌دانیم که پیش از تلف شدن عوضین معامله جائز نبوده باان نحوی که بیع خیاری جائز است تا اکنون آنرا استصحاب کنیم و بعد از تلف نیز حکم بجواز معامله نمائیم چه آنکه چنین جوازی از عوارض عقد بوده نه لواحق عوضین لذا هیچ مانعی از بقاء آن وجود ندارد بلکه بعد از تلف عوضین نیز دلیلی بر ارتفاع آن در دست نیست لذا در بیع خیاری پس از تلف عوضین نیز جواز همچنان باقیست و بخلاف مورد صحبت زیرا جواز در آن بمعنای جواز رجوع در عین عوض است مانند جواز رجوع در عین مال موهوب و بدیهی است بعد از تلف عین این جواز ممکن نیست که باقی باشد زیرا متعلق و موضوع آن از بین رفته است بلکه اساساً جواز در اینجا با جواز در هبه نیز فرق دارد زیرا در اینجا جواز به موضوع تراد یعنی عوضین تعلق گرفته و پر واضح است که متعلق وقتی منتفی شد جواز نیز منتفی است بخلاف در باب هبه که جواز در آن بمعنای مطلق رجوع است و اینمعنا هم قبل از تلف عین و هم بعد از آن ثابت است.

از این گذشته همین مقدار که شک داریم متعلق جواز آیا اصل معامله بوده یا رجوع در عین و یا تراد عینین می‌باشد کاف است که از اجراء استصحاب ممنوع باشیم چه آنکه قدر متیقنه از رجوع موردي است که تراد عینین امکان داشته باشد و غیر آن محکوم به عدم جواز رجوع است زیرا در مقابل اصالة اللزوم دلیلی نداریم که بیش از مورد جواز تراد عینین را برای ما جائز قرار دهد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

و از این شرحی که دادیم حکم موردي که احد العوضین یا بعض احد العوضین

تلف شود نیز دانسته می‌شود یعنی بنابر رأی قائلین بملک می‌گوئیم اینمورد نیز لازم است چون تراد عینین ممکن نیست.

شرح مطلوب

قوله: من الوجوه الثمانية: وجوهی که مرحوم مصنف قبله به آنها اشاره فرموده نه تا بودند باین شرح:

- ۱- اصل عقلائی یعنی اصالة اللزوم در هرملکی که در لزوم و جوازش شک نمائیم جاری است.
- ۲- استصحاب بقاء ملک بعد از رجوع مالک اول.
- ۳- فرموده پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم: الناس مسلطون علی اموالهم.
- ۴- لا يحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه.
- ۵- فرموده حقتعالی: الا ان تكون تجارة عن تراض.
- ۶- جمله مستثننا منه در آیه شریفه و آن عبارتست از:

لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل.

۷- فرموده پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم:

البیعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا وجوب البيع.

۸- فرموده حقتعالی: یا ایها الذين آمنوا اوفوا بالعقود.

۹- فرموده پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم.

قوله: و هی حاکمة علی اصالة بقاء الاباحه: وجه حاکم بودن آن اینست که اصالة بقاء الاباحه اصل مسببی و اصالة سلطنة المالک اصل سببی است و اساسا هر اصل سببی بر اصل مسببی حاکم می باشد زیرا با اجراء اصل سببی دیگر جائی برای شک در ناحیه مسبب باقی نمانده تا اصل جاری شود.

و اما تقریر سبب و مسبب در مورد بحث اینستکه:

بعد از حصول معاطات و تحقق اباھه تصرف برای متعاطین اگر احد المالکین بملک خودش رجوع نمود شک می کنیم بعد از رجوع آیا اباھه سابق باقی است یا

زائل شده پر واضح است این شک مسبب است از اینکه آیا سلطنت مالک (رجوع کننده) باقی است تا رجوعش بهال خود نافذ بوده یا باقی نیست بطوری که اگر این سلطنت باقی باشد دیگر جای شک در زوال اباھه سابق نیست حال اگر با استصحاب بقاء سلطنت حکم به بقاء آن نمودیم دیگر شکی در عدم بقاء اباھه نداریم تا بتوانیم به استصحاب بقاء اباھه متمسک شویم از این رو استصحاب بقاء سلطنت حاکم است بر استصحاب بقاء اباھه.

قوله: لو سلم جریانها: ضمیر در «جریانها» به اصالة بقاء الاباحه راجع است.

مؤلف گوید:

وجه عدم جریان این اصل که در واقع همان استصحاب بقاء الاباحه می باشد اینستکه:

شک در آن از قبیل شک در مقتضی است باینمعنا از بدو امر که اباھه برای مباح له آمد نمی دانیم اقتضای بقاء برای بعد از رجوع را داشته یا ادامه آن فقط تا این زمان بوده است و در محلش مقرر است که در فرض شک در مقتضی استصحاب جاری نیست.

قوله: لان هذا الجواز عن عوارض العقد: مقصود از «هذا الجواز» جواز بیع خیاری می باشد.

قوله: فلا مانع من بقائه: یعنی بقاء الجواز.

قوله: بل لا دليل على ارتفاعه: یعنی ارتفاع الجواز.

قوله: بعد تلفهمها: یعنی تلف العوضین.

قوله: هل هو اصل المعاملة: همچون بیع خیاری.

قوله: او الرجوع في العين: نظیر هبہ.

قوله: او تراد العینین: چنانچه در مورد معاطات می باشد.

قوله: فان المتيقن تعلقه بالتراد: ضمیر در «تعلقه» به جواز راجع است.

قوله: و منه يعلم حکم ما لو تلتفت الخ: ضمیر در «منه» به حکم تلف عینین راجع است.

متنه:

و أما على القول بالإباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه، تبعا للمسالك: أصالة عدم اللزوم، لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجدة، و ملكه لها.

و فيه أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده، أو قيمة.

و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محله بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، و لا بعده اذا بني مالك العين الموجدة على إمضاء المعطاه و لم يرد الرجوع: إنما الكلام في الضمان اذا اراد الرجوع، و ليس هذا من مقتضى اليد قطعا هذا.

و لكن يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل، أو القيمة، مع أن ضمان التالف ببدل معلوم إلا أن الكلام في أن البدل هو البطل الحقيقي: اعني العين الموجدة فلا اصل هذا.

مضافا إلى ما قد يقال: من أن عموم الناس مسلطون على أموالهم يدل على السلطة على المال الموجود باخذه، و على المال التالف باخذ بدله الحقيقي: و هو المثل، أو القيمة، فتدبر.

و لو كان أحد العوضين دينا في ذمة أحد المتعاطفين فعل القول بملكه يملكه من في ذمته فيسقط عنه.

و الظاهر أنه في حكم التلف، لأن الساقط لا يعود.

و يحتمل العود و هو ضعيف.

و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة، فافهم.

ترجمة:

مرحوم مصنف می فرمایند:

و اما بنابر رأى قائلین به اباوه: برخی از مشايخ و استادی ما با موافقت بعضی از معاصرینش و به تبعیت از مرحوم شهید ثانی در مسالک اصالة عدم اللزوم را وجیه شمرده و فرموده است می باید باین اصل تمسک شد زیرا اصل مقتضی است که سلطنت مالک عین موجود باقی و ملکیتش محفوظ باشد.

در این استدلال می توان مناقشه و اشكال نمود و گفت:

با این اصل، اصل دیگری معارضه می کند و آن عبارتست از:

اصل برائت ذمه شخص از مثل عین تلف شده یا قیمت آن می باشد.

و تمسک نمودن به عموم «على اليد» در اینجا بی مورد است زیرا قطع و یقین داریم که این «ید» قبل از تلف عین ید ضمانت نبوده و بعد از تلف نیز ضمانتی بر آن مترب نمی باشد مشروط باینکه مالک عین موجود بنائش بر امضاء معطاهات بوده و اراده رجوع در آن را نداشته باشد.

حال صحبت در موردي است که مالک مزبور قصدش رجوع در عین موجود باشد که در اینجا باید بررسی نمود آیا ضمان ثابت است یا ضمانتی در بین نیست؟

پر واضح است در اینفرض ضمان از مقتضیات ید بطور قطع و یقین محسوب نمی شود تا بتوان با تمسک به عموم «على اليد» ضمان را اثبات کرد.

پس از آن مرحوم مصنف می فرمایند:

ولی ممکنست بگوئیم:

اصالة بقاء السلطة بر اصالة عدم الضمان بالمثل او القيمة حاكم است و بدين علمی چگونه بگوئیم اصل عدم ضمان می باشد.

منتھی صحبت در اینستکه آیا بدل، بدل حقیقی یعنی مثل یا قیمت بوده و یا بدل جعلی یعنی عین موجود در ضمان میباشد؟

پس همانطوری که اشاره شد جائی برای اصل یعنی اصالة عدم الضمان وجود ندارد.

از آنچه گفته شد که بگذریم برخی در تثبیت ضمان تقریر دیگری داشته و فرموده‌اند:

عموم «الناس مسلطون على اموالهم» دلالت دارد بر سلطنت مالک عین موجود بر آن و مقتضای این سلطنت آنستکه بتواند آنرا

از دست طرف مقابل اخذ کند چنانچه مالک تالف نیز حق دارد بدل حقیقی مال خود که مثل یا قیمت است را از

طرف مقابل مطالبه نماید.

فرع فقهی

اگر احد العوضین در معاطات دین باشد در ذمه یکی از متعاطین، بنابر قول قائلین بملک بدھکار مالک ما في الذمه خود شده و در نتیجه بعد از معاطات دینش ساقط میشود و علی الظاهر مالک شدن ذمه در حکم تلف است چه آنکه ساقط دیگر برنمی‌گردد

یعنی وقتی پذیرفتیم ذمه ساقط میشود دیگر قابل عود بر ذمه نیست.

ولی این احتمال داده شده که ساقط بعد از سقوط برگردد اما احتمال مزبور ضعیف و غیر قابل اعتماد است.

سپس مرحوم مصنف میفرمایند:

ظاهرا بنابر رأى قائلين به اباحه نیز حکم همین است.

شرح مطلوب

قوله: بقاء سلطنة مالك العين الموجودة الخ: صورت واقعه چنین تصویر میشود:

زید عبائی را به بیع معاطاتی به عمرو داده و در مقابل از وی پیراهنی اخذ کرده حال پیراهن نزد زید تلف شده ولی عباء پیش عمره باقی مانده پس مالک عین موجود یعنی زید سلطنتش بر عباء باقی است میتواند بعمرو رجوع کرده و آنرا از وی بگیرد.

قوله: باصالة برائة ذمته عن مثل التالف عنده: مثلا در مثال مذکور بعد از آنکه پیراهن نزد زید تلف شد اگر شک نمودیم که وی ضامن آن است با اصالة البرائة حکم به نفی ضمان مینماییم.

قوله: بعموم على اليه هنا: مشار اليه «هنا» باب معاطات میباشد.

قوله: قبل تلف العين لم يكن يد ضمان: زیراً يد مستقر بر عين با اذن صاحب آن بوده.

قوله: اذ ابني مالك العين الموجودة: مقصود از مالک عین موجود همان کسی است

که عین طرف مقابل نزدش تلف شده همچون «زید» در مثال مذکور که پیراهن نزدش تلف شده و خود مالک عباء میباشد.

قوله: و ليس هذا من مقتضي اليه: مشار اليه «هذا» ضمان در وقت اراده رجوع میباشد.

