

مجموعه<sup>س</sup>

# مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۱۶)



قوله ﷺ: «وينبغي التنبيه على أمور:

الأول:

أنَّ الظاهر المعاطاة قبل اللزوم - على القول بإفادتها الملك - بيع، بل الظاهر من كلام المحقق الثاني ﷺ في «جامع المقاصد»<sup>١</sup> أنه ممَّا لا كلام فيه حتَّى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة في «النهاية»<sup>٢</sup>، ودلَّ على ذلك تمسُّكهم له بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>٣</sup>.

وأما على القول بإفادتها للإباحة فالظاهر أنَّها بيع عرفي لم يؤثِّر شرعاً إلا الإباحة، فنفي البيع عنها في كلامهم ومعاهد إجماعاتهم هو نفي البيع المفيد شرعاً للزوم زيادة على الملك»<sup>٤</sup> [١].

[١] يبحث في هذا التنبيه بعد القول بصحة المعاطاة ولزومها عن اعتبار الشروط المعتبرة في البيع بالصيغة - من معلومة العوضين ومعلومية الكيل والوزن ومن القبض لو كان صرفاً أو مسلماً... وعدمها، وأنَّه هل تقيّد إباحة التصرّف عند ما فقدت شرط من شروط البيع؟ فالشيخ - على ما يظهر من عبارته - قائل بالتفصيل في البيع المعاطاتي، وأنَّها تارة يقصد بها الإباحة وأُخرى يقصد بها الملك.

١ . جامع المقاصد: ج ٤، ص ٥٨.

٢ . نهاية الأحكام: ج ٢، ص ٤٤٩.

٣ . البقرة (٢): ٢٧٥.

٤ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٦٦.

أما الأول: فالإباحة إن قصدتها بالعوض دون التمليك فلا وجه للقول بجريان شروط البيع فيها وصرح الشيخ رحمته الله بقوله (في المقام): «وحيث إنَّ المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيتها بعموم «الناس مسلطون على أموالهم» كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته، كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس...»<sup>١</sup>.

توضيح ما أفاده: إن قلنا بمشروعية المعاطاة استناداً إلى قاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» فلا بدّ عند الشك في اعتبار شرط فيها بعد الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحّة هذه الإباحة العوضية. والدليل العام - أي إطلاق دليل السلطنة - ينفي ما يشكّ في شرطية شيء أو جزئته.

نعم، إن استندنا في مشروعيتها إلى الدليل الخاص (وهو السيرة في المقام) يكون النتيجة عكس ما يستنتج من الدليل العام، فإنّ السيرة دليل لبي يقتصر على المتيقّن منها وهو اعتبار الأمر المشكوك واشتراط تحصيله لترتب المقصود والمراد.

ولكنّ الإشكال: أنّ التمسك بدليل السلطنة موقوف على تمامية سند الحديث أولاً: وقد مرّ أنّها نبوية مرسلة ولا يتم القول بجابرية عمل المشهور كبروياً وأيضاً صغروباً؛ لاحتمال استناد المشهور إلى سيرة العقلاء.

١. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٦٧.

وثانياً: إنّ الاستدلال به متوقّف على تمامية دلالة الحديث على إثبات مشروعية السلطنة المطلقة للملّك، سواء ثبتت مشروعية التصرف مع قطع النظر عن دليل السلطنة أم لا؟ مع أنّه قد مرّ عن المحقّق الآخوند<sup>١</sup> أنّ المقصود من هذا الدليل إنّما هو بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله المشروعة وعدم كونه محجوراً عن التصرف فيها في تلك الجهات، فعلى هذا يسقط الاستدلال به؛ لعدم تكلفه بإثبات السلطنة للمالك أيّ تصرف، هذا بالنسبة إلى دليل السلطنة.

وأما دليل: «لا يحلّ مال امرء مسلم...» الذي تمسّك به بعض الأعلام، فهو أيضاً موقوف على القول بدلالته على مشروعية كلّ تصرف مع وجود رضا المالك، فعليه يصح الاستدلال به؛ لأنّه بعد وجود رضا المالك يجوز جميع التصرفات المقصودة. ولكن إن قلنا: بحصر دلالاته على جواز التصرفات المشروعة، فلا مجال للاستدلال به؛ لأنّ الخبر لا يفيد أكثر من إفادة جواز التصرفات المشروعة سلفاً وأنّها منوطة برضا المالك وإلاّ يجوز تقبيل الجارية المستأجرة للمتصرف وهكذا وطء الغلام الأجير....

وعلى الجملة: إنّ الخبر في مقام تحديد التصرفات المشروعة برضا المالك.

١ . حاشية المكاسب (للآخوند<sup>عليه السلام</sup>): ص ١٤.

فلا يمكن الاستدلال بهذا الحديث وهكذا دليل السلطنة لإثبات جواز الإباحة بالعوض.

