مجموعۀ

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربي «مدظله العالي»

«کتاب البیع»

شماره: (۱۸)

(التنبيه) الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه؟[1] [١]

[١] تعرّض الشيخ رحمه الله ابتداءاً لكلام المحقّق الثاني رحمه الله ثم استظهر جريانها في غير البيع من الإجارة والهبة لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما.

لا يخفى أنّ البحث (في المقام) بعد القول و الرجوع إلى إمكان تحقّق البيع بالمعاطاة سواء كانت بإفادتها الملكية اللازمة (كما هو المحقّق) أو أنّها تفيد الملكية الجائزة إلى حين صدور التصرّفات الناقلة أو المتلفة؟

والأقوال ثلاثة:

أوّلها: اختصاص المعاطاة بالبيع وعدم السراية إلى غيره.

ثانيها: تعميمها إلى جميع العقود وكذا الإيقاعات إلّا في النكاح والطلاق وما يلحق به.

ثالثها: الخلاف في جريانها في بعض العقود، كالوقف والقرض والهبة والإجارة والضمان والرهن.

ينبغي الآن تمهيد مقدّمة: وهي أنّ البحث عن إمكان إنشاء مطلق العقود والإيقاعات ومطلق العناوين الاعتبارية بالفعل (في قبال اللفظ) يدور مدار القول بصلاحية الفعل لإنشاء هذه العناوين والموضوعات،

---

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص٩١.

فإن قلنا بذلک فلا تتوقّف صحّة المعاطاة فيها علی دليل خاصّ يدلّ عليها.

وإن لم نقل بذلک (أي لم يعدّ الفعل صالحاً لإنشاء هذه العناوين) تكون المعاطاة في البيع ـ على القول به ـ على خلاف القاعدة وتعميمها إلى غيره يتوقّف على قيام الدليل. وقد مرّ أنّ صحّة جريان المعاطاة في البيع من جهة صدق عنوان البيع على المعاملات الفعلية وكذلک صدق عنوان العقد وهكذا عنوان التجارة، فعليه تجري المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات إلّا ما خرج بالدليل.

وبعبارة أُخرى: كانت الصحّة فيها مبنيّة على سيرة العقلاء، فلا وجه لتخصيصها بالبيع، بل هي عامّة لجميع المعاملات.

والمحقّق النائيني﵀:[1] قسّم العقود إلى المعاوضيّة وغير المعاوضيّة والتزم بإمكان جريان المعاطاة في مطلق العقود المعاوضيّة.

واستدلّ لذلک بأنّ التسليط الخارجي للآخر على المال محقّق لمصداق المعاملة المسمّاة بالبيع أو العارية أو الوديعة، بل وحتّى في الإيقاعات التي يتحقّق فيها التسليط كالفسخ. وأمّا غير المعاوضيّة فمن جهة عدم إمكان التسليط الخارجي فلا يجري فيها المعاطاة، فالوجه بما أنّها تمليک بعد الموت لا يحقّق عنوان المعاملة وكذا النكاح؛ حيث جعل الشارع القول وعدمه مائزاً بين النكاح الصحيح والفاسد، فلا

١. المكاسب والبيع (للنائيني﵀) ج١، ص٢١٩؛ منية الطالب: ج١، ص٧٩.

يتحقّق بالمعاطاة؛ لأنّ الفعل بحسب تمييز الشارع عدّ مقابلاً للنكاح المشروع فلا يتحقّق بما يقابله.

وأورد عليه (السيّد الخوئي رحمه الله) قائلاً: إنّ عدم حصول الزوجيّة من جهة المنع الشرعي وهو خارج عن الفرض وليس من جهة أنّ الفعل لا يكون مصداقاً للتزويج عرفاً وفي نظر العقلاء.[1]

وأجاب عنه (شيخنا الأُستاذ مدظلّه): بأنّا لا نبحث عن إمكان تحقّق النكاح عقلاً بالفعل حتّى يرد الإشكال وإنّما البحث عن القاعدة الأوّلية المستفادة من الأدلّة والإطلاقات أو التي يعبّر عنها بالقواعد العرفية والشرعية، فلابدّ من مقتضى هذه الأدلّة الشرعية ودلالتها وما صرّح به النائيني رحمه الله هو أنّ الشارع جعل اللفظ مائزاً بين النكاح الصحيح المشروع والفاسد، فلا يمكن تحقّقه بالفعل.

والظاهر أنّ ما أفاده دام ظله خروج عن الأسلوب العلمي؛ لأنّ السيّد الخوئي رحمه الله لم يقل بأنّ البحث عن إمكان تحقّق النكاح عقلاً بالفعل المعاطاتي بل هو يقول: بأنّ الفعل قابل وأن يكون مصداقاً للتزويج عرفاً وفي نظر العقلاء وذكر المانع الشرعي والمائز بين الصحيح والفاسد شرعاً والقول بعدم تحقّق النكاح بالفعل (في كلام النائيني رحمه الله) خروج عن الفرض.

---

١. مصباح الفقاهة: ج٢، ص١٩٢.

ولعلّه لذلك علّل السيّد﵀ وجه عدم جريان المعاطاة في النكاح: بأنّ الفعل ملازم لضدّه وهو الزنا، بل هو مصداق له حقيقة ومن البيّن عدم إمكان إنشاء شيء من الأُمور الإنشائية بضدّه.

فما قد يقال أو قيل: ـ بأنّه لا مانع من تحقّق النكاح بفعل حتّى وإن كان وطئاً؛ لأنّه كما أنّ الحرمة الشرعية لا تنافي مع الأثر الشرعي عليه وضعاً كذلك الوطء، فإنّه وإن كان حراماً لكن لا مانع من تحقّق الزوجية.

ثمّ يضيف: إنّ المسألة حينئذٍ تندرج في باب اجتماع الأمر والنهي؛ بناءً على الجواز ـ مندفع بما أفاده السيّد الخوئي﵀.

وقول القيل (ردّاً على كلام النائيني﵀) توضيحه: إنّ الوطء فعل محرّم بالأدلّة الشرعية والحرمة متعلّقة بالوطء الخارجي، أمّا السبب الذي هو موضوع النفوذ عنوان آخر والمؤثّر في تحقّق عنوان الزوجية هو السبب، والوطء والسبب عنوانان مستقلّان ولا يسري حكم أحدهما إلى الآخر، كالصلاة والغصب، فيمكن أن يتعلّق الأمر بأحدهما والنهي بالآخر دون أن يؤثر الحكم الثاني في الأوّل وفيما نحن فيه فإنّ الحرمة منطبقة على عنوان الوطء، والحليّة على عنوان السبب ومحقّق الزوجية هو السبب دون العنوان المحرّم (توضيح الإيراد نقلاً عن شيخنا الأُستاذ دام ظله)

وأُورد عليه (مضافاً إلى بيان السيّد الخوئي﵀): إنّ القائل معترف بأنّ البحث يدور مدار الأدلّة الشرعية والعقلائية دون العقلية، فلا مجال

لمثل هذه المناقشة نعم، تحقّق الزوجية بالوطء ممكن عقلاً ولكنّ الشارع جعل الزنا ضدّاً للزوجية، فلا تتحقّق هي بما يضادّها، هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ جعل المورد من موارد اجتماع الأمر والنهي ممنوع؛ لأنّ جواز الاجتماع بينهما فيما إذا كان التركيب بين متعلّقيهما انضمامياً فيجوز اجتماعهما (أي الأمر والنهي) إذا كان للعنوانين وجودان. وأمّا إذا كان التركيب بينهما اتحادياً فلا يعقل جواز الاجتماع (والتفصيل موكول إلى محلّه) فالوطء وسبب الزوجية عنوانان متّحدان وجوداً؛ حيث إنّ سبب الزوجية هو الفعل الخارجي المتمثّل بالوطء والمفروض حرمة هذا الفعل الخارجي؛ لأنّ السبب عنوان انتزاعي، فيصير التركيب اتحادياً فيخرج عن مورد الجواز.

فالمتحصّل: إنّ جريان المعاطاة في العقود (وكذا في الإيقاعات) مبنيّ على عدم وجود الدليل الشرعي على اعتبار اللفظ فيها؛ لأنّ مقتضى التحقيق والتأمّل أنّ العناوين الاعتبارية تارةً يقبل الإنشاء بالفعل ولم يعتبر الشارع لها لفظاً معيّناً (كالبيع مثلاً). وتارةً يقبل الإنشاء فعلاً ولكنّ الشارع اعتبر لها اللفظ المعيّن (كالنكاح وتارةً غير قابل للإنشاء بالفعل مثل ما إذا كان الفعل لازم خارجي للمقصود وأنّ المقصود لازم أعمّ كما في الكنايات (مثل إخراج العبد من الدار لكونه ملازم للعتق مع أنّه لازم أعمّ، فلا يصلح لأن ينشأ به الإيقاع).

(ولعلّ مثله الوقف العام بخروج المالك عن الملك؛ لأنّه لازم أعمّ ولا يترتّب الأثر على لوازم الأفعال...)، وتارةً يكون المعاطاة منافية لمضمون ما يريد إنشائه (كالوطء في النكاح) فاتضح ابتناء جريان

المعاطاة ـ مضافاً إلى عدم وجود الدليل الشرعي على اعتبار اللفظ ـ على عدم قيام البرهان العقلي على امتناع جريانها فيه (كما ذكر في سببيّة الفعل لتحقّق النكاح).

وما استظهرناه قاعدة كليّة منطبقة عل كلّ فعل خارجي فيه هذه القابلية وعدم المانع وعمدة البحث في موارد تطبيقها من حيث وجود الدليل والبرهان على الامتناع.

ومن جملة العقود المختلف في تحقّقها بالفعل الوقف والقرض والرهن، فإنّها يشترك الإشكال فيها من اشتراط القبض في هذه الثلاثة ولو تحقّقت بنفس الفعل لزم اتحاد الشرط والمشروط وهو محال؛ لأنّ الشرط يغاير المقتضي وهو دخيل في فعلية ترتّب المقتضى على المقتضي فكيف يعقل؟

بتوضيح: أنّ الشرط إمّا متمّم لفاعلية الفاعل وإمّا متمّم لقابلية القابل فلابدّ من وجود كلّ واحد من المقتضي والشرط مستقلّاً حتّى يوجد الأوّل قابلة لصدور وتحقّقها بواسطة الشرط تصل القابلية إلى الفعلية ولذلک يستحيل اتحاد الشرط والمشروط، فالقرض مشروط بالقبض، فإذا تحقّق القرض بنفس القبض فقد تحقّق الشرط والمشروط بوجود واحد وهذا غير معقول، فهذا المانع العقلي يمنع عن تحقّق المعاطاة في عقد القرض.

وأُشكل ثانياً: بأنّ رتبة المقتضي مقدّمة على رتبة الشرط وهذا واضح؛ لعدم معقولية استناد عدم الشيء إلى عدم الشرط مع عدم المقتضي، لأنّ العدم يكون من جهة عدم المقتضي، وفي المرحلة الثانية لأجل

عدم وجود الشرط، وثالثاً يستند إلى وجود المانع، فالمراتب بينها محفوظة، فلا يمكن استناد تحقّق المقتضي لوجود الشرط الذي هو في الرتبة متأخّرة عنه؛ لاستلزام اتحاد ما في الرتبة المتقدّمة مع ما في الرتبة المتأخّرة.

