

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۵)

الكلام في الحقوق القابلة للإسقاط والانتقال وإمكان جعلها ثمناً في البيع: قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «وأما الحقوق القابلة للانتقال كحقّ التحجير ونحوه فهي وإن قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح إلا أنّ في جواز وقوعها للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوضي المبايعة لغةً وعرفاً مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التعرض لشروط العوضين ولما يصحّ أن يكون أجره في الاجارة - في حصر الثمن في المال»^١.

ما يظهر من كلامه رحمته الله عدم جواز جعل الحقّ ثمناً في جمع أقسامه، إلا أنّ المانع في بعضها ذاتي وفي البعض عرضي. بتوضيح: أنّ الحقّ عنده على أقسام - كما صرح به - :

منها: ما لا يكون قابلاً للمعاوضة، كحقّ الحضانة والولاية (فهي لا يقبل الإسقاط والنقل والانتقال).

منها: ما يقبل الإسقاط والانتقال ولكنّه لا يقبل النقل، كحقّ الشفعة والخيار. وهذان القسمان لا يمكن جعلهما عوضاً في البيع، فالمانع الذاتي لعدم القابلية للمعاوضة أو لعدم كونه قابلاً للنقل في حدّ ذاته.

منها: ما يقبل الإسقاط والانتقال والنقل، كحقّ التحجير ولكنّه مع ذلك لا يقع ثمناً لمانع عارض من جانب البيع لاعتبار المالية في البيع والحقّ ليس بمال.

ولتحقيق الحق ينبغي تتبع الآراء في المسألة:

النظرية الأولى: ما عليه الشيخ رحمته الله وهو عدم وقوع الحق ثمناً في البيع.

الثانية: عدم وقوع الحق ثمناً بنفسه ولا بمتعلقه وهو رأي النائي رحمته الله.

الثالثة: ما عليه الإيرواني وتبعه السيد الخوئي عليه السلام وهو التفصيل بين الحق و متعلقه والقول بعدم قابلية الحق نفسه للعوضية وقابلية متعلقه لذلك.

والتأمل في الفارق بين هذه الأقوال والآراء يقتضي أن نقول: كما قدمنا أن المانعية عند الشيخ في بعض أقسام الحق ذاتي وفي البعض الآخر بالعرض وأما بالنسبة إلى متعلق الحق فلا يوجد في كلامه شيء. وأما النائي القائل بعدم وقوع الحق ثمناً لا بنفسه ولا بمتعلقه يقول بالمانع الذاتي في ذلك.

وأما النظرية الثالثة يختص المانعية الذاتية بنفس الحق دون متعلقه لا بالذات ولا بالعرض.

وأما الشيخ فقد استدلل على مختاره بوجوه (كما ذكرناه) من اعتبار المالية في العوضين لغةً وعرفاً، مضافاً إلى أنه المستفاد من ظهور كلمات الفقهاء ولذلك أشكل في جواز وقوعها عوضاً للبيع، وهذا واضح؛ لأن الحق ليس بمال، بل هو اعتبار مستقل في قبال المالية والملكية ومع الشك فلا تشمله أدلة الإمضاء ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

فهو يبقى في عموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾. وأورد عليه المحقق الآخوند رحمته الله أولاً: باختلال النظم في كلمات الشيخ رحمته الله.

وثانياً: بأن الملكية والمالية والحقية اعتبارات ثلاثة متقابلات يكون كل واحد منها قسيماً للآخر، فعلى القول باعتبار المالية في العوضين، أو باعتبار النقل في البيع سلّمنا عدم صحة الحق عوضاً في البيع وهذا واضح، إمّا لعدم كونه مالاً بحكم التقابل وإمّا لعدم كونه قابلاً للنقل (كما في بعض الحقوق).

وأما بناءً على القول بعدم اعتبارهما في البيع فيجوز أن يجعل الحق عوضاً؛ لأنّ قوام البيع على الفرض هو بعدم المجانية وهذا كافٍ لتحقيق ما يتقوم به عنوان البيع وهو وجود ما بإزاء (في المبادلة).

وقد أجاب عنه المحقق الإصفهاني (في الاشكال الثاني):^٢ بأنّ التقابل بين الحقّ والمال تقابل مفهومي لا مصداقي بمعنى: أنّهما متغايران بحسب المفهوم. وأمّا بحسب المصداق فقد يتواردان ويجتمعان على مصداق واحد، كحقّ التحجير، فهو مورد لتنافس العقلاء ورغبتهم ويبدلون بإزائه المال، فالحقّ يصدق عليه المال بالحمل الشائع من دون

١ . حاشية المكاسب (للآخوند رحمته الله): ص ٤.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته الله): ص ٥٧.

إشكال ولذلك يتم ما أفاده المحقق الإصفهاني من (أنّ المقابلة مفهوماً لا دخل له بالتقابل وجوداً كي يأبى عن الصدق)

وأما ما أفاده النائي: فقد استدللّ بقوله عليه السلام: «والأقوى عدم قابلية الحقّ لوقوعه ثمناً في البيع، كوقوعه مثنناً سواء جعل نفس الإسقاط والسقوط أو جعل نفس الحقّ.

