

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یشربی «مدظلہ العالی»

«کتاب البيع»

شماره: (۱۶)

قوله ﷺ: «وينبغي التنبية على أمور:
الأول:

أنّ الظاهر المعاطاة قبل اللزوم - على القول بإفادتها الملك - بيع، بل
الظاهر من كلام المحقق الثاني رحمه الله في «جامع المقاصد»^١ أنّه مما لا
كلام فيه حتّى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة في «النهاية»^٢، ودلّ
على ذلك تمسّكهم له بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْع﴾^٣.
واما على القول بإفادتها للإباحة فالظاهر أنها بيع عرفي لم يؤثّر شرعاً
إلا إباحة، فنفي البيع عنها في كلامهم ومعاقد إجماعاتهم هو نفي
البيع المفید شرعاً اللزوم زيادة على الملك»^٤[١].

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

١ . جامع المقاصد: ج ٤، ص ٥٨.

٢ . نهاية الأحكام: ج ٢، ص ٤٤٩.

٣ . البقرة (٢): ٢٧٥.

٤ . كتاب المکاسب: ج ٣، ص ٦٦.

أما الأول: فالإباحة إن قصدها بالعوض دون التمليل فلا وجه للقول بجريان شروط البيع فيها وصرح الشيخ رحمه الله بقوله (في المقام): «وحيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته 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...»^١.

توضيح ما أفاده: إن قلنا بمشروعية المعاطاة استناداً إلى قاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» فلابد عند الشك في اعتبار شرط فيها بعد الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية. والدليل العام - أي إطلاق دليل السلطنة - ينفي ما يشكّ في شرطية شيء أو جزئيه. نعم، إن استندنا في مشروعيتها إلى الدليل الخاص (وهو السيرة في المقام) يكون النتيجة عكس ما يستنتج من الدليل العام، فإن السيرة دليل لبي يقتصر على المتيقن منها وهو اعتبار الأمر المشكوك واشتراط تحصيله لترتّب المقصود والمراد.

ولكن الإشكال: أن التمسك بدليل السلطنة موقوف على تمامية سند الحديث أولاً: وقد مرّ أنها نبوية مرسلة ولا يتم القول بجابرية عمل المشهور كبروياً وأيضاً صغروياً؛ لاحتمال استناد المشهور إلى سيرة العلاء.

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٦٧.

وثانياً إن الاستدلال به متوقف على تمامية دلالة الحديث على إثبات مشروعية السلطنة المطلقة للملك، سواء ثبتت مشروعية التصرف مع قطع النظر عن دليل السلطنة أم لا؟ مع أنه قد مرّ عن المحقق الآخوند^{الله}^{رحمه} أن المقصود من هذا الدليل إنما هو بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله المشروعة وعدم كونه محجوراً عن التصرف فيها في تلك الجهات، فعلى هذا يسقط الاستدلال به؛ لعدم تكليفه بإثبات السلطنة للملك أي تصرف، هذا بالنسبة إلى دليل السلطنة.

وأمّا دليل: «لا يحلّ مال امرء مسلم ...» الذي تمّسّك به بعض الأعلام، فهو أيضًاً موقف على القول بدلاته على مشروعية كلّ تصرّف مع وجود رضا المالك، فعليه يصح الاستدلال به؛ لأنّه بعد وجود رضا المالك يجوز جميع التصرّفات المقصودة. ولكن إن قلنا: بحصر دلاته على جواز التصرّفات المشروعة، فلا مجال للاستدلال به؛ لأنّ الخبر لا يفيد أكثر من إفاده جواز التصرّفات المشروعة سلفًاً وأنّها منوطه برضاء المالك وإلا يجوز تقبيل العجارية المستأجرة للمتصرّف وهكذا وطء الغلام الأجير... .

وعلی الجملة: إن الخبر في مقام تحديد التصرفات المشروعة برضاء المالك.

