

بحوث في  
فقه المعاطاة

تقريراً لأبحاث المرجع الديني  
السيد كمال الحيدري رحمته الله

الجزء الأول

بقلم  
نائل هاشم الحسيني

يطلب من:

• مؤسّسة الإمام الجواد عليه السلام

للفكر والثقافة؛ بغداد

٠٠٩٦٤-٧٧٠٧٩٠٠٨٤٢

٠٠٩٦٤-٧٨٠٠٢٣٠٠٢٩

• مؤسّسة الثقلين للثقافة والإعلام

كربلاء

٠٠٩٦٤-٧٨٠١٤٢١١٩٤

• معرض الكتاب الدائم

النجف الأشرف

٠٠٩٦٤-٧٧١١٦٤١٦٦٩

• مكتبة زين العابدين

البصرة - الطويسة

٠٠٩٦٤-٧٧٠٦٠٧٢٢٧١

• مكتبة دار الأمير

الناصرية - الحبوبي

٠٠٩٦٤-٧٨٠٣٠٩٨٤٩١

مؤسّسة الإمام الجواد عليه السلام

للفكر والثقافة

الكاظمية المقدّسة

باب الدروازة

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٨ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين. يكتسب بحث (المعاطاة) أهميته وموقعيته المتميزة في البحوث الفقهية لسبب علمي وجيه، وهو أنّ أغلب المعاملات التجارية تمرّ من خلاله، لاسيّما ونحن نعلم بأنّ (المعاطاة) كمعاملة إجرائية لها سابقة كبيرة على جميع أبحاث الفقه في مجال المعاملات، بل يمكن القول - على مستوى التحليل التاريخي للبحث الفقهي - أنّ بحث (المعاطاة) يشتمل على أساسيات المنظومة الفقهية على مستوى المعاملات، ولذلك فإنّ الباحث والمحقّق في (المعاطاة) سيعتمد على الكثير من التأسيسات المعاطائية في عموم أبحاثه اللاحقة، في باب المعاملات، ابتداء من العرض والتحقيق في حقيقة العقد، الذي يمثل المادّة الأساس في عموم المعاملات العقدية، ومروراً بأدلة المعاطاة، القرآنية والروائية، فإنّها في الغالب تمثّل أدلة مشتركة بين أبحاث فقه المعاملات.

وقد تأكّدت هذه الأهمية البالغة لبحث (المعاطاة) وتعمّقت من خلال مجموعة القواعد التي قد تمّ تنقيحها في هذه الدراسة التخصصية، والتي يحتاجها الفقيه المستنبط للأحكام والمستدلّ عليها والمحقّق فيها في عموم أبواب التجارة العامّة، فضلاً عن تعزيزها للطريقة الفريدة التي تميّز بها البحث الفقهي عند الشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري (أعلى الله مقامه)، من قبيل تحرير محلّ النزاع، وبيان هويّة الموضوع ومحاوره وأدلّته، وتحريّ نقوضاته وإيراداته والجواب عن

كل ذلك، مع زيادة في النظم والترتيب.

وقد كان لولدنا العزيز المدقق والمحقق العلامة الشيخ نائل الحسيني (وفقه الله)، وهو يخوض تجربته الأولى في تقرير أبحاثنا الفقهية، حضور متميز في تجلية أبحاث هذه الدراسة الفقهية، تحقيقاً وتدقيقاً، فقد لاحظت في هذا السفر الفقهي المنهجي (كمادة دراسية في الدراسات الفقهية الكلاسيكية) جهوداً كبيرة ومُعْتَبَرة في تتبع كلمات الأعلام وتحقيقتها، حتى تكاد أن تكون موسوعة جامعة لأُمَمَات المصادر الفقهية التي تناولت بحث (المعاطاة)، كما لاحظت نظم البحوث والتنسيق بينها، فكان مستوعباً لها بدقّة عالية، واقفاً عليها بعمق ودراية واضحة، بحسن بيان وجودة في العبارة ودقّة في التعبير، يُجاري في ذلك من كانت لديه خبرة طويلة في كتابة البحث الفقهي، مع ما تتّصف به مثل هذه الأبحاث من صعوبات كبيرة، وتعقيدات بالغة، وتفريعات وتقسيمات وتشعبات كثيرة، فضلاً عما عُرف به البحث الفقهي بشكل منقطع النظير عند الماتن الشيخ الأنصاري (أعلى الله مقامه)، عبارة ومضموناً في التشطير والتعقيد والإبهام، رغم كثافة الشروحات والتعليقات، ولذلك فإنّ الجهد العلمي والفني الكبيرين اللذين بذلهما تلميذنا العزيز (وفقه الله) إنّما يكشف عن قدرة وموهبة واعدة، قد طوّعها بمهنية عالية من أجل توضيح هذه المطالب العلمية، وتقديمها لطلبتنا الأعزاء بهذه الحُلّة المحقّقة والمتقنة.

جدير بالذكر أنّ أغلب ما تعرّضنا له في بحث (المعاطاة) إنّما يمثل مرحلة دراسية تمتدّ إلى ما قبل أكثر من ربع قرن، ولذلك فإنّها لا تمثّل بالضرورة آراءنا الفقهية المعتمدة في دراساتنا الفقهية المتأخّرة، حيث كنّا قد اعتمدنا الأمانة العلمية في حفظ مطالب الماتن في بحوثه الفقهية، بل ودافعنا عن الكثير منها، لجودة أدلّتها، ولكنّها تبقى على المستوى العلمي تُعبّر عن مرحلة قد أُلحقت بالشيء الكثير، تأسيساً وتنظيراً وتطبيقاً.

شكر وتقدير ..... ٧

وأخيراً إذ أبارك له هذه الموهبة الجليلة وأقدّر فيه هذه القابليّة العلميّة والتحقيقيّة، أدعو الله العليّ القدير أن يوفّق له مواصلة هذا المشوار العلميّ المبارك والمثمر في إبراز وتبيين هذه المسائل العلميّة الدقيقة، لاسيّما فيما تكفّله من تقارير جديدة في عمدة مباحثنا الفقهيّة الأخيرة التي طرحناها في دروسنا العُليا في الفقه، ومنها (طهارة الإنسان)، لتكون هذه المطالب الحاضرة والقابلة منظومة فقهيّة تجمع بين البحث الفقهي الكلاسيكي وبين البحث الفقهي الذي تفرضه الظروف الموضوعيّة وقيود الزمان والمكان، فيكون ذلك رافداً فقهيّاً للبحوث الفقهيّة الاستدلاليّة، إنّه وليّ التوفيق.

السيد كمال الحيدري

ذي القعدة / ١٤٣٩ هـ





## المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الواحد الأحد، الفرد الصمد، ثم الصلاة والسلام على سيد الأنام، نبينا أبي القاسم محمد وعلى آله الهداة المهديين، أئمة الخلق أجمعين. أما بعد، فلا يخفى على أصحاب الفضل ما لعلم الفقه من شرف ورفعة بين سائر العلوم، فالفقه هو منهاج حياة للبشرية مستمد من صلب الشريعة ووحى السماء، يتوصل به إلى تعيين الوظيفة الشرعية التي يتعامل المكلف على أساسها مع نفسه ومع المجتمع، لذا فهو من أنفع العلوم وأعلاها بعد المعارف الإلهية، ومن أراد الله به خيراً فقهه في الدين .

ولم يصل هذا العلم إلى ما هو عليه اليوم من رقي ورفعة في حيز المعرفة إلا بفضل علمائه الذين أفنوا أعمارهم في خدمته وحرصوا على دراسته وتدرسه وتشيد أركانه وإعلاء صرحه على أسسه المتينة التي ثبتها النبي الأعظم صلى الله عليه وآله والأئمة الطاهرون من بعده، وسعيهم الحثيث لإبقاء منهاج الحياة هذا حياً طرياً إلى آخر الزمان، فشكّلوا في هذا الدرب مفاخر تعكسه تركتهم من الذخائر القيّمة والتراث النفيس من مدوناتهم الكثيرة في هذا المجال، ومنها ما سطرته أنامل أستاذ الفقهاء والمجتهدين وقدوة العلماء الربانيين الشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري (أعلى الله مقامه) حيث كان له قصب السبق في التدوين في باب عظيم الشأن من أبواب الفقه ألا وهو باب المعاملات متمثلاً بكتابه (المكاسب)، الذي يعتبر مفخرة من مفاخر شيعة أهل البيت عليهم السلام، وأهم ما صنّف في العصور الأخيرة في الفقه الإمامي، والذي امتازت مباحثه

١٠ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

بالدقة العلمية والاستدلالات المتينة، الكاشفة عن مكانة مؤلفها الشامخ ودقته ومهارته في عملية الاستنباط وإحاطته بجوانب البحث، مما يشهد ببراعته في ميدان الاجتهاد الفقهي.

ومن المعلوم لجميع أصحاب الفضل والمختصين أن الشيخ الأعظم (قدس سره) أسس في كتابه هذا مدرسة جديدة في فقه المعاملات لم تكن معهودة من قبل، حيث طرح فيه أسلوباً عصرياً في فقه التجارة والبيع أضفى على هذا الباب سحراً خاصاً وجمالية قل نظيرها، متعرضاً فيه إلى نكات علمية دقيقة لم تخطر على بال أهل هذا الفن من قبل، ومثيراً غبار البحث في أمور لم يلتفت إليها إلا القليل من أصحاب النبوغ في مجال الدراسة والتحقيق، فكان هذا الكتاب بحق محفلاً فكرياً ولوحة فنية رائعة تعبر بصدق عن الشخصية العلمية الفذة للشيخ الأعظم بكل أبعادها.

ولأجل أهمية هذا الكتاب، فقد أصبح من المصنّفات الخالدة، عكف عليه رواد العلم وطلاب الفضيلة، وصار محور التحقيق والتدقيق، والشرح والتعليق، والدراسة والتدريس، لا يستغني عنه الطلاب ولا المجتهدون، حتى أضحي أحد المناهج الدراسية المهمة لطلبة العلوم الدينية في الحوزات العلمية في مرحلة السطوح والبحث الخارج.

ومن اختار أن يخوض غمار بحر بحوث هذا الكتاب المتلاطمة أمواج الأقوال والآراء فيه، واستخراج مكنون درره ونفائس لثائه أستاذنا العلامة المحقق آية الله السيد كمال الحيدري (دام ظلّه الوارف)، حيث شرح قبل ما يقرب من ربع قرن من الزمان مطالب الكتاب بأسلوب علمي شيق لطلبة العلوم الدينية في مرحلة السطوح، التي هي المرحلة السابقة على مرحلة البحث الخارج، اخترنا منها هنا ما أفاده من شرح لبحث مهم من بحوث كتاب البيع ألا وهو بحث المعاطاة، الذي تظهر أهميته من حيث ارتباطه بالواقع الحياتي اليومي

للإنسان، إذ لا شبهة في أنّ البشر منذ بدايات تمدّنه واحتياجه إلى التبادلات مروراً بجميع الأعصار - بما يشمل عصر النبوة والأئمة عليهم السلام - وإلى يومنا هذا، يبادلون الأجناس بالأجناس أو الأثمان، من دون الالتزام بإنشاء المعاملات باللفظ، كما أنّ الأسواق كانت ولا تزال في كلّ أُمَّةٍ جاريةً على المعاطاة، وقلّما يتفق الإنشاء اللفظي في إيقاع المعاملة، اللهم إلا في الأمور الخطيرة، وإن كان التقاؤل قبل إيقاعها متعارفاً أيضاً، وهذا يشمل سيرة الناس بما هم عقلاء وسيرتهم بما هم متشرّعة أيضاً، إذ لم يعهد من الفقهاء والصالحين إجراؤهم لصيغة البيع عند شراء الخبز أو السمن وغيرهما من الاحتياجات. وعليه فالمعاطاة من حيث المبدأ هي أقدم زماناً من البيع اللفظي، ومن حيث الابتلاء فهي أوسع نطاقاً منه.

### المنهج العام للبحث عند الشيخ الانصاري ومميزاته

إنّ المتتبع لأبحاث الشيخ الأعظم (قدّس سرّه) في مجالي الفقه والأصول سيلاحظ وجود منهج عام يلتزم به الشيخ في أغلب أبحاثه، وهو منهج قريب إلى المنهج البحثي الأكاديمي المتّبع في العصر الحاضر، ويمكن بيان معالمه إجمالاً بما يلي:

أولاً: تحديد موضوع البحث؛ حيث يبحث عن مصادر البحث وتاريخه ومدى ارتباطه بالبحوث السابقة كما يتّضح في بيع الفضولي.

ثانياً: تعريف الموضوع؛ من حيث اللغة والاصطلاح، ودراسة التعاريف المصطلحة ومناقشتها واختيار الأفضل منها كما يتّضح في تعريف البيع.

ثالثاً: استعراض أقوال العلماء، وتوضيح آرائهم المختلفة في الموضوع، وذكر بعض أدلّتهم التي استلزمت تمسّكهم برأيهم، ثمّ مناقشتها، مع بيان محلّ النزاع وصور المسألة، كما يتّضح في بحث المعاطاة.

رابعاً: بيان الأصل في المسألة: للرجوع إليه عند الشك في حكم المسألة.  
 خامساً: تبويب موضوع البحث الى مسائل والبحث في كل مسألة عن جميع ما يتعلّق بها من بحوث، وقد يفرّع عن تلك المسائل مسائل أخرى وقد يذكر لتلك الأخرى تفرّعات، كما يتّضح في بيع الفضولي.  
 سادساً: التعرّض لكل رأي في المسألة بشكل مستقلّ، مع بيان الأدلّة ومناقشتها وأحياناً توجيهها وتفسيرها بحيث تصبح أكثر قبولاً.  
 سابعاً: طرح آراء وأدلّة محتملة في المسألة ومناقشتها، ثم ذكر الأدلّة المختارة الكاشفة عن رأيه، الذي عادةً ما يكون موافقاً للمشهور، لكن بالاستدلال لا بالتقليد.

ثامناً: ذكر تنبيهات للمسألة، وهي بحوث تتعلّق بأحكام مختلفة مرتبطة بموضوع البحث، يسير فيها على نفس الخطوات التي كان يمشي عليها في البحث الأصلي، كما يتّضح في بحث المعاطاة.

هذه هي الخطّة العامّة والمنهجية التي يتّبعها الشيخ الأعظم (قدّس سرّه) في معظم أبحاثه، ويمكن تلخيص أبرز مميّزاتها بما يلي:

أولاً: الاستفادة من مختلف مناهج البحث في الاستدلال، فهو يعتمد المنهج النقلي لدراسة الآيات والروايات، إلاّ أنّه يصبّ جلّ اهتمامه بالنسبة إلى الروايات على دلالتها دون التعرّض في الأغلب إلى سندها، كما أنّه يعتمد المنهج العقلي أيضاً، إضافة الى تمسّكه بالاستقراء كما في الإجماع، وباللغة والعرف.

ثانياً: تنظيم المباحث وتقسيمها، وجودة طريقة الدخول فيها والخروج منها، وهذه تعتبر من أبرز مميّزات مصنّفات الشيخ الأعظم قدّس سرّه).

ثالثاً: الاهتمام بأقوال العلماء وآرائهم، سواء القدامى منهم أو المعاصرون له (قدّس سرّه)، وذكرها بكلّ احترام وتبجيل، وأحياناً يراعي التسلسل الزمني في

ذكر الأقوال، وهو أسلوب علمي حديث يُعرف من خلاله مدى تطوّر الآراء في المسألة الواحدة كما يتّضح في مبحث الوقف.

رابعاً: ذكر الاحتمالات الثبوتية والإثباتية في كلّ مسألة، وهذا من شأنه شحذ الأذهان وإعدادها لعملية الاستنباط بشكل دقيق.

خامساً: الموضوعية في البحث وعدم الانحياز الى رأي، وتربية الأذهان على مباني الأقوال في المسألة وعدم التوقّف على رأي واحد، ممّا يساعد على اكتشاف طرق جديدة في الاستدلال وعدم الركود الفكري، بل أحياناً يدعم الشيخ الرأي المخالف لرأيه بأدلة لم يتعرّض صاحب الرأي نفسه إليها، سواءً كانت هذه الأدلة الجديدة من الشيخ نفسه أو من غيره، وهي التي غالباً ما يعبر عنها الشيخ بقوله: (اللهم إلا أن يقال)، (يمكن أن يقال)، (إن قلت) ونحو ذلك.

سادساً: الاستفادة من الآراء والمباني الأصولية والفقهية في مباحثه، وخاصةً مبانيه وآرائه الخاصة.

### خصائص عملنا في هذا الكتاب

من الطبيعي أن لا تكون مهمة تقرير هذا الكتاب يسيرة وخالية من المصاعب، وذلك بسبب وجود الكمّ الهائل من الشروحات والتعليقات التي يحتاج الاطلاع عليها وبيان كنه المطالب فيها - مع ما تمتاز به من دقّة - تأنيّاً وصبراً في إعمال الفكر وتحليل العبارة وإرجاع ما يذكره السيّد الأستاذ في شرحه إلى المصدر والمنبع، بما يضمن سلاسة العبارة ووضوح المطلب وتوثيق النكات العلمية المطروحة مع الحفاظ على المصطلحات العلمية المتعارفة في الوسط الفقهي.

ويمكن تلخيص أبرز ما قمنا به في هذا الكتاب بما يلي:

أولاً: أتبعنا الترتيب المنهجي الذي سار عليه الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) في تنظيم مطالب البحث، فقسّمنا البحث الكلي إلى أبواب وفصول ومباحث

ومطالب، ووضعنا لها عناوين تتناسب مع مضمونها.

ثانياً: جعلنا في نهاية كل فصل مبحثاً بعنوان أضواء على النص، تعرّضنا فيه إلى تفسير بعض الكلمات والعبارات بأسلوب مختصر بما يرفع الإبهام والغموض عنها، وبيان كيفية ربط العبارات والجمل بعضها مع بعض.

ثالثاً: بسطنا الكلام في المباحث التمهيدية بما يسهل معها توضيح المطالب العلميّة الدقيقة حين الشرح دون الخروج عن أصل الموضوع.

رابعاً: عادةً ما يذكر السيّد الأستاذ مطالب علمية أو أقوالاً دون الإشارة إلى مصدرها، فتكفّلنا بإرجاعها إلى منابعها الأصلية على نحو الإشارة في الهامش أو على نحو النقل بالمضمون أو النص.

خامساً: توسّعنا في توضيح بعض المطالب العلميّة بما يتناسب مع المستوى العلمي المخصّص له هذا الكتاب، دون الدخول في مرحلة الحكم بين الآراء المختلفة؛ لأنّها موكولة إلى البحث الخارج.

سادساً: بيّنا بعض مطالب الكتاب بعبارات متعدّدة بما يؤدّي إلى زيادة الوضوح وفهم النص.

سابعاً: حاولنا قدر الإمكان إيضاح المطالب العلميّة التي تعرّض لها الأعلام والمرتبطة بالبحث قبل نقل أقوالهم أو بعده بما يتّضح معها مقصود القائل، ولا يخفى ما في هذا العمل من صعوبة في بعض الموارد.

ثامناً: استفدنا من بعض الكتب المطبوعة حديثاً في توثيق بعض المطالب العلميّة التي أشار إليها السيّد الأستاذ أثناء الشرح، بعد أخذ الإذن من سماحته.

### ما يمتاز به هذا الكتاب

إنّ أبرز ما يمتاز به هذا الكتاب أمران هما: الوضوح والشمولية، فقد حاولنا قدر الإمكان تبعاً لسيّدنا الأستاذ توضيح المطالب العلميّة الدقيقة بأسلوب

مبسّط مع الحفاظ على متانة البناء العلمي والمصطلحات المستعملة فيه بما لا يخرج عن كونه كتاباً علمياً مخصّصاً للأساتذة الأفاضل والطلبة الكرام المقبلين على مرحلة الاستنباط.

كما أنّنا نستطيع أن نقول وبضرس قاطع أنّ هذا الكتاب يعتبر موسوعة علمية شاملة في فقه المعاطاة، لكونه خلاصة عشرات من المصادر، بحيث يكون القارئ مستغنياً عن الرجوع إليها في مقام البحث والتحقيق، ولذا ندّعي أنّ هذا الكتاب إضافة إلى أنّه سيكون المرجع الأوّل والمعين لأساتذة وطلبة السطوح، سيكون مرجعاً أيضاً لأساتذة البحث الخارج الأجلّاء ممّن اختار البحث في موضوع الكتاب.

وأخيراً لا يفوتني أن أوكد أنّ الشرح المقرّر في هذا الكتاب إنّما هو عبارة عن محاضرات درسيّة ألقاها سيّدنا الأستاذ على طلبة السطوح في شرح كتاب البيع من مكاسب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) قبل أكثر من عقدين من الزمان، ولذا فهي خالية في الغالب عن الرأي الاجتهادي الاستنباطي لسماحته، إذ إنّ ذلك موكول إلى بحوث بمستويات أكثر سعةً وتفصيلاً وعمقاً، وهي محلّها دروس البحث الخارج.

وفي الختام..

لا يسعني إلّا أن أتقدّم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا آية الله السيّد كمال الحيدري (دام ظلّه) على الرعاية العلميّة والمعنويّة التي أولاني بها طوال فترة كتابتي لهذه التقارير، وعلى عطفه الأبوي الذي غمرني به.

كما أتقدّم بالشكر الوافر إلى أستاذه وأخي حجّة الإسلام والمسلمين سماحة الشيخ الدكتور طلال الحسن الذي لم يدّخر وسعاً في إبداء النصّح والنظر، جزاه الله خير الجزاء.

هذا وأسأل الله تعالى أن يتقبّل منّي هذا العمل المتواضع، الذي قصدت به خدمة مذهب أهل البيت (عليهم افضل الصلاة والسلام)، وإفادة أساتذة الحوزة العلميّة الأفاضل وطلبتها الكرام، بما يجعل ذلك في ميزان أعماله يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، والحمد لله ربّ العالمين، وصلى الله على نبيّنا الأعظم محمّد وعلى آله الطيبين الطاهرين.

نائل هاشم الحسيني

الأوّل من شهر ربيع الثاني ١٤٣٩ هـ



## مباحث تمهيدية

- المبحث الأول: حقيقة العقد
- المبحث الثاني: أقسام العقد
- المبحث الثالث: تصورات في حقيقة الملك
- المبحث الرابع: حقيقة الإباحة وأقسامها
- المبحث الخامس: الأصل الأولي في المعاملات
- المبحث السادس: تبعية العقد للقصد



## المبحث الأول: حقيقة العقد

يقع الكلام في هذا المبحث في عدة مطالب:

### المطلب الأول: العقد لغة

جاء في لسان العرب: «العقد: نقيض الحل؛ عقده يعقده عقداً وتعقداً وعقده... ويقال: عقدت الحبل، فهو معقود، وكذلك العهد؛ ومنه عقدة النكاح؛ وانعقد عقد الحبل انعقاداً... وعقد العهد واليمين يعقدهما عقداً وعقدهما: أكدهما»<sup>(١)</sup>.

وجاء أيضاً: «العقد: العهد، والجمع عقود، وهي أوكد العهود... فإذا قلت: عاقفته أو عقدت عليه، فتأويله: أنك ألزمته ذلك باستيثاق... وعقدة كل شيء: إبرامه»<sup>(٢)</sup>.

وفي معجم مقاييس اللغة: «عقد... يدل على شدّ وشدّة وثوق»<sup>(٣)</sup>.  
وفي تاج العروس: «عقد الحبل والبيع والعهد يعقده عقداً فانعقد: شدّه، والذي صرح به أئمة الاشتقاق: أنّ أصل العقد نقيض الحل... ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات، والعقود وغيرها، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم»<sup>(٤)</sup>.

(١) لسان العرب، ابن منظور، ج ٣ ص ٢٩٦.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٩٧.

(٣) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ج ٤ ص ٨٦.

(٤) تاج العروس، الزبيدي، ج ٥ ص ١١٥.

٢٠ .....بحوث في فقه المعاطاة- ج ١

وفي المصباح المنير: «عقدت الحبل عقداً، من باب: ضرب فانعقد. والعقدة: ما يمسكه ويوثقه، ومنه قيل: عقدت البيع، ونحوه. وعقدت اليمين وعقدتها، بالتشديد توكيد، وعاقدته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته»<sup>(١)</sup>.  
وفي مجمع البحرين: «العقود: جمع عقد، بمعنى المعقود، وهي أوكد العهود»<sup>(٢)</sup>.

وملخص كلمات اللغويين: أن العقد يطلق على معنيين:  
الأول: مطلق العهد والالتزام النفساني، سواء كان مشدداً لا يجوز فسخه والعدول عنه أم غير مشدد.  
الثاني: خصوص العهد المؤكد الذي يقتضي بحسب طبعه العمل بمقتضاه وعدم الرجوع عنه.

### المطلب الثاني: العقد اصطلاحاً

ذكر المحقق الحلبي قدس سره في شرائعه: أن «العقد: هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم، ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع، سواء كان في الحقير أو الخطير»<sup>(٣)</sup>.

وقال صاحب الجواهر قدس سره: «العقود جمع عقد، وهو لغة: ضد الحل، وشرعاً: قول من المتعاقدين، أو قول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه»<sup>(٤)</sup>.

(١) المصباح المنير، الفيومي، ج ٢ ص ٤٢١.

(٢) مجمع البحرين، فخر الدين الطريحي، ج ٣ ص ١٠٣.

(٣) شرائع الإسلام، المحقق الحلبي، ج ٢ ص ٢٦٧.

(٤) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٣.

وقال المحقق الأردبيلي قدس سره: «العقد: العهد الموثق المشدد بين اثنين، فكلّ عقدٍ عهدٌ دون العكس؛ لعدم لزوم الشدّة والاثنيّة»<sup>(١)</sup>.

وقال الميرزا النائيني قدس سره: «العقد: عبارة عن العهد المؤكّد»<sup>(٢)</sup>، وكذا قال المحقق الأصفهاني قدس سره<sup>(٣)</sup>.

وقال الآخوند الخراساني قدس سره: «يمكن المناقشة في صدق العقد على ما إذا وقع بالكناية، فإنّه عهد مؤكّد، ولا يبعد أن يمنع عن تأكّده فيما إذا وقع بها»<sup>(٤)</sup>.

وقال أستاذنا السيّد الخوئي قدس سره: «ومعنى العقد: إمّا العهد المطلق كما صرّح به بعض أهل اللغة، أو العهد الوثيق كما صرّح به بعض آخر من أهل اللغة أيضاً.... وعليه.... يجب الوفاء بكلّ ما صدق عليه عنوان العقد عرفاً»<sup>(٥)</sup>.

وملخص كلماتهم أنّ العقد شرعاً يطلق على معنيين:

الأوّل: المعنى الذي صرّح به أهل اللغة، من أنّ العقد هو مطلق العهد أو خصوص العهد المؤكّد، ولا مدخلية للألفاظ في صدق عنوان العقد، فيكفي التقابض من دون لفظ.

الثاني: خصوص ما تضمّن على لفظ الإيجاب والقبول من كلا المتعاقدين أو من أحدهما (أي: العهد اللفظي) ولا يكفي مجرد التقابض من دون اللفظ وإن كانت الأمارات على نقل الملكية موجودة.

(١) زبدة البيان في أحكام القرآن، المحقق الأردبيلي، ص ٤٦٢.

(٢) كتاب المكاسب والبيع، تقرير أبحاث الميرزا النائيني، للآملي، ج ١ ص ٨١.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٥٦.

(٤) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٧.

(٥) مصباح الفقاهة، تقرير أبحاث السيّد الخوئي، للتوحّيدي، ج ٢ ص ١٦٨.

### المطلب الثالث: صدق العقد على العهد المؤكّد

عرفنا في المطلب السابق أنّ بعض الفقهاء ذكروا أنّ العقد إنّما هو العهد المؤكّد وما يكون فيه إلزام والتزام، ولكي نفهم المقصود من التوكيد هنا وما هو معناه لابدّ من الرجوع إلى الأصل في استيضاح المعاني، وهو الرجوع أولاً إلى العرف وملاحظة استعماله ما لم يرد توضيح لها في لسان الشارع، ثمّ الرجوع إلى أهل اللغة.

فإذا رجعنا إلى العرف نجد أنّ العقد عنده يعتمد على ارتباط شيءٍ بآخر بأيّ نحوٍ من أنحاء الارتباط والاتّصال، وليس في ارتكازاته ضرورة وجود التوكيد فيه. أما اللغة: فقد عرفنا أنّ كلماتهم تصبّ في معنيين، الأوّل: أن يراد من العقد مطلق العهد، والثاني: خصوص العهد المؤكّد. وبالتالي فإنّه من الصعب الحكم بضرر قاطع أنّ العقد هو العهد المؤكّد، ولا أقلّ من اندراج القضية في الشبهة المفهومية من حيث اللغة.

أما الشرع: فلا يوجد عندنا نصّ يمكن أن نستفيد منه هذا المعنى، بل يمكن القول أنّه بمقتضى رواية عبد الله بن سنان الواردة في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١) أي: أوفوا بالعهود<sup>(١)</sup>، نعرف عدم تضمّن التوكيد في معنى العقد وحقيقته، هذا أولاً.

وثانياً: لو فرضنا أنّ العقد حقيقةً هو العهد المؤكّد، فتساءل: ما هو المبرز لهذا التوكيد؟

(١) جاء في تفسير العيّاشي عن النضر بن سويد عن بعض أصحابنا عن عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله (الصادق) عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قال: العهود». (انظر: تفسير العيّاشي، محمد بن مسعود العيّاشي، ج ١ ص ٢٨٩).

### رأي الميرزا النائيني

يرى الميرزا النائيني أنّ التوكيد والتشديد في العقد إنّما يكون باللفظ، أمّا الأفعال فهي قاصرة عن ذلك، فيقول: «إنّ العقد إنّما يسمّى عقداً لكونه مفيداً للعهد المؤكّد والميثاق والتعهد، والفعل قاصر عن إفادة هذا المعنى»<sup>(١)</sup>، وتوضيح ذلك: أنّه عند التلفّظ بقول: (بعث) مثلاً، يحصل أمران:

الأول: مدلول مطابق للفظ، وهو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، وهذا كما ينشأ باللفظ ينشأ كذلك بالفعل أيضاً.

الثاني: مدلول التزامي للفظ، وهو الالتزام بما تمّ إنشاؤه (أي: التزام البائع بكون المبيع بدلاً عن الثمن، والتزام المشتري بكون الثمن عوضاً عن المثلث) وهذا الالتزام لا يكون إلا باللفظ؛ لأنّ البناء القلبي في باب العقود ليس له أثر إلا إذا جيء بما هو مصداق لهذا العنوان، وليس الفعل مصداقاً له، لأنّ غاية ما يفيد هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، بينما اللفظ مصداق له، لأنّ الملازمات العرفية من أنحاء المدلولات، والعرف يرى أنّ من أوجد البيع بلفظ (بعث) فقد التزم ببقائه على ما أنشأه.

إذن، فالميرزا النائيني قدس سرّه يرى أنّ العقد هو العهد المشدّد، وتشديده إنّما هو باللفظ.

### جواب السيّد الخميني

يمكن بيان جواب السيّد الخميني قدس سرّه ضمن النقاط التالية:  
أولاً: لا توجد في المقام أيّ دلالة التزامية، بل غاية ما هو موجود: بناء الطرفين على الوفاء بمضمون العقد وترتيب الآثار، وذلك من جهة بناء العقلاء على ذلك،

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٥٧.

وهذا لا يختصّ بالعقد اللفظي فقط، وإنما يشمل العقد بالأفعال أيضاً (المعاطاة).  
 ثانياً: لو تنزّلنا وقلنا بوجود دلالة التزامية في المقام، لكنّ هذه الدلالة  
 الالتزامية ليس منشؤها اللفظ، بل هي مدلول التزامي لازم للمعنى المطابقي -  
 أي: المبادلة - وهذا المعنى كما هو موجود في العقد باللفظ كالبيع بالصيغة، كذلك  
 هو موجود بالعقد بالأفعال كالمعاطاة أيضاً، فلازم المعنى أيضاً موجود بالتبع.  
 ثالثاً: الصحيح هو عدم دخول اللزوم والتشديد في معنى العقد؛ لأنّه في  
 اللغة مستعار من عقد الحبل، وهو الربط الخاص من حيث تبادل الإضافتين،  
 ولا دخل للتشديد فيه، ووجه الاستعارة ومصحّحها هو دعوى أنّ الربط  
 الاعتباري هو الحبل، وتبادل الاعتبارين كتبادل طرفي الحبل بنحو يرتبط ويحصل  
 فيه العقد. ولا يمكن القول باستعارة اللفظ بمناسبة أحد مصاديق معناه وهو  
 العهد الموثّق؛ وذلك لأنّ العهد الموثّق ليس معنى العقد، واللفظ لم يوضع إلاّ  
 لماهية المعنى، أمّا خصوصيات المصاديق فهي خارجة عن الموضوع له. وحينئذ  
 لو أريدت الاستعارة من قسم خاص، لا بدّ من ارتكاب تأوّل آخر وادّعاء أنّ  
 العقد المشدّد والمستوثق هو العقد دون غيره، فيكون اللفظ مختصّاً به ادّعاءً، ثمّ  
 استعارته للربط الاعتباري.

وبعبارة أخرى: ستكون لدينا استعارتان، الأولى: استعارة العقد المشدّد  
 والموثّق من العقد، والثاني: استعارة الربط بين الإضافتين من العقد المشدّد.  
 وهذا يلزم منه سبب مجاز من مجاز، واستعارة من استعارة، وهو خلاف الأصل  
 وخلاف المعهود من الاستعمالات.

فتحصّل: أنّ العقد بالمعنى الاستعاري هو مطلق المعاملة بلحاظ الربط  
 الاعتباري المتبادل<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: البيع، بحث الإمام الخميني، لمحمّد حسن قديري، ص ٢٨. وكذلك: كتاب



### رأي المحقق الأصفهاني

يرى المحقق الأصفهاني أنّ العقد والعهد والملكيّة وأمثالها إنّما هي أمور اعتباريّة لا يمكن أن يتصوّر فيها الشدّة والضعف، وحُكْمنا على العقد باللزوم أو الجواز إنّما هو لأجل خصوصيّات خارجة عن حقيقة العقد والملك؛ فقال قدس سرّه: «التحقيق: أنّ العقد والعهد المعاملي والملكيّة وأشباهاها حيث إنّها من الاعتبارات ليس فيها حركة واشتداد، وليست من المقولات حتى يجري في بعضها الحركة والاشتداد... ومنه تعرّف أنّ اعتبار ملكيّة قويّة أو ضعيفة أيضاً لا معنى له، إذ ليس لحقيقته قوّة وضعف حتى يمكن اعتبار الشديد منها والضعيف منها، فلم تبقَ إلاّ خصوصيّات خارجة عن مرحلة العقد والملك، بحيث يكون باعتبار تلك الخصوصيّات يُحكّم على العقد باللزوم تارة والجواز أخرى؛ كخصوصيّة المجلس أو كون المبيع حيواناً أو كون الهبة لذي رحم وأشباه ذلك، ومع خروج تلك الخصوصيّات عن العقد ومقتضاه لا معنى لأن يتفاوت الوفاء بالعقد في نفسه كما توهم»<sup>(١)</sup>.

### المطلب الرابع: الفرق بين العقد والعهد والنسبة بينهما

اختلف الأعلام في الفرق بين العقد والعهد وبيان النسبة بينهما إلى آراء:

الرأي الأوّل: أنّ الفرق بين العقد والعهد في أمرين:

الأوّل: أنّ العقد فيه معنى التوكيد واللزوم والاستيثاق، دون العهد.

الثاني: أنّ العقد لا يكون إلاّ بين طرفين، بينما العهد لا يشترط فيه ذلك. لذا

تكون النسبة بينهما هي العموم والخصوص، وجهة العموم في العهد؛ فكلّ عقدٍ عهدٌ وليس كلّ عهدٍ عقداً.

البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ١٠٧.

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ٤ ص ٣٦.

قال أبو هلال العسكري: «الفرق بين العقد والعهد: أنّ العقد أبلغ من العهد؛ تقول: عهدت إلى فلان بكذا، أي: ألزمته إيّاه. وعقدت عليه وعاقدته: ألزمته باستيثاق. وتقول: عاهد العبد ربّه، ولا تقول: عاقد العبد ربّه؛ إذ لا يجوز أن يقال: استوثق من ربّه»<sup>(١)</sup>.

وقال أيضاً: «الفرق بينهما: أنّ العقد فيه معنى الاستيثاق والشّد، ولا يكون إلاّ بين متعاقدين. والعهد قد ينفرد به الواحد، فبينهما عموم وخصوص»<sup>(٢)</sup>.  
وقال المحقّق الأردبيلي: «كلّ عقدٍ عهدٌ دون العكس، لعدم لزوم الشّدّة والاثنيّة»<sup>(٣)</sup>.

وقال الملام محمد النراقي: «الفرق بين العقد والعهد.... أنّ في العقد معنى الاستيثاق والشّدّة، فلا يكون إلاّ بين اثنين، والعهد قد يتفرد به الواحد»<sup>(٤)</sup>.  
وقال صاحب مفاتيح الأصول: «الفرق بين العقد والعهد: أنّ العقد فيه معنى الاستيثاق والشّد ولا يكون إلاّ بين متعاقدين، والعهد قد ينفرد به الواحد، فكلّ عقدٍ عهدٌ ولا يكون كلّ عهدٍ عقداً»<sup>(٥)</sup>.

كما ذكر بعضهم حول أعمية العهد من العقد أنّه «إن كان كلّ واحد منهما [المعقود والمعقود فيه] من الأمور الاعتبارية أو الخارجية غير القابلة لعروضه عليها - كما في مثل البناء والالتزام والعهد - فالعقد مجازي حصل من تنزيل العهدين والالتزامين من الطرفين منزلة الحبلين المنفصل أحدهما عن الآخر،

(١) معجم الفروق اللغوية، أبو هلال العسكري، ص ٣٦٥.

(٢) المصدر نفسه، ص ٣٦٦.

(٣) زبدة البيان في أحكام القرآن، المحقّق الأردبيلي، ص ٤٦٢.

(٤) مشارق الأحكام، الملام محمد النراقي، ص ١٧.

(٥) مفاتيح الأصول، السيّد محمد الطباطبائي الكربلائي، ص ٥٤٣.

وتنزيل وصل كل منهما وربطه بالآخر بكون أحدهما إيجاباً والآخر قبولاً له منزلة العقد... وهذا بخلاف العهد، فإنه عبارة عن صرف البناء على شيء والالتزام به، أعم من أن يكون هناك التزام من طرف آخر مرتبط به أم لا، فالعهد أعم من العقد، فكل عقد عهد ولا عكس<sup>(١)</sup>.

الرأي الثاني: أن الفرق بين العقد والعهد هو عينه عند أصحاب الرأي الأول والنسبة بينهما هي العموم والخصوص كذلك، إلا أن جهة العموم في العقد لا العهد، وذهب إلى هذا الرأي الشيخ الطبرسي في تفسيره حيث قال: «والفرق بين العقد والعهد: أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد، ولا يكون إلا بين متعاقدين. والعهد قد ينفرد به الواحد، فكل عهد عقد، ولا يكون كل عقد عهداً»<sup>(٢)</sup>.

كما ذهب الشيخ المامقاني إلى ما ذهب إليه الشيخ الطبرسي؛ حيث التزم في مقام التفريق بين العقد والعهد بما ذكره الشيخ الطبرسي<sup>(٣)</sup>.

ومن الواضح جداً أن لازم ما ذكره الشيخ الطبرسي قدس سره من التفريق بين العقد والعهد، أن يكون العهد هو الأعم وليس العقد، وهذا مخالف لما أجمع عليه أهل اللغة من أعمية العقد على العهد، ولذا يقوى احتمال أن يكون الاشتباه من النسخ لا من الشيخ الطبرسي أعلى الله مقامه.

ومن اللافت للنظر: أن السيد الخميني قدس سره قال في معرض الإشكال على من جعل الأعمية من جهة العقد: «ووقع نظير هذا الاشتباه لبعض أهل التحقيق، فجعل كل عهد عقد، ولا عكس، مع ذهابه إلى أن العهد هو مطلق الجعل والقرار، كمجعولاته تعالى في المناصب، كالإمامة والخلافة، وكتكاليفه

(١) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي، ص ٤٠٧.

(٢) تفسير مجمع البيان، الشيخ الطبرسي، ج ٣ ص ٢٨٥.

(٣) غاية الآمال، الشيخ المامقاني، ج ٢ ص ٢٤٢.

تعالى، وجعل العقد ربط شيء بشيء، فراجع كلامه»<sup>(١)</sup>.

ومقصوده من بعض أهل التحقيق - كما ذكر مقرر وأبحاثه - هو المحقق الأصفهاني، ولكن عند الرجوع إلى ما ذكره المحقق الأصفهاني في حاشيته على المكاسب نرى أن إشكال السيد الخميني غير وارد، لأن المحقق الأصفهاني يرى أن كل عهدٍ عقدٌ لغةً دون العكس، وكل عقدٍ عهدٌ اصطلاحاً دون العكس، حيث قال: «فإن العهد بحسب مفهومه اللغوي لا يخلو عن ارتباط بالإضافة إلى ما تعلق به القرار دون العقد بحسب مفهومه اللغوي، فإنه يعم العهد وغيره، فكل عهدٍ عقدٌ لغةً ولا عكس، وأما اصطلاحاً فكل عقدٍ عهدٌ ولا عكس»<sup>(٢)</sup>.

الرأي الثالث: أن العقد والعهد بحسب المفهوم متباينان، وأما بحسب المصداق فبينهما عموم وخصوص من وجه؛ لأن العقد لغةً موضوعٌ لعقدة الحبل، واستُعير به عن تبادل الإضافتين، لأنه يحصل بينهما ربط خاصٌ كعقدة الحبل، وأما العهد فهو مجرد التزام ذهني، أي: جعل الشيء في الذمة؛ قال السيد الخميني قدس سره: «والمائز بين العهد وبين العقد: هو أن العقد ربط اعتباريٌّ شُبّه مجازاً بالربط الحاصل بعقد الحبل، بخلاف العهد فإنه معنى حقيقيٌّ يراد به الأخذ في الذمة، فكان الأخذ بنفسه عهداً حقيقةً»<sup>(٣)</sup>.

وقال أيضاً: «الظاهر أنّهما بحسب المصداق من قبيل العموم من وجه، فربّما يتفق تصادقهما على مصداق واحد باعتبارين»<sup>(٤)</sup>، «فبيع الكالي بالكالي»<sup>(٥)</sup> - بغض

(١) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ١٠٤.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٤٤.

(٣) كتاب البيع، بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٩٣.

(٤) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ١٠٣.

(٥) الكالي لغةً: من كالأ الدين يكلاً، مهموز بفتحتين كلوءاً: تأخر. (المصباح المنير، الفيومي، ج ٢ ص ٥٤٠)، فيكون معنى بيع الكالي بالكالي: أن تشتري أو تباع ديناً لك

النظر عن صحته وعدمها - مجمع للاعتبارين، أما اعتبار العقد فلتبادل الإضافة التي شَبَّهت بعقد الحبل، وأما اعتبار العهد فلأخذ في الذمة بأن يعطي كلُّ منهما صاحبه مالاً، وقد يفترقان أيضاً بأن يكون عهد ولا عقد كما في معاهدة الله تعالى، أو يكون عقد ولا عهد كما في المعاطاة والبيع بالصيغة ونحوهما<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني: أقسام العقد

تنقسم العقود - حسبما أفاده الميرزا النائيني قدس سره - إلى قسمين رئيسيين:

#### القسم الأول: العقود الإذنية

وهي العقود التي تتوقف على الإذن حدوثاً وبقاءً بحيث ترتفع بارتفاع الإذن وإن لم يعلم به المأذون، وهذه العقود هي عقود باصطلاح الفقهاء وليست عقوداً بالمعنى اللغوي والعرفي، لأنَّ العقد لغةً وعرفاً - كما هو رأي الميرزا النائيني قدس سره<sup>(٢)</sup> -: هو العهد المؤكّد الذي يكون فيه إلزام والتزام، ومن الواضح أنّ ما كان قوامه على مجرد الإذن ورضا وليّ الأمر ومالكة لا يكون فيه عهد والتزام، نعم اصطُح عليها أنّها عقود باعتبار أنّها تكون بين طرفين كارتباط العقد بينهما؛ ولذا يكون خروجها عن ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ خروجاً تخصصياً لا تخصيصياً حتى يلزم منه تخصيص الأكثر.

ومن أمثلة هذه العقود: الوديعة والعارية، بناءً على أنّ مفادها الإباحة

على رجل بدين له على آخر. (القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ج ٤ ص ٤٣) أو هو أن يكون لك على رجل دين، فإذا حلَّ أجله استباعك ما عليه إلى أجل. (الفائق في غريب الحديث، الزمخشري، ج ٣ ص ١٦٥).

(١) كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٩٤.

(٢) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للآمل، ج ١ ص ٨١. وكذلك: منية

الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٨٩.

٣٠.....بحوث في فقه المعاطاة- ج ١

المجانّيّة، وأمّا بناءً على كونها مفيدةً للتمليك المجاني فتدخل في القسم الثاني من العقود وهي العقود العهديّة، ومن أمثلتها أيضاً الوكالة على أحد قسميها، فإنّها وإن كانت بنوعها تفيد إباحة التصرف للوكيل إلا أنّ قسماً منها عهديّ يتوقّف على الإيجاب والقبول مع شرائط خاصّة مذكورة في محلّها.

### القسم الثاني: العقود العهديّة

وهي العقود التي تشتمل على التعمّد والالتزام، وهي على قسمين:

#### الأول: العقود العهديّة التعليقيّة

وهي العقود التي يكون المنشأ فيها معلّقاً على أمر باستعمال إحدى أدوات التعليق مثل (إن)، وتعتبر هذه العقود عقوداً حقيقيّة لما فيها من الإلزام والالتزام المنوطين بشيء يتوقّع حصوله، ومن أمثلتها السبق والرماية والجعل (بناءً على كونها عقداً منوطاً بالقبول) والوصيّة (بناءً على المشهور) حيث إنّ المنشأ فيها - أي: الملكيّة - معلّق على موت الموصي.

وهي تنقسم إلى عقود تملكيّة وغير تملكيّة، ومثال العقود التعليقيّة التملكيّة: الوصيّة التملكيّة، ومثال العقود التعليقيّة غير التملكيّة: الوصيّة العهديّة.

#### الثاني: العقود العهديّة التنجيزيّة

وهي العقود التي لا يكون المنشأ فيها معلّقاً على شيء، وتنقسم أيضاً إلى تملكيّة وغير تملكيّة، والتملكيّة تنقسم إلى ما يتعلّق بالأعيان وإلى ما يتعلّق بالمنافع، وكلّ واحدة منهما تنقسم إلى معوّضة وإلى غير معوّضة.

فمثال العقود العهديّة التنجيزيّة التملكيّة المعوّضة المتعلّقة بالأعيان: عقد البيع<sup>(١)</sup>، والمتعلّقة بالمنافع: عقد الإجارة، ومثال العقود العهديّة التنجيزيّة التملكيّة غير

---

(١) وكذا المعاطاة، إن قلنا: إنّها عقدٌ - لغةً وعرفاً وشرعاً - يفيد التمليك، كما سوف يأتي.

المعوضة المتعلقة بالأعيان: عقد الهبة، والمتعلقة بالمنافع: عقد العارية؛ بناءً على كونها مفيدةً للتمليك لا الإباحة.

هذا ومن الممكن أن يكون عقدٌ واحدٌ باعتبار مدلوله المطبقي والالتزامي مركباً من العهدي والإذني كعقد الإجارة مثلاً، «فإنها تدخل من جهة تمليك المنفعة بالعوض في العهديّة، ومن جهة تصرف المستأجر في العين في باب الأمانات المالكية التي ترجع جميع العقود الإذنية إليها»<sup>(١)</sup>.

### تعليق للشيخ الوحيد الخراساني

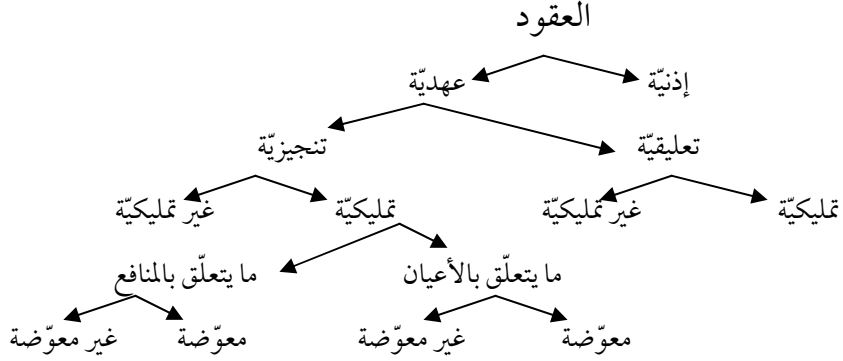
يرى أستاذنا الشيخ الوحيد الخراساني «أنّ العقود الإذنية في اصطلاح الفقهاء ليس مجرد الإذن في التصرف أو إباحة التصرف للمأذون له، لأنّ الإذن والإجازة والإباحة في اصطلاحهم إيقاع وليس بعقد، نعم الإذن والإجازة يعدّان من الأمور المسماة بذات التعلّق، أي: بحاجة إلى وجود طرفين من الآذن والمأذون له، وبرغم ذلك لم يلتزم فقيه - ولو مجازاً - بأنّ إباحة التصرف أو الإذن بالتصرف عقد، ويترتب عليه آثار العقد، وبالتالي فإنّ العقود الإذنية هي العقود التي يكون بناء طرفي العقد فيها منذ البداية على عدم الإلزام والالتزام كالشركة والوكالة، حيث إنّ كلا طرفي العقد عالمان منذ البداية بجواز رجوع أحدهما أو كليهما وحلّ الشركة وفسخها، بمعنى أنّ لهما الخيار في فسخ العقد متى شاءا، وهذا بخلاف البيع والإجارة وأصراهما، فإنّ طرفي العقد يعلمان بالتزامهما منذ البداية على الوفاء والالتزام بالعقد ولوآزمه»<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا، فإنّ العقود الإذنية هي عقود حقيقية داخلية في عموم «أوفوا

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٩٠.

(٢) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي،

بِالْعُقُودِ»، وليست عقوداً باصطلاح الفقهاء فقط.



### المبحث الثالث: تصورات في حقيقة الملك

يقع الكلام في هذا المبحث في عدّة مطالب:

#### المطلب الأوّل: الأمر الانتزاعي والاعتباري

تنقسم الأمور المتصوّرة لدى الإنسان إلى قسمين: المتأصّلة وغير المتأصّلة، وتنقسم الأمور غير المتأصّلة إلى: اعتباريّة وانتزاعيّة، والمقصود من الأمور المتصوّرة المتأصّلة ما لها وجود حقيقيّ وثابت في عالم التكوين، معلولة عن علل حقيقيّة خارجيّة تكوينيّة خاصّة كالأعيان الخارجيّة وأوصافها المقوليّة المتأصّلة. والمقصود من الأمور الاعتباريّة: هي تلك الأمور التي لها تقدّر وثبات في عالم الفرض والاعتبار عن طريق الإنشاء والجعل اللفظي أو غير اللفظي، ممّا يعتبر لها العقلاء والعرف - بعد تحقّق عللها - نحواً من الوجود الذي يكون منشأ لترتّب الآثار والأحكام.

أمّا الأمور الانتزاعيّة: فهي الأمور التي ليس لها تقرّر وثبات ووجود بنفسها وإنّما الوجود والتقرّر منشأ انتزاعها، كالأمور الكلّية المنتزعة من الأعيان الخارجيّة،



حيث يكون انتزاعها عن مقام الذات أو عن مرحلة أتصافها بإحدى المقولات كالفوقية والتحتية والمحاذاة وغيرها، فهي أمور تصوّرية تختلف عن الأمور المتأصلة في أمّها لا تأصل لها ولا وجود حقيقي في عالم التكوين، وتختلف عن الأمور الاعتبارية في أمّها لا تقبل الجعل والإنشاء وإنّما هي تابعة لمنشأ انتزاعها. ثم إن منشأ الاعتبار وسبب الجعل في الأمور الاعتبارية يمكن تقسيمه إلى عدة أقسام:

أولاً: أن يكون السبب أمراً خارجياً تكوينياً، كموت المورث الذي يكون سبباً للملكية، وحصول الاحتلام والنوم الذي يكون سبباً للحدث الأكبر والأصغر.

ثانياً: أن يكون السبب فعلاً من الأفعال الاختيارية المقصودة، كبيع المعاطاة وحيازة المباحات التي تكون سبباً للملكية، وكالجماع والبول الذي يكون سبباً للحدث، وكإتلاف مال الغير عدواناً الذي يكون سبباً للضمان.

ثالثاً: أن يكون السبب فعلاً من الأفعال غير المقصودة، كإتلاف مال الغير خطأ الذي يكون سبباً لضمان العين أو البدل، وكالقتل بغير عمد الذي يكون سبباً لاشتغال الذمة بدية المقتول.

رابعاً: أن يكون السبب لفظاً من الألفاظ، كصيغ الأوامر والنواهي الصادرة من الشارع وتكون سبباً للأحكام الشرعية التكليفية والوضعية، وكصيغ العقود والإيقاعات التي تكون سبباً للملكية والزوجية والطلاق والانعقاد والإبراء والخيار والفسخ في العقود وغيرها.

خامساً: أن يكون السبب مجرد القصد والإرادة، كإباحة الأموال للمتصرف برضا صاحبها، وحرمة ما أباحه بعدوله عن رضاه<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: الفردوس الأعلى، الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، ص ٨٨. وكذلك:

### المطلب الثاني: انتزاعية الملكية واعتباريتها

لا شك أن الملك هو نوع علاقة بين المالك والمملوك على نحو الإجمال، ووقع البحث بين الأعلام في أن الملك هل هو من الأمور الانتزاعية التي تُنتزع من الحكم التكليفي، أم هو أمرٌ اعتباريٌّ مجعولٌ بجعل الجاعل كما هو في سائر الأمور الاعتبارية، أم أنه من الأعراض المقولية العارضة على المالك والمملوك؟ ذهب الشيخ الأنصاري في المكاسب إلى أن حقيقة الملك هي نسبة بين المالك والمملوك<sup>(١)</sup>، لكنّه قدّس سرّه لم يبيّن لنا حقيقة هذه النسبة، ولكن بالرجوع إلى ما بحثه في علم الأصول من كون الأحكام الوضعية هل هي قابلة بنفسها للجعل أم أنّها منتزعة من الأحكام التكليفية في مواردها، نجد أنّه يرى أن الأحكام الوضعية ليست متأصلة في الجعل، وبالتالي فالملكية عنده ستكون نسبة منتزعة من منشأ الانتزاع وهو الحكم التكليفي بجواز التصرف.

قال قدّس سرّه: «المشهور - كما في شرح الزبدة - بل الذي استقرّ عليه رأي المحقّقين - كما في شرح الوافية للسيد صدر الدين -: أن الخطاب الوضعي مرجعه إلى الخطاب الشرعي، وأنّ كون الشيء سبباً لواجب هو الحكم بوجوب ذلك الواجب عند حصول ذلك الشيء، فمعنى قولنا: (إتلاف الصبي سبب لضمانه): أنّه يجب عليه غرامة المثل أو القيمة إذا اجتمع فيه شرائط التكليف من البلوغ والعقل واليسار وغيرها، فإذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله: (أغرم ما أتلفته في حال صغرك)، انتزع من هذا الخطاب معنى يعبر عنه بسببية الإتلاف للضمان، ويقال: إنّهُ ضامن، بمعنى أنّه يجب عليه الغرامة عند اجتماع شرائط التكليف. ولم يدع أحدٌ إرجاع الحكم الوضعي إلى التكليف الفعلي المنجز حال استناد

اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها، الشيخ المشكيني، ص ٨٥.

(١) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٩.

الحكم الوضعي إلى الشخص، حتى يدفع ذلك بما ذكره بعض من غفل عن مراد النافين: من أنه قد يتحقق الحكم الوضعي في موردٍ غير قابلٍ للحكم التكليفي، كالصبيِّ والنائم وشبههما.

وكذا الكلام في غير السبب، فإنَّ شرطية الطهارة للصلاة ليست مجعولة بجعلٍ مغايرٍ لإنشاء وجوب الصلاة الواقعة حال الطهارة، وكذا مانعية النجاسة ليست إلا منتزعة من المنع عن الصلاة في النجس، وكذا الجزئية منتزعة من الأمر بالمركب<sup>(١)</sup>.

وقال أيضاً: «والعجب ممن ادعى بدهة بطلان ما ذكرنا، مع ما عرفت من أنه المشهور والذي استقرَّ عليه رأي المحققين... فلو فرض نفسه حاكماً بحكم تكليفيٍّ ووضعِيٍّ بالنسبة إلى عبده لوجد من نفسه صدق ما ذكرنا؛ فإنه إذا قال لعبده: (أكرم زيداً إن جاءك)، فهل يجد المولى من نفسه أنه أنشأ إنشاءً وجعل أمرين؛ أحدهما: وجوب إكرام زيد عند مجيئه، والآخر: كون مجيئه سبباً لوجوب إكرامه؟ أم أن الثاني مفهوم منتزع من الأوَّل لا يحتاج إلى جعلٍ مغايرٍ لجعله ولا إلى بيانٍ مخالفٍ لبيانه، ولهذا اشتهر في ألسنة الفقهاء (سببية الدلوک) و(مانعية الحيض)، ولم يرد من الشارع إلا إنشاء طلب الصلاة عند الأوَّل، وطلب تركها عند الثاني؟»

فإن أراد تباينها مفهوماً فهو أظهر من أن يخفى، كيف! وهما محمولان مختلفا الموضوع، وإن أراد كونها مجعولين بجعلين، فالحوالة على الوجدان لا البرهان. وكذا لو أراد كونها مجعولين بجعلٍ واحدٍ، فإنَّ الوجدان شاهد على أنَّ السببية والمانعية في المثالين اعتباران منتزعان، كالمسببية والمشروطة والممنوعة<sup>(٢)</sup>.

(١) فرائد الأصول، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ١٢٧.

(٢) المصدر نفسه، ص ١٢٨.

وذكر الميرزا الأشثياني نقلاً عن أستاذه الشيخ الأنصاري قدس سرهما ما ملخصه: «أن الأحكام الوضعيّة كالسببيّة والشرطيّة والملكيّة اعتبارات منتزعة من التكليف، إذ الأمر الاعتباري لا يقبل الوجود الخارجي، وإنّما يكون وجوده باعتبار المعبر، بحيث لو لم يعتبره لم يكن شيئاً مذكوراً، مع أنّ الحكم الذي ينشئه الحاكم موجود خارجي، فكيف يوجد بالاعتبار بعد وضوح تباين الوجودات؟ وكذا الحال لو كانت الأحكام الوضعيّة من الأمور الواقعيّة التي كشف عنها الشارع، كالملكيّة التي هي علاقة واقعيّة بين المالك والمملوك، وكالطهارة والنجاسة اللتين هما حالتان في الطاهر والنجس، لما عرفت من أنّ الحكم الشرعي فعل قائم بالحاكم، وهذه الأمور - على التقدير المذكور - من الأوصاف الكامنة في متعلقاتها واقعاً، فيستحيل قيامها بالحاكم، نعم قد يصير الحكم كاشفاً عن وجودها الواقعي بمقتضى علمه، فهو إخبارٌ حينئذ عن وجودها لا جعلٌ له بالجعل الشرعي.

هذا، وبناءً على مسلك الانتزاع فالمجعول بالأصالة هو التكليف، كجواز أنحاء التصرفات في المال؛ حيث يُنتزع منه الملكيّة، وكحليّة النظر والاستمتاع المنتزع منها الزوجيّة، وهكذا.

ويكفي في الانتزاع وجود حكم تكليفي في المورد سواء أكان منجزاً أم معلّقاً على أمر غير حاصل فعلاً، فتنتزع ملكيّة البالغ من خطابه الفعلي بجواز التصرف، وتنتزع ملكيّة القاصر كالصبي من خطاب تعليقي كقول الشارع: إذا بلغت جاز لك التصرف، ولا منافاة بين فعليّة الأمر الانتزاعي وتعليقيّة منشئه، إذ المهم وجود الحكم التكليفي القابل لأن يُنتزع منه الاعتبار الوضعي سواء أكان منجزاً أم معلّقاً، هذا محصل ما أفاده شيخنا الأعظم<sup>(١)</sup>.

(١) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ١٢١، تلخيصاً لما

والمقصود من كون الأحكام الوضعية انتزاعية هو أنها ليس لها ما يإزاء في عالم الاعتبار، بل وجودها الاعتباري متمحّض في منشأ انتزاعها وهي الأحكام التكليفية، فالزوجية على سبيل المثال حكم وضعي منتزع من الحكم التكليفي بجواز الاستمتاع، فهي ليس لها ما يإزاء في عالم الاعتبار الذي هو وعاء وظرف للمعتبرات الشرعية، وإنما المعتبر أولاً وبالذات هو الحكم التكليفي بجواز الاستمتاع، أما الزوجية فهي عنوان منتزع من هذا الحكم التكليفي.

### استدلال المحقق الأصفهاني على عدم انتزاعية الملكية

استدلّ المحقق الأصفهاني على عدم كون الملكية منتزعة من الحكم التكليفي بدليلين:  
الأول: «أنّ الملكية ربّما تكون ولا ثبوت لجواز التصرف بوجه، كما في المحجور لصغر أو جنون أو سفه أو فلس، وكونه في حد ذاته كذلك، وإن منع عنه مانع معناه ثبوت الملكية بالاقتضاء لا بالفعل، مع أنّ الملكية فعلية، وثبوت الأمر الانتزاعي بلا منشأ الانتزاع محال»<sup>(١)</sup>.

وبعبارة مختصرة: إنّ الملكية قد توجد دون ثبوت للحكم التكليفي الذي هو منشأ انتزاعها بحسب الفرض، كجواز التصرف كما في المحجور عليه لصغر أو فلس أو سفه أو جنون.

الثاني: «أنّ قيام المبدأ بشيء بقيام انتزاعيّ يصحّ صدق العنوان الوضعي على منشئه، فلو كان الحكم التكليفي منشأ الانتزاع حقيقة، فالحيثية قائمة به فيصحّ حمل عنوان المالك والمملوك عليه»<sup>(٢)</sup>.

---

جاء في: بحر الفوائد في شرح الفرائد، الميرزا محمد حسن الآشتياني، ج ٣ ص ٦٥.  
(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٧. وراجع أيضاً: نهاية الدراية في شرح الكفاية، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٣١٧.  
(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٨. وراجع أيضاً: نهاية الدراية في

٣٨.....بحوث في فقه المعاطاة- ج ١

بعبارة أخرى: إنَّ قيام الحيثية الانتزاعية بالمنشأ يصحَّ صدق العنوان المأخوذ منها على ذلك المنشأ، فعلى سبيل المثال: قيام الحيثية الانتزاعية بالسقف - الذي هو منشأ انتزاع الفوقية - يصحَّ صدق عنوان الفوق على المنشأ، أي: السقف.

وفي ما نحن فيه نرى أنَّ العنوان المأخوذ من الملكية وهو (المالك والمملوك) لا يصدق على الحكم التكليفي الذي هو منشأ انتزاع الملكية.

### ردّ السيّد الشهيد الصدر للاستدلال

لم يقبل أستاذنا السيّد الشهيد الصدر قدّس سرّه لكلا دليلي المحقّق الأصفهاني في إثبات عدم انتزاعية الملكية من الحكم التكليفي<sup>(١)</sup>:

أما بالنسبة للدليل الأوّل: فيرى السيّد الشهيد أنّه غير صحيح لوجهين: الوجه الأوّل: يمكن أن نفترض أنَّ الملكية منتزعة من الحكم التكليفي بجواز التصرّف المشروط بالبلوغ، فإنّ الجعل ثابت في حقّ الصغير من أوّل الأمر، أي: في زمان صغره، وإنّما الذي تأخّر هو المجمعول - أي: تحقّق الشرط - فالملكية يمكن انتزاعها من هذا الجعل المشروط لكلّ من هو موضوع له، ولا شكّ أنّ الصغير موضوع له.