و حاصل مراد اینستکه:

اگر مالک عین موجود یعنی «زید» قصد رجوع به عین خود یعنی عباء را نمود و آنرا از عمرو مطالبه کرد در مقابل باید عین عمرو

یعنی پیراهن را بوى بدھد و در صورت تلف اگر مثلی است مثل آن و اگر قیمی میباشد واجب است قیمتش را بوى تسليم کند

و بدیهی است این ضمان مستند به «ید» نبوده بلکه مقتضای بهم خوردن معاوضه اینست و به تعبیر دیگر ضمان مزبور، ضمان

معاوضی است نه ضمان یدی.

قوله: اصالة بقاء السلطة حاکمة على اصالة عدم الضمان: زیرا اصل اولی از قبیل اصل سببی و اصل دومی، مسببی می باشد.

قوله: اعنی المثل او القيمة: يعني در مثال مذکور زید قیمت یا مثل پیراهن را باید به عمره بدهد.

قوله: اعنی العین الموجودة: يعني باید بجای پیراهن تلف شده عباء را به عمره بدهد.

قوله: يدل على السلطة على المال الموجود: يعني زید بر مال موجود خود که عباء باشد سلطنت دارد.

قوله: و على المال التالف: يعني عمره نیز بر مال تالف خویش که پیراهن باشد سلطنت دارد و چون اینمال موجود نیست بدلش که مثل یا قیمت باشد را می تواند مطالبه کند.

قوله: و لو كان أحد العوضين دينا الخ: مثلاً زيد از عمرو مبلغ ٥٠٠ تومان طلبکار است حال اگر زيد با ٥٠٠ تومان در ذمه عمرو از وی پیراهنی به بیع معاطاتی خرید و عمرو پیراهن را باو اعطاء و تسليم کرد بلافاصله بدھکار یعنی عمره مالک ذمه خود شده و در نتیجه بدھی وی ساقط می شود.

قوله: و الظاهر انه في حكم التلف: ضمیر در «انه» به سقوط ما في الذمة راجع است.

قوله: ان الحكم كذلك على القول بالاباحة فافهم: برخی از شراح فرموده اند.

شاید امر به فهم اشاره باین باشد که اباھه نمودن دین مشکل می باشد زیرا هیچ انتفاعی از آن نمی توان برد مگر بیع آن و یا ثمن قرار دادن بمنظور خریدن چیزی و قبلًا گفته که اباھه این گونه از تصرفات وقتی دلیل خاصی در دست نبود صحیح نمی باشد پس نتیجتاً باید گفت معاطات در دین جاری نیست و بنابر قول باباھه نمی توان با آن مبادرت ورزید لذا جای آن نیست که بگوئیم آیا معاطات در قرض جائز است یا لازم.

متن:

و لو نقنت العینان، أو احداهما بعقد لازم فهو كالتلف على القول بالملك، لامتناع التراد.

و كذا على القول بالاباحة اذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة و لو عادت العين بفسخ ففي جواز التراد على القول بالملك، لإمكانه فيستصحب و عدمه، لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه: وجهاً؟

اجودهما ذلك، اذا لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق، بل المتيقن منه غير ذلك.

فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

و كذا على القول بالاباحة، لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني فلا دليل على زواله بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك، لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها.

نعم لو قلنا: إن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه: كان مقتضي قاعدة السلطة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأول، أو عائداً إليه بفسخه.

و كذا لو قلنا: إن البيع لا يتوقف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرف،

و الإنلاف، ويمثل الثمن بالبيع كما تقدم استظهاربه عن جماعة في الامر الرابع.

لكن الوجهين ضعيفان، بل الاقوى رجوعه، بالفسخ إلى البيع.

و لو كان الناقل عقداً جائز لم يكن مالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيها، و لا رجوعه بنفسه إلى عينه.

فالتراد غير متحقق، و تحصيله غير واجب.

و كذا على القول بالإباحة، لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

نعم لو كان غير معاوضة كالهبة، و قلنا، إن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك، اذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالا واحد، و انتقال المعاوض إلى الآخر.

بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتهدب فيتتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك، لا الواهب.

اتجه الحكم بجواز التراد، معبقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكها بهذا النحو من العود، اذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

ترجمه:

فرع فقهی

اگر هردو عین یا یکی از آنها بعدد لازم نقل داده شود این معنا بنا بر قول قائلین بملک منزله تلف تلقی می‌گردد زیرا تراد آنها ممتنع و غیر ممکنست.

و همچنین است بنابر قول به اباحه مشروط باينكه تصرفات ناقل را نيز مباح بدانيم.

فرع دیگر

اگر عین نقل داده شده بواسطه فسخ دومرتبه بجای خود برگشت بنابر قول بملک دو احتمال است.

الف: آنکه معاطات جایز است پس رجوع متعاطین بهال خود جایز است زیرا قبل از نقل عین تراد ممکن بوده و بعد از نقل و حصول فسخ اگر شک کنیم

استصحاب حاکم است به ثبوت تراد و بدیهی است با ممکن بودن تراد عینین رجوع هریک از متعاملین بهال خود جایز است.

ب: آنکه معاطات جایز نبوده بلکه لازم است و تراد عینین ممکن نیست زیرا قدر متیقن از تراد، تراد، محقق قبل از خروج عین از مالک مالکش می‌باشد و غیر آن یعنی تراد بعد از فسخ معلوم نیست از مصاديق و افراد تراد منظور و مطلوب باشد.

مرحوم مصنف پس از ذکر دو احتمال می‌فرمایند:

احتمال دوم بنظر ما اجود الاحتمالین است زیرا در مقابل اصالة اللزوم جواز تراد بقول مطلق که هم تراد قبل از نقل و هم بعد از آن و حصول فسخ را شامل بشود ثابت نشده بلکه متیقن تراد قبل از نقل می‌باشد و به صورت موضوع استصحاب چون محرز نیست لاجرم جائی برای اجراء آن نمی‌باشد.

و همچنین است بنابر قول به اباحه چه آنکه تصرف ناقل کاشف است از اینکه متصرف قبل از تصرف مالک شده و سپس تصرف نموده از اینرو بعد از فسخ متاع و مالک بملک فاسخ که مالک دوم است برمی‌گردد و هیچ دلیلی نداریم که اینملک زائل شده و بمالک اول برمی‌گردد بلکه اینحکم در اینجا از حکم بلزم بنابر قول قائلین بملک اولی و سزاوارتر است زیرا بنابراین قول سابقاً و قبل از نقل عین تراد ممکن بود و بواسطه نقل زائل گردید اما طبق رأی قائلین باباحده این تراد در هیچ وقت محقق نبوده تا بتوان استصحابش نمود بلکه آنچه قبل اثبات تحقیق داشته اصالة بقاء سلطنة المالك الاول بوده که این سلطنت را قطع و یقین داریم و بعد از نقل عین قطع گردیده است.

بلى، اگر کاشف از ملك را عقد ناقل البته وقتی بواسطه فسخ مترفعش قراردادیم ملك به مالک اول برمی‌گردد اگرچه برای غير مالک هرگونه تصرف در آن مباح است مشروط باينكه عوضش را مسترد نکرده باشد و در اینفرض مقتضای قاعدة سلطنت جواز تراد بوده و در نتیجه بعد از فسخ و استرداد عین از مشتری مالک اول (مبيع) می‌تواند عین برگشته شده را از مباح له مطالبه

نماید مشروط باینکه عوض این عین بر ملک مالکش باقی بوده یعنی مباح له آنرا بدیگری نقل نداده باشد یا اگر نقل داده بواسطه فسخ دوباره بجای اولش آنرا برگردانده باشد.

و همچنین است اگر قائل شویم باینکه بیع موقوف بر سبق ملک نبوده بلکه صرف اباوه تصرف و اتلاف در آن کاف بوده و مباح له بمجرد فروش مال مالک ثمن آن می‌شود اگرچه مثمن ملک وی نبوده و تنها تصرف در آن برایش جایز و مباح بوده است چنانچه در امر چهارم این رأی از جماعتی استظهار شد و گفتیم که ظاهر کلامشان دلالت بر آن دارد ولی مخفی نماند که هردو احتمال ضعیف بوده و اقوی بنظر ما اینستکه بعد از فسخ عین مرجعه به بایع (مالک دوم) برگردند نه مالک اولش.

فرع فقهی دیگر

اگر عقد ناقل عقد جایز باشد مالک عین باقی نمی‌تواند طرف مقابل (ناقل) را الزام به رجوع در عقد کرده یا خود مباشرتاً عین را بخویش برگرداند، بنابراین تراد غیر متحقق است و تحصیل آن نیز وجوبی ندارد.

و همچنین است بنابر رأی قائلین باباوه چه آنکه طبق این قول معاوضه کشف می‌کند که متصرف قبل از تصرف مالک عین بوده لاجرم تصرف و معاوضه‌اش در ملک واقع شده است.

بلی، اگر عقد غیر معاوضه باشد همچون هبه و قائل باشیم که تصرف در مثل آن کاشف از سبق ملک نیست و جهتش را این معرفی کنیم که در آن عوضی نیست تا معقول نباشد عوض مال شخص بوده و انتقال معرض بدیگری شود بلکه هبه تنها ملک را از مالک به متهد نقل می‌دهد و بدین ترتیب حکم جواز رجوع نسبت به مالک نه واهب تحقق می‌یابد البته در چنین فرضی صحیح بلکه وجیه است که در صورت بقاء عین دیگر یا عodus به مالکش بهمین نحو از عود، حکم بجواز تراد کنیم.

اینکه گفتیم عodus به مالک بهمین نحو از عود باشد جهتش اینستکه اگر بطور دیگر باشد از نظر حکم همچون تالف می‌باشد.

شرح مطلوب

قوله: و لو نقلت العینان: صورت فرض چنین است:

زید به بیع معاطاق عباء را از عمرو خرید و در قبال آن پیراهنی را بوى داد حال هم زید عباء گرفته را فروخت و هم عمرو پیراهن اخذ شده را بدیگری به بیع لازم انتقال داد حکم در اینجا آنست که بیع معاطاق اول لازم است زیرا بیع لازم بعدی بمنزله تلف است پس همانطوری که عباء نزد زید و پیراهن پیش عمرو اگر تلف می‌شد حکم بلزم معاطات می‌کردیم اکنون که ایندو تلف نشده ولی به بیع لازم انتقال داده شده‌اند نیز باید آنها را همچون تالف فرض کرد و در نتیجه معاطات را لازم قرار داد باینمعنا که هیچیک از زید و عمرو حق رجوع به مالک سابق خویش را ندارند.

قوله: او احداهمما: یعنی بعد از معاطات یکی از دو عین به عقد لازم نقل داده شد مثلاً تنها زید عباء را فروخت ولی عمرو پیراهن را نگه داشت در اینجا نیز حکم‌ش همچون فرض اول است زیرا تراد عینین امکان‌پذیر نیست.

قوله: باباوه التصرفات الناقلة: یعنی تصرفاتی که ناقل عین می‌باشند همچون بیع و هبه و صلح.

قوله: و لو عادت العین بفسخ: مثلاً در مثال فوق زید که عباء را به بیع معاطاق خریده و سپس آنرا به دیگری فروخته معامله دومش را فسخ نمود و بدین ترتیب عباء را دوباره پس گرفته و بجای اولش برگرداند.

قوله: لامکانه: یعنی قبل و پیش از نقل لازم تراد امکان است.

قوله: فیستصحب: یعنی اکنون که نقل را فسخ کرده و دوباره عباء را مثلاً برگردانده اگر شک در امکان تراد کنیم آنرا استصحاب می‌نمائیم.