^{١٤} . حاشية المكاسب (لآخرond الله): ص ١٤.

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

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

فالمحصل: 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.

وأمام 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 التملك تفيد الملكية

فإنه يعتبر فيها شروط البيع، وبين ما كانت المقصود بها التمليل لا تقييد إلا الإباحة، فإنه لا يعتبر فيها تلك الشروط.

وصرّح بذلك الشيخ حينما قال «... وأمّا على المختار: من أنَّ الكلام فيما إذا قصد بها البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً أم لا كذلك، أم يبْتَنِي على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلا الإباحة، وجوه ...»^١.

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

وأيضاً التفصيل بين النص الصحيح وبين النص الضعيف الذي اعتبر بعمل المشهور، هذا وقبل التأمل في التفاصيل المذكورة نرجع إلى ما أفاده الشيخ الله في صدر التنبية: «الظاهر أنَّ المعاطاة قبل اللزوم...»^٢. وحاصله: أنه قائل بأنَّ المعاطاة - على القول بإفادتها الملك - بيع وعلى القول بإفادتها الإباحة بيع عرفي (لم تؤثِّر شرعاً إلا الإباحة).

١. كتاب المكافئ: ج ٣، ص ٦٧-٦٨.

٢. كتاب المكافئ: ج ٣، ص ٦٦.

ثم نسب إلى القائلين بفساد المعاطاة كالعلامة كونها بيعاً فاسداً (وذلك لاشترط الإيجاب والقبول اللفظيين في البيع وبعد خلو المعاطاة عنها يكون بيعاً فاسداً وإنهم لا ينكرون بيعيتها)

وحمل دعوى الإجماع في كلام بعض الفقهاء على عدم كون المعاطاة بيعاً (كابن زهرة)^١ على أن مرادهم بالبيع المعاملة الالزمة التي هي أحد العقود (في أول مبحث المعاطاة). ثم قال: «و دعوى: أن البيع الفاسد عند هم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها»^٢. (وأراد بذلك ما منه آنفاً قيام الإجماع والسيرة على أنها بيع ويعامل العرف معها معاملة البيع في ترتيب آثار الملكية عليها).

أقول: إن ما يستفاد من كلمات القدماء أن المعاطاة مجرد إذن من المالك إباحة التصرف وليس هي بتملك؛ حيث صرّح الشيخ في «المبسوط»: «فإذا ثبت هذا فكلّ ما يجري بين الناس إنما هو استباحات وتراضٍ من دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً»^٣.

كما قال في «الخلاف»: «فإنّه لا يكون بيعاً وكذلك سائر المحرّمات وإنّما يكون إباحة له»^٤ 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 «... فإن ذلك ليس ببيع وإنما هو إباحة للتصرف»^١ وهكذا نصّ كلام ابن البراج: «هذا ليس ببيع في الحقيقة؛ لأنّه ليس فيه ايجاب ولا قبول وإنما هو إباحة»^٢.

وأيضاً ابن إدريس «... إذا دفع قطعة إلى البقلبي أو إلى الشارب وقال: أعطي بيلاً أو ماءً لا يكون بيعاً ولا عقداً ... إنما يكون إباحة له»^٣.

فاتّضح بما رويانا عنهم عدم تمامية إسناد الشيخ الله عليه السلام بأنّ المعاطة (كيف ما كان) بيعاً ولو فاسداً هذا، وعلى القول بكون المعاطة بيعاً فاسداً فما هو مقتضى القاعدة فيها عند الشك في اعتبار شروط البيع؟ الظاهر هو الحكم بلزموم أخذ الشروط؛ لأنّ القاعدة مقتضية عدم جواز التصرف في المأخذ بالعقد الفاسد إما بحكم الغصب وإما بحكم قاعدة (ما يضمن) وإما بحكم قاعدة اليد المقتضية لعدم جواز التصرف في مال المأخذ بهذا البيع الفاسد. ولكن بما أنّ الإجماع دليل لبني يقتصر في الحكم بجواز التصرف في المال المأخذ باليبيع الفاسد فيما إذا اشتمل على جميع الشرائط المقررة في البيع.