أمّا الأوّل: فلأنّ الثمن لابدّ من دخوله في ملك البائع، والإسقاط بما أنّه فعل من الأفعال والسقوط بما أنّه اسم مصدر ليس كالخيطة وسائر أفعال الحرّ والعبد ممّا يملكه البائع ويكون طرفاً لإضافة ملكية البائع، ويقوم مقام المبيع في الملكية، فإنّ هذا معنى حرفي غير قابل لأن يتموّل إلاّ باعتبار نفس الحقّ وسيجيء ما فيه. وبالجمله: نفس الإسقاط بما أنّه فعل وأثر وأنه اسم المصدر لا يقبل الدخول في ملك الغير بحيث يتحقّق بالنسبة إليه الخروج عن ملك المشتري إلى ملك البائع ويكون البائع مالكاً لهذا العمل.

ولا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن العقد اللازم؛ لأنّ في باب الشرط يملك المشروط له على المشروط عليه إسقاط الحقّ وسقوطه ولا ملازمة بين قابليته للدخول تحت الشرط وبين قابلية وقوعه ثمناً؛ لأنّ إسقاط الحقّ يصير بالشرط مملوكاً للغير على صاحب الحقّ ولكنه لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً ويحلّ محلّ المبيع في الملكية.

وأما الثاني وهو جعل نفس الحق ثمناً بعد فرض كونه قابلاً للنقل إلى الغير كحق التحجير: فلما عرفت أنّ في باب البيع يعتبر أن يكون كلّ من الثمن والمثمن داخلاً في ملك مالك الآخر ولا شبهة أنّ الحق لا يكون قابلاً لذلك، فإنّه مباين مع الملك سنخاً وإن كان من أنحاء السلطنة بالمعنى الأعمّ ومن المراتب الضعيفة للملك ولكن كونه كذلك غير كاف لوقوعه عوضاً، لأنّه لا بدّ من حلول الثمن محلّ الثمن في الملكية فلا بدّ أن يكون كلّ منهما من سنخ الآخر».

وأورد عليه أولاً بالنقض عليه: «حينما قال بأنّ إسقاط الحق معنى حرفي لا يتموّل إلا من جهة تبعيته لنفس الحق ولا بالاستقلال، وحيث لم يكن نفس الحق قابلاً للعوض فلا يكون إسقاطه وسقوطه قابلاً بالأولية» حيث اعترف بأنّ الإسقاط قابل للتملك بالشرط وهذا القول مع القول بعدم امكان تملكه بالبيع لا يجتمعان؛ لأنّ الإسقاط على قوله معنى حرفي ولا يمكن تملك إسقاط الحق، فقوله بمنع وجود الملازمة بعد كون الحكم عقلياً لا يمكن المصير إليه، فيستحيل عدم التلازم.

نعم، لو قلنا بالمانعية الشرعية يمكن التفكيك بين قابلية التملك بالشرط وقابليته بالبيع ولكنّ المانع هنا عقلي وهو لا يختص بمورد دون مورد.

وأورد عليه (السيد الميلاني رحمته الله)^١ بناءً على جعل نفس الحق ثمنًا: إنَّ الحقَّ على مسلكه هو المرتبة الضعيفة عن الملك فلا يلزم من جعله طرفاً لإضافة الملك محذور أصلاً ، غاية الأمر حينئذٍ اختلاف المرتبة في طرف الإضافة.

وبعبارة أخرى (كما عن بعض آخر): إنَّ دعوى المباينة بين الحقِّ والملك بالسنخ يناقض ما اعترف بكون الحقِّ من المراتب الضعيفة للملك.

إلاَّ أنَّه يمكن أن يجاب عمّا أُفيد: بأنَّ مراد المحقق النائيني من التباين ليس هو التباين العقلي، كي يتمَّ النقاش فيه بأنَّ الحقَّ عنده من مراتب الملك ولا يلزم من جعله طرفاً للإضافة (للملك) محذور وغايته اختلاف المرتبة في طرف الإضافة، بل المراد منه هو التباين العرفي، فيكون المباينة بين الحقِّ والملك عقلانية، واختلاف المرتبة عند العقل. نعم، بما أنَّه يعتبر في البيع أن يكون الطرفان من سنخ واحد وأن لم يكن بين العوضين اختلافاً في السنخ، إلَّا أنه لا يجوز جعل الحقِّ بإزاء الملك لعدم المسامحة العرفية فلا يتحقّق مفهوم البيع.

١ . محاضرات في فقه الإمامية - كتاب البيع: ص ٣٦.

هذا واللازم بيان ما أفاده في قرارات الأملي رحمته الله^١ (وكأنه بمنزلة استدلال آخر على عدم صحة جعل الحق ثمناً في البيع): أنه لو باع الملك بالحق كان الخارج عن تحت علاقة البائع هو الملك والداخل تحت علاقته هو الحق، مع أن البيع هو المبادلة بين طرفي العلاقة لا بين نفس المتعلقين، فالعلاقة بين البائع والمبيع هي العلاقة الخاصة التي يعبر عنها بالملكية والتي بين المشتري وال عوض هي التي يعبر عنها بالحق وطرف علاقة البائع كان ملكاً لكونه طرفاً للملكية وطرف علاقة المشتري كان حقاً. وتبديل الطرفين مع بقاء العلقتين يقتضي أن يصير الملك الذي كان طرفاً لإضافة الملكية التي كانت بينه وبين البائع طرفاً للسلطنة الفعلية كانت بين المشتري وبين ما قام به الحق، مثل الأرض المحجرة، والحق الذي كان طرفاً للإضافة الخاصة التي بين المشتري وبينه طرفاً للملكية التي هي بين البائع والملك، فيلزم انقلاب الملك حقاً والحق ملكاً، أي صيرورة ما كان طرفاً للملكية طرفاً للحق وما كان طرفاً للحق طرفاً للملكية وهذا خارج عن حقيقة البيع.