وأما السيرة العقلانية: فهي وإن دلت وقامت على إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة حتى التصرفات المتوقفة على الملك، إلا أنه لا يمكن الاعتماد على هذه السيرة مع قطع النظر عن كونها ممضاة للشارع فإن أحرزنا كونها ممضاة يعتمد عليها وإلا يجب الاقتصاد على المتيقن كما إذا شككنا في مشروعية الإباحة بالعوض أم لا؟ فالقاعدة تقتضي عدم المشروعية وكذلك السيرة المتشعبة (بعد مفروغية دلالتها على إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة) ولكن فيها أيضاً تقتضي القاعدة الأخذ بالقدر المتيقن وهو مشروعية التصرفات المتعارفة دون التصرفات المتوقفة على الملك.

**فالمحصّل:** عدم تمامية الاستدلال بهذه الوجوه المذكورة (الأربعة) على اعتبار إباحة التصرفات المطلقة بالعوض، إلا إذا قلنا بتمامية دلالة دليل السلطنة وإفادتها صحة مطلق التصرفات كمّاً وكيفاً.

وأما الثاني: في المعاطاة المقصود بها الملك، فعند الشك في اعتبار شروط البيع وعدمه أقوال:

منها: القول بالاعتبار مطلقاً.

منها: عدم الاعتبار مطلقاً.

ومنها: التفصيل بين كون المعاطاة المقصود بها التمليك تفيد الملكية

فإنّه يعتبر فيها شروط البيع، وبين ما كانت المقصود بها التمليك لا تفيد إلّا الإباحة، فإنّه لا يعتبر فيها تلك الشروط.

وصرح بذلك الشيخ حيثما قال «... وأما على المختار: من أنّ الكلام فيما إذا قصد بها البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً أم لا كذلك، أم يبتنى على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلّا الإباحة، وجوه...»<sup>١</sup>.

وزاد بعض الأعلام التفصيل بين المعاطاة المفيدة للملكية اللازمة والملكية الجائزة وقال بأنّه مستفاد من ذيل كلام الشيخ. وكذلك التفصيل بين ما إذا كان المستند لاعتبار الشرط نصّاً أو إجماعاً.

وأيضاً التفصيل بين النصّ الصحيح وبين النصّ الضعيف الذي اعتبر بعمل المشهور، هذا وقبل التأمل في التفاصيل المذكورة نرجع إلى ما أفاده الشيخ رحمته الله في صدر التنبيه: «الظاهر أنّ المعاطاة قبل اللزوم...»<sup>٢</sup>. وحاصله: أنّه قائل بأنّ المعاطاة - على القول بإفادتها الملك - بيع وعلى القول بإفادتها الإباحة بيع عرفي (لم تؤثر شرعاً إلّا الإباحة).

١. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٦٧-٦٨.

٢. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٦٦.

ثمَّ نسب إلى القائلين بفساد المعاطاة كالعلامة كونها بيعاً فاسداً (وذلك لاشتراط الإيجاب والقبول اللفظيين في البيع وبعد خلوّ المعاطاة عنها يكون بيعاً فاسداً وإنّهم لا ينكرون لبيعيتها)

وحمل دعوى الإجماع في كلام بعض الفقهاء على عدم كون المعاطاة بيعاً (كابن زهرة)<sup>١</sup> على أنّ مرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التي هي أحد العقود (في أوّل مبحث المعاطاة). ثمَّ قال: «و دعوى: أنّ البيع الفاسد عند هم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها»<sup>٢</sup>. (وأراد بذلك ما مرّ منه آنفاً قيام الإجماع والسيرة على أنّها بيع ويتعامل العرف معها معاملة البيع في ترتّب آثار الملكية عليها).

أقول: إن ما يستفاد من كلمات القدماء أنّ المعاطاة مجرّد إذن من المالك إباحة التصرف وليست هي بتمليك؛ حيث صرح الشيخ في «المبسوط»: «فإذا ثبت هذا فكلّ ما يجري بين الناس إنّما هو استباحات وتراض من دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً»<sup>٣</sup>.

كما قال في «الخلاف»: «فإنّه لا يكون بيعاً وكذلك سائر المحقّرات وإنّما يكون إباحة له»<sup>٤</sup> وكلامه في الموقفين تصريح على اعتبار المعاطاة استباحة من المالك لا بيعاً.

١ . غنية النزوع: ص ٢١٤.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤١.

٣ . المبسوط: ج ٢، ص ٨٧.

٤ . الخلاف: ج ٣، ص ٤١.



وصرّح ابن زهرة «... فإنّ ذلك ليس ببيع وإنّما هو إباحة للتصرّف»<sup>١</sup> وهكذا نصّ كلام ابن البرّاج: «هذا ليس ببيع في الحقيقة؛ لأنّه ليس فيه إيجاب ولا قبول وإنّما هو إباحة»<sup>٢</sup>.

وأيضاً ابن إدريس «... إذا دفع قطعة إلى البقلي أو إلى الشارب وقال: أعطني بقلّاً أو ماءً لا يكون بيعاً ولا عقداً... إنّما يكون إباحة له»<sup>٣</sup>.