فعلى هذا لا يمكن القول بجريان المعاطاة بالنسبة إلى مثل الرهن المشترط فيه القبض بعد كون القبض شرطاً فيه، هذا.

ولكن لو أنكرنا وجود المقتضي والشرط في الاعتباريات الشرعية والتزمنا بأنّ الموجود ليس إلّا القيود التي يكون الموضوع مقيّداً بها، فلا مانع من تحقّق العنوان المشروط بفعل القبض.

أمّا إذا قلنا بوجود المقتضي والشرط بحسب دلالة الملاكات والمناطات وأنّ التعابير الشرعية حاكية عن تلك المناطات فحينئذٍ يتوجّه وجود المقتضي والشرط تكويناً مثلاً تكون الصلاة فيها الاقتضاء لإفادة المصلحة المرادة والطهارة مؤثرة في فعلية ذلك الاقتضاء.

وأمّا الإشكال الأوّل (المشترك بين العقود ثلاثة) فقد أجاب عنه السيّد الميلاني رحمه الله:[1] بأنّ القبض والإقباض من قبيل الوجود والايجاد (أي فعل واحد خارجي) له نسبتان: نسبة إلى الفاعل، فيكون إقباضاً ونسبة إلى نفس الفعل فيقال: قبض، فلِمَ لا يكون بما أنّه إقباض رهناً وبما أنّه قبض ارتهاناً، فيرتفع الإشكال بلحاظ تعدّد النسبة.

١. محاضرات في فقه الإمامية (كتاب البيع): ص١٤٩.

وكأنّه في مقام رفع الإشكال قائل بأنّ المقتضي هو الإعطاء والشرط هو الأخذ، فلا يلزم من تحقّق العقد بفعل القبض اجتماع المقتضي والشرط واتحادهما. ولكنّ الإيراد والسؤال: أنّ نفس الإعطاء يعدّ جزءاً من المقتضي، كما يعدّ الأخذ جزئه الآخر. وبعد أنّ البحث في العقود المركبّة من الإيجاب والقبول فالإعطاء إيجاب والقبول هو الأخذ والقبول متمّم ومكمّل للمقتضي وفي نفس الوقت يكون شرطاً أيضاً فكيف يمكن رفع إشكال الاتحاد بين المشروط والشرط، إلّا أن نقول بتحقّق هذه العناوين بنفس الإعطاء.

والعمدة في جريان الإشكال في المعاطاة في الرهن: أنّه وثيقة الدين أي أنّ حقيقة الرهن متقوّم بالوثيقة والاستيثاق، فالعين ـ في الرهن ـ تبقى محبوسة ولا يجوز للراهن أن يتصرّف فيها، مع أنّ المعاطاة معاملة جائزة سواء اعتبرناها مبيحة أو مملّكة وهو ينافي الاستيثاق وحقيقة الرهن إلّا بناءً على القول بإفادتها الملكية اللازمة ولكن هذا خلاف الإجماع. وإلى هذا نصّ الشيخ﵀: «ولعلّ وجه الإشكال عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع؛ لأنّها هناك إمّا مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف والأوّل غير متصوّر هنا (لقيام الإجماع على لزوم الرهن من طرف الراهن مضافاً إلى أنّ قوام الرهن في حقيقته بالاستيثاق) وأمّا الجواز فكذلك؛ لأنّه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن... وإن جعلناها (أي المعاطاة) مفيدة

للزوم كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمة على اللفظ».

ثمّ قال﵀: «ولأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض؛ لأنّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللفظ، والجواز غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمّل».[1] (ولعلّ وجه التأمّل: إنّ الاتّفاق على توقّف العقود اللازمة باللفظ إنّما هو في المعاوضات والوقف ليس منها).

وبعبارة واضحة: إنّ حقيقة الوقف تحبيس العين وتسبيل الثمرة وهذه تنافي الإباحة، مع أنّالمعاطاة لا تفيد أكثر من الإباحة أو الجواز إلّا أن نقول بإفادتها اللزوم.

وأمّا الوصية والضمان: فقد نوقش فيتحقّقها بالمعاطاة لعدم وجود فعل دالّ عليهما ويكون الفعل مصداقاً لهما؛ لأنّ في الضمان (إن قلنا بأنّه نقل الذمّة أو ضمّ الذمّة) لا يؤثّر الفعل المعاطاتي إلى التسليط الخارجي على المال، وهكذا بالنسبة إلى الوصية (التي تكون تمليكاً للمال بعد الوفاة) حيث لا يكون الفعل مصداقاً لها،هذا إذا التزمنا بجريان المعاطاة في العقود المعاوضية التي مفادها التسليط الخارجي» أمّا إذا قلنا بإمكان تحقّق مطلق العقود بالفعل كما يتحقّق بالقول فلا بأس بتحقّق الضمان والوصية به؛ لأنّه يمكن إبراز قصد تمليك المال

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٣-٩٤.

للموصى له بعد الموت بفعل دالّ عليه ويترتّب عليه آثارها ولو بالإشارة كما في طلاق الأخرس أو زواجه.

وأمّا الهبة، فالظاهر جريان المعاطاة فيها؛ لأنّه أمرها ليس بأشدّ من البيع، فإذا قلنا بإنشاء البيع فعلاً فكذلك الهبة إمّا بدليل المساواة أو بالأولوية.

وأمّا الإجارة: ففي الأعيان لا إشكال سواء قلنا بأنّها إعطاء العين بالأجر أو تمليك المنفعة، فعلى كلا المسلكين يمكن تحقّقها بالفعل.

وأمّا الإجارة في الأعمال: فالظاهر أنّه لا مانع من جريان المعاطاة فيها إذا قام المؤجر بدفع الأُجرة إلى المستأجر ثمّ يقوم المستأجر بالعمل وفاءاً بها.

(التنبيه)السادس: في ملزمات المعاطاة على كلّ من القول بالملك والقول بالإباحة. إعلم أنّ الأصل على القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدّمة.

وأمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم وأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة وهي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها.

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ تلف العوضين ملزم إجماعاً... انتهى.[1] [١]

[١] ولا يخفى أنّه بناءً على ما تقدّم من قيام الإنشاء الفعلي مقام الإنشاء القولي في جميع المعاملات (غير ما خرج بالدليل) فيكون

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٦

المنشأ بالفعل المعبّر عنه بالمعاطاة مشمولاً للعمومات والإطلاقات الدالّة على صحة العقود والإيقاعات ولزومهما، فلا وجه للبحث عن ملزمات المعاطاة، إلّا أنّ الشيخ﵀ تعرّض إلى هذا الأمر وأسّس أصلاً قبل البحث عن ملزمات المعاطاة. وحاصل بيانه: أنّه بناءً على إفادة المعاطاة الملك فالأصل فيها اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدّمة وبناءً على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم ... .

أمّا الوجوه الثمانية:

١- الأصل العقلائي (أصالة اللزوم) الذي جرت عليه سيرة العقلاء والعرف في جميع معاملاتهم وعقودهم على لزوم الوفاء والبقاء بالتزاماتهم ويرون أنّ رفع اليد عمّا التزموا به ناقضاً لذلك.

٢- الأصل العملي وهو الاستصحاب، أي استصحاب بقاء الملك بمعنى: أنّه إذا تحقّقت المعاطاة ولحقها الفسخ، يشكّ في بقاء الملكية الحاصلة بالمعاطاة للطرفين وزوالها بالفسخ، فإنّ مقتضى استصحاب بقاء الملك في حقّ كلّ واحد من المتعاطيين هو اللزوم وعدم تأثير الفسخ.

٣- (الأُصول اللفظية) قوله تعالى: ﴿**أَوفُواْ بِٱلعُقُودِ**﴾ فيستدلّ بعموم الآية سواء أكان العقد باللفظ أم بالفعل على اللزوم.

٤- قوله تعالى: ﴿**تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُم**﴾ بدعوى: أنّ المراد من الأكل هنا مطلق التصرّف وأنواعه من الاستيلاء والسلطنة، فالرجوع عن

المال المبذول رجوع من دون إذن صاحبه، فيكون التصرّف في مال الغير.

٥- قوله تعالى: ﴿**لَا تَأْكُلُواْ أَمْوٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبٰطِلِ**﴾ وهو التمسّك بالجملة المستثنى منها، بدعوى: أنّ نقله عن ملكه بغير إذن المالك أكل و تصرّف بالباطل.

٦- قوله عليه السلام: «**لا يحلّ مال امرء مسلم إلّا بطيبة نفسه**»[1] وانحصار السبب في حلّيّة مال الغير يدلّ على عدم جواز الرجوع.

٧- الناس مسلّطون على أموالهم بدعوى: أنّ مقتضى السلطنة عدم خروج المال عن ملك المالك بغير اختياره، أي الرجوع من دون رضاه.

٨- المؤمنون عند شروطهم بدعوى: أنّالشرط مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ.

وأضاف إليها قول صلى الله عليه وآله: «**البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع**»[2] بدعوى: أنّ المعاطاة حيث عدّت من البيع فلم يبق مجال للرجوع فيه بعد الافتراق، وجميع هذه الوجوه على ما تقدّم تفيد

١ . انظر وسائل الشيعة: ج٥، ص١٢٠؛ ابواب مكان المصلي: ب٣، ح١.

٢ . وسائل الشيعة: ج١٨، ص٥؛ أبواب الخيار: ب١.

اللزوم عند الشكّ في لزوم المعاطاة وعدمه، هذا كلّه بالنسبة إلى القول بالملك.

وأمّا على القول بالإباحة، فقال﵀: «فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم...».

استدلّ أوّلاً: بعدم تحقّق اللزوم وأنّ للمعطي الرجوع فيما أعطاه بقاعدة السلطنة به حيث إنّ المعاطاة لا تفيد إلّا الإباحة.

واستدلّ ثانياً: بأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة وهي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها.

وأراد بهذا الأصل الاستصحاب وأنّه يقتضي بقاء الملك على ملك مالكه قبل الإباحة، فيجوز له الرجوع وفسخ الإباحة، ثمّ إنّه لا مجال لتعارض استصحاب السلطنة الموجودة قبل المعاطاة مع أصالة بقاء الإباحة الحاصلة بعدها؛ لأنّ هذا الأصل لو سلّمنا جريانه محكوم بأصالة السلطنة، والظاهر أنّ مراده﵀ من عدم جريان أصالة الإباحة احتمال كون موضوع الإباحة هو تمليك المالك من حيث الحدوث والبقاء، فعند رجوع المالك عن تمليكه لم يبق موضوع للإباحة الشرعية.

وما ذكرنا من التفسير لكلام الشيخ تامّ وسنبحث عنه ولكن فسّر في كلام السيّد الخوئي﵀ حينما قال: «أمّا بناءً على الإباحة فمقتضى الأصل فيها هو عدم اللزوم؛ لأنّه يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته؛ لأنّ

الناس مسلّطون على أموالهم»[١]. وهذا مشكل؛ لأنّ الإباحة التي تثبت بدليل السلطنة إنّما هي إباحة مالكية، وقد مرّ أنّ الإباحة منقسمة إلى أقسام أربعة:

الأوّل: الإباحة الإذنية ومنشأ إيقاع الإذن من طرف المالك وهذه تعدّ موضوعاً لقاعدة السلطنة.