وأورد عليه السيد الميلاني بالنقض والحل^٢.

أمّا النقض: فبيع الكلّي كالبيع نسيئة، فإنه تملك ابتدائي وليس فيه تبديل في طرف الإضافة.

١ . المكاسب والبيع (للنايني رحمته الله): ج ١، ص ٩٣.

٢ . محاضرات في فقه الإمامية (كتاب البيع): ص ٣٥.

وأما الحلّ: فبأنّ الإضافة متقوّمة بالطرفين ولا يعقل بقاء الإضافة بدون الطرفين.

ولكن يمكن أن يجاب عن النقض: بأنّ التبديل في بيع الكلّي أيضاً (كما في النسئّة) إنّما هو في طرف الإضافة في وعائه المختصّ به ولا يعتبر في طرف الإضافة أن يكون موجوداً في الخارج.

كما يجاب عن الحلّ: بأنّ الإضافة وإن كانت متقوّمة بوجود المضاف ولا يعقل بقائها بدون الطرف، إلّا إنّ ذلك خاصّ بعالم التكوين وأمّا عالم الاعتبار فلا يلزم إسراء أحكام عالم التكوين إليه؛ لأنّ الاعتبار سهل المؤونة بمعنى: أنّه يمكن أن يعتبر الطرف بدون الإضافة أو الإضافة بدون الطرف.

ولكن مع ذلك كلّه يشكل المساعدة مع ما ادّعاه المحقّق النائي^{الله} لأنّه متين على ما اختاره في تعريف البيع من أنّه «التبديل في طرفي العلقّة مع التحفّظ على أصل العلقّة» وسيأتي الكلام فيه من عدم اختصاص المبيع بالتبديل في طرفي العلقّة، بل هو أعمّ منه ومن التبديل في طرفي الإضافة؛ لشهادة العرف العام والخاص بذلك، فإنّ البيع في الارتكاز العقلاني يصدق على بيع الكتاب بالأرض المحجّرة صدقاً حقيقياً ولا يصحّ سلبه عنه والتبادر ونحوه علامة الحقيقة، فيشمّله إطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، كما يشهد عليه العرف الخاصّ، فإنّ في الشريعة موارد من التبديل في الإضافة ينطبق عليه البيع، كما إذا كان

أحد الطرفين بالإضافة المصرفية مع الإضافة الملكية (سهم سبيل الله) في الزكاة، فإنه بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ﴾^١ ظاهر بقرينة (في) في المصرفية، فيقع التبدل بين الإضافتين.

نعم ما أفاده من أن أصل الحق بنفسه لا يقع عوضاً تاماً؛ لأن الإضافة عند العقلاء تتبدل بتبدل الطرفين سواء كانت الإضافة ملكية أو حقية أو مصرفية أو مختلفة، إلا أن التبدل يقع أولاً وبالذات على الطرفين وثانياً على الإضافة، فيكون بقاء الطرف أمراً غير عقلائي. والوجه واضح سواء كان البيع بمعنى مبادلة مال بمال، أو تمليك عين بعوض، أو تبديل شيء بشيء، فإنه على جميع المباني يكون التبدل بين الطرفين وهو المقصود بالذات عند العقلاء وعليه المدار في باب المعاملات (أي على الاعتبار العقلانية والتبدل في الإضافة يكون ثانياً وبالعرض). وأما تطبيق هذه الكبرى على الحق، كحق السبق والتحجير فإذا وقع الحق عوضاً لا يراد به الحق بالمعنى المصدري، بل يراد به المعنى الوصفي بمعنى: وقوع المعاوضة على طرف الحق لا نفس الحق، فلا مانع من وقوع التبدل بين الأرض المحجرة والكتاب واللباس؛ لأن المقصود هو التبادل بين المملوكين (عند العقلاء) ولذلك يقال يباع المملوك لا

الملكية فكذلك في الحق، فإنه تبديل في طرف الحق ولا نفس الحق فإنه يكون ثانياً وبالعرض. وهذا التعارف الارتكازي يوجب الانصراف في إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^١ فما أفاده النائي رحمته الله بالنسبة إلى متعلق الحق وسقوطه وإسقاطه لا يمكن المساعدة عليه وإن وافقناه في نفس الحق والله العالم.

أما الكلام في النظرية الثالثة وهي ما اختاره المحقق الإيرواني رحمته الله^١ والمحقق الخوئي رحمته الله^٢ من التفصيل بين الحق ومتعلقه: فقد استدللَّ المحقق الإيرواني رحمته الله على دعواه بأن تعريف البيع «مبادلة مال بمال» منزّل على الغالب والجامع عبارة عن «مبادلة متعلق سلطان بمتعلق سلطان لغرض نقل السلطنة».

وبهذا التعريف يظهر جواز بيع متعلق الحق ما لم يمنع عنه دليل شرعي، فيجوز للإنسان أن يبيع حجرته في المدرسة وما سبق إليه من المساجد والأوقاف وأثر بيعه انتقال حق أولويته إلى المشتري، كما أنه يظهر به أنّ الحق بنفسه لا يعقل أن يجعل عوضاً ولا معوضاً، كنفس الملك بمعنى العلاقة وإنما القابل له هو المملوك ومتعلق الحق وإنما أثر جعلهما عوضاً أو معوضاً انتقال الملك والحق من جانب آخر، فما

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني): ج ١، ص ٧٢ و ٧٣.