فاتّضح بما روينا عنهم عدم تمامية إسناد الشيخ رحمته الله إليهم بأنّ المعاطاة (كيف ما كان) بيعاً ولو فاسداً هذا، وعلى القول بكون المعاطاة بيعاً فاسداً فما هو مقتضى القاعدة فيها عند الشكّ في اعتبار شروط البيع؟ الظاهر هو الحكم بلزوم أخذ الشروط؛ لأنّ القاعدة مقتضية عدم جواز التصرّف في المأخوذ بالعقد الفاسد إمّا بحكم الغصب وإمّا بحكم قاعدة (ما يضمن) وإمّا بحكم قاعدة اليد المقتضية لعدم جواز التصرّف في مال المأخوذ بهذا البيع الفاسد. ولكن بما أنّ الإجماع دليل لبّي يقتصر في الحكم بجواز التصرّف في المال المأخوذ بالبيع الفاسد فيما إذا اشتمل على جميع الشرائط المقرّرة في البيع.

وإمّا إذا قلنا بأنّ المعاطاة لا تعدّ بيعاً فاسداً، بل تفيد الملكية اللازمة بعد التصرّفات المترتبة عليها أو بالتلف، فحينئذٍ يكون كالبيع الصرف

١ . غنية النزوع: ص ٢١٤.

٢ . جواهر الفقه (لإبن برّاج): ص ٥٦.

٣ . السرانثر: ج ٢، ص ٢٥٠.

في حصول الملكية من حين القبض لا من حين الإنشاء، فبمجرد التعاطي لا يحصل الملكية وإنّما هي حاصلة من حين التصرف، فحينئذٍ لو كان الدليل الدالّ على اعتبار الشرط نصّاً تامّاً، فلا بدّ من العمل بمقتضى الدالّ فالقاعدة تقتضي تحصيل الشرط (أو الجزء)؛ لأنّ المعاطاة صارت بيعاً (بالتصرف أو بالتلف) وإن أفادت الإباحة عندنا. وأمّا لو كان الدليل الدالّ على اعتبار الشرط هو الإجماع وثبت أنّ المعاطاة بيع عند القدماء، فلا بدّ من اعتباره فيها نعم، لو لم نعلم حقيقة رأيهم في خصوص حقيقة المعاطاة وشككنا فيها أو علمنا التزامهم بعدم كونها بيعاً (كما ذكرنا) فإنّ الشرط الثابت في البيع بالإجماع لا يكون معتبراً في المعاطاة.

فظهر ممّا بيّناه: أنّه لو كان مستند الشرط الإجماع يشكل الحكم بشرطيته في تحقّق المعاطاة؛ لأنّه إمّا أن لا يكون بيعاً (عند القدماء) وإمّا أن لا يكون بيعاً شرعياً، فالشك في اعتباره بعد أن لا يعدّ بيعاً شرعياً لا يقتضي القول باعتبار الشرط فيها؛ لأنّ الأخذ بالمتيقّن فيما يصدق عليه البيع شرعاً. هذا فيما إذا كان الإجماع منقولاً بأن كان له معقد لفظي كالإجماع القائم على اعتبار أمر في البيع مثلاً.

وأما لو كان الإجماع متصيّداً من كلمات الأعلام فالأمر أوضح. وأمّا إذا كان الدليل الدالّ على اعتبار الشرط هو النصّ التامّ فالقاعدة تقتضي باعتبار الشرط فيها دون ما إذا كان النصّ ضعيفاً منجبراً بعمل

المشهور. وهذا مشكل بعد أنّ المعاطاة ليست بيع عندهم مطلقاً أو ليست بيعاً شرعياً هذا.

وأما بناءً على القول بإفادتها الإباحة - وإن قصد بها التمليك - فلا بدّ من الحكم بلزوم اجتماع شروط البيع فيها؛ لأنّ الفعل بعد ما كان فاقداً لشروط من الشروط المعتبرة في تحقّق عقد البيع يشكّ في إحراز الملكية وترتّب الإباحة والإحراز متوقّف على تحقّق الشرائط، فيجب الأخذ بالمتيقّن وهو المعاطاة المشتملة والواجدة على الشرائط المعتبرة.

قوله عليه السلام: «وبما ذكرناه يظهر وجه تحريم الربا فيها أيضاً وإن خصّصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتّى عند من لا يراها مفيدة للملك؛ لأنّها معاوضة عرفية وإن لم تفد الملك، بل معاوضة شرعية كما اعترف بها الشهيد في موضع من الحواشي؛ حيث قال: إنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة، انتهى<sup>١</sup>.

ولو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا؛ لكونها معاوضة عرفاً، فتأمّل<sup>٢</sup> [١].

[١] حاصل كلامه عليه السلام: حرمة الربا في المعاطاة حتّى بناءً على عدم إفادتها الإباحة الشرعية؛ لأنّها محكومة بالبيع العرفي (كما مرّ مراراً)، بل

١ . نقل عنه في مفتاح الكرامة: ج ٤، ص ١٥٨.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٧١.

ولو قلنا بأنّها ليست بيعاً؛ لأنّها بناءٌ عليه معاوضة مستقلة شرعية جائزة كانت أو لازمة كما عليه الشهيد... هذا.