الثاني: الإباحة الإنشائية العقدية وهي تحصل بالعقد الذي يبيح فيه المالك ماله في مقابل العوض وهي لازمة ويجب الوفاء به بمقتضى ﴿**أَوفُواْ بِٱلعُقُودِ**﴾ ولم تكن هي مورداً لقاعدة السلطنة.

الثالث: الإباحة الشرعية وهي التي أثبتها الشارع بمقتضى تسليط المالك غيره على ماله مع رضاه بالتصرّف للمباح له في العين وهذا الحكم الشرعي لم يكن حكماً تعبّدياً بل هو على وفق القواعد.

الرابع: الإباحة الشرعية الحاصلة التي أثبتها الشارع فيما إذا قصد المالك التمليك دون الإباحة، لكنّ الشارع حكم تعبّداً لحصول الإباحة.

فاتّضح أنّ مورد قاعدة السلطنة هي الإباحة الإذنية المالكية: وأمّا الإباحة الحاصلة بالمعاطاة هي الشرعية إمّا على التقريب الثالث أو الرابع؛ لأنّ الإباحة إن كانت من قبيل المالكية الإذنية بقي حقّ الرجوع للمعطي لقاعدة السلطنة؛ لأنّ الشيء باقٍ على ملكه ولم يقصد المعطي التمليك ولم يكن حكم من الشارع في المقام على ملكية تعبّدية،

١. مصباح الفقاهة: ج٢، ص١٩٦.

فحينئذٍ لا معنى للقول بالجمع بين القاعدة والاستصحاب؛ لأنّ مقتضى القاعدة كون المال للمعطي ولا شكّ في بقاء الملكية، مضافاً إلى أنّه مع وجود الدليل لا مجال للأصل، كما أنّ استصحاب الإباحة لا معنى له حتّى يكون ذاك حاكماً عليه؛ لأنّه قد أباح ثمّ رجع.

«إذا عرفت هذا (من القول باللزوم في المعاطاة إذا أفادت الملكية وعدم اللزوم على القول بإفادتها الإباحة): فاعلم أنّ تلف العوضين ملزم إجماعاً على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر، أمّا على القول بالإباحة فواضح؛ لأنّ تلفه من مال المالك ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه. وتوهّم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء، ... بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع، إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً...».[1] [١]

[١] ثمّ إنّ الشيخ رحمه الله في مقام بيان لزوم المعاطاة بتلف الثمن والمثمن علّل بأنّ تلفهما من مال المالك وعدم حصول ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه، والإباحة الحاصلة لا توجب الضمان.

ثمّ قال: إنّه لو تمسّك بقاعدة اليد على الضمان يرد عليه: أنّ اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان وبعد التلف نشكّ في الضمان فنستصحب عدم الضمان السابق، وسيأتي مزيد توضيح لذلك.

---

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٦-٩٨.

«وأمّا على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم والمتيقّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين، وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع ولم يثبت جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتّى يستصحب بعد التلف؛ لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه، فإنّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة، فلا يبقى بعد التلف متعلّق الجواز، بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع الترادّ لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة...».[١] [١]

[١] ومراده دفع وهم في المقام وحاصله: إنّه إذا جاز الرجوع لكلّ واحد من المتعاطيين إلى ما أعطاه، أي إلى عينيه عند وجودهما (ونعبر عن هذا الرجوع بالترادّ) فقد جاز الرجوع عند وجود أحدهما وتلف الأُخرى أيضاً.

ثمّ الإتيان ببدل التالفة بالمثل أو القيمة (في مواردهما).

وأجاب: بأنّ جواز الرجوع للمتعاطيين في عينيهما مخالف للأصل (أي اللزوم بناءً على القول بالملك) فيلزم الاقتصار في جواز الرجوع على وجود العينين فقط.

أمّا مع وجود إحداهما، فلا يجوز؛ للزوم المخالفة للأصل. فالمتحصّل: إنّ جواز الرجوع وعدمه يدور مدار وجود العينين وعدمهما

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٦-٩٧.

ويستفاد من خلال بياناته صوراً عديدة بالنسبة إلى تحقّق موضوع الترادّ وعدمه:

منها: وجود العينين، فإنّه يجوز للمتعاطيين الرجوع فيما تعاطيا عليه مادامتا موجودتين (وأشار إليها الشيخ بقوله: والمتيقّن من مخالفتها...)

وهم ودفع: أمّا الوهم، فهو أنّه قبل تلف العينين يجوز الرجوع إليهما وعند تلف إحداهما ووجود الأُخرى نشكّ في الرجوع فنستصحبه بوجود أركان الاستصحاب (وهو اليقين السابق والشك اللاحق) فيرجع أحد المتعاطيين بالعين الموجودة والآخر بالمثل أو القيمة للعين التالفة.

وأمّا الدفع: إنّ أحد أركان الاستصحاب وهو وحدة الموضوع غير محرز هنا: لأنّ موضوع جواز الترادّ وجود شخص العينين ولا العين الواحدة، فلا مجال للاستصحاب بعد تلف إحداهما.

إن قيل: إنّ موضوع الاستصحاب وهو نفس المعاملة (أي المعاطاة) موجود في العين الواحدة كما في العينين، فيصحّ جريان الاستصحاب (أي استصحاب الرجوع) في العين الواحدة الباقية أيضاً.

قلنا: بقي لنا الشكّ في أنّ موضوع جواز الترادّ هل هو أصل المعاملة والرجوع في العين حتّى يجرى الاستصحاب أو ترادّ العينين حتّى لا يجري الاستصحاب وهذا كافٍ في عدم جريان الاستصحاب.

لا يقال: إنّ ما نحن فيه (وهو وجود إحدى العينين في المأخوذ بالمعاطاة) نظير جواز المعاملة في البيع الخياري إذا تلف الثمن عند البائع في زمن الخيار، فيجوز للمشتري الرجوع إلى ثمنه وأخذ مثله أو قيمته، فكما يجوز الرجوع هناك يجوز الرجوع هنا.

فإنّه يقال: إنّ الفرق واضح بين المقامين؛ حيث إنّ جواز الرجوع في البيع الخياري عند التلف قد تعلّق بنفس العقد فإذا تلف أحد العوضين جاز الرجوع؛ لبقاء موضوعه وهو العقد (فيستصحب) وفي المأخوذ بالمعاطاة قد تعلّق جواز الرجوع بنفس العوضين، فإذا تلف أحدهما لا يجوز الرجوع؛ لانتفاء الموضوع (وهي نفس العوضين فلا يستصحب) ونظيره جواز الرجوع في العين الموهوبة، فلا يبقى متعلّق الجواز بعد التلف، فكما لا يجوز الرجوع للواهب الرجوع في العين الموهوبة إذا تلفت، كذلك لا يجوز في المأخوذ بالمعاطاة؛ لأنّ الجواز متعلّق لموضوع الترادّ وفي ذيل كلامه قال: «إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز ترادّ العينين الذي لا يتحقّق إلّا مع بقائهما ومنه يعلم حكم ما لو تلفت إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك».[١]

ووجه المعلومية عدم تحقّق الترادّ من الجانبين، بل هو ممكن من جانب واحد وهذا لا يحقّق موضوع الترادّ.

ثمّ إنّه بعد بيان حكم اللزوم بناءً على الملكية واستثناء مورد الجواز وهو الترادّ تعرّض لبيان حكم اللزوم بناءً على الإباحة عند تلف العوضين وذكر قول بعض مشايخه (وهو السيد المجاهد)[٢] تبعاً للمسالك[٣] من

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٧.

٢ . كتاب المناهل: ص٢٦٩.

٣ . مسالك الأفهام: ج٣، ص١٤٩.

أنّ الأصل في تلف أحد العوضين أو بعضه عدم اللزوم؛ مستدلّاً: بأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه لها.

وحاصل كلام «صاحب المناهل» وجود الاستصحابين: استصحاب بقاء سلطنة المالك بعد التلف واستصحاب بقاء ملك المالك على ملكه بعد التلف، فيصحّ الرجوع لصاحب العين التالفة على من تلف المال عنده بالمثل أو القيمة.

وأشكل عليه الشيخ رحمه الله أوّلاً: بمعارضة أصالة براءة ذمّته عن مثل التالف عنده أو قيمته، بتوضيح: أنّ هذا الأصل يعارض استصحاب بقاء سلطنة المالك فيقدّم عليه، فلا يجوز الرجوع بعد التلف بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة.

وأشكل ثانياً: بأنّ التمسّك بعموم على اليد هنا في غير محلّه بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع، بتوضيح: أنّ اليد الآخذة قبل تلف إحدى العينين أو بعضها أو بعض كلتيهما لم تكن يد ضمان وبعد التلف، والشكّ في الضمان يقتضي الاستصحاب عدمه، فلا يجوز الرجوع وقد أشار الشيخ إلى ذلك في صدر كلامه.

ولمزيد التوضيح نقول: إنّ سبب الضمان إمّا الإتلاف أو اليد. أمّا قاعدة الاتلاف فلا يمكن جريانها؛ لأنّ المفروض هنا وجود إباحة التصرّف. وبعبارة واضحة: تحقّق الإباحة الشرعية (كما تقدّم). وأمّا قاعدة اليد فهي وإن كانت توجب الضمان عند التلف إلّا أنّها تختصّ

بما إذا كان المكلّف مخاطباً بردّ العين حال وجودها، مع أنّ متعاطيان لم يكونا مكلّفين بالأداء للمثل أو القيمة، ولذلك صرّح الشيخ﵀ «لأنّ تلفه من مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه»[1] فالإباحة الشرعية هنا توجب عدم كون اليد ضامنة قبل التلف وهكذا بعده؛ لعدم حدوث ما يستوجب الضمان. ثم إنّه احتمل الحكم بالضمان بناءً على الإباحة بمقتضى قاعدة الإقدام وهي تفيد أنّ المتعاطيين أقدما على الإعطاء والتمليك بعوض، فهنا وإن حكم الشارع بالإباحة إلّا أنّ إقدام المتعاطيين يفيد الضمان ومع عدم بقاء عوض المسمّى تصل النوبة إلى ضمان المثل أو القيمة.

وبعبارة أُخرى: وإن كانت قاعدة اليد تقتضي عدم الضمان لكونها أمانية، إلّا أنّ قاعدة الإقدام مقتضية لاشتغال ذمّة من تلف المال عنده بالمثل أو القيمة، وهذا مشكل؛ لأنّه مع عدم ضمانية اليد كيف يمكن القول باشتغال الذمّة (بالمثل أو القيمة)؟ ولعلّ ذلك من باب عدم منافاة عدم ضمانية اليد وضمانيتها من جهة أُخرى؛ لأنّ الضمان على أقسام:

تارة: ضمان عقدي.

وتارة: ضمان بالاقدام.

وثالثة: ضمان باليد.

وأُخرى: ضمان بالإتلاف. ونفي ضمان اليد لا يمنع من ثبوت الضمان لأسباب أُخرى. وفي المقام وإن كانت اليد غير ضامنة من جهة الإباحة

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٦.

الشرعية ولكنّها لا تنافي الضمان المعاملي، أي أنّه بعد ما سلّط كلّ واحد من المتعاطيين الآخر على ماله لا مجّاناً، بل على جهة الضمان فهو موجب لثبوت الضمان.