٢ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤٣.

هو طرف المعاوضة هو متعلّق الحقّ وأمّا نفس الحقّ فهي من الآثار المترتبة على المعاوضة، والفرق بين الملك والحقّ بعموم الاستيلاء وخصوصيه، فإنّ الملك استيلاء من جميع الجهات والحقّ استيلاء ببعض الجهات.

وفيه: إنّ ما ادّعه من أنّ الحقّ بنفسه لا يعقل أن يجعل عوضاً أو معوّضاً بمعنى: أنّه ليس فيه هذه القابلية شرعاً أو عقلاً فهو دعوى بلا دليل؛ لعدم قيام الدليل في الشرع على عدم هذه القابلية ولا برهان على استحالة اعتبار الحقّ طرفاً للإضافة هذا. مضافاً إلى أنّ ما ادّعه من قابلية متعلّق الحقّ ثمناً في البيع متين على ما اختاره في تعريف البيع. وهذا يتمّ على هذا المبنى دون سائر المباني في تعريف البيع كما هو واضح.

وأما السيّد الخوئي رحمته الله فقد استدلّ على عدم إمكان جعل الحقّ عوضاً في البيع بما أفاد: «الحقّ وإن كان قابلاً للنقل والانتقال أو السقوط والإسقاط مجاناً أو بعوض، إلّا أنّه لا يمكن جعله ثمناً في البيع؛ بداهة أنّ الحقّ حكم شرعي غير قابل لأن تتعلّق به إضافة ملكية أو غيرها وقد عرفت سابقاً أنّ البيع لا بدّ فيه من التبديل بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر...»^١.

١. مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤٣.

ولكن الإيراد عليه مضافاً إلى الكلام في مبناه في باب الحقّ وأنه يتحدّ مع الحكم حقيقة ويختلف عنه في الأثر: أنّه بعد الاعتراف بكون الحقّ حكماً شرعياً ومع ذلك يكون قابلاً للنقل والانتقال والإسقاط يرد عليه: أنّ الحقّ إذا كان حكماً شرعياً كيف يعقل أن يكون قابلاً للنقل والانتقال بعد الالتزام بعدم وقوعه طرفاً للإضافة. مضافاً إلى أنّه صرّح في مقام ردّ كلام النراقي في تعريفه للبيع: (إنّ البيع عبارة عن نقل المالك ملكه إلى غيره نقلاً فعلياً سواء كان مالكا له بالفعل أو في المستقبل)^١ بأنّ نقل الملك ليس من العناوين الاستقلالية وإنّما هو بلحاظ الإضافة أو المكان، ومن سلك هذا المسلك في تعريف البيع ليس له أن يقول بتعلّق الإضافة الملكية وغيرها إلى الحكم الشرعي، هذا أولاً.

وثانياً: إنّ ما أفاده من عدم مقبولية الحقّ بأن يجعل ثمناً في البيع دعوى بلا دليل من الشرع ولا برهان من العقل كما ذكر في ردّ بيان الإيرواني؛ لأنّ الاعتبار سهل المؤونة بمعنى: أنّه يمكن جعل الاعتبارات الشرعية أو العقلانية طرفاً في المعاوضة ودعوى عدم قابليّته عقلياً فهو ممنوع جدّاً، فإنّهم يعتبرون الحقّ طرفاً للمعاوضة والمنتقل إليه الحقّ يعدّ واجداً له.

نعم وقوع المعاوضة على نفس الحقّ لعلّه أمر غير متعارف؛ لأنّ التعارف تبديل طرف الحقّ لا نفسه ولعلّ هذا موجب انصراف أدلّة

١. عوائد الأيام: ص ١١٢.

الإمضاء عمّا إذا جعل الحقّ نفسه ثمنًا في البيع؛ لأنّه بعد عدم التعارف يحصل الشك في القابلية العرفية والتمسك بالإطلاقات يكون تمسكًا بالدليل في الشبهة الموضوعية.

والمتحصّل: إنّ في معاوضة مثل حقّ التحجير مثلاً، تارة: يجعل الأرض المحجّرة ثمنًا في البيع وهذا ممّا لا كلام فيه، بل هو المتعارف فيشملها أدلّة الإمضاء.

وتارة: بجعل الأرض المحجّرة مبيعاً، فهذه مبتن على ما يستفاد من مفاد قوله عليه السلام: «لا بيع إلّا في ملك»، فإن قلنا إنّ المراد منه: لا بيع إلّا في مملوك لما صحّ البيع؛ لعدم تحقق الملكية في الأرض المحجّرة، وإن قلنا: إنّ مفاده هو السلطنة على البيع أو قلنا بإجماله يجوز البيع هنا. وتارة: يجعل حقّ التحجير معوضاً، فالصحة هنا تدور مدار القول باعتبار العينيّة في المبيع وعدم جواز بيع المنافع والحقوق.

وتارة: بجعل حقّ التحجير عوضاً (بنفسه دون متعلّقه) وهذا هو محلّ كلامنا وقد حقّق عدم المانع عقلاً ولا عقلاء، إلّا أنّه - كما مرّ آنفاً - عدم تعارفه عند العقلاء وأشكلنا في شمول أدلّة الإمضاء بالنسبة إليه.