وإما إذا قلنا بأنّ المعاطة لا تعد بيعاً فاسداً، بل تفيد الملكية الازمة بعد التصرفات المترتبة عليها أو بالتلف، فحينئذ يكون كالبيع الصرف

١. غنية النزوع: ص ٢١٤.

٢. جواهر الفقه (لابن براج): ص ٥٦.

٣. السرائر: ج ٢، ص ٢٥٠.

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

فظهر مما بيّناه: أنه لو كان مستند الشرط بالإجماع يشكل الحكم بشرطيه في تحقق المعاطاة؛ لأنّه إنما أن لا يكون بيعاً (عند القدماء) وإنما أن لا يكون بيعاً شرعاً، فالشك في اعتباره بعد أن لا يعد بيعاً شرعاً لا يقتضي القول باعتبار الشرط فيها؛ لأن الأخذ بالمتيقن فيما يصدق عليه البيع شرعاً. هذا فيما إذا كان الإجماع منقولاً بأنّ كان له معقد لفظي كالإجماع القائم على اعتبار أمر في البيع مثلاً.

وأمّا لو كان الإجماع متصدداً من كلمات الأعلام فالأمر أوضح. وأمّا إذا كان الدليل الدال على اعتبار الشرط هو النص التام فالقاعدة تقتضي باعتبار الشرط فيها دون ما إذا كان النص ضعيفاً منجبراً بعمل

المشهور. وهذا مشكل بعد أن المعاطاة ليست ببيع عندهم مطلقاً أو ليست بيعاً شرعاً هذا.

وأماماً بناءً على القول بإفادتها الإباحة - وإن قصد بها التمليلك - فلا بد من الحكم بلزوم اجتماع شروط البيع فيها؛ لأن الفعل بعد ما كان فاقداً لشرط من الشروط المعتبرة في تحقق عقد البيع يشكّ في إحراز الملكية وترتّب الإباحة والإحراز متوقف على تتحقق الشرائط، فيجب الأخذ بالمتيقن وهو المعاطاة المستعملة والواحدة على الشرائط المعتبرة.

قوله الله: «وَيَا ذَكْرَنَا يُظْهِرُ وَجْهَ تحرِيمِ الربَا فِيهَا أَيْضًا وَإِنْ خَصَّصَنَا الحُكْمُ بِالْبَيْعِ، بَلِ الظَّاهِرُ التَّحْرِيمُ حَتَّى عِنْدَ مَنْ لَا يَرَاهَا مُفِيدَةً لِلْمَلْكِ؛ لَأَنَّهَا مَعَاوِضَةٌ عَرْفِيَّةٌ وَإِنْ لَمْ تَفْدِ الْمَلْكَ، بَلِ مَعَاوِضَةٌ شَرْعِيَّةٌ كَمَا اعْتَرَفَ بِهَا الشَّهِيدُ فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْحَوَاشِيِّ؛ حِيثُ قَالَ: إِنَّ الْمُعَاطَاةَ مَعَاوِضَةٌ مُسْتَقْلَةٌ جَائِزَةٌ أَوْ لَازِمَةٌ، انتهِيَّ^١.

ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا؛ لكونها معاوضة عرفاً، فتأمل^٢ [١].

[١] حاصل كلامه الله: 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 بناءً عليه معاوضة مستقلّة شرعية جائزة كانت أو لازمة كما عليه الشهيد... هذا.

وقد تقدّم أنّ الأقوال والأنظار في المعاطاة أربعة: منها: إنّ المتعاطيين ينشئان البيع والتمليك لكنّها لا تقييد شرعاً إلّا الإباحة.