فإن قيل: «إنّ كونه في حدّ ذاته جائز التصرّف وإن منع عنه مانع، معناه ثبوت الملكية بالافتضاء لا بالفعل، مع أنّ الملكية فعلية، وثبوت الأمر الانتزاعي بلا منشأ الانتزاع محال»<sup>(٢)</sup>.

فجوابه: إنّ الحكم التكليفي بجواز التصرّف المشروط، فيها هو جواز

---

شرح الكفاية، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٣١٧.

(١) راجع: فقه العقود، السيّد كاظم الحائري، ج ١ ص ٢٢.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٨.

مشروط فهو فعليّ وإن كان نفس الجواز اقتضائياً، وبالتالي فالملكيّة فعليّة منتزعة من حكم تكليفيّ فعليّ بجواز التصرف المشروط.

الوجه الثاني: يمكن أن نفترض أنّ الملكيّة منتزعة من الحكم التكليفي بجواز تصرف الوليّ، حيث إنّ تصرف من قبل الصبيّ.

فإن قيل: «إنّ جواز التصرف للوليّ لا يصحّ انتزاع الملكيّة للمولى عليه، إذ لا يُعقل قيام الحيثيّة المصحّحة للانتزاع بشيء، والانتزاع من شيء آخر»<sup>(١)</sup>.

فجوابه: إنّ منشأ الانتزاع وهو الحكم التكليفي بجواز التصرف للوليّ له علاقة بالصبيّ، فهو جواز للتصرف الراجع إلى الصبيّ، فإن قيل بعدم كفاية ذلك في تصحيح الانتزاع، وأنّ الانتزاع متوقّف على قيام ذات الحكم بجواز التصرف بالمالك، نقول: إنّ الحكم التكليفي ليس قائماً بالمالك البالغ أيضاً، لأنّ الحكم قائم بالحاكم لا بالمحكوم عليه.

وأما بالنسبة للدليل الثاني: فيرى الشهيد الصدر أنّه غير صحيح كذلك؛ لثلاثة وجوه:

الوجه الأوّل: يمكن أن يقال إنّ الحيثيّة المصحّحة للانتزاع ليست هي نفس جواز التصرف، بل الحيثيّة هي الاختصاص بجواز التصرف، وهذه الحيثيّة موجودة في صاحب المال، ويصدق عليه العنوان الانتزاعي وهو المالك.

الوجه الثاني: إنّ السقف مثلاً منشأ لانتزاع الفوقيّة ويصدق عليه عنوان (الفوق)، ولكنّ الأرض التي تحته سبب لانتزاع الفوقيّة ولا يصدق عليه عنوان (الفوق)، وفي مقامنا يمكن أن يقال: إنّ جواز التصرف ليس هو منشأ الانتزاع، بل هو سبب لانتزاع الملكيّة، ولا يشترط صدق العنوان الاشتقاعي على سبب الانتزاع.

(١) المصدر نفسه.

الوجه الثالث: ليس المقصود من كون الملكية منتزعة من جواز التصرف هو الانتزاع الفلسفي، أي: انتزاع مفهوم كامن في شيء من ذلك الشيء، بل المقصود به أن الملكية مجعولة ومعتبرة في طول جعل الحكم التكليفي وبلحاظه. وأشكل على الوجوه الثلاثة التي ذكرها السيّد الشهيد الصدر في ردّه للدليل الثاني للمحقّق الأصفهاني بما حاصله:

أولاً: أن الوجهين الأوّل والثاني يمكن إرجاعهما إلى مطلب واحد وهو أن جواز التصرف هو سبب لانتزاع الملكية، والسبب لا يشترط فيه صدق العنوان الانتزاعي عليه، أمّا منشأ الانتزاع فهو الشخص الذي يصدق عليه العنوان الاشتقائي، وهو المالك، والحيثية المصححة للانتزاع هي عبارة عن اختصاصه بجواز التصرف.

وهذا الإشكال في الحقيقة لا يرد على المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه، لأنّه سيأتي أنّه - في معرض ردّه على كون الملكية عرضاً مقولياً - سيتمسك براهين ثلاثة تنفي كون الملك عرضاً مقولياً متأصلاً أو منتزعاً من المالك أو المملوك. ثانياً: يختصّ الوجه الثالث بتفسير انتزاعية الملكية، وأنّ المقصود بها كونها مجعولة ومعتبرة في طول جعل الحكم التكليفي وبلحاظه، وتفسير انتزاعية الملك بهذا المعنى لا يخلو من أحد وجهين:

الوجه الأوّل: أن يُجعل الملك بجعلٍ مستقلّ في طول جعلٍ آخر وهو جعل الحكم التكليفي وبلحاظه، وهذا الإشكال بهذا المعنى لو تمّ فإنّه يتمّ كذلك في الدليل الأوّل الذي ذكره المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه لعدم انتزاعية الملكية من الحكم التكليفي، وهو انفكاك الملكية أحياناً عن الحكم التكليفي، وذلك لأنّه لو فرض أنّ المقصود من الانتزاع من الحكم التكليفي كونه مجعولاً ومعتبراً في طوله وبلحاظه، فليس من الضروري عدم الانفكاك مطلقاً بل يكفي أن يجعل عنوان



اعتباري بلحاظ ما يغلب وجوده من الحكم التكليفي وإن لم يكن دائمي الوجود. لكن الإنصاف: أن كون مقصود من يقول بانتزاعية الملكية من الحكم التكليفي هذا المعنى بعيد جداً، اذ ليس هناك معنى فني للبحث والخلاف حول الملكية المجعولة بجعل مستقل في أتمها هل جعلت بلحاظ الحكم التكليفي أم جعلت بقطع النظر عنه.

الوجه الثاني: أن يجعل الملك بجعل تبعي، ويكون الجعل الأصلي والمستقل هو جعل الحكم التكليفي، وهذا المعنى لا يخالف أصل الانتزاع الفلسفي، غاية ما يمكن قوله: أنه ليس بالضرورة أن يكون الجعل الأصلي هو منشأ الانتزاع؛ بل يكفي في تحقق التبعية أن يكون سبباً للانتزاع، وكون منشأ الانتزاع هو المالك مثلاً، وهذا - كما هو واضح - رجوع إلى الوجهين الأولين اللذين ذكرهما السيد الشهيد الصدر قدس سره<sup>(١)</sup>.

### استدلال المحقق الأصفهاني لنفي كون الملك من الأعراض المقولية

أورد المحقق الأصفهاني قدس سره ثلاثة أدلة لنفي كون الملك من الأعراض المقولية العارضة على المالك أو المملوك:

الدليل الأول: «أن المقولة ما يقال على شيء يصدق عليه في الخارج، فلا بد من أن يكون لها مطابق وصورة في الأعيان، كالسواد والبياض وما شابههما من الأعراض، أو يكون من حيثيات ما له مطابق ومن شؤونه الوجودية، فيكون وجودها بوجوده كمقولة الإضافة، حيث إنَّها لمكان كون فعليتها بإضافتها ولحاظها بالقياس إلى الغير لا يعقل أن يكون لها وجود استقلالي.... ومن الواضح أنه بعد وجود العقد مثلاً لم يوجد ما له مطابق في الخارج، ولم يتحيث

(١) راجع: فقه العقود، السيد كاظم الخائري، ج ١ ص ٢٤ - ٢٥.

ذات المالك والمملوك بحيثية وجودية، بل على حالهما قبل العقد، وصدق المقولة بلا وجود مطابق أو تحيئه بحيثية واقعية أمر غير معقول»<sup>(١)</sup>.

**الدليل الثاني:** «أن المقولات لمكان واقعيته لا تختلف باختلاف الأنظار، ولا تتفاوت بتفاوت الاعتبار، فإن السقف الملحوظ إلى ما دونه فوق في جميع الأنظار، وبالإضافة إلى السماء تحت بجميع الاعتبار، مع أن المعاطاة مفيدة للملك عرفاً، وغير مفيدة له شرعاً، فالأخذ بالمعاطاة والمأخوذ بها مالك ومملوك في نظر العرف دون الشرع، مع أن الحيثية الخارجية العرضية لو كانت ذات واقعية كانت كالفوقية والتحتية اللتين لا تختلف فيهما الأنظار»<sup>(٢)</sup>.

**الدليل الثالث:** «أن العرض كونه في نفسه كونه لموضوعه، لأن نحو وجوده ناعتي لغيره، فيحتاج إلى موضوع محقق في الواقع، مع أن الإجماع واقع على صحة تملك الكلي الذمي في بيع السلف ونحوه، والمشهور على مالكية طبعي الفقير للزكاة، والحال أنه لم يعتبر في موضوعه الوجود الخارجي أو لا وجود له أصلاً، ولا يعقل أن تكون المالكية بلحاظ تشخص الفقير عند أخذه للزكاة، أو المملوكية بلحاظ تشخص الكلي عند الوفاء، فإن المالكية والمملوكية متضائفتان، والمتضائفتان متكافئتان في القوة والفعلية، فالمالكية الفعلية تستدعي المملوكية الفعلية وبالعكس، وتقدير الوجود في الذمة يستدعي تقدير وجود الملكية لا الملكية الحقيقية»<sup>(٣)</sup>، وبعبارة مختصرة: إن العرض في نفسه عبارة عن كونه في

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٥. وراجع: نهاية الدراية في شرح الكفاية، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٣١٦.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٦. وراجع: نهاية الدراية في شرح الكفاية، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٣١٨.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٢٦.

موضوعه ومحله، فلا بد له من محلّ محقق في الواقع، فلو فرضنا أنّ المحلّ الذي تُعرض عليه الملكية عبارة عن المالك، انتقض بتعلّق الملكية أحياناً بالجهة دون وجود مالكٍ خارجيٍّ مشخّص، كالزكاة التي تكون ملكاً لطبيعيّ الفقير. وإن فرضنا أنّ المحلّ الذي تُعرض عليه الملكية عبارة عن المملوك انتقض بتعلّق الملكية أحياناً بالكلّي في الذمّة.

### إيرادات السيّد الخوئي على الاستدلال

أورد السيّد الخوئي عدّة إشكالات على ما استدلّ به المحقّق الأصفهاني لنفي كون الملكية من المقولات العرضية القائمة حقيقة بالمالك أو المملوك:

أما بالنسبة للدليل الأوّل (الذي كان عبارة عن شهادة الوجدان بعدم تغيير عرض من أعراض المالك أو المملوك بعد البيع والشراء) فقد أورد عليه السيّد الأستاذ قدس سرّه بأنّ ما جاء به المحقّق الأصفهاني في هذا الدليل مصادرة واضحة على المطلوب، وذلك لأنّ الذي حصل بالبيع والشراء هو الملكية، وبالتالي فإنّ ذات المالك والمملوك يتحيّثان بعد عقد البيع بحيثية واقعية وهي حيثية الملكية وحيثية المملوكية، والكلام في أنّ هذه الحيثية هل هي من سنخ المقولات العرضية أم هي من الأمور الاعتبارية؟<sup>(١)</sup>.

وأما بالنسبة للدليل الثاني (الذي كان عبارة عن أنّ الملكية لو كانت من الأعراض للمالك أو المملوك لما اختلفت فيه الأنظار) فقد أورد عليه السيّد الأستاذ بأنّ اختلاف الأنظار في الأمور الحقيقية غير عزيز، وليس كلّ أمرٍ واقعيٍّ من الجوهر أو العرض غير قابل للاختلاف فيه، فقد يختلف طبيبان في صحّة شخص ومرضه، أو أنّ الأمر الفلاني ينفع المزاج أو يضرّه، بل قد يختلف أهل

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ٢٥.

العرف كذلك في ثبوت شيء وعدم ثبوته، كالعلم والعدالة والشجاعة والسخاء وغيرها من الأوصاف<sup>(١)</sup>.

أما الدليل الثالث (الذي كان عبارة عن الانتقاض بفرض ما لو كان المالك كلياً أو المملوك ذمياً) فقد قبله السيّد الخوئي وأيده، وجعله هو الدليل على نفي العروض الحقيقي على المالك أو المملوك؛ قال قدّس سرّه: «ومن اليّن الذي لا ريب فيه: أنّ هذا النحو من الملكيّة ليست من الأعراض لكي تحتاج إلى وجود الموضوع في الخارج، ومثال ذلك: أنّ الزكاة والخمس يملكهما طبيعيّ الفقير والسيّد مع أنّه لم يعتبر وجودهما في الخارج، وأيضاً قام الإجماع على صحّة تمليك الكليّ الذمّي في بيع السلف ونحوه، مع أنّ الأعراض لا بدّ لها من موضوع خارجي. وعلى الجملة: إنّ الملكيّة الاعتباريّة لا مانع من كون طرفها من المملوك أو المالك كلياً، فيستكشف منه أنّها ليست من الأعراض المقوليّة»<sup>(٢)</sup>.

#### إيرادات السيّد الشهيد الصدر على الاستدلال

ذكر أستاذنا السيّد الشهيد الصدر عدّة إيرادات يمكن أن يستشكل بها على الأدلّة الثلاثة التي استدلّ بها المحقّق الأصفهاني لنفي كون الملكيّة من الأعراض المقوليّة:

أما بالنسبة للدليل الأوّل (الذي كان مفاده: أنّه بعد تمام البيع والشراء لا نشعر وجداناً بعروض أمرٍ وجوديٍّ على المالك أو المملوك، بل إنّ الأمور الخارجيّة كلّها ثابتة على حالها) فأورد عليه السيّد الشهيد قدّس سرّه بأنّ «هذا الكلام إنّما يتمّ لو فرض أنّ النافذة التي يطلّ منها الإنسان على العالم الخارجي يرى بها كلّ ما في العالم الخارجي، بينما الواقع أنّ الذي يرى بها من ذلك إنّما هو

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيدي، ج ٢ ص ٢٥.

(٢) المصدر نفسه.

أقلّ القليل من العالم الخارجي، فلو قال قائل: لعلّه حصل تغيير في الخارج لا نراه من تلك النافذة، لا يمكن دفع كلامه بهذا الوجه»<sup>(١)</sup>.

أما الدليل الثاني (اختلاف الأنظار في الملكية) فقد ذكر السيّد الشهيد أنّه من المستبعد أن يعتقد المحقّق الأصفهاني بعدم وقوع الخلاف في الأمور الواقعية - كما أشكل عليه السيّد الخوئي - بل مقصود المحقّق الأصفهاني هو الاستدلال بوقوع الاختلاف الإنشائي في الملكية وليس الاختلاف الإخباري فيها، فقد يُنشئ مجتمع ملكية لا ينشئها مجتمع آخر، وقد يعترف المجتمع الأوّل بتحقيق الملكية وثبوتها طبقاً لقوانين المجتمع الثاني، ولا يعترف المجتمع الثاني بتحقيق الملكية طبقاً لقوانين المجتمع الأوّل، هذا ولكن الاعتراف بالاختلاف الإنشائي فرع الاختلاف بإنشائية المطلب واعتباريته، ومع هذا الاعتراف ثبت اعتبارية الملكية ولا حاجة للاستدلال عليه بهذا الاختلاف، نعم ما ذكره يمكن عدّه منبهاً وجدانياً على اعتبارية الملكية، لا كبرهانٍ على المطلوب<sup>(٢)</sup>.

أما الدليل الثالث (الذي مفاده أنّ الملكية لو كانت عرضاً حقيقياً لاحتاجت إلى محلّ موجود في الخارج لكي تعرض عليه؛ فلو فرضنا أنّ المحلّ هو المملوك، انتقض بتعلّق الملكية أحياناً بما في الذمّة، ولو فرضنا أنّ المحلّ هو المالك انتقض بتعلّق الملكية أحياناً بالجهة) هذا الدليل أورد عليه السيّد الشهيد:

أولاً: إذا لم تكن الملكية عرضاً مقولياً قائماً في الخارج، فمن الممكن أن تكون الملكية من الصفات الحقيقية التي ليس من اللازم فيها أن تطرأ على محلّ في الخارج، كشريك الباري أو صفة الامتناع التي هي من الصفات الحقيقية التي ليس لها ما بإزاء في الخارج، وكصفة الإمكان للإنسان فهي من الصفات الحقيقية

(١) فقه العقود، السيّد كاظم الحائري، ج ١ ص ٢١.

(٢) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ١٩.

ولو لم يوجد أيّ إنسان في الخارج، فلوح الواقع أوسع من العالم الخارجي الذي انصبّت عليه مقولات أرسطو.

ثانياً: يمكن افتراض أنّ الملكيّة قد تعرض على أمرٍ خارجيّ فتكون من الأعراض المقوليّة، وقد لا تعرض على أمرٍ خارجيّ فلا تكون من المقولات، كعنوان التقدّم مثلاً الذي قد يكون من المقولات ومن الأمور الحقيقيّة الخارجيّة وقد لا يكون كذلك، فتقدّم إمام الجماعة في الصلاة على المأموم من الأمور الحقيقيّة العارضة على ما في الخارج، بينما تقدّم الجنس على النوع ليس تقدّماً عارضاً على الأمر الخارجي، بل مصبّه عالم التحليل العقلي<sup>(١)</sup>.

### رأي السيّد الشهيد الصدر في اعتباريّة الملكيّة

يرى أستاذنا الشهيد الصدر قدّس سرّه أنّ الملكيّة ليست من الأعراض المقوليّة العارضة على المالك أو المملوك في الخارج، وليست أمراً منتزعاً من الحكم التكليفي بجواز التصرف، بل هي من الأمور الاعتباريّة المجعلولة بجعل مستقلّ في ظرف عالم الاعتبار، وأقام على هذه الدعوى دليلين:

الدليل الأوّل (وهو لنفي كون الملكيّة أمراً منتزعاً من الحكم التكليفي ونفي أن يكون الحكم التكليفي منشأ لانتزاع الملكيّة أو سبباً للانتزاع): ما يستفاد من أبحاثه قدّس سرّه في علم الأصول، حيث ذكر في معرض بحثه عن الحكم الشرعي وتقسيّماته أنّ «الأحكام الوضعيّة على نحوين:

الأوّل: ما كان واقعاً موضوعاً للحكم التكليفي، كالزوجيّة الواقعة موضوعاً لوجوب الإنفاق، والملكيّة الواقعة موضوعاً لحرمة تصرف الغير في المال بدون إذن المالك.

الثاني: ما كان منتزعاً عن الحكم التكليفي، كجزئيّة السورة للواجب،

(١) فقه العقود، السيّد كاظم الحائري، ج ١ ص ٢٠.

المنتزعة عن الأمر بالمركب منها، وشرطيّة الزوال للوجوب المجعول لصلاة الظهر، المنتزعة عن جعل الوجوب المشروط بالزوال»<sup>(١)</sup>.

فجعل قدس سره الملكيّة - بحسب التحقيق - من النحو الأوّل من أنحاء الأحكام الوضعيّة، وهي كونها موضوعاً للحكم التكليفي، ومن الواضح أنّ الموضوع متقدّم رتبةً على حكمه، فلو كانت الملكيّة منتزعة من الحكم التكليفي، والأمر الانتزاعي متأخر رتبة عن منشأ الانتزاع فهذا يستلزم أن يكون الشيء الواحد المتقدّم متأخراً والمتأخّر متقدّماً وهذا محال.

ولقد أشرنا إلى هذا المطلب في شرحنا على الحلقة الثالثة، حيث ذكرنا هناك أنّ «ما ذكره المصنّف قدس سره في المتن من أنّ مقتضى وقوع بعض الأحكام الوضعيّة كالملكيّة والزوجيّة موضوعاً للأحكام التكليفيّة عقلائيّاً وشرعاً، هو كونها مجعولة بالاستقلال، لا أنّها منتزعة عن الحكم التكليفي، لأنّ كون الحكم الوضعي موضوعاً للحكم التكليفي يقتضي سبقه عليه رتبة، لأنّ الحكم متأخر رتبة عن موضوعه تأخر المعلول عن علته، فلو فرض أنّ الحكم الوضعي ينتزع من الحكم التكليفي مطلقاً... لزم تأخر الحكم الوضعي عن التكليفي، لتأخر كلّ أمر انتزاعي عن منشأ انتزاعه، وهذا يستلزم ما يشبه الدور»<sup>(٢)</sup>.

ولقد ذهب الشيخ الوحيد الخراساني إلى هذا الاستدلال لنفي انتزاعيّة الملكيّة من الحكم التكليفي، حيث ذكر «أنّ الثابت في أدلّة الملكيّة اندراج موضوعها في الحكم التكليفي، ومن المعلوم تقدّم الموضوع على حكمه رتبة، وبالتالي فلو كانت الملكيّة منتزعة لاستلزم تأخرها، لتأخر الأمر المنتزع عن منشأ

(١) دروس في علم الأصول (الحلقة الثالثة)، السيّد محمد باقر الصدر، ج ٢ ص ١٤.

(٢) شرح الحلقة الثالثة (الدليل الشرعي)، من أبحاث المرجع الديني السيّد كمال الحيدري، بقلم: الشيخ حيدر يعقوبي، ج ١ ص ٢٣١.

انتزاعه، كالفوقية المتأخرة رتبة عن الفوق، فالقاعدة تقتضي تأخر الملكية عن الحكم التكليفي، أي: إن القول بانتزاعية الملكية يستلزم تأخرها عن الحكم التكليفي، مع أنها متقدمة و يترتب عليها الحكم التكليفي، وهذا يستلزم تأخر الشيء الواحد وتقدمه، وصيرورة المقدم مؤخراً والمؤخر مقدماً وهما محالان، فقوله: لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره، حكم تكليفي وموضوعه مال الغير، فإن عنوان مال الغير الذي هو الملكية إذا كان منتزعاً من الحكم التكليفي استلزم تأخر المتقدم وتقدم المتأخر وهو محال<sup>(١)</sup>.

**الدليل الثاني (وهو لنفي كون الملكية من الأعراض المتأصلة ونفي كونها منتزعة لا في طول الحكم التكليفي):** هو ما اختاره الشهيد الصدر من أنه من الأمور الواضحة بالوجدان؛ كون الملكية أمراً اعتبارياً مجعولاً فلا يحتاج إثبات ذلك إلى برهان، حيث نقل عنه قدس سره قوله: «إن البحث عن كون الملكية أمراً اعتبارياً أو حقيقياً إنما هو بحث على مستوى تاريخ مضي، إذ من يلتفت إلى الملكيات الخارجية والتطورات الطارئة عليها في الزمان الطويل ونفيها تارة وإثباتها تارة أخرى، يجد بوجدانه كونها اعتبارية لا حقيقية، وهذا من الواضحات في زماننا، ومن لا ينبه وجدانه الالتفات إلى ذلك لا تفيده البراهين الفلسفية غير التامة التي أقامها المحقق الأصفهاني قدس سره<sup>(٢)</sup>.

### تفريعات

**أولاً:** بعدما ثبت أن الملكية إنما هي من الأمور الاعتبارية الجعلية وليست أمراً منتزعاً من حكم تكليفي، وليست من الأعراض الموقولية الخارجية، لا بد من الإشارة في المقام إلى أن مجرد الاعتبار ليس ملزماً ومقتضياً لترتيب الآثار إلا أن

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد علي الأنصاري القمي، ج ١ ص ٧٤.

(٢) فقه العقود، السيد كاظم الحائري، ج ١ ص ٢٥.



يكون صادراً عمّن له حقّ الاعتبار، ومّن يكون له هذا الحقّ إمّا هو الشارع فيدرك العقل العملي القطعي استحقاق المولى عزّ وجلّ للطاعة وترتيب الآثار على ما اعتبره، وهذه هي الاعتبارات الشرعية، أو أن يكون من له حقّ الاعتبار أهل العرف والعقلاء، ويكون هذا الحقّ ناشئاً من المتبنيات العقلية، وهو ما يصطلح عليه بالاعتبارات العقلية.

وقد يختلف نظر الشرع عن نظر العقلاء في اعتبار شيء وقد يتفق، «فربّما يعتبر الشارع أمراً اعتبارياً في موردٍ لا يعتبره فيه العقلاء وأهل العرف؛ كملكية مال الميت لبعض الوراث، وملكية الحبوة للولد الأكبر، والزكوات والأخماس للفقراء والسادة، والحدث الأكبر والأصغر على قول، ونجاسة بعض الأعيان وطهارة بعضها. وقد يعتبره العقلاء دون الشارع؛ كملكية الخمر والخنزير وبعض الأعيان النجسة وتحقق الضمان لمتلفها، والزوجية مع بعض المحارم. وموارد التوافق كثيرة»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: المقصود من الاعتبار في الملك هو الفرض والتنزيل، أي: جعل ما ليس مصداقاً حقيقياً لمفهوم مصداقاً له ادّعاءً وتنزيلاً، ثم استعمال اللفظ فيه كما هو الحال في الحقيقة الادّعائية للسكّاكي، فإنّ (الأسد) موضوع للحيوان الشجاع، لا أنّ له مصداقين أحدهما حقيقيّ (وهو الحيوان المفترس) والآخر ادّعائيّ تنزيليّ (وهو الرجل الشجاع) فاستعمال اللفظ في المصداق الثاني استعمال في ما ينطبق عليه المفهوم، واستعمال في ما وضع له اللفظ، وإن كان مصداقاً ادّعائياً لأجل ترتيب آثار المصداق الحقيقي الواقعي عليه.

وليس المراد من الاعتبار في الملك ما يصطلح عليه عند أهل المعقول، الذين يطلقونه تارةً على الاعتبارات الذهنية سواء كان ظرف العروض والاتّصاف في

(١) اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها، الشيخ المشكيني، ص ٨٦.

الذهن كالكليّة والجنسيّة والنوعيّة وغيرها، أو كان ظرف العروض هو الذهن،  
أمّا الاتّصاف فظرفه الخارج؛ كما في الإمكان والوجوب والامتناع وغيرها.  
وتارة أخرى: يطلقون الاعتبار على الأصالة والاعتباريّة في بحث أصالة  
الوجود أو الماهيّة، حيث مقصودهم من الاعتباريّة هنا تحقّق الشيء بالعرض في  
قبال ما يتحقّق بالذات.

اذن فالملك من سنخ المعاني الادّعائيّة التي يكون وعاء تقرّرها الاعتبار الذي  
هو برزخ بين الوجودين الذهني والعيني، ويترتّب على وجوده في ذلك الصقع  
أحكام وآثار<sup>(١)</sup>.

أمّا الملكيّة فلأنّ لها نحو ارتباط بالوجود الخارجي - لأنّ الذي يتّصف  
بالملكيّة هو زيد الخارجي لا الذهني، والذي يتّصف بالملوكيّة هو العين أو  
المنفعة الخارجيّة - لذا فهي أمرٌ اعتباريّ تنزيليّ، أي: إنّها لو وجدت في الخارج  
لكانت مصداقاً لإحدى المقولات العارضة الخارجيّة، لكنّها لا حظّ لها من  
الوجود الخارجي حتى تكون مصداقاً حقيقياً للمقولة، بل هي مصداق ادّعائيّ  
ليس إلّا، وعندما يقع البحث في أنّ حقيقة الاعتبار تندرج تحت أيّ مقولة من  
المقولات العارضة فالمقصود منه هذا اللحاظ.

يقول المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: «فإن قلت: إذا لم يكن مطابق الملكيّة  
الشرعيّة من المقولات الحقيقيّة حتى الانتزاعيّة، فقد خرج بذلك عن موجودات  
عالم الإمكان؛ لانحصارها فيها، كما حُقّق في محله.

قلت: التحقيق في الملكيّة وغيرها من الوضعيات الشرعيّة والعرفيّة أنّها  
موجودة بالاعتبار لا بالحقيقة، فكما أنّ الأسد له نحو من الوجود الحقيقي وهو

---

(١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ١١٨ - ١٢٢.

الحيوان المفترس، والاعتباري وهو الشجاع، كذلك الملكية ربّما توجد بوجودها الحقيقي الذي يُعدّ من الأعراض الخارجية والمقولات الواقعية كما في المحيط على العين، والواجد المحتوي لها خارجاً وإن كان غاصباً فهو باعتبار نفس الإحاطة الخارجية من مقولة الجدة، وباعتبار تكرّر النسبة - أعني: المالكية والمملوكية - من مقولة الإضافة، وربّما توجد بوجودها الاعتباري فالموجود بالحقيقة نفس الاعتبار القائم بالمعتبر، وإنّما ينسب هذا الوجود إلى الملكية لكونها طرف هذا الاعتبار، وكما أنّ مصحّح اعتبار الرجل الشجاع أسداً هي الجرأة والشجاعة، كذلك مصحّح اعتبار المتعاملين مالكاً والعين مملوكاً هي المصلحة القائمة بالسبب الحادث الباعثة على هذا الاعتبار<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: بعد الفراغ عن كون الملكية أمراً اعتبارياً جعلياً، وقع البحث بين الأعلام في أنّ الملكية هل هي من الاعتبارات التي تحتاج في حدوثها وبقائها إلى الاعتبار، أم أنّها تحتاج إلى الاعتبار في حدوثها فقط دون بقائها؟

فلو اعتبر معتبر ملكية زيد لداره مثلاً، فهل يبقى زيد مالكاً داره ما دام المعتبر أو السبب الذي لأجله حصل الاعتبار موجوداً ويزول بزواله - أي: إنّ الملكية تحتاج إلى الاعتبار حدوثاً وبقاءً - أم أنّ ملكية زيد لداره حدوثاً متوقّفة على عقد البيع ويبقى زيد مالكاً لداره حتى لو مات البائع، فتكون الملكية محتاجة للاعتبار حدوثاً فقط لا بقاءً؟

ذهب المحقّق العراقي قدّس سرّه إلى القول بأنّ الملكية من الاعتبارات التي تحتاج في حدوثها فقط إلى الاعتبار دون البقاء، لأنّ عناوين الملكية والزوجية ونحوها من منشآت العقود والإيقاعات بحقائقها «من الاعتبارات القصدية التي تكون حقيقتها بجعل من ينفذ جعله واعتباره، بحيث بعد تمامية جعلها

(١) نهاية الدراية في شرح الكفاية، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٣١٩.

يكون لها نحو تقرّر في الواقع وكان الاعتبار الذهني طريقاً إليها على نحو يلتفت إليها تارةً ويغفل عنها أخرى؛ نظير العلاقة والاختصاص الحاصل بين اللفظ والمعنى، والملازمات الذاتية بين الأشياء المحفوظة في عالم تقرّرها لا أنّها من الاعتباريات الصرفة المتقومة بالاعتبار والمنقطعة بانقطاعه التي لا تكون لها واقعية حتى بعد إنشاء النفس إيّاها، كأنياب الأغوال والوجودات الادّعائية التنزيلية، فإنّ كونها أموراً اعتبارية إنّما هو بمعنى أنّ الجعل منشأ لإحداثها في قبال الإضافات المقولية والنسب الخارجية الموجبة لنحو وجود هيئة عينية في الخارج لطرفيها كالفوقية والتحتية ونحوهما، لا بمعنى كونها بذاتها متقومة بالاعتبار، كالوجودات الادّعائية التنزيلية، وإلاّ لزم كونها تابعة لاعتبار معتبرها حدوثاً وبقاءً، فيلزم انقطاعها بانقطاع الاعتبار، بل وبانعدام شخص المعتبر لها، لقيام اعتباره بشخصه، إلاّ بفرض اعتبار معتبر آخر لها كالمعتبر الأوّل. مع أنّ الوجدان قاضٍ بخلافه، إذ لا شبهة في بقاء هذه الأمور بعد جعلها بأسبابها في الوعاء المناسب لها وكونها ممّا له نحو تقرّر في الواقع بحيث كان اللحاظ طريقاً إليها حتّى من شخص المعتبر لها، لا أنّه مقوم ذاتها كالاختبارات الصرفة<sup>(١)</sup>.

ولقد أورد الشيخ الوحيد الخراساني على هذا الرأي عدّة إشكالات<sup>(٢)</sup>:

أولاً: لا يمكن للعلّة المحدثّة أن تكون لها مدخلية في الحدوث والوجود دون البقاء، لأنّ المعلول محتاج دائماً إلى علته حدوثاً وبقاءً، والقول أنّ الملكية متوقّفة على جعل العرف أو الشرع حدوثاً لا بقاءً يستلزم استغناء المعلول الممكن عن علته وهو محال.

(١) نهاية الأفكار، تقرير بحث المحقق العراقي، للسيد البروجردى، ج ٤ - ق ١ ص ١٠١.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري،

ثانياً: إنَّ قياس الملكية باللوازم الذاتية قياس مع الفارق، لأنَّ اللوازم الذاتية تندرج في الأمور الواقعية النفس أمرية التي لا تحتاج في وجودها إلى القصد والاعتبار، بل إنَّ جميع اللوازم مترتبة على طرفي الملازمة سواء وجد لها معتبر حدوثاً أم لا، فعدم حاجتها للمعتبر بقاءً كاشف عن عدم حاجتها له حدوثاً.

ثالثاً: إنَّ القول بكون الملكية تحتاج في حدوثها إلى الاعتبار دون بقائها يستلزم تالياً فاسداً لا يمكن للمحقق العراقي قدس سره الالتزام به، وهو أنه إذا فرضنا أن موجوداً ما وإن كان اعتبارياً وجد مع القصد والاعتبار حدوثاً دون أن يحتاج إليهما بقاءً، فبناءً على القاعدة العقلية التي تقول: إنَّ حكم الأمثال فيما يجوز ولا يجوز واحد، لا بد من الالتزام باستغناء هذا الوجود عن القصد والاعتبار حين حدوثه وتحققه ووجوده أيضاً.

هذه الإشكالات من قبل شيخنا الأستاذ غير واردة على ما ذكره المحقق العراقي قدس سره، وذلك لأنَّ الظاهر من عبارة العراقي أنه يريد أن يقول: إنَّ اعتبار المعتبر يحقق مصداقاً لقوانين واقعية تكوينية أو قوانين شرعية، والشاهد على ذلك تنظيره المقام بما يحصل بين اللفظ والمعنى. وعليه، فإنَّ هذا الاعتبار لا بد من وجوده حدوثاً وبقاءً، لكن ليس قائماً بالمعتبر، بل هو قائم بمن أمضى هذا الاعتبار وهو الشارع أو تلك القوانين الواقعية التكوينية.

### المطلب الثالث: حقيقة الملكية الاعتبارية

اختلف القائلون باعتبارية الملكية في حقيقة هذا الاعتبار، وأبرز الآراء في ذلك أربعة:

الرأي الأول: أنَّ الملكية الاعتبارية من مقولة الجدة، والمقصود من هذه المقولة «هو هيئة تحصل بسبب كون جسم في محيط بكله أو بعضه بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط، مثل: التسلح والتقمص والتعمم والتختم والتنعل، وينقسم إلى

طبيعي كحال الحيوان بالنسبة إلى إهابه، وغير طبيعي كالتسلح والتقمص<sup>(١)</sup>،  
وبعبارة أخرى: إن مقولة الجدة هي الهيئة الحاصلة بسبب إحاطة جسم - كله أو  
بعضه - بجسم آخر<sup>(٢)</sup>.

ولقد ذهب إلى هذا الرأي الميرزا النائيني، حيث يرى أن الجدة لها ثلاث  
مراتب، أكملها وأعلىها هي ملكية البارئ تعالى للموجودات، والمرتبة الثانية  
هي الملكية الاصطلاحية الحاصلة من إحاطة شيء بشيء كلبس القميص أو  
العباءة، أما المرتبة الثالثة فهي الملكية الاعتبارية التي يحظى بها ملاك الأموال،

(١) الحكمة المتعالية في الأسفار العقلية الأربعة، صدر الدين محمد الشيرازي، ج ١ ص ٢٢٣.  
(٢) نقل عن أستاذنا السيد الشهيد الصدر قدس سره قوله: «إننا لم ندرك لمقولة الجدة معنى  
متحصلاً، وكأنّ الفلاسفة بأنفسهم أيضاً لم يدركوا لها معنى متحصلاً بشهادة الشيخ  
الرئيس ابن سينا، حيث قال: إنّه لم نعرف معنى متحصلاً للجدة، وقد قالوا: إنّ الجدة  
عبارة عن هيئة حاصلة من إحاطة شيء بشيء آخر، وإنّما قالوا هكذا ولم يقولوا: إنّها  
عبارة عن النسبة بين المحيط والمحاط لئلا يدخل ذلك في مقولة الإضافة، وذلك من قبيل  
ما قالوا في (متى) من أنّه هيئة حاصلة من نسبة الشيء إلى الزمان، لا نفس النسبة بينهما،  
وفي (أين) من أنّه هيئة حاصلة من نسبة الشيء إلى المكان، لا نفس النسبة بينهما.  
والصحيح: أنّه ليس هنا أيّ برهان عقليّ على كون هذه الهيئة شيئاً حقيقياً خارجياً، بل  
يحتل عقلاً في عرض احتمال ذلك كونها شيئاً ذهنياً، بمعنى أنّ الذهن حينها يكسب  
صورة ذهنية عن مجموع المحيط والمحاط تتقلب صورته الذهنية بالهيئة الخاصة. وأكبر  
الظنّ أنّ أرسطو عند وضعه للمقولات التسع إنّما راجع قاموس اللغة فوضعها، ولذا لم  
يظهر حتى الآن أيّ مدرك لوضعها، حتى أنّ من يحسن الظنّ بالفلسفة يقول: إنّه وجد  
هذه المقولات بالاستقراء في عالم التكوين، ورأى انحصار المقولات فيما عدّه من  
المقولات التسع، لكنّ المظنون أنّه لم يصدّق نفسه بمطالعة عالم التكوين واستقرائه، وإنّما  
طالع اللغة، وحيث إنّ رأى فيها عنوان التعمّم والتقمص ونحو ذلك وضع هذه  
المقولة، وهي مقولة الجدة». (راجع: فقه العقود، السيد كاظم الحائري، ج ١ ص ٢٧).

قال قدس سره: «إن الملكية في باب الأموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، فإن لها مراتب:

الأولى: مرتبة وجدان الشيء حقيقة، بحيث يكون الشيء له حقيقة، وهذا يختص بملك الله سبحانه لمخلوقاته؛ ﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ (آل عمران: ١٨٩) ولا يمكن إدراك كنه هذا المعنى إلا بنحو التقريب، وأشبهه شيء به مما يمكننا اكتناحه هو وجدان النفس الناطقة للصور المرسمة في صقعها، حيث إن النفس واجدة لها بالوجدان الحقيقي، إلا أنه لمكان كون وجود النفس غير قائم بذاتها لكونها قائمة بمبدعها وبارئها فلا نفسية لوجودها تكون وجدان الصور المرسمة لها أيضاً كذلك، ولذا صار التمثيل تقريبياً.

الثانية: مرتبة وجدان الشيء حساً، وذلك كالتقمص والتعمم، أعني: الهيئة الحاصلة من إحاطة القميص والعمامة على الإنسان مثلاً، ومن الواضح أن تلك الهيئة لا تحصل إلا من الإحاطة الخاصة فلا تحصل إذا كان القميص مثلاً في جانب والإنسان في جانب آخر.

الثالثة: مرتبة وجدان الشيء اعتباراً، وهي عبارة عن اعتبار وجدان الشيء واعتبار كون الشيء لشيء آخر، وهي الملكية المبحوث عنها، وحقيقتها هي علاقة خاصة وإضافة مخصوصة بين المالك والمملوك، كخيطة متصل بينهما، وهي موضوعة للأحكام الشرعية والعرفية، وهذا الخيط أمر اعتباري غير حسي، موجود في عالم الاعتبار لا الاعتباري بمعنى أنياب الأغوال، بل له واقعية في نفس الأمر، وحيث إن تلك الإضافة الخاصة هي بعينها عبارة عن وجدان شيء، يعبر عنه بالمالك لشيء يعبر عنه بالمملوك، قلنا أنها من مقولة الجدة، لكنها جدة اعتبارية لا وجود لها في الأعيان»<sup>(١)</sup>.

(١) المكاسب والبيع، بحث الميرزا النائيني، للشيخ تقي الأملي، ج ١ ص ٨٤. وراجع أيضاً:

وقد أورد عليه:

أولاً: أن الملكية أمرٌ اعتباري، والأمور الاعتبارية لا يمكن إدراجها في مقولة الجدة، لأن الجدة يضيفها أهل المعقول ضمن الأعراض المقولية التسعة التي لها ارتباط بالمصاديق الخارجية، فالجدة هي الهيئة الحاصلة من إحاطة الشيء بالشيء، وهذه الهيئة الحاصلة تعدُّ من الأمور الواقعية الخارجية، التي لا تدور مدار جعل الجاعل واعتبار المعبر كالعمامة على الرأس أو لبس القميص والعباءة، فلا يمكن أن تندرج الملكية ضمن هذه المقولة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن مقولة الجدة باعتبار أنّها الهيئة الحاصلة للشيء بسبب إحاطة شيءٍ آخر به كالتعمّم والتقمّص والتختم وغيرها فلا معنى لاعتبارها للمالك الذي هو من قام به المبدأ، لأنّه هو المحيط بالمملوك لا العكس<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: أن جعل ملكية مالك السماوات والأرض جلّ وعلا من مقولة الجدة أمرٌ غريبٌ منه قدّس سرّه، لأنّ القول باندرج ملكية الباري تعالى في مقولة الجدة معناه حصول هيئة يكون سبحانه وتعالى متهيئاً بها من خلال إحاطته عزّ وجلّ للموجودات، فتهيؤّه تعالى بهيئة من الهيئات ممّا لا يمكن أن يتفوّه به أحد<sup>(٣)</sup>.

الرأي الثاني: أن حقيقة الملكية هي السلطنة والإحاطة، وذهب إلى هذا الرأي السيّد الخوئي حيث ذكر قدّس سرّه «أنّ الملكية لها أربع مراتب:

منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ٩٢.

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ٢٤. وكذلك:

العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٧٦.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، ج ١ ص ٨١.

(٣) راجع: هدى الطالب في شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ١١٨ و ١٢١.

وكذلك: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٧٦.



أ. الملكية الحقيقية، وهي السلطنة التامة بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنة المالك حدوثاً وبقاءً، وهي مخصوصة بالله تعالى، لأنه سبحانه مالك لجميع الموجودات بالإضافة الإشرافية ملكية تامة، ومحيط بها إحاطة قيومية. وهذه المرتبة من الملكية هي عليا مراتب الملكية، ولأجل ذلك لا تدخل تحت مقولة من المقولات، ونظير ذلك في الممكنات إحاطة النفس بصورها، بدهاءة أن النفس مالكة لصورها بالإضافة الإشرافية ملكية حقيقية.

ب. مالكية الإنسان لنفسه وأعضائه وأفعاله وذمته، فإن هذه الأمور مملوكة له بالإضافة الذاتية الأوليّة، وقد عرفت ذلك في أول الكتاب، ومن هذا القبيل قوله تعالى حاكياً عن نبيه الأكرم موسى عليه السلام: ﴿إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي﴾ (المائدة: ٢٥). ولا شبهة أن هذه المرتبة من الملكية أيضاً غير داخلة تحت المقولات العرضية، وإنما هي عبارة عن سلطنة الشخص على أفعاله سلطنة تكوينية.

ج. الملكية المقولوية الخارجية، وهي عبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر، كالهيئة الحاصلة من التعمّم والتقمّص والتنعل ونحوها، وهذه المرتبة تسمى بمقولة الجدة، وهي من الأعراض الخارجية القائمة بالموجود الخارجي.

د. الملكية الاعتبارية التي يعتبرها العقلاء لشخص خاص لمصالح تدعوهم إلى ذلك، وربما يمضي الشارع اعتبارهم هذا لأجل تلك المصلحة، بل قد يعتبر الشارع ملكية شيء لشخص وإن لم يعتبرها العقلاء، كما يتفق ذلك في بعض أقسام الإرث<sup>(١)</sup>.

ثم قال قدس سرّه بعد ذلك: «وعليه فحقيقة الملكية إنما هي السلطنة والإحاطة، وهي مقولة بالتشكيك على مراتبها الأربع المتقدمة، ولا ريب في أن

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ٢٣.

هذه السلطنة إنّما تتعلّق بالأعيان الخارجيّة تارة وبالأفعال أخرى، فيقال: له السلطنة على المملكة، وهو سلطان الرعيّة، والناس مسلّطون على أموالهم، وزيد مسلّط على الخياطة والبناية والتكلم والكتابة، ونحو ذلك من الأفعال»<sup>(١)</sup>.

وذهب جمع من الأعلام إلى أنّ حقيقة الملكيّة هي السلطنة من دون عنوان الإحاطة، حيث ذكر السيّد اليزدي قدّس سرّه: «أنّ الملكيّة هي نفس السلطنة الخاصّة لا العلقة الملزومة لها، وهذا هو الأظهر بملاحظة سائر المشتقات كما لا يخفى»<sup>(٢)</sup>.

وقال الميرزا الإيرواني قدّس سرّه: «فالملك يكون بدخول الشيء تحت السلطان بتمام شؤونه وكافة حيثياته... فالشخص مسلّط على أمته بأن يبيع ويهب وينكح إلى آخر التصرفات السائغة، فيقال حينئذ: أنّ الأمة ملكه»<sup>(٣)</sup>.

وقال الشيخ الآراكي قدّس سرّه: «ويمكن أن يقال: إنّ الملكيّة هي نفس السلطنة لا أنّها ملزوم لها. وأمّا وجه تسمية السلطنة بالملكيّة فلعلّه لتشبيها بالجدّة العقليّة، أعني: هيئة المحيط بالمحاط، كالتقمص والتعمّم والتنعل لأجل أنّها منه، ووجه الشبه هو أنّه كما أنّ القميص والعمامة والنعل يتحرّك بحركة لابسها ويكون تحت اختياره، فكذا المال أيضاً يكون تحت اقتدار صاحبه، يفعل فيه ما شاء، فشبه هذه السلطنة التي بين المالك والمال، بذلك التهيؤ الخاصّ الذي بين المتقمص والقميص، فأطلق على المشبه اسم المشبه به - أعني: الملكيّة - من باب الاستعارة»<sup>(٤)</sup>.

ولقد أورد على هذا الرأي:

- 
- (١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيدي، ج ٢ ص ٥٠.  
 (٢) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٢٨٩.  
 (٣) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٢٢.  
 (٤) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الآراكي، ج ١ ص ٧.

أولاً: أن السلطنة والإحاطة مفهومان متباينان لا يمكن جمعها، وذلك لأن معنى السلطنة هو القدرة على الإحاطة وإن لم تكن هناك إحاطة فعلية قائمة، فلو كانت حقيقة الملكية هي السلطنة فيمكن وصفها بالإحاطة، وإن كانت حقيقتها هي الإحاطة فلا معنى لوصفها بالسلطنة لأنه لا سلطنة حينئذ، والشاهد على هذا التباين بين المفهومين: أن السلطنة حقيقة تتعدى بد(على)، كقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(١)</sup>، بينما الإحاطة حقيقة تتعدى بالباء كقوله تعالى: ﴿وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ مُّحِيطًا﴾ (النساء: ١٢٦)، بينما السلطنة لا يمكن تعديتها بالباء<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن ما ذكره السيد الخوئي من أن حقيقة الملكية ذات مراتب أربع أطلق عليها بالتشكيك لا يمكن الموافقة عليه، لأن هذه المراتب حقائق متباينة بالذات، والحقائق المتباينة بالذات لا تندرج تحت جامع أصيل، ومن المعلوم أن الماهية إذا وجدت في موضوع تصير عرضاً، وإذا وجدت لا في موضوع تصير جوهرًا، فالماهية من حيث هي هي تكون أمراً عدمياً - كما هو المشهور بين حكماء الحكمة المتعالية - لا عدماً، أي: لها حيثية عدمية<sup>(٣)</sup> وعليه فكيف يمكن الجمع بين المرتبة الأولى للملك والتي يطلق عليها الإضافة الإشرافية، التي هي عين الوجود ولا ماهية لها، وبين المرتبة الثالثة التي لها حيثية عدمية وإن كانت موجودة خارجاً بوجود نعتي، وبينها وبين المرتبة الرابعة التي لا وجود خارجي لها من الأساس،

(١) عوالي اللآلئ، ابن أبي جمهور الأحسائي، ج ١ ص ٢٢٢.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري،

ج ١ ص ٨٠.

(٣) لم يقبل سيدنا الأستاذ هذه النظرية في بيان حقيقة الماهية، وإنما له اتجاه آخر في هذا المجال. (ينظر: نظرية أصالة الوجود.. محاولة لعرض رؤية جديدة، من أبحاث المرجع الديني السيد كمال الحيدري، بقلم: السيد رضا الغرابي).

فكيف يكون الوجود المحض مع العدمي مرتبتين مشككتين لحقيقة واحدة؟  
 بعبارة أخرى: «إنّ إطلاق الملك على الموارد الأربعة المتقدمة حقيقي بلا  
 عناية فيه أصلاً، ولكنه ليس من إطلاق الكلّي المشكك على جزئياته، إذ التشكيك  
 صدق طبيعة واحدة على أفرادها بالتفاوت بأوليّة وشبهها، وليس مطلق عموم  
 المفهوم من التشكيك، إذ لا جامع أصيل بين كلّ ما ينطبق عليه الملك حتى يكون  
 صدقه على بعض أولى من صدقه على غيره، وذلك لأنّ مطابقات الملك أمور  
 متباينة بالذات لا تدرج تحت طبيعة واحدة، فالكيفية الباري تعالی بإضافته  
 الإشراقية وإحاطته الوجودية في مرحلة فعله بإيجاد الممكنات، ومن المعلوم أنّ  
 الوجود مطلقاً ليس بجوهر ولا عرضٍ إلاّ بالعرض، فيكف بالوجود المطلق؟  
 والملك بمعنى الجدة عرض نسبي، وهو وإن كان موجوداً خارجاً بوجود  
 ناعتي، إلاّ أنّ الماهيات أمور عدمية وإن لم تكن أعداماً.

والملكية الاعتبارية لا خارجية لها أصلاً، ولذا عدّوها دون مرتبة المقولات  
 التي هي أجناس للموجودات الإمكانية؟ ومع تباين هذه المطابقات لا وجه  
 لدعوى صدق الملكية عليه بالتشكيك»<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أنّ الملكية لا يمكن أن تكون فرداً ومصداقاً من مصاديق السلطنة، بل  
 السلطنة هي من آثار الملكية، والشاهد على ذلك قوله عليه السلام: «الناس  
 مسلّطون على أموالهم»، فلا بدّ أولاً أن تتحقّق الملكية (أموالهم) ثمّ يتحقّق الآخر  
 وهي السلطنة<sup>(٢)</sup>.

الرأي الثالث: أنّ حقيقة الملكية هي الإضافة، وذهب إلى هذا الرأي المحقق

(١) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ١٢٠.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ١٠. وكذلك: العقد النضيد،

تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٨١.

الأصفهاني قدس سره، حيث اختار أن الملك من مقولة الإضافة لكونه اعتبار إحاطة المالك بالملوك، وهذه الإحاطة عنوان إضافي وليست من مقولة الجدة، لأن الجدة هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم آخر به، أما نفس إحاطة جسم بجسم أو محاطية الثاني بالأول فليست إلا مقولة الإضافة<sup>(١)</sup>.

وقد أورد عليه: «أن هذه المقولة هي النسبة المتكررة التي توجب انتزاع عنوانين متضائفين متكافئين في القوة والفعل، ولا بد لهذا الانتزاع من المنشأ، فإن كان هو السلطنة أو الجدة فقد عرفت ما فيها من الإشكال»<sup>(٢)</sup>.

الرأي الرابع: أن حقيقة الملكية هي الإضافة الواجدية، ولقد ذهب إلى هذا الرأي جملة من المحققين، حيث ذكروا «أن الملكية اعتبار الواجدية، وهي متأصلة في الجعل إما بجعلها تأسيساً أو إمضاءً لما عند العرف، ولا تنتزع من التكليف ولا من العقد»<sup>(٣)</sup>، كما ذكروا أيضاً: «أن الملكية الاعتبارية اعتبار الواجدية، في قبال الواجدية الحقيقية في مثل مالكية النفس للقوى، والاعتبار يدور مدار ترتب الأثر»<sup>(٤)</sup>.

وقال الشيخ المنتظري قدس سره: «إن الملكية - أعني: إضافة الواجدية المتحققة بين المالك والملك - تكون على نوعين: ملكية حقيقية تكوينية، وملكية اعتبارية محضة، فالأولى: كمالكية الله تعالى لنظام الوجود من الأعلى إلى الأدون، بمعنى واجديته لها وإحاطته القيومية بها تكوينياً لتقومها به ذاتاً. وكذا مالكية الإنسان لفكره وقواه وحركاته الصادرة عنه. ومن هذا القبيل أيضاً مقولة الجدة

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ٣١ - ٣٢.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ٨٢.

(٣) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيد المروج الجزائري، ج ١ ص ١٢٨.

(٤) المصدر نفسه، ج ١ ص ١٣٠.

كواجديّة الإنسان خارجاً لألبسته المحيطة ببدنه، ويقال لها: مقولة الملك أيضاً.  
والثانية: كمالكيّة زيد مثلاً لداره وبستانه وسائر أمواله، حيث إنّها إضافة  
اعتباريّة محضة يعتبرها العرف والشرع بينهما وإن فرض كون أحدهما بالمغرب  
والآخر بالمشرق مثلاً<sup>(١)</sup>.

وقال السيّد الميلاني قدس سرّه: «الظاهر أنّ حقيقة الملكيّة عبارة عن  
الواجديّة في عالم الاعتبار، والسلطنة ملازمة لها، ولا يشترط أن تكون السلطنة  
بالمباشرة، فالصغير يملك لكن سلطنته على المملوك تتحقّق بواسطة وليّه  
المتصرّف فيه، وفي قبالتها الملكيّة الحقّة الحقيقيّة، وهي لله الذي لا إله إلا هو الحيّ  
القيّوم، ولأوليائه الذين بهم الوجود»<sup>(٢)</sup>.

ولقد ذكر أنّ الارتكاز العقلائي والآيات الكريمة والأحاديث الشريفة  
واللغة كلّها تؤيّد هذا الرأي:

أما الارتكاز العقلائي: «فالعقلاء لا يرون في ارتكازاتهم العقلائيّة ملك  
المالك هيئة في وعاء الاعتبار كهيئة التعمّم والتقمّص مثلاً، نعم يرون المالك  
واجداً بالنسبة إلى المملوك، وبعد زوال الملك يرونه فاقداً لتلك الواجديّة،  
والسلطنة تعدّ من آثار الملك عرفاً وعقلاً»<sup>(٣)</sup>.

أما الآيات: فكقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ...﴾ (النساء: ٩٢)  
أي: من لم يكن ذا مال يشتري الرقبة، وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ  
مِنْ وُجْدِكُمْ...﴾ (الطلاق: ٦).

(١) دراسات في المكاسب المحرّمة، الشيخ المنتظري، ج ١ ص ١٠٤.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ٨٠.

(٣) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري،

أما الأحاديث الشريفة: فكقول رسول الله صلى الله عليه وآله: «لبي الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره الله عز وجل»<sup>(١)</sup> و«لبي الواجد» معناه: مطلق القادر على قضاء دينه<sup>(٢)</sup>.

وأما اللغة: فقد جاء في لسان العرب: «يقال وجدت في المال وُجُداً ووَجُداً ووِجُداً ووِجْداناً وِجْدَةً، أي: صرْتُ ذا مال... والواجد: الغني... وأوجدته الله أي: أغناه»<sup>(٣)</sup>.

وفي تاج العروس: «وَجَدْتُ المَالَ وَكُلَّ شَيْءٍ أَجِدُهُ وَجُداً ووِجُداً ووِجْداناً ووِجْداناً وِجْدَةً، أي: صرْتُ ذا مال... وقالوا: الحمد لله الذي أوجدني بعد فقر، أي: أغناني»<sup>(٤)</sup>.

وذكر الشيخ الوحيد الخراساني: أن «ما جاء في كلمات بعض أئمة أهل اللغة من التعبير عنها بالجدة والاحتواء والوجدان... فقد فحصت عنها فحصاً تاماً وتوصلت إلى أن مرادهم من الجدة ليس الجدة المقولة الفلسفية بل هو مصدر وجد»<sup>(٥)</sup>.

### الثمرة العملية من بحث حقيقة الملكية الاعتبارية

بعد أن ذكرنا أبرز الآراء في تحديد حقيقة الاعتبار في الملكية، لا بد من الإشارة إلى أن الثمرة العملية لهذا البحث تظهر عند القول بأن حقيقة الملكية هي السلطنة، حيث يواجه أصحاب هذا القول إشكالات في بعض المسائل الفقهية

(١) وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٨ ص ٣٣٤.

(٢) انظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة: لوي.

(٣) لسان العرب، ابن منظور، ج ٣ ص ٤٤٦.

(٤) تاج العروس، الزبيدي، ج ٥ ص ٢٩٣.

(٥) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٨٣.

لابدّ لهم من وضع حلول لها وتوجيه التصرّفات الصادرة منها، والتي منها:  
«إذا بلغ الصبيّ المميّز عشر سنين جاز تصرّفات من الوصيّة والعنق والصدقة  
- بناء على دلالة طائفة من الأخبار - لسلطنته على مثل هذه الأمور، وأمّا الصبيّ  
غير المميّز فهو مسلوب السلطنة عن جميع تصرّفات في الأشياء<sup>(١)</sup>.  
ومنها: في المعاطاة وفيها قولان، فالمشهور - المدعى عليه الإجماع - أنّها تفيد  
إباحة جميع التصرّفات حتى المملّكة منها، والقول الآخر أنّها تفيد الملكية، فعلى  
القول المشهور للأخذ بالمعاطاة: السلطنة على جميع التصرّفات في المأخوذ<sup>(٢)</sup>.  
ومنها: في سهم الإمام عليه السلام فلا شكّ في أنّه ملكٌ للإمام عليه  
السلام، والالتزام بملكيّة الفقيه له قطعيّ البطلان، إذ الفقيه وغيره يعدّون جميعاً  
من الموارد التي تصرف فيها هذه الأموال المملوكة للإمام عليه السلام، فالقابض  
لسهم الإمام له السلطنة المطلقة في التصرّف فيه ولكنه لا يعدّ مالكاً له.  
ومنها: ما يُدفع في سبيل الله من الزكاة، حيث لا يُعدّ ملكاً للقابض، بخلاف  
سهم الفقراء فهو ملكٌ لهم؛ برغم ثبوت سلطنة القابض على جميع التصرّفات<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الرابع: حقيقة الإباحة وأقسامها

#### المطلب الأوّل: الإباحة في اللغة والاصطلاح

الإباحة لغةً: مأخوذة من البوح، وهي إمّا بمعنى ظهور الشيء أو بمعنى  
سعة الشيء وإطلاقه؛ قال الزبيدي: «أباح الشيء: أطلقه، والمباح: خلاف  
المحظور، وباح الشيء: ظهر... والأصل في الإباحة إظهار الشيء للناظر ليتناوله

(١) رغم كونه يعدّ مالكاً لها.

(٢) رغم كونه يعدّ غير مالكٍ للمأخوذ.

(٣) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٨٤.



من شاء، ومنه باح بسرّه»<sup>(١)</sup>.

وقال ابن فارس: «بوح... هو سعة الشيء وبروزه وظهوره، ومن هذا الباب إباحة الشيء، وذلك أنه ليس بمحذور عليه، فأمره واسع غير مضيق»<sup>(٢)</sup>.  
هذا ويمكن إرجاع الإباحة بمعنى إظهار الشيء إلى معنى السعة والإطلاق، لأن إظهار الشيء معناه رفع القيود عنه للآخرين، فهم في سعة في أخذه وتناوله.  
وأما الإباحة اصطلاحاً: فسرى من خلال المطلب التالي أن مقصود الفقهاء من الإباحة في جميع أقسامها لا يخرج عن المراد منها في المعنى اللغوي، وهي كون المكلف فيها جميعاً في سعة وإطلاق.

### المطلب الثاني: أقسام الإباحة

تنقسم الإباحة من حيث معناها ومن حيث مصدرها ومن يكون له حق الإباحة أو غير ذلك من الجهات، إلى عدة أقسام، وما يهمننا في مقامنا هو تقسيمها بحسب المباح، أي: من له الحق في جعل الإباحة، حيث تنقسم على هذا الأساس إلى ثلاثة أقسام:

#### أولاً: الإباحة الشرعية

والمقصود منها هي كل حكم بالإباحة يثبت من قبل الشارع، وهي تنقسم إلى قسمين:

الأول: الإباحة الشرعية بالمعنى العام: وهي إباحة الشارع التصرف في الشيء دون اختصاص هذه الإباحة بباب معين، فالإباحة تشمل جميع أفعال المكلفين التي أباحها الشارع.

(١) تاج العروس، الزبيدي، ج ٤ ص ١٧.

(٢) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ج ١ ص ٣١٥.

الثاني: الإباحة الشرعية بالمعنى الخاص: وهي إباحة الشارع التصرف في الأموال لغير المالك لكن لا على سبيل الولاية، فتكون هذه الإباحة مختصة باب الأموال، والتصرف فيها لغير مالكةا خروج واستثناء عن قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه ورضاه، وعليه تكون الإباحة هنا حكماً وضعياً من باب الحقوق.

قال ابن فهد الحلبي قدس سره: «الأصل تحريم التصرف في مال الغير إلا مع صريح الإذن؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ (البقرة: ١٨٨)، وقوله عليه السلام: «المسلم أخو المسلم لا يحل له ماله إلا عن طيب نفس منه»<sup>(١)</sup>، وقوله عليه السلام: «مال المسلم ودمه حرام»<sup>(٢)</sup> وقد أخرج النص من هذا الأصل العام وجوهاً<sup>(٣)</sup>.

وهذا النوع من الإباحة تارة يجعلها الشارع ابتداءً لعنوان خاص من دون توقّفها على أمر آخر، كما في إباحة الأكل من الثمار للمارة بقدر محدود؛ قال المحقق الحلبي قدس سره: «إذا مرّ الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع اتفاقاً، جاز أن يأكل من غير إفساد، ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً»<sup>(٤)</sup>.

وكما في إباحة الأكل من بيوت الأقارب كما في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتُمْ أَيْمَانُهُمْ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً﴾

(١) عوالي اللآلئ، ابن أبي جمهور الأحسائي، ج ٣ ص ٤٢٤.

(٢) المصدر نفسه، ج ٣ ص ٤٧٣.

(٣) المهذب البارع، ابن فهد الحلبي، ج ٤ ص ٢٣٦.

(٤) شرائع الإسلام، المحقق الحلبي، ج ٢ ص ٣١٠.

(النور: ٦١).

قال العلامة الحلبي قدس سره: «ولا يجوز أن يأكل الإنسان من مال غيره إلا بإذنه، وقد رُخص في الأكل من بيت من تضمنته الآية إن لم يعلم كراهته، ولا يحمل منه شيئاً»<sup>(١)</sup>.

وتارة تكون هذه الإباحة مسببة عن معاملة لم يكن قصد المتعاملين فيها الإباحة بل كان قصدهما الملك، إلا أن الشارع حكم فيها بالإباحة كما نُسب إلى المشهور في بحث المعاطاة كما سوف يأتي.

قال السيد الخوئي قدس سره: «فمدرك القول بالإباحة، سواء أكانت الإباحة مطلقة أم كانت خاصة، إنما هو الإجماع، وعليه فالمراد من الإباحة المزبورة هي الإباحة الشرعية لا الإباحة المالكية لكي يتوقف تحققها في الخارج على كونها مقصودة للمتعاظين»<sup>(٢)</sup>.

نعم، هناك من الفقهاء من يرى أن هذه الإباحة مالكية لا شرعية؛ قال البحراني قدس سره: «المشهور بين القائلين بعدم لزوم بيع المعاطاة: هو صحة المعاطاة المذكورة، إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، وأنها تنفيذ إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض المعين، من حيث إذن كل منهما في التصرف، وتسليطه على ما دفعه إليه»<sup>(٣)</sup>.