قوله: و عدمه: يعني و عدم جواز التزاد.

قوله: قبل خروج العین عن ملك مالكه: مقصود قبل از نقل بعقد لازم میباشد.

قوله: اجودهما ذلك: مشار اليه «ذلك» عدم جواز تزاد میباشد.

قوله: بل المتيقن منه: ضمير در «منه» به جواز التزاد راجع است.

قوله: غير ذلك: يعني غير جواز التزاد بقول مطلق و منظور جواز التزاد قبل از خروج عین از ملك مالکش میباشد.

قوله: فالموضوع غير محرز في الاستصحاب: يعني استصحاب جواز التزاد صحيح

نيست زيرا شرط است در استصحاب که موضوع محرز بالوجدان باشد و در اينجا جواز التزاد بقول مطلق معلوم و محرز نيست که موضوع باشد تا بتوان استصحابش نمود.

قوله: الى ملك الثاني: منظور از «ثاني» مباح له میباشد.

قوله: فلا دليل على زواله: يعني زوال ملك ثانی.

قوله: بل الحكم هنا: مقصود از «حكم» عدم جواز تزاد بوده و مشار اليه «هنا» قول به اباحده میباشد.

قوله: اول منه: ضمير در «منه» به الحكم راجع است.

قوله: لعدم تحقق جواز التزاد في السابق هنا: زيرا بنابر قول باباحده هيچیک از دو عین از ملکیت مالکشان منتقل بدیگری نشده تا بگوئیم تزاد امکان دارد یا ندارد و در صورت امکان الآن يعني بعد از فسخ آنرا استصحاب کنیم.

قوله: بل المتحقق اصالة بقاء سلطنة امالك الاول: يعني بنابر قول باباحده آنچه قبلًا متحقق بوده و پیش از نقل لازم حکم به ثبوتش میکردیم اصل مذبور بوده که الآن يعني بعد از فسخ میتوانیم آنرا استصحاب کنیم زیرا بمجرد نقل لازم سلطنت مالک اول قطع و مرتفع شد لذا بعد از فسخ قابل استصحاب نبوده بلکه ملکیت مالک دوم که مباح له باشد استصحاب میگردد.

قوله: هو العقد الناقل: منظور همان عقدی است که بواسطه اش نقل لازم صورت گرفته.

قوله: عاد الملك الى المالك الاول: منظور مبيح است نه مباح له مثلا در مثالی که مافرض کردیم مالک اول عمرو است که عباء را به زید اباحده کرده.

قوله: و ان كان مباحا لغيره: يعني لغير مالک اول که مقصود مباح له است و در مثال ما زید میباشد.

قوله: ما لم يسترد عوضه: مثلا زید عوض عباء را که پیراهن بوده از عمرو استداد نکرده باشد.

قوله: كان مقتضى قاعدة السلطنة: جواب است براي «لو».

قوله: كون العوض الآخر: مقصود پیراهن است که فعلًا نزد عمرو میباشد.

قوله: باقیا على ملك مالكه الاول: منظور از «مالکه الاول» زید است که مالک پیراهن بوده و طبق رأی قائلین به اباحده آنرا برای عمرو مباح قرار داده و مقصود از بقاء در ملك وی اینستکه عمرو آنرا به نقل لازم همچون بیع به دیگری انتقال نداده باشد.

قوله: او عائدا اليه بفسخ: ضمير در «اليه» به مالکه الاول راجع است يعني یا اگر عمور آنرا بدیگری فروخته بواسطه فسخ دوباره آنرا بمالک اولش يعني زید برگردانده باشد.

قوله: لكن الوجهين ضعيفان: مقصود از «وجهین» عبارتست از:

الف: لو قلنا أن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل الخ.

ب: و کذا لو قلنا ان البيع لا يتوقف على سبق الملك الخ.

قوله: بل الاقوى رجوعه بالفسخ الى البائع: يعني اگر قائل به اباھه شدیم اقوى اینستکه مباح له وقتی عقد لازم را فسخ نمود عین مرجوعه بخودش که بایع بوده برمی‌گردد نه مالک اولش يعني مبیح.

قوله: و لو كان الناقل عقدا جائزا: مانند هبہ.

مؤلف گوید:

تصویر این فرض چنین است:

زید به بیع معاطاتی عبائی را از عمرو خریده و در عوض پیراهن بوی می‌دهد بنابر قول مملک هم زید مالک عباء می‌شود و هم عمرو مالک پیراهن می‌گردد.

حال طبق اینقول اگر زید عباء را به بکر هبہ نمود ولی عمرو پیراهن را باقی گذارد و بکسی نقل نداده باشد بمجرد هبہ، معاطات قبلی لازم شده و عمرو که فعلا مالک پیراهن است و قبلًا مالک عباء بوده حق ندارد زید را ملزم به رجوع در هبہ کند چنانچه خودش نیز مباشرتاً نمی‌تواند هبہ را بهم زده و عباء را بخود برگرداند.

قوله: فالتراد غير متحقق: يعني قبل از رجوع زید به عباء و بهم زدن هبہ تراد متحقق نیست.

قوله: و تحصیله غير واجب: و تحصیل تراد نیز بر زید واجب نمی‌باشد يعني شرعا

ملزم نیست اگر عمرو آنرا مطالبه کرد وی از باب لزوم اجابت همه را فسخ کرده و بدین ترتیب تراد را امکان‌پذیر قرار دهد.

قوله: نعم لو كان غير معاوضة كالهبة: ضمیر در «کان» به نقل راجع است.

قوله: لا يكشف عن سبق الملك: يعني سبق ملك برای واهب.

قوله: ناقلة للملك عن ملك المالك الى المتهب: مقصود از «مالک» مبیح می‌باشد مثلاً عمرو در مثالیکه ما ذکر نمودیم چه آنکه وی مالک عبائی است که زید آنرا به بکر هبہ نموده است.

قوله: اتجه الحكم بجواز التراد: جواب است برای «لو کان».

قوله: مع بقاء العين الاخرى: مثلاً پیراهن که عوض عباء است باقی بوده و عمرو آنرا انتقال بدیگری نداده باشد.

قوله: او عودها الى مالكها بهذا النحو من العود: يعني یا اگر عمرو آنرا بدیگری نقل داده بعداً بهمین نحو که عباء به عمرو برگشته پیراهن نیز به زید برگردد یعنی همانطوری که زید در هبہ خود رجوع نمود و بدین ترتیب عباء بهالکش یعنی عمرو برگشت عمرو نیز اگر پیراهن را به دیگری هبہ کرده در هبہاش رجوع نموده و بدینوسیله پیراهن را بهالکش یعنی زید برگرداند.

قوله: اذ لو عادت بوجه آخر: مثلاً بواسطه مرگ عمرو پیراهن دوباره به زید برگردد در حالیکه عباء بواسطه رجوع در هبہ به عمرو برگشته است.

قوله: كان حكمه حكم التالف: يعني معاطات لازم شده در نتیجه زید حق رجوع به پیراهن خود را که به وارث عمرو منتقل شده ندارد و در مقابل وارث عمرو نیز نمی‌تواند به عباء رجوع کرده و آنرا از زید مطالبه نمایند.

متن:

و لو باع العين ثالث فضولا فاجاز المالك الاول على القول بمالك لم يبعد كون اجازته رجوعاً كبيעה، وسائر تصرفاته الناقلة.

و لو اجاز المالك الثانينفذت بغير إشكال.

و ينعكس الحكم إشكالاً ووضوها على القول بالإباحة، و لكل منها رده قبل اجازة الآخر.

و لو رجع الاول فاجاز الثاني فان جعلنا الاجازة كاشفة لغا الرجوع.

و يحتمل عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و تلغى الاجازة.

و إن جعلناها ناقلة لغت الاجازة قطعاً.

ترجمة:

فرع فقهی دیگر

بعد از حصول معاطات اگر یکی از دو شخص ثالثی فضولتا و بدون اطلاع متعاطین فروخت و مالکش اولش وقتی مطلع شد آنرا اجازه داد بنابر قول کسانیکه معاطات را مفید ملک می‌دانند بعيد نیست بگوئیم اجازه مزبور معنایش رجوع از معاطات بوده همانطوری که اگر مالک اول بعد از معاطات آنرا بدیگری بفروشد یا تصرفات ناقله دیگر در آن بکند پس همانطوری که اینگونه از تصرفات دلالت بر رجوع از معاطات دارند ممکنست اجازه نیز همینطور باشد.

و اگر مالک دوم یعنی معطی له اجازه داد بدون تردید این اجازه نافذ می‌باشد و بدین ترتیب معاطات لازم می‌گردد و پس از آن هیچیک از متعاطین حق رجوع در معاطات را ندارند.

و بنابر قول آنانکه معاطات را مفید اباوه می‌دانند حکم از نظر اشکال و وضوح عکس می‌گردد یعنی اگر مالک اول اجازه دهد بدون اشکال این اجازه نافذ بوده و معاطات بهم می‌خورد و در صورتیکه مباح له اجازه دهد خالی از اشکال نیست.

البته هرکدام از متعاطین بنابر اینقول (قول باباوه) می‌توانند پیش از اجازه دیگری عقد فضولی را رد نمایند.

فرع فقهی

اگر ابتداء یک از متعاطین در معاطات رجوع نمود و سپس دیگری عقد فضولی را اجازه داد در اینجا امر از دو حال خارج نیست:

الف: آنکه اجازه را کاشف بدانیم.

ب: آنکه اجازه را ناقل قرار دهیم.

در صورت اول رجوع احد المتعاطین لغو است زیرا اجازه کاشف است از

اینکه قبل از رجوع وی معاطات لازم بوده و جائی برای رجوع نبوده است.

و محتمل است بگوئیم رجوع لغو نیست زیرا رجوع پیش از تصرف دیگری صورت گرفته نتیجتاً باید رجوع نافذ و اجازه لغو باشد.

و در صورت دوم که اجازه را ناقل بدانیم بطور قطع و یقین اجازه لغو است زیرا پیش از آن معاطات بهم خورده و عین در ملک مالک اول داخل شده و مجیز نسبت با آن اجنبي گردیده پس جائی برای اجازه او نیست.

شرح مطلوب

قوله: لم يبعد اجازته رجوعاً: يعني در این اجازه اشکال است منتهي بعيد نیست که آنرا رجوع در معاطات بدانیم.

قوله: و يعكس الحكم: مقصود از «حكم» نفوذ و عدم نفوذ اجازه می‌باشد.

قوله: و لکل منهما: يعني من المتعاطفين.

قوله: ردہ: يعني عقد فضولي را رد نماید.

قوله: و لو رجع الاول: يعني رجع في المعطيات.

قوله: فاجاز الثاني: يعني فاجاز الثاني العقد الفضولي.

قوله: و يحتمل عدمه: يعني عدم لغوية الرجوع.

قوله: و ان جعلناها ناقلة: ضمير مفعولي در «جعلناها» به اجازه راجع است.

متن:

و لو امتزجت العينان، أو احدهما سقط الرجوع على القول بملكه، لامتناع التراد، و يحتمل الشركة و هو ضعيف.

أما على القول بالاباحة فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع المال الممتزج به.

نعم لو كان المزج ملحا له بالإلتلاف جرى عليه حكم التلف.

و لو تصرف في العين تصرفًا مغيرا للصورة كطعن الحنطة، و فصل الثوب فلا لزوم على القول بالاباحة، و على القول بملكه في اللزوم وجهان مبنيان على جريان الاستصحاب جواز التراد.