منها: إنّها تقييد البيع والتمليك على الخلاف في كونها جائزة أو لازمة. منها: إنّها معاوضة مستقلّة وليس ببيع.

منها: إنّ المتعاطيين يتعاطيان بقصد الإباحة لا البيع ولا التملك. أمّا على الأول: فلا إشكال في جريان الربا فيها؛ لأنّه المتيقن من موارد حرمة الربا (وهو البيع) من دون فرق بين كونها لازمة أو جائزة.

وأمّا على الثالث (إنّها معاوضة مستقلّة) فالحكم بجريان الربا موقوف على القول بعدم اختصاص أحكام الربا بالبيع وأنّها جارية في مطلق المعاوضات والمشهور على جريانها في مطلق المعاوضات (قبال قول ابن ادريس^١ والعلامة في «الإرشاد»^٢ القائلين بالاختصاص) ومستند المشهور قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا﴾^٣ بدعوى: أنّ

١ . السرائر: 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 مشقّق، قال: فسأله أبو بصير عن ذلك، فقال: «هذا مكروه» قال أبو بصير: ولم يكره، فقال: «إِنَّ عَلَيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ^{عليه السلام} كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَسْتَبَدِّلَ وَسْقًا مِّنْ تَمْرِ الْمَدِينَةِ بِوَسْقَيْنِ مِنْ تَمْرِ خَيْرٍ؛ لِأَنَّ تَمْرَ الْمَدِينَةِ أَدْوَنُهُمَا وَلَمْ يَكُنْ عَلَيَّ يَكْرَهُ الْحَلَالَ».^١

ومثلها: ما رواه عبدالله بن سنان: سمعت أبا عبدالله^{عليه السلام} يقول: «كان عليّ^{عليه السلام} يكره أن يستبدل وسقاً من تمر خير بوسقين من تمر المدينة؛ لأنّ تمر خير أجودهما».^٢

منها: ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله^{عليه السلام}: أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير؟ فقال : «لا يجوز إلّا مثلاً بمثل ثمّ قال: إِنَّ الشَّعِيرَ مِنَ الْخَنْطَةِ».^٣.

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 عبدالله عليهما السلام قال: «الحنطة والشعير رأساً لا يزداد واحد منهما على الآخر»^١.

منها: رواية الحلبي أبي عبدالله عليهما السلام قال: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل الذهب بالذهب مثلاً بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار»^٢.

ومثلها: رواية ابن صبيح أتاه قال: سمعت أبو عبد الله عليهما السلام يقول: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة^٣، الفضل بينهما هو الربا المنكر هو الربا المنكر».

وهذه تدلّ على جريان الربا في المعاطاة حتى على القول بأنّها معاملة مستقلّة. ودعوى: أنها واردة في التبادل بالبيع المتعارف مندفعة بعدم الشاهد.

وأماماً بناءً على القول بأنّها تفيد الإباحة شرعاً، فربّما يقال بعدم جريان الربا؛ لعدم الملكية، ولكن الحكم بالحرمة (في الربا) مشترك بين التكليف والوضع، فالحرمة التكليفية ثابتة، فهي بيع فاسد و حينئذ 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.

وأمّا بناءً على الوجه الأخير وهو قوله: «إنّ المقصود للمتعاطفين الإباحة لا الملك فلا يبعد...» فتقريريه: أنه وإن قصد الإباحة إلا أنها معوّضة، فبناءً على جريان الربا في مطلق المعاوضات فلا إشكال ولعلّ الأمر بالتأمّل 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 شاملًا 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 المالين بدلاً وعوضاً عن الآخر، فالإباحة بالعرض ليست إباحة مطلقة مجانية، لكن لا دليل على جريان الربا في الإباحة بالعرض.