ولكنّ الإشكال أوّلاً: إنّ معنى الضمان المعاملي هو الضمان بالمسمّى المذكور في العقد؛ لأنّ المعاوضة واقعة بين المعوّض المعيّن والعوض كذلك، فالتضمين الحاصل حينئذٍ تضمين بالعوض الواقعي بالمثل أو القيمة عند التلف ولا العوض المسمّى، مع أنّ الضمان الحاصل بالإقدام على التعاطي ضمان بالمسمّى وقام الإجماع على أنّ الحاصل من عمل التعاطي إنّما هو الإباحة الشرعية التعبديّة دون الملكية. ومن المعلوم أنّ المتعاطيين لم يقدما على الضمان الواقعي بالمثل أو القيمة ولم تكن المعاملة مبنيّة عليه فما أقدما عليه لم يتحقّق وما تحقّق لم يقدّما عليه، فالحكم بثبوت الضمان بالمثل أو القيمة غير وجيه بحسب الأدلّة.

وثانياً: على فرض ثبوت الضمان من جهة الإقدام دون اليد العادية فلا يمكنه نفي ضمان اليد مطلقاً نعم، يمكن نفي الضمان الخاصّ.

وثالثاً: استدلّ الشيخ «بقاعدة ما يضمن» على ثبوت الضمان بدعوى: أنّ القول بالإباحة مبني على أنّ المعاطاة بيع فاسد، «فما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» إلّا أنّه سيأتي الكلام في أنّها تختصّ بالضمان في العقد الفاسد وأنّه لو كان فاسداً لا يجوز التصرّف فيه والمأخوذ به بحكم المغصوب أمّا المعاطاة فلا يمكن اندراجها في العقود الفاسدة وتطبيق القاعدة عليها؛ لأنّها تفيد الإباحة الشرعية وجواز التصرّف في

المأخوذ بها، فلا يقاس بالمقبوض بالعقد الفاسد الذي لا تعدّ يد المتصرّف فيه أمانة مالكية ولا شرعية. ولعلّه لذلك استدرك الشيخ وقال: «ولكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة»[1] وأراد بهذا بقاء سلطنة المالك على المال الموجود وأنّ لازمها ضمان المتلف بالمثل أو القيمة ويؤدّي إلى انتفاء موضوع أصالة عدم الضمان، وإنّ هذا الاستصحاب حاكم على أصالة البرائة؛ لأنّ الاستصحاب من الأُصول المحرزة، فلا مجال لأصالة البرائة معها حتّى تعارضها. وإن أمكن الإيراد عليه: بأنّ النسبة القائمة بين بقاء سلطنة المالك على العين الموجودة وبين اشتغال ذمّته بالمثل أو القيمة إنّما هي الملازمة دون السببيّة والمسبّبية، والحكومة ثابتة فيما إذا كان المحكوم مسبّباً لمورد الحاكم دون التلازم، والفرق واضح؛ إذ لابدّ في الحكومة من وجود الشك السببي والمسبّبي وإلّا تكون منتفية. وما ذكره الشيخ مبتنٍ على التلازم بين سلطنة المالك على المال الموجود وضمانه بالمثل أو القيمة للمال التالف عنده؛ إذ لا يعقل السلطنة على المال مع البرائة عن مسؤولية ضمان التالف؛ لاستلزامه اجتماع العوض والمعوّض عند أحد الطرفين، هذا أوّلاً.

وثانياً: لو سلّمنا وجود نسبة السببية والمسبّبية بينهما، إلّا أنّه لا يسوغ حكومة الأوّل للثاني، بل لابدّ في ذلك أن يكون ارتفاع الثاني أو ثبوت ضده أثراً شرعياً للأوّل ومن البديهي أنّ عدم البرائة عن الضمان بالمثل

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٨.

أو القيمة ليس من آثار الشرعية لاستصحاب السلطنة حتّى يترتّب عليه ارتفاع البرائة عن الضمان بالبدل الواقعي وإنّما الأثر الشرعي المترتّب على استصحاب السلطنة هو جواز رجوع مالك العين ومن لوازمه العقلية ضمانه بالبدل (الواقعي) للعين التالفة بالضرورة، وهي قيام قرينة خارجية على أنّ مالك العين التالفة لم يعطها مجّاناً.

وبعبارة أُخرى: أنّ جريان الحكومة مشروط بأن يكون السببيّة شرعية وهي هنا عقلية، بل الأصل هنا مثبت؛ لأنّ أصالة السلطنة تثبت حقّ الرجوع وإذ لا يكون مال الآخر مجّاناً فلازم السلطنة براءة الذمّة.

ثمّ إنّ الشيخ أضاف وجهاً آخراً بقوله: «مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم، إلّا أنّ الكلام في أنّ البدل هو البدل الحقيقي أعني: المثل أو القيمة أو البدل الجعلي أعني: العين الموجودة فلا أصل».[١][١]

[١] توضيح مراده: أنّه في مقام الإشكال على جريان البرائة يقول: بأنّ جريان البرائة من الضمان متوقّف على احتمال البرائة، ومع العلم بالضمان فلا احتمال حتّى تجري البرائة. فالمقتضي لجريان البرائة مفقود.

وبعبارة واضحة: أنّ ضمان التالف ممّا لا ريب فيه ومع العلم إجمالاً بضمان إمّا بالبدل الحقيقي أو بالبدل الجعلي يسقط الأصل في الطرفين بالمعارضة ويبقى أصالة السلطنة من دون معارض، فعدم الجريان يرجع إلى وجود المانع لو فرض وجود المقتضي بمعنى: أنّه إنّا نعلم إجمالاً

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٨.

بالضمان ولكن لا أصل في البين لتعيين ضمان البدل الجعلي (أي المسمّى) أو البدل الحقيقي وهو المثل أو القيمة حتّى يجري أصالة عدم ضمان الآخر، فلا تجري البرائة عن المثل أو القيمة، هذا.

ويمكن أن يكون مراد الشيخ﵀ من الوجه المذكور:

إنّا نعلم إجمالاً بالضمان ولكن أصالة عدم ضمان المسمّى متعارض مع أصالة عدم ضمان البدل الحقيقي وإذا تساقطا فلم يبق أصل يكون معارضاً لأصالة السلطنة.

ولكنّ الإشكال: إنّ من المحقّق كون الأصل هو بقاء الملكية والسلطنة من آثار الملكية وأحكامها (وقد احتمل سابقاً أنّ هذا هو مراد الشيخ﵀ من أصالة السلطنة) فمقتضى ذلك هو عدم كون هذا الموجود بدلاً مجعولاً من الشارع، لكن هذا الاستصحاب معارض بأصالة عدم اشتغال الذمّه بالمثل والقيمة، فيساقطان ولا يبقى موضوع لأصالة السلطنة. وإن أُريد من البدل الجعلي ما جعله المتعاطيان بدلاً فلا مجرى لأصالة السلطنة؛ لأنّها لا تجري في الملك المضمون به.

وأورد شيخنا الأُستاذ دام ظلّه : فإنّ الأُصول الثلاثة المذكورة في المقام ـ من أصالة بقاء السلطنة للمال الموجود وأصالة برائة الذمّة من عوض المسمّى وأصالة برائة الذمّة من المثل أو القيمة ـ جميعها في عرض واحد ومرتبة واحدة ولا وجه لاعتبار تعارض الأصلين وتساقطهما والحكم ببقاء أصالة بقاء السلطنة بلا معارض.

ثمّ إنّ الشيخ أضاف وجهاً ثالثاً بقوله: «مضافاً إلى ما قد يقال: من أنّ عموم الناس مسلّطون على أموالهم يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمة فتدبّر».[1] [١]

[١] بتوضيح: أنّه لا مجال لجريان البرائة عن البدل بعد كون القاعدة دليل اجتهادى لا يعارضها القاعدة، فلا لزوم.

والإيراد عليه: أنّ موضوع دليل السلطنة (أي القاعدة) هو الأموال وبعد التلف لم يبق مال حتّى يتحقّق موضوع الدليل نعم، يمكن التمسّک بها بالنسبة إلى المال الموجود، أمّا المال المتلف فلا تجري القاعدة فيه؛ لانتفاء الموضوع؛ حيث إنّ المشتقّ حقيقة في المتلبّس حتّى في الإضافات الاعتبارية ولعلّ الأمر بالتدبّر في كلام الشيخ ناظر إليه.

فالمتحصّل إلى هنا: كون التلف يفيد اللزوم على القول بالإباحة.

«ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملک يملكه من في ذمّته فيسقط عنه والظاهر أنّه في حكم التلف؛ لأنّ الساقط لا يعود ويحتمل العود وهو ضعيف. والظاهر أنّ الحكم كذلک على القول بالإباحة، فافهم...»[2] [١]

[١] يبحث هنا عن ملزم آخر في المعاطاة وهو كون أحد العوضين ديناً في ذمّة أحدهما، فعلى القول بالملک يملكه من في ذمّته فيسقط عنه

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٨.

٢ . كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٨.

وأنّه بحكم التلف ولا يخفى أنّ هذا مبنيّ على عدم لزوم صدور الفعل من الطرفين؛ لأنّ أحد الطرفين لم يكن عاملاً بالتعاطي لحصوله في الذمّة نعم، لو قلنا بكفاية العمل الجوانحي لا يبعد صدقها، أو قلنا بكفاية صدق عنوان البيع والتجارة وعدم الالتزام بصدق عنوان التعاطي؛ لعدم وروده في لسان الأدلّة، فكما نصحّحها ونقول بشمول الأدلّة العامّة لها فكذلك في المقام، أو قلنا بأنّ البيع على من هو عليه إبراء وإسقاط. وعليه يندفع إشكال عدم انطباق تعريف البيع «بأنّه إنشاء تمليك عين بعوض» على التمليك في الذمّة؛ لصدق المبادلة على نحو الملكية وكذا على نحو الإسقاط والإبراء، هذا مضافاً إلى الإشكال في أصل تعريف البيع والعدول إلى أنّ البيع «مبادلة مال بمال» لا أنّه تمليك عين بعوض. وإلى هذا ذهب السيد رحمه الله في «الحاشية».[1]

مضافاً إلى أنّه مبتنٍ على ما التزم به الشيخ في مبحث الحقوق من أنّ الدين نسبة بين المالك والمملوك ولامانع من بيعه عليه، فيصير مالكاً له حدوثاً ويسقط عنه بقاءً. وعدّ هذا السقوط في المقام في حكم التلف (وأن لا يعدّ من التلف موضوعاً) أي إنّ سقوط الدين يعدّ تلفاً حكماً، فلا مجال للرجوع فيه قهراً. ولذلك فلو تحقّق المعاطاة بين عين ودين في ذمّة الآخر تصير المعاطاة لازمة من حين تحقّقها؛ لسقوط العوض وهو الدين، والساقط يعدّ في حكم التالف الذي يوجب اللزوم وعلّله الشيخ بقوله: «لأنّ الساقط لا يعود» بمعنى: أنّ بعد التعاطي وسقوط

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج١، ص٥٣.

الدين عن الذمّة لا يعود مرّة أُخرى، ثمّ احتمل العود وضعّفه، هـذا بنـاءً على القول بالملكية في المعاطاة.