والفارق بين عدم العقلانيّة وعدم التعارف - على ما قرّره شيخنا الأستاذ مدّ ظلّه - في أنّه على الأوّل يكون عدم نفوذ البيع لعدم القابلية العرفية وعلى الثاني لعدم القابلية الشرعية.

والظاهر أنَّ مراده من بيان الفرق بينهما أنَّ منشأ عدم العقلانية أنَّه لم ير العقلاء وجهاً لتصحيح هذا الأمر. وأمَّا منشأ عدم التعارف أنَّه وإن كان لا بأس بالشئ عندهم من حيث العرف، إلَّا أنَّ ذلك لم يتداول عند العرف فلعلَّه لمانع منعه التداول والعمل.

وتظهر الثمرة في فرض الشك في القابلية: فإنَّه إن كان الشك فيها من جهة القابلية العرفية لا يجوز التمسك بالعمومات والإطلاقات ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لأنَّ أدلة الإمضاء شاملة فيما إذا أُحرز القابلية العرفية، وما لم يكن فيه القابلية خارج عن شمول أدلة الإمضاء ومع الشك يكون من موارد الشبهة الموضوعية. وأمَّا إذا كان الشك في القابلية الشرعية (بعد تمامية القابلية العرفية) مثل الشك في اشتراط العقد بالعربية والماضوية، قد يقال (وهو المعروف بينهم) بجواز التمسك بالعمومات والإطلاقات؛ إذا المفروض تمامية البيع عرفاً والأدلة المذكورة إمضاء لما هو النافذ عند العرف واحتمال اعتبار قيد زائد مندفع بالعمومات والإطلاقات.

وفي قبال هذا القول، قول عن المحقق الإصفهاني رحمته الله^١ بعدم شمول أدلة المعاملات (العامة والمطلقة) لموارد الشك في القابلية الشرعية لا من حيث الإشكال السابق (أي التمسك بالعام في الشبهة المصادقية) بل

١ . حاشية كتاب المكاسب: ج ١، ص ٥٠.

من جهة أنّ أدلة المعاملات إنّما هي بصدد التنفيذ من حيث السببية فهي على هذا يكون ممضية للسبب في الموارد القابلة، فلا يجوز التمسك بها لإحراز القابلية الشرعية المشكوكة.

وقد مرّ سابقاً: أنّ أدلة الإمضاء مطلقة من حيث إنفاذ الأسباب الشرعية بمعنى، أنّ السبب مطلق من دون تقييد بخصوصية ومع هذا يكون مهملة من حيث القابلية العرفية والشرعية، ففي موارد الشك (في الحقّ مثلاً) في القابلية للنقل لا يمكن التمسك بإطلاق أدلة الأسباب؛ لأنّ دليل السبب بلحاظ قابلية المورد مهمل بمعنى: أنّه ليس بصدد البيان من هذه الجهة.

ولتوضيح المراد وتبيين المرام قد ذكرنا سابقاً أنّ هذه الموارد على وزان قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾^١ فإنّ الآية مسوقة لبيان حلّة اللحم وحرمة بالتذكية دون الطهارة والنجاسة بمباشرة الكلب المعلم؛ لأنّ الآية لا تكون بصدد البيان من هذه الجهة بل هي مهملة من هذه الحيثية - أي قابلية المورد - وأصالة البيان (أي الأصل العقلاني) قائم فيما إذا كان الانقسامات ملحوظة دون أن يكون مهملة من هذه الحيثية. وبهذا البيان يندفع ما يمكن أن يرد عليه من أنّ الإهمال من الملتفت محال، فإنّه قد تبين بما ذكر خروج المورد عن الانقسامات وإنّها غير ملحوظة.

ومع ذلك لا يبعد التمسك لإثبات قابلية الحق لجواز النقل بإطلاق دليل (الناس مسلطون على أموالهم) وشموله بالنسبة إلى الحقوق المالية، كحق الشفعة والخيار مثلاً (دون الحقوق غير المالية كحق القسم والقصاص) أو يقال: كما قرّبه الشيخ (في الخيارات): «وهو أن الحق المالي ليس بمال فهو خارج عن دليل السلطنة موضوعاً ولكّنه مندرج في الدليل بالفحوى، فإنّ التسلّط على الأموال يدلّ بالفحوى على الحقوق المتعلقة بالأموال ثمّ ينتقل من الفحوى إلى الفحوى»^١.

وعلى الجملة: تقييد دليل السلطنة بالقابلية للنقل تضيق لصاحب السلطنة ومنافٍ لإطلاق السلطنة وإذا تمّ الإطلاق في الحق المالي يتمّ بالفحوى في حق غير المالي أو بإلغاء الخصوصية. وبهذا العموم يحرز موضوع عمومات الصلح والعقد والشرط فيتمسك بها للتّنفيد. وأورد عليه بضعف السند بالإرسال وعدم انجباره بعمل المشهور؛ لأنّها مروية في «البحار» عن «عوالي اللئالي» رواها عن الشّهيد ولعلّ المصدر للشّهيد هو الشيخ في الخلاف.

إلا أنّ التداول في الكتب الفقهيّة غير كاشف عن الاستناد ومع التّنزّل لا نسلم جابرية عمل المشهور لضعف السند، ومع ذلك هذه قاعدة ارتكازية والرواية مذكورة تأييداً لها هذا أولاً.