هذا وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك في المباحث القادمة إن شاء الله تعالى. والإباحة الشرعية بالمعنى العام تارة تكون تكليفية وأخرى وضعية، والإباحة الشرعية التكليفية تارة تكون إباحة بالمعنى الأعم حيث تطلق الإباحة

(١) قواعد الأحكام، العلامة الحلبي، ج ٣ ص ٣٣٣.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٩.

(٣) الحدائق الناضرة، المحقق البحراني، ج ١٨ ص ٣٥٦.

على مطلق الجواز فتشمل الاستحباب والكراهة، وتارة تكون إباحة بالمعنى الأخص فتكون الإباحة عبارة عن الخطاب الشرعي بالتخير بين الفعل والترك وتساويهما لدى الشرع، فتكون إحدى الأحكام التكليفيّة الخمسة، وهي: الوجوب والاستحباب والحرمة والكراهة والإباحة.

قال الشهيد الصدر: «وأما الإباحة فهي بمعنيين، أحدهما: الإباحة بالمعنى الأخص التي تعتبر نوعاً خامساً من الأحكام التكليفيّة، وهي تعبر عن مساواة الفعل والترك في نظر المولى. والآخر: الإباحة بالمعنى الأعم، وقد يطلق عليها اسم الترخيص في مقابل الوجوب والحرمة فتشمل المستحبات والمكروهات مضافاً إلى المباحات بالمعنى الأخص لاشتراكها جميعاً في عدم الإلزام»<sup>(١)</sup>.

والإباحة الشرعيّة التكليفيّة بالمعنى الأخص تنقسم إلى: إباحة اقتضائيّة وإباحة لا اقتضائيّة، والمقصود من الإباحة الاقتضائيّة هي الإباحة التي يكون في أصل جعل الخطاب فيها بالتخير وجود ملاك وغرض للمولى، والمقصود من الإباحة اللا اقتضائيّة هي الإباحة الخالية من وجود ملاك في الإلزام بالفعل أو الترك؛ قال الشهيد الصدر: «إنّ ملاكها قد يكون اقتضائياً، وقد يكون غير اقتضائيّ، لأنّها قد تنشأ عن وجود ملاك في أن يكون المكلف مطلق العنان، وقد تنشأ عن خلوّ الفعل المباح من أيّ ملاك»<sup>(٢)</sup>.

هذا ولكنّ السيّد الخميني يرى أنّ الإباحة اللا اقتضائيّة ليست إباحة شرعيّة، بل هي من سنخ الإباحات العقليّة، يقول قدس سرّه: «الإباحة المسيّبة عن اقتضاء التساوي، إباحة شرعيّة وتعدّ من الأحكام، وأما إذا فرضنا عدم اقتضاء للواقعة أصلاً، فلا بدّ وأن لا يكون لها حكم شرعيّ؛ إذ جعل الإباحة بلا

(١) دروس في علم الأصول (الحلقة الثانية)، السيّد محمد باقر الصدر، ج ١ ص ٢٥.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ٢٠.

ملاك لغو، فينطبق على الإباحة العقلية قهراً ويخلو عن الجواز الشرعي<sup>(١)</sup>.  
 أما الإباحة الشرعية الوضعية فتكون بمعنى الصحة والمشروعية وعدم  
 البطلان، كما في إباحة التيمم مع خوف الضرر من استعمال الماء، فإنها تعني  
 مشروعية التيمم بدلاً عن الوضوء، وبالتالي إجزاؤه عن المأمور به، لذا يكون أثر  
 هذه الإباحة إجزاء العمل في الأوامر التكليفية، وسقوط الإعادة والقضاء،  
 وصحة المعاملة في الخطابات الوضعية كما في العقود والإيقاعات، فإباحة عقد  
 التأمين مثلاً معناه صحته ونفوذه، وترتب الآثار والحقوق الوضعية وصحة  
 التصرفات عليه.

ولابد من الإشارة إلى أن الإباحة بهذا المعنى لا يمكن أن تتعلق إلا بما فيه  
 مقرر شرعي لكي تصح المشروعية وعدم البطلان، وحيث إن المشروعية تنزع  
 عقلاً عن الخطاب الشرعي التكليفي الذي هو الأمر بالمرکبات أو الوضعي الذي  
 هو الخطابات المتعلقة بالمعاملات وترتيب الأثر عليها، لذا فإن الإباحة بهذا  
 المعنى بالدقة ليست هي الخطاب الشرعي المجعول، بل هي منتزعة بلحاظه،  
 ومن هنا كانت حكماً وضعياً انتزاعياً.

ثم إن العلاقة والملازمة بين الإباحة الوضعية والإباحة التكليفية تختلف في  
 العبادات عنها في المعاملات، فكلّ عبادة صحيحة تكون جائزة ومباحة تكليفاً،  
 أمّا في المعاملات فالأمر مختلف؛ حيث لا يوجد هذا التلازم، فقد تكون المعاملة  
 صحيحة ولكنها محرمة كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة بناءً على أن الحرمة هنا  
 هي حرمة تكليفية لا وضعية، وقد تكون المعاملة غير صحيحة وضعاً ومحرمة  
 تكليفاً كبيع الخمر، وقد تكون المعاملة غير صحيحة وضعاً ولكنها مباحة تكليفاً  
 كبيع ما لا مالية له.

(١) تهذيب الأصول، تقرير بحث الإمام الخميني، للشيخ السبحاني، ج ١ ص ٢٣٥.

### ثانياً: الإباحة العقلية

هي إدراك العقل لعدم القبح والذم في فعل أمر أو تركه لإدراكه بتساوي الفعل والترك فيه من حيث الحسن والقبح الذاتيين، كإدراك العقل إباحة المشي مثلاً، وتسمى هذه الإباحة بالإباحة العقلية الأولى.

أو هي إدراك العقل لعدم استحقاق اللوم والعقوبة على فعل أمر أو تركه لو صادف الفعل أو الترك ارتكاب الحرام الواقعي، وهذه ما تسمى بالبراءة العقلية، كما في موارد الجهل أو النسيان أو الغفلة أو الاشتغال بالأهم أو غير ذلك مما يعتبره العقل عذراً مبيحاً أو موجباً للتخيير وعدم صحة العقوبة في موارد<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: الإباحة المالكية

هي الإباحة المستندة إلى إذن المالك أو المأذون من قبله، حيث يحق للمأذون له التصرف في حدود الإذن، كما في إباحة أكل الطعام للضيف، وإباحة التصرف في العارية، وإباحة التصرف في العوضين في المعاطاة على القول أنها إباحة مالكية لا شرعية<sup>(٢)</sup>.

وقد يراد معنى آخر من الإباحة المالكية وهي أن تكون بمعنى أن كل مالك يباح له التصرف في ملكه بمطلق أنحاء التصرفات، فجواز التصرف مستند إلى

---

(١) راجع: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، ج ٢ ص ٨٦-٩٤.  
(٢) راجع: الموسوعة الفقهية الميسرة، الشيخ محمد علي الأنصاري، ج ١ ص ٤٤٥. لا بأس بالإشارة إلى أن الإمام الخميني يرى أن الإباحة المالكية لا تجري في البيع ونحوه من العقود، حيث قال قدس سره: «إن الإباحة المالكية في البيع ونحوه غير صحيحة، بل غير معقولة، وطيب نفسها في المعاملات طيب نفس معاملتي، أو طيب نفس بالمعاملة، لا طيب مطلق، ولهذا قالوا: إن المأخوذ بالبيع الفاسد كالمأخوذ غصباً». (انظر: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٩٠).

## ملكية المالك.

وتنتهي الإباحة المالكية بانتهاء المأذونية من قبل المالك؛ إما لانتهاء مدتها إن كانت مقيّدة بزمن خاص، أو لرجوع الأذن عن إذنه ورضاه؛ قال السيّد الخوئي قدس سرّه: «إنّما المضاربة مجرد إباحة وإذن في التصرف من أحدهما وقبول من الآخر كالعارية، وعليه فمتى ما رجع الأذن في إذنه لكونه مسلّطاً على ماله يتصرّف فيه كيف يشاء، ارتفع الموضوع ومعه ينتفي الحكم لا محالة»<sup>(١)</sup>.

وقال المحقّق الأصفهاني قدس سرّه: «ينبغي أن يُعلم أولاً أنّ إباحة التصرف في المال تارة تستند إلى إذن المالك ورضاه فمثلها بقاؤها بقاءها كحدوثها بحدوثها»<sup>(٢)</sup>.  
وقال السيّد الكلبيگاني قدس سرّه: «إن كانت الإباحة مالكية فالأصل هو الجواز، فمتى أراد الرجوع عن إباحته كان له ذلك، سواء بقيت العينان أو لا»<sup>(٣)</sup>.  
وقال السيّد محسن الحكيم قدس سرّه: «ومن المعلوم أنّ الإباحة المالكية تزول بکراهة المالك وفسخه»<sup>(٤)</sup>.

وتنقسم هذه الإباحة من حيث إنشائها وإبرازها من المالك إلى قسمين:  
الأول: الإباحة المالكية الضمنية: وهي الإباحة الحاصلة بمجرد استكشاف واحراز رضا المالك ولو من القرائن وشاهد الحال، حيث تكفي في جواز التصرف في مال الغير، ولا يلزم في جواز التصرف إنشاء الإباحة من المالك بقول أو فعل، كما في الإعراض عن المال، حيث إنّ من رفع يده عن ملكه فلا محالة أنّه يرضى بتصرف الغير فيه.

(١) مباني العروة الوثقى (كتاب المضاربة)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للسيّد محمد تقي الخوئي، ج ٣ ص ٣٩.

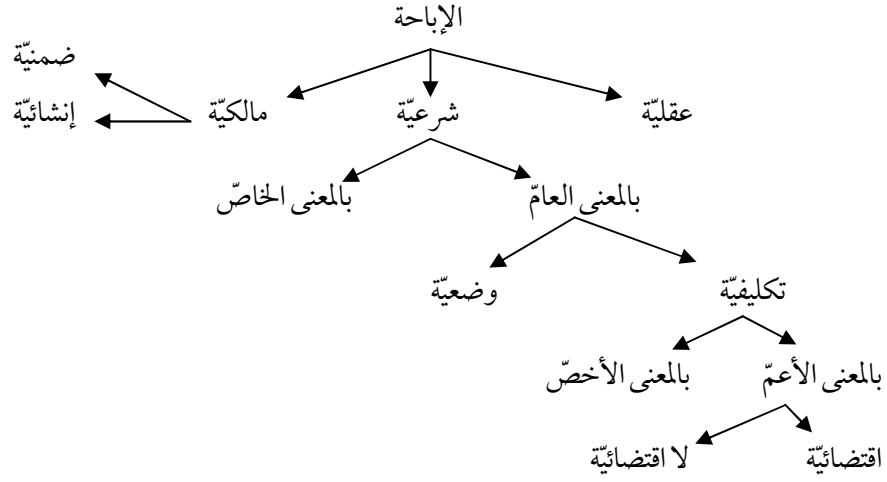
(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٧٩.

(٣) بلغة الطالب، السيّد الكلبيگاني، ص ١٧٥.

(٤) نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٧٣.

الثاني: الإباحة المالكية الإنشائية: وهي الإباحة التي ينشئ المالك فيها عنوان الإباحة صريحاً، سواء كان هذا الإنشاء بالقول أو الفعل، وتسمى هذه الإباحة بالإباحة التسببية، لأنها سبب لجواز التصرف وترتب الأثر كسائر المعاملات، وتسمى أيضاً بالإباحة الصريحة.

وقد تُطلق الإباحة الصريحة في مقابل الإباحة المستفادة بالأولوية والفحوى، فمن أباح دخول بيته والمكث فيه فإنه يكون قد أباح الصلاة فيه من باب الأولوية<sup>(١)</sup>.



### طرق معرفة الإباحة

أما بالنسبة للإباحة الشرعية فطريق معرفتها هو الرجوع إلى الأدلة الشرعية اللفظية وغير اللفظية، سواء كانت دلالتها على الإباحة بالعناوين الأولوية الخاصة أو كانت دلالتها بالعناوين الثانوية العامة، كعنوان الضرر أو الحرج أو الخطأ أو النسيان أو الإكراه أو الاضطرار أو غير ذلك من العناوين. وأما الإباحة العقلية وحكم العقل بالبراءة أو ارتفاع التكليف أو التخيير

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ٢ ص ١٣٠.



فطريق معرفتها هو العقل العملي، كما في موارد الجهل بالتكليف أو نسيانه أو العجز عنه، أو دوران الأمر بين المحذورين أو دوران الأمر بين الواجبين المتزاحمين المتناوبين.

وأما الإباحة المالكية فيمكن معرفتها من خلال كل ما يكون ظاهراً في الإذن والرضا وطيب النفس من المالك أو من ينوب عنه سواء كان لفظاً أو إخباراً أو إشارة أو فعلاً أو سكوتاً كاشفاً عن الرضا أو شاهد الحال، كمن يثرب في الأعراس والضيافات للحاضرين، أو الإذن والرضا المستكشف من الملازمة والفحوى والألوية، كما إذا أذن المالك لشخص أن يبقى في بيته فيفهم منه بالفحوى والألوية إذنه بالصلاة فيه أيضاً.

### الإباحة المعوضة وأقسامها

لم يرد تعريف محدد للإباحة المعوضة عند الفقهاء، إلا أن الذي يفهم منها من خلال كلماتهم هنا وهناك أنها مطلق الإباحة بعوض؛ قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض، ومن الثاني - بقبوله لها - التمليك، كما لو صرح بقوله: أبحت لك كذا بدرهم»<sup>(١)</sup>.

ولقد تعرض الفقهاء للإباحة المعوضة عند البحث عن جملة من العقود الرائجة عرفاً، التي يشكّل إلحاقها بالعقود المسماة المعروفة كالبيع والإجارة ونحوها، كما في بذل المال لصاحب الحما في مقابل الاستفادة من الحما، فحاولوا تخرجها على أساس أنها إباحة معوضة، وكذا تعرضوا لها أيضاً في بحث المعاطاة في تفسير ما ينسب إلى المشهور من أن المعاطاة تفيد الإباحة لا الملك، فهذه الإباحة تارة تكون غير مقصودة للمتعاطين فاختلّفوا في كونها إباحة

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٨١.

شرعيةً تعبديةً أم أنها إباحة مالكية، وتارة أخرى تكون هذه الإباحة مقصودة للمتعاظين فتكون إباحة معوضة.

وتنقسم الإباحة المعوضة من ناحية المعوض إلى قسمين: فتارة تكون الإباحة في قبال إباحة، كأن يبيع ماله للآخر مقابل أن يبيع الآخر ماله للأول، وتارة تكون الإباحة في قبال التملك.

وهذه المقابلة بين العوضين قد تكون بين المالكين فيكون المباح في قبال المباح، وقد تكون بين الفعلين فتكون الإباحة في قبال الإباحة، أو الإباحة في قبال التملك، وقد تكون بين فعل من طرف ومال من طرف آخر.

والعوض المأخوذ من ناحية الالتزام بالوفاء قد يكون مأخوذاً على نحو العوضيّة والمقابلة، كأن يبيحه كتابه بإزاء أن يملكه العوض، وقد يكون مأخوذاً على نحو الشرطيّة كأن يبيع ماله لزيد على أن يملكه العوض، أي: يشترط عليه ذلك.

قال السيّد اليزدي قدس سرّه: «وإجمال الأقسام المتصورة: أنّه إمّا أن يكون المقابلة بين المالكين على وجه الملكيّة، وإمّا أن يكون المقابلة بينهما على وجه الإباحة، فيكون من الإباحة المعوضة بمعنى جعل المباح في مقابل المباح، وإمّا أن يكون المقابلة بين الفعلين على وجه التملك بأن يكون تملك بإزاء تملك، وإمّا أن يكون بينهما على وجه الإباحة بأن يكون الإباحة في مقابلة الإباحة، وإمّا أن يكون أحد المتقابلين مالاً والآخر فعلاً كأن يملكه العين بعوض تملكه بأن يكون التملك في مقابل العين أو بعوض إباحتها العين الأخرى، أو يبيع العين بعوض هو تملكه العين الأخرى أو إباحتها.

ثمّ مع كون العوض في الطرف فعلاً سواء كان إباحة أو تملكاً قد يكون ذلك بعنوان العوضيّة والمقابلة، وقد يكون بعنوان الاشتراط نظير الهبة المعوضة»<sup>(١)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٧٧.

والعوض المجعول في قبال الإباحة تارة يكون عوضاً مسمى متفقاً عليه بين الطرفين، وأخرى يكون قيمة المثل، كأن يبيح له أكل الطعام مع ضمان قيمته السوقية، وتسمى هذه الإباحة بالإباحة المضمونة. وسيأتي تفصيل الكلام في الإباحة المعوضة وصحتها وكونها من العقود أو الإيقاعات وجملة من أحكامها عند البحث في التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة إن شاء الله تعالى.

### المبحث الخامس: الأصل الأولي في المعاملات

يقع الكلام في ما يقتضيه الأصل الأولي في المعاملات عند الشك في صحة معاملة أو فسادها. لقد اختلف موقف الأعلام في تحديد هذا الأصل، فذهب بعضهم إلى أن الأصل هو فساد المعاملة، بينما ذهب البعض الآخر إلى صحتها.

#### المطلب الأول: أصالة الفساد في المعاملات

المشهور بين الفقهاء - بل ادّعي عليه الإجماع - أن الأصل في المعاملات عند الشك في صحتها هو الفساد، والمقصود من الفساد هنا هو عدم ترتب الأثر شرعاً على المعاملة المشكوك في صحتها؛ قال صاحب العناوين قدس سره: «إن الأصل في المعاملات - كالعبادات - الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر شرعاً، لأن ترتبه عليه أمرٌ توقيفيٌّ يحتاج إلى ثبوته من الشرع، فما لم يثبت فالأصل عدمه. والظاهر: أن كون البناء على أصالة الفساد في كل ما شك في ورود دليل على صحته مجمعٌ عليه فيما بينهم»<sup>(١)</sup>.

وقال الميرزا النائيني قدس سره: «الأصل في جميع موارد الشك في صحة المعاملة يقتضى الفساد؛ لأصالة عدم ترتب الأثر على المعاملة الخارجية وبقاء

(١) العناوين الفقهية، السيّد المراغي، ج ٢ ص ٦.

متعلّقها على ما كان عليه قبل تحقّقها»<sup>(١)</sup>.

وهذا ما أكّده السيّد الخوئي بقوله: «إنّ مقتضى الأصل في العبادة هو الفساد مطلقاً. وأمّا في المعاملات فإن كان هناك عموم أو إطلاق وكان الشكّ في صحّة المعاملة المنهيّ عنها وفسادها من جهة الشبهة الحكميّة فلا مانع من التمسك به لإثبات صحّتها، ضرورة أنّه لا تنافي بين كون معاملة محرّمة ووقوعها صحيحة في الخارج، إلّا أنّ هذا الفرض خارج عن محلّ الكلام، حيث إنّه فيما إذا لم يكن دليل اجتهاديّ من عموم أو إطلاق في البين يقتضي صحّتها أو كان ولكنّ الشبهة كانت موضوعيّة فلا يمكن التمسك بالعموم فيها، فعندئذٍ بطبيعة الحال المرجع هو الأصل العملي ومقتضاه الفساد، مثلاً لو شككنا في صحّة نكاح الشغار أو فساده ولم يكن دليل من الخارج على صحّته أو فساده لا عموماً ولا خصوصاً فالمرجع هو الأصل وهو يقتضي فساده وعدم حصول العلقّة الزوجيّة بين الرجل والمرأة، وكذا الحال فيما إذا شككنا في صحّة معاملة وفسادها من ناحية الشبهة الموضوعيّة، وقد تحصّل من ذلك أنّ مقتضى الأصل في المعاملات أيضاً هو الفساد مطلقاً»<sup>(٢)</sup>.

وقال المحقّق النراقي قدّس سرّه: «إنّ الأصل في الأشياء عدم الملكيّة، وإنّ كون شيء ملكاً ومالاً مطلقاً أو لأحد، أمرٌ مخالف للأصل محتاج إلى الدليل المثبت له، لا بمعنى أنّ حدوث ملكيّة هذا لذلك الشخص بعد كونه ملكاً لغيره أمرٌ مخالف للأصل، فإنّه وإن كان كذلك، بل كان مقطوعاً به، بل ضرورياً، ولكنّه غير مقصود لنا هنا، بل هو ليس حدوث الملكيّة، بل هو حدوث انتقال الملك»<sup>(٣)</sup>.

(١) أجود التقريرات، تقرير بحث الميرزا النائيني، للسيّد الخوئي، ج ١ ص ٣٩٣.

(٢) محاضرات في أصول الفقه، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ الفيّاض، ج ٥ ص ٢٧.

(٣) عوائد الأيام، المحقّق النراقي، ص ١١٤.

وقال المولى محمد النراقي: «العقد إن علم صحته شرعاً فهو، وإن شك فيها سواء لم يعلم كونه ممّا تداول بين الناس، أو علم ولم يعلم كونه من الموظفة الشرعية، أو علم ولم يعلم اشتراطه بما وقع فيه الشك، فمقتضى الأصل الأوّلي فساد، بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود منه شرعاً، لأنّ الصحّة من الأمور الشرعية المتوقّفة على التوظيف الذي هو أمرٌ حادثٌ، ينفيه الأصل إلى أن يثبت بدليل»<sup>(١)</sup>.

ومرجع أصالة الفساد في المعاملات إمّا إلى استصحاب عدم الأثر - كما مرّ في كلمات الفقهاء - قال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «إنّ الأصل الأوّلي في العقود والإيقاعات هل يقتضي الصحّة أم يقتضي الفساد؟ ذهب جمعٌ إلى الأوّل وذهب جمعٌ آخر إلى الثاني، وهو الحقّ... والوجه في ذلك أنّ نتائج العقود والإيقاعات - من الملكيّة والزوجيّة والعناق والفراق - أمورٌ حادثّة ومسبوقة بالعدم، كما أنّ نفس العقود والإيقاعات كذلك، فإذا شككنا في تحقّقها في الخارج من ناحية بعض ما يعتبر فيها من الشروط كان الأصل عدمه، وحينئذٍ فيحكم بفسادها»<sup>(٢)</sup>.

وقال الشيخ المنتظري قدّس سرّه: «الأصل في المعاملات هو الفساد لاستصحاب عدم ترتّب الأثر»<sup>(٣)</sup>.

وإمّا أن يكون المرجع هو استصحاب بقاء الملك بلحاظ المالك، أو استصحاب عدم الملك بلحاظ المشتري؛ قال صاحب الجواهر قدّس سرّه: «ودعوى أنّ اللزوم يكفي فيه استصحاب الملك ونحوه، يدفعها معارضته باستصحاب بقاء سلطة المالك التي ينبغي الاقتصار في الخروج عنها على المتيقّن»<sup>(٤)</sup>.

(١) مشارق الأحكام، المولى محمد النراقي، ص ١٣.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ٢٧١.

(٣) دراسات في المكاسب المحرّمة، الشيخ المنتظري، ج ٣ ص ١٧٢.

(٤) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٠.

وقال السيّد الكلبيگاني قدّس سرّه: «وعلى أيّ حال فالخروج عن أصالة عدم الملك التي يعضدها الشهرة المحقّقة بين القدماء القائلين بالإباحة بعدم حصول الملك مشكّل»<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني: أصالة الصّحة في المعاملات

ذهب جمعٌ من الأعلام والمحقّقين إلى أنّ الأصل الأوّلي في المعاملات ليس هو الفساد، بل الأصل هو الصّحة، والحمل على الصّحة يستعمل في الفقه في معنيين: الأوّل: أن تكون الصّحة في ما يقابل الفساد، فيكون معنى الحمل على الصّحة حيثنذ: أنّ شخصاً لو صدر منه فعل يتّصف بالصّحة والفساد، وشككنا في كونه صحيحاً يترتب عليه الأثر أو لا يترتب، فيُحكم عندئذ بالصّحة ويُنَى عليها. الثاني: أن تكون الصّحة في مقابل القبح، فإذا صدر من مسلم فعل وشككنا في كونه مباحاً أو حراماً، فيبني على الإباحة والجواز وعدم تحقّق الحرام منه، فالحمل على الصّحة معناه البناء على عدم صدور الحرام وما يستوجب العقاب. والمعنى الثاني وإن كان أمراً مسلماً إلاّ أنّ المقصود من أصالة الصّحة في المعاملات هو المعنى الأوّل.

واستدلّ على هذه القاعدة بالأدلة الأربعة من آيات وروايات وإجماع وعقل، إلاّ أنّ جميعها تصلح للمناقشة «والظاهر أنّ عمدة الدليل عليه هي سيرة العقلاء كافّة، من جميع الملل، في جميع العصور، من أرباب جميع الأديان من المسلمين وغيرهم، والشارع لم يردع عن هذه الطريقة بل أمضاها، كما هو مفاد الأخبار في أبواب متعدّدة. بل يمكن أن يقال: لو لم يكن هذا الأصل معتبراً، لا يمكن أن يقوم للمسلمين سوقٌ، بل يوجب عدمُ اعتباره اختلال النظام»<sup>(٢)</sup>.

(١) تقريرات البيع، تقرير بحث السيّد الكلبيگاني، للمقدّس النجفي، ص ٧٩.

(٢) القواعد الفقهيّة، السيّد البجنوردي، ج ١ ص ٢٨٧.

ويوجد اختلاف بين الأعلام في كون هذه القاعدة من الأمارات المعتبرة - كما يظهر من كل من استند في حجيتها إلى ظهور حال المسلم - أو كونها من الأصول العملية، والتفصيل لا يسعه المقام.

### المطلب الثالث: تقديم أصالة الصحة على الفساد

تختلف ماهية أصالة الصحة عن ماهية أصالة الفساد، فأصالة الصحة تعني ترتب الأثر على المعاملة، بينما أصالة الفساد معناها عدم ترتب الأثر، ويكون التقابل بينهما تقابل الملكة والعدم، فأصالة الصحة تنتج صحة المعاملة وأصالة الفساد تنتج بطلان المعاملة، وهما قاعدتان كليتان تجريان في جميع المعاملات، لذلك يقع التعارض بين القاعدتين.

ذهب بعض الفقهاء إلى تقديم أصالة الصحة على أصالة الفساد، سواء قلنا أن أصالة الصحة من الأمارات أم من الأصول العملية، فأما بناءً على كونها من الأمارات فواضح لأنه من تقديم الأمارات على الأصول العملية، وأما بناءً على كونها من الأصول العملية فللزوم لغويتها على فرض عدم تقديمها، لأنه ما من مورد تجري فيه أصالة الصحة إلا وتجري فيه أصالة الفساد أيضاً، إضافة إلى أن أصالة الصحة تعتبر من قبيل الأصول السببية بينما أصالة الفساد تكون من قبيل الأصول المسببية، فالشك في أثر المعاملة من النقل والانتقال مسبب عن صحة العقد الصادر من عاقده، ولا خلاف في تقدم الأصل السببي على المسببي.

بل ذكر بعضهم «أن اعتبار هذه القاعدة - أي: قاعدة الصحة - وحكومتها على الاستصحاب وأصالة الفساد من المسلمات التي لا خلاف فيها أصلاً»<sup>(١)</sup>. قال الميرزا هاشم الأملي قدس سره: «أما المقام الأول<sup>(٢)</sup> فقال الشيخ الأعظم

(١) القواعد الفقهية، السيد البجنوردي، ج ١ ص ٢٨٨.

(٢) في تقديم أصالة الصحة على الأصل الحكمي، كما في أصالة عدم الانتقال عند الشك في

٨٠.....بحوث في فقه المعاطاة- ج ١

قدس سره فيه بتقديم أصالة الصحة على الأصل الحكمي، من جهة أن الشك في الانتقال مثلاً مسبب عن الشك في تحقق الأثر، فإذا حكمنا بتحقق الأثر بحكم أصالة الصحة لا يكون للشك في الانتقال مجالاً. فإن قلنا: أن مفاد أصالة الصحة هو الحكم باستجماع العقد للشرائط المعتبرة فيه تعبدًا، يكون التقديم بالحكومة. وإن قلنا: أن مفادها هو الحكم بترتيب أثر الصحيح، فلا محالة يحصل التعارض بينها وبين الاستصحاب؛ لأن مفاده أيضاً ترتيب أثر عدم الانتقال، ولكن بعد التعارض لا يحكم بالتساقط بل يقدم أصالة الصحة ويخصص دليل الاستصحاب؛ لأننا لم نجد مورداً لم يكن في مقابل أصالة الصحة استصحاب عدم الانتقال فيلزم عدم المورد لدليلها فلا بد من تقديمها على الأصل الحكمي إمّا بملاك الحكومة أو التخصيص<sup>(١)</sup>.

وقال السيد الخوئي: «إن أصالة الصحة إنّما تعارض أصالة الفساد في العقود متقدّم للحكومة إذا كانا واردين على مورد واحد، كما إذا شك في أن العقد الفلاني صحيح أو فاسد، فمقتضى عدم انتقال مال كل من المتعاملين إلى الآخر هو الفساد، ومقتضى أصالة الصحة هو الصحة، فتكون مقدّمة على أصالة الفساد لحكومتها عليها، إذ لو لم تتقدّم لكانت ملغاة، إذ ما من مورد من موارد أصالة الصحة إلا فأصالة الفساد فيه موجودة، فلو كانت حاکمة على أصالة الصحة لم تكن فائدة في جعل أصالة الصحة»<sup>(٢)</sup>.

وقال أيضاً: «لا إشكال ولا كلام في حجّية أصالة الصحة في الجملة، وتقدّمها على الاستصحاب - الجاري في موردها، كاستصحاب عدم انتقال المبيع إلى المشتري

---

صحة المعاملة وفسادها.

(١) مجمع الأفكار ومطرح الأنظار، تقرير بحث الميرزا هاشم الآملي، للشهرستاني، ج ٤ ص ٣١٨.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٣ ص ٣٤٧.



وعدم انتقال الثمن إلى البائع، المعبر عنه بأصالة الفساد - نحو تقدّم لا أقلّ من أن يكون التقدّم لأجل وجود أصالة الفساد في جميع موارد أصالة الصّحة»<sup>(١)</sup>.

وقال السيّد البجنوردي: «من المعلوم أنّها (أي: أصالة الصّحة) تجري في المعاملات في أبواب العقود والإيقاعات، وتكون مقدّمة على أصالة الفساد فيها التي هي عبارة عن أصالة عدم النقل والانتقال فيها، سواء قلنا بأنّ مدرّكها سيرة العقلاء وبنائهم على ذلك، أو قلنا أنّ مدرّكها الإجماع»<sup>(٢)</sup>.

هذا، وذهب جماعة من الفقهاء إلى امتناع تقدّم أصالة الصّحة على أصالة الفساد؛ لأنّ الصّحة حكم شرعيّ يتوقّف على وجود الدليل الشرعيّ، فإذا لم يكن هناك دليل على هذا الحكم يبقى الأصل هو عدم الصّحة، أي: أصالة الفساد.

قال الوحيد البهبهاني: «إعلم أنّ الصّحة في المعاملات عبارة عن ترتّب أثر شرعيّ عليها، وهي حكم شرعيّ يتوقّف على دليل شرعيّ، فلو لم يكن دليل فالأصل عدم الصّحة حتى يثبت بدليل، لأصالة العدم، وأصالة بقاء ما كان على ما كان. مثلاً: الثمن كان ملكاً للمشتري، والمبيع ملكاً للبائع، فالأصل عدم النقل والأصل بقاءهما على حالهما حتى يثبت الخلاف؛ للاستصحاب والعمومات والإطلاقات المقتضية لذلك، والإجماع على ذلك، كما لا يخفى على المطلّع. وأيضاً: الحكم الشرعيّ بالنسبة إلينا منوطٌ بالدليل بلا شبهة، فعدم الدليل دليلٌ عدمه بالنسبة إلينا، لأنّ عدم العلة علةٌ للعدم... وبالجملة، لا تأمل في أنّ الأصل عدم الصّحة حتى تثبت بدليل»<sup>(٣)</sup>.

وقال صاحب مفاتيح الأصول: «إنّ الأصل في العبادات والمعاملات

(١) الهداية في الأصول، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ حسن الصافي، ج ٤ ص ٢٦٩.

(٢) القواعد الفقهيّة، السيّد البجنوردي، ج ١ ص ٢٩٢.

(٣) الرسائل الفقهيّة، الشيخ محمد باقر الوحيد البهبهاني، ص ٢٩٧.

والإيقاعات الفساد حتى يثبت الصحة، وإن إثباتها يحتاج إلى دليل مقتضٍ لها... ومرجع ذلك إلى أن الصحة حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي... ويدل عليه وجوه، منها: ظهور اتفاق جميع الأصحاب عليه، كما لا يخفى على من لاحظ طريقتهم وأنس بسجيّتهم، وكفاك شاهداً مطالبتهم من يدعي صحة العبادات والمعاملة بالمقتضي لها وحكمهم بفسادهما إذا لم يثبتته<sup>(١)</sup>.

ويرى هؤلاء الأعلام ضرورة التفريق بين نوعين من الشك، فتارة يكون الشك في نفس الحكم الشرعي، وعندئذ لا بد من الحكم بالفساد إلى أن يثبت الحكم بالصحة من خلال دليله الشرعي، وأخرى يكون الشك في موضوع الحكم، ويكون الحكم الشرعي معلوماً، فهنا لا إشكال ولا شبهة في الحكم بالصحة حملاً لتصرفات الغير على الوجه الصحيح.

قال صاحب مفاتيح الأصول: «إن الأصل في المعاملات الفساد، هذا إذا كان الاشتباه في نفس الحكم الشرعي كما لو حصل الشك في أن عقد الفضولي صحيح مثلاً فيحكم بعدم الصحة حتى يدل دليل على الصحة، وأما إذا كان الحكم الشرعي معلوماً لكن حصل الاشتباه في موضوعه كأن يقع الشك في كون العاقل مأذوناً أو فضولياً مع القول بفساد عقد الفضولي فإنه يحكم ها هنا بالصحة إجماعاً حملاً لتصرفات المسلمين على الوجه الصحيح، وللزوم الحرج والضيق المنفيين شرعاً لولا ذلك ودلالة النصوص المستفيضة عليه، وهذا المعنى قد اشتبه على كثير من الناس حتى زعموا أن الأصل في المعاملات الصحة مطلقاً من غير فرق بين صورتى الاشتباه في موضوع الحكم الشرعي والاشتباه في الحكم الشرعي نفسه؛ وذلك أنهم رأوا تكرّر استعمال الأصل المذكور في كلام الفقهاء والتمسك في أصل الحكم بصحة المعاملات ولم يفرّقوا بين المقامين، مع

(١) مفاتيح الأصول، السيّد محمد الطباطبائي الكربلائي، ص ٥٢٧.

أن كلامهم في غير موضع يفصح عما ذكرنا من التفصيل»<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ الوحيد البهبهاني قدس سره: «إن المهم والمقصود الأصلي في المعاملات هو الصحة والفساد. في كثير من المواضع يحكم الفقهاء بالفساد، والغافل عن حقيقة الحال إذا رأى دليلاً على الفساد يقبل، وإذا لم يرَ يطعن على الفقهاء ويقول بالصحة مدّعياً أن الأصل هو الصحة حتى يثبت خلافه فلم يثبت، ولا يتفطن بأن الأصل عدم الصحة لا الصحة، لأن الصحة عبارة عن ترتب الأثر الشرعي، فهي حكم شرعي بل ربّما يكون أحكاماً شرعية إذا كان المترتب آثاراً شرعية، كما هو الغالب. ولا شبهة في أن الحكم الشرعي موقوف على الدليل الشرعي فيما لم يكن الحكم شرعياً. على أنه إذا كان الأصل هو الصحة، يلزم أن يكون كل من يعامل معاملة يكون شارعاً أو شريك الشارع في الشرع والتشريع، وأن لا يكون التشريع حراماً»<sup>(٢)</sup>.

نقض الشيخ البهبهاني قدس سره على نفسه بعدها؛ بأنك كيف تجعل الأصل فساد المعاملة مع أن الفقهاء في أبحاثهم يستدلّون بأصالة الصحة؟ فقال قدس سره في الجواب: إن الفقهاء «يتمسّكون بها في موضع ثبت حكم من الشرع صحةً وفساداً، ولا يدري أن الواقع من المسلم هل يكون من الصحيح، أو الذي ثبت فساده؟ فيقولون: الأصل صحة ما وقع منه حملاً لتصرف المسلم على الصحة، وهو إجماعي، وظاهر من الأخبار. وأما إذا لم يعلم الحكم شرعاً، فكيف يمكنهم القول بأن الأصل ثبوت الحكم شرعاً إلى أن يثبت عدم ثبوته شرعاً؟»<sup>(٣)</sup>.

(١) مفاتيح الأصول، السيّد محمد الطباطبائي الكربلائي، ص ٥٢٨. وراجع: العناوين

الفقهية، السيّد المراغي، ج ٢ ص ٦.

(٢) الرسائل الفقهية، الشيخ محمد باقر الوحيد البهبهاني، ص ٣١١.

(٣) المصدر نفسه.

ثم يذكر إشكالاً آخر حاصله أن الصّحة كما لا تثبت لإبدليل فكذا الفساد، لأنّ الفساد شرعاً أيضاً يحتاج إلى دليل شرعيّ، فكيف يكون الأصل الفساد؟  
ويجيب قدّس سرّه: «قبل وقوع المعاملة المشكوكة حالها كان الثمن مال المشتري والمبيع مال البائع، ولم يكن خيار وأمثال ذلك من مراتب البيع، فالأصل بقاء الكلّ على ما كان عليه وعدم تحقّق تعيّر أصلاً، ولا يترتب أثرٌ مطلقاً، وهذا عين الفساد. وأصالة البقاء إجماعيّ، مضافاً إلى استصحابه وظهوره من الأخبار، مع أنّ عدم الدليل دليل عدم الحكم عندنا، كما هو الحال في سائر الأحكام الشرعيّة، فتأمل»<sup>(١)</sup>.

فالخاصل من كلامه: «أنّ فساد المعاملة لا يحتاج إلى دليل، بل الأصل الفساد، وإنّما المحتاج إليه هو الصّحة، ودليلها غالباً هو العمومات، أو الإطلاقات»<sup>(٢)</sup>.  
ولا بأس بالإشارة إلى أنّ بعض المحقّقين يرى أن لا تعارض ولا تضارب بين قاعدة الصّحة وقاعدة الفساد في المعاملات، لأنّ كلّ واحدة منهما تجري في مورد يختلف عن مورد جريان الأخرى «فإنّ مورد أصالة الفساد هو الشكّ في دخل شرط في صياغة المعاملة الأصليّة، وهو ينتهي إلى الشكّ في تحقّق المصدق عرفاً، كالشكّ في اشتراط القصد في الصّحة، فإذن يحكم بفساد العقد بدون القصد.  
ومورد أصالة الصّحة هو الشكّ في إتيان الشرط المعلوم شرطيّة للمعاملة كما إذا أتى بالبيع ثمّ شكّ في وقوعه عن قصد، ولم تكن صورة العمل محفوظة، إذن يحكم بصّحة هذا البيع وتحقّقه عن قصد، نتيجة للتمسك بقاعدة الصّحة الفقهيّة»<sup>(٣)</sup>.

(١) الرسائل الفقهيّة، الشيخ محمد باقر الوحيد البهبهاني، ص ٣١١.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) دروس في فقه المعاملات، السيّد محمد كاظم المصطفوي، ص ٥٥.

## المبحث السادس: تبعية العقد للقصد

تعتبر قاعدة: (العقود تابعة للقصد) من القواعد المعروفة والمتداولة كثيراً في ألسنة الفقهاء، حتى ادّعي عليها الإجماع بين الأصحاب - كما سيأتي - بل بين علماء الإسلام جميعاً، بل وغيرهم من العقلاء في كلِّ عرف وزمان، ومرجع هذه القاعدة إلى شرطية القصد الجادّ بالنسبة إلى مدلول العقد.

قال العلامة الحلبي: «القصد شرط في البيع إجماعاً»<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ الأنصاري: «ومن جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به. واشترط القصد بهذا المعنى في صحّة العقد بل في تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغالط، أو إلى المعنى - لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته وإن أوجد مدلوله بالإنشاء، كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الإخبار - كما في الهازل، أو قصد معنى يغيّر مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام، أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه»<sup>(٢)</sup>.

ويقع الكلام في هذه القاعدة الفقهية - بما يناسب المقام - في ثلاث جهات:

### الجهة الأولى: في بيان مضمون القاعدة

تطلق هذه القاعدة ويراد منها أمران ليس بينهما منع جمع:

الأمر الأوّل: أنّ العقد تابع للقصد، بمعنى عدم تحقّق العقد من الأساس إلا بقصده قصداً جاداً، ولذا لا عبرة بعقد الغافل والنائم والناسي والغالط والهازل والسكران ونحو ذلك، فتشير هذه القاعدة إلى شرطية كون العاقد قاصداً في مقامات العقود كلّها، ويكون معنى التبعية عدم تحقّق العقد بدون هذا القصد،

(١) تذكّرة الفقهاء، العلامة الحلبي، ج ١٠ ص ١٣.

(٢) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٢٩٥.

إذ لا وجود للتابع من دون متبوعه<sup>(١)</sup>.

الأمر الثاني: أن العقد له أركان من موجب وقابل و عوض ومعوض، وكل عقد بعد تحقق أركانه له آثار من تملك أو إباحة ونحو ذلك، وهذه الآثار لها كميّات واعتبارات مختلفة من الفوريّة والتراخي، واللزوم والجواز، والتنجيز والتعليق، والإطلاق والتقييد، وغيرها من الأحكام واللوازم، وهذه الأمور كلّها تابعة للقصد بمعنى أنّها لا تقع ما لم تُقصد، وما هو المقصود يقع مطلقاً<sup>(٢)</sup>.

بعبارة أخرى: «إنّ العقود حيث إنّها من الأمور القليبيّة، لأنّ العقد كما قال بعض اللغويين: هو العهد المؤكّد، والعهد أمرٌ قليبيّ وإن كان له مبرز خارجيّ، كما أنّهم في عقد البيعة كانوا يظهرونه بل ينشئونه بوضع اليد في يده، وكان أمانة تعهده بأنّه سلّم لمن سالمه وحرب لمن حاربه.

وفي الحقيقة، العقد: عبارة عن تعهد الشخص مع آخر في أمر من الأمور سواءً أكان ذلك الأمر من الأمور الماليّة كباب المعاوضات، أو أمراً آخر كما في باب النكاح، حيث إنّ الزوجة تتعهد بأن تكون زوجة، فإذا قبل الزوج تتمّ المعاهدة ويحصل ذلك الأمر في عالم الاعتبار، فتترتب عليه آثاره؛ فنتيجة العقد حصول ما تعاهدا وتعاقدا عليه لأن يترتب عليه آثاره.

ومعلوم أنّ حصول هذا المعنى في عالم الاعتبار - سواء أكان اعتباراً شرعيّاً، أم كان من اعتبارات العقلاء وأمضاها الشارع، أو لم يمضها كما في باب بيع الغرر فإنّ الشارع نهى عنه وإن كان العقلاء يقدمون عليه ويرتّبون عليه الآثار في بعض مراتب الغرر - لا يمكن إلاّ بأن يكون ذلك المعنى مقصوداً للمتكلّم والمنشئ حال إنشائه وعقده بأيّ لفظٍ كان. فكما أنّ صلاة الظهر والعصر مثلاً لا توجد بصرف

(١) راجع: العناوين الفقهيّة، السيّد المراغي، ج ٢ ص ٤٨.

(٢) المصدر نفسه، ص ٤٩.

قراءة أربع ركعات من دون قصد كونها ظهراً أو عصرًا وأمثال ذلك، فكذلك عناوين المعاملات والمعاوضات لا تقع إلا بالقصد والإرادة. مثلاً إذا قصد تملك ماله وكان ذلك المال من الأعيان بعوضٍ ماليٍّ فيحصل عنوان البيع، وإلا لو لم يقصد التملك أصلاً، أو قصد التملك بلا عوض، بل كان تملكاً مجانياً فيكون هبة. كما أنه لو قصد تملك منفعة لذلك العين بعوضٍ يكون إجارةً إن كانت المنفعة معلومة من حيث نوع المنفعة ومن حيث المدّة وكان العوض أيضاً مالاً معلوماً.... وعلى كلّ حال تحقّق هذه العناوين تابعٌ لقصدها، وبدون القصد لا تقع، وليس المراد أنّ كلّ ما يقصده ويريده يقع شرعاً، لأنّ ما قصده إن لم يكن من المعاملات العقلائية وأيضاً ليس ممّا أحدثه الشارع، أو كان من المعاملات العقلائية ولكن لم يمضها الشارع، فجميع ذلك لا يقع شرعاً قطعاً، بل المراد أنّ المعاملات العقلائية وعقودهم وعهودهم الدائرة فيما بينهم إن أمضاها الشارع فلا تقع إلا مع قصدها وإرادتها مع تحقّق سائر الشرائط، من شرائط العقد ومن شرائط المتعاقدين ومن شرائط العوضين إن كانت المعاملة من المعاوضات.

هذا بالنسبة إلى نفس العناوين، وأمّا بالنسبة إلى خصوصيات المعاملة، ككون الثمن من نقد البلد، أو من نقد خاصّ وإن لم يكن من نقد البلد، أو وإن كان من أيّ نقد من النقود، أو وإن كان من العروض، فجميع ذلك تابعٌ لإرادة المتعاقدين وقصدهم، وكذلك الشرائط الضمنية؛ ككون الثمن مساوياً مع المبيع في البيع وغيره من الشرائط الضمنية، غاية الأمر الدليل على القصد والإرادة في عالم الإثبات قد يكون بتصريح من الطرفين أو من أحدهما، وقد يكون بالإطلاق وقد يكون بالانصراف. وإلا ففي عالم الثبوت لا مناص إلا من إرادة هذه الخصوصيات، إذ بدون القصد والإرادة لا توجد ولا تتحقّق<sup>(١)</sup>.

(١) القواعد الفقهية، السيّد البجنوردي، ج٣ ص١٣٥.

## الجهة الثانية: في مدرك القاعدة

تمسك الفقهاء لإثبات هذه القاعدة بعدة أدلة لا يخلو بعضها من المناقشة:

### أولاً: الإجماع

حيث يوجد إجماع وتسالم بين الفقهاء على أن تحقق العقد تابع لتحقيق القصد، ولا يوجد خلافاً في ذلك بينهم، وهذا الاتفاق عندهم يكون دليلاً قطعياً على تلقيهم هذه القضية من الإمام المعصوم.

قال المحقق النراقي: «وهناك عقود وإيقاعات: لازمة وجائزة، لفظية وفعليّة - كالمعاطاة في البيع على القول بلزومها - ثبت بالأدلة الشرعية ترتب آثار وأحكام عليها. ولكن تلك الآثار أحكام إنشائية؛ لا ترتب عليها إلا مع قصد الإنشاء منها. وهذا القصد معتبر في تلك العقود والإيقاعات إجماعاً»<sup>(١)</sup>.

وقال السيّد الخوئي: «قد اتفقت كلمات الأصحاب قدس سرهم على هذا الشرط (شرطيّة القصد)، حتى أرسلوه في كتبهم الفقهية إرسال المسلمات، ولذا لم ينقل الخلاف هنا من أحد»<sup>(٢)</sup>.

والمناقشة في هذا الدليل واضحة، فإنّ الإجماع الذي ثبتت حجتيه هو الإجماع الكاشف كشافاً تاماً عن قول المعصوم، ومع وجود الأدلة والمدارك الأخرى لهذه القاعدة فعندئذ لن تتم كاشفية هذا الإجماع، لأنّ من المحتمل أن يكون المجمعون مستندين إلى تلك الأدلة الأخرى، وبذا يكون الإجماع مدركياً فلا يكون حجة.

### ثانياً: الأصل

أي: إنّ الأصل الأوّلي في المعاملات يقتضي الفساد وعدم ترتيب الأثر،

(١) عوائد الأيام، المحقق النراقي، ص ١٥٩.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيدي، ج ٢ ص ٥٥٠.



خرج عن هذا الأصل ما ثبتت صحته كالعقد مع القصد وسائر الشرائط، وأما ما شك في صحته كان مقتضى الأصل هو الفساد وعدم ترتيب الأثر.

بعبارة أخرى: «إنّ العقود والمعاملات المشروعة - وكذا الإيقاعات المشروعة - إذا كانت متعلقة للقصد والإرادة، بمعنى أنّ الآثار المترتبة على ذلك العقد شرعاً كانت مقصودة للعاقدين وقبول الطرف بذلك النهج، فالدليل الدالّ على صحة ذلك العقد وتلك المعاملة يدلّ على لزوم ترتيب تلك الآثار. وأما لو لم تكن مقصودة فيشكّ في لزوم ترتيب تلك الآثار، فمقتضى الأصل عدم لزوم ترتيب تلك الآثار، بل عدم جوازه»<sup>(١)</sup>.

قال المحقق النراقي قدس سرّه: «إنّه لا شكّ أنّ الأصل عدم جميع الأحكام الشرعية حتى يثبت من الشارع، طلبية كانت، أو تخييرية، أو وضعيّة. ولا ريب أيضاً: أنّ ترتّب كلّ أثر على أيّ عقد كان مخالف للأصل، لا يحكم به إلاّ مع الثبوت من الشارع»<sup>(٢)</sup>.

وقال أيضاً قدس سرّه: «ولمّا كان الأصل عدم ترتّب شيءٍ من الآثار على عقد أو إيقاع إلاّ مع دليل، فاللازم الاقتصار في أنواع الآثار ووجوهها على ما ثبت ترتبه شرعاً، وما لم يثبت فيحكم بعدم ترتبه»<sup>(٣)</sup>.

ويمكن المناقشة في هذا الدليل بأنّه لا حاجة للأصل هنا، وذلك: أولاً: إنّ الأصل مورده الشكّ، وتبعيّة العقد للقصد لا يوجد فيه شكّ، لأنّ هذه القاعدة العقلية معروفة حتى قبل الإسلام، ولمّا جاء الإسلام لم يردع عنها بل أمضاها، فإذا كان في المسألة دليل عمليّ قطعيّ فلا معنى للرجوع إلى الأصل.

(١) القواعد الفقهية، السيّد البجنوردي، ج ٣ ص ١٤٢.

(٢) عوائد الأيام، المحقق النراقي، ص ١٥٩.

(٣) المصدر نفسه، ص ١٦٠.

ثانياً: إنّ القصد والإرادة إمّا أن تكون له مدخليّة في تحقّق عنوان العقد أو لا، فإذا كانت له مدخليّة فإن وجد القصد والإرادة شمل دليل الإمضاء لذلك العقد وترتّب آثاره لتحقّق موضوعه، وإن لم يوجد القصد والإرادة فلم يتحقّق موضوع العقد فلا تشمل أدلّة الإمضاء، وإن لم تكن له مدخليّة في تحقّق عنوان العقد فأدلّة الإمضاء ستشمل العقد، وعليه يترتّب الأثر على ذلك العقد سواء قصد أم لم يقصد.

### ثالثاً: انتفاء الموضوع

فإنّ العقد من الأمور الاعتباريّة الإنشائيّة، وكلّ إنشاء متقوم بالقصد، فلا يوجد إنشاء دون قصد، وعندها إذا لم يكن هناك قصد فلا يوجد عقد، قال السيّد البجنوردي: «حقيقة العقد عبارة عن الالتزام بأمرٍ لشخص أو أشخاص إمّا في مقابل أمرٍ وشيءٍ من طرفه، أو بدون مقابل، كعقد البيع أو عقد الهبة، وهذا المعنى هو عين القصد المتعلّق بذلك الأمر، وبناءً على هذا يكون المراد من هذه القضية - أي: العقود تابعة للقصد - أعني: التعهّد بأمرٍ مع الخصوصيّات المعترية شرعاً أو عرفاً في ذلك الأمر تابعة لقصد المتعلّق بذلك الأمر حال الإنشاء، فإن لم يقصد خصوصيّة من قيد أو شرط حال الإنشاء فليس عقده متخصّصاً بتلك الخصوصيّة ولا مشروطاً بذلك الشرط. ونتيجة ذلك عدم تحقّق التزامه وتعهّده بذلك الشيء الذي لم يقصده»<sup>(١)</sup>.

### رابعاً: الروايات

استدلّ على القاعدة ببعض الروايات التي ربطت العمل بالنيّة، كقوله صلّى الله عليه وآله: «إنّما الأعمال بالنيّات»<sup>(٢)</sup> وقوله صلّى الله عليه وآله: «لا عمل إلّا بالنيّة»<sup>(١)</sup>،

(١) القواعد الفقهيّة، السيّد البجنوردي، ج ٣ ص ١٤٢.

(٢) وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١ ص ٤٨.

بتقريب: أن المستفاد من ظاهر الروايتين «أن ماهية العمل من دون نية غير متحققة، فإما أن يُحمل على معناه الحقيقي الظاهر وتكون الأعمال التي تتحقق بغير قصد خارجة عن العموم، وإما أن يُحمل على نفي الصحة لأنه أقرب المجازات فيكون المراد عدم الصحة إلا بالنية، ولا ريب أن عموم الأعمال إنما يشمل العقود والإيقاعات أيضاً، فيدلّ على أنها لا تصحّ بدون القصد وهو المدعى»<sup>(٢)</sup>.

قد يقال في مناقشة هذا الدليل: بأن الأعمال الواردة في هذه الأحاديث عامة لا تختصّ فقط بالأمر القصدية، فتشمل الصلاة والزكاة والجهاد وسائر الواجبات والمستحبات، وبالتالي يكون الظاهر منها هو تبعية ثواب العمل لقصد القربة والإخلاص، واستشهد لهذا الظهور بروايات أخرى عن النبي صلى الله عليه وآله كرواية: «إنما الأعمال بالنيات، ولكل امرئ ما نوى، فمن غزى ابتغاء ما عند الله فقد وقع أجره على الله عزّ وجلّ، ومن غزى يريد عرض الدنيا أو نوى عقلاً، لم يكن له إلا ما نوى»<sup>(٣)</sup>.

وكقوله صلى الله عليه وآله: «لا قول إلا بعمل، ولا قول ولا عمل إلا بنية، ولا قول وعمل ونية إلا بإصابة السنة»<sup>(٤)</sup>، حيث إن التعبير بعدم القبول ظاهر في عدم الأجر. وذكر صاحب العناوين قدس سرّه جوايين لدفع هذه المناقشة:

أولاً: إن النية معناها القصد ولا دليل على تخصيصها بقصد القربة والإخلاص في العمل.

ثانياً: يمكن أن يقال: إن المقصود من النية هنا هي العلة الغائية من العمل،

(١) الأمل، الشيخ الطوسي، ص ٥٩٠.

(٢) العناوين الفقهية، السيد المراغي، ج ٢ ص ٥٠.

(٣) وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١ ص ٤٩.

(٤) المصدر نفسه، ص ٣٣.

فالنّية وإن كانت تأتي بمعنى القصد إلاّ أنّه بقريته ذكر الأعمال يُفهم أنّ المراد من النّية هنا هو قصد الغاية من العمل، فيكون المعنى: لا يكون عمل صحيحاً إلاّ بنّية ما هو المقصود منه، فعندئذ يكون صحّة كلّ عمل مشروطاً بقصد الغاية منه المجعولة له شرعاً أو عقلاً أو عادةً، ففي العبادات تكون الغاية التي شرّعت لأجلها هو التقرب، فلا بدّ إذن في العبادات من قصد القربة، أمّا في المعاملات فلا بدّ من قصد النقل أو الفكّ أو نحو ذلك من الآثار والغايات التي شرّعت لأجلها المعاملة. وعليه، فليس المراد من العمل الوارد في هذه الروايات هو خصوص العبادة، بل الظاهر من العمل الأعمّ، وليس المراد من النّية خصوص قصد القربة ولا مطلق القصد، بل المراد منها الجهة المقصودة والعلّة الغائيّة، فيكون تصوّر الأثر وإرادته من العمل شرطاً في ترتّب ذلك الأثر شرعاً، وهو كافٍ في إثبات المدعى<sup>(١)</sup>.

#### الجهة الثالثة: تنبيهات في تطبيق القاعدة

الأوّل: إنّ مجرد القصد والإرادة في العقد لا أثر لهما ما لم يتمّ إظهارهما من خلال الإنشاء، لأنّ صرف القصد والإرادة لا يلزمان بشيءٍ لاثمها لا يطلق عليهما أنّهما عقد، فالعقد وإن كان هو العهد أو العهد المؤكّد وهو أمرٌ قلبيّ، لكن ما لم يتمّ إظهاره باللفظ أو الكتابة أو غيره لا يسمّى عقداً ولا يستوجب أيّ التزام. قال صاحب العناوين: «إنّ القصد الخالي عن الأمانة لا عبرة به»<sup>(٢)</sup>. وقال السيّد البجنوردي: «إنّ صرف الإرادة والقصد لا أثر لهما ما لم يكن على طبقهما إنشاء، وذلك من جهة أنّه من أوضح الواضحات أنّ إرادة تمليك

(١) راجع: العناوين الفقهيّة، السيّد المراغي، ج ٢ ص ٥١.

(٢) المصدر نفسه، ص ٦٢.

ماله لزيد مثلاً بعوض أو بلا عوض لا يلزمه بشيء، لأن الذي يجب هو الوفاء بالعقد، وصرف الإرادة والقصد ليس بعقد، وإن قلنا: إن العقد هو العهد المؤكد وإنه أمر قلبي ولكن لا يسمى بالعقد إلا بعد وجود مبرز لذلك العهد القلبي كالإنشاء باللفظ أو بالكتابة أو وضع اليد على اليد كما في البيعة وأحياناً في بعض المعاملات كالبيع، ولذلك يسمونه بالصفقة، فالعقد هو العهد المبرز بأحد هذه الأمور أو غيرها مما تعارف بينهم<sup>(١)</sup>.

الثاني: إن تبعية العقود للقصد إنما هي تبعية في مقام الثبوت وبحسب نفس الأمر والواقع، وليس تبعية في مقام الإثبات، فلو ادعى أحد المتعاقدين أنه كان قاصداً أمراً معيناً حين العقد، ولكن الظاهر من اللفظ أو مقتضى إطلاقه بحسب مقدمات الحكمة، أو كان المنصرف منه أمراً آخر، فلا يؤخذ بكلامه إلا ما وافق هذا الظهور، لأن الطريق الوحيد للوصول إلى القصد في مقام الإثبات إنما هو هذه الظواهر المعتبرة عند أهل العرف والعقلاء.

قال المحقق النراقي: «إن المعتبر - كما عرفت - وإن كان هو القصد، ويتعذر الإطلاع العلمي عليه غالباً، إلا أن الشارع أقام الألفاظ الظاهرة فيه الدالة عليه بالظهور قائمة مقام العلم، بالإجماع القطعي، بل الضرورة الدينية. وعلى هذا، وإن كان الأصل عدم ترتب الأثر إلا مع العلم بقصد ذلك الأثر، إلا أنه يكتفى بما هو ظاهر فيه من الألفاظ إجماعاً قطعياً. فإذا قال: بعتك هذا بدرهم، وادعى قصد نقل الملك في مدة خاصة إبطالاً للبيع، لم تُسمع دعواه بمجرد ما وإن كان الأصل عدم الانتقال، إلا أن تكون هناك قرينة حالية أو مقالبة مصدقة لدعواه<sup>(٢)</sup>.

(١) القواعد الفقهية، السيد البجنوردي، ج ٣ ص ١٤٦.

(٢) عوائد الأيام، المحقق النراقي، ص ١٦٢.

وقال السيّد البجنوردي: «إنّ تبعيّة العقود للقصود أمرٌ واقعيّ وفي مقام الثبوت، وأمّا في مقام الإثبات فيؤخذ بظواهر الألفاظ ولا يُسمع ادّعاء إرادة خلاف ظواهر الألفاظ التي استعملها في مقام الإنشاء من إطلاق أو تقييد أو تجوُّز أو إضمار أو حذف، وأمثال ذلك»<sup>(١)</sup>.

وقال صاحب العناوين قدّس سرّه: «إنّ القصد العاري عن اللفظ لا عبرة به، فإن كان قاصداً للنوع وقاصداً لوقوعه جائزاً من هذا اللفظ مع أنّه بظاهره مفيد للزوم فيلحقه حكم ظاهر اللفظ، ولا عبرة بالقصد كذلك»<sup>(٢)</sup>.

الثالث: إنّ جميع الأحكام واللوازم والآثار الشرعيّة المترتبة على العقد خارجة عن هذه القاعدة تخصّصاً، فإنّ هذه الأحكام والآثار الشرعيّة ترتّب على العقد وإن لم تُقصد، بل وإن قُصد عدمها، فالنفقة مثلاً ترتّب على العقد الصحيح وإن قصد الزوج عدمها حين القبول، وكذلك التمكين يترتب بمجرد حصول العقد وإن قصدت الزوجة عدمه «وعدم تبعيّة هذه الأمور من جهة أنّها أحكام شرعيّة موضوعها تحقق المنشأ وليست هي من المعاهدات لا مستقلاً ولا أنّها من أجزائها، فلا يصحّ النقض على هذه القاعدة بلزوم ترتّب هذه الآثار وإن لم يقصدها المتعاقدان. وكذلك الأمر بالنسبة إلى بعض الخيارات فإنّها تثبت مع عدم قصد المتعاقدين، مثلاً خيار الحيوان حكم شرعيّ مترتب على المعاملة التي يكون أحد العوضين فيها حيواناً أو في خصوص ما إذا كان المبيع حيواناً - على القولين في المسألة - وإن لم يقصد الخيار لطرفه من انتقل عنه الحيوان»<sup>(٣)</sup>.

واستدلّ على عدم تبعيّة الأحكام والآثار الشرعيّة للقصد بعدّة وجوه:

(١) القواعد الفقهيّة، السيّد البجنوردي، ج ٣ ص ١٤٥.

(٢) العناوين الفقهيّة، السيّد المراغي، ج ٢ ص ٦٢.

(٣) القواعد الفقهيّة، السيّد البجنوردي، ج ٣ ص ١٤٦.

أولاً: «الإجماع القطعي من الأصحاب على عدم اعتبار القصد في ذلك كله، كما لا يخفى على من راجع كلامهم... (و) معنى كلامهم: (إنّ العقد تابع للقصد) بمعنى أنّ النكاح والبيع لا يصحّ إلا بقصد اللفظ والمعنى والأركان - على ما قرّرناه - إذ لفظ العقد اسم لمجموع الإيجاب والقبول المتقوم بهذه الأركان، والأثر اللازم له ما هو المقصود منه الداخلة في معنى الإيجابين - كما قرّرناه - وأمّا الأحكام اللاحقة للعقد بعد وجوده وفرض صحّته فهي ليست داخلة تحت اسم العقد ولا مقدّمة لتحققه، ولا وجه لكونها تابعة للقصد، فهذه العبارة منهم دالة على اعتبار القصد في ماهية العقد وأركانه، دون أحكامه.

ثانياً: قيام السيرة القطعية من المسلمين قديماً وحديثاً على عدم قصد الأحكام في العقود والإيقاعات، بل هي غير محصورة لا يكاد يطّلع عليها فقيه، فضلاً عن عامي، فكيف يمكن القول بعدم جريان هذه الأحكام مع عدم القصد؟

ثالثاً: إطلاق ما دلّ على ترتّب هذه الأحكام لهذه العقود من دون تقييد بالعلم والقصد، ولا ريب أنّ اسم العقد واسم البيع والطلاق والعتق ونحو ذلك يتحقّق بقصد الأركان، فاللازم شمول الأدلّة الدالة على ترتّب الأحكام على هذه الأسماء عموماً وخصوصاً لما نحن فيه، فلا وجه لهذه الشرطية<sup>(١)</sup>.