وأوضح السيد الخوئي[1] مراد الشيخ بما مرّ الكلام عنه فـي مباحـث تعريف البيع عند البحث عن الحق والحكم والملك: إن مالكية الإنسان لذمّته وما فيها مالكية ذاتيـة تكوينيـة ولا الاعتباريـة العرضـية؛ لأنّ مـن البديهي عدم المعنى للثبوت الاعتباري فـي مـوارد الثبـوت التكـويني؛ لأنّها لغو محض وتحصيل للحاصـل، فـإذا انتقـل ذاك المملـوك إلـى المملوك عليه ـ أي المـديون ـ تبـدّلت الإضـافة الاعتباريـة بالإضـافة التكوينية. فاتضح بهذا أنّه لا مجال للقول باستحالة مالكية الإنسان لما في ذمّته، وبهذا قال ونقول بلـزوم المعاطـاة مـن أوّل الأمـر للعمومـات الدالّة وقد استثنى مورد إمكان الترادّ ولكنّه لا يمكن الترادّ مع فرض كون أحد العوضين ديناً.

وإن أورد عليه شيخنا الأستاذ مدّظله بعدم معهودية السلطنة التكوينية على الكلّيات في الذمّة وعلّله بعدم تعقّل تسلّط الإنسان تكويناً على مأة كيلو حنطة في ذمّتـه (بعـد تسـلّم الملكيـة الذاتيـة والاعتباريـة وقبـول السلطنة التكوينية بالنسبة إلى النفس والأعضاء والقوى الإنسانية) نعـم تعبير العقلاء تسلّط الإنسان على ما تعهّد به من الأُمـور الذمّيـة ولكـن هذه تعدّ سلطنة اعتباريـة عقلائيـة لمقهوريـة الذمّـة والعهـد للإنسـان، فيملّكه الإنسان لما في ذمّته وما فيها إنّما هي ملكية اعتبارية ناشئة مـن

١. مصباح الفقاهة: ج٢، ص٥.

اعتبار العقلاء دون السلطنة التكوينية التي ادّعاها السيد الخوئي، هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ بيع الدين بمن عليه الدين يعدّ مملوكاً اعتبارياً للدائن فيملّك بالبيع هذا المملوك الاعتباري للمديون، بعد كون البيع له حقيقة واحدة وهو التمليك أو التبديل في الإضافة اعتباراً، فلا مجال للتفصيل بين أفراده من عدّه تارة اعتبارياً وتارة غير اعتباري، فإذا تحقّق بيع الدين على من هو عليه فإنّه يتحقّق الملكية الاعتبارية، فيستحيل دعوى انقلاب الملكية الاعتبارية إلى الملكية التكوينية الذاتية؛ لاستحالة انقلاب الأمر الاعتباري إلى الأمر التكويني.

فاتضح بما بيّناه أنّ قول الشيخ رحمه الله: «يملكه من في ذمّته...» مبتنٍ على إمكان إعادة ما في ذمّته إلى نفسه ثمّ تمليكه بعد ذلك. وأمّا سقوط ما في ذمّته فهو مبنيّ على عدم بقاء الملكية الاعتبارية لما في الذمّة، فعلّة السقوط هي الملكية التكوينية ولذلك عبّر الشيخ بإلفاء بقوله: «يملكه من في ذمّته فيسقط».

وأمّا حكمه باللزوم، فمن جهة حدوث ما هو في حكم التلف؛ لوضوح الفرق بين السقوط عمّا في الذمّة وبين انعدام الشيء، فالانعدام تلف حقيقة بخلاف السقوط عن الذمّة فإنّه ليس بتلف حقيقة ولكنّه يترتّب عليه آثاره بمعنى العجز عن الترادّ الذي هو موضوع جواز المعاطاة، فبعد القول بالسقوط عن الذمّة لم يبق شيء حتّى يمكن ردّه، ولذلك قال «إنّه في حكم التلف...» وعلّله «بأنّ الساقط لا يعود». والوجه لعدم عود

الساقط أنّه في حكم التلف وعود الشيء ملازم لوحدته ووحدته مباينة لتخلّل العدم، فإذا انعدم الشيء لم يكن العائد هو هو، بل هو مثله (هكذا وجّه السيد الميلاني رحمه الله[1] كلام الشيخ رحمه الله).

ثم قال الشيخ رحمه الله: «ويحتمل العود وهو ضعيف» وهذا واضح؛ لأنّ سقوط الدين قد تحقّق بتملّك الدائن ما قبضه من المثمن بإزاء طلبه من المدين، فإذن لا مجال لعود الدين ثانياً.

وقد أُورد عليه أوّلاً: بأنّ الكلّي في الذمة يختلف مع الموجود الخارجي الذي له خصوصية وجودية بحيث لو زالت هذه الخصوصية بالتلف لا تعود وإذا عادت بكون العائد مثلها لا نفسها.

أمّا الكلّيات الذمّية فالأمر فيها بالعكس؛ حيث إنّها عبارة عن طبيعي الكلّي القابل للانطباق على أفراد كثيرة والفاقدة لجميع الخصوصيات حتّى خصوصية الوجود في الذمّة وإلّا لما انطبقت على المصاديق الخارجية، وعليه فما في الذمّة عبارة عن الطبيعي المسلوب عنه جميع الخصوصيات ومثله لو سقط عن الذمّة ثمّ عاد يكون نفس الأوّل لانسلاخه عن جميع الخصوصيات إلّا كونه مأة كيلو من الحنطة مثلاً وهي لا تتكثّر بنفسها بل تتكثّر بالوجود في أماكن مختلفة من الذمّة والخارج وهذا المكان وذاك، فإذن لا وجه لقوله: «الساقط لا يعود» بل الأمر بالعكس وهو أنّ الساقط يعود.

---

١. محاضرات في فقه الإمامية (كتاب البيع للميلاني رحمه الله): ص١٦٥.

وثانياً: النقض بما يحصل في البيع الخياري، فلو باع المدين حيواناً للدائن، فصاحب الحيوان يبيع بما في ذمّته فيملك الدين ويسقط عن ذمّته ومن جهة أُخرى فإنّ بيع الحيوان خياري؛ إذ لصاحب الحيوان الخيار إلى ثلاثة أيّام، فإذا استعمل الخيار خلال الفترة فإنّ كلّاً من العوضين يعود إلى صاحبه، فيعود الدين الساقط عن ذمّته إليها مرّة أُخرى وبعودته يبطل ما قال﵀ من «أنّ الساقط لا يعود». وهكذا الأمر في موارد مشابهة أُخرى، كما لو باع مشروطاً على من عليه الدين وتخلّف الشرط؛ حيث يثبت له خيار التخلّف ويعود الدين الساقط مرّة أُخرى بعد الفسخ.

وكذا فيما لو باع على من عليه الدين وجعل لنفسه الخيار ومع إعماله الخيار يعود الدين الساقط مرّة أُخرى ويشتغل ذمّته.

وأجاب شيخنا الأستاذ مدّظله بما ملخّصه: أنّ العقد سبب موجب لحدوث حالة جديدة وهي تبادل الأموال وانتقالها من جهة إلى طرف آخر، وبعد زوال الحالة السابقة بالعقد، فإنّه لا مجال لعودتها إلّا من خلال سبب معيّن وهو فسخ العقد وهذه حقيقة ثابتة في جميع العقود، إلّا أنّ الشيخ يدّعي وجود خصوصية في أمثال العقود (الثلاثة) وهي عدم إمكان إعادتها إلى حالتها السابقة بعد وقوع العقد؛ لأنّ الجواز الثابت في المعاطاة لا يجوز للمتعاطيين إلّا ترادّ العينين دون الفسخ، فليس لهما فسخ العقد والعودة إلى الحالة السابقة نعم، يحقّ لهما ترادّ العينين. ولا يصحّ الترادّ إلّا مع بقاء العينين، ومع سقوط العين لا يبقى

للترادّ موضوع ولا للمتعاطيين حقّ فيتمّ قوله ﷺ: «إنّ الساقط لا يعود» ويندفع الإشكال، إلّا أن يحمل دعوى الشيخ ﷺ من سقوط الدين في العقود الثلاثة على الانعدام وإنّه يقصد بقوله: «الساقط لا يعود» عدم إمكان إعادة المعدوم فيصحّ الإشكال عليه حلّاً ونقضاً.

ومحصّل بيانه (توجيهاً لدفع الإشكال) وتأييد المرام الشيخ (بأنّ الساقط لا يعود) هو أنّ بعد الفسخ والإقالة يتحقّق ملكية جديدة لا أنّه تعود الملكية السابقة وفي ما نحن فيه يشكل التمسّك بجواز المعاطاة لحدوث الفسخ والإقالة؛ لأنّ إثبات إمكان العود بجواز المعاطاة يستلزم الدور؛ لأنّ الجواز متوقّف على إمكان العود وثبوت الإمكان من ناحية الجواز دور.

نعم يبقى في المقام التمسّك بالاستصحاب بتوضيح: أنّه إذا كانت المعاطاة جائزة ونشكّ بسبب سقوط الدين في ارتفاع الجواز ولزوم المعاطاة فيستصحب الجواز (فيكون النتيجة الرجوع فيها بأخذ العين الموجودة وذاك المماثل بما في الذمّة) إلّا أن يقال: بأنّ هذه المعاطاة مشكوك في جوازها من أوّل الأمر، فلا حالة متيقّنة سابقة، هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ الجواز الذي كان ـ على تقديره ـ جواز ردّ الشيء إلى الملك» وما في الذمّة ليس له وجود خارجي ليعود بعد السقوط، هذا تمام الكلام في بيع الدين على من عليه الدين بناءً على إفادة المعاطاة الملكية. وأمّا بناءً على إفادتها الإباحة فقد حكم الشيخ ﷺ فيها باللزوم كما حكم به بناءً على الملك، بمعنى: أنّه كما يسقط المال بعد تمليك

ما في الذمّة للمديون عن الذمّة ولا يبقى موضوع للجواز الترادّ كذلك الحكم في صورة الإباحة من عدم بقاء موضوع الجواز والترادّ بعد سقوط الدين.

ثم قال رحمه الله: «.. فافهم» ولعلّه إشارة إلى أنّ المعاطاة إذا كانت مفيدة للإباحة فقط من دون الملكية المديون، فكيف يملك الدين مع بقائه على ملك الدائن؟ فالتلازم بين ملكية الدين على من عليه الدين وبين السقوط وانتفاء موضوع الجواز والترادّ لم يتحقّق بناءً على الإباحة، هذا.

إلّا أن يقال: بأنّ إباحة ما في الذمّة بمعنى الإبراء والإسقاط ونحوهما.

«ولو نقلت العينان أو إحداهما بعقد لازم فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع الترادّ. وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرّفات الناقلة. ولو عادت العين بفسخ ففي جواز الترادّ على القول بالملك لإمكانه فيستصحب وعدمه؛ لأنّ المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكه وجهان، أجودهما ذلك (أي عدم جواز الترادّ)؛ إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز الترادّ بقول مطلق، بل المتيقّن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب وكذا على القول بالإباحة؛ لأنّ التصرّف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقّق جواز الترادّ في السابق هنا حتّى يستصحب، بل المحقّق أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المقطوع بانتفائها...».[1] [١]

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٩.

[١] قسّم المقام إلى صورتين:

الأُولى: ما إذا كان النقل (لأحدهما أو كليهما) بعقد لازم (من دون جعل خيار).

الثانية: ما إذا تحقّق النقل بعقد جائز.

أمّا الصورة الأُولى: فلا إشكال في لزوم المعاطاة ولا مجال للرجوع عنها من دون فرق بين القول بإفادتها الملكية أو الإباحة.