و منشاء الاشكال أن الموضوع في الاستصحاب عرفي، أو حقيقي ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعطاطة نظير الفسخ في العقود الالزمة حتى يورث باملوته، و يسقط بالإسقاط ابتداء، أو في ضمن معاملة.

بل هو على القول بملكه نظير الرجوع في الهبة.

و على القول بالاباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام بحيث يناث الحكم فيه بالرضا الباطني بحيث لو علم كراهة المالك باطنًا لم يجز له التصرف.

فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بملكه للأصل لأن من له و إليه الرجوع هو المالك الأصلي، و لا يجري الاستصحاب.

و لو جن احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين.

ترجمة:

فرع فقهی دیگر

اگر بعد از حصول معطاطات هردو عین یا یکی از آنها با شیئ دیگری ممزوج شد بنابر قول قائلین بملک معطاطات لازم شده و رجوع ساقط میشود زیرا تراد ممتنع است و محتمل است بگوئیم:

معطاطات لازم نشده و رجوع باقی بوده و بدین ترتیب مالک اگر بعین خودش رجوع نمود با صاحب آن شیئی که با عین ممزوج شده شریک میگردد ولی این احتمال ضعیف میباشد.

و اما بنابر قول قائلین به اباده حکم اینستکه معطاطات همچون به جواز خود باقی میباشد زیرا اصل مقتضی است که سلطنت مالک بر مالش که اکنون با مال غیر ممزوج شده باقی باشد لذا مالک با صاحب آن مال شریک میگردد.

بلی، اگر ممزوج شدن مال با مال دیگر بطوری باشد که بتلف ملحق باشد میباید حکم تلف را بر آن جاری نموده و به لزوم معطاطات حکم کنیم چه بنابر قول بملک و چه بنابر رأی قائلین به اباده.

فرع فقهی دیگر

اگر احد امتعاطین در عینی که باو داده شده تصرفی نماید که صورت آنرا تغییر دهد مثلاً گندم را آرد نموده یا پارچه را ببرد در اینجا بنابر قول قائلین به اباحه معاطات لازم نمی‌شود اما بنابر رأی قائلین بملک دو احتمال است:

الف: آنکه معاطات لازم می‌شود.

ب: آنکه معاطات به جواز خود باقی است.

البته این دو احتمال مبتنی هستند بر جریان استصحاب جواز تراد و عدم جریان استصحاب مذبور معاطات جایز و در غیر آن صورت حکم بلووش باشد نمود.

و منشاء اشکال در اجراء و عدم اجراء استصحاب مذبور اینستکه:

موضوع در استصحاب عرفی است یا حقيقی.

اگر عرف باشد استصحاب جاری شده و در صورتیکه آنرا حقيقی بدانیم جاری نمی‌گردد.

تبصیر و تنبیه

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

از شرح مطالب و بیان مذکورات معلوم شد که جواز رجوع در مسئله معاطات نظیر فسخ در عقود لازمه نیست تا حق بوده و بدین ترتیب بواسطه موت به ارث و وارث صاحب حق برسد یا با اسقاط ابتداء یا در ضمن معامله ساقط گردد بلکه باید توجه داشت که بنابر قول قائلین بملک نظیر رجوع در هبه بوده و طبق مسلک قائلین به اباحه همچون رجوع در اباحه طعام می‌باشد بطوري که مناط حکم در آن به رضایت باطنی است فلذا اگر مباح له به کراحت باطنی و درونی مالک واقف و مطلع شود ابداً حق تصرف در آن را ندارد.

و حاصل کلام آنکه جواز رجوع در اینجا حکم است نه حق، بنابراین اگر احد المالکین فوت شد بنابر قول بملک وارثش حق رجوع نمودن را ندارد زیرا اصل عدم جواز رجوع او می‌باشد چه آنکه مستحق رجوع و من الیه الرجوع مالک اصلی است نه دیگری.

و باید توجه داشت که جواز رجوع قابل استصحاب نیست تا با آن بتوان رجوع را برای وارث نیز ثابت کرد.

فرع فقهی دیگر

اگر احد امتعاطین مجنون شود علی الظاهر ولی او قائم مقامش بوده و حق رجوع برای ولی نیز ثابت است چه بنابر قول قائلین بملک و چه بنابر رأی قائلین به اباحه.

شرح مطلوب

قوله: جری علیه حکم التلف: ضمیر در «علیه» به مزج راجع است.

قوله: عرف او حقيقى: اگر عرف بدانيم گندم آردشده همان گندم و پارچه بريده شده همان پارچه سالم است لذا موضوع باقى بوده و تراد امكان داشته در نتيجه استصحاب جاري است و اگر حقيقى بدانيم چون آرد با گندم بحکم عقل فرق دارد همانطوریکه پارچه بريده با غير بريده فرق می کند لذا موضوع باقى نیست و تراد امكان ندارد.

قوله: انه ليس جواز الرجوع الخ: ضمير در «انه» بمعنى «شأن» می باشد.

قوله: ابتداء او في ضمن معاملة: اشاره است به اختلاف که در اينجا است زيرا بعضی فرموده اند اسقاط ابتدائی و بدون اينکه در ضمن عقدی لازم می باشد مؤثر نیست لذا برای آنکه مؤثر باشد می باید در ضمن عقد لازمی صورت بگیرد. و برخی ديگر مطلقا آنرا مؤثر دانسته اند.

قوله: نظير الرجوع في الهمة: يعني حكم شرعی است نه حق برای مستحق.

قوله: يناظر الحكم فيه: ضمير در «فيه» به اباحه طعام راجع است.

قوله: للاصل: يعني اصل عدم جواز رجوع وارث می باشد.

متن:

السابع: أن الشهيد الثاني في المسالك ذكر وجهين في صيغة المعاطاة بيعا بعد التلف، أو معاوضة مستقلة.

قال: يحتمل الاول، لأن المعاوضات محصورة، و ليست احدها، و كونها معاوضة
برأسها يحتاج الى دليل.

و يحتمل الثاني، لإطباقيهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف؟

و تظهر الفائدة في ترتيب الأحكام المختصة بالبيع عليها ك الخيار الحيوان لو كان التالف، الشمن، أو بعضه.

و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاطاة، أو من حين اللزوم؟ كل محتمل، و يشكل الاول بقولهم: إنها ليست بيعا و الثاني
بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها.

اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب، و التلف قمامه.

و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناء على أنها ليست لازمة، و إنما يتم على قول المفید و من تبعه.

و أما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتف. انتهى. و الظاهر أن هذا تفریع على القول بالإباحة
في المعاطاة.

و أما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة، أو بيعا متزلزا قبل اللزوم حتى يتبعه
حكمها بعد اللزوم اذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال في ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثاني، فاذا لزم
صار بيعا لاما فتلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لو لا الخيار.

و قد تقدم أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

و كيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عري لم يصححه الشارع و لم يرضه إلا بعد تلف احدى العينين، أو ما في حكمه، و
بعد التلف تترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من اول الامر.

و المحکي من حواشي الشهيد أن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة، أو لازمة.

و الظاهر أنه اراد التفریع على مذهبة: من الإباحة، و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن
الآخر.

لکن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد أن يقول بالإباحة الالزمة، فافهم.

ترجمه:

امر هفتم

مرحوم شهید ثانی در کتاب مسائل برای بیع شدن معاطات بعد از تلف عوضین یا معاوضه مستقل بودنش دو وجه ذکر نموده و فرموده اند:

محتمل است وجه اول باشد یعنی بگوئیم بعد از تلف عوضین یا یکی از آندو معاطات بیع می‌گردد و دلیل آن اینستکه معاوضات محصور و محدود هستند و چون معاطات مذبور هیچیک از آنها نبوده و از طرف دیگر معاوضه مستقل بودنش نیاز به دلیل دارد و آن مفهود می‌باشد لا جرم از افراد بیع باید قرارش دهیم.

و احتمال دارد وجه دوم بوده یعنی ملتزم شویم که معاوضه مستقل است و دلیل آن اینستکه: علماء اتفاق و اجماع دارند بر اینکه معاطات در حین وقوعش بیع نبوده حال چگونه بپذیریم بعد از تلف عوضین بیع می‌گردد.

ظهور فائدہ

و فائدہ‌ای که بین ایندو احتمال ظاهر می‌گردد اینستکه:

اگر آنرا بعد از تلف بیع بدانیم تمام احکام مختص به بیع از قبیل خیار حیوان در صورتیکه تالف ٹمن یا بعض آن باشد بر آن مترب می‌گردد و اگر معاوضه مستقل فرضش کنیم این احکام در آن جاری نیست.

سپس فرموده:

و بفرض خیار حیوان در فرض مذبور ثابت باشد در آن دو احتمال است:

الف: آنکه سه روز یعنی مدت خیار حیوان از حین وقوع معاطات است.

ب: آنکه سه روز را باید از وقت لزوم یعنی تلف ٹمن حساب کنیم.

و پس از آن می‌فرمایند:

دو احتمالیکه در بیع یا معاوضه مستقل بودن آن دادیم هردو مورد اشکال هستند:

اما احتمال اول: وجه اشکال در آن اینستکه فقهاء فرموده اند معاطات بیع نیست و با این نفی صریح چگونه بتوان احتمال بیع بودنش را داد.

و اما احتمال دوم: تصرف را چگونه از معاوضات مستقل بتوان قرار داد تا در نتیجه اینجا ملتزم شویم اگر متعاطین در عوضین تصرف کرده و این تصرف منجر به تلف گردید معاطات معاوضه مستقل می‌گردد مگر آنکه بگوئیم:

معاطات جزئی از سبب بوده و تلف متمم آن می‌باشد.

ولی از نظر ما اقوی اینستکه خیار حیوان در اینجا ثابت نیست.

و این حکم مبتنی بر آنستکه معاطات بفرض بیع باشد لازم نیست و خیار مذبور در بیع لازم ثابت است.

بلی، خیار حیوان در معاطات بنابر قول مرحوم مفید و تابعین وی که آنرا بیع لازم می‌دانند ثابت می‌باشد.

و اما خیار عیب و غبن در آن بطور قطع ثابت است چه بمقاله مرحوم مفید قائل شده و آن را از ابتداء لازم بدانیم و چه همچون مشهور بعد از تلف حکم بلزمتش نماییم.

و اما خیار مجلس در آن منتفی است.

پایان کلام مرحوم شهید ثانی در مسالك

دقت مرحوم مصنف در کلام شهید ثانی عليه الرحمه

مرحوم مصنف می فرمایند:

علی الظاهر دو احتمالیکه در بیع یا معاوضه مستقل بودن معاطات مرحوم شهید ذکر فرموده و سپس ثمره بین آندو را تقریر نموده بنابر رأی قائلین باباحد است و اما بنابر قول کسانیکه آنرا مفید ملک متزلزل می دانند شایسته است مسئله را اینطور طرح کنیم: آیا معاطات معاوضه مستقله است یا قبل از لزوم بیع متزلزل بوده و اکنون که لزوم حاصل شده بیع لازم می باشد نتیجتاً احکام بیع بر آن مترتب می شود؟

و سر گفتار ما اینستکه ظاهراً بنابر قول قائلین بملک متزلزل بدون تردید معاطات بیع است چنانچه قبل از مرحوم محقق ثانی در این زمینه عبارتی نقل کردیم

و وقتی لازم شد بیع لازم گشته قهراً احکام بیع لازم بر آن مترتب می شود مگر آن احکامی که از دلیلش استفاده شود به بیع عقدی که مبنای آن در صورت عدم خیار بر لزوم است اختصاص دارد که البته اینگونه از احکام بر معاطات مذبور بار نمی شوند.