وقد تقدّم أنّ الأقوال والأنظار في المعاوضة أربعة:

منها: إنّ المتعاطين ينشأن البيع والتمليك لكتّنها لا تفيد شرعاً إلاّ الإباحة.

منها: إنّها تفيد البيع والتمليك على الخلاف في كونها جائزة أو لازمة.

منها: إنّها معاوضة مستقلة وليست بيع.

منها: إنّ المتعاطين يتعاطيان بقصد الإباحة لا البيع ولا التملك.

أمّا على الأول: فلا إشكال في جريان الربا فيها؛ لأنّه المتيقّن من موارد حرمة الربا (وهو البيع) من دون فرق بين كونها لازمة أو جائزة.

وأما على الثالث (إنّها معاوضة مستقلة) فالحكم بجريان الربا موقوف على القول بعدم اختصاص أحكام الربا بالبيع وإنّها جارية في مطلق المعاوضات والمشهور على جريانها في مطلق المعاوضات (قبال قول ابن ادریس<sup>١</sup> والعلامة في «الإرشاد»<sup>٢</sup> القائلين بالاختصاص) ومستند المشهور قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>٣</sup> بدعوى: أنّ

١ . السرانر: ج ٢، ص ٢٥٧.

٢ . إرشاد الأذهان: ج ١، ص ٣٧٧.

٣ . البقرة (٢): ٢٧٥.

المراد منها مطلق الزيادة على رأس المال، سواء كانت المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلة، وتدلّ عليه عدّة نصوص:

منها: رواية ابن محبوب عن سيف التمار: قال قلت لأبي بصير: أحب أن تسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقق، قال: فسأله أبو بصير عن ذلك، فقال: «هذا مكروه» قال أبو بصير: ولم يكره، فقال: «إنّ علي بن أيطالب عليه السلام كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خبير؛ لأنّ تمر المدينة أدونهما ولم يكن عليّ يكره الحلال»<sup>١</sup>.

ومثلها: ما رواه عبدالله بن سنان: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «كان عليّ عليه السلام يكره أن يستبدل وسقاً من تمر خبير بوسقين من تمر المدينة؛ لأنّ تمر خبير أجودهما»<sup>٢</sup>.

منها: ما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير؟ فقال: «لا يجوز إلا مثلاً بمثل ثم قال: إنّ الشعير من الحنطة»<sup>٣</sup>.

١ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ١٥١؛ أبواب الربا: ب ١٥، ح ١.

٢ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ١٥١؛ أبواب الربا: ب ١٥، ح ٢.

٣ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ١٣٨؛ أبواب الربا: ب ٨، ح ٢.

ومثلها: رواية أبي بصير وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الحنطة والشعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر»<sup>١</sup>.

منها: رواية الحلبي أبي عبد الله عليه السلام قال: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل والذهب بالذهب مثلاً بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار»<sup>٢</sup>.

ومثلها: رواية ابن صبيح أنه قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة»<sup>٣</sup>، الفضل بينهما هو الربا المنكر هو الربا المنكر».

وهذه تدلّ على جريان الربا في المعاطاة حتّى على القول بأنّها معاملة مستقلة. ودعوى: أنّها واردة في التبادل بالبيع المتعارف مندفعة بعدم الشاهد.

وأما بناءً على القول بأنّها تفيد الإباحة شرعاً، فربّما يقال بعدم جريان الربا؛ لعدم الملكية، ولكنّ الحكم بالحرمة (في الربا) مشترك بين التكليف والوضع، فالحرمة التكليفية ثابتة، فهي بيع فاسد وحينئذٍ لا موضوع للبحث عن الحرمة الوضعية.

١ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ١٣٨؛ أبواب الربا: ب ٨، ح ٣.

٢ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ١٦٥؛ أبواب الصرف: ب ١، ذيل الحديث ١.

٣ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ١٦٥؛ أبواب الصرف: ب ١، ح ٢.

وأما بناءً على الوجه الأخير وهو قوله: «إنَّ المقصود للمتعاطين الإباحة لا الملك فلا يبعد...» فتقريبه: أنّه وإن قصد الإباحة إلّا أنّها معوّضة، فبناءً على جريان الربا في مطلق المعاوضات فلا إشكال ولعلّ الأمر بالتأمل ناظر إلى الإشكال في صدق اسم المعاوضة؛ لأنّها تطلق على ما إذا قصدا المتعاطيان معاوضة العين بالعين لا الإباحة بالإباحة. وبعبارة أخرى: إنّ الاستبدال في الرواية إن كان على نحو الإطلاق شاملاً للاستدلال من حيث الإباحة أو الملك كانت الحرمة ثابتة ولكنّ الظاهر في المبادلة والمعاوضة هو بدلية الشيء من الشيء من جهة المكان لا من حيث عروض شيء عليه. والبدلية الإباحة ليست بدلية عن الشيء في حدّ نفسه؛ لأنّ في الإباحة الترخيص من المالك وليس أحد المالكين بدلاً وعوضاً عن الآخر، فالإباحة بالعوض ليست إباحة مطلقة مجّانية، لكن لا دليل على جريان الربا في الإباحة بالعوض. وعلى الجملة: لا إشكال في جريان الربا في مطلق المعاوضات والمبادلات الملكية، إلّا أنّ جريانه في الأعم من الملكية والإباحة مشكل. ومع ذلك بعد اللتيا والتي: إنّ المعاطاة بيع والقدر المتيقّن من أدلة تحريم الربا هو البيع، فهي جارية في المعاطاة أيضاً.