وأمّا بناءً على الملك فبما أنّه قد خرجت العين عن ملكه بالعقد اللازم وصيرورتها ملكاً للغير، فيؤدّي إلى انتفاء موضوع ترادّ العينين وهذا النقل بحكم التلف.

وأمّا بناءً على الإباحة، فهي بعد وقوع التصرّفات الناقلة وصيرورتها ملكاً للمتصرّف قبل التصرّف آناًمّا، فينتفي بعدها موضوع الترادّ.

وأمّا لو عادت العين إلى مالكها إمّا بالإقالة أو الفسخ، احتمل الشيخ رحمه الله في المقام وجهان:

١- الحكم بجواز الردّ استناداً إلى الاستصحاب، باعتبار أنّ مع بقاء العين كانت المعاملة في هذه المعاطاة جائزة ومع بقائها كان موضوع الجواز محقّقاً سابقاً ويستصحب الجواز في الحالة الحديثة.

٢- الحكم بعدم جواز الردّ وبطلان الاستصحاب؛ لعدم بقاء موضوعه؛ حيث إنّ الترادّ متعلّق بالعين التي لم تنتقل إلى الغير بمعنى: أنّ المجعول الشرعي من أوّل الأمر هو الجواز في حصّة خاصّة من العين وهي فيما لو كانت العين باقية في يد المتعاطيين ولم يخرج عن

ملكهما، مع أنّ المفروض في المقام خروج العين عن الملك، فتبدّل الموضوع ولم يتحقّق وحدة القضية المتيقّنة والمشكوكة، فلا مجال لجريان الاستصحاب ويبقى العقد لازماً ولا مجال للرجوع فيه. ولذلك قال﵀: «أجودهما ذلك» وعلّله بعدم ثبوت جواز الترادّ بقول مطلق في مقابلة أصالة اللزوم، بل المتيقّن منه غير ذلك (وهو وجودهما قبل النقل) فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، فلا يجوز التمسّك بالاستصحاب؛ لعدم إحراز الموضوع، هذا وكذا على القول بالإباحة (في مفروض المقام وهو فيما إذا نقلت العينان أو أحدهما بعقد لازم).

وقد مرّ بيان الشيخ﵀ من أنّه بناءً على الإباحة يكون التصرّف الناقل كاشفاً عن سبق الملك للمتصرّف، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني فلا دليل على زواله، بمعنى: أنّه بالفسخ عاد إلى الملكية قبل النقل ولا دليل على كون هذه الملكية جائزة، فلا مجال للاستصحاب.

ثم قال﵀ :«**بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقّق جواز الترادّ في السابق هنا حتّى يستصحب بل المحقّق أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المقطوع بانتفائها...**».[١]

[١] والوجه واضح كما أفاده من أنّه بناءً على الملك كان الجواز باقياً قبل التصرّف والنقل وبعد هما ثمّ العود ثانياً نشكّ في بقائه وعدمه فيحتمل إمكان إجراء استصحاب بقاء الجواز السابق. أمّا بناءً على الإباحة، فبما أنّه لم يوجد ولم يتحقّق وجه لجواز الترادّ؛ لأنّ الواقع ليس

بأكثر من إفادة الإباحة دون الملكية الجائزة: لأنّ الثابت بها هو أصالة سلطنة المالك الأوّل المقطوع انتفائها وارتفاعها بالنقل اللازم.

ثم قال﵀ استدراكاً بقوله: «**نعم لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأوّل وإن كان مباحاً لغيره ما لم يستردّ عوضه: كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادّ لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأوّل، أو عائداً إليه بفسخ. وكذا لو قلنا: إنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرّف والإتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع...**»[1] **[١]**

[١] وهنا رجع عمّا أفاده من سببية نقل العينين أو إحداهما؛ للزوم المعاملة بما استدلّ به: بأنّه لو قلنا بكاشفية العقد الناقل الواقع عن تحقّق الملك للمباح له فإنّه بعد ارتفاعه بالفسخ أي ارتفاع العقد الناقل الواقع عن تحقّق الملك للمباح له فإنّه بعد ارتفاعه بالفسخ أي ارتفاع العقد الناقل بسبب من الأسباب ينتج وينجرّ إلى زوال كاشفية الكاشف عن ملك المباح له ويعود الحالة السابقة من ملكية الأوّل واستحقاقية الترادّ ما لم يستردّ عوضه، فيجوز الترادّ لكلّ من المتعاطيين.

وأيضاً: يجوز الترادّ لكلّ منهما بناءً على القول بعدم توقّف تحقّق البيع على سبق الملك ودخول العوض فيما خرج عنه المعوّض، بل يكفي في

١. كتاب المكاسب:ج٣، ص٩٩-١٠٠.

حصوله إباحة التصرّف والإتلاف، فحينئذٍ يعود بعد الفسخ العين إلى مالكه الأوّل، إلّا أنّه مباح للمتعاطي فيصحّ الترادّ.

ثم قال﵀: «**ولكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع...**». **[٢]**

[٢] أمّا وجه الضعف الأوّل: فلأنّه بالفسخ يرتفع ملكية المشتري ولا وجه لارتفاع ملكية المباح له البائع.

بتوضيح: أنّ بالفسخ يعود المال إلى ملك المباح له الذي صار ملكاً له قبل النقل آناًمّا ولا وجه لارتفاع ملكية المباح له.

وأمّا وجه الضعف في الوجه الثاني: فلأنّه قد مرّ اعتبار دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثمن لتقوم مفهوم المعاوضة بالمبادلة، وقبل تحقّق المبادلة لابدّ من أن ينتقل المال ويصير ملكاً للمباح له حتّى يصحّ له أن يتصرّف فيه بالبيع أو الصلح أو الوقف ثمّ بعد الفسخ يعود إليه ملكية المال مرّة أُخرى؛ لزوال الملكية المعاطاتية ويبطل الترادّ بالتبع.

«**ولو كان الناقل عقداً جائزاً لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيها ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق وتحصيله غير واجب، وكذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك...**». [١] **[١]**

[١] وفي هذه الصورة حكم بعدم جواز إجبار الناقل بفسخ العقد الجائز؛ لعدم قيام دليل يدلّ على ثبوت هذا الحق للمعطي، بل الحقّ

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٠٠.

الثابت للمباح له اختيار الوفاء بالعقد أو فسخه، وكذلك ليس لمالك العين الباقية في صورة انتقال العين بنقل جائز الرجوع بنفسه إلى عينه عند الثالث (أي المشتري).

وما أفاده في المقام بهذا المقدار ممّا لا بأس به وعلى وفق القاعدة ولكنّه إن أراد بذلك تحقّق اللزوم في المعاطاة يشكل الالتزام به؛ لفقدان ملاك اللزوم وهو عدم تحقّق العقد اللازم، فليس العقد الواقع بمثابة التلف؛ لإمكان الاسترداد في العقد الجائز (للطرفين) فلذا ليس ما نقل بالعقد الجائز كالتالف، إلّا أن يقال: بأنّ تمام المناط يدور مدار جواز الترادّ وهو ساقط؛ لخروج الشيء بالبيع عن ملكه (من دون فرق بين كون البيع لازماً أو جائزاً) لأنّ جواز الترادّ عبارة عن استرجاع المملوك بالتعاطي، وما باعه ولو بالعقد الجائز وإن رجع في ملك المباح بإعمال الخيار لم يكن المرجوع هو المملوك بالتعاطي. وبعبارة أُخرى: إنّ الملكية الحاصلة بالفسخ غير الملكية السابقة الحاصلة بالمعاطاة.

«نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة وقلنا بأنّ التصرّف في مثله لا يكشف عن سبق الملك؛ إذ لا عوض فيه حتّى لا يعقل كون العوض مالاً لواحد وانتقال المعوّض إلى الآخر، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتّهب، فيتحقّق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب، اتّجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الأُخرى، أو عودها إلى

مالكها بهذا النحو من العود؛ إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف».[١] [١]

[١] أراد في هذا الاستدراك (عمّا سبق من رجوع العين بفسخ في العقد الجائز إلى البائع ـ أي المباح له ـ دون المالك الأوّل) بيان الفرق بين الناقل المعاوضي وبين غير المعاوضي (بناءً على الإباحة) بدعوى: كون المانع في الناقل المعاوضي عن إمكان الترادّ هو استحالة خروج أحد العوضين عمّن لا يدخل في ملكه العوض، مع أنّ هذا المانع مفقود في الناقل غير المعاوضي، فإنّ المباح له لو وهب العين إلى الثالث فهي تخرج عن ملك المبيح إلى الثالث المتّهب بالطريق المستقيم، فلا يلزم محذور بالفسخ لانتقال العين إلى المبيح لا إلى المباح له، فيتحقّق حينئذٍ حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك المبيح لا الواهب المباح له، فيكون الرجوع منه لا من الواهب.

وأورد عليه المحقّق النائينيﷺ :«بأنّ المباح له إنّما وهبه عن نفسه لا عن المبيح ولاية أو وكالة أو بالإذن منه والمفروض كون هذا التصرّف موجباً لانتقال ماله إلى المبيح بالضمان المعاوضي (أي في المعاطاة) ومعه فلابدّ من الالتزام بدخول مال المبيح إلى ملك المتّهب بالطريق الاعوجاجي وتقدير ملك المباح له آناًمّا، فلا موجب لعوده إلى المبيح حينئذٍ، مضافاً إلى أنّه على هذا التقدير ـ أي تقدير كون الراجع في الهبة هو المبيح لا الواهب ـ لابدّ من أن يقال بأنّ الرجوع في الهبة إبطال

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٠٠.

للمعاطاة لا أنّه يصير منشأ لإمكان الترادّ، وعن المحشّي المحقّق الخراساني الحكم برجوع العين إلى المالك الأوّل بعد فسخ الهبة مع بقاء ما انتقل إليه ممّا في يده بواسطة تصرّف الواهب في ملكه، فيصير مالكاً للعوض والمعوّض غاية الأمر بطريقين: أمّا ملك العوض فيتصرّف الواهب فيما في يده الموجب لصيرورة ما في يد الآخر ملكاً له، وأمّا ملك المعوّض فبواسطة فسخ الهبة ولا يخفى أنّ هذا في الغرابة بمكان؛ لأنّ مقتضى انتقال مال الواهب إلى الآخر الذي في يده هو انتقال مال هذا الآخر أيضاً إلى الواهب، فيكون الواهب قد وهب ماله وكانت الهبة واقعة في ملكه ويكون فسخ الهبة أيضاً موجباً لعود المال إليه لا إلى المالك الأوّل كما لا يخفى».[1]

وحاصل ما أفاده: إشكال الجمع بين العوض والمعوّض، بتوضيح: أنّ المباح له يصير مالكاً بهبته بمعنى: أنّ هبته صحيحة ومؤثّرة في ملكيّته، فتخرج العين (بعد ذلك) عن ملك المبيح ولم يكن خروجه عن ملكه مجّاناً، بل دخل في ملكه ما بيده (أي المبيح يملك ما وقع بيده بالمعاطاة بعد إيقاع الهبة من المباح له) فإن قلنا: بعد الفسخ برجوع المال إلى المالك الأوّل ـ أي المبيح ـ يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، فبهذا يحكم بعدم جواز الرجوع.

فالنتيجة: إنّه لو كان العقد الناقل غير المعاوضي تصير المعاطاة لازمة، هذا مضافاً إلى أنّ المستفاد من كلام الشيخ رحمه الله: أنّ الرجوع في

١. المكاسب والبيع (للنائيني رحمه الله): ج١، ص٢٥٤-٢٥٥.