وأُورد ثانياً: بأنّ لازم تمايية الاستدلال بإطلاق الرواية جواز التمسك بعمومها عند الشك في الحكم التكليفي من الحليّة والحرمة يعني إذا شكّ في حليّة لحم أو حرمة يجوز التمسك بإطلاق الدليل والحكم بالحليّة والجواز، مع أنّه لا يلتزم به فقيه، فعلى هذا لا يمكن الاستناد بها للجواز الوضعي؛ لأنّ لازم القول بالحرمة الوضعيّة تضيق دائرة السلطنة.

وثالثاً: يلزم عليه القول بالتعارض بين هذه العمومات وأدلة المحرّمات بعد كون النسبة بينهما عموم من وجه؛ لأنّه قد يكون المال حراماً وليس مورد السلطنة (كحرمة مال الغير) وقد يكون مورد السلطنة وليس بحرام (كالسلطنة على أمواله المحلّلة) وقد يجتمعان كحرمة وطء العبد على المولى، فإنّه يتعارض دليل حرمة اللّواط مع دليل سلطنة المولى بالعموم من وجه، فيلزم القول بالتعارض والتساقط والرجوع إلى البرائة مع كونه خلاف الضرورة والإجماع القطعي ولا يلتزم به فقيه.

وأُورد رابعاً: بعد التنزل والقول لصحّة التمسك بهذا العموم، فإنّه يتمّ التمسك به في الحقوق الماليّة، وأمّا في غيرها (كالأحكام مثلاً) فهي مضافاً إلى أنّه خلاف السيرة تحتاج إلى التلازم بالفحوى، أو بالمساواة بإلغاء الخصوصية، مع أنّه لا ملازمة بين الحقوق (لا بالفحوى ولا بالمساواة) بداهة أن موضوع السلطنة هو الأموال (الناس مسلطون على

أموالهم) وهي غير دارجة بين العقلاء على الحقوق غير الماليّة (بهذا الحدّ).

وفي الختام نقول - وهو العمدة - : إنّ حديث السلطنة ناظرة إلى بيان أمر ارتكازي عقلائي وهو سلطنة الناس على أموالهم في الموارد المشروعة والقواعد المقرّرة من الشرع وليس بمطلق وأنّ هذه الرواية بصدد بيان بسط يد من له اليد من ناحية مزاحمة غيره، فمفاد الحديث إثبات عدم محجورية من له السلطان عن التصرّف في ماله بعد ثبوت الجواز الشرعي. وبهذا لا يمكن تجويز كلّ عمل شكّ في جوازه اتّكالاً على عموم النصّ وإلاّ يرد على القائل به نقوض كثيرة، كما مرت الإشارة إليه. فعلى هذا لا وجه للاستدلال به لإحراز القابلية في الموارد المشكوكة.

هذا كلّّه بالنسبة إلى الحقوق الثابتة بالارتكاز العقلائي أو الشرعي، فيتمّ جواز جعلها ثمناً إذا كان ذلك بالنسبة إلى متعلّقها. وأمّا نفس الحقّ فقد مرّ أنّ جعله ثمناً لا محذور فيه من حيث الثبوت ولكنّ المشكل في المحذور الإثباتي وانصراف أدلّة الإمضاء.

فبما ذكر يتّضح الكلام في الحقوق الحديثة المتعارفة في هذه الأزمنة فهي كذلك لا بأس بجعلها ثمناً بالنسبة إلى متعلّقاتها؛ لأنّها إن كانت مالاّ عند العرف ويطلق عليه المال ويبدل بإزائها المال فلا بأس.

وتثبت المشروعية في أمثالها بطريق حقّ الشرط بأنّ التاجر المالك ملكه وشرط على نفسه (في ضمن العقد) تجديد الإجارة للمستأجر أو لمن استأجره المستأجر بعده في قبال ما يأخذه المالك أولاً في قبال إيكال حقه إلى المستأجر للانتفاع بالعين المستأجرة ثمّ انتقال هذا الحقّ إلى غيره وأن لا يكون للمالك اجبار المستأجر على التخلية وهكذا له حقّ تجديد الإجارة، فلذلك إذا دفع إليه (من المالك أو غيره) بإزاء تنازله عن المحلّ وتخليته يجوز للمستأجر أخذ المبلغ المذكور وهكذا.

تعريف البيع

قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «ثم الظاهر أنّ لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية، بل هو باق على معناه العرفي كما سنوضحه إن شاء الله، إلّا أنّ الفقهاء رضوان الله عليهم قد اختلفوا في تعريفه، ففي «المبسوط»^١ و«السرائر»^٢ و«التذكرة»^٣ وغيرها^٤: «انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي وحيث إنّ في هذا

١. المبسوط: ج ٢، ص ٧٦.

٢. السرائر: ج ٢، ص ٢٤٠.

٣. تذكرة الفقهاء: ج ١٠، ص ٥.

٤. قواعد الأحكام: ج ٢، ص ١٦؛ تحرير الأحكام: ج ٢، ص ٢٧٥.

التعريف مسامحة واضحة عدل آخرون إلى تعريفه بالإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال...»^١.

وعن المحقّق النائيّ رحمته الله في توجيه المسامحة (في كلام الشيخ رحمته الله): «إنّ الانتقال ليس حقيقة البيع، بل هو أثر له، فتعريفه به تعريف للشيء بأثره»^٢.