رابعاً: لجريان القاعدة لا بدّ من حصول التطابق بين قصد المنشئ وبين الماهية المقصودة عند العقلاء، فعلى سبيل المثال: لو قلنا أنّ العقلاء لا يعتبرون مبادلة عين بعين مع قصد الصفات الخاصة للعين لا ماليّتها ماهية معاملية بيعية، فعندئذ لن يتحقّق عقد البيع وإن كان القصد إنشاء المعاملة البيعية؛ لعدم التطابق بين قصد المنشئ وبين الماهية العرفية العقلانية للبيع.

خامساً: إنّ ما ذكره الأعلام في أنّ العقود تابعة للقصد إنّما هو على سبيل

(١) العناوين الفقهية، السيّد المراغي، ج ٢ ص ٥٦.

الأصل والقاعدة العامة الكلية، لكنّ هذا لا يمنع من تحلّف بعض المواضع في الفقه عن هذه القاعدة لدليل خارجي، لذا وقع الكلام في بعض الموارد الفقهية في أنّها استثناء من القاعدة وخروج تخصيبي عنها أو أنّها من قبيل التخصّص والخروج الموضوعي، ومن هذه الموارد: بيع الغاصب لنفسه، وعقد المكره بعد لحوق الرضا، وصحة العقد مع فساد الشرط، وانقلاب عقد المتعة التي لم يذكر فيها الأجل إلى عقد دائم، وغيرها من الموارد الأخرى.

وما يهّمنا في بحث المعاطاة ما ذكره المشهور من أنّ المعاطاة تفيد الإباحة وإن قصد المتعاطيان الملك؛ قال الشيخ الأنصاري قدس سرّه: «ذكر بعض الأساطين - في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد - : إنّ القول بالإباحة المجردة، مع فرض قصد المتعاطيين التمليك والبيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، منها: أنّ العقود وما قام مقامها لا تتبع القصد»<sup>(١)</sup>.

بعبارة أخرى: إنّ كلّ واحد من المتعاطيين يقصد تمليك ما يعطيه للآخر، فالقول: إنّ ما قصده لا يقع بل يقع أمرٌ آخر لم يقصده، معناه أنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، وبطلان هذه الكبرى ضروريّ وجدائيّ، وتفصيل الكلام في هذه المسألة وما ورد فيها من كلمات الأعلام سيأتي التعرّض له في المباحث القادمة إن شاء الله تعالى.

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٤٤.



# الباب الأول

## المعاطاة موضوعاً

- الفصل الأول: حقيقة المعاطاة وصورها
- الفصل الثاني: تحرير محلّ النزاع
- الفصل الثالث: تحقيق في كلام الكركي قدّس سرّه



## مدخل : الكلام في المعاطاة

لا إشكال أنّ عناوين المعاملات كالبيع والإجارة وغيرها تابعة للقصد والإرادة، فلا تحقق للعقد من الأساس من دون قصدٍ جادٍ لدلوله<sup>(١)</sup>، وبما أنّ القصد في المعاملة هو العزم على إنشاء الالتزام والتعهد وهو أمرٌ قلبيٌّ وجدائيٌّ، لذلك لا بدّ من مبرز لهذا القصد وتلك الإرادة، لأنّ أدلّة المعاملات لا تشمل فرض عدم الإبراز، كما أنّ السيرة والارتكاز العقلائي قائمة على عدم ترتيب الأثر القانوني من المعاملة على مجرد القصد والإرادة الباطنية غير المبرزة؛ قال السيّد عبد الأعلى السيزواري قدس سرّه: «لا ريب في تقوّم العقود مطلقاً بالعهد المبرز له، إذ لا يكفي مجرد العهد القلبي بين الطرفين من دون إبراز في البين، باتّفاق العقلاء، وإجماع الفقهاء»<sup>(٢)</sup>.

ولا إشكال في اعتبار الإنشاء والإبراز بالألفاظ، بل هو أوضح مصاديق إبراز الإرادة والقصد؛ قال الشيخ الأنصاري قدس سرّه: «إنّ اعتبار اللفظ في البيع - بل في جميع العقود - ممّا نُقل عليه الإجماع وتحقّق فيه الشهرة العظيمة، مع الإشارة إليه في بعض النصوص»<sup>(٣)</sup>.

ولكن وقع الكلام بين الأعلام في اعتبار الإنشاء بغير الألفاظ كالأفعال مثلاً، وهو ما يصطلح عليه بـ(المعاطاة)، فهل إطلاقات الأدلّة المختصّة بعناوين المعاملات تشمل هذا النوع من العقود؟ وهل توجد أدلّة خاصّة يمكن الاستناد

---

(١) راجع: المبحث السادس من المباحث التمهيدية في هذا الكتاب.

(٢) مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، السيّد عبد الأعلى السيزواري، ج ١٦ ص ٢٢٨.

(٣) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ١١٧.

إليها في تصحيح المعاملة من هذا النوع أم لا؟  
بعبارة أخرى: إنَّ الأفعال الدالَّة على إيقاع المعاملة عند العقلاء هل تقع  
مورد إمضاء الشارع كما لو تمَّ إيقاعها بالألفاظ، أم أنَّها لا تصحَّ ولا يقع بها  
العقد؟

من الواضح أنَّ المعاطاة لها مفهوم وسيع جداً يشمل كلَّ العقود  
والإيقاعات، إلَّا أنَّ مقصود الشيخ الأنصاري قدس سره من المعاطاة هنا (في  
بحث مكاسبه) هو خصوص المعاطاة في باب البيع، وذلك لقرينتين؛ الأولى: أنَّ  
البحث عنها جاء في سياق البحث عن البيع وأحكامه وتفصيلاته، والثانية: ما  
سيأتي ذكره لصور المعاطاة بحسب قصد المتعاطين، من أنَّها تارة يُقصد بها  
التمليك وأخرى الإباحة، ومن الواضح أنَّ هذا القصد يتلاءم تماماً مع كون  
المعاطاة مختصَّةً بالبيع؛ لإمكان تصوير المعاطاة على وجه لا يُقصد فيها الإباحة  
ولا التمليك كما في باب الوديعة.

وقبل الدخول في تفصيلات المعاطاة وأحكامها، وما يمكن أن يستدلَّ به  
لإثبات تلك الأحكام، لابدَّ أولاً من تفصيل الكلام في تحديد موضوع المعاطاة  
محلَّ البحث، وبيان المقصود من المعاطاة في باب البيع، وهذا ما سيتكفَّل به هذا  
الباب من البحث.

## الفصل الأول

# حقيقة المعاطاة وصورها

- المبحث الأول: المعاطاة لغة واصطلاحاً
- المبحث الثاني: صور المعاطاة بحسب قصد المتعاطين



قال الشيخ الأنصاري قدّس سرّه:

الكلام في المعاطاة:

اعلم: أنّ المعاطاة - على ما فسّره جماعةً - أن يعطي كلّ من اثنين عوضاً  
عمّا يأخذه من الآخر.

وهو يتصوّر على وجهين:

أحدهما: أن يبيع كلّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه، من دون نظرٍ  
إلى تملكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

وربّما يذكر وجهان آخران:

أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة  
المزبورة، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه.

الثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.

ويردّ الأوّل: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع،  
أو الإباحة، أو العارية، أو الوديعة، أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات  
الخاصّة.

والثاني: بما تقدّم في تعريف البيع: من أنّ التملك بالعوض على وجه

المبادلة هو مفهوم البيع، لا غير.

نعم، يظهر من غير واحدٍ منهم في بعض العقود - كبيع لبن الشاة مدّةً،

وغير ذلك - كون التملك المطلق أعمّ من البيع.

## الشرح

يقع الكلام في هذا الفصل ضمن مبحثين:

### المبحث الأول: المعاطاة لغةً واصطلاحاً

المعاطاة لغةً: من المناولة، يقال: تعاطى الشيء إذا تناوله، وتعاطوا الشيء أي تناوله بعضهم من بعض؛ قال الخليل الفراهيدي: «والمعاطاة: المناولة. عاطى الصبي أهله إذا عمل لهم وناول ما أرادوا. والتعاطي: تناول ما لا يحق»<sup>(١)</sup>. وقال الجوهري: «والمعاطاة: المناولة... وتعاطاه: تناوله. وفلان يتعاطى كذا، أي: يخوض فيه»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن سيدة: «والمعاطاة: المناولة، عاطيته مُعاطاة وعطاء»<sup>(٣)</sup>. وأشار إلى هذا المعنى أيضاً ابن منظور في لسان العرب<sup>(٤)</sup>، ومحمد بن أبي بكر الرازي في مختار الصحاح<sup>(٥)</sup>، وابن فارس في معجم مقاييس اللغة<sup>(٦)</sup>، والفيروزآبادي في القاموس المحيط<sup>(٧)</sup>، والزبيدي في تاج العروس<sup>(٨)</sup>. وأما اصطلاحاً فهو مأخوذ من المعنى اللغوي، أي: المناولة، ومستفاد من

---

(١) العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، ج ٢ ص ٢٠٨.

(٢) الصحاح، الجوهري، ج ٦ ص ٢٤٣١.

(٣) المخصّص، ابن سيدة، ج ٣ ق ٣ (السفر الثاني عشر) ص ٢٢٦.

(٤) راجع: لسان العرب، ابن منظور، ج ١٥ ص ٦٩.

(٥) راجع: مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، ص ٢٣١.

(٦) راجع: معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، ج ٤ ص ٣٥٣.

(٧) راجع: القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ج ٤ ص ٣٦٤.

(٨) راجع: تاج العروس، الزبيدي، ج ١٩ ص ٦٨٤.



الاستعمالات العرفية، فذكروا أنّ المقصود منه أن يعطي كلّ واحد من المتبايعين مالاً و عوضاً عمّا يأخذه من الآخر مع اتّفاقهما على ذلك، وهذا ما يسمّى عندهم بالبيع المعاطاتي.

قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «المعاطاة: وهي إعطاء كلّ واحد من المتبايعين ما يريد من المال عوضاً عمّا يأخذه من الآخر باتّفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص، سواء في ذلك الجليل والحقير، على المشهور بين أصحابنا، بل كاد يكون إجماعاً»<sup>(١)</sup>.

وتبعه على ذلك صاحب الرياض<sup>(٢)</sup>.

أمّا العلامة الحلّي فقد بيّن المراد من المعاطاة اصطلاحاً من خلال ذكره المثال، فقال في النهاية: «المعاطاة وهو أن يقول خذ هذا الثوب بدينار جزءاً فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه»<sup>(٣)</sup>.

وقال قدّس سرّه أيضاً في التذكرة: «ولا يكفي المعاطاة في الجليل والحقير، مثل: أعطني بهذا الدينار ثوباً فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه»<sup>(٤)</sup>.

هذا عند أصحابنا، وأمّا أهل السنّة فلا يختلف مصطلح المعاطاة عندهم عمّا هو متعارف عند أصحابنا.

قال البكري الدميّطي: «المعاطاة: هي أن يتفق البائع والمشتري على الثمن والمثمن، ثمّ يدفع البائع المثمن للمشتري، وهو يدفع الثمن له، سواء كان مع

(١) الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ٢٢٢.

(٢) راجع: رياض المسائل، السيّد علي الطباطبائي، ج ٨ ص ١١١.

(٣) نهاية الأحكام، العلامة الحلّي، ج ٢ ص ٤٤٩.

(٤) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلّي، ج ١٠ ص ٧.

١٠٦ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

سكوتها، أو مع وجود لفظ إيجاب أو قبول من أحدهما، أو مع وجود لفظ منهما لكن لا من الألفاظ المتقدمة»<sup>(١)</sup>.

وقال ابن نجيم المصري: «حقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ المثلث عن تراضٍ منهما من غير لفظ»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن قدامة: «المعاطاة مثل أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه»<sup>(٣)</sup>.

كما ورد في بعض معاجمهم الفقهيّة: أنّ المعاطاة هي أن يعطي كلّ واحد من الطرفين صاحبه ما يقع التبادل عليه من دون إيجاب ولا قبول، أو إيجاب دون القبول أو عكسه<sup>(٤)</sup>.

### تعريف الشيخ الأنصاري للمعاطاة

قال الشيخ الأنصاري قدس سرّه: «اعلم أنّ المعاطاة - على ما فسره جماعة - أن يعطي كلّ من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر»<sup>(٥)</sup>.

اختلفت كلمات المعلقين والشرّاح على المكاسب في مراد الشيخ الأعظم قدس سرّه من هذا التعريف، فهل هو تعريف لغويّ للمعاطاة مطلقاً أم هو تعريف اصطلاحيّ للمعاطاة في باب البيع؟

ما يظهر من عبارة الشيخ أنّه في معرض بيان معنى المعاطاة اصطلاحاً، وتفسير المراد من المعاطاة البيعيّة بحسب الاصطلاح الفقهي، وذلك لتقريبتين:

(١) إعانة الطالبين، البكري الدميّاطي، ج ٣ ص ٨.

(٢) البحر الرائق، ابن نجيم المصري، ج ٥ ص ٤٥٢.

(٣) المغني، عبد الله بن قدامة، ج ٤ ص ٤.

(٤) راجع: معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي، ص ١١٤.

(٥) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٢٣.

الأولى: إنّ الشيخ قدّس سرّه بعد أن انتهى من البحث من تعريف البيع وإمكان إنشائه بالصيغة اللفظيّة، عرّج البحث إلى إمكان إنشائه بالأفعال الدالّة على الإنشاء، اذن بحسب مناسبات الحكم والموضوع لا بدّ أن يكون مقصوده من التعريف هنا هو التعريف الاصطلاحي للمعاطة البيعيّة لا مطلق المعاطة.

الثانية: إنّ الشيخ قدّس سرّه بعد ذكره للتعريف ذكر وجوهاً للمعاطة، هذه الوجوه لا تتناسب إلّا مع المعاطة البيعيّة، وربط التعريف بهذه الوجوه بقوله (وهو يتصوّر على وجهين) أي: إنّ ما ذكرناه من تفسير للمعاطة هو الذي يتصوّر على وجهين، فلا بدّ أن يكون التعريف ناظراً إلى المعاطة في باب البيع.

### المناقشة في جعل التعريف اصطلاحياً

القول أنّ التعريف الذي ذكره الشيخ قدّس سرّه للمعاطة هو تعريف اصطلاحيّ لخصوص المعاطة البيعيّة، يمكن المناقشة فيه من أنّ البيع المعاطاتي في الاصطلاح الفقهي هو مطلق البيع الذي لا ينشأ باللفظ الدالّ على الإيجاب والقبول، فلذا لا يشترط فيه أن يكون الإعطاء من الطرفين، بل يكفي فيه أن يتحقّق الإعطاء من البائع والأخذ من المشتري، أمّا إعطاء المشتري فهو من باب الوفاء بالعقد ولا علاقة له بتحقيق الإنشاء في العقد، ولذا حفظاً لمقام الشيخ قدّس سرّه حمل البعض تعريفه على المعنى اللغوي.

قال الميرزا الإيرواني قدّس سرّه: «أمّا الفقهاء فالظاهر أنّهم لا يعنون بالمعاطة ما اشتمل على العطاء فضلاً عن أن يكون ذلك من الجانبين، وإنّما يريدون بالمعاطة كلّ معاملة لم تكن بالصيغة المشتملة على شرائط الإيجاب والقبول، حصلت تلك المعاملة بالتعاطي للعوضين أو حصلت بإنشاء المعاملة بالألفاظ الفاقدة للشرائط»<sup>(١)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ١ ص ٧٦.

وقال السيّد اليزدي قدّس سرّه: «سيأتي كفاية الإعطاء من أحد الطرفين مع أخذ الآخر بأن يكون في مقام بيع النسبنة أو السلف فلا يلزم التعاطي بالفعل من الطرفين فيكون الإعطاء من المعطي بمنزلة الإيجاب وأخذ الآخر بمنزلة القبول، ويكون الإعطاء منه للعوض بعد ذلك من باب الوفاء، فتدبر»<sup>(١)</sup>.

وقال الأخوند الخراساني قدّس سرّه: «والظاهر عدم اختصاصه بما إذا كان هناك تعاطٍ من الطرفين، كما في السلف والنسبنة، ولا بما إذا كان كلّ واحد من الإيجاب والقبول به، لو كان، بل كما يكون به، ويكون بالإعطاء إيجاباً وبالأخذ قبولاً، ويكون إعطاء الآخر وفاءً بالمعاملة لا متمماً لها، بل لا يبعد دعوى أنّ الغالب في المعاملات المتعارفة بحسب قصد المتعاملين ذلك كما لا يخفى، فلا يضرّ بالمعاملة لو ظهر ما أعطاه الثاني مستحقاً للغير أو من غير ما عيّن من الجنس في المقابلة، بل يضرّ بالوفاء بها، بل ربّما يقال بحصولها بالتراضي المنكشف بالقطع والفصل في المساومة، ويكون التعاطي أو الإعطاء والأخذ خارجاً عنها ووفاءً منها، فيكون كلّ واحد من الثمن والمثمن كلياً كما كان أحدهما على الوجه السابق. فتأمل»<sup>(٢)</sup>.

وقال الميرزا هاشم الآملي قدّس سرّه: «لا يقال: المعاطاة هي أن يعطي كلّ واحد منهما للآخر شيئاً، وهي غير حاصلة هنا... لأننا نقول: هذا المعنى فيها عن الشيخ قدّس سرّه، ولكنّ التحقيق أنّ المعاطاة إعطاء وأخذ»<sup>(٣)</sup>.

وذكر السيّد الميلاني قدّس سرّه هذا الإشكال في معرض بيانه لتعريف الشيخ قدّس سرّه للمعاطاة؛ حيث قال: «وهذا الذي ذكره عبارة عن المعاوضة

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٦٦.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الأخوند الخراساني، ص ٢٢.

(٣) المعالم المأثورة، تقرير بحث الميرزا هاشم الآملي لبورقمشه اي، ج ٥ ص ١٧٥.

لا البيع بالتعاطي والمعاطاة البيعية التي تسد مسد البيع بالصيغة وتحل محله، فكأنه بصدد بيان المعنى اللغوي للمعاطاة، إذ يتحقق بإيجابين وقبولين، لأن كلاً منهما يوجب بإعطائه ويقبل بأخذه، أمّا في البيع المعاطاتي فإنّ الإعطاء هو الإيجاب، والأخذ هو القبول، فالمقوم له نفس الإعطاء للغير وأخذ الغير للشيء، سواء دفع العوض بالفعل أو لم يدفع، فلا مدخلية في حقيقته لإعطاء المشتري، ولذا يتحقق نسبية، حيث يعطي أحدهما بعوض يكون في ذمة الآخر إلى أجل معين، وذاك يقبله بالأخذ، ويكون دفعه للعوض وفاءً لما تعهده.

فإن قلت: وفي النسبية أيضاً يكون الإعطاء مقوماً وإن كان بعد حين.

قلت: إذن يلزم في النسبية أن لا يكون الآخذ للشيء مالكا له حين الأخذ، بل يملكه إذا حلّ الأجل ودفع العوض، فلو تعذر عليه دفعه عند حلوله لزم القول بعدم حصول الملكية له فيما أخذه نسبية، مع أن الأمر ليس كذلك، فإنه يملك الشيء من حين أخذه.

فالصحيح أن يقال: بأنّ المعاطاة أن يعطي أحدهما قاصداً التملك بعوض ويأخذه الآخر، فإن كان رحمه الله في مقام تعريف البيع بالتعاطي، توجه عليه الإشكال بعدم انطباق ما أفاده عليه، فلا بدّ من القول بأنّه بصدد بيان المفهوم اللغوي<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ الوحيد الخراساني: «إنّ البحث والكلام في المقام عن صلاحية إنشاء عنوان ما بالفعل وعدمها، وأنه هل يتحقق الإنشاء بقيام شخص بإعطاء شيء للآخر أم لا، أمّا إعطاء الثاني عوضاً عمّا يأخذه من الآخر يعدّ وفاءً، والوفاء بالعقد لا علاقة له بتحقيق الإنشاء، فإعطاء الأول إيجاباً وأخذ المقابل قبولاً، فلا

---

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٣٧.

وجه لتفسيرها بما ذكره»<sup>(١)</sup>.

وأشار السيّد المروّج إلى الإشكال بقوله: «والظاهر أنّ المتعارف بينهم من المعاملة المسماة بالمعاطاة عدم اختصاصه بتحقيق التعاطي من الطرفين كما في السلف والنسيئة، بل يمكن تحقّق الإيجاب به والقبول بالأخذ، وكون إعطاء الآخر وفاء بالمعاملة، بل يمكن أن يقال بعدم اعتبار الإعطاء ولو من طرف واحد أصلاً كالمعاملة الواقعة بإنشاء العقد بألفاظ ملحونة أو فاقدة للشرائط»<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة في جعل التعريف لغويّاً

ما ذكر من كون التعريف الذي جاء به الشيخ الأنصاري قدس سرّه للمعاطاة إنّما هو تعريف لغوي لا يخلو أيضاً من إشكال؛ لما يلي:

أولاً: أنّ ذلك خلاف الظاهر من تفريع ما ذكره من الوجوه المتصورة في المعاطاة بحسب قصد المتعاطين على المعاطاة التي بينها وفسرها، فهذه الوجوه المتصورة تتناسب مع المعاطاة البيعية المصطلحة ولا تتناسب مع المعاطاة بالمعنى اللغوي.

قال الميرزا فتّاح الشهيد في حاشيته على المكاسب بعد ذكر الشيخ قدس سرّه أنّ المعاطاة يُتصوّر فيها وجهان: «يعني بذلك تصوير خصوص المعاطاة المذكورة في باب البيع التي حُكي عن بعض العامة والخاصة كونها بيعاً مفيداً للملك، مثل البيع بالصيغة القوليّة لا مطلق المعاطاة، وإلا فلا إشكال في تصويرها على نحو ليس فيه قصد الإباحة والتمليك كما في باب الوديعة»<sup>(٣)</sup>.

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٢٥.

(٢) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد محمد جعفر الجزائري المروّج، ج ١ ص ٣١٨.

(٣) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيد التبريزي، ص ١٥٦.

ثانياً: لا فائدة من تفسير المعاطاة لغةً وكلامنا وبحثنا في المعاطاة البيعية، لأنّ المعاطاة بالمعنى اللغوي لا مساس لها بالبيع.

ثالثاً: لا حاجة لهذا التفسير للمعاطاة لأنّ الموضوع الذي يجب على الفقيه أن يفسره ويبيّن معناه والمراد منه هو ذلك الموضوع الذي ورد له ذكر في آية أو رواية ورتّب الشارع عليه أحكاماً، كالخمر مثلاً، فحيث إنّه ورد في الآيات الكريمة والروايات الشريفة كان لزاماً على الفقيه أن يبحث عن معناه لغةً وعرفاً، أمّا المعاطاة فحيث إنّه لم ترد في الأدلّة الشرعية، فالفقيه غير ملزم بتفسيره وتعريفه. قال الميرزا الإيرواني قدّس سرّه: «لفظ المعاطاة لم يرد في شيء من النصوص ليهتمّ بتفسيره»<sup>(١)</sup>.

وقال الآخوند الخراساني قدّس سرّه: «لا يخفى أنّ المعاطاة ما جعل موضوعاً لحكم في آية أو رواية، ولا في معقد إجماع، وإنّها عبّر به عمّا يتداول بين الناس من المعاملة بلا صيغة، فالمهمّ تعيين ما هو المتداول بينهم»<sup>(٢)</sup>.

وقال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «لم يرد عنوان المعاطاة في آية ولا رواية ولا في معقد إجماع، بل إنّها عبّر بذلك جمع من الفقهاء عمّا تداول بين الناس من المعاملة الخاصّة الفاقدة للصيغة التي تسمّى بالمعاملة المعاطائية»<sup>(٣)</sup>.

وقال السيّد عبد الأعلى السبزواري قدّس سرّه: «لفظ المعاطاة لم يرد في نصّ حتى يهتمّ بتفسيره، نعم ورد ذلك في كلمات الفقهاء»<sup>(٤)</sup>.

رابعاً: أنّ المعنى اللغوي للمعاطاة هو المناولة، أمّا الإعطاء المتبادل بين

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٣٧.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٢.

(٣) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ٩٧.

(٤) مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، السيّد عبد الأعلى السبزواري، ج ١٦ ص ٢٢٨.

الطرفين فهو مستفاد من هيئة المفاعلة في المعاطاة، وقد ثبت في محله أن هيئة المفاعلة لا يشترط فيها المشاركة في المبدأ وإن كان هو الأصل فيها، فلا يشترط في المعاطاة أن يكون الإعطاء متبادلاً بين طرفيها بل يكفي الإعطاء من أحدهما، فحتى لو قلنا أن تعريف الشيخ قدس سره للمعاطاة هو تعريف لغوي لكن مع ذلك فهو غير دقيق.

### التفصيل في هذا الاعتراض

ذهب المشهور إلى أن باب المفاعلة تدل على نسبة يشارك فيها اثنان، فهي موضوعة بالوضع النوعي لفعل الاثنان، كالمضاربة والمنازعة والمقابلة، وغيرها. وفرقوا بينها وبين باب التفاعل، كالتضارب والتنازع والتقابل، في أن أحد طرفيها يكون أصيلاً والآخر تابعاً، ولذا يصح أن يجعل أحدهما فاعلاً والآخر مفعولاً، رغم أن الفعل على نحو المشاركة بينهما، بينما لا توجد هذه الطولية في باب التفاعل، بل إن كليهما في حكم الفاعل.

قال الميرزا القمي قدس سره: «اعلم أن المعاوضة من باب المفاعلة وهو موضوع للمشاركة بين اثنين في مبدأ الاشتقاق. والفرق بينه وبين باب التفاعل أن الفعل ينسب إلى أحدهما صريحاً وإلى الآخر ضمناً في المفاعلة. وإليها صريحاً في باب التفاعل»<sup>(١)</sup>.

اعترض بعض المحققين الأعلام على نظرية المشهور هذه، كالمحقق الأصفهاني قدس سره، حيث رفض هذه النظرية مدعياً أن باب المفاعلة لا يشترط فيها أن تكون بين اثنين، وذلك لما يلي:

أولاً: إن استقراء كلمات اللغويين في باب المفاعلة يثبت لنا أن هذا الباب

(١) جامع الشتات، الميرزا القمي، ج ٢ ص ٣٤٩. وراجع: لا ضرر ولا ضرار، تقرير بحث السيد الشهيد محمد باقر الصدر، للسيد الأستاذ كمال الحيدري، ص ١٤٦.



ليس من فعل الاثنين، وذلك لاستشهادهم بموارد كثيرة من القرآن الكريم، وغيره من موارد الاستعمال التي لا يوجد فيها اثنان حتى يصلح أن يصدر منهما الفعل على نحو المشاركة.

قال قدّس سرّه في تحقيقه في قاعدة لا ضرر ولا ضرار: «لا يخفى عليك أنّ الضرار وإن كان مصدرًا لباب المفاعلة - وهو كما في المتن - الأصل فيه أن يكون فعل الاثنين كما هو المشهور إلّا أنّه لا أصل له كما تشهد له الاستعمالات الصحيحة الفصيحة القرآنيّة وغيرها، فإنّ فيها ما لا يصحّ ذلك، وفيها ما لا يراد منه ذلك؛ كقوله تعالى: ﴿يُحَادِّثُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا﴾ (البقرة: ٩)، فإنّ الغرض نسبة الخديعة منهم إلى الله وإلى المؤمنين، لا منهما إليهم أيضاً، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (النساء: ١٠٠) و﴿يُرَاوُونَ﴾<sup>(١)</sup> و﴿وَنَادَيْنَاهُ﴾<sup>(٢)</sup> و﴿نَاقَفُوا﴾<sup>(٣)</sup> و﴿شَاقَفُوا﴾<sup>(٤)</sup> و﴿مَسَجِدًا ضَرَارًا﴾ (التوبة: ١٠٧) و﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا﴾ (البقرة: ٢٣١) و﴿لَا تُؤَاخِذْنِي﴾<sup>(٥)</sup> إلى غير ذلك<sup>(٦)</sup>.

ومن الاستعمالات: عاجله بالعقوبة، وبارزه بالحرب، وياشر الحرب، وساعده التوفيق، وخالع المرأة، وواراه في الأرض، فإنّ جميع ذلك بين ما لا يصحّ فيه إرادة الانتساب إلى الاثنين، وما لا يراد منه ذلك<sup>(٧)</sup>.

ثانياً: إنّ اللفظ الواحد كما لا يستعمل إلّا في معنى واحد، فكذلك الهيئة

(١) ﴿يُرَاوُونَ النَّاسَ وَلَا يَذْكُرُونَ اللَّهَ إِلَّا قَلِيلًا﴾ (النساء: ١٤٢).

(٢) ﴿وَنَادَيْنَاهُ أَنْ يَا إِبْرَاهِيمُ﴾ (الصافات: ١٠٤).

(٣) ﴿وَلْيَعْلَمْ الَّذِينَ نَاقَفُوا﴾ (آل عمران: ١٦٧).

(٤) ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ شَاقَفُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ (الأنفال: ١٣).

(٥) ﴿قَالَ لَا تُؤَاخِذْنِي بِمَا نَسِيتُ وَلَا تُرْهِقْنِي مِنْ أَمْرِي﴾ (الكهف: ٧٣).

(٦) مريم: ٥٢، وآل عمران: ١٧، والحشر: ٤ - ١١، ومحمد: ٣٢، والماعون: ٦.

(٧) نهاية الدراية في شرح الكفاية، المحقق الأصفهاني، ج ٢ ص ٧٤٦.

الواحدة لا تستعمل إلا في نسبة واحدة، ويلزم من كلام المشهور من التفريق بين باب المفاعلة وباب التفاعل - مع اشتراكهما في وجود نسبتين فيهما وكون إحدى النسبتين في باب المفاعلة أصلية والأخرى تبعية بينما في باب المفاعلة كلتاهما أصلية - أن تكون الهيئة الواحدة مستعملة في نسبتين، وهذا ممتنع، بل لا بد أن تكون مستعملة في نسبة واحدة فقط.

وتوضيح هذه النسبة: أنه في باب التفاعل، كتضارب زيد وعمرو، توجد نسبتان متغايرتان بحسب الخارج، نسبة الضرب إلى زيد ونسبته إلى عمرو، لكن يمكن ملاحظة هاتين النسبتين كنسبة واحدة، بحيث يكون الاثنان طرفي هذه النسبة، لا أن كلاً منهما يكون طرفاً لنسبة مغايرة للنسبة التي يكون الآخر طرفاً لها. أما في باب المفاعلة، كضارب زيد وعمراً، فلا يخلو إما أن تكون الهيئة موضوعة لهذه النسبة الواحدة المتحصلة، فلا يفرق عندئذ بين باب التفاعل وباب المفاعلة، مع أنه لا إشكال في وجود الفرق بينهما.

أو أمّا موضوعة للنسبتين التفصيليتين اللتين انتزع منهما النسبة الثالثة، فيلزم عندئذ أن تكون الهيئة الواحدة دالة على نسبتين مختلفتين، وهذا غير صحيح، لأن الهيئة الواحدة لا تدلّ على أكثر من نسبة واحدة.

أو أن الهيئة تدلّ على إحدى تلك النسبتين التفصيليتين المختلفتين، فهذا يلزم منه أن لا يكون باب المفاعلة فعل الاثنين، وهذا هو المقصود من أنه فعل الواحد لا الاثنين.

قال قدس سره: «إنّ كلّ هيئة لا تكون موضوعة إلا بإزاء نسبة خاصّة من النسب، فليس مفاد هيئة (تضارب زيد وعمرو) نسبة (ضرب زيد وعمراً) ونسبة (ضرب عمرو زيداً) بل ضرب كلّ منهما للآخر لوحظ نسبة واحدة بينهما، وعلى نهج إضافة مادة واحدة إلى طرفين يعبر عنها في الفارسية بقولهم (بهم زدن) فزيد وعمرو طرفا هذه النسبة الوحدانية، وعليه فمفاد (ضارب زيد وعمراً) إن كان

هذه النسبة الخاصّة فلا فرق بينها وبين (تضارب زيد وعمرو) فما وجه عدم انتساب المادّة إلى طرفيها كما في (تضارب زيد وعمرو)... فالحقّ: أنّ مفاد هيئة المفاعلة غير مفاد هيئة التفاعل، وأنّه لا يتقوم بطرفين كما في التفاعل<sup>(١)</sup>.

لكن كلا اعتراضي المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه يمكن المناقشة فيهما<sup>(٢)</sup>:

أما اعتراضه الأوّل: فقد ذكر فيه قدّس سرّه حوالي أربعة عشر مورداً من القرآن والاستعمالات العرفيّة يستشهد فيها أنّ (فاعل) لا يكون فعل الاثنين، إلّا أنّ هذه الموارد لا تصلح نقضاً على نظريّة المشهور، وذلك لأنّ بناء المشهور إنّما هو على الأوضاع النوعيّة في الهيئات، فيكون مرادهم من كون الأصل في باب المفاعلة هو فعل الاثنين هو تشخيص المعنى الموضوع له بالوضع النوعي لا بالوضع الشخصي.

وبعض الموارد التي نقض بها على المشهور وإن جاءت على هيئة (فاعل) إلّا أنّها حيث لم تكن مشتقّة من المجرد الذي يلائم وقوعه بين الاثنين تكون موضوعة بالوضع الشخصي لا النوعي، كسافر مثلاً.

كما أنّ بعض الموارد لما كانت مادّتها ليس لها وضع بقطع النظر عن هيئة (فاعل) ليحصل المعنى من ضمّ مدلول الهيئة إلى مدلول المادّة، فلا تكون موضوعة بالوضع النوعي كذلك، كبارز ونادى وناق و نحوها، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى: توجد في بعض الموارد ما يكون كالقربنة المتّصلة التي تصرف اللفظ عن معنى فعل الاثنين، فبحسب الارتكاز العقلاني لا تناسب بعض الموارد أن تكون صادرة من اثنين كما في (واری وبارش وخالع وآخذ) ونحوها، ف(واری)

(١) نهاية الدراية في شرح الكفاية، المحقّق الأصفهاني، ج ٢ ص ٧٤٧.

(٢) راجع: لا ضرر ولا ضرار، تقرير بحث السيّد الشهيد محمد باقر الصدر، للسيّد الأستاذ

كمال الحيدري، ص ١٥٧-١٦٥.

بمعنى أخفى، ولا يتناسب صدوره من الاثني كما هو واضح، وكذا (باشر) بمعنى تولى أمره، والذي لا يناسب أيضاً أن يكون فعل الاثني، وكذا في الموارد الأخرى. نعم، توجد بعض الموارد التي يمكن أن ينقض بها في المقام، إلا أنها لا تشكل بمجموعها إشكالاً حقيقياً على المشهور، لأن دعوى المشهور أن الأصل في هذا الباب أن يكون فعل الاثني، لا أن تمام موارد (فاعل) في لغة العرب موضوعة لفعل الاثني، وهذا الأصل يحافظ عليه ما لم توجد نقوض كثيرة توجب الخروج عنه، ومع اندفاع أكثر هذه النقوض لا يبقى من الموارد إلا القليل مما لا يصلح أن يبرهن فيه على أن (فاعل) ليس الأصل فيه فعل الاثني. ولأجل ذلك قال السيّد عبد الأعلى السبزواري قدس سرّه: «باب المفاعلة وهي غالباً من الطرفين»<sup>(١)</sup>.

هذا كله بناءً على كون المراد من الأصل في كلام المشهور بمعنى الشيء الغالب والكثير، وأما بناءً على ما حققناه في محله يكون مقصود المشهور من الأصل في باب المفاعلة أن هيئة (فاعل) موضوعة بالوضع الأولي لفعل الاثني، ثم وضعت بعد ذلك لمعانٍ أخرى لوحظ في جميعها نكتة تقرّبها من وضعها الأولي، فكان ذلك الأصل وهذا الفرع والتابع.

وهذه النكتة عبارة عن (التجاوز)، فد(ضارب) موضوعة لفعل الاثني، أي: إنها تتجاوز عن حدّ فاعلها إلى شخص آخر هو عمرو مثلاً الذي شارك الفاعل في الضاربيّة، وهذه النكتة بعينها موجودة في الموارد الأخرى بشكل أو بآخر، فد(سافر) مثلاً تكون بمعنى السفر الطويل الممتدّ.

وهذه النكتة ليست مشتركة بين الموارد إلا على نحو المفهوم الاسمي، وهو مفهوم التجاوز والامتداد والإطالة، وإلا فإنّ منشأ انتزاع هذه النكتة في كلّ

(١) مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، السيّد عبد الأعلى السبزواري، ج ٩ ص ٢١٧.

مورد يتمثل في نسبة مباينة ذاتاً للنسبة التي يمثلها في مورد آخر، لأنّها معانٍ حرفيّة، وهي متباينة ذاتاً كما هو المحقّق في محلّه، ولأجله لا تكون هيئة (فاعل) موضوعة لهذه النكتة المشتركة في جميع الموارد.

والمتحصّل من التحقيق هو أنّ الأصل في باب (فاعل) هو أن يكون فعل الاثنين بالنحو الذي بيّناه.

أما الاعتراض الثاني للمحقّق الأصفهاني: فيرد عليه أنّ ما فهمه من كلام المشهور غير صحيح، فالظاهر أنّ المشهور يذهبون إلى ما ذهب إليه الأصفهاني نفسه من أنّ (فاعل) و(تفاعل) وضعتا لنسبة واحدة، ف(تفاعل) يكون عندهم موضوعاً لهذه النسبة الثالثة المتحصّلة بالنحو الذي شرحه الأصفهاني قدّس سرّه، و(فاعل) موضوع لإحدى النسبتين التفصيليّتين لا النسبة الثالثة المتحصّلة لا مجموع النسبتين التفصيليّتين.

وفرق (فاعل) عن (فعل) رغم كونها موضوعين لإحدى النسبتين التفصيليّتين، أنّ (فعل) ك(ضرب) موضوعٌ لإحدى النسبتين بلا أيّ قيد، بينما (فاعل) ك(ضارب) موضوع لنفس تلك النسبة التفصيليّة لكن بقيد أن تكون على نحو المشاركة، فالتشريك طُعّم به مدلول هيئة (فاعل) بينما لم يحصل هذا التطعيم في مدلول هيئة (فعل)، ولذا يقولون أنّ (عمراً) في (ضارب زيد عمراً) هو مفعول للمشاركة لا أنّه بمعنى مضروب.

إذن، ما ذكر في هذا الاعتراض من كون تعريف الشيخ الأعظم قدّس سرّه للمعاطاة لا يكون تعريفاً لغويّاً غير صحيح.

### التعريف اصطلاحيّ لا لغويّ

رغم هذه الاشكالات والإيرادات التي أثّرت على تعريف الشيخ للمعاطاة، يمكن القول أنّ الشيخ هنا في معرض بيان التعريف الاصطلاحيّ

للمعاطاة لا اللغوي، وذلك للقريبتين المذكورتين سابقاً من اقتضائية طبيعة البحث واسترساله أن يكون الكلام في المعاطاة البيعية لا مطلق المعاطاة، وللتفريع الذي ذكره بعد هذا التعريف من وجود وجوه متصورة لا تتلاءم إلا مع البيع المعاطاتي.

وأما ما ورد من أن هذا التعريف لا يتلاءم مع ما هو المصطلح عند الفقهاء من كون المعاطاة البيعية تتقوم بالإعطاء والأخذ أيضاً لا خصوص الإعطاء من الطرفين، فيمكن جوابه أن القدر المتيقن من المعاطاة البيعية - والذي هو موضع اتفاق جميع الفقهاء - هو أن يكون الإعطاء متبادلاً من الطرفين؛ قال المحقق الفاضل القائيني قدس سره: «إن المتيقن من المعاطاة الدائرة في لسان الفقهاء ومن السيرة والدليل القائم على إمضائها أعم من أن تكون مفيدة للملك أو الإباحة هو: إذا كان التعاطي من الطرفين»<sup>(١)</sup>.

وأما المعاطاة التي يكون فيها الإعطاء من طرف واحد فقد وقعت موضع اختلاف بين الفقهاء؛ قال الشهيد الثاني قدس سره: «ومقتضى المعاطاة أنها مفاعلة من الجانبين، فلو وقعت بقبض أحد العوضين خاصة مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهالة ففي حقوق أحكامها نظر، من عدم تحققها»<sup>(٢)</sup>، وحصول التراضي<sup>(٣)</sup>، وهو اختياره في الدروس على تقدير دفع السلعة دون الثمن»<sup>(٤)</sup>.

وقال صاحب الجواهر قدس سره: «وعلى كل حال فلا يعتبر التقابض فيها قطعاً للسيرة القطعية التي هي الأصل في إثباتها، فيجري حكم البيع والإباحة

(١) الدرر النجفية، المحقق الشيخ الفاضل القائيني النجفي، ج ١ ص ٨١.

(٢) باعتبار أنها مفاعلة تتوقف على العطاء من الجانبين ولم يحصل.

(٣) أي: صدق التراضي على المعاوضة.

(٤) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ٢٢٤.

على قبض أحدهما، بل المتّجه بناءً على عدم اعتبار الصيغة الخاصّة في البيع جوازه بالألفاظ المقصود بها إنشاء البيع غيرها، وإن لم يقع قبض من أحدهما فيجري فيها حينئذ حكم المبيع غير المقبوض. ومن الغريب ما في المسالك والروضة من التأمّل فيها في صورة القبض من أحدهما، فضلاً عن غيره؛ لعدم صدق اسم المعاطاة، لأنّها مفاعلة تتوقّف على الإعطاء من الطرفين، إذ لا يخفى عليك عدم وجود اللفظ المخصوص في شيء من النصوص حتّى يكون عدم صدقه دليل عدم الصحّة، وإنّما العمدة السيرة المشتركة بين الصورتين»<sup>(١)</sup>.

وذكر الملاّ محمد النراقي قدّس سرّه: «المحكّي عن الشهيد والكركي وصريح غيرهما كفاية قبض أحد العوضين بالفعل في حصول المعاطاة، وهي كذلك، لصدق البيع والتجارة، فيجري حكم البيع على قبض أحدهما، بل قيل بجوازها بالألفاظ المقصود بها إنشاء البيع، غير الصيغة المخصوصة وإن لم يقع قبض من أحدهما، فيجري فيها حينئذ حكم البيع الغير المقبوض.

وفيه إشكال، لعدم ظهوره من الدليل المذكور، وفي المسالك والروضة التأمّل فيها عند عدم التقابض، لعدم صدق المعاطاة، لأنّها معاملة تتوقّف على الإعطاء من الجانبين، وردّ بعدم وجود هذا اللفظ في النصوص، فلا يتبعه الحكم، مع أنّه يكفي في صدق المفاعلة المشاركة في الجملة، وإن لم يتحقّق المبدأ في كلّ منهما مستقلاً، كما في المتابعة والمرابحة، فإنّ الفعل يحصل باجتماعهما، بل لا يبعد القول بحصول التعاطي بمقابلة ما في ذمّة أحدهما الملتمزم به للمدفع»<sup>(٢)</sup>.

إذن، من الواضح جدّاً أنّ الفقهاء لم تتفق كلمتهم بخصوص ما إذا كان الإعطاء في المعاطاة البيعيّة من طرف واحد، وبما أنّ الشيخ الأنصاري بحسب

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٣٨.

(٢) مشارق الأحكام، الملاّ محمد النراقي، ص ٤٩.

ترتيب بحثه قد بدأ بتحرير محلّ النزاع بين الفقهاء في بحث المعاطاة لتحديد الموضوع الذي سيصبّ عليه الحكم، وما يرد فيه من الأخذ والردّ، فلا بدّ أن يكتفي قدّس سرّه في هذه المرحلة بما هو محلّ اتّفاق بين الفقهاء، وهي المعاطاة التي يكون فيها الإعطاء متبادلاً من الطرفين، وأمّا التفصيل في كون المعاطاة هل يكفي فيها الإعطاء من طرف واحد أم لا، فقد أرجأه الشيخ إلى ما سيذكره في التنبّهات التي أدرجها قدّس سرّه في آخر بحث المعاطاة، حيث يقول هناك: «إنّ المتيقّن من مورد المعاطاة: هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيّته، فلا يتحقّق المعاوضة ولا الإباحة رأساً، لأنّ كلّاً منهما ملك أو مباح في مقابل ملكيّة الآخر أو إباحته، إلّا أنّ الظاهر من جماعة من متأخري المتأخّرين - تبعاً للشهيد في الدروس - جعله من المعاطاة»<sup>(١)</sup>.

ولقد أجاد الشيخ - أعلى الله مقامه - في ترتيب بحثه وتنظيمه بهذه الطريقة المنطقيّة المنهجية.

### المبحث الثاني: صور المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

ما زال الكلام في تحديد المعاطاة محلّ البحث موضوعاً، وبعد أن انتهى الشيخ الأنصاري قدّس سرّه من تحديد المعاطاة بحسب المعنى اللغوي أو الاصطلاحي الفقهي - على الخلاف - بدأ بعد ذلك في توضيح دائرة الموضوع، فكما قلنا سابقاً أنّ كلّ عقد باعتبار أنّه فعل اختياريّ فلا بدّ أن يكون صادراً عن قصدٍ ما عند طرفيه، فيقع البحث في هذه المعاملة المعاطاتيّة في باب البيع التي يسلّط فيها البائع المشتري على المثلّث ويسلّط فيها المشتري البائع على الثمن دون

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٧٤.



أن يكون في البين لفظاً خاصاً، ما هو قصد المتعاطين من هذا التسليط؟  
يرى الشيخ الأنصاري قدس سره أن قصدهما في ذلك ينحصر في وجهين:

### الوجه الأوّل: الإباحة

أي: أن يبيح كلّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه، فتكون المقابلة هنا بين الفعلين وهما الإباحتان، ويكون مقصود المتعاطين الإباحة في إزاء الإباحة.

ولا يخلو أمر هذه الإباحة بين كونها إباحةً مطلقاً للتصرفات حتى المتوقّفة على الملك، أو أنّها إباحةً لخصوص التصرفات غير المتوقّفة على الملك، أو أنّها إباحةً مهملة.

أمّا كونها إباحةً مهملةً فلا يمكن الالتزام به، لأنّ الإباحة المهملة غير معقولة في حدّ ذاتها، فالإهمال إنّما يمكن أن يتصوّر وقوعه في عالم الإثبات والدلالة لا في عالم الثبوت والواقع، إضافة إلى أنّ الفعل هنا هو فعل اختياريّ صادر من فاعل مختار، والفعل الاختياري لا بدّ له من قصدٍ وإرادةٍ وداعٍ، ولا أقلّ في موردنا من قصد جواز الانتفاع من العين.

وأمّا كونها إباحةً لخصوص التصرفات غير المتوقّفة على الملك فلا يوجد ما يدلّ على التخصيص بهذا الفرد، فإنّ اللفظ الصريح لا يدلّ عليه فكذلك الفعل. فلا بدّ إذن أن يكون المقصود هو الإباحة المطلقة لجميع التصرفات حتى التصرفات المتوقّفة على الملك.

قال صاحب الجواهر قدس سره: «ومن ذلك يتّجه تحرير المقام بتصوير صور: أحدها قصد الإباحة بالأفعال ونحوها مصرّحاً بذلك ولو بالقرائن الدالّة على إرادة الإباحة المطلقة، والتسليط على التصرف نحو التسليط بالبيع وغيره ممّا يفيد الملك، بل ربّما يذكر لفظ البيع ونحوه مريداً به الدلالة على هذا القسم من

الإباحة، في مقابلة الإباحة لقسم خاص من التصرفات، لا أن المراد منه الملك والتمليك البيعي مثلاً، وهذه الصورة تسمى بالمعاطاة، ومفادها إباحة مطلقة للمال بعوض كذلك على نحو المعاوضة بالتمليك»<sup>(١)</sup>.

### اعتراض وجواب

إذن عرفنا أن في هذا الوجه يوجد إعطاءان وإباحتان في التصرف، والإباحة هنا إباحة مطلقة وليست إباحة من جهة خاصة، فيعم الانتفاع والإتلاف وكل التصرفات المتوقفة على حصول الملك كالبيع والوقف وغيرها.

فاعترض على ذلك بأنه مع قصد الإباحة كيف يعقل جواز التصرفات المتوقفة على حصول الملك، فإن ذلك لا يتم إلا بعد تحقق الملك، أمّا قبله فلا يعقل إباحة جميع التصرفات<sup>(٢)</sup>.

وأجيب عنه: «بأن هذه الإباحة فعلية، ولما كانت مطلقة وشاملة لجميع أنحاء التصرف، كان للإباحة هذه دلالة التزامية على كونه وكيلاً من قبله في تمليك الشيء لنفسه، حينما يريد أن يتصرف فيه التصرف الموقوف على الملك»<sup>(٣)</sup>.

وما قد يقال: من «أن الوكالة تعدّ من العقود، ويتوقف تحققها على الإيجاب والقبول كبقية العقود، وعليه فإن المتعاطي يجب أن يقصد التوكيل في جميع التصرفات المتوقفة على الملكية، كالبيع والوقف، بأن يقصد بالمعاطاة إنشاء الإباحة والتوكيل المطلق في جميع التصرفات، ومن جهة أخرى يجب على الآخذ أيضاً أن يقصد قبول الوكالة وما يترتب عليها من الأحكام، والمفروض عدم

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢١٨.

(٢) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ وحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٢٧.

(٣) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ١٣٩.

تحقق جميع هذه الأمور بمجرد المعاطة لعدم التفات الطرفين إليها<sup>(١)</sup>.  
فيمكن أن يجاب عليه بأنه: لا مانع من دلالة الفعل على الإباحة مطابقة،  
وعلى الوكالة التزاماً، بناءً على جريان المعاطة في سائر أنواع العقود، كما أن ظاهر  
التسليط على شيء دون تقييده بنوع محدد من التصرف أن يوجد التفات إلى إرادة  
جميع أنحاء التصرف، فتكون الوكالة فيها كلها<sup>(٢)</sup>.

### الوجه الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك الفعلي

وذلك بحيث يكون مقصودهما تملك عين بإزاء تملك عوض، وهذا هو  
الشائع في البيع المعاطاتي، ولكي يأتي البحث في حكم المعاطة وأتمها تفيد الإباحة  
أو الملك لا بدّ أولاً أن يكون مقصودهما التملك، وإلا فإن عدم ترتب الملك على  
هذه المعاطة لو لم يقصد التملك إنما يكون من باب السالبة بانتفاء الموضوع.  
وذكر صاحب الجواهر هذا الوجه بقوله: «ثانيها: قصد البيع بذلك على  
إرادة النقل البيعي من غير تعرض للزوم وعدمه، أو مع قصد عدمه»<sup>(٣)</sup>.

### إشكالية الاقتصار على الوجهين

أورد على الشيخ الأنصاري قدس سره إشكالية هنا مفادها: أنه ما هو  
المقسّم لهذين الوجهين اللذين ذكرهما الشيخ؟ لا يخلو إما أن يكون المقسّم هو  
المعاطة بالمعنى الأعمّ والواسع الذي يشمل كلّ العقود، فمن الواضح هنا أن  
المعاطة بهذا المعنى تنقسم إلى أقسام عديدة وليس إلى هذين الوجهين فقط، وإما

---

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ وحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري،  
ج ١ ص ٢٢٧.

(٢) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني،  
ج ١ ص ١٤٠ (حاشية المقرّر).

(٣) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢١٨.

أن يكون المقسم هو خصوص المعاطاة البيعية، وهذه المعاطاة لا تتصور إلا على وجه واحد فقط وهو الوجه الثاني في ما لو قصد التمليك، أما قصد الإباحة فهو خارج عن محل الكلام.

قال الآخوند الخراساني قدس سره: «لا يخفى أن غرضه إن كان بيان ما يتصور في باب البيع، فلا يتصور إلا على ثاني الوجهين، وإن كان بيان ما يمكن أن يتصور فيه من دون اختصاص بهذا الباب فلا وجه للتخصيص بهما، فإنه يمكن أن يقع على وجوه عديدة، وقصد به كل ما يقصد باللفظ من إيقاع أو عقد، بيعاً كان أو غيره، من غير فرق بينهما في ذلك، وإن كان بينهما فرق من حيث إن دلالة لا يكون بمثابة دلالة، وذلك مما لا شبهة فيه ولا ريب يعتريه»<sup>(١)</sup>.

وقال الميرزا الإيرواني قدس سره: «ثم الظاهر أن موضوع البحث في المقام هي المعاطاة التي لم تتخلف عن البيع إلا في الصيغة، فالتخلف عنه في جهات آخر التي هي من عمدتها القصد للبيع خارج عن محل الكلام، وهذه المعاطاة لا تنقسم إلى أقسام، والتي تنقسم إلى أقسام هي المعاطاة بمعنى أوسع من محل البحث، وهذه أيضاً لا تنقسم إلى قسمين، بل تنقسم إلى أقسام شتى، إذ كل عنوان من عناوين المعاملات فهي قابلة لأن تنشأ بالمعاطاة كما هي قابلة لأن تنشأ باللفظ»<sup>(٢)</sup>.

وتبع السيد الميلاني قدس سره العلمين في إشكالهما لينتهي إلى النتيجة التالية وهي: أنه «لابد من القول بأنه بصدد بيان المفهوم اللغوي لاسيما بالنظر إلى قوله بعد ذلك: وهو يتصور على وجهين، أحدهما: أن يقصد الإباحة، لأن قصد الإباحة أجنبي عن البيع»<sup>(٣)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٣٧.

(٣) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ١٣٨.

## جواب الإشكال

يمكن الجواب عن هذا الإشكال بالقول: أن المقسم هنا لهذين الوجهين المتصورين بحسب ما يقصده الشيخ الأنصاري لا يخلو إما أن يكون المعاطاة بالمعنى الأعمّ أو المعاطاة بالمعنى الأخصّ - أي: المعاطاة البيعية - فإن كان مقصوده قدّس سرّه هو أن يكون المقسم المعاطاة بالمعنى الأعمّ، فصحيح أنّها تنقسم إلى أقسام كثيرة ولا تنحصر بهذين الوجهين، إلا أن الشيخ قدّس سرّه اكتفى بذكر هذين الوجهين فقط وأعرض عن الأقسام والوجوه المتصورة الأخرى لأنّ هذا ما يناسب البحث والمقام ومعرض الآراء من الأعلام.

قال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «إنّ الإعطاء الذي هو محلّ الكلام - بما أنّه فعل اختياريّ - لا بدّ وأن يصدر عن قصدٍ ما، فإمّا أن يُقصد به الحفظ من دون أن يتصرّف المعطى له فيما أعطاه أصلاً فيكون وديعة، وإمّا أن يقصد به التصرّف والانتفاع مع بقاء عينه، فإن كان ذلك بعوض كان إجارة وإلا كان عارية، وإمّا أن يُقصد به إباحة جميع التصرّفات حتى بالاستهلاك من دون تمليك، فيكون إباحة التصرّف كما في تقديم الطعام للضيف، وإمّا أن يقصد به التمليك، فإن كان بلا عوضٍ كان هبة وإن كان بعوضٍ كان بيعاً.

والمعاطاة وإن كانت جارية في جميع ذلك إلا أن محلّ البحث منها هو الإعطاء بقصد إباحة التصرّف أو بقصد التمليك بعوض، ويظهر بذلك الحال في باقي الأقسام»<sup>(١)</sup>.

وإن كان مقصود الشيخ الأنصاري - وكما هو الظاهر - أن يكون المقسم هو المعاطاة بالمعنى الأخصّ - أي: المعاطاة البيعية - فصحيح أن قصد الإباحة أجنبيّ

(١) محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيّد الخوئي، للسيّد علي الشاهرودي، ج ٢ ص ٤٨.

عن المعاطاة بهذا المعنى، إلا أنّ الشيخ قدّس سرّه ذكره اعتماداً على ما سيأتي تفصيله في تحرير محلّ النزاع من ذهاب جملة من الأعلام إلى أنّ المعاطاة البيعية التي وقع البحث في حكمها بين الفقهاء هي المعاطاة التي قصد فيها الإباحة لا التمليك.

قال السيّد المروّج رحمه الله: «ثمّ إنّ ظاهر المتن جعل مقسم الوجهين المذكورين المعاطاة المعنونة في كتاب البيع، حيث ذهب جمع من الخاصّة والعامة إلى كونها مفيدة للملك، خلافاً لمشهور القدماء من إفادتها بالإباحة. وليس المقسم مطلق التعاطي، وذلك لإمكان تصويره على نحو لا يقصد فيها تمليك ولا إباحة، كالوديعة بناءً على جريان المعاطاة فيها، وهكذا غيرها من العقود والإيقاعات على ما سيأتي تفصيله في التنبيه الخامس إن شاء الله تعالى.

فإن قلت: لو كان المقصود تصوير المعاطاة الواقعة بعنوان البيع فمن المعلوم أنّ مقصود المتبايعين هو تمليك ماليهما لا إباحتهما، فينبغي حصر المعاطاة - بقصد البيع - في الصورة الثانية وهي قصد التمليك، وإخراج قصد الإباحة عن حريم البحث.

قلت: نعم، إذ مقتضى التفرّيع أجنبيّة قصد الإباحة عن المعاطاة المقصود بها البيع، إلا أنّ الموجب لذكر الوجه الأوّل - وهو قصد الإباحة - ما سيأتي تفصيله في المقام الثاني من دلالة بعض عبارات القوم على قصد الإباحة كما في كلام شيخ الطائفة: (وإنّما هي استباحات محضة) لظهور هيئة (الاستفعال) في قصد الإباحة، لا في ترتبها تبعداً على ما إذا قصدا التمليك، وعليه فلا مانع من جعل قصد المتعاطيين للإباحة من أقسام المعاطاة في البيع<sup>(١)</sup>.

ولقد أشار الآخوند الخراساني إلى هذا الجواب بقوله بعد ذكره للإشكال المتقدّم: «اللهمّ إلا أن يكون غرضه ما يتصوّر فيه في هذا الباب بحسب ما يوهّم

(١) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد محمد جعفر المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣١٩.

أنه محلّ الكلام ومؤدّى النقض والإبرام بين الأعلام»<sup>(١)</sup>.  
كما احتمله السيّد الخميني بقوله: «ليس تقسيم المعاطة إلى الإباحة والتمليك - كما ذكره الشيخ - تقسيماً للبيع المعاطاتي بحيث تكون المعاطة مقسماً له، فتكون الإباحة قسماً من البيع، بل المعاطة قسماً من الإباحة والبيع والصلح والإجارة وغيرها، والقسم الآخر لها الإنشاء بالصيغة، ولعلّ ما يظهر من كلام الشيخ - ممّا لا يلائم المقام - تمهيد لما سيجعله معرض آراء الفقهاء، وإلاّ فهو أفطن من أن يخفى عليه ذلك»<sup>(٢)</sup>.

### وجهان آخران متصوّران للمعاطة

ذكر صاحب الجواهر قدّس سرّه وجهين آخرين يمكن تصوّرهما للمعاطة بحسب قصد المتعاطين:

#### الوجه الأوّل: عدم القصد

أي: أن يقع الفعل من المتعاطين دون أن يكون هناك قصد للبيع ولا تصريح بالإباحة، كما إذا كان غرضه أكل الدبس مثلاً، فعلم أنّه لا يمكن الوصول إلى هذا الغرض إلاّ من خلال دفع المال، فدفع المال للبائع وأخذ الدبس من دون التفات منه إلى أنّ الدبس يصير ملكاً له أم لا، كما أنّ البائع كذلك، فهما هنا لم يقصدا التمليك ولم يصرّحا بالإباحة، فيكون المقصود الأصلي من هذه المعاملة هو القدر المشترك بين العوضيّة في الملك والعوضيّة في الإباحة، أي: مجرد التسليط المطلق وحصول مال كلّ من الطرفين عند الآخر.

قال صاحب الجواهر قدّس سرّه: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطين من

(١) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٣.

(٢) البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد حسن الظاهري الخرم آبادي، ج ١ ص ١١١.

غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي البقال شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه»<sup>(١)</sup>.

### مناقشة الشيخ الأنصاري لهذا الوجه

ناقش الشيخ الأنصاري في هذا الوجه الذي ذكره صاحب الجواهر ولم يرتضه، وهذه المناقشة تتوقف على مقدمتين:

المقدمة الأولى: إن هذا الفعل الخارجي الصادر من المتعاطين هو فعل اختياري مسبق بالإرادة، فلا يعقل أن يصدر من دون داع يكون هو العلة الغائية من إتيان الفعل، لأن الداعي من مبادئ الإرادة.

المقدمة الثانية: إن العناوين المعاملية محصورة ومحددة بحيث لا تخرج أي معاملة من المعاملات عن هذه العناوين، فبعض المعاملات تفيد ملك العين فتكون بيعاً، وبعضها تفيد ملك المنفعة فتكون إجارةً أو صلحاً على المنفعة، وبعضها يفيد إباحة الانتفاع فتكون إباحة، وبعضها يفيد الإذن في التصرف فتكون وكالة، إلى غير ذلك من العناوين.

وعلى ضوء هاتين المقدمتين فلو حصلت معاملة في الخارج من شخص مختار فلا بد وأن يكون قاصداً لعنوان من العناوين في معاملته، فلو كان لدينا معاملة في الخارج حصل فيها انتقال للعين، من عاقد مختار فلا يخلو إما أن يكون هذا العاقد قاصداً لتمليك هذه العين بعوض فتكون المعاملة بيعاً، أو يكون قاصداً لتمليك العين مقابل هبة عين أخرى فتكون هبة معوضة، أو يكون قاصداً التسالم على العين بعوض فيكون صلحاً، أو يكون قاصداً التسليط على وجه الانتفاع فيكون عارية، أو يكون قاصداً إباحة التصرف في العين فتكون إباحة مالكية، إذن لا

---

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٧.



يعقل تحقّق هذا الفعل الخارجي منسلاً من أحد هذه العناوين.

قال السيّد الخوئي في تقرير هذا الإشكال: «إنّ الفعل الصادر من المتعاطيين ليس من الأفعال غير الاختيارية كحركة المرتعش، لكي يكون ذلك خالياً عن القصد والإرادة، وإنّما هو فعلٌ اختياريٌّ صادرٌ من فاعله بالإرادة والاختيار. وعليه فإذا قصد كلّ من المتعاطيين من إعطائه ماله لصاحبه خصوص إباحة التصرف، كان ذلك إباحة مصطلحة كما في الضيافة ونحوها، وإذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين مع حفظها عن التلف انتفاعاً مجانياً، كان ذلك عارية، وإذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعاً، وحينئذ فلا يوجد عنوان آخر في مورد المعاظة غير العناوين المذكورة»<sup>(١)</sup>.

وعليه، فلا وجه لما ذكره صاحب الجواهر من تصوير المعاظة على نحو يكون فيه النقل مطلقاً خالياً من قصد البيع أو من قرينة على إرادة الإباحة.

### تقريب وإشكال للسيّد اليزدي

ذكر السيّد اليزدي في حاشيته على المكاسب تقريباً آخر لإشكال الشيخ الأنصاري حاصله: أنّ وقوع النقل المطلق دون تخصيصه بعنوان البيع أو الإباحة أو أيّ عنوان معامليّ آخر ممتنع، وذلك من جهة امتناع إيجاد الجنس من غير فصل، وهذا الامتناع كما يتحقّق بالنسبة إلى الأمور الخارجية فكذلك هو بالنسبة إلى الأمور الاعتبارية، فمن غير المعقول إنشاء إرادة قدرٍ مشتركٍ بين البيع والإباحة دون تحديد فصلٍ، وإن كان في وعاء الاعتبار.

وعليه، فلا بدّ أن يكون هذا النقل والتسليط بعنوان من العناوين، سواء كان بيعاً أو إباحة أو أيّ عنوان آخر من العناوين المعاملية المعروفة.

قال قدّس سرّه: «ولعلّه من جهة امتناع إيجاد من دون فصل فإنّ الإيجاد

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ٩٧.

الإنشائي في ذلك كالإيجاد الخارجي في الامتناع، ولذا ذكروا أنه لا يمكن الطلب بإرادة القدر المشترك بين الوجوب والندب بل لابد من كونه في ضمن أحد الفصلين، ولا ينافيه استعمال الصيغة في القدر المشترك في مثل قوله: اغتسل للجمعة والجنابة، فإنه لا مانع منه بعد كون الخصوصيتين مستفادتان<sup>(١)</sup> من الخارج، بل الذي لا يعقل إنَّها هو إنشاء إرادة القدر المشترك من دون فصل أصلاً ولو كان مستفاداً من الخارج ففي المقام أيضاً لا يمكن إنشاء القدر المشترك بين الإباحة والتملك<sup>(٢)</sup>.