وعلى الجملة: لا إشكال في جريان الربا في مطلق المعاوضات والمبادلات الملكية، إلا أنّ جريانه في الأعم من الملكية والإباحة مشكل. ومع ذلك بعد اللتيا والتي: إنّ المعاطاة بيع والقدر المتيقن من أدلة تحريم الربا هو البيع، فهي جارية في المعاطاة أيضًا.

قوله الله: «وَمَا حُكِمَ جُرْيَانُ الْخَيْرِ فِيهَا قَبْلَ الْلَّزْوَمِ، فَيُمْكِنُ نَفِيَهُ عَلَى المَشْهُورِ؛ لِأَنَّهَا (إِبَاحة) جَائِزَةٌ عَنْهُمْ فَلَا مَعْنَى لِلْخَيْرِ، وَإِنْ قُلْنَا بِإِفَادَةِ الْمَلِكِ فَيُمْكِنُ القُولُ بِثَبَوتِ الْخَيْرِ فِيهِ مَطْلَقاً بَنَاءً عَلَى صِيرَوْتِهَا بَيْعاً بَعْدَ الْلَّزْوَمِ كَمَا سَيَأْتِي عِنْدَ تَعْرِضِ الْمَلِزَمَاتِ؛ فَالْخَيْرُ مُوجَدٌ مِنْ زَمَانِ الْمَعَاطَاةِ، إِلَّا أَنَّ أَثْرَهُ يَظْهُرُ بَعْدَ الْلَّزْوَمِ. وَعَلَى هَذَا فَيَصْحَّ إِسْقاطُهِ وَالْمَصَالِحةُ عَلَيْهِ قَبْلَ الْلَّزْوَمِ.

ويحتمل أن يفضل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجري؛ لاختصاص أدلةها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الرء دون الأرش، فتجري لعموم أدلةها...»^١ [١].

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

الأول: أنه حكم بعدم جريان الخيار في المعاطاة قبل لزومها، وعلل بأن المعاطاة معاملة جائزة، فلا معنى لجريان الخيار فيها، وجهة الاشتباه هي: إن الخيار لا ينافي جواز المعاطاة وإنما ينافي الإباحة. وعليه فلابد وأن تكون العبارة هكذا: «لأنها إباحة عندهم...» والشاهد على صدق مقالنا أمران:

١ . كتاب المكافآت: ج ٣، ص ٧٢.

الأول: إنّ المشهور بين القدماء هو أنّ المعاطاة تفيد الإباحة لا الملك الجائز.

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

الثالث: إنّ المصنّف حكم بثبوت الخيار في المعاطاة بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم. وجهة الاشتباه هي: أنّ المعاطاة المفيدة للملك بيع من الأول، غاية الأمر أنها بيع جائز.

وهذا الأخير مأخذ عمّا أفاده المحقق الإصفهاني رحمه الله إيراداً على الشيخ حيث قال: بأنّها إن أفادت الملك فهي بيع قبل اللزوم فلماذا قال بعد اللزوم^١، إلا أنّ الظاهر اندفاع الإشكال عمّا أفاده الشيخ^٢؛ حيث إنّه بين مراده في التبييه السابع ناقلاً عن الشهيد في «المسالك» قوله «اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه^٣، فيكون التصرف من ملزمات المعاطاة ومنها التلف، فعلى هذا تكون المعاطاة جزء السبب وبعد تحقق الجزء الآخر يصدق البيع. وأمّا قبله فقد تحقق جزء السبب ولا يصدق عنوان البيع.

١ . حاشية كتاب المکاسب (للإصفهاني رحمه الله): ج ١، ص ١٥٥.

٢ . كتاب المکاسب: ج ٣، ص ١٠٣.

٣ . مسالك الأفهام: ج ٣، ص ١٥١.

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

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

وتارة يتحقق بها الالتزام بالإباحة، كما إذا التزم إباحة التصرف في داره في مقابل إباحة التصرف في بستان غيره، فمتعلق عقد الإباحة هو الالتزام، بعد القول بشمول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾ وما فسرت في صحيحية ابن سنان في المقام، فإذا صدق عليها العقد يمكن جعل الخيار فيه، والقاعدة تقتضي للزوم عند عدم جعل الخيار فيه.