اگر گفته شود:

اینگونه از احکام نیز باید بر معاطات مترتب شوند زیرا معاطات طبق رأی قائلین بملک متزلزل قبل از لزوم جایز است و بعد از انتفاء جواز بیع لازم می باشد پس در حقش صادق است بگوئیم:

مبنای معاطات بر لزوم است اگر خیار یعنی جواز ثابت نمی بود پس در فرض عدم جواز باید احکام مذبور بر آن بار شوند همانطوری که بر بیع عقدی که مبنایش بر لزوم است در صورت نبودن خیار بار نمی شوند.

در جواب می گوئیم:

قبل گفتم که جواز در معاطات معنایش ثبوت خیار نیست زیرا خیار حق است و جواز در اینجا حکم شرعی می باشد پس احکامی که برای بیع عقدی که مبنایش در صورت عدم خیار بر لزوم است در معاطات مذبور جاری نمی باشند.

و به صورت بعقیده ما بنابر اینکه معاطات مفید اباحد باشد معاطات بیع عرف است که شارع مقدس آنرا امضاء و تصحیح نفرموده مگر بعد از تلف شدن یکی از دو عوض یا آنچه در حکم تلف می باشد و بعد از تلف احکام بیع بر آن مترتب است مگر آن احکامی که از دلیلشان استفاده کنیم اختصاص به بیعی دارند که از اول امر صحیحاً واقع شده.

سپس مرحوم مصنف می فرمایند:

از حواشی مرحوم شهید اول بر قواعد نقل شده که ایشان معاطات را معاوضه مستقل دانسته و فرموده اند:

در اینکه معاطات معاوضه مستقل است جای تردید نیست منتهی صحبت در اینستکه آیا معاوضه مستقله لازم بوده یا جائز؟

مصنف علیه الرحمه می فرمایند:

ظاهراً ایشان خواسته اند مطالب مذکور را بر مذهب و مردم خود متفرق سازند چه آنکه مرحوم شهید از کسانی است که معاطات را مفید اباحد قهراً بنابر چنین مسلکی این احتمال داده می شود که آیا معاطات معاوضه مستقله لازمه است یا جائزه و

اما اگر آنرا مفید ملک بدانیم همانطوری که گفته شد بدون تأمل بیع است که قبل از تلف عوضین جائز بوده و بعد از آن لازم می‌گردد.

و اما اینکه چطور مرحوم شهید قبل از لزوم معاطات آنرا بنابر مسلک خود معاوضه مستقله دانسته؟
باید بگوئیم:

جهتش اینستکه هرکدام از دو عین بعنوان عوض از دیگری مباح قرار داده شده بطوری که تصرف هریک از متعاطین در آنها جائز و مباح است پس اباوه بعوض اباوه صورت گرفته و در معنای معاوضه بیش از آن لازم نیست.

ولی آنچه قابل توجه و دقت است اینکه لزوم این معاوضه بعد از تلف عوضین مقتضی نیست که ملک حادث شود یعنی پس از تلف شدن عینین یا احدی العینین اباوه همچنان باقی است در نتیجه مرحوم شهید باید بفرمایند:

قبل از تلف اباوه جایز و غیر مستقر بوده و بعد از آن اباوه لازم می‌باشد.

شرح مطلوب

قوله: بیعا بعد التلف: یعنی بعد از تلف عینین یا احد العینین.

قوله: و لیست احادیها: ضمیر در «لیست» به معاطاة راجع بوده و در «احدیها» به معاوضات برمی‌گردد.

قوله: و کونها معاوضة برأسها الخ: ضمیر در «کونها» به معاطات برمی‌گردد.

قوله: لاطباوههم: یعنی لاتفاقهم.

قوله: علی انها لیست بیعا حال وقوعها: ضمیر در «انها» به معاطاة راجع است.

قوله: و تظاهر الفائدة: یعنی فائدہ بین اینکه معاطات بیع بوده یا معاوضه مستقله باشد.

قوله: او بعضه: یعنی بعض الثمن.

قوله: و علی تقدیر ثبوته: یعنی ثبوت خیار حیوان.

قوله: فهل الثالثة: یعنی سه روز خیاری که در حیوان ثابت است.

قوله: من حين المعاطاة: یعنی حين وقوع معاطاة.

قوله: او حين اللزوم: یعنی از زمانیکه تلف حاصل شده و معاطات لازم گردیده.

قوله: و يشكل الاول: مقصود از «الاول» احتمال اول یعنی صیورتها بیعا می‌باشد.

قوله: و الثاني: یعنی و يشكل الثاني و مقصود از آن احتمال ثانی است که معاطات را معاوضه مستقله بدانیم.

قوله: بان التصرف: یعنی تصرفی که موجب تلف عوضین باشد.

قوله: و التلف تمامه: کلمه «تمامه» یعنی متممه.

قوله: عدم ثبوت خیار الحیوان هنا: مشار اليه «هنا» معاطات بعد از لزوم می‌باشد.

قوله: بناء على انها لیست لازمة: ضمیر در «انها» به معاطات راجع است.

قوله: و اغما يتم على قول المفید: ضمیر در «یتم» به ثبوت خیار حیوان راجع است.

قوله: على التقديرین: ممکنست مقصود از آن قول بلزوم معاطات از بدو امر که رأی مرحوم مفید است و عدم قول بلزوم معاطات که رأی مشهور میباشد بوده و احتمال دارد که منظور از تقدیرین بیع یا معاوضه مستقله بودن معاطات باشد ولی ظاهرا احتمال اول مراد است.

قوله: كما ان خیار المجلس منتف: يعني منتف على التقدیرین.

مؤلف گوید:

این اشکال بنظر میرسد که اگر معاطات را بیع بدانیم چرا خیار مجلس در آن منتفی باشد.

قوله: و الظاهر ان هذا الخ: مشار اليه «هذا» ذکر دو احتمال و بیان ظهور ثمره بین آنها میباشد.

قوله: حتى يتبعه حكمها: ضمیر مفعولي در «يتبعه» به بیع و ضمیر مجروري در «حكمها» به معاطات برمیگردد یعنی تا حکم معاطات تابع بیع باشد.

قوله: اذ الظاهر انه عند القائلين الخ: ضمیر در «انه» به معاطات راجع است.

قوله: بلا اشکال في ذلك عندهم: مشار اليه «ذلك» بیع بودن معاطات میباشد.

قوله: فإذا لزم: يعني لزم بالتلف.

قوله: فتلحقه احكام البيع: ضمیر منصوبی در «تلحقه» به معاطات راجع است.

قوله: ان الجواز هنا: يعني جواز رجوع در معاطات.

قوله: او ما في حكمه: يعني ما في حکم التلف مثل احداث تغییر در آن.

قوله: بالبيع الواقع صحيحا من اول الامر: نه مثل معاطات که از بدو امر بعنوان بیع واقع نشده و بعد از تلف حکم به بیع بودنش نموده ایم.

قوله: و الظاهر انه اراد: ضمیر در «انه» و «اراد» به شهید اول عليه الرحمه راجع است.

قوله: فافهم: شاید مراد از آن این باشد که اباقه لازمه همان ملک است زیرا با فرض عدم حدوث ملك معنا ندارد که مالک بملک خودش نتواند رجوع نماید.

متن:

الثامن: لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة وال العامة بما اذا تحقق إنشاء التملك أو الاباحة بالفعل: و هو قبض العينين.

اما اذا حصل بالقول غير الجامع لشرطه اللزوم.

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الانشاء اللغطي كما قويناه سابقا، بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقيف العقود الالزمة على اللفظ فلا إشكال في صيورة المعاملة بذلك عقدا لاما.

و ان قلنا بمقالة المشهور: من اعتبار امور زائدة على اللفظ.

فهل يرجع ذلك إنشاء القولي الى حكم المعاطاة مطلقا أو بشرط تحقق قبض العين، معه، أولا يتحقق به مطلقا؟
نعم اذا حصل إنشاء آخر، بالقبض المتحقق بعده تتحقق المعاطاة.

فالإنشاء القول الساپق كالعدم لا عبرة به، و لا بوقوع القبض به خاليا عن قصد الإنشاء، بل بانيا على كونه حقا لاما لكونه من آثار إنشاء القولي الساپق.

نظير القبض في العقد الجامع للشرط.

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرین الاول، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهید الثانیین.

قال المحقق في صبغ عقودہ على ما حکی عنه بعد ذکرہ الشروط المعتبرة في الصیغة: إنه لو اوقع البيع بغير ما قلناه، و علم التراضي منها كان معاطاة انتهى.

و في الروضة في مقام عدم کفاية الاشارة مع القدرة على النطق أنها تفید المعاطاة مع الإفهام الصريح، انتهى.
و ظاهر الكلامين صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره.

و ظاهر تصريح جماعة: منهم المحقق و العلامة أنه لو قبض ما ابتعاه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه: هو الوجه الاخير لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة، و قبل شروط العوضين و المتعاقبين.

و إما ما يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر.

و كيف كان فالصورة الاولى داخلة قطعاً.

و لا يخفى أن الحكم فيها الضمان مناف لجريان الحكم بالمعاطاة.

ترجمه:

[تحقق معاطات مصطلح بواسطه فعل]

امر هشتم

مرحوم مصنف می فرمایند:

هیچ اشکال و تردیدی نیست در اینکه معاطات مصطلحی که بین شیعه و سنی معرکه آراء قرار گرفته با انشاء تمیلیک یا اباخه بواسطه فعل تحقق می یابد.

و منظور از «فعل» قبض عینین می باشد.

و اما اگر با قول و لفظی که جامع شرائط لزوم نیست انشاء گردید در اینکه حاصل و متحقق می شود یا تحقق نمی یابد اشکال است:

اگر قائل شدیم که در لزوم شرطی زائد بر انشاء لفظی وجود ندارد چنانچه سابقاً این رأی را تقویت نمودیم و بدین ترتیب از اتفاق حضرات بر توقف داشتن عقود لازمه بر لفظ مستخلص شدیم، پس اشکالی نیست در اینکه معامله بواسطه لفظ

غیر جامع شرائط عقد لازم می گردد.

و اگر بمقاله مشهور که می فرمایند:

غیر از لفظ امور دیگری در لزوم معتبر است، قائل شویم سه احتمال در بین می باشد:

الف: بگوئیم انشاء قولی که جامع شرائط لزوم نیست مطلقاً حکم معاطات را دارد چه بعد از آن عین قبض شده و چه قبض نشود.

ب: بگوئیم تنها در صورت قبض عین با انشاء مزبور حکم معاطات بر آن جاری می شود.

ج: مطلقاً حكم معاطات را ندارد چه دنبال آن عین قبض شده و چه قبض نشود.

بلی، اگر انشاء دیگری بواسطه قبض که بعد از قول مزبور واقع شده صورت بگیرد البته معاطات تحقق می‌یابد، پس انشاء قولی سابق كالعدم محسوب شده و اعتباری باآن نیست چنانچه هیچ اعتباری نمی‌باشد بوقوع قبض در حالیکه از قصد انشاء خالی بوده و شخص بواسطه آن بناء گذارده است که گرفتن عین حق لام و از آثار انشاء قولی سابق است نظری قبضی که در عقد جامع شرائط واقع می‌شود.