وعلى ضوء هذا التقريب أورد السيد الزيدي على الشيخ الأنصاري إشكالاً حاصله: أن هناك فرقاً بين الأمور الخارجية والأمور الاعتبارية في إنشاء وإيجاد القدر المشترك، فالأمور الخارجية لا يتعلّق فيها إنشاء وإرادة قدر مشترك وجنس دون فصله، أمّا الأمور الاعتبارية فهي نظير الوجودات العلمية التي يمكن فيها تعقل إيجاد القدر المشترك وتصوّره دون فصله، كما في تصوّر الحيوان الذي يعدّ إيجاداً للجنس بالوجود العلمي.

وفي مقامنا يمكن إيجاد الملكية المطلقة في ظرف عالم الاعتبار على نحو الوجود العلمي دون تخصيصه بالبيع أو الإباحة أو أيّ عنوان آخر، نعم بالنسبة للآثار الخارجية فلا بدّ أن تتفصّل بأحد الفصول.

قال قدّس سرّه: «ولكن يمكن أن يقال بعدم المانع من ذلك أيضاً بأن لا يتوجّه ذهنه إلّا إلى القدر المشترك، والفرق بين الإيجاد الإنشائي والخارجي واضح، فإنّه نظير الإيجاد العلمي، فإنّ من المعلوم أنّه يمكن تعقل القدر المشترك من دون فصل، والإيجاد الإنشائي وإن كان إيجاداً خارجياً من وجه إلّا أنّه في هذا

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيد الزيدي، ج ١ ص ٣٢٧.

(٢) هكذا في الأصل، والصحيح: مستفادتين.

المطلب نظير العلم. نعم، الأثر الخارجي لا يمكن أن لا يتفصل بأحد الفصلين هذا في المقام، وأمّا في مسألة الطلب فإن قلنا إنه من باب الإرادة الإنشائي دون النفسي فكذلك، وإن قلنا أنه عين الإرادة النفسية فيمكن منعه، لأنه في حاقّ القلب إمّا راضٍ بالترك أو لا، فلا يمكن أن يوجد بلا فصل.

فإن قلت: إذا جمع بين المستحبّ والواجب بإرادة واحدة فلا بدّ وأن يكون من باب الطلب بالقدر المشترك.

قلت: نقول إنه يرجع إلى إرادتين، ولا يمكن تعلق إرادة واحدة بسيطة نفسية بشيئين على الوجه المذكور.

فإن قلت: نحن نرى أنه يمكن أن يريد شيئاً ولم يعلم أن المصلحة الكائنة فيه ملزمة أو لا، فحينئذ يأمر به متردداً في الوجوب والاستحباب إلى أن يتأمل ويظهر له الحال.

قلت: نمنع أنه يأمر متردداً، بل هو مع هذا الوصف الذي لا يعلم إمّا راضٍ بالترك أو لا، فهو بالنسبة إلى ما سيأتي من الزمان لا بالنسبة إلى الحال، فإنه لا بدّ وأن يكون إمّا راضياً بالترك أو لا، فتأمل فإنه يمكن أن يأمر بالفعل مع الغفلة عن الخصوصية، بل مع الالتفات أيضاً يمكن أن يقال بإمكان التردد فعلاً أيضاً، فعليك بالتأمل التام<sup>(١)</sup>.

### جواب المحقّق الأصفهاني على الإشكال

أجاب المحقّق الأصفهاني على ما أورده السيّد اليزدي من إشكال على المصنّف بإمكانية تصوّر وإرادة جنس وقدر مشترك وهو التسليط المطلق دون فصله بإباحة أو بيع أو غيره، بجوابين:

الأوّل: لو قلنا أن التسليط المطلق المقصود والمتصوّر جنس فلا نلتزم بوجود

---

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٢٧.

جنس بلا فصل في البين، لأنّ الذي يقصد في هذا الوجه - كما هو ظاهر كلام صاحب الجواهر - هو التسليط المطلق، وهو جنسٌ فصله موجود أيضاً معه، غاية الأمر أنّه أمرٌ عدميٌّ لا وجوديٌّ، وهو عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه، وهذا الفصل كافٍ في تحقيق نتيجة القصد المطلق وهو الإباحة المالكية التي يمكن حصولها مع قصد عنوانها الخاص كما في الوجه الأوّل الذي ذكره الشيخ الأنصاري، كما يمكن حصولها كذلك بقصد التسليط مع عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه.

قال المحقّق الأصفهاني: «نعم ظاهر الجواهر بملاحظة تمام أطراف كلامه: أنّ المقصود هو التسليط المطلق الذي نتيجته الإباحة المالكية، فإنّ فصلها هو أمرٌ عدميٌّ، وهو عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه، فالتسليط المتقيّد بهذا الفصل العدميّ تسليطٌ إباحيٌّ، فلا يلزم محذور امتناع وجود الجنس بلا فصل، فالإباحة تارة تُقصد بعنوانها وهي الصورة الأولى، وأخرى تتحقّق بقصد التسليط مع عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه، فتدبر»<sup>(١)</sup>.

الثاني: لو قلنا أنّ التسليط المطلق المقصود في هذا الوجه جنس للإباحة والتمليك، فيأتي البحث في أنّ فصله موجود أم لا، وأنّه أمرٌ وجوديٌّ أم عدميٌّ، لكنّ الواقع أنّ هذا التسليط المطلق ليس جنساً، بل هو لازم أعمّ للتمليك والإباحة، وتخصّص بالإباحة لمكان عدم قطع إضافة الملك عن نفسه، فيكون الكلام في هذا المقام عن الجنس والفصل أجنبيّاً عمّا نحن فيه.

قال قدّس سرّه: «إلا أنّ التسليط المطلق ليس جنساً للتمليك والإباحة، حتى يتفصّل تارةً بأمرٍ وجوديٍّ وأخرى بأمرٍ عدميٍّ، بل التسليط لازم أعمّ للتمليك ولإنشاء الترخيص، فيتخصّص بالإباحة؛ لمكان عدم قطع إضافة الملك عن نفسه،

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٩٥.

فحديث وجود الجنس بلا فصلٍ أجنبيٍّ عمَّا نحن فيه بالكلية، فتدبرَّ جيداً<sup>(١)</sup>.  
ومن الواضح أنَّ ما أجاب به المحقِّق الأصفهاني هنا يعتمد على تقرير السيِّد  
اليزدي لإشكال الشيخ الأنصاري على صاحب الجواهر، وأنَّ هذين الجوابين كما  
يردان على ما جاء به السيِّد اليزدي من إشكال على الشيخ الأنصاري، فكذلك  
يردان على كلام الشيخ الأنصاري نفسه وما أورده على صاحب الجواهر،  
فالمحقِّق الأصفهاني يعطي الحقَّ لصاحب الجواهر في تصويره لهذا الوجه.

### ردّ على المحقِّق الأصفهاني

يمكن أن يقال في ردّ ما جاء به المحقِّق الأصفهاني قدس سرّه:  
أولاً: إنَّ التقريب الذي ذكره السيِّد اليزدي لإشكال الشيخ الأنصاري على  
صاحب الجواهر، والذي اعتمد عليه المحقِّق الأصفهاني في جوابيه المتقدمين،  
غير ظاهر من عبارة الشيخ الأنصاري، بل الظاهر منها هو ما ذكرناه من تقريب  
السيِّد الخوئي للإشكال، من أنَّ الإعطاء أمرٌ اختياريٌّ لا يمكن خلوه من  
القصد، فلا بدّ أن يكون ناشئاً من داعٍ من الدواعي، ولا توجد في كلامه أيّ  
إشارة إلى أنَّ التسليط المطلق في رتبة الجنس، وما يترتب عليه من عدم إمكان  
تحقّقه في ظرف الاعتبار دون تعلّقه بفصل من خلال عنوان من العناوين.  
ثانياً: إنَّ غاية ما ذكره المحقِّق الأصفهاني أنَّ قصد الإباحة تارةً يكون  
بعنوانها الخاصّ وتارةً أخرى يكون من خلال قصد التسليط المطلق الذي هو  
لازمٌ أعمّ للتمليك والإباحة، لكنّه متخصّص بالإباحة؛ لعدم قصد قطع إضافة  
الملك عن نفسه، وسواءً قصد الأوّل أو الثاني فمن الواضح أنَّ الذي يتحقّق فعلاً  
في مرحلة القصد والإرادة هو الإباحة، وهذا في الحقيقة رجوع إلى الوجه الأوّل  
الذي ذكره الشيخ الأنصاري، وهو ما لو قصد الإباحة، فلا تصلح هذه الصورة

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقِّق الأصفهاني، ج ١، ص ٩٦.

عندها أن تكون وجهاً متصوّراً مستقلاً في قبال الوجهين الأولين.

### إشكال آخر على الشيخ الأنصاري

ذكر بعض الأعلام أن ما أورده الشيخ الأنصاري على صاحب الجواهر من إشكال غير تام، لأنه يبتني على أمرين ضروريين يدعي الشيخ أن هذا الوجه لا يحققهما؛ الأول: أن الإعطاء أمر اختياري وكل أمر اختياري فلا بد له من قصد وداع. والثاني: أن عناوين المعاملات خاصة ومحددة فلا بد أن يقصد أحد تلك العناوين. وبمراجعة ما ذكره صاحب الجواهر يتبين لنا أن كلا الأمرين متحققان وموجودان، وذلك من خلال أحد التقريبين التاليين:

الأول: عندما نراجع إلى ما ذكره صاحب الجواهر في تصوير هذا الوجه نجده يقول: «ولعلّ القائل باشتراط الصيغة في البيع، يشرّعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي كالأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها محتاج إلى قصد آخر بخلافها، فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق»<sup>(١)</sup>.

فلو كان صاحب الجواهر يرى أن الإعطاء يحصل دون قصد عنوان من العناوين لكان لإشكال الشيخ الأنصاري عليه وجه، لكنّ صاحب الجواهر من خلال عبارته المتقدمة يرى أن الإعطاء وإن لم يقع بقصد البيع أو قصد الإباحة بالخصوص لكنّه أوقعه بقصد التسليط المطلق، فلم يقع الفعل مجرداً عن القصد، وعدم التصريح بالإباحة لا يستلزم عدم القصد، بل إن قصد التسليط المطلق لا يخلو إما أن يكون على وجه التمليك أو الإباحة، وبما أن قصد التمليك غير متحقق بحسب الفرض فيكون المتعين عندها قصد الإباحة، لأنّ جهة الإباحة بحسب ما يراه صاحب الجواهر هي كالأصل فيما يقصد به التسليط المطلق، وغيرها كالتمليك يحتاج إلى قصد آخر.

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٧.

قال الشيخ الوحيد الخراساني: «والحقّ اندفاع إشكال الشيخ على صاحب الجواهر رحمه الله نعم لو كان صاحب الجواهر يقصد أنّ الإعطاء يتحقّق دون قصد عنوان من العناوين كان لإيراد الشيخ عليه وجه وجيه، ولكنّه - رحمه الله - عبّر عن مراده في هذه الصورة بأنّه يعطي دون قصد البيع ودون تصريح بالإباحة، ثمّ أضاف أنّه باعطائه يقصد التسليط المطلق. وعليه، فإذا كان يقصد بالإعطاء التسليط المطلق فلا وجه ولا مجال للإشكال عليه بعدم معقولية الإعطاء مجرداً عن القصد، لأنّ عدم التصريح بالإباحة ليس معناه عدم القصد، بل يصرّح أنّ الصورة الثالثة هي أن يقصد الإباحة وبقصد التسليط لا أنّه لا يقصد، ومعلوم أنّ عدم التصريح بالقصد ليس معناه عدم القصد»<sup>(١)</sup>.

الثاني: إنّ الإعطاء في هذه الصورة إعطاءً خارجيّ، نتج عنه سلطنة خارجيّة تكوينيّة، فالطرف الأوّل باعطائه قد رفع يده عن متاعه وأدخله تحت يد الطرف الثاني، ليكون فعله مقدّمة إعداديّة لأن يفعل الطرف الآخر مثل ذلك في حقّه، وهذا الفعل الخارجي الحاصل وإن كان يصلح أن يتعنون بأحد العناوين المعاملية من بيع أو هبة أو عارية وغيرها، لكنّ المقصود هو نفس الفعل الخارجي وجعل الشيء تحت تصرّف الآخر، ومثل هذا الفعل لا يكون إلّا إباحة بحسب الشرع والعقل.

قال السيّد الميلاني قدّس سرّه: «إلّا أنّه مع الدقّة والتأمّل في كلام صاحب الجواهر يظهر عدم ورود الإشكال عليه.... وتوضيحه: أنّ الإعطاء الخارجي عبارة عن إيجاد السلطنة خارجاً، فهو برفعه اليد عن متاعه وإدخاله إيّاه تحت يد الطرف الآخر، يسلّطه سلطنة تكوينيّة خارجيّة عليه، وهذا العمل الخارجي يصلح لأن يتعنون بشيء من العناوين، من البيع والهبة والعارية وغيرها، لكنّه لما

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، محمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٢٩.

يفعل ذلك لا يقصد شيئاً منها بل يريد جعل الشيء تحت تصرف الآخر، ومثل هذا الفعل لا يكون عند الشرع والعقل إلا الإباحة<sup>(١)</sup>.

وقريب من هذا الجواب ما ذكره الميرزا الإيرواني في إمكانية تصوير هذا الوجه بإرجاع قصد التسليط المطلق إلى الإعراض ورفع اليد عن الملك، حيث قال: «إنَّ معقولية هذا القسم يكون بأحد وجهين الأوَّل أن يقصد كلَّ منهما بإعطائه، الإعراض ورفع اليد عن الملك بالفك والتحرير من غير ربطه بصاحبه وتمليكه إيَّاه وإثما صاحبه يتملَّكه بالحيازة فيكون إعراضاً بإزاء إعراض<sup>(٢)</sup>».

وذكر الميرزا قدس سره بعد ذلك وجهاً آخر في تصوير التسليط المطلق ومعقوليته دون قصد البيع أو التصريح بالإباحة، وهو أن يكون تسليط كلِّ واحدٍ منهما على ما أعطاه من المال بعنوان التوكيل في أن يأخذه لنفسه على وجه التمليك أو الإباحة في التصرف، فقال: «الثاني: أن يقصد كلَّ منهما تسليط صاحبه على المال بعنوان التوكيل في أن يأخذه لنفسه، إمَّا تمليكاً أو على وجه الإباحة، فتكون توكيلاً معاطاتياً بإزاء توكيل، وفي هذا قد ينتهي الأمر في الخارج إلى العمل بالوكالة من الجانبين أو من أحدهما وقد لا ينتهي، فإن قام أحدهما ولم يقم الآخر لم يضر ذلك بصحة عمل القائم إذا كان العوض وكالة القائم لا عمله بما وكلَّ فيه، وممَّا ذكرنا يظهر بطلان إيراد المصنّف على هذا الوجه بعدم المعقولية<sup>(٣)</sup>».

ولكن يمكن الجواب عن ذلك: أن الوكالة عقد من العقود فتحتاج أولاً إلى القصد وثانياً إلى الإيجاب والقبول من الطرفين كبقية العقود، ومن الواضح أن هذا الوجه الذي ذكره صاحب الجواهر قدس سره لم يقصد فيه سوى التسليط

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٤٢.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٣٨.

(٣) المصدر نفسه، ج ٢ ص ٣٨.



المطلق ولا يوجد فيه أيّ التفات من الطرفين إلى قصد آخر كقصد التوكيل.  
 هذا ولقد اكتفى بعض الفقهاء في الردّ على إشكال الشيخ الأنصاري بإمكان  
 تعقّل وتصوّر قصد التسليط المطلق من دون تخصيصه بعنوان من العناوين.  
 قال الشيخ آقا رضا الهمداني قدّس سرّه: «لكنّ الإنصاف إمكان تعقّله، كما  
 أنّه يتعقّل إرادة الزوج إزالة عقد نكاح إحدى زوجاته، كذلك يعقل إنشاء سبب  
 ذلك وإن لم يترتب عليه الأثر في الخارج، لأنّ ترتّب الأثر بيد الجاعل لا غير،  
 وكذا فيما نحن فيه»<sup>(١)</sup>.

كما قال الشيخ الأراكي قدّس سرّه: «ولكنّ الإنصاف أنّه يمكن، فإن قلت:  
 إنّه واقعاً راجع إلى أحد القسمين، قلت: لا واقعية له سوى القصد، ومن المعلوم  
 أنّه كما يمكن قصد العوضيّة في المملكيّة وقصد العوضيّة في الإباحة، كذلك يمكن  
 قصد مطلق العوضيّة، بأن يقصد إعطاء هذا مقدّمة لأخذ ذاك، لعلمه بأنّه لا  
 يمكن تناوله إلّا بإعطاء المال من دون التفات إلى أنّ هذه المعاطاة مفيدة للملكيّة  
 أو الإباحة، ولا أقلّ من إمكان صدوره عن بعض العوامّ، ونظير ذلك في إمكان  
 قصد القدر المشترك من دون قصد خصوصيّة أحد الفردين أو الأفراد إنشاء  
 مطلق الطلب المرادّ بين الإيجاب والندب، فإنّه ممكن بأن يقول المولى: هذا الفعل  
 مطلوب لي في الجملة، يعني أنّه ليس مساوياً للترك، من دون نظر إلى أنّ هذا  
 الطلب مانع من النقيض أم لا، كما لو تيقّن بأنّ فيه مصلحة ولكن لم يعلم أنّ  
 المصلحة فيه شديدة ملزمة أم ليس كذلك»<sup>(٢)</sup>.

ولكن يمكن القول: أنّ ما ذكر في الردّ على الشيخ الأنصاري إنّ تمّ، فأقصى ما  
 يثبت أنّ المقصود في هذه الصورة هو الإباحة، وهذا رجوع إلى الوجه الأوّل من

(١) حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني، ص ٢٠.

(٢) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٢٩.

الوجه التي ذكرها الشيخ قدس سره، فلا تصلح هذه الصورة حينها كوجه مستقل.

### الوجه الثاني: قصد التمليك

أي: أن يقع الفعل من المتعاطين مع قصد التمليك المطلق، أي: عدم قصد عنوان البيع خصوصاً، فيجعل الطرف الأوّل ماله ملكاً للطرف الآخر بإزاء ما يتملكه من الطرف الآخر.

وأشار صاحب الجواهر إلى هذا الوجه بقوله: «رابعها: أن يقصد الملك المطلق، ولا ريب في فساده عند من اعتبر الصيغة الخاصّة في ملك المعاوضة»<sup>(١)</sup>.

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني الذي ذكره الشيخ الأنصاري أنّ الوجه الثاني هناك كان مختصاً بصورة قصد الملك بعنوان البيع، ولذا ذكره صاحب الجواهر بقوله: «ثانيها: قصد البيع بذلك على إرادة النقل البيعي من غير تعرّض للزوم وعدمه أو مع قصد عدمه»<sup>(٢)</sup>، أمّا هنا فتكون العوضيّة في الملكيّة، لكنّ الملكيّة أمرها مردّد بين حصولها بالبيع أو الصلح أو الهبة المعوّضة المفيدة للتمليك.

ويقع البحث في هذا الوجه في كون قصد التمليك المطلق مع إعطاء العوض هل هو بيع أم أنّه أعمّ من البيع؟ وإن كان أعمّ من البيع، فهل يمكن تصوير وتعقّل هذا الوجه أم لا؟ وإن أمكن تصوّره، فهل هي معاوضة مستقلة خاصّة أم يمكن إرجاعها إلى إحدى المعاملات المعروفة؟

### التمليك المطلق بعوضٍ بيع أم أعمّ

يرى بعض الفقهاء أنّ قصد التمليك المطلق دون تخصيصه بعنوان من العناوين المعاوضيّة المملّكة كالبيع أو الهبة المعوّضة أو الصلح، يكون أعمّ من

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٧.

(٢) المصدر نفسه، ج ٢٢ ص ٢١٨.

إرادة خصوص البيع.

قال السيّد اليزدي: «إنّ التملك قد يكون بقصد مجرّد المبادلة والمعاوضة من غير أن يكون تملكاً بعوضٍ على وجه يكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً، والظاهر أنّ البيع ما يكون مقابلاً للشراء الذي هو التملك بالعوض، فيمكن فرض التملك على وجه لا يكون بيعاً، بل الغالب في المعاظة ذلك إذا لم يكن أحد العوضين من النقود إذ لا يكون أحدهما موجباً والآخر - غالباً - قابلاً، فتدبر»<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ آقا رضا الهمداني: «إنّ التملك بالعوض أعمّ من البيع، وإنّ البيع هو التملك الخاصّ بحيث يجعل أحدهما أصلاً والآخر بدلاً»<sup>(٢)</sup>.

وعليه، فيأتي البحث في أنّ هذا التملك المطلق هل يمكن تصوّره وتعلّقه أم لا؟ والبحث هنا شبيه بما بحثناه في الوجه الأوّل الذي ذكره صاحب الجواهر من إمكانية تصوّر القدر المشترك بين الإباحة والملك، أي: التسليط المطلق المقصود من قبل المتعاطيان، فما ذكرناه هناك يأتي هنا، لأنّه قد يقال بعد إمكان ذلك نظراً إلى أنّ العناوين المعاملية المذكورة في الكتب الفقهيّة عناوين محصورة ومحدّدة، ولا يمكن لأيّ معاملة تجري بقصد وإرادة المتعاملين أن تخرج عن قصد أحد هذه العناوين، والتمليك لا يخرج عن عنوان كونه بيعاً أو هبة معوّضة أو صلحاً أو غير ذلك من العناوين المملّكة، ولا يصحّ الإطلاق.

قال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «إنّ الفعل الصادر من المتعاطيين ليس من الأفعال غير الاختيارية كحركة المرتعش، لكي يكون ذلك خالياً عن القصد والإرادة، وإنّما هو فعلٌ اختياريٌّ صادرٌ من فاعله بالإرادة والاختيار، وعليه فإذا قصد كلّ من المتعاطيين من إعطائه ماله لصاحبه خصوص إباحة التصرف، كان

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٢٨.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني، ص ١٦.

ذلك إباحة مصطلحة كما في الضيافة ونحوها، وإذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين مع حفظها عن التلف انتفاعاً مجانياً، كان ذلك عارية، وإذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعاً، وحينئذ فلا يوجد عنوان آخر في مورد المعاطاة غير العناوين المذكورة، وبذلك يظهر بطلان الوجه الثاني<sup>(١)</sup>، وهو الوجه الذي نبحت فيه فيما لو قصد المتعاطيان التملك المطلق.

كما أنّ المنع عن هذه الصورة قد يأتي أيضاً - كما ذكرنا في الوجه الأوّل - من جهة امتناع إيجاد الجنس دون فصله، كما قال به السيّد اليزدي قدّس سرّه.

ويمكن الجواب عن صور المنع هذه بما ذكر في الجواب عن صور المنع في الوجه الأوّل من كون هذه المعاملة لم تقع أساساً من دون قصد وداع، بل هي معاملةً المقصود منها تسليط الطرف الآخر على ما أعطاه إياه الطرف الأوّل على نحو التملك، من خلال رفع يده عنه ووضع تحت يد الآخر، وهذا القصد يكفي في تصحيح المعاملة.

أو أن يقال ما ذكره السيّد اليزدي في الوجه السابق من الفرق بين الأمور الاعتبارية الإنشائية والأمور الخارجية التكوينية في تصوير الجنس والفصل، فالأمور الخارجية هي التي لا يمكن فيها تصوّر جنس من دون فصل بينما الأمور الاعتبارية يمكن فيها ذلك نظير الوجودات العلمية، وبالتالي فيمكن تصوّر هذا الوجه.

وعليه فإنّ أمكن تصوّر وتعقل هذا الوجه، وأنّ التملك المطلق أعمّ من البيع، فتحت أيّ عنوان من العناوين المعاوضيّة يمكن إدراج هذه المعاملة مع ملاحظة أنّ البيع لم يكن المقصود منها بالخصوص.

ذهب جمع من الفقهاء إلى أنّ المعاملة هنا معاملة مستقلة ولا ترتبط بأيّ عنوان من العناوين المعاوضيّة المعروفة، كما ذكر ذلك في مسألة بيع لبن الشاة

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيدي، ج ٢ ص ٩٧.

مدّة، حيث قال الشهيد الأوّل قدّس سرّه: «وجوّز الشيخ (الطوسي) ضمّ ما سيوجد إلى مدّة معلومة، ولو قاطعه على اللبن مدّة معلومة بعوضٍ كذلك عند الشيخ.... وفي لزوم هذه المعاوضة نظر»<sup>(١)</sup>.

وقال العلامة الحليّ في النهاية: «لا يجوز بيع اللبن في الضرع لأنّه مجهول، وما روي في ذلك محمول على الضريبة، فقد روي أنّه لا بأس أن يعطي الإنسان الغنم أو البقر بالضريبة مدّة من الزمان بشيء من الدراهم والدنانير والسمن»<sup>(٢)</sup>. وإعطاء ذلك بالذهب والفضّة أحوط، وهذا ليس بيعاً في الحقيقة، بل نوع معاوضة غير لازمة، بل جائزة لما فيه من الإرفاق والإعانة، فيأخذ دافع النقد ما يحتاج إليه من اللبن وغيره ويتنفع به، ويأخذ صاحب الغنم النقد ليتنفع به»<sup>(٣)</sup>.

كما قال قدّس سرّه في المختلف: «قال الشيخ في النهاية: لا بأس أن يعطي الإنسان الغنم والبقر بالضريبة مدّة من الزمان بشيء من الدراهم والدنانير والسمن، وإعطاء ذلك بالذهب والفضّة أجود في الاحتياط»<sup>(٤)</sup>، وقال ابن إدريس: لا يجوز ذلك<sup>(٥)</sup>، والتحقيق: أنّ هذا ليس ببيع، وإنّما هو نوع معاوضة ومراضاة غير لازمة بل سائغة، ولا منع في ذلك»<sup>(٦)</sup>.

(١) الدروس الشرعية في فقه الإماميّة، الشهيد الأوّل، ج ٣ ص ١٩٧.

(٢) محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة (سمناً) شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كلّ شاة كذا وكذا، قال: لا بأس بالدراهم، ولست أحبّ أن يكون بالسمن». انظر: وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٧ ص ٣٥٠.

(٣) نهاية الأحكام، العلامة الحليّ، ج ٢ ص ٥٣٥.

(٤) راجع: النهاية في مجرّد الفقه والفتوى، الشيخ الطوسي، ص ٤٠٠.

(٥) راجع: السرائر، ابن ادريس الحليّ، ج ٢ ص ٣٢١.

(٦) مختلف الشيعة، العلامة الحليّ، ج ٥ ص ٢٤٨.

أما الشيخ كاشف الغطاء قدس سره فيرى أنّ التملك بالعوض هنا وإن كان جامعاً مشتركاً بين البيع والهبة المعوّضة والصلح، إلاّ أنّه عند الإطلاق ينصرف إلى خصوص البيع، لأنّ الأصل في تملك الأعيان هو البيع، ولا يخرج عن هذا الأصل إلاّ بقصد غيره، وهو منتفٍ هنا بحسب الفرض<sup>(١)</sup>.

فنقل صاحب الجواهر والمحقّق المامقاني عن الشيخ كاشف الغطاء قوله: «فالظاهر أنّه متى جاء بالفعل مستقلاً أو مع ألفاظ لا تستجمع الشرائط مقصوداً بهما المسامحة، جاء حكم المعاطاة، وعلى الأوّل فإن صرح فيها بإلحاق بيع أو غيره بنى عليه، وإلاّ فالبيع أصل في المعاوضة على الأعيان، مقدّم على الصلح والهبة المعوّضة، والإجارة في نقل المنافع مقدّمة على الصلح والجمالة»<sup>(٢)</sup>.

أما الشيخ الأنصاري فقد تقدّم منه في بحث تعريف البيع في المكاسب عدم قبول ما ذكره الشيخ الكبير قدس سره، وأنّ تملك الأعيان بالعوض ليس جامعاً بين البيع والهبة المعوّضة والصلح، بل إنّ التملك بالعوض هو عينه البيع خاصّة، واستعماله في غيره يحتاج إلى ذكر قرينة عليه.

قال قدس سره: «إنّ حقيقة الصلح - ولو تعلّق بالعين - ليس هو التملك على وجه المقابلة والمعاوضة، بل معناه الأصلي هو التسالم، ولذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم، هو متضمّن للتملك إذا تعلّق بعين، لا أنّه نفسه... وأما الهبة المعوّضة - والمراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض - فليست إنشاء تملك بعوضٍ

(١) ناقش صاحب الجواهر قدس سره ما أفاده الشيخ الكبير قدس سره بقوله: «لكن قد يناقش في ثبوت الأصل المزبور بعدم الدليل عليه، ومطلق النقل جنس مشترك بينه وبين الصلح والهبة بعوض فلا يتشخّص إلاّ بقصده». (راجع: جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٧).

(٢) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٨. وراجع: غاية الآمال، المحقّق المامقاني، ج ٢ ص ١٨٨. كلاهما نقلاً عن شرح القواعد للشيخ كاشف الغطاء.

على جهة المقابلة، وإلا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر، مع أن ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة، بل غاية الأمر أن المتهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع في هبته، فالظاهر أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تملكاً مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أن حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين»<sup>(١)</sup>، ثم قال بعد ذلك: «فقد تحقّق مما ذكرنا: أن حقيقة تملك العين العوض ليست إلا البيع»<sup>(٢)</sup>.

وعلى كل حال فهذا الوجه الذي ذكره صاحب الجواهر لا يخلو أمره إما أن يكون وجهاً غير متصور وغير معقول، أو يكون وجهاً متصوراً لكن أمره يدور بين كونه معاملة مستقلة فلا وجه حينئذ لذكرها كصورة من صور المعاطاة، وبين كونها بيعاً. أمّا على رأي الشيخ كاشف الغطاء فيرجع هذا الوجه إلى الوجه الثاني الذي ذكره الشيخ الأنصاري، وهو ما إذا قصد التملك بالبيع خصوصاً، وأمّا على رأي الشيخ الأنصاري فيكون هذا الوجه عينه الوجه الثاني، فجعل هذه الصورة وجهاً مستقلاً متصوراً في قبال الوجهين اللذين ذكرهما الشيخ الأنصاري غير صحيح.

وبهذا يتم الكلام في الوجوه المتصورة للمعاطاة بحسب قصد المتعاطين، علماً أن هناك وجوهاً أخرى ذكرت، أنها الميرزا الإيرواني قدس سره إلى ثمانية عشر وجهاً<sup>(٣)</sup>، إلا أنّها - عدا الوجوه الأربعة التي ذكرناها - محض فرضٍ ومجرد تصورات عقلية<sup>(٤)</sup>.

(١) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ١٣.

(٢) المصدر نفسه، ج ٣ ص ١٥.

(٣) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٣٨.

(٤) راجع: بلغة الفقيه، السيّد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ٥٦.

وسيدكر الشيخ الأنصاري قدّس سرّه بعض الوجوه الأخرى وتفصيل الأحكام فيها في التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة، والتي سيأتي التعرّض لها في المباحث القادمة إن شاء الله تعالى.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «الكلام في المعاطاة». مقصود الشيخ من المعاطاة هنا هي المعاطاة في باب البيع وإن لم يقيدها بذلك، وذلك بحسب ما يقتضيه سير البحث، فبعد أن عرّف قدّس سرّه البيع وأنه يمكن إنشاؤه باللفظ، جاء هنا لبحث إمكان إنشائه بالفعل أيضاً، ولذا نجد الفقهاء من خلال مراجعة كلماتهم فرّعوا هذا البحث على اعتبار الصيغة في المعاملة، وظاهر هذا التفرع اعتبار كلّ ما يشترط في عقد البيع المنشأ باللفظ في المعاطاة ما عدا الصيغة اللفظية.

• قوله قدّس سرّه: «اعلم أنّ المعاطاة على ما فسره جماعة أن يعطي كلّ من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر». هذا شروع منه قدّس سرّه في تحديد موضوع المعاطاة محلّ البحث، وهذا التفسير الذي ذكره للمعاطاة يحتمل فيه - كما بيّنا - احتمالان: الأوّل: أن يكون تفسيراً لغوياً لمطلق المعاطاة دون أن تكون متخصصّة بباب معيّن. والثاني: أن يكون تفسيراً لخصوص المعاطاة البيعية كما هو في اصطلاح الفقهاء. ولقد رجّحنا الاحتمال الثاني بحسب ما يقتضيه المقام في البحث، ولذكره بعد ذلك صوراً لا تتناسب إلّا مع المعاطاة في البيع.

وفي هذا التعريف مسامحة واضحة، فإنّ المعاطاة التي وقع النزاع في كونها بيعاً صحيحاً أم لا، لا يكون في كلا طرفيها إعطاء الشيء بعنوان كونه عوضاً، بل لا بدّ أن يكون في أحد طرفيها إعطاء بعوض، أي: أحد المتبادلين عوض والآخر معوّض، والمقصود واضح.

• قوله قدّس سرّه: «وهو يتصوّر على وجهين». أي: إنّ المعاطاة التي فسرها



الشيخ يمكن أن يتصوّر لها وجهان، ولقد ذكرنا أنّ المقصود من المعاطاة هنا هي المعاطاة في باب البيع وإلا فالمعاطاة بالمعنى المطلق لا إشكال في تصويرها على نحو ليس فيه هذان الوجهان من قصد الإباحة أو قصد التمليك، كما في باب الوديعة.

واكتفى الشيخ قدّس سرّه بهذين الوجهين؛ لأنّ محلّ النزاع في المعاطاة بين الفقهاء دائر بين كون المعاطاة المقصود فيها التمليك أو المعاطاة المقصود فيها الإباحة، وإلاّ فإنّه يمكن التفصيل في ذكر الوجوه بالقول: إنّ الوجوه المتصوّرة تارة تكون مع تساوي القصد المتعلّق بالمالين المتبادلين، كالإباحة بالإباحة والتمليك بالتمليك، وأخرى مع فرض الاختلاف كالإباحة بالتمليك أو التمليك بالإباحة، وعلى الأوّل تكون المعاطاة بقصد التمليك من الجانبين أو الإباحة بالتصرّف كذلك، وكلّ منهما يتصوّر على وجهين:

الأوّل: تمليك المعوّض بتملك العوض، أي: أن تكون ملكيّة العوض بإزاء تمليك المعوّض، كملكيّة الثمن في البيع من غير توقّف على تمليك آخر جديد، فيكون تمليكا بإزاء تملك.

والثاني: تمليك المعوّض بإزاء تمليك العوض، أي: التمليك بشرط التمليك كما في الهبة المعوّضة، فيتوقّف تملك العوض على حصول تمليك جديد.

هذا في التمليك، وفي الإباحة أيضاً يتصوّر هذان الوجهان: الأوّل: إباحة التصرّف في المعوّض بإزاء كون العوض مباحاً له بالمعنى المصدرى، والثاني: الإباحة مقابل الإباحة بالمعنى الفعلي، كما في التمليك إزاء التمليك الجديد.

هذا كلّ مع تساوي القصد، أمّا مع الاختلاف فتأتي صور أربع كذلك، فيكون مجموعها ثماني صور، ويمكن أن نضيف إليها صوراً أخرى بحسب تقسيم الإباحة إلى الإباحة الكلّية المتعلّقة بمطلق التصرّفات حتى المتوقّفة على الملك، وإلى الإباحة الجزئية المتعلّقة بالتصرّفات غير المتوقّفة على الملك.

ولكنّ أكثر هذه الصور مجرّد فرضيات وتصوّرات عقلية لا يوجد داعٍ

لتوسيع البحث بذكرها، وبعض هذه الصور سيأتي التعرّض لها من قبل الشيخ قدّس سرّه في التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة.

• قوله قدّس سرّه: «أحدهما: أن يبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه». أي: أن يبيح كلّ واحد من المتعاطين التصرّف للآخر فيما أعطاه من عوض عمّا أباح الآخر له التصرّف فيما أعطاه، فتكون الإباحة بإزاء الإباحة، والمقابلة حاصلة بين الفعلين وهما الإباحتان، مع بقاء كلّ من العينين على ملك صاحبه الأوّل، وهذه الإباحة في حقيقتها هي الإجازة في التصرّف.

• قوله قدّس سرّه: «الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك». بمعنى أن كلّ واحد من المتعاطين يقصد تملك ما أعطاه للآخر، فيكون تملك عين بإزاء تملك عوض، وهذا الوجه هو الشائع في بيع المعاطاة، وعلى هذا الوجه سوف يأتي البحث في أنّ المعاطاة المقصود منها هذا الوجه هل تفيد الملك أم الإباحة؟ وإن أفادت الملك فهل هو ملكٌ لازمٌ أم متزلزلٌ؟

• قوله قدّس سرّه: «وربّما يذكر وجهان آخران». الذاكر لهذين الوجهين هو صاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال في (الجواهر) بعد ذكره للوجهين اللذين ذكرهما الشيخ الأنصاري قدّس سرّه: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطين من غير قصد البيع، ولا تصريح بالإباحة المزبورة بل يعطى البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه.... رابعها: أن يقصد الملك المطلق، ولا ريب في فساده عند من اعتبر الصيغة الخاصّة في ملك المعاوضة»<sup>(١)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً، فدفعه الآخر إليه». هذا هو الوجه الأوّل من الوجهين اللذين أضافهما صاحب الجواهر قدّس سرّه، وهو الثالث

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٧.

بحسب ترتيبه في الجواهر، وحاصله: أنّ كلّ واحد من المتعاطين يدفع ماله إلى الآخر من دون قصد التملك ولا توجد أيّ قرينة على إرادتهما بالإباحة، بل المقصود هو مطلق التسليط على العين، وأن يقع مال كلّ واحد منهما تحت يد الآخر، والمراد من النقل هنا هو النقل الخارجي التكويني لا النقل الاعتباري الذي هو عبارة عن التملك.

• قوله قدّس سرّه: «الثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع». هذا ثاني الوجهين اللذين ذكرهما صاحب الجواهر، وهو أن يقصد كلّ واحد من المتعاطين تملك ما أعطاه لصاحبه، لكنّه تملك مطلق أعمّ من التملك بقصد البيع أو الصلح أو الهبة المعوّضة، وبهذا الإطلاق افترق هذا الوجه عن الوجه الثاني الذي ذكره الشيخ الأنصاري قدّس سرّه، حيث المقصود هناك التملك مع قصد خصوص عنوان البيع.

• قوله قدّس سرّه: «ويردّ الأوّل». أي: ويردّ الوجه الأوّل من الوجهين اللذين ذكرهما صاحب الجواهر قدّس سرّه، وهو ما لو وقع النقل من دون قصد البيع أو التصريح بالإباحة.

• قوله قدّس سرّه: «بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصّة». هذا حاصل مناقشة الشيخ قدّس سرّه للوجه الأوّل، فالمعاظة عقد حصل فيه انتقال للمال من قبل الطرفين بإرادتهما، فهو فعلٌ إراديّ لهما وليس كحركة المرتعش الخارجة عن الاختيار، وبما أنّ العناوين المعاملية المعاوضية للعقود متشخصّة ومحدّدة ومحصورة بعناوين معلومة، فلا يخرج القصد في هذا العقد عن أحد هذه العناوين كالبيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غيرها.

ولقد بيّنا في الشرح ما أثير على هذا الإشكال من اعتراضات من قبل بعض الأعلام كالسيد اليزدي، والمحقّق الأصفهاني وآخرين، وهذه المناقشات

والاعتراضات إن تمت فإنها تثبت أن المقصود من هذا الوجه هو خصوص الإباحة وإن لم يصرح بها في العقد، فيرجع هذا الوجه عندئذ إلى الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما الشيخ الأنصاري، وهو ما لو قصد الإباحة.

• قوله قدس سره: «والثاني». أي: ويردّ الوجه الثاني من الوجهين اللذين

ذكرهما صاحب الجواهر من قصد التمليك المطلق دون خصوص البيع.

• قوله قدس سره: «بما تقدّم في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على

وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير». ذكر الشيخ في بحث تعريف البيع من المكاسب أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشعبة بل هو باقٍ على معناه العرفي، وبعد عرضه للإشكالات التي أوردت على تعريف البيع أنه مبادلة مال بمال، ذكر رأيه في التعريف وأن الأولى أن يعرف البيع بأنه: إنشاء تمليك عينٍ بمال، فكل عقد قصد فيه التمليك مع دفع العوض يكون بيعاً<sup>(١)</sup>، وفي هذا الوجه بما أنه قصد فيه التمليك مع دفع العوض فيقع بيعاً وإن كان التمليك مطلقاً لم يخصص بعنوان البيع، لتعين حقيقة البيع بهذا الفعل، فلا يكون التمليك المطلق قدراً مشتركاً بين البيع والهبة المعوضة والصلح، وعندها سيكون هذا الوجه هو عينه الوجه الثاني الذي ذكره الشيخ قدس سره وهو ما لو قصد التمليك بعنوان البيع.

• قوله قدس سره: «نعم يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود - كبيع

لبن الشاة مدّة وغير ذلك - كون التمليك المطلق أعم من البيع». هنا استدراك من قبل الشيخ قدس سره عما أفاده قبل قليل من أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير، فيشير هنا إلى أن ما ذكره في تعريف البيع ليس أمراً متفقاً عليه بين الفقهاء بل هو أمرٌ مبنائي، فبعض الفقهاء يذهب إلى أن التمليك المطلق أعم من البيع والصلح والهبة المعوضة، وبالتالي فهو إما أن يكون

(١) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ١١.

معاملة مستقلة كما يظهر من مسألة بيع لبن الشاة مدّة معلومة، حيث يذكر أنّها نوع معاوضة غير لازمة كما جاء في كلام الشيخ الطوسي والعلامة الحليّ وابن إدريس والشهيد الأوّل، أو أنّها معاملة بيعيّة حسبما يراه الشيخ كاشف الغطاء في أنّ الأصل في المعاملات التمليكيّة هو البيع، أمّا غيره فيحتاج إلى ذكر قرينة تخصّصه بها.



## الفصل الثاني

# تحرير محلّ النزاع

- المبحث الأول: الحكم الإجمالي للمعاطاة وتصوير محلّ النزاع
- المبحث الثاني: إشكال في تصوير محلّ النزاع
- المبحث الثالث: الأجوبة على الإشكال





قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

ثم إنَّ المعروف بين علمائنا في حكمها: أنَّها مفيدةٌ لإباحة التصرف، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين، وعن المفيد وبعض العامة: القول بكونها لازمةً كالبيع، وعن العلامة رحمه الله في النهاية: احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرف.

ولابدَّ - أولاً - من ملاحظة أنَّ النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة، أو في المقصود بها التملك؟ الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثاني. وحيث إنَّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف وحصوله بعده لا يجمع ظاهراً قصد التملك من المتعاطيين، نزل المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، وأتته يلزم بذهاب إحدى العينين، وحقَّق ذلك في شرحه على القواعد وتعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

لكنَّ بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محلَّ النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، ورجَّح بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، ونزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه، وطعن على من جعل محلَّ النزاع في المعاطاة بقصد التملك، قائلاً: إنَّ القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممَّا لا يُنسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم.

والإنصاف: أنَّ ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل، بعيدٌ في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ في

المبسوط، والخلاف، والحلي في السرائر، وابن زهرة في الغنية، والحلي في الكافي، والعلامة في التذكرة وغيرها، بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك - كما ستعرف - إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد في كلام أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى.

ولننقل أولاً كلمات جماعة ممن ظفروا على كلماتهم، ليظهر منه بعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل - كما صنعه المحقق الكرّي - وأبعديّة جعل محل الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك، فنقول وبالله التوفيق:

قال في الخلاف: إذا دفع قطعة إلى البقي أو الشارب، فقال: أعطني بها بقلًا أو ماءً، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعاً - وكذلك سائر المحقرات - وإنما يكون إباحةً له، فيتصرف كل منهما في ما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه، وفائدة ذلك: أن البقي إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك، لأن الملك لم يحصل لهما، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل الإيجاب والقبول. وقال ذلك في المحقرات دون غيرها.

دليلنا: أن العقد حكم شرعي، ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت، وأما الإباحة بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها، انتهى.

ولا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك، وفي أن محل الخلاف بينه وبين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة، كما

يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية، حيث إنه - بعد تفسير البيع بـ (مبادلة مال بمال) - قال: «وينعقد بالإيجاب والقبول، وبالتعاطي»، وأيضاً فتمسكه بأن العقد حكم شرعي، يدل على عدم انتفاء قصد البيعة، وإلا لكان الأولى، بل المتعين: التعليل به، إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغةً وعرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية، كما لا يخفى.

وقال في السرائر - بعد ذكر اعتبار الإيجاب والقبول واعتبار تقدم الأول على الثاني - ما لفظه: فإذا دفع قطعة إلى البقي أو إلى الشارب، فقال: (أعطني) فإنه لا يكون بيعاً ولا عقداً، لأن الإيجاب والقبول ما حصل، وكذلك سائر المحقرات، وسائر الأشياء محقراً كان أو غير محقراً، من الثياب والحيوان أو غير ذلك، وإنما يكون إباحةً له، فيتصرف كل منهما في ما أخذه تصرفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه، ولكل منهما أن يرجع في ما بذله، لأن الملك لم يحصل لهما، وليس ذلك من العقود الفاسدة، لأنه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما، وإنما ذلك على جهة الإباحة، انتهى.

فإن تعليقه عدم الملك بعدم حصول الإيجاب والقبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك، مع أن ذكره في حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا، ولا ينافي ذلك قوله: «وليس هذا من العقود الفاسدة...» كما لا يخفى.

وقال في الغنية - بعد ذكر الإيجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع، كالتراضي ومعلومية العوضين، وبعد بيان الاحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له - ما هذا لفظه: واعتبرنا حصول

الإيجاب والقبول، تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، والإيجاب من البائع، بأن يقول: (بعنيه بألف)، فيقول: (بعتك بألف)، فإنّه لا ينعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك: (اشتريت) أو (قبلت) حتى ينعقد، واحترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول: (أعطني بقللاً)، فيعطيه، فإنّ ذلك ليس ببيع، وإنّما هو إباحة للتصرّف.

يدلّ على ما قلناه: الإجماع المشار إليه، وأيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّة العقد به، وليس على صحّته بما عداه دليل، ولما ذكرنا نهى صليّ الله عليه وآله وسلّم عن بيع (المنابذة) و(الملامسة)، وعن بيع (الحصاة) على التأويل الآخر، ومعنى ذلك: أن يجعل اللمس بشيء، والنبد له، وإلقاء الحصاة بيعاً موجباً، انتهى.

فإنّ دلالة هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطين التمليك، من وجوه متعدّدة:

منها: ظهور أدلّته الثلاثة في ذلك.

ومنها: احترازه عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد. وقال في الكافي - بعد ذكر أنّه يشترط في صحّة البيع أمور ثمانية - ما لفظه: واشترط الإيجاب والقبول، لخروجه من دونهما عن حكم البيع - إلى أن قال -: فإنّ اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع، ولم يستحقّ التسليم وإن جاز التصرّف مع إخلال بعضها، للتراضي، دون عقد البيع، ويصحّ معه الرجوع، انتهى.

وهو في الظهور قريب من عبارة الغنية.

وقال المحقّق رحمه الله في الشرائع: ولا يكفي التقابض من غير لفظ،

وإن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع، انتهى.  
 وذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع، بل  
 للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.  
 وقال في التذكرة في حكم الصيغة: الأشهر عندنا أنه لا بدّ منها، فلا  
 يكفي التعاطي في الجليل والحقير، مثل (أعطني بهذا الدينار ثوباً)  
 فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: (خذ هذا الثوب بدينار) فيأخذه. وبه قال  
 الشافعي مطلقاً؛ لأصالة بقاء الملك، وقصور الأفعال عن الدلالة على  
 المقاصد. وعن بعض الحنفية وابن شريح في الجليل. وقال أحمد: ينعقد  
 مطلقاً. ونحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد بما يعتقد به الناس بيعاً. انتهى.  
 ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه، أدونها: جعل  
 مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقد به  
 الناس بيعاً.

وقال الشهيد في قواعده - بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام  
 السبب القولي، وذكر أمثلة لذلك - ما لفظه: وأما المعاطاة في المبيعات،  
 فهي تفيد الإباحة لا الملك وإن كان في الحقير عندنا، انتهى.  
 ودلالته على قصد المتعاطين للملك ممّا لا يخفى.  
 هذا كلّه، مع أنّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التمليك،  
 ويبعد فرض الفقهاء - من العامة والخاصة - الكلام في غير ما هو الشائع  
 بين الناس، مع أنهم صرّحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس.

## الشرح

ما زال الكلام في تحديد موضوع المعاطاة محلّ البحث، ولقد انتهينا في الفصل السابق إلى أنّ الوجوه المتصورة في المعاطاة اثنان:  
الوجه الأوّل: أن يبيح كلّ من المتعاقدين للآخر التصرف فيما يعطيه دون أن يكون هناك نظر إلى التملك.

الوجه الثاني: أن يكون قصد المتعاطين التملك لا مجرد إباحة التصرف.  
في هذا الفصل سنحاول أن نضيّق من دائرة موضوع المعاطاة، ونبحث في أنّ المعاطاة التي وقع الأخذ والردّ في حكمها بين فقهاءنا هل المقصود منها المعاطاة من الوجه الأوّل التي لم يقصد فيها إلاّ إباحة التصرف، أم أنّ المقصود المعاطاة من الوجه الثاني التي قصد فيها المتعاطيان التملك.  
وقبل أن نفصل الكلام في ذلك لابدّ أولاً من معرفة حكم المعاطاة إجمالاً كمقدمة لتحرير محلّ النزاع، على أنّ التفصيل في حكمها سيأتي في الباب الثاني من البحث إن شاء الله تعالى.

### المبحث الأوّل: الحكم الإجمالي للمعاطاة وتصوير محلّ النزاع

ذكرت عدّة آراء من قبل الفقهاء في الحكم المترتب على المعاطاة سيأتي من الشيخ الأعظم قدس سرّه التعرّض لها في المباحث القادمة، إلاّ أنّ الأقوال الرئيسية فيها بما له ارتباط بمحلّ بحثنا ثلاثة:

#### القول الأوّل: إفادة الإباحة

أي: إنّ المعاطاة مفيدة لإباحة التصرف فقط دون الملك، ولا يحصل الملك إلاّ بتلف أحد العوضين.

ونسب هذا القول إلى المشهور بين علمائنا، قال الشهيد الثاني في المسالك عند شرحه لعبارة الشرائع: (ولا يكفي التقابض من غير لفظ): «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً... لكن هل يفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض، نظراً إلى إذن كلّ منهما للآخر في التصرّف، أم يكون بيعاً فاسداً من حيث اختلال شرطه وهو الصيغة الخاصّة؟ المشهور الأوّل. فعلى هذا يباح لكلّ منهما التصرّف، ويجوز له الرجوع في المعاوضة ما دامت العين باقية، فإذا ذهبت لزمتم»<sup>(١)</sup>.

وقال الفيض الكاشاني: «لو وقع الاتفاق بين المتبايعين، وعرف كلّ منهما رضى الآخر بما يصير إليه من العوض المعين، الجامع لشرائط البيع غير اللفظ المخصوص، لم يفد اللزوم، لكن هل يفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار من العوض، نظراً إلى إذن كلّ منهما للآخر في التصرّف، وإن جاز له الرجوع ما دامت العين باقية، أم يكون بيعاً فاسداً من حيث اختلال شرط وهو الصيغة الخاصّة؟ المشهور الأوّل، والعلامة وجماعة على الثاني»<sup>(٢)</sup>.

وقال المحقّق السبزواري: «والمشهور عدم تحقّق اللزوم بدون اللفظ المعتبر. والمشهور بينهم أنّه يفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض، لا أنّه بيعٌ فاسد، وهو أقوى بناءً على القول بعدم اللزوم، وعلى هذا يجوز له الرجوع في المعاوضة ما دامت العين باقية، قالوا: فإذا ذهبت لزمتم»<sup>(٣)</sup>.

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٧. وقريب من هذه العبارة ما ذكره الشهيد الثاني أيضاً في الروضة عند شرح عبارة اللمعة (فلا يكفي المعاوضة، نعم يباح التصرف)، راجع: الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ٢٢٢.

(٢) مفاتيح الشرائع، الفيض الكاشاني، ج ٣ ص ٤٩.

(٣) كفاية الأحكام، المحقّق السبزواري، ج ١ ص ٤٤٩.

بل ادعى بعضهم إجماع الطائفة على هذا القول، حيث ذكر الشهيد الأوّل في قواعده: «والمعاطاة في السلعة تفيد إباحة التصرف لا الملك وإن كان في الحقيق عندنا»<sup>(١)</sup>، وظاهر هذه العبارة الإجماع على أنّها لا تفيد الملك وإنّما تفيد الإباحة<sup>(٢)</sup>.

وذكر الإجماع أيضاً السيّد ابن زهرة الحلبي بقوله: «...واحترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول: أعطني بقللاً، فيعطيه، فإنّ ذلك ليس ببيع وإنّما هو إباحة للتصرف. يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه»<sup>(٣)</sup>.

وقال المقدّس الأردبيلي: «ولأنّه لا شكّ في إباحة التصرف مطلقاً بمجرد ما قلناه. وهذا هو المتداول بين المسلمين من زمانه صلّى الله عليه وآله إلى الآن من غير نكير، بل الظاهر أنّ ذلك صار إجماعياً»<sup>(٤)</sup>.

وقال صاحب الرياض: «وأما الوجوه الأخر التي ذكرها بعض الأجلّة، انتصاراً لمثوهم كلام المفيد رحمه الله فلم أفهم منها دلالة، بل ولا إشارة، وإنّما غايتها - كباقي الأدلّة - ثبوت الإباحة في التصرف، ولا كلام فيها، كما هو المشهور بين الطائفة، بل كافتهم»<sup>(٥)</sup>.

وعلى العموم فالشهرة على هذا القول وأنّه هو المعروف بين الأصحاب ممّا لا يمكن إنكاره.

(١) القواعد والفوائد، الشهيد الأوّل، ج ١ ص ٥٠.

(٢) راجع: مفتاح الكرامة، السيّد محمد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٤٩٩.

(٣) غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٤.

(٤) مجمع الفائدة، المقدّس الأردبيلي، ج ٨ ص ١٤٠.

(٥) رياض المسائل، السيّد علي الطباطبائي، ج ٨ ص ١١٢.



### القول الثاني: إفادة التملك

أي: إنّ المعاطاة تفيد التملك اللازم كالبيع اللفظي تماماً، ونسب غير واحد من الأعلام هذا القول إلى الشيخ المفيد وإلى بعض العامة، ومن جملتهم المحقّق الكركي في جامع المقاصد حيث قال: «فإنّ المعروف بين الأصحاب أنّها بيع وإن لم تكن كالعقد في لزوم خلافًا لظاهر عبارة المفيد»<sup>(١)</sup>.

كما ذكر هذه النسبة المحقّق الأردبيلي بقوله: «فاعلم أنّ الذي يظهر أنّه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع - المملّك الناقل للملك من البائع إلى المشتري وبالعكس - إلى الصيغة المعيّنة كما هو المشهور، بل يكفي كلّ ما يدلّ على قصد ذلك مع الإقباض، وهو المذهب المنسوب إلى الشيخ المفيد من القدماء»<sup>(٢)</sup>.

ومرجع هذه النسبة إلى ظاهر كلام الشيخ المفيد في المقنعة حيث قال: «والبيع ينعقد عن تراضٍ بين الاثنین فيما يملكان التبایع له، إذا عرفاه جميعاً، وتراضياً بالبيع، وتقابضاً وافتراقاً بالأبدان»<sup>(٣)</sup>، حيث يظهر من هذه العبارة أنّ الشيخ قدس سرّه لا يرى شرطية الصيغة في حصول الملك بالبيع، بل إنّ قوام البيع المملّك اللازم هو حصول التراضي بين الطرفين والتقابض والافتراق، وعليه فالمعاطاة تكون مفيدة للملك اللازم حالها حال البيع بالصيغة. وفيه نظر: أولاً: لاحتمال أن يكون عدم تعرّض الشيخ المفيد لاعتبار الصيغة في البيع هنا من جهة أنّ اعتبارها في لزوم البيع من المسلمات، ولذا فإنّ الشيخ لم يتعرّض في الكتاب نفسه لاعتبار الصيغة في عقد النكاح والطلاق، مع أنّ اعتبارها فيهما من الأمور البديهية الواضحة.

(١) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٢) مجمع الفائدة، المحقّق الأردبيلي، ج ٨ ص ١٣٩.

(٣) المقنعة، الشيخ المفيد، ص ٥٩١.

ذكر صاحب الجواهر تعليقاً على عبارة الشيخ المفيد: «أن الظاهر في سبب عدم تعرّضه للصيغة معلومية اعتبارها، وأنها من الضروريات التي استغنت بذلك عن ذكرها في النصوص وغيرها، كما يومي إليه ترك التعرّض لها في الكتاب المزبور في النكاح والطلاق ونحوهما ممّا لا إشكال في اعتبار الصيغة فيه، وأنّ بتركها يتحقّق الزنا وإن حصل التراضي، بل هو من ضروريات الدين»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: لأنّ هذه النسبة إلى الشيخ المفيد معارضة بنسبة أخرى إليه قدّس سرّه في اعتبار اللفظ المخصوص في تحقّق البيع والتي بدونها لا يحصل التملك اللازم، كما ذكر ذلك الفاضل الآبي في كشف الرموز حيث قال: «وإذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا دام ظلّه»<sup>(٢)</sup>، لأنّ النهي عنده في المعاملات لا يقتضي الفساد، ولا للبيع لفظ مخصوص، بل يشكل على الشيخين لأنّهما يخالفانه في المسألتين»، ومقصوده من الشيخين هما الطوسي والمفيد قدّس سرّهما<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فليس في كلام الشيخ المفيد تصريح بما نُسب إليه، بل ولا ظهور، ولا جل ذلك ذكر العلامة الحليّ في المختلف: «أنّ للمفيد قولاً يوهّم بالجواز»<sup>(٤)</sup>، ثمّ أضاف بعد نقل عبارة الشيخ المفيد من المقنعة: «ليس في هذا تصريح بصحّته، إلّا أنّه موهم»<sup>(٥)</sup>.

وأما قول العلامة في التذكرة: «الأشهر عندنا أنّه لا بدّ منها»<sup>(٦)</sup> أي: الصيغة، وإنّ كلمة الأشهر تدلّ على وجود رأي آخر معتدّ به يقول بعدم اشتراط الصيغة في البيع

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢١١.

(٢) مقصوده أستاذه المحقّق الحليّ قدّس سرّه.

(٣) كشف الرموز في شرح المختصر النافع، الفاضل الآبي، ج ١ ص ٤٤٦.

(٤) مختلف الشيعة، العلامة الحليّ، ج ٥ ص ٥١.

(٥) المصدر نفسه، ج ٥ ص ٥١.

(٦) تذكرة الفقهاء، العلامة الحليّ، ج ١٠ ص ٧.

والمملك، ولم يُنسب هذا القول الآخر إلا إلى شيخنا المفيد قدّس سرّه، فيكون ذلك دليلاً على صحّة هذه النسبة، فيمكن ردّه بأنّ كلمة (الأشهر) في عبارة العلامة تشير إلى مجرد ما نُسب إلى الشيخ المفيد ولا دلالة فيها على وجود هذا القول فعلاً، ولقد عرفنا أنّ هذه النسبة فيها تأمل.

قال الشيخ الأنصاري بعد استظهاره قيام الإجماع على عدم اللزوم في المعاطاة - كما سيأتي - وعضده بالشهرة المحقّقة: «بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخّرين، فإنّ العبارة المحكيّة عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدلّ على هذا القول، كما عن المختلف الاعتراف به... ويقوى إرادة بيان شروط صحّة العقد الواقع بين اثنين وتأثيره في اللزوم، وكأنّه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد والشيخ رحمهما الله: أنّه لا بدّ في البيع عندهما من لفظ مخصوص»<sup>(١)</sup>.

أمّا بالنسبة إلى العامّة فإنّ بعضهم قد ذهب إلى هذا القول، فالحنابلة والمالكيّة يرون أنّ المعاطاة تفيد التمليك كما في البيع باللفظ، وكذا الحنفيّة على اختلاف بينهم في الجليل والحقير، أمّا الشافعيّة فعندهم البيع لا يصحّ إلاّ بالإيجاب والقبول اللفظيين، ولا يكفي البيع بالمعاطاة، على أنّ بعض متأخري الشافعيّة يرون صحّة بيع المعاطاة.

ولقد أوضح العلامة الحلّي رأي العامّة في المعاطاة بشكل دقيق ومختصر بقوله: «لا تكفي المعاطاة في الجليل والحقير... وبه قال الشافعي مطلقاً؛ لأصالة بقاء المملك، وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. وبعض الحنفيّة وابن سريج في الجليّة. وقال أحمد: ينعقد مطلقاً. ونحوه قال مالك، فإنّه قال: بع بما يعتقده الناس بيعاً»<sup>(٢)</sup>.

(١) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٥٦.

(٢) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلّي، ج ١٠ ص ٧.

كما ذكر الشهيد الثاني: أن «الذي اختاره متأخرو الشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع بكل ما دلّ على التراضي وعدّه الناس بيعاً»<sup>(١)</sup>.

قال ابن قدامة: «الضرب الثاني: المعاطاة مثل أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه، فهذا بيع صحيح، نصّ عليه أحمد فيمن قال لخبّاز: كيف تبّيع الخبز؟ قال: كذا بدرهم. قال: زنه وتصدّق به، فإذا وزنه فهو عليه. وقول مالك نحو من هذا، فإنّه قال: يقع البيع بما يعتقدّه الناس بيعاً، وقال بعض الحنفيّة: يصحّ في خسائس الأشياء، وحكي عن القاضي مثل هذا، قال: يصحّ في الأشياء اليسيرة دون الكبيرة، ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصحّ إلا بالإيجاب والقبول، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا»<sup>(٢)</sup>.

### القول الثالث: عدم إفادة شيء

أي: إن المعاطاة بيع فاسد من جميع الجهات، لا يفيد الملك ولا إباحة التصرف. ذهب إلى هذا القول العلامة الحلّي في النهاية حيث قال: «والمعاطاة ليست بيعاً... وهل هو إباحة؟ أو يكون حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة؟ الأقرب الثاني، فلكلّ منها مطالبة الآخر بما سلّمه إليه ما دام باقياً، وبضمانه إن كان تالفاً»<sup>(٣)</sup>.

وذكر جماعة أنّ هذا الرأي تفرّد به العلامة في كتابه (النهاية) فقط، وأنّه رجع عن رأيه هذا في كتبه الأخرى، قال المحقّق الكركي قدّس سرّه: «لا يقول أحد من الأصحاب أنّها بيع فاسد سوى المصنّف في النهاية، وقد رجع عنه في كتبه

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٥٢.

(٢) المغني، عبد الله بن قدامة، ج ٤ ص ٤.

(٣) نهاية الأحكام، العلامة الحلّي، ج ٢ ص ٤٤٩.

تحرير محلّ النزاع ..... ١٦٥  
المتأخّرة»<sup>(١)</sup>.

وقال المقدّس الأردبيلي: «إنّ القول بأنّه عقد فاسد كان قولاً للعلامة وقد رجع عنه على ما نقل عنه»<sup>(٢)</sup>.