وقد مر ذكر محتملات أخرى بناءً على القول بالإباحة:

الأول: إنّها بيع فاسد وإنّما حكم الشارع بإباحة التصرف فيها تعبداً (كما عن العلّامة وإبن إدريس).

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

الثاني: إنّها معاوضة خاصة مستقلّة تفيد الإباحة إلى حين طرُّ بعض الملزمات، ثمّ حصول الملكية بعد ذلك (كما حكى عن الشهيد الأول وتبّعه الشيخ الكبير) فإنّه تجري فيها الخيارات الجارية في مطلق المعاوضات دون المختصة بالبيع لانتفاء الموضوع.

نعم تجري الخيارات الجارية في مطلق المعاوضات، كالغبن والعيوب من آنّهما يعدان 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 يتّرتب عليها أحکام العقد ومنها الخيار، بل هي تفيد الإباحة وجواز تصرّف كلّ من المتعاطيين فيما أخذه من الآخر، فإذا كان كذلك لم يمكن ثبوت الخيار فيها.

أمّا الثالث: الالتزام بكونها بيعاً؛ لأنّها من المصادر الحقيقة للتسليط؛ حيث إنّ المالك يسلّط الآخر على ماله، فيحصل له الإباحة الملكية.

أمّا الرابع: إنّها بيع والإباحة الحاصلة فيها إباحة شرعية لا ملكية وزانها وزان بيع الصرف والسلم؛ حيث تحصل الملكية من حين القبض ففي المعاطاة كذلك (وهذا ما يستفاد عن المحقق النائيني رحمه الله)^١.

١. منية الطالب: ج ١، ص ٩٧.

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

وأمّا المعاطاة المقصود بها الملك، فإنّ قلنا بأنّ الملكية الحاصلة بها لازمة فلا إشكال في جريان أدلة الخيارات بجمعها الخاصة للبيع والعامة. وأمّا 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: أنّ أمر بقائه وارتقاعه بيد المتعاملين، ك الخيار المجلس وهو يسقط بالإسقاط. وأُخرى يكون الجواز حكمي يكون أمره بيد الشارع، كالجواز في باب الهبة.

والجواز - حقياً كان أو حكمياً - تارة يكون متعلقه العقد. وتارة يكون متعلقه العين المأخوذة بالمعاطاة.

أمّا الشيخ رحمه الله فقد التزم بالوجه الأول في أول كلامه حيث قال: «فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم ... فالخيار موجود من زمن المعاطاة، إلا أنّ 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؛ لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها، كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الرد دون الأرش، فتجري؛ لعموم أدلتها»^١.

توضيح مراده وعدم جريان الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة: إنَّ البيع من العقود الالزمة بحسب طبعه مع قطع النظر عن خيار المجلس وخيار الحيوان، فعليه لا تجري هذه الخيارات في المعاطاة؛ لاختصاص أدلتها بالبيع اللازم، والمعاطاة وإن أفادت الملكية إلَّا أنَّه غير لازمة، هذا. وأمَّا غير هذه الخيارات المختصة، كخيار العيب والغبن، فإنَّها جارية في كل معاوضة وقد مرَّ أنها من الشروط الارتكازية.

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

وأمَّا القول بعدم ثبوت الخيار فيها مطلقاً، فهو مستند إلى أنَّ اثر الخيار وإنْما هو جواز العقد ومن الواضح أنَّ المعاطاة جائزة بالذات، فلا معنى لجوازها بالعرض، فإذاً جعل الخيار في المعاطاة لغو محض وتحصيل للحاصل.

ثم إنَّ السيد الخوئي رحمه الله قال بجريان الخيارات مطلقاً في المعاطاة؛ بناءً على إفادتها الملكية الجائزة؛ ضرورة أنَّ الجواز إما حقّي وإما حكمي.