ظاهر کلام بسیاری از مشایخ معاصرین ما احتمال اول بوده که ایشان به تبعیت از ظاهر کلام محقق ثانی و شهید ثانی رحمة الله عليهما چنین فرموده‌اند:

مرحوم محقق ثانی طبق نقلی که از ایشان شده در کتاب صیغ العقود بعد از آنکه شروط معتبر در صیغه را ذکر نموده فرموده‌اند:
اگر بیع را بدون شرائطی که ذکر شد واقع بسازند ولی بدانیم که بین متعاقدين تراضی می‌باشد این معامله معاطات است.
پایان کلام محقق ثانی (ره)

و مرحوم شهید ثانی در کتاب روضه (شرح مفعه) در مقام عدم کفایت اشاره با قدرت بر لفظ می‌فرمایند:
این اشاره در صورتیکه مشتمل بر افهام صریح باشد مفید معاطات است.

استظهار

از کلام این دو بزرگوار چنین برمی‌آید که مقصود و مورد کلامشان آنجائی است که انشاء قولی مزبور بدون قبض صورت گرفته بطوری که قبض را از آثار مترتب بر آن قرار داده‌اند و صریح جماعتی از علماء منجمله مرحوم محقق اول و علامه حلی (ره) اینستکه:

اگر آنچه را که با عقد فاسد خریده قبض نماید مالکش نشده و ضمان آن در ذمه‌اش می‌باشد.
از ظاهر اینکلام وجه اخیر یعنی احتمال سوم استفاده می‌شود زیرا مراد ایشان از عقد فاسد یا خصوص آن عقدی است که فسادش از جهت مختل بودن شروط صیغه است چنانچه شاهد بر این احتمال آنستکه کلام مذکور پس از شروط صیغه و قبل از شروط عوضین و متعاقدين آورده شده و یا معنائی است اعم از آن و غیرش چنانچه ظاهر همین است.

و بهرحال صورت اول قطعاً داخل بوده و منظور نظر می‌باشد و مخفی نماند که حکم بضمانت در آن با جریان حکم به معاطات منافات دارد.

شرح مطلوب

قوله: و هو قبض العينين: ضمير «هو» به فعل راجع است.
قوله: غير الجامع لشروط اللزوم: شرائط لزوم که در قول باید باشد همچون: عربی بودن، ماضی بودن، تطابق بین ایجاب و قبول و امثال اینها.

قوله: بناء على التخلص بذلك: مشار اليه «ذلك» مشروط نبودن لزوم بچیزی زائد بر انشاء لفظی می‌باشد.
قوله: في صيورة المعاملة بذلك: مشار اليه «ذلك» لفظ غير جامع شرائط لزوم می‌باشد.

قوله: من اعتبار امور زائدة على اللفظ: مقصود همان اموری است که ذکر کرده و گفتیم مانند: عربی بودن، ماضی بودن و غیر ایندو.

قوله: الى حكم المعاطاة مطلقاً: چه قبض عین تحقق پیدا کرده و چه تحقق نیافته باشد.

قوله: او بشرط تحقق قبض العین معه: ضمیر در «معه» به انشاء قولی راجع است.

قوله: او لا يتحقق به مطلقاً: ضمیر در «به» به انشاء قولی راجع است.

قوله: اذا حصل انشاء آخر: غير از انشائی که با لفظ غیر جامع شرائط صورت گرفته.

قوله: بالقبض المتحقق بعده: ضمیر در «بعد» به انشاء با لفظ غیر جامع شرائط راجع است.

قوله: فالانشاء القول السابق: مقصود انشاء با لفظ غیر جامع شرائط میباشد.

قوله: و لا بوقوع القبض به: ضمیر در «به» به انشاء با لفظ غیر جامع شرائط راجع است.

قوله: ظاهر کلام غیر واحد من مشایخنا المعاصرین الاول: مقصود از «الاول» احتمال اول است.

قوله: انه لو واقع البيع الخ: ضمیر در «انه» بمعنى «شأن» میباشد.

قوله: انها تفيد المعاطاة الخ: ضمیر در «انها» به اشاره راجع است.

قوله: هو الوجه الاخير: يعني احتمال سوم.

قوله: و كيف كان فالصورة الاولى داخلة قطعاً: مقصود از «صورت اولی» فرضی است که فساد از ناحیه اختلال شروط صیغه باشد.

قوله: و لا يخفى ان الحكم فيها: يعني في الصورة الاولى.

قوله: مناف لجريان حكم المعاطاة: زيرا مقتضای اجراء حکم معاطات عدم ضمان بوده و بدیهی است اینمعنا با حکم بضمانت تنازع دارد و بدینترتیب بین فرموده مرحوم محقق و علامه و آنچه محقق ثانی و شهید ثانی بیان نموده‌اند تنازع میباشد.

متن:

و ربما يجمع بين هذا الكلام، و ما تقدم من المحقق و الشهيد الثانين فيقال: إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاطاة فإذا انتفى الصحة انتفى الاذن، لترتبه على زعم الصحة فكان التصرف تصرفاً بغير اذن، واكلا للمال بالباطل.

لإنحصر وجه الحل في كون المعاملة بيعاً، أو تجارة عن تراضٍ أو هبة، أو نحوها:
من وجوه الرضا باكل المال بغير عوض.

و الأول قد انتفيما بمقتضى الفرض، وكذا الباقي للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف، مع عدم بذل شيئاً في المقابل، فالرضا المتقدم كالعدم.

فإن تراضياً بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمر رضاهم فلا كلام في صحة المعاملة، ورجعت إلى المعاطاة كما إذا علم الرضا من أول الامر بإباحتهم التصرف بأي وجه اتفق، سواء صحت المعاملة أم فسدت، فإن ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء.

ترجمة:

جمع بين کلام محقق و علامه و آنچه محقق ثانی و شهید ثانی فرموده‌اند

گفته شد ظاهر کلام مرحوم محقق و شهید ثانی اینستکه اگر عقدی را با لفظ فاقد شرائط لزوم واقع سازند معاطات منعقد می‌شود.

و از کلام مرحوم محقق اول و علامه استفاده می‌شود که معاطات منعقد نشده بلکه آخذ ضامن است و بین ایندو کلام تنازع است.

برخی از فقهاء بین اینکلام (کلام محقق و علامه رحمة الله عليهما) و آنچه محقق و شهید ثانی قدس سرهمان فرموده‌اند جمع کرده و فرموده است:

در مسئله عدم جواز تصرف بعقد فاسد موضوع و مورد کلام آنجائی است که بدانیم طرفین راضی به تصرف دیگری در مالشان نمی‌باشدند مگر تنها در فرضی که گمان کنند معاطات صحیح است یعنی رضایت هریک به تصرف دیگری منحصر است به صورتی که معاطات صحیح باشد، بنابراین اگر فرض کردیم صحت منتفی است اذن و رضایت نیز منتفی می‌باشد چه آنکه طبق تقریری که نمودیم اذن مترب است بر گمان بصحت معاطات لذا در فرض عدم صحت تصرف هریک در مالیکه آخذ کرده تصرف به دون اذن و اکل مال بباطل است بجهت آنکه وجه حلیت تصرف منحصر است در اینکه معامله یا بیع بوده و یا تجارة عن تراض و یا هبه و یا امثال اینها از وجوده و احکام رضایت به اکل مال بدون عوض باشد و بحسب

فرض اول و دوم یعنی بیع و تجارت از روی تراضی منتفی است و همچنین باقی فروض نیز منتفی و معدوم هستند زیرا متعاملین بگمان صحت معامله اقدام آن کرده و اظهار رضایت نموده‌اند و وقتی در واقع معامله صحیح نبود بطور قطع و یقین صاحب مال راضی نیست دیگری در مالش تصرف کند.

مضافاً باینکه در مقابل مالش که مورد تصرف دیگری واقع شده چیزی بودی بذل نشده که شرعاً وی نیز مجاز در تصرف آن باشد، بنابراین رضایت سابق كالعدم محسوب می‌شود، پس باعتماد این رضایت اگر هرکدام از متعاطین در مال گرفته شده تصرف کنند، تصرفشان غیر صحیح بوده و ذمه‌اشان مشغول بضمانت می‌باشد.

و نظر مرحوم محقق و علامه بهمین بیان بوده و بر اساس این نظر حکم بضمانت نموده‌اند.

و اما نظر محقق و شهید ثانی رحمة الله عليهما باین است که:

اگر متعاطین بعد از علم بفساد و ارتفاع رضایت سابق دوباره تراضی بین خود برقرار کرده یا اعلام نمودند که رضایت سابق همچنان مستمر و باقی است بدون اشکال معامله‌اشان صحیح بوده و معاطات صحیح رجوع می‌کند مثل موردی که از ابتداء علم به رضایت طرفین بوده و بدانیم که هردو تصرف در مال را برای دیگری به هرنحوی مباح نموده‌اند چه معامله صحیح بوده و چه فاسد باشد و پر واضح است چنین معامله‌ای را نمی‌توان بیع فاسد دانست در نتیجه اگر طرفین در مال گرفته شده تصرف نمودند، هم تصرفشان صحیح بوده و هم ضمانت در عهده آنها نمی‌آید بنابراین بین کلام ایشان و کلام مرحوم علامه و محقق منافقی نمی‌باشد.

شرح مطلوب

قوله: و رما يجمع بين هذا الكلام: مقصود از «هذا الكلام» کلام مرحوم محقق و علامه بوده و جمع‌کننده طبق فرموده بعضی مرحوم صاحب مفتاح الكرامه می‌باشد.

قوله: لترتبه على زعم الصحة: ضمير در «ترتبه» به اذن راجع است.

قوله: و الاولان قد انتفي: مقصود از «اولان» بیع و تجارة عن تراض می‌باشد.

قوله: من جهة زعمهما: يعني زعم المتعاملين.

قوله: مع عدم بذل شيئاً في المقابل: يعني بذل شيئاً وصل إلى صاحب المال چه آنکه فرض اینست شرعاً معامله باطل بوده و عوضین در ملك متعاملین داخل نشده بلکه تصرفشان در آنها نیز جایز نیست.

قوله: فإن ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء: مشار إليه «ذلك» تراضي بعوضين و استمرار آن مى باشد.

متن:

اقول: المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلا إنشاء واحداً هو التمليلك.

و من المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن الحاصل في ضمن التمليلك بعد فرض انتفاء التمليلك، و الموجود بعده إن كان إنشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطاة حينئذ إنما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع، و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

و منه يعلم فساد ما ذكره: من حصول المعاطاة بتراس جديد بعد العقد غير مبني على صحة العقد.

ثم إن ما ذكره: من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علم بالفساد، دون غيره من الصور، مع أن كلام الجميع مطلق:

يرد عليه أن هذا التراضي إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد فإن كان لا على وجه المعاطاة، بل كل منهما رضي بتصرف الآخر في ماله، من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه في ماله فهذا ليس من المعاطاة، بل هي إباحة مجانية من الطرفين تبقى مادام العلم بالرضا، و لا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع، لأنك كالاذن الحاصل من شاهد الحال، و لا يترب عليه اثر المعاطاة: من اللزوم بتلف أحدي العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع.

و ان كان على وجه المعاطاة فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكية كل منهما مال الآخر، و ليس تراضياً جديداً، بناء على أن المقصود بالمعاطاة التمليلك كما عرفته

من كلام المشهور، خصوصاً المحقق الثاني، فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود: إن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي يدخل في المعاطاة التراضي الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة.