قوله عليه السلام: «وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور؛ لأنها (إباحة) جائزة عنهم فلا معنى للخيار، وإن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم كما سيأتي عند تعرّض للملزمات؛ فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلا أنّ أثره يظهر بعد اللزوم. وعلى هذا فيصح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم.

ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجري؛ لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الردّ دون الأرش، فتجري لعموم أدلتها...»<sup>[١]</sup>.

[١] تعرّض السيد الخوئي إلى نكتة وهي نسبة وقوع الاشتباه في موضعين من عبارة الشيخ عليه السلام:

الأول: أنّه حكم بعدم جريان الخيار في المعاطاة قبل لزومها، وعلّل بأنّ المعاطاة معاملة جائزة، فلا معنى لجريان الخيار فيها، وجهة الاشتباه هي: إنّ الخيار لا ينافي جواز المعاطاة وإنّما ينافي الإباحة. وعليه فلا بدّ وأن تكون العبارة هكذا: «لأنّها إباحة عندهم...» والشاهد على صدق مقالنا أمران:



الأول: إنَّ المشهور بين القدماء هو أنَّ المعاطاة تفيد الإباحة لا الملك الجائز.

الثاني: ما ذكره الشيخ عقيب التعليل المذكور من أنَّه «وإن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً». ويضاف إلى ذلك أنَّنا قد وجدنا في بعض النسخ الصحيحة لفظ (إباحة) بدل كلمة (جائزة).

الثاني: إنَّ المصنّف حكم بثبوت الخيار في المعاطاة بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم. وجهة الاشتباه هي: أنَّ المعاطاة المفيدة للملك بيع من الأول، غاية الأمر أنَّها بيع جائز.

وهذا الأخير مأخوذ عمّا أفاده المحقّق الإصفهاني رحمته الله إيراداً على الشيخ حيث قال: بأنّها إن أفادت الملك فهي بيع قبل اللزوم فلماذا قال بعد اللزوم<sup>١</sup>، إلّا أنَّ الظاهر اندفاع الإشكال عمّا أفاده الشيخ<sup>٢</sup>؛ حيث إنّه بيّن مراده في التنبيه السابع ناقلاً عن الشهيد في «المسالك» قوله «اللهم إلّا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه<sup>٣</sup>، فيكون التصرف من ملزمات المعاطاة ومنها التلف، فعلى هذا تكون المعاطاة جزء السبب وبعد تحقّق الجزء الآخر يصدق البيع. وأمّا قبله فقد تحقّق جزء السبب ولا يصدق عنوان البيع.

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته الله): ج ١، ص ١٥٥.

٢ . كتاب المكاسب: ح ٣، ص ١٠٣.

٣ . مسالك الأفهام: ج ٣، ص ١٥١.

وعلى الجملة: تفصيل الكلام في المسألة بالنظر إلى الأقوال في المعاطاة:

أمّا على القول بأنّ المعاطاة هي المقصود بها الإباحة، فهي تارة يتحقّق بها مجرد الإذن في التصرف في مقابل التصرف، كما إذا أباح التصرف في الدار في مقابل إباحة التصرف في البستان مثلاً، فيما أنّه لم يتحقّق عقد لا وجه للبحث عن جريان الخيار فيه وعدمه، بل هما تسليطان مالكيان من دون صدق العقد والعهد الملزمين وما هو المتحقّق نفس الإذن في التصرف قبل تصرف آخر.

وتارة يتحقّق بها الالتزام بالإباحة، كما إذا التزم إباحة التصرف في داره في مقابل إباحة التصرف في بستان غيره، فمتعلّق عقد الإباحة هو الالتزام، بعد القول بشمول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وما فسّرت في صحيحة ابن سنان في المقام، فإذا صدق عليها العقد يمكن جعل الخيار فيه، والقاعدة تقتضي للزوم عند عدم جعل الخيار فيه. وقد مرّ ذكر محتملات آخر بناءً على القول بالإباحة:

الأول: إنّها بيع فاسد وإنّما حكم الشارع بإباحة التصرف فيها تعبدًا (كما عن العلامة وابن إدريس).

فعليه لا مجال لجريان أحكام الخيار فيها مطلقاً؛ لأنّ موضوع جريانها البيع الصحيح.

الثاني: إنّها معاوضة خاصّة مستقلّة تفيد الإباحة إلى حين طرّو بعض الملزمات، ثمّ حصول الملكية بعد ذلك (كما حكى عن الشهيد الأوّل وتبعه الشيخ الكبير) فإنّنه تجرّى فيها الخيارات الجارية في مطلق المعاوضات دون المختصّة بالبيع لانتفاء الموضوع.