١ . كتاب المكافآت: ج ٣، ص ٧٢

وعلى كلا التقديرتين فمتعلق الجواز إما هو العقد وإما العين، ثم قال: «إن كان جواز المعاطاة جوازاً حقياً وقلنا بتعلقه بالعقد المعاطاتي كان ذلك مسحولاً لأدلة الخيارات، وعليه فيثبت الخيار في البيع المعاطاتي لكل من المتعاطيين بسبعين، ومن الظاهر أنه لا محذور في ذلك؛ لأن نظائره كثيرة في الفقه. وحيث أن فمتاز البيع المعاطاتي عن بقية البيوع باختصاصه بخيار خاص وإن شئت فسممه بخيار المعاطاة. وعلى هذا فيجوز ارتفاع أحدهما وبقاء الآخر، كما إذا تلفت إحدى العينين في المجلس، فإنه حينئذ يرتفع خيار المعاطاة ويبقى خيار المجلس وإذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق الملزم سقط خيار المجلس وبقي خيار المعاطاة»^١.

وأجيب عما أفاده: بأنه إذا كان جواز المعاطاة جوازاً حقياً والجواز الحاصل من الخيار أيضاً حقياً وكان متعلقهما عقداً، فإن تعقل جعل جوازين في المعاطاة قياساً بالبيع العقدي موقوف على البحث عن مستند الجواز، أي لابد من التفصيل في مستند ثبوت الخيار؛ حيث إن المستند ربما يكون هو الإجماع وتارة يكون المستند هو الأدلة الخاصة. كقوله «البيعان بالخيارات»، وأخرى يكون المستند هو الشرط الارتكازي في ضمن العقد، كخيار الغبن والعيب. ورابعة يكون المستند دليلاً ضرراً. 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 المعاطة على النحو الكلّي.

إمّا بناء على الأول (بأن كان المستند للحكم بجواز المعاطة هو الإجماع) ومن المعلوم ذهاب المشهور إلى جواز المعاطة؛ لأنّهم بين قائل بالإباحة وبين الملكية الجائزه وبين من يرى لغوية جعل الخيار في العقد الجائز، وعليه فيما أنّ الإجماع دليل لبني واحتملنا أنّ بعض المجتمعين لم يتزموا بصحّة ثبوت الخيار في العقد الجائز، فتكون النتيجة عدم صحة اجتماع حقّين جائزين في المعاطة.

وأمّا بناء على الثاني وهو كون المستند للخيار النصّ الخاصّ كقوله: «البيعان بالخيار» فإنّ إطلاقه يشمل كلّ مصداق للبيع ومنها المعاطة، فلا مانع من اجتماع حقّين في المعاطة.

وأمّا الثالث بأن كان المستند هو الشرط الارتكازي في ضمن العقد (وقد مرّ توضيجه من لزوم تساوي الشمن والمثمن في العوضين) فإنه موجود في ضمن عقد المعاطة أيضاً وإن أفادت المعاطة الملكية الجائزه ويتحقق في المقام سبيبان.

وأمّا بناء على الوجه الأخير بأن كان المستند هو دليل لا ضرر وأنّه هو السبب في صدوره المعاملة الغبنية اللازمة ضررية، فإنه يؤثّر فيما إذا كان العقد لازماً. أمّا إذا كانت المعاملة بنفسها جائزة، فلا يوجد لزوم حتّى يزول ويرتفع بلا ضرر.

والمحصل: أن أساس إشكاله مبني على تسلّم لزوم اللغوية في بعض الموارد، كمورد الإجماع وقاعدة لا ضرر، إلا أنه يرد عليه؛ لعدم لزوم اللغوية من اجتماع الجوازين؛ لأنّ النسبة بينهما عموم من وجہ؛ لإمكان زوال أحدهما بسبب من الأسباب المزيلة، فيبقى الجواز الثاني (كما مثل بالنسبة إلى خيار المجلس).