الهبة مقدّمة للرجوع في المعاطاة لا إنّ بالرجوع عن الهبة يتحقّق موضوع الترادّ. والإشكال أنّه ليس للمالك حقّ الرجوع؛ لأنّ الثابت بالأدلّة ثبوت حقّ الرجوع للواهب، فإن قلنا بثبوت حقّ الرجوع لمطلق الواهب فالمباح له (الواهب) يجوز له الرجوع، وإن قلنا بأنّ الواهب المالك له حقّ الرجوع فهنا ليس لأحدهما جواز الرجوع. فالنتيجة ـ كما ذكر ـ لزوم المعاطاة حتّى بوقوع العقد غير المعاوضي.

«ولو باع العين ثالث فضولاً فأجاز المالك الأوّل على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعه وسائر تصرّفاته الناقلة، ولو أجاز المالك الثاني نفذت بغير إشكال، وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة، ولكلّ منهما ردّ العين قبل إجازة الآخر ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع ويحتمل عدمه لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ وتلغو الإجازة وإن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً...».[1] [١]

[١] الصور المفروضة في المقام عديدة بعد فرض القول بكون المعاطاة تفيد الملكية أو القول بكونها مفيدة للإباحة؛ لأنّه على كلا التقديرين إمّا أن يجيز الأوّل وإمّا أن يجيز الثاني، وأيضاً تارة يجيز الأوّل ويردّ الثاني، وأُخرى يردّ الأوّل ويجيز الثاني، وتارة يقع الإجازة في زمانين وأُخرى في زمان واحد وهكذا الردّ.

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٠١.

وكيف كان فقد أفاد الشيخ﵀ (بناءً على القول بالملكية): بنفوذ إجازة المالك الثاني بغير إشكال. ووجهه واضح؛ لأنّه بعد انتقال المال بالمعاطاة وثبوت الملكية للمشتري يكون هو مالكاً حين الإجازة وحين وقوع العقد الفضولي، فتشمله أدلّة الصحّة والنفوذ، فإجازته نافذة (لصدورها من المالك) وأمّا لو باع الفضول فأجاز المالك الأوّل (بناءً على الملكية) قال بعدم استبعاد كون الإجازة الصادرة من المالك الأوّل بمنزلة الرجوع، كما لو باعه أو تصرّف في العين بسائر التصرّفات الناقلة (كالهبة بذي رحم أو وقف...) فالمالك الأوّل وإن صار أجنبيّاً عن المال بعد تحقّق المعاطاة إلّا أنّه بما ثبت له جواز الرجوع في المعاطاة، فيكون إجازته رجوعاً عن معاملته المعاطاتية فكما أنّ بيعه يعدّ فسخاً للمعاطاة وتمليكاً لآخر بالبيع كذلك تكون إجازته. هذا.

وأمّا بناءً على الإباحة: فقد أفاد﵀ بقوله: «وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة» بتوضيح: أنّه تصحّ الإجازة من المالك الأوّل ويشكل صحّة صدورها من المالك الثاني؛ لأنّ المالك الأوّل وهو المبيح مالكيته ثابتة (ولم يحدث المعاطاة المفيدة للإباحة في ملكيته أثراً) فله أن يتصرّف في ملكه وفي العقد الواقع عليه (أي المعاطاة) بمقتضى القاعدة (قاعدة السلطنة وغيرها).

وأمّا الثاني: فلا يتمّ إجازته؛ لأنّه بمنزلة الأجنبي، غاية الأمر أنّ له حقّ التصرّف في المال ولم يتصرّف فيه التصرّف الناقل (حتّى يصير مالكاً) فلا يؤثّر الإجازة منه؛ لعدم كونه مالكاً ولم يصدر الإجازة من المالك،

إلّا أن يقال بأنّ الإجازة أيضاً كالبيع في كونه تصرّفاً ملزماً بتوضيح: أنّ المالك الثاني كما له أن يبيع، له أيضاً أن يجيز وكما أنّ بالبيع يتحقّق الانتقال فكذا بالإجازة، فكلّ منهما سيّان في صدق التصرّف من غير تفاوت (هكذا أفاد المحقّق النائينيﷺ).[١]

وفي المقام بيان عن السيدﷺ في الحاشية بصدد دفع الإشكال، قالﷺ: «حاصل المطلب: أنّه على القول بالملك لا إشكال في إجازة الثاني؛ لأنّه مالك فله الإجازة كما أنّه له البيع بنفسه وفي إجازة الأوّل إشكال كما في بيعه قبل الرجوع، فإنّه ليس مالكاً، غاية الأمر إنّ له الرجوع وإعادته إلى ملكه. وأمّا تصرّفه بالبيع أو الإجازة قبل الرجوع والإعادة إلى ملكه فيه الإشكال السابق من توقّف البيع على الملك المفقود بالفرض، فلا يصحّ إلّا أن يدفع بما أُشير إليه من أحد الوجوه التي ذكرناها في تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه قبل أن يفسخ وعلى القول بالإباحة فإجازة الأوّل لا إشكال فيها؛ لكونه مالكاً وفي إجازة الثاني الإشكال المذكور؛ لعدم كونه مالكاً وإن كان يباح له التصرّف؛ إذ قد عرفت الإشكال في صحّة التصرّفات الموقوفة على الملك، فحال إجازته حال بيعه في الإشكال، فلو قلنا بجواز بيعه فلا إشكال في جواز إجازته أيضاً كما هو واضح».[٢]

---

١ . المكاسب والبيع (للنائينيﷺ): ج١، ص٢٥٥-٢٥٦.

٢ . حاشية المكاسب (للسيد اليزديﷺ): ج١، ص٨٣.

توضيح بيانه: إنّ إجازة الثاني متضمّنة لنفس الإشكال الوارد على بيع من له الخيار وحيث التزمنا هناك بجواز فسخ بيعه بالتصرّف الفعلي بالبيع أو الصلح أو الفسخ بالقول، فكذلك نلتزم في المقام يتحقّق الرجوع وتنفيذ العقد الواقع على المال فضولاً وذلك لصدور الإجازة من المالك ومن المباح له (بناءً على الملكية أو الإباحة).

ولكن في المقام تأمّلات، فإنّه إن قلنا بصحّة التصرّف الواقع في البيع الخياري ببيع المال قبل الفسخ وأنّه به يتحقّق الرجوع ثم البيع لكفاية وجود الإرادة لتحقّق الرجوع.

ففيه: إنّ الرجوع فسخ والفسخ أمر إنشائي، فلا يكفي القصد والارادة لتحقّق الأمر الإنشائي.

فالنتيجة: عدم تحقّق الرجوع والفسخ والتمليك بمجرّد القصد ومع التنزّل أنّ الإيجاب الصادر من البائع يعدّ جزءاً من السبب المملّك وأمّا ملكية المشتري فإنّها تحصل لا بمجرد صدور القبول منه، بل بالإيجاب والقبول معاً وكلّ من الإيجاب والقبول يعدّ جزء للسبب، فالإيجاب برغم أنّه يعدّ مخرجاً لكنّه بعض السبب والمفروض أنّه بالإيجاب أدخل المال في ملكه، فعدّ الإيجاب مدخلاً ومخرجاً فهو ممّا لا يمكن تعقّل الجمع بينهما.

اللهم إلّا أن يقال: إنّ الملكية تحصل بمجرد قبول المشتري، فحينئذٍ يعدّ الإيجاب بمفرده فسخاً وإخراجاً للمال من ملكية صاحب المال إلى ملك ذي الخيار ولكنّ المفروض توقّف البيع المملّك على المركّب من الإيجاب والقبول.

ولكنّ الإشكال في القياس؛ لأنّه لو سلمنا والتزمنا بذلك في البيع وإنّه يتحقّق الفسخ بالإيجاب ونقل الملكية والبيع بالقبول، فإنّه لا يمكن تعميمه إلى الإجازة مع كون اللفظ واحداً، فقياسها بلفظي الإيجاب والقبول ممنوع.

وعلى الجملة: بعد اللتيا والتي: إذا دلّ الدليل على أنّ لذي الخيار الحقّ في البيع وكذا في المالك بالمعاطاة الحقّ في الإجازة، فهذا يكفي لاعتبار الشارع الملكية قبل الإجازة آناًمّا للمالك بالمعاطاة (لأنّه غير مالك قبل الإجازة) كما نقول به في (أعتق عبدك عنّي) أو في(شراء العمودين) وأمّا مع فقد الدليل يشكل تصحيح الإجازة الصادرة من المالك في عقد المعاطاة بعد ما خرج ملكيته بتصرّف الفضولي، إلّا أن نقول بتحقّق السيرة العقلائية وعدم ردع الشارع عنها. وهذا يدفع الإشكال عقلاً ولكنّ الإشكال الشرعي باقٍ على حاله.

«ولكلّ منهما ردّ العين قبل إجازة الآخر...».[١]

[١] أمّا بناءً على الملك فلو ردّ المالك الثاني فلا إشكال في تأثير ردّه؛ لأنّه قد ردّ بيعاً واقعاً في ملكه. وأمّا المالك الأوّل فلا يؤثّر ردّه؛ لعدم كونه مالكاً. قد يقال بالنسبة إليه: إنّه كما يمكن تصحيح إجازته (لقصد الرجوع عن المعاطاة وإعادة الملك إلى نفسه) فكذلك يمكن تصحيح ردّه وتأثيره. ولكن قد مرّ الإشكال في صحّة إجازته من توقّف البيع على الملك و هو مفقود على الفرض، إلّا بما يذكر في تصحيح التصرّف الواقع في البيع الخياري وأشكلنا فيه سابقاً.

وأمّا بناءً على الإباحة، فردّ المبيح (أي المالك الأوّل) فلا إشكال فيه كما هو واضح.

وأمّا ردّ المباح له: ففيه الإشكال المتقدّم (من عدم كونه مالكاً) إلّا أن يقال: بأنّ المباح له كما له أن يتصرّف بالتصرّف بالبيع و... كذلك له أن يمنع الغير عن البيع ورفعه؛ لأنّ رفع البيع من أنحاء التصرّفات، وقد مرّ الإشكال آنفاً.

«ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع ويحتمل عدمه؛ لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ وتلغو الإجازة وإن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً...»[١]

[١] هذا بناءً على الإباحة، فلو رجع الأوّل وأجاز الثاني (مع القول بكاشفية الإجازة) لغى الرجوع ـ أي لغى رجوع المالك الأوّل عن بيعه ـ؛ لأنّه لا يصحّ له حقّ الرجوع؛ لانتقال العين إلى الآخر بمجرد العقد. ثمّ احتمل عدم لغوية رجوع المالك عن بيعه؛ لأنّ المالك الأوّل قد أبطل العقد من أساسه، فلا يبقى له مجال لإجازة الثاني حتّى يكون إجازته كاشفة، فتلغو الإجازة من الثاني.

وأمّا بناءً على القول بكون الإجازة ناقلة، يكون الإجازة لغواً؛ لأنّها كانت بعد رجوع المالك الأوّل عن بيعه وهي ناقلة، كما هو المفروض، فلم يبق لها اعتبار حتّى تكون مؤثّرة.

هنا فرعان:

١- في حكم إجازتها في آنٍ واحد.

٢- في حكم ردّهما في زمان واحد.