نعم تجرّى الخيارات الجارية في مطلق المعاوضات، كالغبن والعيب من أنّهما يعدّان من الشروط الضمنية الإرتكازية، هذا مضافاً إلى معنى الخيار - كما يأتي في مبحث الخيارات - إنّما هو ملك فسخ العقد ومن المعلوم إنّ المعاطاة المقصود بها الإباحة ليست من العقود لكي يترتب عليها أحكام العقد ومنها الخيار، بل هي تفيد الإباحة وجواز تصرف كلّ من المتعاطيين فيما أخذه من الآخر، فإذا كان كذلك لم يمكن ثبوت الخيار فيها.

أمّا الثالث: الالتزام بكونها بيعاً؛ لأنّها من المصاديق الحقيقية للتسلّط؛ حيث إنّ المالك يسلّط الآخر على ماله، فيحصل له الإباحة المالكية.

أمّا الرابع: إنّها بيع والإباحة الحاصلة فيها إباحة شرعية لا مالكية ووزانها وزان بيع الصرف والسلم؛ حيث تحصل الملكية من حين القبض ففي المعاطاة كذلك (وهذا ما يستفاد عن المحقق النائيني رحمته الله).<sup>١</sup>

فعلى هذين الوجهين لا مانع من جريان الخيارات بأجمعها؛ لأنّها حينئذٍ من مصاديق البيع، فيكون موضوعاً للخيار نعم، لا تأثير للخيار في زمان الإباحة، بل يكون مؤثراً إلى ما بعد اللزوم هذا.

وأما المعاطاة المقصود بها الملك، فإن قلنا بأن الملكية الحاصلة بها لازمة فلا إشكال في جريان أدلة الخيارات بأجمعها الخاصّة للبيع والعامة. وأما إن قلنا بكون الملكية الحاصلة بها جائزة، فهل يقال بثبوت الخيارات فيها مطلقاً أم لا يثبت كذلك، أم يفصل بين الخيارات الثابتة بدليل خاص وبين الخيارات الثابتة بدليل عام؟

وبعبارة واضحة: تارة يكون الجواز الحاصل جواز حقي بمعنى: أن أمر بقائه وارتفاعه بيد المتعاملين، كخيار المجلس وهو يسقط بالإسقاط. وأخرى يكون الجواز حكمي يكون أمره بيد الشارع، كالجواز في باب الهبة.

والجواز - حقيقياً كان أو حكيمياً - تارة يكون متعلّقه العقد.

وتارة يكون متعلّقه العين المأخوذة بالمعاطاة.

أما الشيخ رحمته الله فقد التزم بالوجه الأول في أول كلامه حيث قال: «يمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم... فالخيار موجود من زمن المعاطاة، إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم وعلى هذا فيصح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم...».

واحتمل التفصيل المذكور بعد ذلك وقال: «ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجري؛ لإختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها، كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الردّ دون الأرش، فتجري؛ لعموم أدلتها»<sup>١</sup>.

توضيح مراده وعدم جريان الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة: إنّ البيع من العقود اللازمة بحسب طبعه مع قطع النظر عن خيار المجلس وخيار الحيوان، فعليه لا تجري هذه الخيارات في المعاطاة؛ لإختصاص أدلتها بالبيع اللازم، والمعاطاة وإن أفادت الملكية إلا أنّه غير لازمة، هذا. وأمّا غير هذه الخيارات المختصة، كخيار العيب والغبن، فإنّها جارية في كلّ معاوضة وقد مرّ أنّها من الشروط الارتكازية.

نعم، يكون الخيار فيها (أي العيب) ثابت بالنسبة إلى الردّ دون الأرش؛ لورود الدليل الخاصّ بجريانه في البيع.

وأما القول بعدم ثبوت الخيار فيها مطلقاً، فهو مستند إلى أنّ أثر الخيار وإنّما هو جواز العقد ومن الواضح أنّ المعاطاة جائزة بالذات، فلا معنى لجوازها بالعرض، فإذا جعل الخيار في المعاطاة لغو محض وتحصيل للحاصل.

ثمّ إنّ السيد الخوئي رحمته الله قال بجريان الخيارات مطلقاً في المعاطاة؛ بناءً على إفادتها الملكية الجائزة؛ ضرورة أنّ الجواز إمّا حقيّ وإمّا حكمي.

وعلى كلا التقديرين فمتعلّق الجواز إمّا هو العقد وإمّا العين، ثمّ قال: «فإن كان جواز المعاطاة جوازاً حَقِّيّاً وقلنا بتعلّقه بالعقد المعاطاتي كان ذلك مشمولاً لأدلة الخيارات، وعليه فيثبت الخيار في البيع المعاطاتي لكلّ من المتعاطيين بسببين، ومن الظاهر أنّه لا محذور في ذلك؛ لأنّ نظائره كثيرة في الفقه. وحينئذٍ فيمتاز البيع المعاطاتي عن بقية البيوع باختصاصه بخيار خاصّ وإن شئت فسّمه بخيار المعاطاة. وعلى هذا فيجوز ارتفاع أحدهما وبقاء الآخر، كما إذا تلفت إحدى العينين في المجلس، فإنّه حينئذٍ يرتفع خيار المعاطاة ويبقى خيار المجلس وإذا تفرّقا عن مجلس العقد قبل تحقّق الملزم سقط خيار المجلس وبقي خيار المعاطاة»<sup>١</sup>.