وعند مراجعة كتاب التحرير للعلامة قدّس سرّه نراه فعلاً قد تراجع عن رأيه هذا حيث جاء فيه: «والأقوى عندي أنّ المعاطاة غير لازم، بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة مادامت العين باقية، فإن تلفت إحدى العينين لزمّت، ولا يحرم على كلّ واحد منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد»<sup>(٣)</sup>.

فمقتضى قوله: «لكلّ منهما فسخ المعاوضة» أنّه يرى أنّ المعاطاة عقد معاوضيّ، وتجويز الفسخ شاهد على ثبوت الملك في هذه المعاوضة في الجملة. يبقى أنّ كثيراً ممّن تعرّض إلى رأي العلامة في النهاية ذكر أنّ العلامة يرى أنّ المعاطاة بيع فاسد، رغم أنّه قدّس سرّه صرّح في النهاية أنّها ليست بيعاً، والتأويل ممكن والأمر سهل.

إذن فالأقوال الرئيسيّة بين الفقهاء في حكم المعاطاة ثلاثة:

أولاً: إفادتها لإباحة التصرف.

ثانياً: إفادتها للملك كالبيع بالصيغة.

ثالثاً: الفساد، فلا يترتب عليها شيء.

وكما هو واضح فإنّ هذه الأحكام متخالفة ومتضاربة فيما بينها، فيقع البحث في ما هو موضوع الحكم لديهم، ولا يخلو إمّا أن يكون الموضوع هو المعاطاة المقصود فيها التمليك أو المعاطاة المقصود منها إباحة التصرف، إذ إنّ

(١) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٢) مجمع الفائدة، المقدّس الأردبيلي، ج ٨ ص ١٤٠.

(٣) تحرير الأحكام، العلامة الحليّ، ج ٢ ص ٢٧٥.

المعاطاة- كما عرفنا- لا يوجد لها في مقام بحثنا إلا هاتان الصورتان.  
ولكي يكون النزاع بين الأصحاب نزاعاً معنوياً لا بد أن يكون توارد آراء  
الأعلام في حكم المعاطاة سلباً وإيجاباً على موضوع واحد، وإلا كان النزاع لفظياً.  
الذي يظهر من كلمات العامة والخاصة - كما سنرى ذلك لاحقاً - أن  
موضوع المعاطاة الذي وقع فيه الأخذ والرد في حكمها بين الفقهاء هي المعاطاة  
المقصود منها التمليك لا مجرد إباحة التصرفات. وعليه، فإذا أردنا تصوير  
المعاطاة موضوعاً وحكماً لدى مشهور الأصحاب فإن المعاطاة التي قصد فيها  
المتعاطيان التمليك تفيد إباحة التصرف فقط ولا يحصل التمليك إلا بتلف  
إحدى العينين، ومن هنا سيرد إشكال كبير على المشهور كما يأتي.

### المبحث الثاني: إشكال في تصوير محل النزاع

ذكرنا في المباحث التمهيدية<sup>(١)</sup> قاعدة مهمة ومعروفة ومتداولة كثيراً على  
ألسنة الفقهاء وهي قاعدة (تبعية العقود للقصد)، وأوضحنا أن حقيقة العقد  
عبارة عن التعهد والالتزام بأمرٍ لطرف أو أطراف في مقابل أمرٍ وشيء كما في عقد  
البيع مثلاً، أو بدون مقابل كما في عقد الهبة، وهذا التعهد والالتزام هو عين  
القصد المتعلق بذلك الأمر، أي: إن التعهد والالتزام بأمر من الأمور مع  
الخصوصيات المعتبرة فيه شرعاً أو عرفاً تابع لقصد المتعلق بذلك الأمر حال  
إنشاء العقد، فإذا لم يكن الطرف قاصداً لخصوصية معينة أو قيد معين فليس  
عقده متخصصاً بتلك الخصوصية أو ذلك القيد.

بعبارة أخرى: إن العقد من الأمور الاعتبارية الإنشائية، وكل أمرٍ إنشائي  
فهو متقوم بالقصد، والمنشأ بذلك الإنشاء يتحدد بحدود القصد ولا يتعداه، هذا

(١) راجع: المبحث السادس من المباحث التمهيدية (تبعية العقد للقصد).

هو المراد من القاعدة الفقهية المسلمة (تبعية العقد للقصد).  
وفي مقامنا فإنّ مشهور الأصحاب ذهب إلى أنّ المعاطاة التي يقصد فيها المتعاطيان التملك يكون الأثر المترتب عليها هو مجرد إباحة التصرف دون التملك، ولا يحصل الملك إلا بتلف إحدى العينين، فهنا يوجد قصد للتملك لكنّ الذي يقع فعلاً هو الإباحة، أي: إنّ ما قُصد لم يقع وما وقع فعلاً لم يكن مقصوداً، وهذه مخالفة واضحة وصريحة للقاعدة المتفق عليها بين الفقهاء من تبعية العقد للقصد، فالمشهور في باب المعاطاة يخالف شهرته في تبعية العقد للقصد وهذا من الغرائب!.

### تصوير الإشكال بنحو آخر أعمق

يمكن تصوير علاقة القصد بتحقيق الملكية أو الإباحة في المعاطاة من خلال معرفة السبب لتحقيق هذه الملكية أو الإباحة، وتوجد عدّة صور لهذا السبب<sup>(١)</sup>:  
الصورة الأولى: أن يكون السبب أمراً خارجاً عن اختيار المكلف وقصده، فبمجرد تحقق السبب يحكم الشارع بتحقيق الملكية أو الإباحة مباشرة من دون أن يكون لاختيار المكلف أيّ موضوعية في ترتّب الحكم، كتتحقق الملكية للوارث مثلاً بمجرد موت المورث، وتحقق ملكية المنافع الموقوفة للطبقة التالية بمجرد موت الطبقة السابقة.

إذن، في هذه الصورة لا مدخلية للقصد في ترتّب الحكم بالملكية أو الإباحة، والإباحة المتحققة فيها هي إباحة شرعية.

الصورة الثانية: أن يكون السبب فعلاً من أفعال المكلف لا يكون لقصد المكلف أو اختياره أيّ دخالة في سببية هذا الفعل، فيحكم الشارع بتحقيق الملكية

(١) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الكوهكمري، للشيخ التبريزي، ص ٤٧.

أو الإباحة بمجرد تحقق الفعل من المكلف وإن لم يكن المكلف قاصداً لتحقيق الفعل، كحكم الشارع بالضمان لمجرد تحقق الإتلاف، والإباحة المتحققّة في هذه الصورة هي إباحة شرعية أيضاً.

**الصورة الثالثة:** أن يكون السبب في تحقق الملكية أو الإباحة مجرد رضا المالك بالتصرّف من دون توقّفه على وجود ما يكشف عن تحقّقه من قول أو فعل، كالإباحة المعلقة في لسان الشارع على رضا المالك وطيب نفسه، كقوله صلى الله عليه وآله: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم إلا بطيبة نفس منه»<sup>(١)</sup>، والإباحة المتحقّقة في هذه الصورة إباحة مالكية لا شرعية، لأنّها منوطة برضا المالك وغير متحقّقة إلا بتحقيقه.

**الصورة الرابعة:** أن يكون السبب في ترتّب الملكية أو الإباحة هو رضا المالك أيضاً لكن لا بمجرد بل بانضمام الكاشف عنه إليه، سواء كان هذا الكاشف عن الرضا قولاً أم فعلاً، كما في جميع العقود الإذنية التي يعبر عنها في كلمات الأصحاب بالعقود الجائزة، والتي يشترط في ترتّب الإباحة فيها وجود كاشف قوليّ أو فعليّ عن رضا المالك بالتصرّف، والإباحة المتحقّقة في هذه الصورة هي إباحة مالكية أيضاً كما هو واضح.

**الصورة الخامسة:** أن يكون السبب في تحقق الملكية أو الإباحة إنشاء المالك وإيجاده لهما بالوجود التنزيلي الاعتباري، وهذا يتوقّف على تنزيل وجود الشيء بمنزلة وجوده فانياً فيه غير مغاير معه، وجعله وجوداً له تنزيلاً بحيث يكون إيجاداً له، كما هو الحال في وضع الألفاظ، حيث إنّ حقيقة الوضع هو أن تجعل الألفاظ حاكية عن المعاني ومرآة لها وفانية فيها، فيكون إيجاد اللفظ هو إيجاد للمعنى بنفسه، فمن تكلم باللفظ وأوجده بلسانه كان موجداً لمعناه تنزيلاً.

(١) وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ٣ ص ٤٢٤.



ومن مصاديق هذه الصورة جميع العقود والإيقاعات، كعقد البيع والنكاح وغيرها، ولا بدّ في هذه الصورة أن يكون الإنشاء والإيجاد عن قصد، ولا بدّ فيها أيضاً من اقتران الإنشاء والإيجاد الاعتباري بقصد عنوان المنشأ لكي يتحقّق الجعل والتنزيل.

الصورة السادسة: أن يكون السبب في تحقّق الملكية أو الإباحة إنشاء المالك وإيجاده لهما لكن لا بالوجود التنزيلي الاعتباري، وإنّما بالوجود الواقعي الحقيقي، كإقدام المكلف مثلاً على تعمير طريق أو جسر أو مسجد، ونصب الأحجار عليها لانتفاع العموم، فإنّ هذه كلّها مصاديق حقيقية للوقف، وإيجادها في الخارج إيجاد لمفهوم الوقف حقيقةً وواقعاً، لأنّ الوقف عبارة عن تقييس العين وتسبيل المنفعة.

ومن أمثلة هذه الصورة أيضاً: وطء الزوجة المطلقة رجعيّاً، فإنّه مصداق لإرجاعها حقيقةً.

ولا بدّ في هذه الصورة من قصد ولو بعنوان غير ذلك العنوان المتحقّق، لكي لا يكون صدور الفعل عن غير اختيار.

هذا تمام ما يمكن تصوّره لسبب تحقّق الملكية أو الإباحة.

وقد ذكر مشهور علمائنا أنّ المعاطاة التي قصد فيها المتعاطيان التملك تفيد إباحة التصرف في العوضين دون التملك، فلا بدّ أوّلاً من معرفة أيّ صورة من الصور الستّ المتقدّمة يمكن أن تندرج تحتها المعاطاة بحسب المشهور، لنعرف عندها علاقة قصد المتعاطيين مع تحقّق الإباحة المدّعاة.

أما بالنسبة للصورة الأولى والثانية: فقد ذكرنا أنّ الإباحة المترتبة فيهما هي إباحة شرعيّة، وترتّب الإباحة الشرعيّة في المعاطاة المقصود منها التملك ممنوعة للأسباب التالية:

أولاً: قلّة النظر لذلّك في المعاملات شرعاً، أو عدم النظر له من الأساس.  
ثانياً: عدم بناء الشارع في المعاملات على إلغاء الأثر المقصود وترتيب أثر  
جعليّ من عنده.  
ثالثاً: عدم الدليل عليه شرعاً، وعدم إشعار كلمات الفقهاء بالاستناد إلى  
دليل.

لكن قد يقال: إنّ الإباحة الشرعيّة هنا ممكنة في حدّ ذاتها، وكونها منافية مع  
سلطنة المالك على ماله بقوله صلّى الله عليه وآله: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم إلاّ  
بطيبة نفسٍ منه»<sup>(١)</sup> مدفوعةً بالتخصيص، فإنّ المالك وإن كان قاصداً للملك  
حين الإعطاء إلاّ أنّ الشارع لم يُمضِ هذه الملكيّة وحكم بإباحة التصرّفات فقط  
في العين المنتقلة، لكنّ الكلام فعلاً في الدليل على هذا المخصّص، ولا يوجد ما  
يساعد على كونه دليلاً على هذا التخصيص سوى الإجماع المدّعى من قبل بعض  
الأعلام، كالإجماع الذي ادّعاه السيّد ابن زهرة الحلبي قدّس سرّه<sup>(٢)</sup>، إلاّ أنّ هذا  
المخصّص أيضاً لا يمكن الأخذ به؛ لعدم إمكان حمل كلمات الفقهاء القدماء على  
الإباحة الشرعيّة كما سيأتي عند نقل عباراتهم.

إذن، لا يمكن إدراج المعاطاة المقصود فيها التملك والمفيدة للإباحة ضمن  
هاتين الصورتين.

أمّا بالنسبة للصورة الثالثة، وكذا الرابعة: فلا يمكن إدراج المعاطاة محلّ  
بحثنا فيها، وذلك لأنّ الرضا المعتبر فيها لا بدّ أن يتعلّق بعنوان يكون معه منشأً  
لترتب الأثر، وإلاّ فلو تعلّق بعنوان لا يكون معه منشأً للأثر فلا اعتبار له، كما لو  
تعلّق الرضا بالتصرّف في ملك الغير، وفي المعاطاة التي قصد فيها المالك

(١) وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ٣ ص ٤٢٤.

(٢) غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٤.

المتعاطيان التملك يكون رضا كلّ واحد منهما بتصرّف الآخر في ما أعطاه إنّما هو لأجل توهم صيرورته ملكاً له، ولم يتعلّق الرضا بالتصرّف مع وجود عنوان كون المعطى إليه باقياً على ملك صاحبه، فلا يكون هذا الرضا متعلّقاً بعنوان يكون معه منشأ لترتب الأثر.

وبالنسبة للصورة الرابعة، وكذا الخامسة: فالمعتبر فيهما أمران، وهما: القصد مع الكاشف في الصورة الرابعة، والقصد مع الإنشاء والإيجاد في الصورة الخامسة، فإنّ مجرد القصد لا يكفي في ترتّب الأثر دون حصول الكاشف في الأوّل، والإنشاء في الثاني، وكذا الكاشف والإنشاء غير كافيين ما لم يُضمّ إليهما القصد.

وطبقاً لقاعدة (تبعيّة العقد للقصد) المتسالم عليها عند الفقهاء لا بدّ من اعتبار التطابق بين القصد والكاشف في الأوّل، والتطابق بين القصد والإنشاء في الثاني، فلو كان القصد أعمّ واشتمل على ما لم يشمل الكاشف في الأوّل أو اشتمل على ما لم يتعلّق به الإنشاء في الثاني فلا يؤثّر إلّا ما وقع تحت الكشف أو الإنشاء، والذي يتطابق فيه تمام القصد مع بعض ما يتعلّق به الكشف أو الإنشاء، وكذا لو كان القصد أخصّ، ومتعلّق الكشف أو الإنشاء أعمّ ممّا تعلّق به القصد، واشتمل على ما لم يشتمل عليه القصد، فلا يترتب الأثر في الصورة التي ينتفي فيها القصد. ومنه يتّضح أنّ المعاطاة التي قصد فيها التملك لا يمكن بحسب هاتين الصورتين أن تنتج الإباحة بأيّ حال من الأحوال.

يبقى الكلام في الصورة السادسة التي اشترطنا فيها وجود قصد في الجملة لكي لا يكون الفعل غير اختياريّ، ولم نشترط فيه مطابقة القصد لمتعلّق الإيجاد: فقد يقال بإمكانية إدراج المعاطاة التي قصد فيها التملك والمفيدة للإباحة ضمن هذه الصورة، لأنّه بالأخذ والإعطاء الخارجي قد حصل إيجاب للبيع بوجوده الواقعي، ومتعلّق القصد هنا غير مهمّ ما دام هناك قصد للفعل في الجملة. لكنّ الإشكال في انضمام المعاطاة محلّ البحث ضمن هذه الصورة: هو أنّ المعاطاة

مفيدة لإباحة التصرف فقط دون الملك كما هو المفترض، بينما البيع الحاصل لابد أن يكون مفيداً للتمليك. وحل المشكلة بالقول: أن المقصود ليس هو التمليك فقط وإنما هو التمليك والإباحة على وجه التعدد المطلوب، غير مجد؛ لأن فيه كلاماً سيأتي التعرض له.

إضافة إلى أن الأخذ والإعطاء ليس حقيقة البيع ليكون إيجادهما في الخارج إيجاداً لمفهوم البيع بوجوده الخارجي، لأن الأخذ والإعطاء أعم من البيع ومن الإجارة والعارية والمصالحة وغيرها الكثير من العقود.

إذن، فلا يوجد أي مبرر لإفادة المعاطاة التي قصد فيها المتعاطيان التمليك إباحة التصرف، هذا هو الإشكال الرئيسي المتوجه على فتوى مشهور علمائنا في المعاطاة.

وهناك إشكال آخر يمكن أن يوجه إلى المشهور، وحاصله: إن عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد إنما هو لعدم ترتب الأثر عليه شرعاً، وفي المعاطاة لم يترتب الأثر المقصود من الملك، فلا بد حينئذ من القول بفساد المعاملة وعدم ترتب شيء عليها، لا أن يترتب عليها إباحة تصرف. ولعل هذا هو الوجه الذي استند إليه العلامة الحلي في كتابه (النهاية) في المنع عن التصرف في المقبوض بالمعاطاة.

وهذا الإشكال - كما هو واضح - ليس إشكالاً مستقلاً على المشهور، بل هو متفرع من الإشكال الأول، وهو مخالفة المشهور لقاعدة تبعية العقود للمقصود، لأن الوجه في عدم إفادة العقد الفاسد للإباحة إنما هو عدم كون إباحة التصرف مقصودة للمتعاقدين إلا في ضمن قصد الملك على نحو الملازمة والتبعية، فإذا انتفى الملزوم (وهو الملك) لم يبق للآزم (وهو الإباحة) موضوع، فلا يقتضي العقد حينئذ جواز التصرف، بل يبقى الأصل في حرمة التصرف في مال الغير. نعم هناك إشكال آخر مستقل غير تابع للإشكال الأول، وهو متوجه إلى

فتوى المشهور بتحقيق الملك بتلف إحدى العينين، حاصل هذا الإشكال: إن المتفق عليه عند المشهور في المعاطاة أنّ حصول التلف في إحدى العينين سببٌ لحصول الضمان بالمسمى في العقد، والذي يترتب عليه التمليك واللزوم وعدم جواز الرجوع، مع أنّ القاعدة تقتضي أنّ ضمان العين بالمسمى في عقد إذا لم يسلم، انتقل إلى الضمان بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة، والمفروض في المعاطاة أنّه مع عدم ترتب المقصود من الملك فإنّ الضمان بالمسمى سيكون غير تامّ عند تلف إحدى العينين، فلا بدّ من الانتقال إلى المثل أو القيمة، وهذا خلاف ما فرضه المشهور<sup>(١)</sup>.

إذن، بعبارة مختصرة: الإشكال المتوجّه إلى المشهور في المعاطاة تارة ينظر إليه من جهة فتوى المشهور بترتب الإباحة على المعاطاة المقصود منها التمليك فتكون فتواهم مخالفة لقاعدة تبعيّة العقود للمقصود، وتارة ينظر إليه من جهة فتواهم بتبدّل الإباحة إلى الملك واللزوم بتلف إحدى العينين، فتكون مخالفة لقاعدة الضمان في العقود.

### المبحث الثالث: الأجوبة على الإشكال

حاول بعض الفقهاء الإجابة عن الإشكال المتقدّم وتحليص المشهور من هذه المعضلة، وقد تعرّض الشيخ الأعظم قدّس سرّه إلى جوابين مهمّين منهما لعلمين من أعلامنا هما المحقّق الكركي وصاحب الجواهر قدّس سرّهما، سنبحثهما تفصيلاً وسنستعرض أجوبة أخرى ذكرت أيضاً في المقام.

#### أولاً: جواب المحقّق الكركي

قال المحقّق الكركي في الجواب عن الإشكال المتقدّم على المشهور: «إنّ المعروف بين الأصحاب أنّها بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر

(١) راجع: بلغة الفقيه، السيّد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ٦٤.

عبارة المفيد، ولا يقول أحد من الأصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنّف في النهاية، وقد رجع عنه في كتبه المتأخّرة عنها.

وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يتناولها، لأنها بيع بالاتّفاق، حتى القائلين بفسادها، لأنهم يقولون: هي بيع فاسد. قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فإنه عام، إلا فيما أخرجه دليل.

وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب: من أتمها تفيد إباحة، وتلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أوّل الأمر، وبالذهاب يتحقّق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاظيين إنّها هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة ولم يجز التصرّف في العين، وكافة الأصحاب على خلافه. وأيضاً فإنّ الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً ورأساً، فكيف يتحقّق ملك مال شخص بذهاب مال آخر في يده؟ وإنّما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد في الصراحة كالأقوال وإنّما تدلّ بالقرائن، منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز الترادّ ما دام ممكناً، فمع تلف إحدى العينين يمتنع الترادّ، فيتحقّق اللزوم، لأنّ إحداها في مقابل الأخرى، ويكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع الترادّ في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة، وللضرر، ولأنّ المطلوب هو كون إحداها في مقابل الأخرى<sup>(١)</sup>.

ومحصّل كلامه قدّس سرّه يمكن بيانه ضمن النقاط التالية:

أولاً: إنّ المعاطاة بيع بالاتّفاق، فيكون المقصود منها هو عين المقصود من البيع وهو تمليك العين.

ثانياً: إنّ قصد التمليك في المعاطاة لا يمكن اجتماعه مع الحكم بالإباحة الموجود في عبارة جمع من متأخري الأصحاب، وذلك لمخالفته القواعد الفقهيّة

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

المسلّمة عند جميع الفقهاء، كقاعدة تبعيّة العقود للقصود، لأنّ ما قُصد من التمليك لم يقع فعلاً، بل الذي وقع هو الإباحة التي لم تُقصد من الأساس، وعليه فإنّ ما أن يقع المقصود وهو التمليك، وإنّما أن لا يقع فيكون بيعاً فاسداً ولا يجوز حينها التصرّف في العين المنتقلة، ولا يوجد وجه للحكم بإباحة التصرّف، وعليه فلا بدّ أن يكون مراد الأصحاب من كلمة الإباحة في كلماتهم معنى آخر غير المعنى الاصطلاحي المطابقي للكلمة.

ثالثاً: ذكر الأصحاب أنّه بمجرد حصول تلف إحدى العينين تتحقّق الملكية، مع أنّ المعروف أنّ التلف ليس من الأسباب المملّكة.

بعبارة أخرى: لا يمكن اجتماع قصد الملك في المعاطاة مع حصول الملك بعد التلف، وذلك لأنّ قصد الملك إذا لم يكن مؤثراً في تحقّق الملكية قبل التلف فكيف يؤثّر تحقّقها بعده، فما هذا إلاّ أن يكون التلف من أسباب حصول الملكية، وهو باطل قطعاً.

رابعاً: إنّ إباحة التصرّف هي أثر من آثار الملكية، فإذا تحقّق الملزوم وهو الملك تحقّق اللازم وهو إباحة التصرّف، وإذا انتفى الملزوم فالمفروض انتفاء اللازم أيضاً، فالقول بثبوت الإباحة وجواز التصرّف دون تحقّق الملك، ثبوتٌ للازم دون ملزومه، وهو باطل بالضرورة.

خامساً: لأجل ذلك كلّه لا بدّ أن يكون مقصود الأصحاب من الإباحة وجواز التصرّف في المعاطاة المقصود منها التمليك، معنى يتناسب مع ما ذكر، وأقرب معنى لذلك هو حمل الإباحة في كلماتهم على معنى الملك المتزلزل الجائز، وهو عين الملك المتحقّق في العقود الخياريّة، غاية الأمر أنّه هناك يفسخ العقد بالخيار، أمّا هنا فيجوز الترادّ ما دامت العين باقية، فإذا ذهبت إحدى العينين لم يمكن الترادّ، فيسقط الجواز والتزلزل؛ لعدم الموضوع له، فتستقرّ الملكية.

هذا ما أجاب به المحقّق الكركي لحلّ الإشكال، وعليه فإنّ محلّ النزاع بين

الأعلام سيكون المعاطاة التي قصد فيها التملك لا الإباحة، التي يحكم فيها المشهور بترتب الملكية المتزلزلة الجائزة التي لا تستقرّ إلاّ بذهاب إحدى العينين.

### ثانياً: جواب المحقق النجفي صاحب الجواهر

يرى الشيخ صاحب الجواهر: أنّ ما نُسب إلى المشهور من إفادة المعاطاة التي تُقصد فيها التملك الإباحة «لا ينبغي أن يُنسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعاظم الأصحاب وكبرائهم»<sup>(١)</sup>، فيقول قدّس سرّه: «وأما دعوى أنّ النزاع فيما إذا قصد المتعاقدان بفعلها البيع مثلاً، على حسب البيع بالصيغة وكان جامعاً للشرائط عدا الصيغة فهل يقع في ذلك بيعاً أو يكون إباحةً أو يقع بيعاً فاسداً كما وقع من المتأخرين، فلا أعرف للثاني منها وجهاً على هذا التقدير، فضلاً عن نسبته إلى المشهور بل الإجماع، ضرورة أنّهم إن أرادوا أنّها من المالك فالفرض عدمها، لكون المقصود له أمراً خاصاً لم يحصل، فارتفع الجنس بارتفاعه، وإن أرادوا بها إباحة شرعية، فهو مع أنّه من الغرائب بعد أن جعل الشارع أمر المال إلى مالكة وأنّه هو المسلّط عليه وأنّه لا يجلّ إلاّ بطيب نفسه، لا دليل عليها، إذ هو إن كان السيرة فمعلومٌ اقتضاؤها الملكية، ولذا يجرون على المأخوذ بها جميع أحكام الأملاك، ومن هنا قال بعض مشايخنا في ردّ من قال بالإباحة في الفرض المزبور: بأنّه يلزم إمّا إنكار ما جاز بديهياً، أو إثبات قواعد جديدة»<sup>(٢)</sup>.

واستبعد قدّس سرّه ما أجاب به المحقق الكركي عن الإشكال بتنزيل الإباحة في كلمات الأصحاب على الملك المتزلزل؛ لعدم ملائمة هذا الجواب مع ما يظهر من كلماتهم، بل وتصريح بعضهم بحصول الإباحة دون الملك، كما في عبارة الشيخ الطوسي في الخلاف مثلاً، حيث قال: «له أن يتصرّف كلّ منهما فيما

(١) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٥.

(٢) المصدر نفسه.



تحرير محلّ النزاع ..... ١٧٧

أخذه تصرّفًا مباحًا من غير أن يكون ملكه...»<sup>(١)</sup> وغيرها من كلمات الأصحاب.  
فيكون الأنسب في الجواب عن الإشكال: هو إبقاء الإباحة المترتبة على  
المعاطاة على ظاهرها دون تصرّف، وجعل محلّ النزاع هو المعاطاة التي قصد فيها  
المتعاطيان الإباحة لا الملك.

قال قدّس سرّه: «لا ريب في أنّ حمل كلام قدماء الأصحاب على ما ذكرناه،  
من أنّ مرادهم بيان قابليّة الأفعال للإباحة لو قصدوها وأنّ ذلك مشروع دون  
التمليك البيعي مثلاً خير من ذلك، لا لصعوبة الجواب عنها، فإنّك ستعرف لو  
قرّر الاعتراض بها على الصورة الأولى، بل لأنّ الواقع خلافه، وغرابة نفس  
الدعوى وهي إثبات أمر غير ما قصده المتبايعان بلا داع ولا دليل، بل مقتضى  
الأدلة جميعاً خلافه، فلا بدّ من حمل مرادهم على ما ذكرناه، لأنّ مرادهم الإباحة  
فيما قصد به المتعاملان إنشاء البيع مثلاً، بل ليس هو إلاّ الفساد حينئذ كما صرح  
به الفاضل في النهاية»<sup>(٢)</sup>.

وأضاف قدّس سرّه بعد ذلك: «فما عساه يظهر من المتأخّرين ومتأخّريهم من  
أنّ محلّ النزاع فيما قصد به البيع مثلاً من الأفعال وغير الأقوال المخصوصة مع  
جمع جميع شرائط البيع عدا الصيغة وأنّ المعظم يقولون بالإباحة فيه، والكركي  
ومن تابعه بالبيع المتزلزل، والفاضل في النهاية بالبيع الفاسد كما ترى، بل يمكن  
دعوى القطع بفساده بأدنى تأمّل... بل لا مناص من القول بالفساد فيه لمن  
اشترط الصيغة في الصحّة، فضلاً عمّن جعله عبارة عنها»<sup>(٣)</sup>.

إذن، فصاحب الجواهر يرى أنّ مراد الأصحاب من المعاطاة المبيحة

(١) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

(٢) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٤.

(٣) المصدر نفسه، ج ٢٢ ص ٢٢٥.

للتصرّفات هي تلك المعاطاة التي قصد فيها المتعاطيان الإباحة لا التمليك، وهذه المعاطاة هي محلّ النزاع بين الأعلام.

هذا ما أفاده الشيخ الأنصاري في تقرير جواب صاحب الجواهر على الإشكال.

### تقرير آخر للجواب

هناك تقرير وتفسير آخر لجواب صاحب الجواهر على الإشكال ذكره بعض الفقهاء يختلف تماماً عما قرّره الشيخ الأعظم، وحاصله: أنّ صاحب الجواهر ليس بصدد جعل محلّ النزاع بين الأعلام المعاطاة المقصود فيها الإباحة، فالمعاطاة - كما عرفنا - بحسب موضوع الحكم فيها يدور أمرها بين المعاطاة المقصود فيها التمليك، والمعاطاة المقصود فيها الإباحة، ولا صورة ثالثة في المقام كما حقّق في محله.

ولكي يكون النزاع في حكم المعاطاة بين الفقهاء نزاعاً معنوياً، لا بدّ أن يكون توارد آراء الأعلام على موضوع واحد، وإلا فلو اختلف الموضوع لأصبح النزاع لفظياً لا فائدة فيه، وهذا واضح.

وكما عرفنا فإنّ من جملة الآراء في حكم المعاطاة: الرأي المنسوب إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه وبعض العامّة، وكان حاصله: إفادة المعاطاة للملك اللازم كالبيع باللفظ تماماً. وعندئذ لو قلنا أنّ موضوع النزاع في المعاطاة هو المعاطاة المقصود منها الإباحة، فهذا يعني - بحسب هذا الرأي - أنّ المعاطاة التي قصد فيها المتعاطيان الإباحة تفيد الملك اللازم، وهو كما ترى، فإنّه لا يمكن صدوره من عاقل فضلاً عن الشيخ صاحب الجواهر ذو المقام العلميّ الرفيع.

بل الظاهر من كلمات الشيخ صاحب الجواهر وعباراته المتقدّمة أنّه ملتفت إلى ذلك، وأنّ النزاع بين الفقهاء في كون المعاطاة بيعاً أم لا، وأنها تفيد فائدة البيع

بالصيغة من الملك أم لا، لا بدّ فيه من أن يكون مرادهم هو المعاطاة المقصود فيها التملك لا الإباحة، ولو تأملنا في كلماته قدّس سرّه لوجدنا ذلك واضحاً عنده ولا ينكره.

وعليه، فالمعاطاة التي قصد فيها المتعاقدان الملك لا يخلو إمّا أن تنفيذ الملك فيكون حالها حال البيع بالصيغة، أو أن تكون بيعاً فاسداً لاختلال شرط البيع وهو الإيجاب والقبول اللفظيين فلا يترتب عليها شيء، وهذه المعاطاة هي محلّ النزاع بلا إشكال، إنّما الإشكال في تلك المعاطاة التي حكم فيها الأصحاب بإفادتها الإباحة، فهذا الحكم لا يمكن أن يكون مترتباً على المعاطاة التي قصد فيها التملك؛ وذلك لما ذكر، وأنّ هذا لا يصدر من أصاغر الطلبة فضلاً عن فضلائهم، بل هذا الحكم بالإباحة إنّما هو مترتب على المعاطاة التي قصد فيها المتعاطيان الإباحة.

بعبارة أخرى: «إنّ جملة (وإنّما يفيد الإباحة) مثلاً الواقعة في عبائرهم بمنزلة الاستثناء المنقطع عن الجملة السابقة عليها واستدراك عنها، لإفادة مطلب آخر مشترك مع ما أفادته الجملة السابقة فيما به القصد وهو المعاطاة، ومغاير له فيما إليه القصد وهو الإباحة هنا والتمليك في السابق، فيكون محصّل توجيهه قدّس سرّه لتلك العبارات المشتملة على نفي البيعة أو إفادة الملك عن المعاطاة وإثبات إفادة الإباحة عليها، أنّ مورد الأوّل هو المعاطاة المقصود بها الملك، ومورد الثاني هو المقصود بها الإباحة، فمعنى العبارات على هذا التوجيه أنّ العبارات المقصود بها الملك لا تنفيذ الملك، نعم المعاطاة تنفيذ الإباحة لو قصدت به الإباحة»<sup>(١)</sup>.

والحاصل: أنّ صاحب الجواهر قدّس سرّه لم يجعل مصبّ أقوال وآراء العلماء في المعاطاة هو المعاطاة التي قصد فيها الإباحة، بل إنّ مصبّ الأقوال هو المعاطاة

---

(١) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ٣٧.

المقصود فيها التملك، وهذه المعاطاة هي محلّ النزاع، أمّا الحكم بالإباحة فهو مختصّ بما إذا قصد من المعاطاة الإباحة، وهذا خارج عن محلّ النزاع.

يقول السيّد اليزدي قدس سرّه: «لا ينبغي التأمل في أنّ النزاع في كونها بيعاً أو لا، وأنّه هل ينعقد بالمعاطاة أو لا، إنّما هو فيما إذا قصد التملك السعي، والظاهر بل المعلوم أنّ صاحب الجواهر لا ينكر ذلك، بل كلماتهم صريحة في ذلك، وإنّما الإشكال في أنّ حكمهم بالإباحة هل هو في هذه الصورة وهذا الفرض أو لا؟ بل هو فيما لو قصدناها، وإنّ الصورة الأولى بيع فاسد لا يفيد شيئاً كسائر البيوع الفاسدة، ادّعى صاحب الجواهر أنّ مرادهم بقولهم أنّ المعاطاة تفيد الإباحة إنّما هو في الصورة الثانية، وحاصل غرضهم أنّ المعاطاة لا تكفي في انعقاد البيع وأنّه لا ينعقد بها، نعم الإباحة لا تحتاج إلى الصيغة بل تكفي فيها المعاطاة، وليس غرضهم من هذا الكلام أنّ التي قصد بها البيع تفيد الإباحة، فهم في مقام بيان الأسباب وأنّ سبب البيع لا بدّ وأن يكون لفظاً، بخلاف الإباحة فإنّها لا تحتاج إلى سببٍ لفظيٍّ»<sup>(١)</sup>.

ثمّ يقول قدس سرّه: «ومّا ذكرنا ظهر أنّه لا وجه للإيراد على صاحب الجواهر بأنّ مورد النزاع في كلمات جميع العلماء من العامّة والخاصّة صورة قصد التملك؛ لما عرفت من أنّه لا ينكر ذلك، لكن يقول إنّ مرادهم من قولهم أنّها تفيد الإباحة أنّها تفيد في صورة قصدها في مقام بيان وجوب الصيغة في البيع، وأنّه لا ينعقد بالمعاطاة، وأنّ غرضهم من ذلك بيان أنّ الإباحة ليست مثل البيع في الاحتياج إلى الصيغة»<sup>(٢)</sup>.

نعم، يبقى الكلام أنّ ما أفاده صاحب الجواهر من حمل كلام الأصحاب

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٢٩.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ٣٣٠.

وعباراتهم بإفادة المعاطاة الإباحة، على المعاطاة المقصود منها الإباحة وإخراجها عن محلّ النزاع، هل ينسجم ذلك فعلاً مع ظاهر كلماتهم، سيأتي بيان ذلك لاحقاً.

### مناقشة الشيخ الأنصاري لجوابي الكركي وصاحب الجواهر

لم يرتض الشيخ الأنصاري ما أجاب به العلّمان الكركي وصاحب الجواهر قدّس سرّهما عن الإشكال، وناقشهما، وجعل الأساس والمعيّار في المناقشة أمرين، الأوّل: ما يظهر من كلمات الأصحاب ومدى انسجامه مع جواب العلّمين، والثاني: سيرة العقلاء ومدى توافق المعاطاة المتعارفة بين الناس مع جوابهما.

#### • الأمر الأوّل: استقراء كلمات الفقهاء

بما أنّ جوابي الكركي وصاحب الجواهر قدّس سرّهما إنّما كان استنصاراً للمشهور وحلاً للإشكال المتوجّه إليهم، فلا بأس أن تسلّط الأضواء على كلمات المشهور أنفسهم لمعرفة مدى توافق وانسجام الجوابين المذكورين مع ما يظهر من كلمات الأصحاب في المقام، لذا شرع الشيخ الأنصاري في مقام مناقشة العلّمين باستعراض كلمات المشهور على نحو الاستقراء الناقص لا التام، مكتفياً قدّس سرّه بكلمات بعض أساطين الفقه وأكابر العلّماء بما يتحقّق معه اليقين أو الاطمئنان بما يستظهر من كلماتهم على نحو تراكم الظنون وحساب الاحتمال. ومن جملة من استعرض الشيخ الأنصاري كلماتهم:

#### أوّلاً: الشيخ الطوسي

قال في الخلاف: «إذا دفع قطعة إلى البقلي، أو إلى الشارب، وقال: أعطني بقلّاً أو ماءً، فأعطاه، فإنّه لا يكون بيعاً، وكذلك سائر المحقّرات، وإنّما يكون إباحةً، له أن يتصرّف كلّ واحد منهما فيما أخذه، تصرّفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه. وفائدة ذلك: أنّ البقلي إذا أراد أن يسترّجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترّجع قطعه كان لهما ذلك، لأنّ الملك لم يحصل لهما، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يوجد الإيجاب والقبول، قال ذلك في المحققات دون غيرها.

دليلنا: أن العقد حكم شرعي، ولا دلالة في الشرع على وجوده هاهنا، فيجب أن لا يثبت، فأما الاستباحة بذلك فهو مجمع عليه، لا يختلف العلماء فيها<sup>(١)</sup>.

استفاد الشيخ الأنصاري مما ذكره الشيخ الطوسي هنا أموراً ثلاثة:

الأمر الأول: صراحة كلام الشيخ الطوسي في عبارته (فإنه لا يكون بيعاً... وإنما يكون إباحة له) على انتفاء الملك في المعاطاة وثبوت الإباحة، وبهذا يندفع ما ذكره المحقق الثاني من حمل الإباحة في كلمات الأصحاب على الملك الجائز.

الأمر الثاني: أن مقتضى المقابلة مع رأي أبي حنيفة يستدعي أن يكون المقصود من هذه المعاملة الملك لا الإباحة، حيث ذهب أبو حنيفة وأتباعه إلى أن البيع والملك كما يتحقق بالصيغة واللفظ فإنه يتحقق أيضاً بالتعاطي مع توافر الشروط الأخرى، والتي منها قصد الملك.

جاء في بعض كتب الحنفية: «أما تعريفه - أي: البيع - فمبادلة المال بالمال بالتراضي، كذا في الكافي، وأما ركنه فنوعان أحدهما الإيجاب والقبول، والثاني التعاطي وهو الأخذ والعطاء»<sup>(٢)</sup>.

(١) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

(٢) الفتاوى الهندية، جماعة من علماء الهند، ج ٣ ص ٢. وكتاب الفتاوى الهندية هي مجموعة من الأحكام الفقهية المأخوذة من مذهب الحنفية قام بتأليفها جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام الدين البلخي بأمر من سلطان الهند أبي المظفر محيي الدين محمد أورتك زيب، والهدف من تأليفها أن يسهلوا على الناس الوقوف على الروايات الصحيحة في المذهب الحنفي والأقوال المعتمدة والراجحة فيه، وما تجري عليه الفتوى من أحكام المذهب، والتزم المؤلفون أن يحافظوا على عبارات الكتب التي نقلوها عنها وأسندوا كل حكم نقلوه إلى الكتاب الذي أخذ عنه، وأغلب الأحكام مجردة عن الأدلة، وختموا هذه

ولكي يكون محلّ الخلاف بينهم وبين الشيخ الطوسي واحداً بحسب ما تستدعيه المقابلة، لا بدّ أن يكون المقصود من المعاطاة هنا هي المعاطاة التي قصد فيها المتعاطيان التملك لا الإباحة المجردة عن أصل الملك.

وبالتالي فلا وجه حينها لما ذكره صاحب الجواهر من أنّ محلّ النزاع بين الأصحاب هو المعاطاة المقصود فيها مجرد الإباحة.

الأمر الثالث: تمسك الشيخ الطوسي قدس سرّه في مقام الاستدلال على الحكم عند أصحابنا في ترتّب الإباحة في المعاطاة دون الملك بتوقيفية الأسباب الشرعية وكون العقد حكماً شرعياً ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا، يقتضي أن يكون المقصود في المعاطاة التملك لا الإباحة، وذلك لأنّ توقيفية الأسباب الشرعية عبارة عن وجود المانع في المقام، بينما قصد التملك عبارة عن المقتضي لحصول الملك، وفي مقام الاستدلال يكون التمسك بعدم المقتضي مقدّماً على التمسك بوجود المانع، فإذا لم يقصد المتعاطيان الملك كان اللازم إسناد عدم حصول الملك إلى عدم المقتضي وهو قصد التملك لا إسناده إلى المانع وعدم الشرط وهو العقد، الذي هو سبب شرعيّ لترتّب آثار الملك.

وبما أنّ الشيخ الطوسي قدس سرّه قد أسند عدم حصول الملك إلى المانع، فهذا معناه أنّ وجود المقتضي وقصد التملك أمرٌ مفروع منه، ومنه يظهر ضعف ما أفاده صاحب الجواهر في جوابه.

لكن قد يقال: إنّ الذي يظهر من كلام الشيخ الطوسي هنا أمران:  
الأوّل: إنّ التملك في العقد لا يقع إلّا باللفظ المخصوص ولا يقع

---

المجموعة بكتاب المحاضر والسجلات وكتاب الشروط، وهذه الفتاوى من أشهر الكتب المطوّلة في الفقه الحنفي، واحتوت على الأحكام التي لا توجد في كتاب سواها، وشارك في إنجازها ثلاث وعشرون فقيهاً من كبار علماء الهند.

بالتعاطي وإن اجتمعت فيه شرائط وأركان البيع الأخرى، كقصد التمليك من قبل المتعاطيين.

والثاني: إن هذه المعاطاة من الممكن أن تقع بها الإباحة مع توافر شرائطها والتي منها قصد الإباحة، فإن الإباحة غير متوقّفة على اللفظ بل تحصل بمجرد الأخذ والإعطاء أيضاً.

والخلاف بين الشيخ الطوسي وأبي حنيفة إنّما هو ناظر إلى الأمر الأوّل فقط دون الثاني، فالمعاطاة عندنا لا تفيد الملك وإن كان مع قصد التمليك، بينما يعتبرها أبو حنيفة بيعاً ويرتّب عليها آثار الملكيّة.

وكذا الحال بالنسبة إلى الدليل الذي ذكره الشيخ الطوسي، فإنّه ناظرٌ أيضاً إلى الأمر الأوّل دون الثاني، فإنّ توقيفية الأسباب الشرعيّة تقتضي أن لا يترتّب الملك أو الإباحة على المعاطاة، نعم الالتزام بالإباحة فيها إنّما هو لأجل دليل تعبديّ في المقام وهو الإجماع.

بعبارة أخرى: «الظاهر أنّ ضمير (فإنّه) راجع إلى الدفع المستفاد من (دفع) والبيع عند الشيخ قدّس سرّه بقرينة تعريفه في المبسوط بالأثر الحاصل من العقد... هو الملك، وهو بظاهره غير صحيح، فمراده منه سبب البيع وبقريته المقابلة يُعلم أنّ مراده من الإباحة سببها، فيكون المعنى أنّ دفع المال بالنحو المزبور لا يكون سبباً للإباحة، فيترتّب عليه جواز التصرف بعنوان المباحية من دون المأخوذ بواسطة التصرف فيه ملكاً له، ومرجعه إلى أنّ التعاطي لا يؤثّر في الملكيّة وإن كان جامعاً لجميع الشرائط التي منها، قصد التمليك والتملك منها، وإنّما يؤثّر الإباحة لو اقترن بالشرائط المعتمدة فيه، ومنها: قصد الإباحة منها، وبالجملة: إنّ التمليك والتملك بعوضٍ من الأمور التي يتوقّف حصولها على اللفظ ولا يحصل بالتعاطي، بخلاف الإباحة فإنّها من الأمور التي تحصل بالتعاطي ولا تتوقّف على اللفظ، وبهذا الذي ادّعينا من الحكمين قال الشافعي،



وأما أبو حنيفة فقد خالفنا في الحكم الأوّل وقال بأنّه سبب للبيع أيضاً - أي: الملك - وإن لم يحصل الصيغة. ودليلنا: أمّا على الجزء الأوّل من المدعى (وهو عدم كفاية التعاطي في تحقّق البيع) فهو أنّ العقد باعتبار سببته للملكية حكم شرعيّ وضعيّ كسائر الأحكام الشرعية الوضعية لا بدّ من أن يؤخذ من الشارع، ولا دليل شرعاً على وجوده بما هو سبب ومؤثّر، أي: على وجود السببية في التعاطي، فيرجع إلى أصالة العدم. وأمّا على الجزء الثاني وهو حصول الإباحة بمجرد التعاطي الخارجي بقصد الإباحة فهو الإجماع<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا التفسير لعبارة الشيخ الطوسي يكون كلامه قدس سرّه متوافقاً جداً مع توجيه وجواب صاحب الجواهر قدس سرّه على الإشكال.

ولعلّ عبارة الشيخ الطوسي في المبسوط شاهد على صحّة هذا الشرح لعبارته في الخلاف، حيث قال بعد اشتراط تقديم الإيجاب على القبول وغيره ممّا يعتبر في البيع: «فإذا ثبت هذا فكلّ ما يجري بين الناس إنّما هو استباحات وتراضٍ دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً، مثل أن يعطي للخباز درهماً فيعطيه الخبز أو قطعةً للبقلي فيناوله البقل، وما أشبه ذلك ولو أنّ كلّ واحد منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنّه ليس بعقدٍ صحيح هو بيع»<sup>(٢)</sup>.

فإنّ كلمة (استباحات) ظاهرة في قصد الإباحة في المعاطاة كما قال به صاحب الجواهر قدس سرّه.

قال المحقّق الأصفهاني قدس سرّه في مقام بيان مورد النفي والإثبات في المعاطاة التي وقعت مورداً للنزاع في حكمها بين الأصحاب: إنّ «مورد النفي والإثبات وإن كان واحداً من حيث الفعل، إلّا أنّه في مورد النفي ما قصد به

(١) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي، ج ٢ ص ٣٨.

(٢) المبسوط في فقه الإمامية، الشيخ الطوسي، ج ٢ ص ٨٧.

التمليك، وفي مورد الإثبات ما قصد به الإباحة.  
 أمّا الطائفة الأولى: فيكفي فيها ما نقله المصنّف في المتن بما لا مزيد عليه،  
 شكر الله سعيه.

وأما الطائفة الثانية: فظاهر ما حُكي عن الشيخ رحمه الله في المبسوط بقوله:  
 «فإذا ثبت ذلك فكلّمًا يجري بين الناس إنّما هي استباحات وتراضٍ... الخ» أنّه  
 استباحة من الناس وتراضٍ منهم بالتصرّف، ويستحيل قصد الملك والإباحة من  
 المالك التي هي فرع بقاء الملك، فكأنّه دفعٌ لتوهم أنّ الفعل إذا لم ينعقد به البيع في  
 مورد قصده، فما هذه المعاطاة الجارية بين الناس المجمع على جواز التصرّف بها.

فدفع التوهم بأنّه إباحة منهم وتراضٍ منهم بالانتفاع، لا تمليك حتى يكون  
 فاسدًا غير مسوّغٍ للتصرّف، وذلك ظاهر قوله في الخلاف: «فإنّه لا يكون بيعاً  
 وإنّما يكون إباحة (أي: من المتعاطين) أي: ليس بيعاً منهما بل إباحة منهما»<sup>(١)</sup>.

كما ذكر السيّد اليزدي قدّس سرّه: أنّ «الإنصاف أنّه يمكن أن يقال أنّ مراد  
 الشيخ من قوله: (فإنّه لا يكون بيعاً) أنّه لا يمكن شرعاً أن يتحقّق البيع بهذا،  
 ومن قوله: (وإنّما يكون إباحة) أنّه يمكن تحقّقها بهذا، لا أنّ الصورة الواقعة في  
 الخارج وإن قصد بها البيع تفيد الإباحة، وقوله أخيراً: (وأما الإباحة  
 بذلك... الخ) معناه: وأمّا تحقّق الإباحة بذلك فهو مجمعٌ عليه، يعني: أجمعوا على  
 أنّ إنشاء الإباحة لا يحتاج إلى اللفظ، بخلاف البيع فإنّه لا ينعقد إلّا به، والعبارة  
 المتقدّمة من المبسوط تصلح قرينة على ما ذكرنا من الحمل، مضافاً إلى أنّ ظاهر  
 كلامه الإباحة المالكية دون الشرعية التعبدية.

ومّا ذكرنا ظهر أنّ الذي ينفع المصنّف إثبات أنّ حكم الشيخ بالإباحة إنّما  
 هو في خصوص الصورة التي نفى كونها بيعاً، وإلّا فكون النزاع في كونه بيعاً أو

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٩٩.

لا، مختصاً بها إذا قصد التمليك، ممّا لا إشكال فيه»<sup>(١)</sup>.

لكنّ الإنصاف أنّ الذي يظهر قريباً جداً من عبارة الشيخ الطوسي في الخلاف أنّ مورد النفي والإثبات واحد في قوله «لا يكون بيعاً... وإنّما يكون إباحة»، وأنّ ترتّب الإباحة على المعاملة المعاطيّة إنّما يكون لتلك المعاملة نفسها التي لم يتحقّق فيها البيع والملك، مع الأخذ بعين الاعتبار ما استفاده الشيخ الأعظم من دليل الشيخ الطوسي على الحكم كما بيّناه، فتدبّر.

وبعبارة أخرى: إنّ حمل العبارة على معنى: (أنّه لا ينعقد البيع بذلك وإنّما تنعقد الإباحة) حتى يقال أنّها ليست ظاهرة في الحكم بالإباحة في مورد التمليك، خلاف ظاهرها جداً، فإنّ الظاهر أنّ مورد النفي والإثبات في قوله: «لا يكون بيعاً وإنّما يكون إباحة»، كما أنّ الظاهر أنّ مرجع الضمير في (أنّه) و(يكون) واحد.

ومقتضى ما ذكره قدّس سرّه اختلاف مرجع الضمير أو الرجوع في الجميع إلى العطاءين المجرّدين عن قصد العوضيّة، وهو خلاف الظاهر أيضاً؛ فإنّ مرجع الضمير هو قوله: (أعطني بها بقالاً)، وهو عبارة عن العطاء بقصد المعاوضة بين العينين، وكذلك مرجع الضمير في المنقول عن أبي حنيفة، يعني قوله: (يكون بيعاً) فإنّه بمعنى أنّ هذه الصيغة تكون بيعاً بمعناها الظاهر في قبال قول الشافعي أنّها تكون إباحة... وقوله: (دليلنا أنّ العقد حكم شرعيّ) استدلال لهذا الذي ذكرناه من أنّه لا تؤثر هذه الصيغة أثر البيع، وقوله: (وإنّما يكون إباحة) يراد به أنّها تؤثر في الإباحة للإجماع عليه، وحمل الاستدلال على عدم انعقاد البيع بذلك بخلاف الإباحة، فإنّما تنعقد إذا أنشأت بغير اللفظ خلاف الظاهر».

والحاصل: «أنّ مورد النفي والإثبات هو تأثير صيغة واحدة بمعنى واحد،

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣١.

لا أن الخلاف واقع في أن بالفعل تنعقد الإباحة إذا أنشأت ولا ينعقد البيع<sup>(١)</sup>.  
وما استشهد به أخيراً من كلام الشيخ في المبسوط قابل للمناقشة أيضاً، بأن  
يقال: أن هناك قرينة في كلامه قدس سره على إرادة البيع الشرعي بالصيغة، وهو  
قوله: «لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع» فإن هذا التعليل إنما يكون صحيحاً إذا  
قصد المتعاطيان الملك في المعاملة، وإلا كان المفروض أن لا يعلل قدس سره بعدم  
قصد الملك لا بعدم كونه عقداً صحيحاً، لأن عدم مقتضي مقدم على وجود المانع.

### ثانياً: ابن إدريس الحلّي

قال في السرائر بعد ذكره لاعتبار الإيجاب والقبول في عقد البيع، وضرورة تقدم  
الإيجاب على القبول: «إذا دفع قطعة إلى البقلي، أو إلى الشارب، فقال: أعطني بقاءً، أو  
ماءً، فإنه لا يكون بيعاً<sup>(٢)</sup>، ولا عقداً<sup>(٣)</sup>، لأن الإيجاب والقبول ما حصل، وكذلك  
سائر المحقرات، وسائر الأشياء، محقراً كان أو غير محقّر من الثياب والحيوان  
وغير ذلك، وإنما يكون إباحة له، فيتصرف كل واحد منهما فيما أخذه، تصرفاً مباحاً من  
غير أن يكون ملكه<sup>(٤)</sup> أو دخل في ملكه<sup>(٥)</sup>، ولكل واحد منهما أن يرجع فيما بذله،  
لأن الملك لم يحصل لهما، بشرط إن بقيا، فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أو لا فلا

(١) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٢٧.

(٢) فلا يشمل إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لتكون المعاطاة مفيدة للملك.

(٣) فلا يشمل عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ كما في العقد اللفظي المفيد للملك.

(٤) بنفس التعاطي حين التصرف.

(٥) بعد حصول التعاطي وبعد التصرف، لأن مجرد التصرف مع بقاء العين ليس سبباً يوجب  
الدخول في الملك كما في التلف، ولذا قال قدس سره بعدها: «بشرط إن بقيا، فإن لم يبق  
أحدهما بحاله كما كان، فلا خيار لأحدهما» فإن نفي الخيار بعد حصول التلف يدل على  
دخول العين الأخرى في ملك أخذها.

خيار لأحدهما، وليس هذا من العقود الفاسدة، لأنّه لو كان عقداً فاسداً، لم يصحّ التصرّف فيما صار إلى كلّ واحد منهما، وإنّما ذلك على جهة الإباحة»<sup>(١)</sup>.  
يستفاد ممّا ذكره قدّس سرّه أمور ثلاثة:

**الأمر الأوّل:** صراحة كلام الشيخ ابن إدريس في قوله: «فإنّه لا يكون بيعاً ولا عقداً... وإنّما يكون إباحة له» على عدم ترتّب الملك على المعاطاة وإنّما الذي يتحقّق هو الإباحة، فلا وجه حينها لما ذكره المحقّق الكركي في جوابه من حمل الإباحة في كلمات الأصحاب على الملك الجائز.

**الأمر الثاني:** تعليل الشيخ ابن إدريس عدم تحقّق الملك بعدم حصول الإيجاب والقبول يدلّ على وجود قصد للملك عند المتعاطين، باعتبار أنّه لو لم يكن هناك قصد للملك لكان الأولى التعليل به لا بعدم حصول الإيجاب والقبول، لأنّ التعليل بعدم المقتضي - كما ذكرنا - أولى من التعليل بعدم الشرط ووجود المانع.

هذا إضافة إلى تفرّيعه قدّس سرّه للمعاطاة على شرائط عقد البيع، فإنّه يدلّ على كون قصد المتعاطين التملك أمراً مفروغاً منه، لأنّ ذكر الشروط إنّما هو بعد الفراغ من ثبوت المقتضي.

وبهذا يندفع ما أجاب به صاحب الجواهر من جعل محلّ النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة لا الملك.

**الأمر الثالث:** يرى الشيخ ابن إدريس أنّ المعاملة المعاطائيّة هنا ليست من قبيل العقود الفاسدة التي لا يجوز فيها التصرّف مطلقاً، وذلك لأنّ دفع القطعة إلى البقلي أو الشارب إنّما يكون على جهة الإباحة وإن لم يتحقّق البيع.

لكن قد يقال: إنّ قصد التملك في المعاطاة مع عدم ترتّب الأثر عليه ليس معناه إلّا كون العقد فاسداً، لأنّ الفساد في العقود معناه عدم ترتّب الأثر

---

(١) السرائر، ابن إدريس الحلّي، ج ٢ ص ٢٥٠.

المقصود عليه، فإذا كان عقداً فاسداً فالمفروض أن لا يترتب عليه أي أثر، فكما لا يترتب الملك لا تترتب الإباحة أيضاً، فلا يجوز التصرف مطلقاً، وهذا منافٍ لما ذكره ابن إدريس هنا: (وليس ذلك من العقود الفاسدة).

وبتعبير آخر: «إنَّ حمل كلام السرائر على صورة قصد المتعاطين الملك ينافي قوله (وليس هذا من العقود الفاسدة)، بل قوله هذا يناسب ما إذا كان الإعطاء بقصد الإباحة؛ لأنَّ قصد التمليك بالإعطاء مع عدم حصول الملك يوجب كون الإعطاء من البيع الفاسد، حيث لا معنى لفساد البيع إلاَّ عدم ترتب أثر الملك عليه. وظاهر قوله: (وليس هذا من العقود الفاسدة) أنَّ الإعطاء صحيح وليس من البيع الفاسد ولا يمكن اتصافه بالصحة إلاَّ إذا كان بقصد الإباحة، إذ حصول الإباحة خارجاً يوجب اتصافه بالصحة التي هي في المعاملات بمعنى ترتب الأثر»<sup>(١)</sup>.

يجيب الشيخ الأنصاري عن هذا الاعتراض، بعدم وجود منافاة بين ما ذهب إليه ابن إدريس من عدم حصول الملك بالتعاطي وحصول الإباحة به في صورة قصد التمليك منه، وبين نفيه كون هذه المعاملة من العقود الفاسدة؛ وذلك لأنَّ ابن إدريس يرى أنَّ هذه المعاملة هي معاملة برزخية بين العقد اللفظي المفيد للملك وبين العقد الفاسد الذي يكون كالغصب، والذي لا يجوز فيه مطلق التصرف.

بعبارة أخرى: يمكن أن تكون معاملة فاسدة من حيثية وصحيحة من حيثية أخرى؛ فإنَّ المعاطاة مع أنَّها ليست بيعاً صحيحاً ولا يترتب عليها الملك، إلاَّ أنَّها ليست عقداً فاسداً بالكلية حتى لا يترتب عليها الإباحة أيضاً، بل هي عقد فاسد بلحاظ البيع والمملك، ومعاملة صحيحة بلحاظ إباحة التصرف، وهذا هو معنى كونها برزخاً بين البيع الصحيح اللفظي والبيع الفاسد.

قال السيّد اليزدي قدس سره: «إنَّ الفساد من حيثية البيع لا ينافي الصحة

(١) إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٣٦.

من حيث الإباحة، فغرض الحلّي أنّه ليس من العقود الفاسدة مطلقاً بل هو صحيح بلحاظ إفادته الإباحة»<sup>(١)</sup>.

وبتعبير آخر: إنّ مقصود الشيخ ابن إدريس هنا من العقد الفاسد هو العقد الذي لا يترتب عليه أثر، لا ملك ولا إباحة، وبما أنّ المعاطاة وإن كان لا يترتب عليها الملك إلا أنّها مفيدة لإباحة التصرف فلا تكون مصداقاً من مصاديق العقد الفاسد، وهذا هو مقصوده من عبارته: «وليس ذلك من العقود الفاسدة»، فلا يوجد منافاة في البين.

وأشار أستاذنا الميرزا جواد التبريزي إلى ذلك بقوله: «إنّ مراد السرائر من العقد الفاسد هو الذي لا يترتب عليه الملك ولا يحصل به حتى جواز التصرف، وحكمه في المعاطاة بعدم حصول الملك وترتب إباحة التصرف مقتضاه أن لا تكون المعاطاة من ذلك العقد الفاسد، وعلى ذلك فلا ينافي قوله رحمه الله: (وليس هذا من العقود الفاسدة) لظاهر صدر كلامه من فرضه إعطاء القطعة إلى البقلي أو الشارب بقصد الملك، وإن شئت قلت: إنّ الإعطاء المزبور لا يكون عند السرائر عقداً أصلاً لا أنّه عقد صحيح»<sup>(٢)</sup>.

هذا ما يستفاد من عبارة الشيخ الحلّي قدّس سرّه في السرائر، واتّضح أنّه لا يتلاءم مع كلا جوابي المحقق الكركي وصاحب الجواهر قدّس سرّهما.

يبقى الكلام في ما ذكره بعضهم من إشكال تقدّم بيانه عند استعراض كلام الشيخ الطوسي قدّس سرّه في الخلاف، حيث يظهر من عبارة ابن إدريس قدّس سرّه هنا بقوله (فإنّه لا يكون بيعاً ولا عقداً... وإنّها يكون إباحة)<sup>(٣)</sup> عدم التّحاد

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٢.

(٢) إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٣٧.

(٣) السرائر، ابن إدريس الحلّي، ج ٢ ص ٢٥٠.

مورد النفي والإثبات، فمورد النفي ما قصد به التمليك، ومورد الإثبات ما قصد به الإباحة مع توافر شرائطها، ومن ضمنها قصد الإباحة، وليس مقصوده قدس سره أن الصورة الواقعة في الخارج تفيد الإباحة وإن قصد بها التمليك، والتعليل المذكور للحكم إنما هو راجع إلى عدم حصول البيع وترتب الملك لاحتياجه إلى الإيجاب والقبول، وهما مفقودان في المقام، أما الإباحة فهي غير مشروطة باللفظ، فمن الممكن وقوعها بالفعل مع توافر شرائطها، «بل عبارة السرائر بناءً على كون ملكه في قوله من غير أن يكون ملكه بصيغة الماضي بالتشديد من باب التفعيل كما في بعض النسخ المصححة، واضحة الدلالة على أن مورد حكمه بالإباحة صورة عدم قصد التمليك من التعاطي»<sup>(١)</sup>.

والجواب عن هذا الإشكال واضح، فإن الذي يظهر قريباً جداً من كلام الحلّي قدس سره بقوله (فإنه لا يكون بيعاً ولا عقداً... وإنما يكون إباحة) اتحاد مورد النفي والإثبات، وأن مرجع الضمير في (فإنه) و(يكون) واحد لا متعدّد. وما فعله المستشكل من التفريق بين مورد النفي والإثبات وإرجاع الضمير إلى مختلف، خلاف الظاهر جداً، بل توجد قرينة في كلام الحلّي تؤيد ما استظهرناه، وهي قوله: «وليس ذلك من العقود الفاسدة»<sup>(٢)</sup>، إذ لا وجه لتوهم كون المعاطاة من العقود الفاسدة إذا كان مورد النفي مختلفاً عن مورد الإثبات، وإليه أشار السيّد اليزدي قدس سره بقوله: «الإنصاف عبارة السرائر لا تقبل الحمل الذي ذكرنا في عبارة الخلاف، لمكان هذه الفقرة، أعني قوله: (وليس هذا من العقود الفاسدة) إذ لو كان مراده أن البيع لا ينعقد بالمعاطاة والإباحة تنعقد بها، لم يكن وجه لتوهم كونها من العقود الفاسدة حتى يدفعه بهذا القول».

(١) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي، ج ٢ ص ٤٠.

(٢) السرائر، ابن إدريس الحلّي، ج ٢ ص ٢٥٠.



لكنّه قدّس سرّه استدرك قائلاً: «إلا أن يقال: يمكن دعوى أنّ مراده أنّه لو أريد بها البيع يكون من العقود الفاسدة، وأمّا إذا قصد بها الإباحة فلا يكون مثل صورة قصد البيع في كونه من العقود الفاسدة، فتأمل»<sup>(١)</sup>، إلا أنّ ما أفاده السيّد اليزدي قدّس سرّه في هذا الاستدراك خلاف الظاهر من عبارة الحلّي قدّس سرّه، أعني قوله: «وليس ذلك من العقود الفاسدة، لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيها صار إلى كلّ واحد منهما، وإنّما ذلك على وجه الإباحة»<sup>(٢)</sup>، فالظاهر منها أنّ توهم كون المعاطاة من العقود الفاسدة إنّما يحصل في صورة قصد المتعاطين التمليك، وترتّب الإباحة عليها دون الملك، وجواب ابن إدريس ناظر إلى هذه الصورة، ولعله لأجل ذلك تأمّل قدّس سرّه في العبارة.