أمّا الفرع الأوّل: تارة نقول بسقوطهما عن التأثير؛ لإيجاد سببين متضادّين واردين على مسبّب واحد. وتارة نقول بمؤثّرية إجازة المالك الأوّل لتقدّم إجازة المجيز الأوّل بطبعه، وأيضاً لأنّ إجازة الثاني وإن وقعت في محلّها، لأنّ المال ماله ويتمّ العقد بإجازته، إلّا أنّ المالك الأوّل فإنّه يتحقّق بإجازته الرجوع والفسخ وإعادة المال إلى ملكه وإدخال المال في ملك المشتري عن الفضول.

قد حقّق في محلّه وسيأتي أنّ للكشف صوراً أربعة:

تارة: أنّه حقيقي وأنّه ليس للإجازة إلّا الكاشفية عن مؤثّرية بيع الفضول. وحينئذٍ لا فائدة في الردّ والرجوع؛ لأنّه إنّما يؤثّر في حال بقاء الملك على ملكه فالردّ لغو والإجازة مؤثّرة.

وتارة: أنّ الإجازة ناقلة وأنّها مع تأخّرها مؤثّرة في صحّة العقد الفضولي وأنّها (مع تأخّرها) شرط الصحّة.

وتارة: الكشف الحكمي بمعنى: أنّ العقد لا أثر له في حينه غير أنّ الشارع قد تعبّدنا بترتّب آثار الملكية من حين العقد بعد الإجازة.

وأُخرى: بنحو الكشف الانقلابي، فإنّه من حين الإجازة تغيّر الملكية من أوّل الأمر، فلازم هذه الصور الأخيرة لغوية إجازة الثاني ومؤثّرية الرجوع من المالك الأوّل.

«ولو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك؛ لامتناع الترادّ. ويحتمل الشركة وهو ضعيف. أمّا على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع المال الممتزج به نعم، لو كان المزج ملحقاً له بالإتلاف

جرى عليه حكم التلف. ولو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة كطحن الحنطة وفصل الثوب، فلا لزوم على الإباحة. وعلى القول بالملك: ففي اللزوم وجهان مسبّبان على جريان استصحاب الترادّ، ومنشأ الإشكال أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي...».[1] [١]

[١] توضيح ما أفاده: إنّه بناءً على الملكية وحدوث الامتزاج مع عين ثالثة سقط الرجوع؛ لامتناع الترادّ الذي هو موضوع جواز الرجوع والعجز عن ردّ الملك السابق إلى المالك. ومن المعلوم أنّ هذا يختصّ بصورة الامتزاج دون الاختلاط الذي يمكن إفراز المال وردّ كل مفروز إلى مالكه.

ثمّ احتمل الشركة وضعّفه، والظاهر أنّ وجه الضعف عدم إمكان الجمع بين دليل المعاطاة (الدالّ على جواز المعاملة وثبوت حقّ الرجوع) وبين دليل الشركة؛ لأنّ دليل جواز الرجوع مختصّ بصورة إمكان الترادّ ومع الامتزاج ينتفي موضوعه وزوال الشخص عن العين، فلا وجه للاشتراك، فلم يبق مجال لجريان دليل المعاطاة حتّى يجمع بينه وبين دليل الشركة ويحكم بجواز الرجوع ومشاركته مع الآخر.

وأمّا بناءً على الإباحة، فقد أفاده﵀ بصحّة الشركة؛ لأصالة بقاء السلطنة على المال الممزوج بمال الغير نعم، لو قلنا في هذه الصورة

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٠١.

بلحوق المزج بالإتلاف فلا يحقّ لهما الرجوع لعدم صدق موضوع الترادّ.

«ولو تصرّف في العين تصرّفا مغيراً للصورة كطحن الحنطة وفصل الثوب فلا لزوم على القول بالإباحة. وعلى القول بالملك ففي اللزوم وجهان...».[١]

[١] أمّا على الإباحة، فلأنّ التصرّف بالتغيير في الصورة لا يوجب سقوط جواز الرجوع، فلا لزوم كما أُفيد.

وأمّا على الملكية، فالمسألة مبنيّة على ثبوت جواز الترادّ بعد التصرّف المغيّر وعدمه؛ إن قلنا وحكمنا بأنّ الملاك لبقاء الموضوع هو نظر العرف فلا يجري الاستصحاب؛ لأنّ العرف حاكم بتغيير الموضوع وذهاب الأوّل. وإن قلنا بأنّ المناط لبقاء الموضوع هو الأمر الواقعي فيجري الاستصحاب؛ لأنّ التغيير في الصورة لا يوجب تغييراً في حقيقته النوعية هذا، بل لا يبعد أن يقال: إنّه لما مرّ سابقاً من أنّ الدليل على جواز الترادّ هو الإجماع فإنّ القدر المتيقّن منه هو صورة عدم تغيّر العين ومع عدم الإطلاق في الدليل (أي الإجماع) المخصّص للّزوم يكون المرجع هو أصالة اللزوم وعدم بقاء الجواز فلا نحتاج إلى إيكال الحكم على تفريق الموضوع عند العقل والعرف.

«ثمّ إنّك قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتّى يورّث بالموت وسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن معاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام

بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرّف، فلو مات أحد المالكين لم يجز بوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛ لأنّ من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي. ولا يجري الاستصحاب.

ولو جنّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع على القولين...».[١] [١]

[١] لم نجد من الشيخ رحمه الله تصريح بما أفاده هنا ولعّل مراده من ذلك قوله في أوّل مسألة اللزوم بالتلف حين ما قال بما حاصله: ... إنّ جواز الفسخ في البيع الخياري من عوارض العقد، فيصحّ لصاحب الخيار الفسخ وإن تلفت العين بخلاف الجواز في المعاطاة؛ حيث أنّه متعلّق بالعوضين ومن عوارضهما. وبعبارة واضحة: إنّ جواز الرجوع من عوارض العينين أي العوضين ولا من قبيل عوارض العقد...».[٢]

ويصرّح هنا بأنّ الفسخ من الحقوق الثابتة لصاحب الخيار وهذا الحقّ ينتقل بموت صاحب الخيار إلى وارثه، كما أنّه يقبل الإسقاط، فعليه لا تصير المعاملة الخيارية لازمة بموت صاحب الخيار بخلاف المعاطاة، فإنّه لا ينتقل جواز الفسخ فيها إلى وارث المتعاطي، فتصير المعاملة المعاطاتية لازمة بموت أحدهما. وأساس الكلام أنّ جواز الترادّ حكم شرعي لا يقبل الإسقاط، كجواز الرجوع في الهبة وكجواز الرجوع في

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٠٢.

٢. كتاب المكاسب: ج٣، ص٩٧.

إباحة الطعام وأنّ المعاطاة لا تحتاج إلى الفسخ، بل هي على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام. ولا يقال: إنّ الرجوع في المعاطاة فسخ للعقد؛ لأنّه فرق بين حلّ العقد وفسخه بالخيار وجواز ترادّ العوضين، والفسخ يكون معناه المطابقي هو حلّ العقد بعد تحقّقه، وهذا منطبق على الفسخ بالخيار، مع أنّ الترادّ بمعنى ارتفاع موضوع العقد، فيكون الفسخ معناه الالتزامي. وما كان الفسخ فيه بالمطابقة فهو حقّ، وما كان بالالتزام حكم.

فالمتحصّل: إنّ جواز الرجوع لا يورّث بالموت ولا يسقط بالإسقاط؛ لأنّه حكم ولا يشمله الدليل «ما كان للميّت من ملك أو حقّ فهو لوارثه».

ولا يخفى أنّ جواز الرجوع في العقود الخيارية من مقولة الحكم ولكن حيث كان رفعه بيد المكلّف يسمّى حقاً وما لا يكون رفعه بيد المكلف يسمّى حكماً (ولذا يعبّر عن الجواز في مداليل الأدلّة تارة بالجواز الحكمي وتارة بالجواز الحقّي) وإن كان الحقّ أيضاً حكم الشرعي إلّا أنّه بما يقبل الارتفاع باختيار المكلّف (حسب الدليل) يسمّى بالجواز الحقّي بخلاف الجواز في الهبة.

فالتّضح أنّ جواز الرجوع في المعاطاة ثابت للمتعاطيين دون ورّاثهما؛ لأنّه قد مرّ أنّ المعاطاة من العقود اللازمة؛ لشمول العمومات لها وهي عقد بالحمل الشائع، إلّا أنّ الدليل وهو الإجماع دلّ على جوازها (على تقدير تماميته وتسليمه) ولكنّه دليل لبّيّ يؤخذ بالمتيقّن منه، والمتيقّن

منه ثبوت الجواز فيما كان المتعاطيان باقيين في الحياة ولا يشمله الدليل (أي الإجماع) فيما إذا مات أحدهما أو كلاهما، فإذن تصير المعاطاة لازمة بالموت ولا مجال لانتقال الحكم إلى الوارث من دون فرق بين القول بإفادة المعاطاة الملكية أو الإباحة.

أمّا على الأوّل، فواضح؛ لتحقّق الملكية ولزومها.

وأمّا على الثاني، فهي إباحة شرعية ثابتة بالإجماع بمعنى: أنّه يدلّ على عدم تأثير المعاطاة في الملكية ويترتب عليه إباحة التصرّف وهي إباحة شرعية، فهي تثبت الإباحة للمتعاطيين وعدم ترتّب الملكية (على هذه المعاملة المعاطاتية) طول حياتهما ولم يتقيّد الإجماع بما بعد الموت، فيكون المرجع إذن هي الإطلاقات، فثبتت الملكية لهما، فينتقل المال من الميّت إلى الوارث.

وبعبارة واضحة: يكون منزلتها منزلة نقل العين المأخوذة بالمعاطاة إلى الغير بشيء من النواقل الاختيارية فكما أنّها (أي الناقل الاختياري) ملزمة للمعاطاة فكذلك الناقل القهري.

وأُضيف إلى ما سبق قيام السيرة القطعية على لزوم المعاطاة بموت أحدهما أو كليهما؛ لعدم معهودية رجوع الوارث إلى المأخوذ بالمعاطاة بعد موت مورّثه.

وما تمسّك به الشيخ رحمه الله من الأصل وعدم جريان الاستصحاب فيكون مراده: أنّ الوارث ليس له الرجوع قبل موت المورّث؛ فكذلك بعد موته

ولا يجري الاستصحاب؛ لأنّ من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي وبموته تبدّل الموضوع.

«ولو جنّ أحدهما فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع على القولين». [١]

[١] اشكل عليه: بأنّ الدليل الدالّ على جواز المعاطاة إنّما هو الإجماع ولا نطمئن بوجوده في هذه الصورة، فيكون المرجع هو أدلّة اللزوم على كلا القولين. مضافاً إلى أنّه بناءً على الملك، فإنّ الولي له حقّ التصرّف في أموال المولّى عليه وقد مرّ أنّ جواز الرجوع حكم شرعي وليس من الأموال.

وأمّا بناءً على الإباحة، يمكن تقريبه: بأنّ للولي الرجوع من باب الغبطة؛ حيث إنّ المال الذي بيد المجنون ملك للطرف المقابل، فللوليّ أن يرجع ويأخذ المال من الطرف ويردّ إليه ملكه الذي بيد المجنون إذا كان فيه غبطته مصلحته، فالإشكال بناءاً على الملكية محرز.