وعن المحقّق الإصفهانيّ رحمته الله في وجه التسامح: «أنّ البيع أمر يقوم بالبائع (أي الطرفين) لا بالعوضين (والانتقال أمر قائم بالعوضين) وتعريف ما له القيام بالبائع بماله القيام بالعوضين فيه مسامحة واضحة، وبعبارة واضحة: البيع إمّا نقل أو تمليك أو تبديل لا الانتقال والبدلية فإنّهما يقومان بالعوضين»^٣.

وعن المحقّق الخوئيّ رحمته الله: «... ولعلّ الوجه فيه: أنّ الانتقال أثر للبيع، فلا يسوغ تعريف الشيء بأثره إلّا عن سبيل العناية والمجاز....»^٤ وأيضاً أنّه نقل ولا الانتقال انفعال.

وأورد عليهم: بأنّ البيع ليس من الأعراض والجواهر حتّى يكون التعريف له تعريفاً منطقياً (أي بالحدّ والرسم) ناقصاً أو كاملاً، بل هو

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٠.

٢ . المكاسب والبيع (للنائيّ رحمته الله): ج ١، ص ٩٦.

٣ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني): ج ١، ص ٥٧.

٤ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٥٣.

من الاعتباريات. والمراد من التعريف هنا ما وقع في الخارج (من العمل الإنشائي) مع قطع النظر عن النسبة الصدورية والوقوعية، فالبيع بمعنى النقل والانتقال أمر واحد ذاتاً والتغاير بينهما بالاعتبار، فإنه بلحاظ الصدور عن البائع نقل ويسمى بالمصدر وبلحاظ العوضين انتقال يسمى باسم المصدر، فالمصدر واسمه يتحدان بالذات ويتغايران بالاعتبار كالوجود والايجاد، لا نسبة المعلول و العلة والمؤثر والأثر. فما أفاده النائي وتبعه الخوئي إشكالاً على الشيخ بأن الانتقال أثر البيع ولا نفس البيع تام إذا كان المراد هو الانتقال الشرعي، فإن النسبة بين البيع والانتقال الشرعي نسبة الموضوع إلى الحكم، إلا أن المراد هنا التعريف (للبيع) بما له من المعنى العرفي والانتقال الشرعي خارج عن هذه الدائرة.

وأما إذا كان المراد به الانتقال بنظر البائع (تكون النسبة بينهما نسبة المصدر واسم المصدر لا العلة والمعلول) فيكون التعريف (من المبسوط) ناظراً إلى الانتقال بما هو فعل البائع، لا الانتقال الشرعي حتى يتوجه إليه نسبة التسامح.

ولذلك لعله الأوجه في نسبة التسامح وتوجه قول الشيخ رحمته الله: أنه قد أخذ في التعريف ما لا يكون دخيلاً في مفهوم البيع، بل هو دخیل في صحته كأخذ العوض المقدّر على وجه التراضي، فإن كون العوض مقدّراً من شرائط الصحة وكذلك التراضي، فإنه أيضاً يعدّ من شرائط

الصحة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فعلى القول بأنّ البيع حقيقة في الصحيح (كما هو خيرة الشهيدين^١) كان التعريف خالياً عن هذه المناقشة. وإن قلنا بأنّه حقيقة في الأعم كان الإشكال تاماً؛ لأنّ العقدين دخيلان في الصحة دون المفهوم.

وكيف كان يندفع بما ذكرنا من الجواب عما أورد (في كلام المحقّقين النائي والإصفهاني والخوئي و..) سائر الإشكالات على التعريف الأوّل والثاني من أنّ البيع من مقولة الفعل والعقد من مقولة الكيف والمقولات متباينة، فلا يصدق بعضها على بعض: فإنّ البيع من الاعتباريات لا المقولات، فهو خارج موضوعاً عن المقولات العشرة. أمّا التعريف الثاني (قول الشيخ الأعظم: عدل آخرون إلى تعريفه بالايجاب والقبول الدالّين على الانتقال): وهو ما ذكره العلامة في «المختلف»^٢.

وأورد عليه الشيخ: بأنّ البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجّرداً أو بشرط قصد المعنى وإلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ (أي أنشاء اللفظ باللفظ)^٣.

١ . المسالك ج ٢، ص ١٩٨؛ القواعد والفوائد: ج ١، ص ١٥٨.

٢ . مختلف الشيعة: ج ٥، ص ٥١.

٣ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٠.

ثم قال الشيخ: عدل «جامع المقاصد» إلى تعريفه (التعريف الثالث): «نقل العين بالصيغة المخصوصة»^١.

وأورد عليه الشيخ أولاً: بأنّ النقل ليس مرادفاً للبيع، بل أعم منه؛ لصدقه على الصلح ونحوه ولذلك صرح العلامة في «التذكرة»: بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ (نقلت) فإنّه من الكنايات ولا يجوز الإنشاء بالكناية.^٢

وثانياً: بأنّ هذا التعريف ليس بجامع للأفراد، فإنّ المعاطاة عند المحقّق الثاني^٣ بيع ولكنه لا ينطبق عليه التعريف لخلوها عن الصيغة. وثالثاً: إنّ النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة، بتوضيح: إنّ البيع بمدلوله من الإنشائيات، فالصيغة أخذت في مدلوله والنقل بالصيغة لا يعقل إنشاؤه بالصيغة.