وأجيب عمّا أفاده: بأنّه إذا كان جواز المعاطاة جوازاً حَقِّيّاً والجواز الحاصل من الخيار أيضاً حَقِّيّاً وكان متعلّقهما عقداً، فإنّ تعقّل جعل جوازين في المعاطاة قياساً بالبيع العقدي موقوف على البحث عن مستند الجواز، أي لابدّ من التفصيل في مستند ثبوت الخيار؛ حيث إنّ المستند ربما يكون هو الإجماع وتارة يكون المستند هو الأدلة الخاصّة. كقوله «البيعان بالخيار»، وأخرى يكون المستند هو الشرط الارتكازي في ضمن العقد، كخيار الغبن والعيب. ورابعة يكون المستند دليل لا ضرر. وبعد عدم اشتراك الجميع في الحكم واختلافه بمقتضى دلالة

١. مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٦٣.

كلّ واحد من المستندات يشكل الحكم بثبوت الخيار في المعاطاة على النحو الكلي.

إمّا بناء على الأول (بأن كان المستند للحكم بجواز المعاطاة هو الإجماع) ومن المعلوم ذهاب المشهور إلى جواز المعاطاة؛ لأنهم بين قائل بالإباحة وبين الملكية الجائزة وبين من يرى لغوية جعل الخيار في العقد الجائز، وعليه فيما أنّ الإجماع دليل لبّي واحتملنا أنّ بعض المجمعين لم يلتزموا بصحّة ثبوت الخيار في العقد الجائز، فتكون النتيجة عدم صحّة اجتماع حقّين جائزين في المعاطاة.

وأما بناءً على الثاني وهو كون المستند للخيار النصّ الخاص كقوله: «البيعان بالخيار» فإنّ إطلاقه يشمل كلّ مصداق للبيع ومنها المعاطاة، فلا مانع من اجتماع حقّين في المعاطاة.

وأما الثالث بأن كان المستند هو الشرط الارتكازي في ضمن العقد (وقد مرّ توضيحه من لزوم تساوي الثمن والمثمن في العوضين) فإنّه موجود في ضمن عقد المعاطاة أيضاً وإن أفادت المعاطاة الملكية الجائزة ويتحقّق في المقام سببان.

وأما بناءً على الوجه الأخير بأن كان المستند هو دليل لا ضرر وأنّه هو السبب في صيرورة المعاملة الغبنية اللازمة ضرورية، فإنّه يؤثر فيما إذا كان العقد لازماً. أمّا إذا كانت المعاملة بنفسها جائزة، فلا يوجد لزوم حتّى يزول ويرتفع بلا ضرر.

والمتحصّل: أن أساس إشكاله مبتن على تسلّم لزوم اللغوية في بعض الموارد، كمورد الإجماع وقاعدة لا ضرر، إلّا أنّه يرد عليه؛ لعدم لزوم اللغوية من اجتماع الجوازين؛ لأنّ النسبة بينهما عموم من وجه؛ لإمكان زوال أحدهما بسبب من الأسباب المزيلّة، فيبقى الجواز الثاني (كما مثّل بالنسبة إلى خيار المجلس).

وإن أُجيب: بأنّ الدليلين - أي دليل الجواز في المعاطاة ودليل الجواز من ثبوت الخيار - مطلّقيْن ويشملان بإطلاقهما كلّ فرد في كلّ زمان، ففي صورة الاجتماع يستلزم اجتماع جوازين ولغوية أحدهما فيبقى الإشكال.

والجواب واضح بعد ما مرّ القول باجتماع السببين وزوال أحدهما بسبب مزيل. وهذا كاف للخروج عن اللغوية؛ لانفكاك الخيارين عن الآخر.

وبما ذكر يتّضح القول فيما إذا قلنا بتعلّق الخيار في المعاطاة بالعين؛ لأنّ متعلّق خيار المعاطاة أجنبي عن متعلّق الخيار المصطلح، فلا يجتمعان في مورد واحد حتّى يناقش فيه بلزوم اللغوية. وهكذا إن قلنا بأنّ الجواز في المعاطاة حكمي وقلنا بأنّ متعلّقها مغايرة مع ما تعلّق به الخيار، فلا إشكال.