وأما ما ذكر أخيراً من وجود نسخة مصحّحة وردت فيها كلمة (ملكه) بالتشديد من باب التفعيل في عبارة (من غير أن يكون ملكه)، والتي تتناسب مع عدم قصد التمليك، فإضافة إلى عدم شهرة هذه النسخة - لأنّ المتداول بين الأعلام هي النسخة بالتخفيف - فإنّ ورود الكلمة مشدّدة في العبارة لا يتناسب مع ظاهر سياق الكلام، فالضمير في (يكون) في عبارة (من غير أن يكون ملكه) الظاهر فيه أنّه راجع إلى ما أخذ، لا إلى الفاعل المعطي، وكذلك إن كان مقصود المتعاطين الإباحة فلا معنى حيثنذ لذكر عبارة (من غير أن يكون ملكه) بالتشديد لأنّه تحصيل حاصل، فافهم.

إذن، عبارة الشيخ ابن إدريس الحلّي في السرائر لا تتلاءم مع ما ذهب إليه المحقّق الثاني وصاحب الجواهر من جواب.

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٢.

(٢) السرائر، ابن إدريس الحلّي، ج ٢ ص ٢٥٠.

## ثالثاً: السيّد ابن زهرة الحلبي

قال في الغنية بعد ذكره لاشتراط الإيجاب والقبول في صحّة انعقاد البيع، حاله حال الشرائط الأخرى المعتبرة كالتراضي ومعلومية العوضين، وبعد بيان الاحتراز بكلّ من الشروط المذكورة عن المعاملة الفاقدة له كالبيع مع الأكره أو مع جهالة العوضين، ما حاصله: «واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والإيجاب من البائع، وهو أن يقول: بعنيه بألف، فيقول: بعتك، فإنّه لا ينعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت أو قبلت، حتى ينعقد.

واحترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول: أعطني بقللاً، فيعطيه، فإنّ ذلك ليس ببيع وإنّما هو إباحة للتصرّف. يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه، وأيضاً فما اعتبرناه مُجمَع على صحّة العقد به، وليس على صحّته بما عده دليل. ولما ذكرناه نهى صلّى الله عليه وآله وسلّم عن بيع الملامسة والمنابذة، وعن بيع الحصاة على التأويل الآخر، ومعنى ذلك أن يجعل اللمس للشيء أو النبذ له وإلقاء الحصاة بيعاً موجباً<sup>(١)</sup>.

ويستفاد من كلامه قدّس سرّه عدّة أمور:

الأمر الأول: صراحة عبارته (فإنّ ذلك ليس ببيع وإنّما هو إباحة للتصرّف) على أنّ الأثر المترتب من المعاطاة هو الإباحة وجواز التصرّف لا الملك، وهذا يتعارض مع ما ذهب إليه المحقّق الثاني من حمل الإباحة في العبارة على الملك المترزّل.

الأمر الثاني: استدلال السيّد ابن زهرة على مدّعا من كون المعاطاة ليست بيعاً فلا يتحقّق معها التمليك وإنّما إباحة التصرّف، بثلاثة أدلّة:

أولاً: إجماع الفقهاء على أنّ المعاطاة ليست بيعاً، وقد ذكر قدّس سرّه في

(١) غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٤.

العبارة أنّ هذا الإجماع سبق وأن أشار إليه، لكنّ الذي يراجع كتابه لا يجده قد صرّح بوجود إجماع على نفي بيعيّة المعاطاة قبل هذه العبارة لكي يشير إليه هنا، ولعلّ مقصوده قدّس سرّه ما ذكره في أوّل كتاب البيع من اشتراط الإيجاب والقبول دون أن ينقل خلافاً في ذلك<sup>(١)</sup>.

ثانياً: توقيفيّة الأحكام، فالعقد حكمٌ شرعيّ، وما اعتبر فيه من الشروط والتي منها الإيجاب والقبول مجمع على صحّة العقد بها، فيقتصر على القدر المتيقّن، وما عدا ذلك فلا دليل على صحّة العقد معه، فيرجع فيه إلى الأصل في العقود وهو البطلان، والمعاطاة تكون داخلة ضمن ما عداها، وهذا الدليل هو الذي التزم به الشيخ الطوسي أيضاً كما مرّ في عبارته في الخلاف<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: إنّ النبيّ صلّى الله عليه وآله نهى عن بيوع ثلاثة: بيع المنابذة، وبيع الملامسة، وبيع الحصاة، ولقد اختلفت الأقوال في تفسير المراد من هذه البيوع، إلّا أنّها بمحصّلها ترجع إلى تأويلين، الأوّل يتعلّق بجهالة المبيع، والثاني يتعلّق بكون لمس الشيء أو النبذ إليه أو القاء الحصاة عليه هو الإيجاب في البيع.

قال صاحب الدعائم: «وعنه صلّى الله عليه وآله أنّه نهى عن بيع الملامسة والمنابذة وطرح الحصى، فأما الملامسة فقد اختلف في معناها، وقال قوم: هو بيع الثوب مدروجاً يلمس باليد ولا يُنشر ولا يُرى داخله، وقال آخرون: هو الثوب يقول البائع أبيعك هذا الثوب على أنّ نظرك إليه اللمس بيدك ولا خيار لك إذا نظرت إليه، وقال آخرون: هو أن يقول إذا لمست ثوبي فقد وجب البيع بيني وبينك. وقال آخرون: هو أن يلمس المتاع من وراء ستر، وكلّ هذه المعاني قريب بعضها من بعض، وإذا وقع البيع عليها فسد.

(١) راجع: غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢٠٧.

(٢) راجع: الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

واختلفوا أيضاً في المنابذة، فقال قوم: هي أن يَبْذ الرجل الثوب إلى رجل، ويَبْذ إليه الآخر ثوباً، يقول: هذا بهذا من غير تقليب ولا نظر، وقال آخرون: هو أن ينظر الرجل إلى الثوب في يد الرجل مطوياً، فيقول: أشتري هذا منك، فإذا نبذته إليّ فقد تمّ البيع بيننا ولا خيار لواحد.

وقال قوم: المنابذة وطرح الحصى بمعنى واحد، وهو بيع كانوا يتبايعونه في الجاهلية يجعلون عقد البيع بينهم طرح حصاة يرمون بها من غير لفظٍ من بائع ولا مشتريّ ينعقد به البيع، وكلّ هذه الوجوه من البيوع الفاسدة<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ الصدوق قدّس سرّه: «ونهى صلّى الله عليه وآله عن المنابذة والملاسة وبيع الحصاة. ففي كلّ واحدة منها قولان:

أمّا المنابذة فيقال: إنّها أن يقول الرجل لصاحبه: انبذ إليّ الثوب أو غيره من المتاع أو أنبذه إليك وقد وجب البيع بكذا وكذا. ويقال: إنّها هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع، وهو معنى قوله أنه نهى عن بيع الحصاة.

والملاسة أن تقول: إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقد وجب البيع بكذا وكذا. ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر إليه فيقع البيع على ذلك. وهذه بيوع كان أهل الجاهلية يتبايعونها، فنهى رسول الله صلّى الله عليه وآله عنها؛ لأنّها غرر كلّها<sup>(٢)</sup>.

والتأويل الأوّل المتعلّق بجهالة المبيع أجنبىّ عمّا نحن فيه، ويبحث في شرطية معلومية المعقود عليه، كما فعل السيّد ابن زهرة عند تعرّضه لهذا الشرط بقوله: «وللجهالة بالمبيع نهى صلّى الله عليه وآله وسلّم عن بيع الحصاة على أحد

(١) دعائم الإسلام، القاضي النعمان المغربي، ج ٢ ص ٢٢، وراجع أيضاً: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيّة، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، ج ٣ ص ٣٤٨ و ٣٥٤.

(٢) معاني الأخبار، الشيخ الصدوق، ص ٢٧٨.

التأويلين، وهو أن ينعقد البيع على ما تقع عليه الحصاة<sup>(١)</sup>.  
 أما التأويل الثاني فهو الذي له ارتباط بمحلّ البحث، وهو كما ذكره السيّد ابن زهرة في عبارته: «ومعنى ذلك أن يجعل اللمس بشيء والنبد إليه وإلقاء الحصاة بيعاً موجباً»<sup>(٢)</sup>، فيكون بطلان البيع من جهة عدم تحقّق شرط البيع وهو الإيجاب من البائع والقبول من المشتري.

وما يظهر من هذه الأدلّة الثلاثة أنّ بطلان البيع وعدم انعقاده من جهة اختلال شرطه وهو الإيجاب والقبول اللفظيّان، لا لعدم القصور في مقتضى الصحّة من قصد التمليك، وإلاّ لكان الأولى به قدّس سرّه أن يعلّل بعدم مقتضى لا بوجود المانع وانعدام الشرط كما أشرنا إليه في ما تقدّم.

وعليه، فلا يتوافق ما ذكره السيّد ابن زهرة في هذه العبارة مع جواب صاحب الجواهر من جعل محلّ النزاع المعاطاة المقصود منها الإباحة لا التمليك.

**الأمر الثالث:** بعد ذكر السيّد ابن زهرة شرطية الإيجاب والقبول اللفظيّين في صحّة البيع وانعقاده، فرّع عليه عدم انعقاد البيع بالاستدعاء من المشتري، كأن يقول المشتري للبائع مثلاً: بعنيه بألف، فيقول البائع: بعتك بألف. والوجه في عدم الصحّة هو اختلال شرط الإيجاب والقبول اللفظيّين، وهذا معناه أنّ وجود المقتضي وهو قصد التمليك أمرٌ مفروغٌ منه، وإلاّ لكان الأولى أن يعلّل عدم صحّة هذا البيع بعدم المقتضي لا بوجود المانع وانعدام الشرط، لأنّ عدم المقتضي مقدّم على وجود المانع كما صار واضحاً.

كما فرّع عليه أيضاً قدّس سرّه عدم انعقاد البيع بالمعاطاة، ومقتضى هذا التفريع أن يكون الاحتراز عن المعاطاة على نحو الاحتراز من البيع بالاستدعاء،

(١) غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٣.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢١٤.

فيكون عدم انعقاد البيع بالمعاطاة إنّما هو بسبب عدم الشرط ووجود المانع، وهو فقدان الإيجاب والقبول اللفظيين، وهذا يدلّ على وجود المقتضي وقصد التمليك في المعاطاة على نحو وجوده في الاستدعاء.

وعليه يتّضح الردّ على ما أفاده صاحب الجواهر من الجواب.

أما الإشكال الذي أورد على عبارتي الخلاف والسراير من ظهور العبارتين في عدم اتّحاد موردي النفي والإثبات، وبالتالي كونها غير آبيتين عمّا ذكره صاحب الجواهر في توجيه كلمات الأصحاب، والجمع بين نفي إفادة المعاطاة الملك وبين إثبات إفادتها الإباحة، فلا مجال للتمسك به هنا، وإنّ توهمه البعض<sup>(١)</sup>، لأنّ عبارة الغنية ظاهرة ظهوراً قوياً جداً يقرب من الصراحة في اتّحاد موردي نفي البيع وثبوت الإباحة.

كما صرّح بذلك السيّد اليزدي معلّقاً على عبارة الغنية بقوله: «أقول: هذا كالصريح في إرادة كون ما نفى كونه بيعاً مفيداً للإباحة، لمكان قوله فإنّ ذلك ليس ببيع وإنّما هو إباحة»<sup>(٢)</sup>، وكتصريح غيره أيضاً من المعلّقين على العبارة، فراجع<sup>(٣)</sup>.

#### رابعاً: أبو الصلاح الحلبي

قال في الكافي بعد ذكره للشرائط الثمانية المعتبرة في صحّة البيع: «واشترطنا الإيجاب والقبول لخروجه من دونها عن حكم البيع»، ثمّ قال: «فإنّ اختلّ شرط من هذه لم ينعقد البيع ولم يستحقّ التسليم، وإنّ جاز التصرف مع اختلال بعضها

(١) كالميرزا فتّاح الشهيد في هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ٢ ص ٤٠.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٣.

(٣) ذكر الشيخ محمد كاظم الشيرازي في بلغة الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢ ص ٢٩، عند تعليقه على عبارة الغنية: (فإنّ ذلك ليس ببيع وإنّما هو إباحة) ما حاصله: «لا يخفى أنّ هذه العبارة لا تتحمّل ما احتملناه في سابقتيها، لوضوح ظهورها في أنّ ما حكم بأنّه ليس ببيع يفيد الإباحة».

للراضي دون عقد البيع، ويصحّ معه الرجوع»<sup>(١)</sup>.

ويستفاد من عبارته قدّس سرّه أمران:

الأمر الأوّل: صراحة عبارته (لم ينعقد البيع، ولم يستحقّ التسليم وإن جاز التصرف) في نفي البيعية والتمليك، وهو منافٍ لما ذكره المحقّق الكركي قدّس سرّه من حمل الإباحة على الملك المتزلزل.

الأمر الثاني: ظهور كلامه في أنّ استناد عدم انعقاد البيعية والملك في المعاطاة إلى عدم الشرط وهو الإيجاب والقبول اللفظيان لا إلى عدم المقتضي وهو قصد التمليك، فلو لم يكن المقتضي موجوداً لكان الأولى الاستناد إليه في عدم الانعقاد لا الاستناد إلى عدم الشرط كما هو واضح، وعليه فلا ينفع حينها جواب صاحب الجواهر من جعل محلّ النزاع المعاطاة المقصود فيها الإباحة.

نعم، يوجد إشكال على ما ذهب إليه الحلبي من حكم، فإنّ الظاهر من عبارته (وإن جاز التصرف مع إخلال بعضها): أنّ الحكم بجواز التصرف يتعلّق بكلّ عقدٍ فاسدٍ اختلّت فيه شرائط الصحة، مع أنّ ظاهر الأصحاب أنّهم يعلّقون الحكم بالإباحة وجواز التصرف على صورة كون الفساد وعدم الصحة ناشئاً من عدم اللفظ فقط.

قال السيّد اليزدي قدّس سرّه: «أقول: هو صريح في كون مورد الإباحة صورة قصد البيع، حيث قال (وإن جاز التصرف مع إخلال بعضها) لكن يظهر منه أنّ الحكم في كلّ العقد الفاسد جواز التصرف لا خصوص ما يكون الفساد فيه من جهة عدم الصيغة، مع أنّهم يخصّون الحكم به بخصوص الفساد من جهة فقد الصيغة، فتدبر»<sup>(٢)</sup>.

(١) الكافي في الفقه، أبو الصلاح الحلبي، ص ٣٥٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٣.

إلا أن يقال: إن قصده قدس سره من بعض الشروط هو شرط الإيجاب والقبول اللفظيين، والأمر سهل؛ لصراحة عبارته في عدم تحقق البيع والمالك، ولكون الكلام في اختلال الشرائط، الذي يعني أن وجود المقتضي أمر مفروغ منه، وهذا يكفي في الاستشهاد به على المطلوب.

#### خامساً: المحقق الحلي

قال في الشرائع في ذكره لعقد البيع وشروطه وآدابه: «العقد: هو اللفظ الدال على نقل الملك، من مالك إلى آخر، بعوض معلوم. ولا يكفي التقابض من غير لفظ، وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع، سواء كان في الحخير أو الخطير»<sup>(١)</sup>.

ويستفاد من عبارته قدس سره هنا أمران:

الأمر الأول: وضوح العبارة في عدم تحقق البيع وعدم حصول الملك بمجرد التقابض في المعاطاة من دون الإيجاب والقبول اللفظيين، وبه يندفع ما أفاده المحقق الكركي قدس سره من جواب.

الأمر الثاني: بالنسبة إلى قصد المتعاطين التمليك، قد يقال: إن الذي يظهر من حرف الوصل في عبارة المحقق قدس سره (وإن حصل من الأمارات...) أن مجرد التقابض في المعاطاة غير كافٍ في حصول الملك مطلقاً، سواء قصد المتعاطيان التمليك أم لم يقصدها، وإنما قصداً للإباحة المجردة وجواز التصرف. بعبارة أخرى: إن مفاد (إن) الوصلية إنما هو للترقي من الفرد الأوضح - الذي هو المعاطاة المفيدة للإباحة - إلى الفرد الخفي وهو المعاطاة المفيدة للملك، فيكون لجواب صاحب الجواهر وجهٌ من ترتيب عدم حصول الملك في المعاطاة على عدم قصده، إذ المقصود فيه مجرد الإباحة وجواز التصرف.

(١) شرائع الإسلام، المحقق الحلي، ج ٢ ص ٢٦٧.



لكنّ الشيخ الأنصاري يرى أنّ هذا الاستظهار غير تامّ، بل الذي يستظهر من الوصلية المذكورة في العبارة أنّ مجرد التقابض في المعاطاة غير كافٍ في ترتيب الملك عليه، سواء قامت أمانة وقرينة على كون المتعاطيين قاصدين التملك أم لم تقم. والذي يشهد لهذا الاستظهار: أنّ المحقّق نفسه قدس سرّه قد فرّع عدم كفاية التقابض على العقد الدالّ على نقل الملك، وهذا يعني - لكي يتّجه هذا التفريع -: أنّ المتعاطيين قاصدان الملك فعلاً، وإلا لو أنّهما لم يكونا قاصدين التملك وإتّما الإباحة لكان الأولى أن يسند عدم كفاية المعاطاة في تحقيق الملك إلى عدم المقتضي وهو قصد التملك، لا إلى عدم الشرط وهو الصيغة.

إذن، فالتعاطيان قاصدان التملك لا الإباحة، فلا وجه لما أفاده صاحب الجواهر من جواب.

لكن أخيراً يبقى أمرٌ وهو أنّ المحقّق قدس سرّه لم يرد في عبارته كلاماً عن تحقّق الإباحة بعد عدم تحقّق البيع، ولذا قد يقال: إنّ عبارته لا تصلح كشاهد لدفع جوابي الكركي وصاحب الجواهر قدس سرّهما.

قال السيّد اليزدي قدس سرّه: «لا يخفى أنّه ليس في كلامه الحكم بإفادتها الإباحة، فلا ينفع في إبطال دعوى صاحب الجواهر ولا دعوى الكركي»<sup>(١)</sup>.

### سادساً: العلامة الحلّي

قال في التذكرة في حكم الصيغة في البيع: «الأشهر عندنا: أنّه لا بدّ منها، ولا تكفي المعاطاة في الجليل والحقير، مثل: أعطني بهذا الدينار ثوباً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه - وبه قال الشافعي مطلقاً - لأصالة بقاء الملك، وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد، وبعض الحنفية

---

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٣، وراجع: بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٢٩ - ٣٠.

وابن سريج في الجليلة. وقال أحمد: ينعقد مطلقاً، ونحوه قال مالك، فإنه قال: بع بما يعتقدُه الناس بيعاً<sup>(١)</sup>.

يستفاد من عبارته قدس سره أمران:

**الأمر الأول:** إن تحقق البيع وترتب الملك على عقد البيع متوقف على الصيغة من الإيجاب والقبول اللفظيين، وبالتالي فإن المعاطاة لا يترتب عليها ملك وإن كان مقصوداً من قبل المتعاطيين، وبه يندفع جواب المحقق الكركي قدس سره. **الأمر الثاني:** إن العبارة فيها دلالة على وجود قصد التمليك عند المتعاطيين، وذلك لوجوه:

**الوجه الأول:** قوله قدس سره: «الأشهر عندنا أنه لا بد منها - الصيغة - ولا يكفي المعاطاة في الجليل والحقير»، فإن تفريعه عدم كفاية المعاطاة في ترتب آثار البيع على اشتراطه الصيغة يدل على أن المتعاطيين قاصدان للتمليك من المعاملة، وإلا كان الأولى به قدس سره إسناد عدم الكفاية إلى عدم المقتضي، أي: عدم قصد التمليك، لا إلى عدم الشرط ووجود المانع، كما ذكرنا ذلك مراراً.

**الوجه الثاني:** تمثيل العلامة قدس سره للمعاطاة بالمثالين المذكورين في العبارة بقوله: «مثل: أعطني بهذا الدينار ثوباً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار» صريح في قصد المتعاطيين التمليك، لأن الباء في (بهذا الدينار) وفي (بدينار) إنما هو للمقابلة، فيكون المعنى: (إني أملكك هذا الدينار في مقابل أن تملكني الثوب)، ومن المعلوم أن باء المقابلة لا ترد إلا في مورد قصد التمليك فيه.

**الوجه الثالث:** تمسكه قدس سره بأصالة بقاء الملك على فساد المعاطاة وعدم كفايتها يدل على تحقق قصد التمليك عند المتعاطيين، وإلا إذا لم يوجد هذا القصد وإنها كان المتحقق قصد الإباحة فلا يوجد شك في عدم تحقق البيع

(١) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، ج ١٠ ص ٧.

والتملك لكي يتمسك بأصالة بقاء ملك المالك الأوّل.

بعبارة أخرى: إنّ الأصل المتمسك به هنا إنّما هو الاستصحاب، ومن المعلوم أنّ الاستصحاب لا يجري إلّا في مورد الشكّ، فإذا كان هناك شكّ في بقاء الملك وعدمه، صحّ عندها التمسك بهذا الأصل، ومن الواضح أنّ هذا الشكّ لا يحصل إلّا مع وجود قصد التملك، وإلّا فمع قصد الإباحة يوجد قطع بعدم الملك، فلا معنى حينها للتمسك بالاستصحاب.

الوجه الرابع: قوله قدّس سرّه: «وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد» يدلّ على أنّ مقصود المتعاطين هو الملك، لأنّ قصد الملك لا يمكن الدلالة عليه إلّا من خلال لفظ مطابق للمقصود يحصل به إنشاء ما قصد، ولا يكفي في الدلالة عليه مجرد الفعل، أمّا قصد الإباحة والتراضي وجواز التصرف فلا تكون الأفعال قاصرة عن الدلالة عليها.

الوجه الخامس: قوله قدّس سرّه: «ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً» يدلّ أيضاً على قصد التملك، لأنّ اعتقاد الناس وقوع البيع بالمعاطة لا ينسجم إلّا مع قصد البيعية والتملك كما هو واضح.

وعليه، فمن خلال هذه الوجوه لا تنسجم عبارة العلامة الحلّي في التذكرة مع جواب صاحب الجواهر، إلّا أن يقال: أنّ العلامة ليس في كلامه هنا إشارة إلى الحكم بإفادة المعاطة الإباحة، وغرض الكركي وصاحب الجواهر في جوابهما توجيه عبارات الأصحاب المشتملة على إفادة المعاطة الإباحة، فلا تنفع حينئذ عبارة العلامة في الاستشهاد بها على دفع جوابي العلمين<sup>(١)</sup>.

---

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، لليزدي، ج ١ ص ٣٣٣. وحاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٣٩. وهداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي، ج ٢ ص ٤٤. وبلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣٠.

### سابعاً: الشهيد الأوّل

قال في القواعد بعد ذكره أنّ السبب الفعلي قد يقوم مقام السبب القولي<sup>(١)</sup>، وبعد ذكره أمثلة على ذلك: «أمّا المعاطاة في المبيعات فتفيد إباحة التصرف لا الملك، وإن كان في الحقيق، عندنا»<sup>(٢)</sup>.

ويستفاد من عبارته قدّس سرّه أمران:

الأمر الأوّل: صراحة قوله: (تفيد الإباحة لا الملك) عدم تحقّق الملك في المعاملة المعاطائيّة، وفيه تفنيد لما ذهب إليه المحقّق الكركي قدّس سرّه.

الأمر الثاني: دلالة العبارة على قصد المتعاطيين التملك؛ وذلك لقرينتين:

القرينة الأولى: قوله: «وأمّا المعاطاة في المبيعات فهي تفيد الإباحة»، فتعبيره عن المعاملة بالمبايعة تدلّ بوضوح على وجود قصد لدى المتعاطيين بالتملك، وظاهر العبارة أنّ المعاطاة التي قصد فيها المبايعة هي نفسها التي أفادت الإباحة، فلا تقبل العبارة حيثنذ الحمل على ما ذكره صاحب الجواهر من جواب.

القرينة الثانية: قوله: (عندنا)، والذي يستفاد منه أنّ المعاطاة عند غيرنا تفيد الملك لا الإباحة، ومن الواضح أنّ إفادة الملك لا يكون إلا مع قصد التملك.

### • الأمر الثاني: سيرة العقلاء

إنّ ما فعله الشيخ الأنصاري من استعراض لكلمات أكابر الفقهاء إنّما كان

(١) لم يذكر الشهيد قدّس سرّه صراحة قيام السبب الفعلي مقام القولي، وإنّما الذي قاله: «قد يقوم السبب الفعلي غير المنصوب ابتداءً مقام الفعلي المنصوب ابتداءً، كتقديم الطعام إلى الضيف فإنّه مغن عن الإذن في الأصحّ، وتسليم الهدية إلى المهدي إليه وإن لم يحصل القبول القولي في الظاهر من فعل السلف والخلف، وكذلك صدقة التطوّع...» (القواعد والفوائد، ج ١ ص ١٧٨)، لكنّ الذي يظهر من الأمثلة المذكورة أنّ مقصوده من السبب الفعلي المنصوب هو السبب القولي.

(٢) القواعد والفوائد، الشهيد الأوّل، ج ١ ص ١٧٨.

للاستشهاد به على المطلوب بحسب الظاهر، وإقناع الطرف المقابل أنّ ما ذهب إليه المشهور هو كون المعاطاة محلّ البحث والنزاع هي ما قصد فيها التملك وأفادت الإباحة، وأمّا بحسب الواقع ونفس الأمر فإنّ المعاطاة المتداولة بين الناس لا شكّ ولا ريب أنّ المقصود فيها هو التملك لا غير، والمعاطاة المقصود فيها الإباحة فهي إن وجدت في الخارج فإنّها تكون في غاية الندرة، لأنّ عامّة الناس لا يلتفتون في الغالب إلى الإباحة كي يقصدوها، فلو جعلنا محلّ النزاع بين الأصحاب في المعاطاة هو المعاطاة المقصود فيها الإباحة، لزم منه تعرّضهم للفرد النادر وإعراضهم عن حكم ما هو الشائع والمتعارف بين الناس ومحلّ ابتلائهم، وهو كما ترى فإنّه في غاية البعد.

يقول السيّد محمد آل بحر العلوم قدّس سرّه: «في هذا النزاع العظيم ليس الاختلاف بينهم إلّا فيما يليق بالبحث عنه من حكم ما هو المتعارف بين الناس من معاملاتهم بالمعاطاة الجارية على منوال عقود المعاوضات إلّا في تحقّق العقد اللفظي، فإنّه الجدير بالبحث عن حكمه، لا ما يمكن فرض وقوعه في الخارج. وهذا ممّا إشكال فيه، كما لا إشكال ظاهراً (في أنّ قصد المتعاطيين التملك بالمعاطاة غالباً) كالبيع العقدي دون الإباحة المطلقة مع بقاء العين على ملك مالکها خلافاً لشيخنا في الجواهر»<sup>(١)</sup>.

#### محاولة تبرير يائسة

حاول بعض الفقهاء أن يجد تبريراً مقنعاً لمخالفة صاحب الجواهر لسيرة العقلاء في المعاطاة، فذهب إلى أنّه من المحتمل أن يكون نظر صاحب الجواهر في جوابه - إضافة إلى التخلّص من بعض الإشكالات التي سيستعرضها الشيخ الأعظم لاحقاً - إلى العرف العام، وخاصّة عند العامّي الذي يكون الغرض عنده

(١) بلغة الفقيه، السيّد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ٦٢.

من المعاملة في المعاطاة هو النتيجة، وهي التسلّط على العين للانتفاع منها وصحة جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقّفة على الملك، بغضّ النظر عن كون هذه النتيجة حاصلة من قصد الإباحة أو الملك، وهذا الغرض منسجم تماماً مع قصد الإباحة المطلقة، ولأجله ذهب صاحب الجواهر إلى القول أنّ المقصود في المعاطاة الإباحة.

يقول السيّد بحر العلوم قدّس سرّه: «لعلّ نظره (أي: صاحب الجواهر) - مضافاً إلى التخلّص عن المحاذير الآتية - إلى عدم الفرق في نظر العرف العامّ ولا سيّما عند العوامّ بين الإباحة المطلقة، وبين ملك الرقبة في النتيجة والغرض المقصود من صحة جميع التصرفات حتى المتوقّفة على الملك سواء كان منبعثاً عن ملكيّة العين والإباحة المطلقة، ويتّضح ذلك في المحقّرات كدفع الدرهم من الشارب لحصول الغرض به من شرب الماء من غير تعلق غرض له بكون التسلّط عليه منبعثاً عن ملكيّة الماء دون إباحته، ويشهد لذلك معاطاة من لا يقول بإفادتها الملك، بل مفادها الإباحة اجتهاداً (أو تقليداً) في المحقّرات، فكيف يقصد التملك والتملّك بمعاملته مع العلم بعدم وقوع المقصود منها مع وقوع المعاملات المعاطائيّة في أغلب معاملاتهم».

لكنّه قدّس سرّه تراجع بعد ذلك عن هذه المحاولة، لمخالفتها الوجدان، فقال: «إلا أنّ الانصاف دعوى وقوع معاملات الناس غالباً، وما هو المتعارف بينهم بقصد الإباحة دون الملك مكابرة ممّا يشهد بخلافه الوجدان، بل الذي عليه الناس عموماً وخصوصاً وهو قصد الملك في معاملاتهم المعاطائيّة»<sup>(١)</sup>.

### النتيجة النهائيّة للشيخ الأنصاري

النتيجة النهائيّة التي يصل إليها الشيخ الأعظم بخصوص جوابي المحقّق

(١) بلغة الفقيه، السيّد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ٦٢.

تحرير محلّ النزاع ..... ٢٠٧

الكركي وصاحب الجواهر، أنّ ما ارتكبه المحقق الكركي من حمل الإباحة المذكورة في عبارات الأصحاب على الملك المتزلزل والجائر بعيد لا يتوافق مع ظاهر كلماتهم بل وصريح بعضها كما تقدّم.

وأبعد منه ما ذكره صاحب الجواهر من جعل محلّ النزاع بين الأعلام المعاطاة المقصود منها الإباحة لا الملك. ووجه الأبعدية أمور ثلاثة:

الأمر الأوّل: أنّ كلمات الفقهاء من العامة والخاصة ظاهرة في أنّ محلّ النزاع ومصبّ الأقوال هو المعاطاة المقصود فيها الملك لا الإباحة، وذلك لتفريعهم البحث في المعاطاة والحكم فيها على اعتبار الصيغة واللفظ في البيع، ومن الواضح أنّ اشتراط الصيغة وعدمه إنّما يكون في موردٍ قصد فيه التمليك، ونفي البيعية إنّما هو لأجل فقدان الشرط، وإلا إذا لم يكن المقصود هو الملك لكان إسناد نفي البيعية إليه أولى من إسناده إلى عدم الصيغة، لأنّ الإسناد إلى عدم المقتضي مقدّم على الإسناد إلى فقدان الشرط ووجود المانع، كما هو معلوم.

الأمر الثاني: أنّ مورد الخلاف بين الخاصة والعامة في إثبات ونفي إفادة المعاطاة للملك واحد، كما لاحظنا ذلك من بعض عبارات الأصحاب، فلا بدّ في مورد الخلاف هذا أن يكون القصد فيه هو التمليك لا الإباحة، إذ القول بإفادة المعاطاة للملك اللازم مع قصد الإباحة لا يمكن أن يصدر من عاقل فضلاً عن فاضل.

بعبارة أخرى: «إنّ ما لا يقصد فيه الملك أصلاً ولو إجمالاً... كيف يتحمّل القول بالبيعية مع الصحة واللزوم، والقول بالبيعية المفيدة لملك متزلزل، والقول بالبيعية الفاسدة، والقول بالمعاوضة المستقلة المفيدة لملك الأعيان والمنافع، بخلاف المعاطاة المقصود بها الملك فإنّها تتحمّل جميع هذه الأقوال»<sup>(١)</sup>.

(١) ينابيع الأحكام، السيّد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٤٨٨.

الأمر الثالث: أنّ الذي يراجع سيرة العقلاء في معاملاتهم المعاطاتية يرى أنّها قائمة على قصد التمليك واعتبارها بيعاً مملّكاً عندهم، ومحلّ النزاع بين الفقهاء في المعاطاة لا بدّ أن يكون منصباً على هذه المعاطاة الشائعة بين الناس، وإلاّ كان نظرهم إلى الفرد النادر من المعاطاة المقصود فيها الإباحة المحضّة وهو بعيد كما ذكرنا.

بل لا يتمّ ما ذكره صاحب الجواهر من جواب حتى مع التفسير الذي تبنّاه السيّد اليزدي<sup>(١)</sup> ودافع به عن صاحب الجواهر - في أنّه ليس بصدد أن يجعل محلّ النزاع بين الأعلام ومصبّ الأقوال جميعها هو المعاطاة المقصود بها الإباحة، فإنّ ذلك لا يتناسب مع علوّ مقامه العلمي قدّس سرّه، بل هو بصدد توجيه حكم المشهور بإفادة المعاطاة الإباحة من كون هذا الحكم مختصّ بتوافر شرائط ومقتضيات تحقّق الإباحة في المعاطاة والتي منها قصد الإباحة، وهذا لا ربط له بمحلّ النزاع - وذلك لمخالفته الواضحة والصريحة لظاهر كلمات الفقهاء في أنّ مصبّ الأقوال ومورد النفي والإثبات إنّما هو المعاطاة المقصود بها التمليك، خاصّة مع تفرّيعهم البحث في المعاطاة صحّة وفساداً على اشتراط الصيغة في اللفظ وعدمه، والذي يظهر منه أنّ نفي البيعة في المعاطاة إنّما هو لفقدان الشرط، فلو لم يكن قصد التمليك موجوداً في المعاطاة لكان الأولى بل الأصحّ أن يستند الفساد وعدم البيعة إلى عدم المقتضي للملك وهو القصد لا إلى عدم الشرط.

ولذلك قال الميرزا النائيني: «وعلى هذا، فتوجيه السيّد قدّس سرّه في حاشيته على المتن عبارة الجواهر من أنّه قدّس سرّه لا ينكر أنّ محلّ النزاع هو مورد قصد التمليك، إلاّ أنّه يقول: إنّ مراده من قولهم (إنّما تفيد الإباحة أنّها تفيدها في صورة قصدها) فغير مفيد، لأنّ ما هو محلّ النزاع الذي هو مورد قصد

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٢٩.



التمليك هو محلّ الأقوال الأربعة أو أزيد»<sup>(١)</sup>.

وعليه فجواب صاحب الجواهر حاله كحال جواب المحقق الكركي لا يفي بدفع الإشكال عن المشهور في حكمهم في المعاطاة بإفادتها إباحة التصرف رغم قصد التمليك فيها، ومخالفتهم بذلك القواعد الفقهيّة المعروفة والمسلم بها عند جميع الفقهاء.

### التحقيق في أجوبة أخرى عن الإشكال

#### • أولاً: جواب الآخوند الخراساني

يرى الشيخ الآخوند قدّس سرّه أنّ ما فعله المشهور (من ترتيب الإباحة على المعاطاة المقصود منها التمليك، وأنّ الملك لا يحصل فيها إلّا بتلف إحدى العينين) غير مخالف للقواعد والأصول الفقهيّة، وذلك لأنّ الأصحاب يلتزمون بإفاداة المعاطاة المقصود منها التمليك المملكيّة، غاية الأمر أنّ إفادتها هذه على نحو الشرط المتأخّر نظير المملكيّة الحاصلة في بيع الصرف والسلم، المشروطة بتحقيق القبض المتأخّر عن العقد الذي كان يوجد فيه قصد الملك من قبل المتعاقدين. ففي عقد المعاطاة يوجد قصد للتمليك من قبل المتعاطين حين العقد، إلّا أنّ هذا التمليك يشترط في تحقّقه حصول التلف لإحدى العينين أو كليهما، فيكون التلف بمثابة الشرط المتأخّر لتحقق المملكيّة الذي هو مقتضى العقد. أمّا الإباحة الحاصلة بعد العقد وقبل التلف فهي إباحة مالكيّة ضمنيّة وليست شرعيّة، مستفادة من قصد التمليك في العقد وليست هي من مقتضيات العقد. ولو قيل بأنّها إباحة شرعيّة تعبدية فلا وجه عندئذ لاستبعادها بعد قيام السيرة على تحقّقها.

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١١٧.

بعبارة أخرى: «إنَّ مراد القائل بالإباحة في المعاطاة: إفادة المعاطاة لها قبل تحقّق التصرّف، وأمّا بعده فقد وافقوا القائلين بالملك، والتزموا بحدوثه بعد التصرّف، ولو بنقله إلى غيره، بالنقل اللازم أو الجائز...»

وبالجمله لم يوجد أحد يقول بجواز استرداد المأخوذ بالمعاطاة بعد التصرّف فيه، وحاصله تحقّق الإمضاء للمعاطاة من الشارع على طبق ما قصده المتعاطيان منها وهو التمليك بعد تصرّف أحدهما فيما أخذه من الآخر، فيكون نظير بيع الصرف والسلم في حقوق إمضاء الشارع بهما بعد تحقّق التقابض في الأوّل وقبض الثمن في الثاني. وتأخّر لحوق الإمضاء عن العقد وتحقّقه بعد أمر متأخّر عنه، لا يوجب تخلف العقد عن القصد. كيف ولا مناص عنه في قاطبة البيوع حتى المنشأة باللفظ؛ لحصول الانفكاك بين تحقّق الملكيّة وتحقّق الإيجاب - لا محالة - بتخلّل القبول بينهما، مع أنّ المقصود من الإيجاب إنشاء الملكيّة من حينه، فتأخّر حصول الملكيّة فيها كما لا يوجب التخلف المذكور فيها، كذلك لا يوجب في المعاطاة<sup>(١)</sup>.

قال الآخوند قدّس سرّه: «بل يؤثّر التمليك، غاية الأمر: بشرط التصرّف، كالقبض في الصرف والسلف، أمّا الإباحة قبله فليست شرعيّة، بل مالكيّة ضمنيّة، ولو سلّم أنّ مرادهم هي الإباحة الشرعيّة فإنّها يستبعد المصير إليه لو لم يكن هناك ما يمكن أن يتوهّم منه ذلك، والسيرة التي هي العمدة في الباب مورد لذلك، فتدبّر جيّداً<sup>(٢)</sup>».

إذن، يوجد في كلام الشيخ الآخوند قدّس سرّه دعويان:

الأولى: تنزيل التصرّف في العين في المعاطاة منزلة القبض في بيع الصرف والسلم في كونه من الشرط المتأخّر في تحقيق مقتضى العقد.

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد الحجّة الكوهكمري، للشيخ التبريزي، ص ٦٠.

(٢) حاشية المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٤.

الثانية: أنّ الإباحة في المعاطاة قبل تحقّق التصرّف والتلف هي إباحة مالكيّة ضمنيّة مستفادة من قصد التملك، كما أنّ القول بكونها شرعيّة غير مستبعد بعد قيام السيرة على تحقّقها.

### التحقيق في الجواب

إنّ كلا الدعويين اللتين تضمّنهما كلام الآخوند يمكن المناقشة فيهما:  
أما الدعوى الأولى: فالردّ عليها واضح، إذ إنّ هذا التنزيل إنّما هو ممكن ثبوتاً، وهذا الإمكان غير كافٍ في المقام ما لم ينضمّ إليه دليل إثباتيّ يدلّ عليه، ولا دليل في البين، بل لا قائل به من الفقهاء، فضلاً عن كونه مراد مشهور الأصحاب. قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه ردّاً على جواب أستاذه الآخوند: «فهو وإن كان لطيفاً في نفسه، إلّا أنّي لم أجد من وافقه عليه بجعل التصرّف والتلف شرطاً لتأثير المعاطاة، وإن كان حصول الملك قبلها مشهوراً؛ جمعاً بين القواعد. وحصول الملك قبل التصرّف والتلف أمر، ونفوذ المعاطاة الملحوقه بالتصرّف والتلف أمر آخر، والجمع بين القواعد لا يقتضي الشرطيّة بل الملكيّة فقط»<sup>(١)</sup>.  
بل قد يدعى عدم إمكان هذا التنزيل ثبوتاً كذلك، «لأنّه إن أريد أنّ التلف كاشف عن الملكيّة من أوّل الأمر؛ نظير الإجازة في عقد الفضيولي - على قول - فالملكيّة تتحقّق حينئذ لمن علم بتعقبها لذلك، دون من لم يعلم به، وهذا لا يلتزم به أحد. وإن أريد أنّ التلف ناقل لا كاشف، ففيه ما تقدّم من أنّ اعتبار الملكيّة بعد تلف العين غير معقول، ولو سلّم اعتبار العقلاء للملكيّة بعد التلف - لأجل آثار ترتّب عليها - فإنّ اعتبارها مشروطة بالتلف غير معقول، وليس من شأن العقلاء جعل هكذا معاملة»<sup>(٢)</sup>، فيكون ما ذكره قدّس سرّه مخالفاً لكلمات الفقهاء وبناء العقلاء.

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٢.

(٢) بلغة الطالب، السيّد الكلبيگاني، ج ١ ص ٦٦.

وأما الدعوى الثانية: فيمكن ردّها من خلال الأمور التالية:

أولاً: لا وجه لما ذهب إليه الآخوند من جعل الإباحة قبل التصرف إباحة مالكيّة ضمنيّة - أي: مستفادة في ضمن قصد التمليك - لأنّه مع كون المقصود في المعاطاة التمليك بحسب الفرض فلا يمكن تعقّل كون الإباحة المترتبة عليها هي إباحة مالكيّة؛ لمكان المقابلة بين التمليك والإباحة المالكيّة، حيث إنّ الإباحة المالكيّة معناها الرضا بالتصرف فقط مع بقاء العين على ملكيّة مالكيها الأوّل. فيجوز له استردادها من الآخذ متى شاء؛ لبقاء سلطنته على ماله وعدم انقطاعها عنه، أمّا التمليك فمعناه انقطاع الملكيّة عن المالك وجعلها متعلّقة بالأخذ، فلا يمكن حينها الجمع بين إبقاء السلطنة وإعدامها في إنشاء واحد.

بعبارة أخرى: إنّ الإباحة المالكيّة متقوّمة بابقاء ملكيّة العين، وقصد الملك متقوّم بسلب ملكيّة العين، ولا يعقل اجتماع إبقاء إضافة المال إلى النفس مع سلبها في معاملة واحدة.

قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: «إنّ ترتّب الإباحة المالكيّة الإنشائيّة يوجب وقوع ما لم يقصد، بل الظاهر عدم وصول النوبة إليه، إذ قصد قطع إضافة الملكيّة عن نفسه مع قصد إباحة ملكه للغير متنافيان، فالإباحة التسبيبيّة الإنشائيّة مع قصد التمليك هي في نفسها محال»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: إنّ نفي الآخوند الاستبعاد والغرابة عن الالتزام بكون المقصود من الإباحة هنا هي الإباحة الشرعيّة لا المالكيّة إنّما يثبت إمكان الإباحة الشرعيّة على مستوى الثبوت فقط، لكنّ الكلام في الدليل الدالّ عليها إثباتاً، فالمدّعي للإباحة الشرعيّة يرى أنّ الدليل عليها هو الإجماع الذي ادّعاه السيّد ابن زهرة في

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠١.

الغنية<sup>(١)</sup>، إلا أننا عندما نراجع كلمات الفقهاء يصعب علينا حمل الإباحة في كلماتهم على الإباحة الشرعية، بل يظهر من بعضهم أن المقصود من الإباحة هي الإباحة المالكية لا الشرعية، كما في عبارة الشيخ الطوسي في المبسوط حيث قال: «إذا ثبت هذا فكلّ ما يجري بين الناس إنّما هو استباحاتٌ وتراضٍ دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً؛ مثل: أن يعطي للخبّاز درهماً فيعطيه الخبز، أو قطعةً للبقلي فيناوله البقل، وما أشبه ذلك. ولو أنّ كلّ واحد منهما يرجع فيما أعطاه، كان له ذلك؛ لأنّه ليس بعقد صحيح هو بيع»<sup>(٢)</sup>.

وعبارته في الخلاف: «إذا دفع قطعة إلى البقلي أو إلى الشارب، وقال: أعطني بقلّاً أو ماءً، فأعطاه، فإنّه لا يكون بيعاً، وكذلك سائر المحقّرات، وإنّما يكون إباحة، له أن يتصرّف كلّ واحد منهما فيما أخذه، تصرّفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه... فأما الاستباحة بذلك فهو مجمع عليه، لا يختلف العلماء فيها»<sup>(٣)</sup>.

حيث يظهر أنّ التراضي والإباحة إنّما هي حاصلة من فعل الإعطاء، ولا شك أنّ الإباحة الحاصلة من الإعطاء هي إباحة مالكية لا شرعية.

إذن، لا يوجد دليل يمكن الاستناد إليه شرعاً لإثبات الإباحة الشرعية. هذا، ولقد حاول بعض الفقهاء الردّ على المحقّق الخراساني من خلال نفي سببية التلف والتصرّف في العين الحاصل بعد عقد المعاوضة للتمليك لعدم الدليل على تحقّق الملكية بعد التصرّف؛ وذلك لأنّ عبارات الأصحاب خالية عن الحكم بحصول الملك بالتلف، بل حكموا باللزوم بالتلف، كما ذكر ذلك الشهيد الثاني في المسالك حيث قال: «فعلى هذا يباح لكلّ منهما التصرّف، ويجوز له الرجوع في

(١) راجع: غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٤.

(٢) المبسوط في فقه الإمامية، الشيخ الطوسي، ج ٢ ص ٨٧.

(٣) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

المعاوضة ما دامت العين باقية، فإذا ذهبت لزمت»<sup>(١)</sup>.

وكما صرح به المحقق الكركي في جامع المقاصد من أنّ المعاطاة عند المشهور تفيد الإباحة، وإنّما تلزم بتلف إحدى العينين<sup>(٢)</sup>، حيث يظهر من هذه العبارات وغيرها لزوم الإباحة الحاصلة قبل التلف لا حصول الملك<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فإنّ «عدم جواز الرجوع بعده فلاجل عدم بقاء المأخوذ بالمعاطاة على ما هو عليه حين الإعطاء، والمبيح إنّما يجوز له الرجوع فيما أباحه من الغير، إذا بقي على ما هو عليه حين الإباحة، وأمّا مع فقدته فلا رجوع له، وكذا لا رجوع للآخر من المتعاطين فيما أعطاه من العوض ولو مع بقاء ما أعطاه على ما هو عليه حين الإعطاء، لكون إباحته متقيّدة بإباحة الآخر، لإناطة كلّ من الإباحتين الحاصلتين بالمعاطاة بالأخرى، فإنّ كلّاً منهما قد دفع ماله وأباحه من الآخر، بشرط دفع الآخر أيضاً ماله إليه وإباحته منه، فيكون رجوع أحدهما فيما أباحه مستلزماً لرجوع الآخر، وامتناع الرجوع منه مستلزماً لامتناعه من الآخر. وبالجملّة: الحادث بالتصرّف في أحد طرفي المعاطاة هو الإباحة اللازمة الآبية عن الرجوع، وهي غير الملكيّة. فالقول بحدوثها بعد التصرّف - لمجرد امتناع الرجوع - خارج عن مقتضى البرهان»<sup>(٤)</sup>.

هذا الإشكال على الشيخ الآخوند غير سديد، وذلك لصراحة بعض عبارات الأصحاب في تبدّل الإباحة المترتبة على المعاطاة قبل التلف إلى الملك بعده، لا أنّ الإباحة تتحوّل من حالة الجواز إلى اللزوم، قال الشهيد الثاني في

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٨.

(٢) راجع: جامع المقاصد، المحقق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٣) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي، ج ٢ ص ٣٦.

(٤) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الكوهكمري، للتبريزي، ص ٦١.

المسالك: «لو تلفت العينان معاً، تحقّق الملك فيهما. ولو تلفت إحداهما خاصّة، فقد صرّح جماعة بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الأخرى»<sup>(١)</sup>.

بل إنّ عبارة المحقّق الكركي في جامع المقاصد لا بدّ من حملها على هذا المعنى، لأنّه قدّس سرّه قد استغرب من فتوى المشهور من ترتّب الإباحة على المعاطاة وانقلابها إلى الملك بسبب تلف إحدى العينين والتصرّف بها<sup>(٢)</sup>، ولأجل أن يرفع هذا الاستغراب حمل الإباحة في كلمات القوم على الملك المتزلزل، فلا غرابة حينئذ من تحوّل الملك الجائز والمتزلزل قبل التلف إلى الملك اللازم بعده، لكونه من قبيل العقد الخياري الذي ينقلب جوازه إلى اللزوم عند انقضاء زمان الخيار أو إسقاطه<sup>(٣)</sup>.

إذن، المقصود من اللزوم بعد التلف في المعاطاة هو تحقّق الملك اللازم لا لزوم الإباحة.

#### • ثانياً: جواب المحقّق الأصفهاني

يرى المحقّق الأصفهاني أنّ ما ذهب إليه المشهور من ترتّب الإباحة على المعاطاة المقصود فيها التمليك غير مخالف للقواعد، وذلك لأنّ هذه الإباحة لا يخلو أمرها إمّا أن تكون إباحة مالكيّة أو إباحة شرعيّة تعبدية، أمّا الإباحة المالكيّة فهي غير معقولة في حدّ ذاتها - كما تقدّم - لعدم معقولية الجمع بين قصد التمليك وقطع إضافة المالكيّة عن النفس مع إباحة الملك للغير وبقاء إضافة المالكيّة، وأمّا الإباحة الشرعيّة فبابها ترتّب الحكم على موضوعه، لا باب ترتّب الأمر الإنشائي التسببي على سببه حتى يلزم منه محذور وقوع ما لم يقصد.

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٩.

(٢) راجع: جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٣) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد محمد جعفر المروّج، ج ١ ص ٣٢٨.

وعلى اعتبار أنّه «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم إلاّ عن طيب نفسه» يرى المحقّق الأصفهاني أنّ موضوع الإباحة الشرعيّة في المعاطاة متحقّق وهو طيب النفس، فلا بدّ أن يترتّب عليه الحكم، وذلك لأنّ الإعطاء الحاصل في المعاطاة ودفع المال إلى الغير وتسليطه عليه كاشف نوعاً عن رضا المالك وطيب نفسه بتصرّف الغير في ملكه، فيتحقّق موضوع الحكم ويترتّب عليه جواز التصرّف شرعاً، وهذا هو مقصود المشهور من ترتّب الإباحة على المعاطاة رغم وجود قصد التملك.

قال قدّس سرّه: «ويمكن دفع الإشكال من الوجهين بما ملخصه: أنّ جواز التصرّف شرعاً ليس حكماً ابتدائياً من الشارع حتى يستبعد، ولا من ناحية إنشاء الإباحة حتى يقال بأنّه محال، بل مستند إلى التراضي المنكشف بتسليط كلّ منهما خارجاً، فلم يترتّب أمر عقديّ حتى يقال بأنّه لم يقصد وأنّ قصده محال»<sup>(١)</sup>.

ثمّ ذكر قدّس سرّه إشكالاً حاصله أنّه يلزم من هذا الجواب تالٍ فاسدٌ لا يلتزم به أحد، وهو ثبوت جواز التصرّف في العقود الفاسدة، لأنّ الإعطاء الحاصل فيها كاشف أيضاً على نحو الإنّ عن الرضا بالتصرّف.

وأجاب عنه بوجود الفارق بين عقد المعاطاة والعقد الفاسد من هذه الناحية، وذلك لأنّ دفع العين في العقد الفاسد المبنيّ على الوفاء بالعقد غير كاشف عن رضا المالك، لأنّ المالك فيه يعطي العين باعتبار توهمه أنّه مال الغير، ومع فساد العقد وبطلان وجوب الوفاء بالعقد يكون الإقباض غير كاشف عن رضا المالك بالتصرّف لو توجه إلى ذلك، بخلافه في المعاطاة، فإنّ الإقباض الحاصل فيها ليس بعنوان الوفاء بالعقد بل هو حاصل ابتداءً فيكون عن رضا المعطي بالتصرّفات.

قال قدّس سرّه: «والفرق بينه وبين العقود الفاسدة: أنّ غاية ما يكشف عنه

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠١.



العقد هو انبعائه عن رضى بالتملك العقدي الغير الحاصل على الفرض، وإقباضه بعده باعتبار اعتقاد لزومه عليه، فليس له كشف نوعي عن الرضا باستيلائه، بخلاف التسليط والاستيلاء الغير المسبوق بشيء، فإنه صادر عن كمال الطيب والرضا، وهو المسوّغ لجواز التصرف<sup>(١)</sup>.

كما يرى المحقق الأصفهاني أنّ وجود قصد التملك في المعاطاة ليس سبباً لتخصيص الرضا بالتصرّفات المنكشف عنه بالإعطاء بالرضا والتسليط المالكي لكي يقال أنّه مع انتفاء عنوان التملك ينتفي هذا الرضا والتسليط، وذلك لأنّ التملك بنفسه متفرّع عن الرضا بالتصرّفات لا أنّ الرضا منبعث عنه أو مقيّد به.

قال قدّس سرّه: «لا يقال: إذا كان تسليطه بعنوان التملك فهو راضٍ باستيلائه المالكي ولم يحصل، لأننا نقول: التسبّب إلى الملكيّة لأجل حصول التمكّن من التصرف بنحو أوفى وأكمل، فالتملك منبعث عن الرضا بانتفاع كلّ منهما بالعين، لا الرضا منبعث عنه أو مقيّد به»<sup>(٢)</sup>.

هذا ما أفاده المحقق الأصفهاني في جوابه عن الإشكال المتوجّه إلى المشهور، والذي كان ملخصه: أنّ الإباحة المترتبة على المعاطاة التي أفادها المشهور هي الإباحة الشرعيّة لا الإباحة المالكيّة، وباب هذه الإباحة باب ترتّب الحكم على موضوعه، لا ترتّب الأمر التسيبي على سببه.

### التحقيق في الجواب

هذا الجواب يمكن أن يرد عليه بأنّ الكاشفيّة النوعيّة لفعل ما عن أمر معيّن لا بدّ أوّلاً من ثبوت مقتضي الكشف عقلاً في ذلك الفعل، فلا اعتبار بالفعل إذا لم يكن بنفسه كاشفاً، والإعطاء الحاصل في المعاطاة له مفهوم واسع ينسجم

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٢.

(٢) المصدر نفسه.

مع عناوين عدّة كالبيع والصلح والهبة والعارية والوديعة، وبما أنّه فعل اختياريّ إراديّ فلا بدّ أن يكون ناشئاً من قصد خاصّ معيّن.

وهذا الأمر يسلم به المحقّق الأصفهاني حيث ذكر «أنّ الفعل الخارجي لا يصدر من عاقل غير غافل إلّا بعنوان من العناوين، فقد يقصد جعل العين عنده وديعة وأمانة، وقد يقصد به جعلها عارية، وقد يقصد به تمكين الغير من التصرّف فيها عن رضاه فيكون إباحة، وقد يقصد به إخراجها عن ملكه وقطع إضافته عن نفسه وإدخالها في ملك المعطي فيكون تملكاً»<sup>(١)</sup>، وقصد التملك في المعاطاة قرينة على أنّ هذا الإعطاء ناشئ من ذلك القصد، فيكون الإعطاء والتسليط في المعاطاة حينئذ من باب الوفاء، ويكون كاشفاً عن حصّة خاصّة من الرضا بالتصرّف وهو الرضا المقيّد بتحقيق عنوان التملك، فإذا انتفى أثر المقصود في المعاطاة وهو التملك، انتفى حينئذ هذا الرضا بالتسليط والتصرّف، ويكون حاله حال العقد الفاسد، فلا وجه حينها للقول بالإباحة.

قال الشيخ الوحيد الخراساني: «إنّ الكاشفيّة النوعيّة لا تعدّ أمراً اعتبارياً وإنّما بملاك معيّن، وهو أن يكون العمل كاشفاً عند العقلاء... وهي تدور مدار الكشف والكاشفيّة عن المنكشف المقصودة عند العقلاء، وعليه فلا اعتبار بالفعل إذا لم يكن الفعل بنفسه كاشفاً كالإعطاء الذي قد يكون بعنوان البيع أو الصلح أو الهبة أو العارية أو الوديعة، فلا يمكن استكشاف التسليط المطلق عن مجرد فعل الإعطاء، خلافاً للمستفاد من كلام صاحب الجواهر حيث يرى أنّ الإعطاء بنفسه كاشف عن التسليط المطلق، والحقّ أنّه ليس فيه الكاشفيّة، لأنّ المعاطاة جارية في جميع العقود، ولا أقلّ من جريانها في البيع، فإذا قصد بالمعاطاة البيع وقامت قرينة على ذلك، فإنّ مجرد هذا الإعطاء لا يكون كاشفاً عن التصرّف بعنوان الرضا المالك،

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٩٧.

خاصّة وأنّ القرينة دالّة على الإعطاء بعنوان الملكيّة، كما أنّ الإعطاء بعد العقد قرينة على أنّه وفاء، فلا يكشف عن رضا المالك بالتصرّف»<sup>(١)</sup>.

### • ثالثاً: جواب الميرزا الشيرازي الكبير

ذكر الميرزا النائيني جواباً لأستاذه الميرزا الشيرازي قدّس سرّه وجه به فتوى المشهور على نحو لا ينافي قاعدة تبعيّة العقود للقصد<sup>(٢)</sup>، وهذا الجواب يبتني على مقدّمات ثلاث:

**المقدّمة الأولى:** إنّ عناوين الأفعال تارة تكون عناوين أوّليّة كعنوان الضرب والقيام والقعود وغيرها، وتارة تكون عناوين ثانويّة تتحقّق مع تحقّق الفعل إضافة إلى عنوانه الأوّلي.

وهذه العناوين الثانويّة - تأصيليّة كانت أم اعتباريّة - تارة تكون عناوين قصديّة يشترط في تحقّقها وترتّبها على الفعل أن تكون مقصودة للفاعل كالتملك والتملّك المترتّبين على التعاطي، وتارة تكون عناوين قهريّة لا يشترط في ترتّبها على الفعل قصدها، بل يكون نفس قصد الفعل كافياً لترتّب العنوان عن قصد واختيار من الفاعل، فبمجرد الضرب يحصل الإيلام وإن لم يكن الإيلام مقصوداً، بل العناوين القهريّة ترتّب وإن قصد الفاعل خلافها، فوطء الزوجة المطلّقة رجعيّاً يترتّب عليه الرجوع وإن كان الزوج قاصداً به الزنا.

**المقدّمة الثانية:** لكي يترتّب عنوان خاصّ من العناوين على فعل، لا بدّ أن يكون الفعل من مصاديق ذلك العنوان الخاصّ، محمولاً عليه بالحمل الشائع الصناعي، كحمل الطبيعي على مصاديقه، فإن لم يكن الفعل كذلك لن يتحقّق ذلك العنوان وإن قصد الفاعل تحقّقه، فمثلاً: لو ضرب الزوجة المطلّقة الرجعيّة

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٣٦.

(٢) راجع: منية الطالب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١١٨-١٢٠.

لن يتحقق الرجوع وإن كان قاصداً إرجاعها حين الضرب، نعم يكون ذلك العنوان المقصود هو الغاية للفعل على نحو العلل الإعدائية كالسقي والحرث والزرع لحصول الزرع ونحوها.

المقدمة الثالثة: إنَّ عدم كون الفعل مصداقاً للعنوان الخاصَّ يؤدي إلى عدم ترتب ذلك العنوان على الفعل وتخلّف الداعي للفعل وغايته، لكنّ هذا لا يخرج الفعل عن كونه إرادياً وقصدياً، ولا يمنع من تحقق عناوين أخرى كعناوين ثانوية قصديّة، كما إذا اشترى أحدهم شيئاً لأجل الضيف ولم يأتِ الضيف، فإنَّ عنوان التملك يحصل من الشراء رغم تخلّف الداعي للفعل، أو عناوين ثانوية قهرية تترتب على الفعل وإن لم تكن مقصودة، بل وإن كان المقصود خلافها.

إذا عرفت ذلك، نأتي إلى ما أفاده المشهور من ترتب الإباحة على المعاطاة المقصود فيها التملك، فإنَّ المتعاطي كان غرضه المتعلّق بفعل الإعطاء في الخارج هو ترتب عنوان التملك من الفعل، لكن رغم قصد هذا العنوان إلاّ أنّه لا يترتب عليه لا محالة، لأنّ هذا الفعل وهو التعاطي ليس مصداقاً للبيع ولا يمكن أن يحمل عليه بالحمل الشائع الصناعي، لأنّ البيع عبارة عن تبادل عينٍ بعوضٍ، وهذا التبادل ليس تبديلاً خارجياً، بل هو أمرٌ اعتباريٌّ من سنخ المعاني، وآلةٌ إيجاده منحصرةٌ باللفظ فقط، فالفعل الماضي مثلاً هو آلةٌ لإنشاء ما جعل مادّةً لهيئته، وعليه لا يكون الفعل مصداقاً لهذا العنوان ومحمولاً عليه بالحمل الشائع الصناعي.

ولكن على الرغم من عدم تحقق ذلك العنوان الخاصّ، الذي كان هو الغاية من الفعل والعلّة الإعدائية له، فإنّ هناك عناوين أخرى يمكن أن تترتب بمجرد تحقق الفعل في الخارج، كعنوان الإباحة الذي هو من العناوين الثانوية القهرية، الذي يترتب على التعاطي وإن لم يكن مقصوداً، بل وإن قصد خلافه كذلك، لأنّ الفعل في الواقع هو بنفسه مصداق للتسليط الخارجي، وهذا التسليط الخارجي وإدخال العين تحت تصرّف الغير ليس إلاّ الإباحة المالكية، فيكون الفعل من

مصاديق الإباحة المالكية، فيترتب عليه هذا العنوان وإن لم يكن المتعاطي قاصداً له، بل كان قاصداً لعنوان آخر وهو عنوان البيع والمملك.

فما فعله المشهور من ترتيب الإباحة على المعاطاة رغم قصد التملك فيه، غير منافع للأصول والقواعد، ولا يستلزم منه أن ما قُصد لم يقع وما وقع لم يُقصد، لأنّ عدم وقوع ما قُصد إنّما يضرّ إذا كان من العناوين القصدية، أمّا إذا كان من العناوين الثانوية القهرية فيكفي فيه قصد نفس الفعل دون قصد ذلك العنوان بالخصوص.

### التحقيق في الجواب

ما ذكره الميرزا الشيرازي الكبير قدس سرّه من جواب، يمكن أن يرد عليه:  
 أولاً: على فرض التسليم بالمبنى القائل أنّ المعاطاة ليست مصداقاً للبيع، يلزم من هذا الجواب والتوجيه للمشهور تالٍ فاسدٌ لا يلتزم به أحد، وهو ترتّب الإباحة في العقود الفاسدة، وذلك لأنّ الإقباض في العقد الفاسد والتسليط على العين فيه وإن كان بعنوان الوفاء بالعقد<sup>(١)</sup>، إلّا أنّ هذا العنوان كعنوان التملك في موردنا مجرد داع للفعل وغاية له ولا يترتب عليه شيء، فإذا كان يكفي قصد نفس الفعل وهو الإقباض، وكان نفس الفعل مصداقاً من مصاديق التسليط الخارجي وإدخال العين تحت استيلاء الغير، الذي هو الإباحة المالكية، يثبت حينها أنّ

(١) ذكر في مقام التفريق بين المعاطاة والعقود الفاسدة مع تساويها في وجود قصد للتملك وعدم حصول إنشاء مستقلّ للإباحة: «أنّ تبعيّة الإباحة للتملك في العقد الفاسد كاد أن ينعكس أمرها في المعاطاة، لسبق الملكية المفروضة على الدفع وعدم التسليط به لكونه من أداء المال إلى مالكة في العقد الفاسد، وسبق التسليط على الملكية المقصودة بالذات في المعاطاة فالملكية فيها يوشك أن تكون تابعة للتسليط لا متبوعة له كما في العقد الفاسد» (راجع: بلغة الفقيه، السيّد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ٦٧).