ترجمة:

مقاله مرحوم مصنف و تضعيف جمع بين کلامین

مرحوم مصنف می فرمایند:

فرض کلام در جائی است که صیغه لفظی فاقد بعضی از شرائط بوده و متضمن نیست مگر یک انشاء را و آن عبارتست از انشاء تملیک و بدیهی است اینقدر کافی نیست در اینکه بعد از فرض انتفاء تملیک اذنی که در ضمن آن حاصل بوده باقی باشد و باید توجه داشت رضایت و اذنی که بعد موجود می‌شود اگر انشاء دیگری است که در ضمن تقابض حاصل شده از محل کلام خارج است زیرا با چنین فرضی باید پذیریم که معاطات با این رضایت جدید حاصل شده نه با عقدی که فاقد شرائط است در حالیکه ظاهر کلام مرحوم شهید و محقق ثانی آنستکه معاوضه و مراضات با نفس اشاره‌ای که مفهومه بوده و بقصد بیع صورت گرفته و نیز با صیغه‌ای که خالی از شرائط است حاصل گردیده نه با تقابضی که پس از آن در خارج محقق شده، پس چگونه بگوئیم مقصود ایشان اینستکه معاطات با رضایت بعدی حاصل شده و مراد محقق و علامه آنستکه با عقد لفظی مجبور معاطات تحقیق نیافته و استناداً با آن اگر تصرف کنند ضمان در عهدہ ایشان می‌آید و بدین ترتیب بین کلامین جمع نموده و اختلاف ظاهري را از بین برداریم.

بلکه همانطوری که گفته شد محل کلام و مورد اختلاف نفس عقدی است که فاقد شرایط می‌باشد مرحوم شهید و محقق ثانی می‌فرمایند معاطات با آن حاصل شده و ضمانت در بین نیست ولی محقق و علامه (رهما) می‌فرمایند معاطات با آن تحقق نیافته و ضمانت در عهده متعاملین ثابت است.

و از این اشکال و انتقاد که صرفنظر کنیم ایراد دیگر بر جمع و توجیه مذکور اینستکه:

صاحب این بیان فرمود:

مقصود مرحوم شهید و محقق ثانی تحقق معاطات است بواسطه رضایت جدید یعنی ایشان می‌فرمایند:

بعد از آنکه متعاملین دانستند عقدشان صحیح نیست و اثری بدنیال ندارد راضی می‌شوند که دیگری در عین مال او تصرف کرده و مال در ملک وی درآید.

در جواب این بیان می‌گوئیم:

دو اشکال باین تقریر وارد است:

اشکال اول

این بیان اختصاص با آنجائی دارد که متعاملین بدانند عقد لفظی فاسد است فلذا پس از وقوع عقد رضایت جدید پیدا کنند به معاوضه و معامله و غیر اینصورت از صور دیگر را شامل نمی‌شود در حالیکه کلام تمام فقهاء در اینمسئله مطلق بوده و هیچگونه اختصاصی در آن دیده نمی‌شود و به تعبیر دیگر:

توجیه مذکور اخص از مدعای می‌باشد.

اشکال دوم

علاوه بر اشکال مذکور می‌گوئیم:

این تراضی جدید که می‌فرماید از دو حال خارج نیست:

الف: ادامه همان تراضی است که در ضمن عقد فاسد بود.

ب: غیر از آن بوده بلکه ابتداء حدوثش بعد از منتفی شدن رضایت سابق است.

اگر فرض اول باشد بحسب فرض وقتی عقد فاسد و منتفی شد رضایت در ضمن آن نیز منتفی گردیده و نمی‌توان صحت معاطات را مستند آن قرار داد.

و اگر فرض دوم باشد آنرا به دو نحو می‌توان تصویر نمود:

۱- آنکه رضای جدید بر وجه معاطات نبوده بلکه هریک از متعاملین راضی شوند باینکه دیگری در مالش تصرف نموده بدون اینکه رضایت رفیقش به تصرف

وی در مال او را لحظه و در نظر بگیرند.

اگر چنین باشد باید بگوئیم نمی‌توان آنرا معاطات دانست بلکه این تراضی اباجهای است که بطور مجان از طرفین صادر و حادث شده و تا مادامی که علم به رضایت هست اباجه نیز باقی است و مجرد عدم علم به رجوع کاف در جواز تصرف و وجود اباجه نیست بلکه همانطوری که اشاره شد باید هرکدام از طرفین علم و قطع به عدم رجوع دیگری داشته باشند تا بتوانند در مال و

متعاری که بآنها داده شده تصرف کنند چه آنکه این نحو از رضایت و اباحه همچون اذن است که از شاهد حال استفاده می‌شود و در حکم چنین اذن آنستکه با احراز وجودش می‌توان تصرف نمود و در غیر اینصورت تصرف مشروع نیست و به صورت بر چنین رضایتی اثر معاطات مترتب نیست یعنی نمی‌توانیم ملتزم شویم بعد از حدوث این رضایت اگر یکی از عوضین یا هردو تلف شدند معاطات لازم می‌شود یا تصرف هریک از متعاملین تا علم به رجوع دیگری جایز است.

۲- آنکه رضای جدید بر وجه معاطات باشد، باید بگوئیم:

این رضایت، رضایت جدید نبوده بلکه همان تراضی سابق است که متعلق آن ملکیت هریک از متعاملین نسبت به مال دیگری است. البته آنچه گفتیم مبتنی است بر اینکه مقصود در معاطات تملیک باشد همانطوری که مشهور از علماء مخصوصاً مرحوم محقق ثانی فرموده و بر اساس آن جایز نیست مرحوم محقق ثانی بفرمایند: عبارتی که در صیغه العقود آورده و گفتم: صیغه‌ای که فاقد شرائط است و همراه آن تراضی است در معاطات داخل می‌باشد. مقصودم از «تراضی» تراضی جدیدی است که بعد از عقد حاصل شده و بر وجه معاوضه نیست.

شرح مطلوب

قوله: و الموجود بعده: ضمیر در «بعده» به اذن حاصل در ضمن تملیک راجع است.

قوله: لان المعاطاة حينئذ: کلمه حينئذ یعنی حین یکون الاذن انشاء آخر.

قوله: اما تحصل به: ضمیر در «به» به انشاء آخر راجع است.

قوله: و لا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع: ضمیر در «فيه» به اباحه مجانيه راجع است.

قوله: لانه كالاذن الحال من شاهد الحال: ضمیر در «لانه» به رضا که همان اباحه مجاني است راجع می‌باشد.

قوله: فلا يجوز له ان يريد: ضمیر در «له» به محقق ثانی راجع است.

متن:

و تفصیل الكلام: أن المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط إما أن يقع تقادبهمما بغير رضا من كل منها في تصرف الآخر، بل حصل قهراً عليهم، أو على أحدهما، و إجباراً على العمل بمقتضى العقد.

فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه.

و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر: اعتقاداً أو تشريعاً كما في كل قبض وقع على هذا الوجه، لأن حیثية کون القابض مالكا مستحقاً لما يقابضه جهة تقیدیة مأخوذة في الرضا ينتهي بانتفاءها في الواقع كما في نظائره.

و هذان الوجهان مما لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين.

كما أنه لا إشكال في الجواز اذا اعرضوا عن اثر العقد، و تقادباً بقصد إنشاء التملیک ليكون معاطاة صحيحة عقیب عقد فاسد.

و أما إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السابق، و لا قصد لإنشاء تملیک، بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاه لكان الرضا ايضاً موجوداً، و كان المقصود الاصلي من المعاملة التصرف و اوقع العقد الفاسد وسيلة له.

و يكشف عنه أنه لو سئل كل منهما عن رضاه بتصريف صاحبه على تقدير عدم التملیک، أو بعد تنبيه على عدم حصول املك کان راضياً.

فادخال هذا في المعاطاة يتوقف على امرین:

الاول: کفایة هذا الرضا المركوز في النفس، بل الرضا الشأنی، لأن الموجود

بالفعل هو رضاه: من حيث كونه مالكا في نظره.

و قد صرخ بعض من قارب عصرنا بکفایة ذلك.

و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره إلى هذا.

و لعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

الثاني: أنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة، أو التمليل بالقبض، بل و لا بمطلق الفعل.

بل يكفي وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر، و الرضا بالتصريف قبله، أو بعده على الوجه المذكور.

و فيه إشكال: من أن ظاهر محل النزاع بين العامة و الخاصة هو العقد الفعلي كما يتبين عنه قول العلامة رحمه الله في رد کفایة

المعاطاة في البيع: إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد.

و كذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها: بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة.

و كذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله في قواعده: من أن الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول و إنما يفيد الإباحة، إلى غير ذلك من

كلماتهم الظاهرة في أن محل الكلام هو الانشاء الحاصل بالتقابض.

و كذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطي.

و من أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم مجرد الدلالة على الرضا، و أن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة، و لذا تعدوا إلى

ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين، و السيرة موجودة في المقام، فإن بناء الناس على أخذ الماء و البقل، و غير ذلك من الجزئيات

من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم، و وضعهم الفلوس في الموضع المعد له، و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه، و وضع

الفلوس في كوز الحمامي.

فالمعيار في المعاطاة وصول المالين، أو أحدهما مع التراضي بالتصريف.

و هذا ليس بعيد عن القول بالاباحة.

ترجمه:

شرح و تفصیل

سپس مرحوم مصنف می فرمایند: تفصیل و شرح کلام اینستکه بگوئیم:

دو نفری که باهم با عقد فاسد یعنی عقدی که فاقد برخی از شرایط است را واقع ساخته‌اند یا تقابلشان بدون رضایت است

باينکه ديگري در مالش تصرف کند بلکه هردو یا يکي از آندو بر قبض و اقراض مقهور بوده و از باب اجبار بر عمل کردن بمقتضای

عقد مبادرت باآن کرده است.

در اینفرض باید بگوئیم:

بدون اشکال تصرف در مالیکه باین نحو قبض شده حرام می باشد.

و یا تقابل آندو بر اساس رضایتی که ناشی است از بناء هریک از متعاملین بر مالکیت ديگري واقع شده اعم از آنکه این بناء

اعتقاد بوده یا تشریعا صورت گرفته باشد.

در اینفرض نیز باید ملتزم شویم که تصرف حرام است و اساساً حکم هرقبضی که باین نحو واقع شود همین است و دلیل آن اینستکه:

این حیثیت که قابض مالک و مستحق قبض کردن است جهت تقییدیه بوده و در رضا مأخوذه است بطوری که بانتفاء آن در واقع رضاء نیز منتفی می‌گردد چنانچه در تمام نظامیش امر بهمین گونه است.

بنابراین وقتی قابض در واقع مالک و مستحق اخذ و قبض نبود حیثیت مزبور بحسب واقع مرتفع و منتفی است و بانتفاء آن رضایت هریک از متعاملین بقبض و تصرف دیگری درمالة نیز مرتفع و منتفی شده لا جرم تصرف بر وجه حرام صورت می‌گیرد.

و بهصورت در این دو فرض هیچ اشکال و تردیدی نیست که تصرف در عوضین حرام است چنانچه بدون اشکال و تردید اگر متعاملین از اثر عقدی که فاسدا صورت گرفته اعراض کنند و تقابلی که بینشان واقع شده بهقصد انشاء تمیلیک باشد تصرف جائز بوده و بدینترتیب معاطات صحیح بدبای عقد فاسد در خارج تحقق می‌یابد یعنی نتیجه این تقابل معاطات است که محکوم بصحبت بوده و پس از عقد فاسد مزبور در خارج حاصل شده.