ثم قال: ولا يندفع (أي لا يندفع إيرادنا هذا على المحقّق) بالقول بأنّ المراد من النقل في تعريف البيع: نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة وليس للإنشاء دخل في مفهوم البيع حتّى يرد عليه ما ذكر من عدم تعقّل إنشاء البيع بالصيغة، بل البيع يتحقّق ولو من دون ذكر الصيغة كما في المعاطاة وإنّما جعل البيع مدلول الصيغة الذي ينشأ بالصيغة إشارة إلى

١ . جامع المقاصد: ج ٤، ص ٥٥.

٢ . تذكرة الفقهاء: ج ١٠، ص ٩.

٣ . جامع المقاصد: ج ٤، ص ٥٨.

تعيين ذلك الفرد من النقل الذي هو البيع المنشأ بالصيغة من قبل البائع.

وبعبارة أوضح: إنّ الصيغة لم يؤخذ في مدلول البيع حتى يكون مدلول بعث: (نقلت بالصيغة) بل أخذت بعنوان مشيراً إلى حصة خاصة من مدلول النقل؛ لأنّ الصيغة على هذا التصوير إما أريد بها خصوص بعث أو ما يشمل ملكة، فعلى الأول يلزم الدور.

وبيان آخر: أنّ البيع يتوقف على معرفة حصّة من النقل ومعرفة هذه الحصّة تتوقف على معرفة المحصّص والمحصّص إما أريد بها خصوص صيغة بعث أو الأعم منها ومن ملكة ونقلت، فعلى الأول يلزم الدور، فإنّ معرفة البيع تتوقف على معرفة بعث ومعرفة بعث تتوقف على معرفة البيع، فالموقوف نفس الموقوف عليه وبالعكس.

وعلى الثاني: وجب في مقام التعريف الاقتصار على خصوص التملك والنقل وعدم التقييد بالصيغة المخصوصة؛ لأنّ المفروض أنّها عبارة أخرى عن التملك والنقل مع أنّهما من لوازم البيع لا من المرادفات.

وأجيب عن الأول (الإشكال الأول من الشيخ على المحقق): سلّمنا أعميّة النقل عن البيع وعدم كونه مرادفاً له، إلّا أنّ الأعميّة بعد القيود اللاحقة المأخوذة في التعريف زائلة، ومجموع التعريف المذكور يكون مرادفاً للبيع؛ لكفاية مرادفة مجموع المعرف مع المعرف.

وعن الثاني: بأنَّ المحقق أراد من التعريف تعريف البيع المنشأ بالقول لا البيع المطلق (الشامل للمنشأ بالفعل والقول) ويؤيّد ذلك تصريحه بكون المعاطاة بيعاً، وبهذا يستكشف أنّه أراد بالتعريف البيع الخاصّ ولا المطلق.

ومن المحتمل أن يكون مراد المحقّق من الصيغة أعمّ من القول والفعل - كما عن الشهيد - .

وعن الثالث - كما عن المحقّق الإصفهاني أولاً - : بأنّ المراد من الصيغة ليس خصوص صيغة (بعت) ولا الأعمّ بنحو العام المجموعي - أي مجموع صيغة (بعت وملكت ونقلت) - حتّى يلزم الدور؛ للزوم التوقّف من الطرفين؛ لتوقّف معرفة البيع على معرفة (بعت) بمادّته وهو على معرفة البيع، بل المراد هو القدر الجامع مع إلغاء الخصوصية - أي المطلق بنحو رفض القيود - فلا توقّف في البين.

(وثانياً عن المحقّق اليزدي): إنّ مراد المحقّق الثاني من الصيغة المخصوصة هي خصوص صيغة (بعت) ومع ذلك لا يلزم الدور؛ لأنّ المراد بها مجرد لفظ (بعت) لا اللفظ بما له من المعنى، فالموقوف والموقوف عليه متغايران، فإنّ المأخوذ في التعريف لفظ (بعت) ولا اللفظ بماله من المعنى. أمّا نصّ كلامه ﷺ: «في الدور منع، فإنّ المراد

من بعت لفظه، فهو في قوّة قولنا: إنّ البيع هو النقل بلفظ (بعت) ولا يلزم العلم بمعنى (بعت) حتّى يلزم الدور»^١.

واعترض عليه الفاضل الإيرواني: بأنّ لفظ (بعت) بما له من المعنى ينشأ به البيع لا بمجرد اللفظ، فإنّ النقل الإنشائي إنّما يتحقّق بلفظ (بعت) بما له من المعنى لا باللفظ مع قطع النظر عن المعنى، فاللفظ بما هو مع قطع النظر عن المعنى لا دخل له في البيع الإنشائي فيعود الدور.^٢

والجواب عنه واضح بعد ما قدّمناه (من عدم لزوم التعريف بالحدّ التامّ والناقص وكذلك الرسم التامّ والناقص) من كفاية كون التعريف مائزاً بين الحصص. وهذا المقدار - أي التعريف اللفظي من دون النظر إلى المعاني - يكفي لبيان المراد من البيع وتمييزه عن سائر المعاملات المشابهة له، فلا يلزم الدور المدّعى في كلام الشيخ رحمته الله.

^١ . حاشية كتاب المكاسب (للسيد الزيدي رحمته الله): ج ١، ص ٢٩٦.

^٢ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمته الله): ج ١، ص ٧٣.