وإن قلنا باتّحاد متعلّقهما وإن يتوهم بدوّ لزوم اللغوية ولكن ذلك موكول بما إذا يمكن انفكاك الجوازين وقد مرّ أنّه يمكن سقوط خيار



المعاطاة وبقاء الخيار المصطلح وكذا العكس، فيأذن لا محذور في اجتماع خيار المعاطاة مع الخيارات المصطلحة. وما احتمله الشيخ من التفصيل بين الخيارات المختصة وغيرها من عدم جريان الأول في المعاطاة، فلا يجري خيار المجلس والحيوان وما خيار تأخير الثمن دون غيره، كالغن والعيب، فهما جاريان في المعاطاة. والدليل واضح؛ لأنّ المستفاد من أدلة الخيارات المختصة أنّها مجعولة في العقود اللازمة لولا الخيار، فقولُه: «البيعان بالخيار» يفيد لزوم البيع ذاتاً من حين وقوعه لولا الخيار. أمّا المعاطاة فإنّها جائزة في نفسها حتّى مع عدم الخيار، فلا حاجة ولا مجال لجريان الخيارات المختصة.

بقي الكلام في التفصيل المتقدّم الذي احتمله الشيخ رحمته الله:

فقد أورد عليه أولاً: بالنقض. وثانياً: بالحلّ.

أمّا الأول: وأنّه لو تمّ التفصيل في المعاطاة يجري مثله في البيع بالصيغة أيضاً؛ لأنّه إذا اجتمعت فيه عدّة أسباب الخيار والمفروض أنّ دليل كلّ واحد منها مخصوص بعقد، كان وضعه على اللزوم من غير ناحية الخيار لزم الحكم بعدم اجتماع الخيارات فيه أيضاً مع أنّه لم يلتزم بذلك أحد.

وأمّا الثاني: فلأنّ أدلة الخيارات وإن اختصّت بعقد كان طبعه على اللزوم ولكن لزومه إنّما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه،

بمعنى: إنّه إذا وجد عقد في الخارج ولم يقترن بما يقتضي جوازه كان ذلك العقد لازماً في نفسه. وهذا لا ينافي جوازه من الجهات الأخر العارضة. وقد أُشير إلى هذه النكته في أخبار خيار المجلس الدالة على ثبوت الخيار لهما ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع، فإنّ الظاهر من وجوب البيع ولزومه - في تلك الروايات - إنّما هو لزومه من ناحية خيار المجلس فقط، وهو لا ينافي جواز البيع من ناحية خيار آخر.

وبعبارة واضحة: إنّ اللزوم الحاصل من أدلة الخيارات الخاصّة لزوم حيثي وهو قابل للاجتماع مع الجواز الحاصل من جهة أخرى. ولكن يرد عليه (كما أورد): إن قلنا بأنّ اللزوم فيه حيثياً لا يمكن أن يستدلّ بهذا الدليل؛ لأنّ غايته عدم ثبوت الخيار من حيث المجلس ولا مجال للتمسك بإطلاقه لنفي ثبوت الخيار له من جهة أخرى؛ لعدم التوجية لصحة التمسك بإطلاق الأدلة الحيثية، مع أنّ المستدلّ قد استدلّ بأخبار خيار المجلس على لزوم المعاطاة تبعاً للشيخ وقال جواباً عن الإشكال في الاستدلال بها: إنّ هذا الاحتمال وإن كان اللزوم من ناحية خيار المجلس لا من جميع النواهي وعلى وجه الإطلاق ممكناً في مقام الثبوت ولكنّه خلاف الظاهر من الروايات في مقام الإثبات، فإنّ إطلاقها يقتضي اللزوم على وجه الإطلاق بعد التفرّق، فلا موجب لصرفها إلى اللزوم من ناحية خيار المجلس<sup>١</sup>، فظهر التناقض في كلامه.

١. مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٤٣.

والجواب عن التفصيل: أنّ دليل المعاطاة قادر على تقييد إطلاق هذه الخيارات، كتقييد دليل خيار المجلس لخيار الحيوان وكذا العكس، فدليل المعاطاة أيضاً تفيد إطلاق كلا الدليلين.

فنتيجة التقييد جريان الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة. إلا أن يشكّل بأنّه لو اقتصرنا في الدليل للمعاطاة بالسيرة يصعب القول بقدرتها على تقييد الأدلة اللفظية هذا.

وكيف كان: فأساس الإشكال في المسألة مبني على لغوية الالتزام بالخيار في المعاطاة؛ لأنّها جائزة من أصلها (ولا يخفى أنّ هذا مبني على القول بكونها جائزة)؛ لاستلزامها تحصيل للحاصل واجتماع المثليين وإنّه لغو. ولكن قد أشرنا إلى أنّ الجواز الخياري (الحاصل من الأدلة من مقولة الجواز الحقيقي، بخلاف الجواز العقدي وهو من مقولة الجواز الحكمي، ومع هذا التعليل والتعدد ووجود الغرض الصحيح في جعله لا يلزم المحذور من القول بثبوت الخيار في العقود الجائزة، هذا. مضافاً إلى أنّ القول بانتفاء الخيارات المختصة يستلزم القول بانتفاء الخيارات العامة بعين الملاك وهو أنّ جواز العقد غني عن القول بثبوت خيار الغبن والعيب؛ لأنّ المتعاطيين يقدران على فسخ العقد من دون وجه وجهة.