وإن أُجيب: بأنّ الدليلين - أي دليل الجواز في المعاطة ودليل الجواز من ثبوت الخيار - مطلقين ويishlyملان 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؛ لأنفكار الخيارين عن الآخر.

وبما ذكر يتضح القول فيما إذا قلنا بتعلق الخيار في المعاطة بالعين؛ لأنّ متعلق خيار المعاطة أجنبي عن متعلق الخيار المصطلح، فلا يجتمعان في مورد واحد حتّى يناقش فيه بلزم اللغوية. وهكذا إن قلنا بأنّ الجواز في المعاطة حكميّ وقلنا بأنّ متعلقها مغايرة مع ما تعلق به الخيار، فلا إشكال.

وإن قلنا باتحاد متعلقهما وإن يتوجهم بدواً لزوم اللغوية ولكن ذلك موكول بما إذا يمكن انفكاك الجوازين وقد مرّ أنه يمكن سقوط خيار

المعاطاة وبقاء الخيار المصطلح وكذا العكس، فإذاً 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، كالغبن والعيب، فهما جاريان في المعاطاة. والدليل واضح؛ لأن المستفاد من أدلة الخيارات المختصة أنها مجعلة في العقود اللاحمة لولا الخيار، قوله: «البيعان بالخيار» يفيد لزوم البيع ذاتاً من حين وقوعه لولا الخيار. أما المعاطاة فإنها جائزة في نفسها حتى مع عدم الخيار، فلا حاجة ولا مجال لجريان الخيارات المختصة.

بقي الكلام في التفصيل المتقدم الذي احتمله الشيخ رحمه الله:
فقد أورد عليه أولاً: بالنقض. وثانياً: بالحل.

أما الأول: وأنه لو تم 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 أنه لم يتلزم بذلك أحد.

واما الثاني: فلأنّ أدلة الخيارات وإن اختصت بعقد كان طبعه على اللزوم ولكن لزومه إنما 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 الآخر العارضة. وقد أُشير إلى هذه النكتة 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 الخاصة لزوم حيسي وهو قابل للالجتماع مع الجواز الحاصل من جهة أخرى.

ولكن يرد عليه (كما أورد): إن قلنا بأنّ اللزوم فيه حيسيًا لا يمكن أن يستدلّ بهذا الدليل؛ لأنّ غايته عدم ثبوت الخيار من حيث المجلس ولا مجال للتمسّك بإطلاقه لنفي ثبوت الخيار له من جهة أخرى؛ لعدم التوجيه لصحة التمسّك بإطلاق الأدلة الحいسيّة، مع أنّ المستدلّ قد استدلّ بأخبار خيار المجلس على لزوم المعاطة تبعًا 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 ولكنه خلاف الظاهر من الروايات في مقام الاثبات، فإنّ إطلاقها يقتضي اللزوم على وجه الإطلاق بعد التفرق، فلا موجب لصرفها إلى اللزوم من ناحية خيار المجلس^١، فظهر التناقض في كلامه.

١. مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٤٣.

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

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

وكيف كان: فأساس الإشكال في المسألة مبني على لغوية الالتزام بال الخيار في المعاطاة؛ لأنّها جائزة من أصلها (ولا يخفى أنّ هذا مبني على القول بكونها جائزة)؛ لاستلزمها تحصيل للحاصل واجتماع المثلين وإنّه لغو. ولكن قد أشرنا إلى أنّ الجواز الخياري (الحاصل من الأدلة من مقوله الجواز الحقّي، بخلاف الجواز العقدي وهو من مقوله الجواز الحكمي، ومع هذا التعليل والتعدد وجود 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 والعيوب؛ لأنّ المتعاطيين يقدرون على فسخ العقد من دون وجه وجهاً).