و اما اگر رضاء بتصرف بعد از عقد واقع شد بدون اینکه مبتنی باشد بر استحقاق آن بواسطه عقد سابق و بدون اینکه قصد انشاء تمیلیک در بین باشد بلکه وقوع آن مقارن و همزمان با اعتقاد ملکیت حاصله بوده بطوری که اگر ملکیت حاصل نباشد باز رضا موجود و طرفین تصرف دیگری در مال را امضاء می‌نمایند و در واقع مقصود اصلی از معامله تصرف بوده و عقد فاسد را وسیله برای آن قرار داده‌اند و کافش از اینمعنا آنستکه وقتی از هریک سؤال شود که آیا بتصرف دیگری بفرض عدم حصول ملکیت راضی است؟

در جواب می‌گوید: راضی می‌باشم.

ادخال اینفرض در معاطات موقوف است بر دو امر ذیل:

اول: آنکه این رضایت مرکوز در نفس بلکه رضایت شائی را کافی بدانیم چه آنکه آنچه بالفعل موجود است رضایت ایشان از حیث اینکه طرف مقابلشان در نظر وی مالک است می‌باشد و مراد از رضایت مرکوز در نفس همین است و حاصل آنکه ملتزم باشیم صرف الوجود رضایت کافی در صحت تصرف و امضاء آن می‌باشد.

البته برخی از فقهاء که قریب به عصر و زمان ما هستند تصريح فرموده‌اند باینکه چنین رضایتی کاف است و بعدی ندارد کلامی که قبل از مرحوم محقق ثانی نقل نمودیم بهمین معنا راجع باشد و شاید وجه اکتفاء با آن این باشد که طیب نفس که در برخی از روایات ملاک جواز تصرف در مال دیگران است با آن صادق بوده و این رضایت مرکوز در نفس از مصادیقش محسوب شود.

دوم: آنکه در معاطات انشاء ابایه یا تمیلیک بواسطه قبض بلکه با مطلق فعل شرط نباشد بلکه مجرد وصول هرکدام از عوضین بطرف مقابل و رضایت هریک بتصرف دیگری قبل از قبض یا بعد از آن بنحوی که ذکر شد کاف باشد.

پس با ملتزم شدن به ایندو امر البته فرض مزبور را در معاطات می‌توان داخل کرد و حکم به صحتش نمود.

اشکال مرحوم مصنف در معاطات بودن فرض مذکور

مرحوم مصنف می‌فرمایند:

در اینکه بتوان فرض مذکور را در معاطات داخل کرد اشکال است یعنی از جهتی ممکن است داخل بوده و از حیثی امکان دارد از مصادیق معاطات نباشد.

وجه عدم دخول در معاطات

وجه عدم دخول فرض مذکور در معاطات اینستکه:

ظاهرا محل نزاع بین عامه و خاصه در مسئله عقد فعلی است که برخی آنرا صحیح و گروهی حکم بفسادش کرده‌اند چنانچه شواهدی بر این گفتار دلالت دارد که ذیلاً بیان می‌شوند.

الف: فرموده مرحوم علامه در مقام رد کفایت معاطات در بیع، ایشان فرموده‌اند: افعال از افاده مقاصد قاصر هستند.

صریح اینکلام دارد که معاطات عقد فعلی است و چون فعل بر مقصود دلالت واق ندارد لا جرم معاطات را بعنوان عقد نافذ و صحیح نمی‌توان پذیرفت.

ب: استدلال مرحوم محقق ثانی بر عدم لزوم معاطات، ایشان فرموده‌اند: افعال همچون اقوال دلالتشان صریح نیست.

صراحت اینکلام در اینکه معاطات عقد فعلی است جای انکار نمی‌باشد.

ج: عبارتی که قبل از مرحوم شهید اول در کتاب قواعد نقل شد، ایشان فرمودند: فعل در معاطات نمی‌تواند قائم مقام قول باشد لذا فعل صرفاً مفید اباحه است.

اینکلام نیز بالصراحة دلالت دارد که معاطات عقد فعلی است و بهمین معنا محل کلام می‌باشد.

و غیر این عبارات از کلمات دیگر فقهاء که جملگی ظاهر هستند در اینکه محل صحبت انشائی است که با تقابل حاصل می‌گردد و همچنین کلمات عامه، چه آنکه بعضی از ایشان گفته‌اند:

بیع با ایجاد و قبول و با تعاطی نیز منعقد می‌شود.

از اینکه تعاطی را در مقابل ایجاد و قبول ذکر کرده معلوم می‌شود مقصود از ایجاد و قبول لفظ و از تعاطی فعل می‌باشد.

وجه دخول در معاطات

وجه دخول فرض مذکور در معاطات اینستکه:

علی الظاهر عنوان «تعاطی» در کلمات حضرات برای صرف دلالت داشتن بر رضایت بوده و عمدۀ دلیل بر اینکه در معاطات و تحقق آن لازم نیست فعل در خارج تحقق یابد سیره می‌باشد و لذا می‌بینیم که فقهاء از مورد معاطات که حصول قبض از دو جانب و طرفین است تعدی کرده و فرموده‌اند:

اگر یکی از عوضین نیز قبض شود باز معاطات در خارج تحقق می‌یابد بدلیل سیره مستمره بین مردم و پرواضح است اگر با سیره اینفرض را از مصاديق معاطات دانسته یا حکم آنرا درباره‌اش جاری بدانیم همین سیره در محل صحبت نیز موجود است چه آنکه بناء مردم بر اینستکه آب و سبزیجات و غیر ایندو از اشیاء جزئی و حقیر را از دکاکین برداشته با اینکه ارباب و صاحبان آنها در مغازه‌ها حاضر نیستند و سپس پول آنها را در جائی که برای آن آماده شده قرار می‌دهند و نیز شایع و رائج است که ابناء عرف به حمام داخل شده با اینکه شخص حمامی حاضر نیست به گرم‌خانه رفته و استحمام نموده و پس از قضاء حاجت پول آنرا در کوزه‌ای که نوعاً حمامی‌ها برای وضع فلوس قرار می‌دهند می‌ریزند.

بنابراین معیار و ملاک در معاطات وصول مالین به متعاطین یا به یکی از آندو بوده مشروط باینکه هردو به تصرف یکدیگر در مالشان راضی باشند و طبق این تقریر فرض مزبور از مصاديق معاطات می‌باشد.

سپس مرحوم مصنف می‌فرمایند:

با این بیان بعید نیست که محل صحبت را بنابر رأی قائلین به اباحه در معاطات داخل بدانیم.

شرح مطلوب

قوله: بل حصل قهرا عليهم: ضمیر در «حصل» به تقابل و در «عليهم» به متعاملین راجع است.

قوله: ان وقع على وجه الرضا: ضمیر در «وقع» به تقابل عود می‌کند.

قوله: اعتقادا: در جائی استعمال می‌شود که شخص نسبت به چیزی عقد قلبی داشته بدون اینکه آنرا استناد به شرع دهد.

قوله: تشريعا: در موردی بکار می‌رود که شخص نسبت بچیزی عقد قلبی داشته و آنرا به شرع استناد دهد.

قوله: وقع على هذا الوجه: مقصود از «هذا الوجه» اعتقادا یا تشريعا می‌باشد.

قوله: ينتفي باتفاقها: ضمیر در «ينتفی» به رضا و در «اتفاقها» به جهة تقییدیه عود می‌کند.

قوله: في نظائره: يعني نظائر این قید (كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه) و خلاصه هر قیدی که بصورت جهت تقییدیه در رضاه اخذ شود باتفاق آن رضایت نیز منتفی می‌گردد.

قوله: و هذان الوجهان: مقصود از وجهان، دو وجه ذیل است:

الف: تقابل متعاملین بدون رضایتشان بتصرف دیگری بوده بلکه منشاء حصول آن مقهوربودنشان بر آن باشد.

ب: تقابل آنها بر وجه رضاء ناشی باشد از بناء هریک بر ملکیت دیگر چه اعتقادا و چه تشريعا.

قوله: كما انه لا اشكال في الجواز: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» است.

قوله: عن اثر العقد: مقصود از «عقد» عقد فاسد می‌باشد.

قوله: ليكون معاطة صحيحة: ضمیر در «ليكون» به تقابل راجع است.

قوله: من دون ابتنائه: ضمیر در «ابتنائه» به رضاء راجع است.

قوله: على استحقاقه: يعني استحقاق التصرف.

قوله: بالعقد السابق: يعني عقد فاسد سابق.

قوله: بل وقع: يعني وقع الرضاء.

قوله: بحيث لولها: يعني اولا الملكية.

قوله: و اوقعا العقد الفاسد: ضمیر تثنیه به متعاملین راجع است.

قوله: وسيلة له: ضمیر در «له» به تصرف راجع است.

قوله: و يكشف عنه: ضمیر در «عنه» به كون المقصود الاصلى التصرف راجع است.

قوله: انه لو سئل كل منهم: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» می‌باشد.

قوله: فادخال هذا الخ: جواب است براي «و اما ان وقع الخ».

قوله: لأن الموجود بالفعل الخ: علت است براي مرکوز بودن رضایت در نفس و مقصود از «رضایت شأنی» رضایتی است که در نفس فعلاً مرکوز نیست ولی قابلیت آنرا دارد.

قوله: و قد صرح بعض من قارت عصرنا: برخی فرموده‌اند مقصود از «بعض» مرحوم شیخ اسد الله تستری است.

قوله: بکفایة ذلك: مشار اليه «ذلك» رضایت مرکوز در نفس می‌باشد.

قوله: رجوع الكلام المتقدم ذكره: مقصود از اینکلام، کلام مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌باشد.

قوله: و لعله لصدق الخ: ضمیر منصوبی در «لعله» به کاف بودن رضایت مركوز در نفس راجع است.

قوله: انه لا يشترط في المعاطاة: ضمیر در «انه» بمعنای «شأن» می‌باشد.

قوله: بالتصرف قبله: يعني قبل القبض.

قوله: على الوجه المذكور: مقصود از آن «من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لانشاء مليك بل وقع مقارنا الخ» می‌باشد.

قوله: و فيه اشكال: ضمیر در «فيه» به دخول فرض مذکور در معاطات راجع است.

قوله: من ان ظاهر محل النزاع الخ: وجه احتمال عدم دخول می‌باشد.

قوله: كما ينبغي عنه: ضمیر در «عنه» به كون محل النزاع العقد الفعلى راجع است.

قوله: ان الافعال الخ: مقول قول مرحوم علامه می‌باشد.

قوله: على عدم لزومها: يعني لزوم معاطات.

قوله: بان الافعال ليست الخ: صورت استدلال مرحوم محقق ثانی می‌باشد.

قوله: و من ان الظاهر الخ: وجه احتمال دخول در معاطات می‌باشد.

قوله: و ان عمدة الدليل على ذلك: مشار اليه «ذلك» مجرد الدلالة على الرضا می‌باشد.

قوله: المعد له: ضمیر در «له» به وضع فلوس راجع است.

قوله: و هذا ليس ببعيد: مشار اليه «هذا» احتمال دوم می‌باشد.

[خاتمه کتاب]

تمام شد جلد پنجم از کتاب تشریح المطالب شرح فارسی بر مکاسب مرحوم شیخ اعظم در شب دوشنبه بیستم محرم الحرام سال یکهزار و چهار صد و یازده هجری قمری مطابق با بیست و یکم مرداد ماه یکهزار و سیصد و شصت و نه هجری شمسی بدست ناتوان بنده ضعیف سید محمد جواد ذهنی تهرانی نزیل قم المشرفه و از خداوند متعال توفیق اتمام بقیه اجزاء را مسئلت دارم بحق محمد و آلہ الطاهرين سلام الله عليهم اجمعین آمين رب العالمين.

ساخت و تدوین فایل pdf

www.adabiat-arab.blog.ir

{@hozebook}