المقبوض بالقبض الفاسد أيضاً مفيد للإباحة، رغم أنه ادّعى الإجماع<sup>(١)</sup> على أنّ حكم المقبوض بالعقد الفاسد كحكم المأخوذ غصباً لا يجوز التصرف فيه<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: إنّ هذا الجواب ينسجم مع كون الإباحة - إن كانت غير مجانيّة - تقتضي أن يضمن الآخذ العوض الواقعي من المثل أو القيمة، ولا ينسجم مع كون الآخذ ضامناً للعوض المسمّى - كما هو الحاصل في المعاطاة - فإنّ الضمان بالمسمّى من آثار البيع والملك.

قال الميرزا النائيني قدّس سرّه: «إفادة الفعل الإباحة إنّما يستقيم لو كان المقصود منها الإباحة بالعوض الواقعي، فإنّ التسليط لو لم يقصد به المجانيّة لا يقتضي إلّا ضمان المتسلّط بالمثل أو القيمة، وأمّا ضمانه بالمسمّى فهذا خلاف ما تقتضيه الإباحة، لأنّ الضمان بالمسمّى من آثار التمليك، فتأمل»<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: عدم تسليم كون المعاطاة ليست مصداقاً حقيقياً للبيع والملك، فصحيح أنّ البيع عبارة عن تبادل عين بعوضٍ في عالم الاعتبار من جهة الملكيّة، وعالم الاعتبار صقعه عالم النفس وليس الخارج، والأمر الاعتباري لا يمكن أن يتحقّق خارجاً، إلّا أنّ هذا الأمر الاعتباري يمكن إيجاده في الخارج من خلال مبرز من المبرزات، وهذا المبرز قد يكون لفظاً في بعض الموارد، وقد يكون فعلاً أو كتابة أو إشارة في موارد أخرى.

يقول السيّد الخوئي قدّس سرّه: «ما أفاده شيخنا الأستاذ قدّس سرّه (من أنّ البيع لا يصدق على المعاطاة لأنّه عبارة عن التبدّل في عالم الاعتبار، والمعاطاة

(١) ذكر العلامة الحليّ قدّس سرّه أنّ «البيع الفاسد لا يفيد ملكيّة المشتري للمعقود عليه... عند علمائنا أجمع» (راجع: تذكرة الفقهاء، ج ١٠ ص ٢٩٠).

(٢) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٠.

(٣) المصدر نفسه، ج ١ ص ١٢٢.

تبديل فعليّ خارجيّ، والتبديل الاعتباري لا يوجد به خارجاً) مندفع بأنّ المدعى أنّ البيع أمرٌ إنشائيّ، أي: اعتبار نفسانيّ مبرز في الخارج بمبرزٍ ما، والمبرز كما يكون قولاً في بعض الموارد، كذلك يمكن أن تكون إشارة أو كتابة أو فعلاً، وصحّة ذلك بمكان من الوضوح، ولا ندعي أنّ الأمر الاعتباري يمكن أن يتحقّق خارجاً، وإنّما المراد أنّ الفعل الخارجيّ مبرز لذلك الاعتبار النفسانيّ، لأنّ الاعتبار صقعه النفس دون الخارج، ولا مانع من أن يكون المبرز فعلاً من الأفعال، كما يمكن أن يكون إشارة أو غيرها<sup>(١)</sup>.

#### • رابعاً: جواب الميرزا النائيني

يرى الميرزا النائيني أنّ المعاطاة بقصد التمليك تفيد الملك الجائز، لكن ليس من جهة حمل الإباحة في كلمات الأصحاب على ذلك كما فعل المحقّق الثاني، بل من باب أنّ هذا هو مقتضى القواعد والأصول الشرعيّة والأدلة المأثورة. توضيحه<sup>(٢)</sup>: أنّ الجواز على أنحاء:

الأول: الجواز الحكمي: كالجواز في الهبة مقابل اللزوم في عقد النكاح.

الثاني: الجواز الحقيقي: كما في العقد الذي يثبت فيه الخيار إمّا بجعل شرعيّ كخيار المجلس وخيار الحيوان مثلاً، أو بجعل من المتعاقدين كخيار الشرط، وفي كليهما يكون الجواز حقاً مالكيّاً لصاحب الخيار.

الثالث: الجواز الحاصل من عدم تحقّق منشأ اللزوم: كما هو في المعاطاة، ففي البيع بالصيغة اللفظيّة، فإنّ قول البائع (بعث) ينشأ به معنيان: المعنى الأوّل: معنى مطابقيّ، وهو حصول تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله،

(١) التنقيح في شرح المكاسب، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧١.

(٢) راجع: منية الطالب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٢-١٢٤.

وهذا المعنى يحصل من خلال البيع بالفعل أيضاً.

المعنى الثاني: معنى التزامي، وهو الالتزام بما حصل من التبديل وعدم الرجوع، وهذا المعنى يحصل باللفظ فقط ولا يمكن حصوله بالفعل، لأن الفعل ليس فيه دلالة الالتزام.

بعبارة أخرى: «إن العقود الفعلية مقتضية للجواز؛ لعدم تحقق مقتضي اللزوم فيها فإن موجب اللزوم إما الحكم الشرعي التعبدي كما في النكاح والضمان، وإما التزام المتعاقدين مع الإمضاء الشرعي كما في البيع العقدي، والمعاطاة فاقدة لكل منهما، فإن الفعل بقصد تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله لا يقتضي إلا نفس هذا التبديل، فلا موجب للزوم، بخلاف القول فإن قوله بعت ينشأ به معنيان، أحدهما بالمطابقة وهو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، وهذا يحصل بالفعل أيضاً، وثانيهما بالالتزام، وهو التزام كل من المتعاقدين بما أوجده من التبديل، وهذا يسمى عقداً وعهداً مؤكداً، وهذا المعنى لا يمكن أن يتحقق بالفعل إذ ليس له دلالة الالتزام»<sup>(١)</sup>.

وأما إفادة المعاطاة الملكية فمن خلال:

أولاً: صدق البيع عليها عرفاً فتشملها جميع الأدلة الدالة على صحة البيع باللفظ. ثانياً: مع عدم التسليم بصدق البيع عليها فلا محالة يصدق عليها أنها تجارة فيشملها عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (النساء: ٢٩)، ومنع كونها تجارة مكابرة محضة، لأن التجارة عبارة عن التكسب، وهي متحقق في مورد المعاطاة.

ثالثاً: إن السيرة القطعية من زماننا هذا إلى زمان النبي صلى الله عليه وآله بل إلى هبوط آدم عليه السلام قائمة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك.

(١) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣١.



إذن، فالمعاطاة المقصود منها التمليك تفيد الملك الجائز الذي يلزم بحصول التلف أو التصرف، فلا يرد فيها الإشكال على المشهور من كون ما قصد لم يقع وما وقع لم يُقصد.

### التحقيق في الجواب

هذا الجواب للميرزا لا يمكن قبوله؛ لورود عدّة ملاحظات عليه:  
أولاً: إنّ محصله حمل الإباحة في كلمات الأصحاب على الملك الجائز وهو خلاف الظاهر.

ثانياً: إنّ مخالف لكلمات بعض الأصحاب التي صرّحت بنفي ترتّب الملك على المعاطاة، وأنّ الذي يترتب عليها مجرد إباحة التصرف، كما في العبارات المتقدمة للشيخ الطوسي في الخلاف<sup>(١)</sup>، وابن إدريس في السرائر<sup>(٢)</sup>، وابن زهرة في الغنية<sup>(٣)</sup>، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي<sup>(٤)</sup>، وغيرها.

ثالثاً: إنّ هذا الجواب ينسجم مع مبنى الميرزا النائيني من جعل الالتزام في العقد منحصراً بالدلالة الالتزامية فقط دون الفعل، وكونه هو مبنى المشهور أيضاً غير معلوم، لأنّه قد يقال بعدم وجود دلالة التزامية في العقد من الأساس، «لأنّ ما ذكره من الدلالة الالتزامية في البيع العقدي على التزام المتعاقدين على عدم الرجوع لا منشأ له؛ إذ ليس معنى (بعت) إلّا إنشاء التمليك وليس هو إلّا إحداثه إنشاءً، ولا مدلول له التزاماً أو مطابقتاً سوى ذلك»<sup>(٥)</sup>، فما هو موجود في

(١) راجع: الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

(٢) راجع: السرائر، ابن إدريس الحلبي، ج ٢ ص ٢٥٠.

(٣) راجع: غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٤.

(٤) راجع: الكافي في الفقه، أبو الصلاح الحلبي، ص ٣٥٣.

(٥) بلغة الطالب في شرح المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣١.

العقد هو مجرد بناء الطرفين على الوفاء بمضمون العقد وترتب الآثار، وهذا البناء كما هو موجود في العقد اللفظي موجود كذلك في العقد الفعلي أيضاً. ولو سلّمنا بوجود هكذا دلالة التزامية، فإنّ هذه الدلالة إنّما هي دلالة التزامية للمعنى المطابقي - أي: المبادلة - وبما أنّ هذا المعنى المطابقي كما هو موجود في اللفظ موجود كذلك في الفعل باعتراف الميرزا النائيني نفسه، فلا تختصّ هذه الدلالة حينئذ بالعقد اللفظي بل هي متحقّقة كذلك في العقد الفعلي أيضاً<sup>(١)</sup>.

#### • خامساً: جواب السيّد الخوئي

وجّه السيّد الخوئي فتوى المشهور في المعاطاة بما يقرب من توجيه المحقّق الخراساني قدّس سرّه، حيث ذهب إلى أنّ المعاطاة المقصود فيها التمليك تفيد التمليك، غاية الأمر أنّ حصول الملكية بالمعاطاة مشروط بالتلف أو التصرف على نحو الشرط المتأخّر، كما في اشتراط القبض في بيع السلم والسلف و الإقباض في الهبة.

أمّا ما بين زمان تحقّق العقد وزمان حصول التلف والتصرف فقد حكم الشارع فيها بالإباحة، والدليل عليه هو السيرة، فتكون الإباحة في المعاطاة إلى زمن التلف هي إباحة شرعية وليست مالكية، فلا يتوقّف تحقّقها في الخارج على كونها مقصودة للمتعاطين، فلا يأتي الإشكال بأنّ ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد. قال قدّس سرّه: «ثمّ لو تنزّلنا عن ذلك أيضاً وقلنا بأنّ المعاطاة لا تفيد الملك... فنلتزم بأنّها تفيد إباحة التصرفات إلى زمان حصول الملك، وبعده تفيد الملك، فمرجع هذا القول إلى أنّ حصول الملكية بالمعاطاة مشروط بالتلف أو

(١) راجع: البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمد حسن قديري، ص ٢٨.

التصرّف كاشتراطها بالقبض في بيع الصرف وبالإقباض في الهبة، فإمضاء الملكية شرعاً يكون متأخراً عن تحقّق المعاطاة وما بين الزمانين - أعني: زمان المعاطاة وزمان التلف - قد حكم الشارع فيه بالإباحة، والدليل عليه هو السيرة<sup>(١)</sup>.  
وقال أيضاً: «ثمّ لو فرضنا خروج المعاطاة عن مورد الإطلاقات والعمومات الدالّة على نفوذ البيع ولزومه، أو فرضنا قيام الإجماع على أنّها لا تفيد الملكية - وإن قصدها المتعاطيان - إلاّ أنّه قامت السيرة القطعيّة على جواز التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة»<sup>(٢)</sup>.

### التحقيق في الجواب

يرد على هذا الجواب ما أوردناه على توجيه الشيخ الآخوند قدّس سرّه، ويضاف إليه أنّ السيّد الأستاذ قدّس سرّه جعل دليلاً على كون المقصود من الإباحة في كلمات الأصحاب هي الإباحة الشرعيّة لا المالكيّة هو السيرة، ولا يخلو الأمر إمّا أن يكون مقصوده من السيرة هي سيرة المشرّعة - أي: الفقهاء - كما هو الظاهر حيث قال قدّس سرّه بعد ذكره للسيرة: «وإذن، فمدرك القول بالإباحة سواء كانت الإباحة مطلقة أم كانت خاصّة إنّها هو الإجماع»<sup>(٣)</sup>، أو يكون مقصوده من السيرة هي سيرة العقلاء.  
فعلى الأوّل: يرد عليه: أنّ بعض كلمات الأصحاب - كما عرفنا في ما تقدّم -

---

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٢.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٣. وراجع: محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيّد الخوئي، للسيّد علي الشاهرودي، ج ٢ ص ٥١.

(٣) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٣.

يظهر منها أن مقصودهم الإباحة المالكية لا الشرعية، كما في عبارة الشيخ الطوسي في المبسوط والخلاف<sup>(١)</sup>.

وعلى الثاني: يرد عليه: أن سيرة العقلاء قائمة على ترتيب آثار الملكية على المأخوذ بالمعاطاة، كما أشار إلى ذلك السيّد الخوئي قدس سرّه نفسه<sup>(٢)</sup>، لا أنّها قائمة على إباحة التصرفات فيها.

#### • سادساً: جواب السيّد الميلاني

يرى السيّد محمد هادي الميلاني قدس سرّه أن الذي أوقع الأعلام في القيل والقال في هذا الإشكال هو تفسيرهم الإباحة في كلام المشهور بالإباحة المالكية التي تتنافى مع قاعدة تبعية العقود للمقصود، بناءً على أن المقصود في المعاطاة الملك، أمّا إذا جعلت هذه الإباحة إباحة شرعية ارتفع الإشكال. وتوجيه السيّد الميلاني يمكن بيانه ضمن النقاط التالية<sup>(٣)</sup>:

أولاً: إنّ الملكية أمرٌ اعتباري، والأمور الاعتبارية ليس لها وجود خارجي مستقل، بل إنّ قيامها يكون بنفس الاعتبار الذي بيده زمام الاعتبار. ثانياً: الملكية على نحوين، فهي إمّا أن تكون ملكية عقلانية وهي اعتبار العقلاء أو تكون ملكية شرعية اعتبارها بيد الشارع، وهما ربّما يتوافقان وربّما يتخالفان. ثالثاً: ذهب المشهور إلى أن البيع لكي يترتب عليه الملكية الشرعية لابدّ من توافر شرائط عدّة فيه، ومن هذه الشرائط الإيجاب والقبول اللفظيان، فالعقد الفاقد لهذا الشرط لن يتحقّق فيه الاعتبار الشرعي الموجود في البيع بالصيغة، كما أنّ هذا الاعتبار لن يتحقّق كذلك في الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط المعتمدة الأخرى.

(١) راجع: المبسوط في فقه الإمامية، ج ٢ ص ٨٧. والخلاف، للشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٥.

(٣) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٥٣.

رابعاً: إنّ المعاطاة المتعارفة بين الناس، التي تقع بينهم بقصد التمليك، فباعتراب أنّها فاقدة لشرط الصيغة اللفظية فهي عند المشهور لا تفيد الملكية الشرعية، ولا يوجد هنا اعتبار على طبق الاعتبار العقلاني، ولكن يوجد اعتبار للإباحة في التصرف، فتكون الإباحة شرعية لا مالكية.

خامساً: الدليل على كون الإباحة المترتبة على المعاطاة إباحة شرعية هو أنّه في المعاطاة بعد العلم بفساد المعاملة لفقدانها الصيغة اللفظية، وأنّ الشارع لا يرتب على فعل الإعطاء أثر البيع من الملكية، لم يكن هناك مانع من الترخيص الشرعي في التصرف بالمال المعطى، لأنّ المفروض أنّ المال ملك للمعطي، سلط الغير عليه بطيب نفسه، وهذا المعنى باقٍ حتى بعد حكم الشارع بعدم تحقّق الملكية، فيكون موضوع الحكم بالإباحة متحققاً وهو طيب النفس والرضا من المالك بتصرف الغير في ملكه، فيترتب عليه الحكم لا محالة.

وهذه الإباحة الشرعية المتحققة في المعاطاة لا يمكن تصوّرها في البيع الفاسد كالبيع الغرري مثلاً، وذلك لأنّ الوجه في الحكم بعدم جواز التصرف في العوضين في البيع الفاسد هو أنّ التسليم والتسلّم الحاصل بعد العقد إنّما حصلوا بعنوان الوفاء وترتب الأثر على العقد، فالبائع يسلم العين للمشتري على أساس أنّه أصبح مالكا لها، فإذا تبين فساد العقد شرعاً تبين أنّ المبيع ليس ملكاً للغير، فلا يتحقّق موضوع جواز تصرف المشتري في المبيع.

وعليه، فإنّ محلّ النزاع في المعاطاة بين الأعلام هو المعاطاة المقصود بها التمليك الذي يترتب عليها الإباحة الشرعية، فلا محلّ للإشكال بأنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، ولا يوجد داعٍ إلى حمل كلماتهم على ما لا وجه لحملها عليه.

### التحقيق في الجواب

هذا التوجيه لكلام المشهور غير تامّ لأنّه:

أولاً: لم يتضح لنا الوجه في التفريق بين المعاطاة والبيع الفاسد، فكما أنه في البيع الفاسد الذي قصد فيه المتبايعان التمليك ولم يرتب الشارع أثراً على هذا التمليك المقصود، ولم يرتب الإباحة عليه أيضاً باعتبار أن التسلم والتسليم إنما حصلا من باب ترتيب الأثر على البيع، فإذا انتفت صحة البيع ظهر أن المبيع لم يكن ملكاً للغير وما زال على ملك صاحبه الأول، فلا يوجد طيب نفس ورضاً بتصرّف الغير فيه، فكذلك يمكن أن يدعى أن المعاطاة من هذا القبيل أيضاً، وذلك لأن المتعاطين قصداً من المعاملة التمليك، وحصول التسليم والتسلم للعوضين إنما كان بالاعتماد على هذا القصد، ولذا هما يتعاملان مع المال المنتقل إليهما من المعاطاة معاملة الملك، فلو علم البائع مثلاً عدم تحقق قصده فمن البعيد أن يقدم على إعطاء ماله للغير، وكذا المشتري، وبالتالي فعندما لم يرتب الشارع أثراً على التمليك المقصود في المعاطاة لم يبق موضوع لطيب النفس والرضا بتصرّف الغير كما هو الشأن في البيع الفاسد، فما جعله السيّد الميلاني قدس سرّه فرقاً بين المعاملتين يظهر منه أنه غير فارق.

قال السيّد الحجّة الكوهكمري قدس سرّه: «ومن هنا يُعلم أن الإباحة لا ترتب على الرضاء الحاصل من المتعاطين المكشوف عنه بالتعاطي، فإن رضاء كلّ منهما بتصرّف الآخر فيما أعطاه من العوض وتسليطه عليه، كان لأجل توهم صيرورته ملكاً له، ولم يتعلّق رضاه بتصرّفه فيه بعنوان كونه مالاً له وباقياً على ملكه، حتى يكون موجباً لجواز تصرّفه فيه كما في سائر البيوع الفاسدة؛ حيث إن رضاء كلّ من المتعاطين بتصرّف الآخر فيما أعطاه من العوض، كان لزعم أنه صار ملكاً له. فرضاؤه بتصرّفه فيه، كان بعنوان تصرّفه مال نفسه، لا تصرّفه في ماله، وبالجملة: الرضاء الحاصل بالمعاطاة على نسق الرضاء الحاصل بالبيوع الفاسدة»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: لم يبيّن السيّد الميلاني قدس سرّه - بعد حمله الإباحة في كلمات المشهور

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد الكوهكمري، للتبريزي، ص ٥٤.

على الإباحة الشرعيّة - الوجه في تبدّل هذه الإباحة إلى الملك بتلف العين أو التصرف بها كما هي فتوى المشهور، مع أنّ التلف والتصرف ليسا من أسباب التمليك كما هو واضح.

#### • سابعاً: أجوبة أخرى

ذكر بعض الفقهاء أجوبة أخرى للإجابة عن الإشكال على فتوى المشهور لا تخلو من إمكانيّة الخدشة فيها:

منها: أنّ الملك على مراتب ثلاث، المرتبة الأقوى منها هي ملك العين، والأضعف هي ملك المنفعة، والأضعف منها معاً هي ملك الانتفاع، وهذا الأخير مساوئ للإباحة المالكية «لأنّ السلطنة إنّما تتعلّق بالعين، غير أنّها إن أحاطت بجميع جهاتها عبّر عنها اصطلاحاً بملك الرقبة وملك العين، وإن اختصّت بجهة من جهاتها معاً لاستقلاليّة فيها من تلك الجهة عبّر عنها كذلك بملك المنفعة؛ لاختصاص تعلّق السلطنة بها من تلك الجهة الخاصّة. فالعين المستأجرة مملوكة للمستأجر من حيث تلك المنفعة، وإن كانت مملوكة للمؤجر بالملكيّة التامة، وإن كانت لا مع الاستقلاليّة فيها عبّر عنها بملك الانتفاع كحقّ المارّة والصلاة في الأراضي المتّسعة ممّا كانت الإباحة فيه شرعيّة، فإنّ العين فيها مملوكة للمباح له من جهة الانتفاع الخاصّ بها، لا أنّ الانتفاع مملوك في الحقيقة وإن وقع التعبير بذلك اصطلاحاً، أو كانت مالكيّة كالعارية فإنّ العين المستعارة مملوكة للمستعير من جهة المنفعة المباحة له بالملكيّة الضعيفة التي لا ينافيها كونها مملوكة للمعير بالملكيّة التامة»<sup>(١)</sup>، وعدم تأثير المعاطاة في بعض هذه المراتب لا يستلزم منه عدم تأثيرها في المراتب الأخرى، وبالتالي فإنّ ما قصد قد وقع فعلاً

(١) بلغة الفقيه، السيّد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ٧١.

لكن في مرتبة من مراتب المقصود وهو ملك الانتفاع، وما وقع كان مقصوداً.  
 ذكر المحقق الأصفهاني قدس سره هذا الجواب في حاشيته على كتاب  
 المكاسب بعنوان (لا يقال)، وأجاب عنه بما حاصله:  
 أولاً: عدم معقولية ملك الانتفاع في حد ذاته «نظراً إلى أن الانتفاع فعل  
 الغير، ومالك العين لا يملك فعل الغير بوجه حتى يملكه إياه»<sup>(١)</sup>.  
 ثانياً: على فرض التسليم والقول بمعقولية ملك الانتفاع وكونها من مراتب  
 الملك حقيقة، فإن البيع ليس إلا تمليك للعين وتمليك للمنفعة، وليس هو تمليك  
 للانتفاع، بل إن ملكية الانتفاع من آثار ملك المنفعة وتابعة لها؛ قال قدس سره:  
 «وعلى فرض المعقولية وكونها من مراتب الملك حقيقة، فالبيع ليس تمليكاً بجميع  
 مراتب الملك، بل تمليك العين بمنفعتها، والانتفاع بها مملوك بتبع ملك العين لا  
 بتمليك مالها، ولذا لا ريب في أن المستعير إذا باع العين لا يؤثر بيعه في ملك  
 الانتفاع، بدعوى أنه لا يؤثر فيما ليس له، ويؤثر فيما له»<sup>(٢)</sup>.  
 بعبارة أخرى: «إن الملكية أمرٌ بسيطٌ وليس إلا ملك الذات، وأما ملك  
 المنفعة وحق الانتفاع فإنما يترتبان على تملك الذات وبتبعه فلا مراتب للملكية.  
 وعليه، فإذا زالت ملكية الذات زالت الأمور المترتبة عليها، ولذا لو باع المستعير  
 - وهو مالك المنفعة بالاستعارة - الشيء فضولةً، لم يملك المشتري المنافع»<sup>(٣)</sup>.  
 ومنها: أن قصد التمليك غير مستلزم للتمليك وحصول أثر الملك، كما أن  
 تكسير شيءٍ ما لا يستلزم منه انكسار ذلك الشيء وترتب الأثر، بل إن قبوله

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠١.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) بلغة الطالب، السيد الكلبيگاني، ج ١ ص ٦٥.



للاثر يدور مدار قابليّة المحلّ للتأثير<sup>(١)</sup>.

يرد على هذا الجواب: أنّ فتوى المشهور هو ترتّب الإباحة على المعاطاة المقصود منها التملك، والتوجيه المذكور لا ينفع في حلّ الإشكال، لأنّه قد يقال أنّ فعل التعاطي إمّا أن يكون مستلزماً للتملّك والتمليك، فيقع التملك المقصود بلا إشكال، وإمّا أن لا يكون التعاطي مستلزماً للتمليك فلا يقع حينها، لكن ما هو الوجه لاستلزامه ترتّب الإباحة مع كون المقصود التملك، فترتّب أثر بعد عدم ترتّب أثر آخر يحتاج إلى مقتضى ودليل، والكلام كلّ الكلام في وجود هذا المقتضى.

ومنها: أنّ مقصود المتعاطين ليس هو التملك فقط، بل هو التملك مع الإباحة على وجه التعدّد المطلوب لا التقييدي لكي ينتفي أحدهما بانتفاء الآخر في الخارج، فيكون حال المعاطاة حال المعاملة المشروطة بشرط فاسد، وبيع الموصوف الشخصي مع انتفاء الوصف، فمع انتفاء الشرط أو الوصف يمكن الحكم بالصحة، لأنّ ذات المطلق والمشروط مقصودة أيضاً ولو في ضمن المقيّد. وعليه، ففي المعاطاة يوجد حقيقة قصدان؛ الأوّل: هو تسليط الغير على مال مالكه، والثاني: هو قصد التملك. وهذا التسليط المجرد عن الملك مفيد للإباحة عرفاً وإن لم يترتّب أثرٌ على قصد التملك<sup>(٢)</sup>.

ويرد عليه:

أولاً: إنّ هذا التوجيه مخالف للوجدان، لأننا إذا راجعنا الوجدان في المعاطاة نرى أنّ المقصود فيها أمرٌ واحدٌ، لا أنّ المقصود فيها أمران مستقلّان أحدهما الملك والآخر الإباحة.

(١) راجع: التعليقة على المكاسب، السيّد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٣١.

(٢) راجع: التعليقة على المكاسب، السيّد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٣١. وكذلك: بلغة

الفقيه، السيّد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ٦٥.

بعبارة أخرى: إنه رغم التسليم بالكبرى، إلا أن الكلام في ثبوت الصغرى في موردنا، وأن المقصود في المعاطاة إنما هو من قبيل التعدد في المطلوب.  
ثانياً: المفروض أن كلامنا في المعاطاة التي لا تفترق عن البيع في شيء سوى الصيغة اللفظية، وفي البيع لا يكون المقصود فيه أمران، بل أمر واحد فقط وهو التمليك، فلا بد أن يكون في المعاطاة كذلك.

ومنها: ما قد يقال من أن المتعاطي بإقباضه ماله إلى الغير مع قصد التمليك فإنه يصدق عليه أنه قد أعرض عن ماله، والإعراض وإن لم يكن سبباً لخروج المال عن ملك المعرض كما عليه أكثر الأصحاب (حيث قال الشهيد الثاني قدس سره في المسالك: «وإن قطع نيته عن ملكه ففي خروجه عنه وجهان: أحدهما - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله والأكثر -: عدمه، لأن الملك وزواله يتوقف على أسباب شرعية، فلا يحصل بمجرد الإرادة، والإعراض عن الملك لم يثبت شرعاً أنه من الأسباب الناقلة عنه»<sup>(١)</sup>) إلا أن هذا الإعراض يفيد جواز التصرف في العين المعرض عنها؛ لظهور حال المعرض في الرضا به وقيام شاهد الحال عليه.  
قال الشهيد الثاني قدس سره أيضاً في مسألة غرق السفينة: «والأصح أن جواز أخذ ما يتخلف مشروطاً بإعراض مالكة عنه مطلقاً، ومعه يكون إباحة لآخذه، ولا يحل أخذه بدون الإعراض مطلقاً، عملاً بالأصل»<sup>(٢)</sup>.

وعليه، يكون فتوى المشهور بترتيب إباحة التصرف على المعاطاة المقصود منها التمليك متوافقاً مع مسألة الإعراض.

هذا الجواب يمكن مناقشته صغرياً وكبرياً:

أما كبرياً: فالأصحاب مختلفون في مسألة سببية الإعراض للخروج عن

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ١١ ص ٥٢٤.

(٢) المصدر نفسه، ج ١٤ ص ٧٧.

الملك، فكما نسب الشهيد الثاني قدّس سرّه القول بعدم السببية إلى الأكثر، نسب فقهاء آخرون القول بالسببية إلى الأشهر، قال المحقّق السبزواري: «ولو أطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه إذا لم ينو قطع ملكه عنه، وإن نوى ذلك ففي خروجه عن ملكه قولان، أشهرهما الأوّل، ولعلّه الأقرب»<sup>(١)</sup>.

وهذا هو المحكيّ عن الشيخ الطوسي في المبسوط، حيث قال الشهيد الثاني: «والقول بخروجه بذلك عن ملكه للشيخ في المبسوط»<sup>(٢)</sup>.

وعندئذ لا يمكن الجزم بأنّ مشهور الأصحاب القائلين بفتوى الإباحة في المعاطاة هم من القائلين بعدم سببية الإعراض للخروج عن الملك، كيف والشيخ الطوسي قدّس سرّه من الذاهبين إلى الخلاف في المبسوط كما عرفنا. وأما صغروياً: فالمعاطاة ليست من صغريات مسألة الإعراض عن الملك، فالأصحاب فرّعوا بحث المعاطاة على البيع، فكّل ما هو معتبر في البيع معتبر في المعاطاة عدا الصيغة، ولم يدع أحد من الفقهاء أنّ البيع من صغريات مسألة الإعراض، فكذا المعاطاة.

ومنها: أنّ ما عليه المشهور من ترتيب الإباحة على المعاطاة المقصود منها التمليك لا أساس له، بل هو مجرد ارتكاز في أذهانهم إلى أنّ أبناء العامة يرون المعاطاة بيعاً مفيداً للملك، فنحن نخالفهم في ذلك ونقول بالإباحة حتى وإن كان مقصود المتعاطين التمليك والتملك، وهذه الشبهة التي طرأت لدى

(١) كفاية الأحكام، المحقّق السبزواري، ج ٢ ص ٥٨٢.

(٢) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ١١ ص ٥٢٤. وفي هذه النسبة نظر لصريح كلام الشيخ قدّس سرّه في المبسوط بعدم الخروج عن ملكه حيث قال: «إذا ملك صيداً وأفلت منه، لم يزل ملكه عنه دابةً كانت أو طائراً سواءً لحق بالصحاري والبراري أو لم يلحق بذلك، عندنا وعند جماعة»، راجع: المبسوط، ج ٦ ص ٢٧٤.

والقدماء، أخذها الخلف عن السلف<sup>(١)</sup>.

ويرد عليه:

أولاً: أن هذا التوجيه بنفسه لا أساس علمي له؛ فهو يستند إلى الظن والتخمين، فلا يمكن الاعتماد عليه.

ثانياً: أن هذا الارتكاز المدعى في أذهان الأصحاب والتخيل والتوهم المنسوب إليهم يستدعي أن تكون مخالفة العامة بإبطال صحّة عقد المعاطاة وعدم ترتّب التمليك ليس إلا، لا أن مخالفتهم تكون بترتيب الإباحة كأثر له.

ومنها: توجيه فتوى المشهور بالأشبه والنظائر، وحاصله: عدم المنافاة بين ما قصد به المتعاطيان من التمليك، وحكم الشارع بالإباحة لأنّ له نظائر كثيرة في الفقه، وهذا الجواب «لا مناص عنه بعد دوران الأمر بين الالتزام به، أو الالتزام بما هو أبعد منه جدّاً، وهو الالتزام بقصد الإباحة في المعاطاة، أو الالتزام بمخالفة الأصل الأصيل، وهو إفادة المعاطاة التمليك من غير دليل»<sup>(٢)</sup>.

وسياًتي من الشيخ الأعظم التعرّض لهذا الجواب في المباحث القادمة عند ردّه على الشيخ كاشف الغطاء من أن الالتزام بإفادة المعاطاة الإباحة مع قصد التمليك يستلزم منه تأسيس قواعد جديدة، فانتظر.

هذه هي أبرز الإجابات والتوجيهات التي ذكرها الأعلام لحلّ معضلة المشهور في المعاطاة، وانتهينا إلى أن جميعها قابل للخذشة ولا يفي بدفع الإشكال، وسياًتي من الشيخ الأنصاري قدّس سرّه كلام في توجيه فتوى الأصحاب في المباحث الآتية إن شاء الله تعالى.

(١) راجع: أنوار الوسائل، الشيخ محمد طاهر آل شير الخاقاني، ج ٧ ص ١٠٣.

(٢) التعليقة على المكاسب، السيّد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٣٢.

## أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا في حكمها أنّها مفيدة لإباحة التصرف». هذه الفقرة من المصنّف ليست شروعاً في بيان حكم المعاطاة والأقوال فيها، بل الكلام ما زال في تحديد موضوع المعاطاة محلّ البحث، والشروع منه في ذكر حكم المعاطاة إنّما هو هنا على نحو الإجمال؛ للإشارة إلى مسألة وهي: أنّ المعاطاة التي وقعت محلاً للنزاع بين الأعلام هل هي المعاطاة المقصود منها التملك أم المقصود منها الإباحة؟ فإذا كانت المعاطاة المقصود منها التملك، فهذا يترتب عليه إشكال بمخالفته للقواعد الفقهيّة المسلّمة، ومشهور أصحابنا ذهب إلى أنّ المعاطاة مفيدة لإباحة التصرف فقط دون التملك.

• قوله قدّس سرّه: «ويحصل الملك بتلف إحدى العينين». لا يزال الكلام في هذه الفقرة في حكم المعاطاة عند المشهور، حيث ذهبوا إلى أنّ المعاطاة تفيد الإباحة ولا يحصل الملك منها إلّا بتلف إحدى العينين، ويوجد خلاف بين الأصحاب في كفاية تلف أحد العوضين في حصول الملك بعد الإباحة، أو أنّ حصول الملكيّة يتوقّف على تلفها معاً، كما أشار إلى ذلك الشهيد الثاني قدّس سرّه بقوله: «لو تلفت العينان معاً تحقّق الملك فيهما، ولو تلفت إحداهما خاصّة فقد صرح جماعة بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الأخرى»<sup>(١)</sup>، والمراد من التلف في هذه العبارة: معناه الأعمّ من التلف والإتلاف.

أورد بعضهم إشكالاً على المصنّف قدّس سرّه من نسبته الملك بتلف إحدى العينين إلى المشهور، مع أنّ عبارات الأصحاب خالية من الحكم بحصول الملك بالتلف، وإنّما المذكور في عباراتهم حصول اللزوم، واللزوم غير الملك، إلّا أنّ

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٩.

توجيه هذا الإشكال إلى المصنّف غير سديد بعد صراحة بعض كلماتهم في الملك اللّازم كما تقدّم في عبارة الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك.

• قوله قدّس سرّه: «وعن المفيد وبعض العامّة القول بكونها لازمة كالبيع». ذكرنا في التحقيق أنّ نسبة الرأي المذكور في العبارة إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه غير صحيح حيث لا يوجد في كلام الشيخ تصريح بما نُسب إليه من القول بلزوم المعاطاة وإفادتها التملك كالبيع بالصيغة، بل لا يوجد ظهور أيضاً.

أمّا أهل السنّة فقد ذهب الحنابلة والمالكيّة والحنفيّة إلى هذا الرأي على خلاف بين الحنفيّة في الجليل والحقير، أمّا الشافعيّة فالبيع عندهم لا يصحّ إلّا بالصيغة اللفظيّة ولا تكفي عندهم المعاطاة في حصول الملك، ولذا عبّر المصنّف قدّس سرّه ببعض العامّة.

• قوله قدّس سرّه: «وعن العلامة رحمه الله في النهاية: احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرف». ليس مقصود المصنّف من الاحتمال هنا مجرد الاحتمال الثبوتي المتوهم، بل هو الاحتمال الراجح الذي تسكن إليه النفس، لأنّ العلامة قدّس سرّه قد افتى فعلاً في النهاية كون المعاطاة بيعاً فاسداً على نحو الجزم لا الاحتمال.

وعدم إفادة المعاطاة لإباحة التصرف - إضافة إلى عدم إفادتها الملك بعد كونها بيعاً فاسداً - إشارة إلى أنّ المعاطاة بيع فاسد من جميع الجهات، فيكون المأخوذ فيها كالمأخوذ غضباً في حرمة التصرف والضمان، في مقابل رأي مشهور الأصحاب من كون المعاطاة بيعاً فاسداً من حيث عدم ترتّب الملك عليها بالخصوص، نعم يُباح فيها التصرف بالعوضين.

• قوله قدّس سرّه: «الظاهر من الخاصّة والعامّة هو المعنى الثاني». أي: إنّ المعاطاة التي وقعت محلاً للنزاع بين الفقهاء ومصعباً لتوارد الآراء عليها ومورداً للنفي والإثبات هي المعاطاة التي قصد فيها المتعاطيان التملك لا الإباحة.

• قوله قدّس سرّه: «وحيث إنّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف وحصوله بعده لا يجمع ظاهراً قصد التملك من المتعاطين...». هذا شروع من المصنّف بذكر الإشكال والمعضلة العويصة التي وقع فيها مشهور الأصحاب من ترتيبهم الإباحة على المعاطاة المقصود فيها التملك ومخالفة هذه الفتوى للقواعد الفقهيّة المسلّمة، وشروع منه في ذكر محاولتي الكركي وصاحب الجواهر قدّس سرّهما لحلّ الإشكال.

• قوله قدّس سرّه: «لكن بعض المعاصرين»، يقصد به صاحب الجواهر قدّس سرّه.

قوله قدّس سرّه: «لما استبعد هذا الوجه»، استبعد صاحب الجواهر ما ذهب إليه المحقّق الكركي من توجيه لفتوى المشهور بحمل الإباحة في كلماتهم على الملك الجائز والمتزلزل لكونه مخالفاً لظاهر عباراتهم بل ولصريح بعضها في إرادة الإباحة ونفي الملك.

قوله قدّس سرّه: «بل لا يكاد يوجد في كلام أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى». ردّ بعض الأعلام<sup>(١)</sup> على الشيخ الأعظم بوجود من يقول برأي صاحب الجواهر من قصد الإباحة في المعاطاة من الأصحاب كما هو الظاهر من عبارة الشيخ الطوسي في المبسوط<sup>(٢)</sup> والتي ذكر فيها أنّ الجاري بين الناس إنّما هي مجرد استباحات وتراض، حيث إنّ الظاهر من الاستباحة هو قصد الإباحة، وحقّقنا في محلّه أنّ هذا الإيراد على عبارة الشيخ الأعظم لا يتمّ؛ لوجود قرينة في كلام الشيخ الطوسي تثبت قصد المتعاطين للتملك لا الإباحة، فراجع.

• قوله قدّس سرّه: «ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب أن لا يثبت»،

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣١.

(٢) راجع: المبسوط في فقه الإماميّة، الشيخ الطوسي، ج ٢ ص ٨٧.

أي: إنّ العقد الذي هو حكمٌ شرعيّ يجب أن لا يثبت في المعاطاة لاستصحاب عدمه.

• قوله قدّس سرّه: «وأما الإباحة بذلك فهو مجمعٌ عليه لا يختلف العلماء فيها». إنّ مقتضى عدم ثبوت العقد الشرعي في المعاطاة هو أن لا يترتب أيّ شيءٍ عليها، لا الملك ولا الإباحة، إلّا أنّ الالتزام بالإباحة هنا إنّما هو لدليل تعبديّ وهو الإجماع على إفادة المعاطاة إباحة التصرفات.

• قوله قدّس سرّه: «وإلّا لكان الأولى بل المتعيّن التعليل به»، أي: إذا لم يكن قصد المتعاطيين التمليك لكان المتعيّن أن يعلّل الشيخ الطوسي عدم ترتب الملك على عدم المقتضي وهو القصد، لا أن يعلّله بعدم الشرط وهو العقد، لأنّ التعليل بعدم المقتضي أولى من التعليل بوجود المانع.

• قوله قدّس سرّه: «يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه». الدليل الذي يستدلّ به السيّد ابن زهرة قدّس سرّه على نفي البيعة عن المعاطاة هو الإجماع، وذكر أنّه قد أشار إلى هذا الإجماع في ما سبق، ولكن المراجع لكتابه (الغنية) لا يرى تصريحاً منه بذلك، ولعلّه إشارة إلى ما ذكره في بداية كتاب البيع<sup>(١)</sup> من اشتراط الصيغة اللفظية في صحّة البيع، من دون أن ينقل خلافاً في ذلك.

• قوله قدّس سرّه: «وأيضاً فما اعتبرناه مجمعٌ على صحّة العقد به، وليس على صحّة ما عداه دليل». أي: إنّ ما اعتبره السيّد ابن زهرة من شرائط البيع كالإيجاب والقبول والتراضي ومعلومية العوضين فهو أمرٌ إجماعيّ بين الفقهاء على صحّة العقد بهذه الشروط، ولا دليل على صحّة العقد بدونها لكون العقد حكماً شرعيّاً، والأحكام توقيفية كما أشار إليه الشيخ الطوسي قدّس سرّه. وكلمة (مجمع) مرفوعة خبر للمبتدأ المتقدّم (ما) الموصولة في قوله: «فما اعتبرناه».

(١) راجع: غنية النزوع، السيّد ابن زهرة الحلبي، ص ٢٠٧.



• قوله قدّس سرّه: «وهو في الظهور قريب من عبارة الغنية». وجه القرب: أنّ أبي الصلاح الحلبي قدّس سرّه أسند عدم انعقاد البيع وحصول التمليك إلى اختلال الشرط ووجود المانع، دون إسناده إلى عدم المقتضي وهو القصد كما فعل السيد ابن زهرة قدّس سرّه، وهذا ظاهر في قصد المتعاطين التمليك، إذ لولاه لكان التعليل بعدم المقتضي أولى.

• قوله قدّس سرّه: «وذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع...»، مقصوده من كلمة الوصل قوله: «وإن حصل» التي فيها ترقّ من الفرد الأوضح إلى الفرد الخفيّ، ويبيّن الشيخ الأعظم قدّس سرّه في هذه العبارة المقصود من الفرد الأوضح والخفيّ، وذكرناه مفصّلاً في الشرح، فراجع.

• قوله قدّس سرّه: «ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا تخفى من وجوه أدونها جعل الملك موافقاً لأحمد في الانعقاد...». وجه الأدونية: أنّ صاحب الجواهر قدّس سرّه نسب قصد الإباحة في المعاطاة إلى مشهور علمائنا الإمامية، ومالك بن أنس وأحمد بن حنبل وإن كان كلامهما يؤخذ في المقام بنظر الاعتبار، إلّا أنّهما ليسا من الإمامية كما هو واضح.

قوله قدّس سرّه: «وقال الشهيد في قواعده بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي...». المقصود من السبب الفعلي هو المعاوضة بفعل التعاطي، ومن السبب القولي هو المعاوضة بالصيغة اللفظية المشتملة على الإيجاب والقبول، والذي يراجع كتاب القواعد لا يرى الشهيد الأوّل قدّس سرّه ذكر قيام السبب الفعلي مقام السبب القولي، بل ما ذكره هو قيام السبب الفعلي غير المنصوب ابتداءً مقام الفعلي المنصوب ابتداءً، لكن من خلال الأمثلة التي ذكرها يفهم أنّ مقصوده من السبب الفعلي المنصوب ابتداءً هو السبب القولي<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: القواعد والفوائد، الشهيد الأوّل، ج ١ ص ١٧٨.



## الفصل الثالث

# تحقيق في كلام الكركي

- المرحلة الأولى: بيان كلام المحقق الكركي
- المرحلة الثانية: الاعتراض على المحقق الكركي
- المرحلة الثالثة: الاتفاق مع المحقق الكركي في إيراده على المشهور
- المرحلة الرابعة: الإيراد على المحقق الكركي
- المرحلة الخامسة: بيعية المعاطاة عند المشهور



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

ثم إنك قد عرفت ظهوراً أكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها، كالخلاف والسرائر والتذكرة والقواعد. ومع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: إنهم أرادوا بالإباحة: الملك المتزلزل، فقال: المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد، ولا يقول أحد بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية، وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها. وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ عامٌ إلا ما أخرجه الدليل.

وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب: من أنها تُفيد الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به: عدم اللزوم في أول الأمر، وبالذهاب يتحقق اللزوم؛ لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً ولم يجز التصرف، وكافة الأصحاب على خلافه.

وأيضاً، فإن الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً ورأساً، فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده؟ وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول - لأنها تدلّ بالقرائن - منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكناً، ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم، ويكفي تلف بعض إحدى العينين، لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة والضرر، انتهى.

ونحوه المحكي عنه في تعليقه على الإرشاد، وزاد فيه: «أن مقصود المتعاطين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، وإلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية، بل يتعين

الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد، وهو باطلٌ. وعليه يتفرّع النماء وجواز وطء الجارية، ومن منع فقد أغرب». والذو يقوى في النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التملك، وأن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت - كما اعترف به في المسالك - من استلزام إعطاء كل منهما سلطاً عليها الإذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات، فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة، وحاصله: أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف، إذ الإباحة إن كانت من المالك المفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك، وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل، ولم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص في ذلك، مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود وترتيب غيره بعيداً جداً، مع أن التأمل في كلامهم يعطي إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية.

ويؤيد إرادة الملك: أن ظاهر إطلاقهم (إباحة التصرف) شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك، كالوطء والعق والبيع لنفسه. والتزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات - كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخيار، أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع - بعيداً. وسيجيء ما ذكره بعض الأساطين: من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

لكن الإنصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإن هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية، ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحة التصرفات

المذكورة، مع أنّ المحكيّ عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمّا يتوقّف على الملك، كإخراجه في حُمسٍ أو زكاةٍ، وكوطف الجارية.

ومما يشهد على نفي البُعد عما ذكرنا - من إرادتهم الإباحة المجرّدة مع قصد المتعاطيين التملك - أنّه قد صرح الشيخ في المبسوط، والحليّ في السرائر، كظاهر العلامة في القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب والقبول ولو من الرسول، نعم يفيد ذلك إباحة التصرف، لكنّ الشيخ استثنى وطف الجارية.

ثم إنّ المعروف بين المتأخّرين: أنّ من قال بالإباحة المجرّدة في المعاطاة، قال بأنّها ليست بيعاً حقيقةً كما هو ظاهر بعض العبار المتقدمة ومعقد إجماع الغنية، وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللزوم! وكلاهما خلاف الظاهر.

ويدفع الثاني تصريح بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع منحصرٌ في مسقطات الخيار، فكلّ بيع عنده لازمٌ من غير جهة الخيارات، وتصريح غير واحد بأنّ الإيجاب والقبول من شرائط صحّة انعقاد البيع بالصيغة. وأمّا الأوّل، فإن قلنا بأنّ البيع عند المتشرّعة حقيقةً في الصحيح - ولو بناءً على ما قدمناه في آخر تعريف البيع: من أنّ البيع في العرف اسمٌ للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرّعة (من حيث إنهم متشرّعة ومتديّنون بالشرع) صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإلا كان صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف - فيصحّ على ذلك نفي البيعية على وجه الحقيقة في كلام كلّ من اعتبر في صحته الصيغة، أو فسره العقد، لأنّهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع.

## الشرح

بعد أن استبعد الشيخ الأنصاري كلا جوابي المحقق الكركي وصاحب الجواهر قدس سرهما لدفع الإشكال عن المشهور الذي أفتى بإفادة المعاطاة المقصود منها التمليك الإباحة، لكونها لا ينسجمان مع عبارات الأصحاب، عاد قدس سره وتعرض لجملة من عبارات المحقق الكركي ليظهر لنا الوجه الذي جعل الكركي يخالف ظاهر كلام الأصحاب بل وصريح بعضه، ويحمل الإباحة في كلماتهم على الملك الجائز، وإمكان تأييد هذا التوجيه وتقريبه بنحو من الأنحاء بعد الاستبعاد الذي تقدم.

ويمكن ترتيب تحقيق المصنف في جواب المحقق الكركي ضمن مراحل:

### المرحلة الأولى: بيان كلام المحقق الكركي

قال المحقق الكركي: «إنّ المعروف بين الأصحاب أنّها بيع وإن لم تكن كالعقد في الزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد، ولا يقول أحد من الأصحاب بأنّها بيع فاسد سوى المصنّف في النهاية، وقد رجع عنه في كتبه المتأخّرة عنها. وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يتناولها، لأنّها بيعٌ بالاتّفاق، حتى القائلين بفسادها، لأنّهم يقولون: هي بيع فاسد. وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فإنّه عام، إلّا فيما أخرجه دليل.

وما في عبارة جمع من متأخري الأصحاب (من أنّها تفيد إباحةً تلزم بذهاب إحدى العينين) يريدون به عدم الزوم في أوّل الأمر، وبالذهاب تحقّق الزوم؛ لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك، إذ مقصود المتعاطيين إنّها هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة ولم يجز التصرف في العين، والأصحاب كافة على خلافه.



وأيضاً فإنّ الإباحة المحضّة لا تقتضي الملك أصلاً ورأساً، فكيف يتحقّق ملك مال شخص بذهاب مال آخر في يده؟ وإنّما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد في الصراحة كالأقوال وإنّما تدلّ بالقرائن، منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز الترادّ ما دام ممكناً، فمع تلف إحدى العينين يمتنع الترادّ، فيتحقّق اللزوم، لأنّ إحداهما في مقابل الأخرى، ويكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع الترادّ في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة وللضرر، ولأنّ المطلوب هو كون إحداهما في مقابل الأخرى»<sup>(١)</sup>.

ونحو ما ذكره قدّس سرّه في جامع المقاصد حكي عنه أيضاً في تعليقه على كتاب الإرشاد، حيث «نزل عبارة الأصحاب على أنّها تفيد ملكاً منزلاً وجعله مقتضاها، قال: وإلاّ لما لزم بالتلف، وأيضاً فلولا ذلك لم تحصل الإباحة، إذ المقصود للمتعاين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه، وإلاّ وجب أن لا تحصل إباحة بالكلية، بل يتعيّن الحكم بفساد ذلك، إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد، وهو باطل، وعليه يتفرّع النماء وجواز وطء الجارية بالمعاطاة، ومن منع ذلك فقد أغرب. ومما يرشد إلى ما قلناه - مضافاً إلى ما تقدّم - عبارات القوم؛ فإنّ بعضها كالصريح فيما قلناه، ثمّ ساق عبارة التحرير إذ ليس عنده سواها»<sup>(٢)</sup>.

وعبارة التحرير هي قول العلامة الحلي: «والأقوى عندي أنّ المعاطاة غير لازم، بل لكلّ منها فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإنّ تلفت إحدى العينين لزم، ولا يحرم على كلّ واحد منها الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد»<sup>(٣)</sup>.

(١) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٢) مفتاح الكرامة، السيّد محمد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥٠٢.

(٣) تحرير الأحكام، العلامة الحلي، ج ٢ ص ٢٧٥.

وحاصل ما أفاده قدس سره يمكن توضيحه في النقاط التالية:  
**أولاً:** ذهب الأصحاب في حكم المعاطاة إلى ثلاثة أقوال رئيسية:  
 القول الأول وهو المعروف بين الأصحاب: في أن المعاطاة بيع، إلا أنها لا تفيد  
 اللزوم كالبيع باللفظ، ومنشأ هذا الاستظهار ما سيذكره من أن الأصحاب أرادوا  
 من الإباحة في كلماتهم الملك الجائز، ومعه لا مانع من كون المعاطاة بيعاً صحيحاً.  
 القول الثاني وهو المنسوب إلى الشيخ المفيد قدس سره والمستظهر من عبارته في  
 المقنعة<sup>(١)</sup>: في أن المعاطاة بيع يفيد اللزوم كالبيع بالصيغة اللفظية تماماً، فلا يتوقف  
 تحقق اللزوم على التلف أو الإتلاف، فالملكية واللزوم تحصل في المعاطاة بمجرد  
 الأخذ والإعطاء للعوضين، ولقد تقدم من الكلام في أصل هذه النسبة وصحتها.  
 القول الثالث وهو للعلامة الحلي قدس سره في كتابه (النهاية)<sup>(٢)</sup>، ورجع عنه  
 في كتبه المتأخرة: في أن المعاطاة بيع فاسد لا يفيد ملكاً ولا إباحة، لعدم اشتغالها  
 على الصيغة التي هي شرط لصحة البيع<sup>(٣)</sup>.

إذن، فالمعاطاة عند جميع الفقهاء برأي المحقق الكركي هي بيع، حتى لدى  
 القائل بأنها معاملة فاسدة.

ثانياً: إن قوله تعالى في الآية الكريمة: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (البقرة: ٢٧٥)  
 يشمل المعاطاة، لأن المعاطاة بيع عند جميع الأصحاب حتى عند القائلين  
 بفسادها؛ لذا فهم إلى أن المعاطاة بيع فاسد.

وكذا قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (النساء: ٢٩)

(١) راجع: المقنعة، الشيخ المفيد، ص ٥٩١.

(٢) راجع: نهاية الأحكام، العلامة الحلي، ج ٢ ص ٤٤٩.

(٣) لكن العلامة صرح في النهاية بأن المعاطاة ليست بيعاً (نهاية الأحكام، ج ٢ ص ٤٤٩).  
 إلا أن يكون مراده من عدم كونها بيعاً هو عدم كونها بيعاً صحيحاً لازماً مملكاً، وإنما هي  
 بيع فاسد، راجع: (مفتاح الكرامة، السيد محمد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥٠٢).

والتي هي من أدلة إمضاء البيع، تشمل المعاطاة أيضاً، لأنّ (التجارة) أخذت فيها كموضوع للصحة وترتيب الأثر، والتجارة عام تشمل كلّ تجارة من قول أو فعل، ولا تختصّ بالمعاملة اللفظية، فكلّ ما يصدق عليه هذا العنوان يترتب عليه الأثر ويكون صحيحاً إلا ما خرج بالدليل كالبيع الغرري مثلاً، ولم يدلّ دليل على إخراج المعاطاة، فتبقى داخلة تحت العموم.

إذن، المعاطاة التي هي بيع تشملها أدلة الإمضاء فتكون مفيدة للملك.

ثالثاً: بعدما ثبت أنّ المعاطاة بيع، وأنها مشمولة لأدلة الصحة والنفوذ، فلا بدّ من التصرف في ما ذهب إليه مشهور الأصحاب من إفادة المعاطاة بإباحة التصرف، ولزومها بحصول تلف إحدى العينين، من خلال حمل الإباحة الواردة في كلماتهم على الملك المتزلزل الجائز، وذلك للأسباب التالية:

١. عدم إمكان حمل الإباحة في كلمات الأصحاب على الإباحة المجردة من أصل الملك، لمنافاة ذلك قاعدة تبعية العقود للقصد المسلّم بها عند جميع الفقهاء، فالمعاطاة بيع فيكون المقصود منها التمليك لا الإباحة، فالقول بترتب الإباحة المجردة رغم وجود هذا القصد يلزم منه وقوع ما لم يُقصد وقصد ما لا يقع، وهو باطل بالضرورة.

وبحسب هذه القاعدة إمّا أن نقول بتحقيق المقصود من المعاطاة أو عدم تحقّقه، أمّا عدم تحقّق المقصود فمعناه أنّ المعاطاة عندئذ بيع فاسد لا يترتب عليه شيء، وهو باطل لا يمكن المصير إليه؛ لأنّ كافة الأصحاب على خلافه، فهم قائلون بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة، فلا بدّ من الالتزام بترتب المقصود وهو الملك، ويكون مراد الأصحاب من الإباحة حينها في كلماتهم هو الملك، غاية الأمر أنّ هذا الملك جائز ومتزلزل؛ لتجويزهم الترادف قبل حصول التلف لإحدى العينين.

٢. إنّ الأصحاب أفتوا بلزوم المعاطاة وتحقّق الملك بحصول التلف لأحد

العوضين، فإن كان مقصودهم من الإباحة في كلماتهم هو الإباحة المجردة عن

الملك، لم يكن هناك وجه لهذا التملك، لأنّ تلف العين ليس من أسباب تحقّق الملك وصيرورة العين الأخرى ملكاً لمن هي في يده، بينما لو قلنا: إنّ مقصودهم من الإباحة هو الملك الجائر، كان هناك وجه لهذا اللزوم، حيث يمكن الالتزام بتحقّق الملك المستقرّ عند تلف إحدى العينين بعد أن كان المترتب هو الملك المتزلزل، وهذا الأمر له واقع في الشريعة كما في موارد الخيارات.

٣. إنّ الأصحاب يرون أنّ العقد يشترط في لزومه أن يكون إنشأؤه باللفظ، ولا يكفي فيه الفعل، لأنّ الأفعال قاصرة عن تأدية المرادات والقصود، لأنّها إنّما تدلّ على المرادات بالقرائن الحاليّة أو المقاليّة، ولا دلالة عليها بالذات كدلالة الألفاظ، ولأجل ذلك حكموا بعدم اللزوم في المعاطاة وجواز الترادّ مع الإمكان، ولزوم الملك بتلف إحدى العينين، فجواز الترادّ راجع إلى عدم لزوم العقد وجواز الملك فيه وتزلزله، كما هو الحاصل في العقد الخياري، لا إلى الإباحة المجردة عن الملك، لأنّ جواز الترادّ أعمّ من الإباحة والملك الجائر، ولا قرينة على إرادة الإباحة في كلمات الأصحاب، بل القرائن على إرادة الملك المتزلزل كما عرفت. هذا تمام ما أفاده المحقّق الكركي قدّس سرّه في عبارته في شرحه على القواعد وتعليقته على الإرشاد في توجيه فتوى المشهور في المعاطاة.

### المرحلة الثانية: الاعتراض على المحقّق الكركي

لم يرتضِ الشيخ الأنصاري النتيجة التي وصل إليها المحقّق الكركي في دفاعه عن المشهور بحمل الإباحة في كلماتهم على الملك الجائر لتخليصهم من الإشكالات التي أوردها عليهم؛ وذلك لأمرين:

الأمر الأوّل: إنّ ظاهر عبارات الأصحاب بل وصريح بعضها: أنّ مرادهم من الإباحة هي الإباحة المجردة عن الملك، وهذا الظهور لا يصر إلى خلافه إلا مع وجود قرينة، ولا توجد قرينة في المقام تساعد على التصرف الذي أفاده الكركي.

الأمر الثاني: إنّ المقصود بالمعاطاة بحسب الفرض هو التملك، خلافاً لما ادّعاه صاحب الجواهر قدّس سرّه، فالإباحة فيها لم تحصل بإنشائها ابتداءً، وإنّما حصلت الإباحة من استلزام إعطاء كلّ من المتعاطيين سلعته إلى الآخر إذن مالكها ورضاه بتصرّف الآخر فيها بوجوه التصرّفات حتى المتوقّفة على الملك، كما اعترف بذلك الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك، حيث ذكر بعد نفيه الملك محتجاً بأنّ الناقل للملك لا بدّ أن يكون من الألفاظ الصريحة في إنشاء التملك المنصوبة من قبل الشارع: «وإنّما حصلت الإباحة باستلزام إعطاء كلّ منهما الآخر سلعته مسلطاً له عليها الإذن في التصرّف فيها بوجوه التصرّفات، فإذا حصل كان الآخر عوضاً عمّا قبله لتراضيها على ذلك، وقبله يكون كلّ واحد من العوضين باقياً على ملكه، فيجوز له الرجوع فيه. ولو كانت بيعاً قاصراً عن إفادة الملك المترتب عليه لوجب كونها بيعاً فاسداً إذ لم يجتمع شرائط صحّته. وما جاء من قبل الشارع أن البيع على قسمين: فما حصل فيه الإيجاب والقبول على وجهها؛ لازم، وما حصل فيه التراضي بدونه؛ جائز. ومن ثمّ ذهب العلامة في النهاية إلى كونها بيعاً فاسداً، وأنّه لا يجوز لأحدهما التصرّف فيما صار إليه أصلاً»<sup>(١)</sup>.

ويمكن تقريب هذه الملازمة بما حاصله أنّ المتعاطيين قصداً في المعاطاة التملك، لكنّها جعلها الكاشف عن هذا التملك التسليط الفعلي الخارجي من الأخذ والإعطاء العمليين، وهذا الكاشف من التسليط وإن لم يؤثّر في ترتيب ما قصده من الملك لاشرطه الكاشف اللفظي القولي عنه، إلّا أنّه يؤثّر بمقدار مدلوله وهو الإذن في التصرّف وحصول الإباحة.

بعبارة أخرى: إنّ المتعاطيين «جعلوا الإباحة المطلقة والإذن في التصرّفات كاشفاً عن التملك، فإذا فرض عدم حصول الملك لقصور الكاشف؛ لا مانع

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٨.

من تأثيره بمقدار مدلوله، وهو مباحية التصرفات المطلقة»<sup>(١)</sup>.

وإن شئت قلت: «إنّ المالك وإن لم يصدر منه إلا إنشاء التملك، إلا أنّ هذا يدلّ بالملازمة على الرضا الباطني بل الإذن في التصرف في ماله المأخوذ منه بالتعاطي، وهذا كافٍ في الإباحة التكليفيّة المالكية، أي: في تجويز الشارع التصرف فيه وعدم مؤاخذته عليه تجويزاً مستنداً إلى رضى المالك به»<sup>(٢)</sup>.

وهذا الكلام من الشهيد الثاني قدّس سرّه وإن كان يرد عليه ما أورده المحقّق الكركي قدّس سرّه في تعليقه على الإرشاد من أنّ الرضا والإذن في التصرف من قبل المالك إنّما كان بعنوان التملك، والمفروض عدم تحقّق هذا العنوان، فلا إذن بدونه، لكن ورود الإشكال شيءٌ والتصرف في العبارة بما يتلاءم مع نفي الإشكال - كما فعل المحقّق قدّس سرّه - شيءٌ آخر.

ولذا يرى الشيخ الأنصاري قدّس سرّه أنّ الذي يقوى في النفس هو إبقاء ظواهر كلمات القوم على حالها من إرادتهم الإباحة المجردة عن أصل الملك كأثر مترتب على المعاطاة المقصود منها التملك.

### المرحلة الثالثة: الاتفاق مع المحقّق الكركي في إيراده على المشهور

بعد أن أثبت الشيخ الأنصاري أنّ مقصود الأصحاب من الإباحة الواردة في كلماتهم هي الإباحة المجردة عن الملك، وافق المحقّق الكركي في ما أورده من إشكال على المشهور في عبارته المتقدّمة من جامع المقاصد، والمحكي عنه في تعليقه على الإرشاد، والذي كان حاصله: أنّ المعاطاة التي وقعت محلاً للنزاع بين الأصحاب إن كان مقصود المتعاطيين فيها هو التملك - كما هو المفترض - فإنّما أن يقع المقصود وهو الملك ويكون حال المعاطاة حال البيع بالصيغة، أو أن

(١) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣٣.

(٢) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي، ج ٢ ص ٤٨.

لا يقع المقصود فيكون بيعاً فاسداً، ولا وجه أبداً بترتب الإباحة.  
وموافقة الشيخ الأعظم للمحقق الكركي في ما أورده على المشهور من  
إشكال، يمكن بيانه في ضمن أمرين:

#### ١. المناقشة في حصول الإباحة كأثر مترتب على المعاطاة المقصود منها التملك

حيث يرى الشيخ الأنصاري أنّ ما ذهب إليه المحقق الكركي من عدم  
وجود وجهٍ للقول بالإباحة في المعاطاة المقصود منها التملك، له وجهٌ، لأنّ هذه  
الإباحة لا يخلو أمرها إمّا أن تكون إباحة مالكيّة أو إباحة شرعيّة، وكلاهما ممتنع.  
أمّا امتناع كونها إباحة مالكيّة فلائّه:

أولاً: إنّ الإباحة المالكيّة منوطة بالقصد كالمملك، فلا ريب في انتفائها؛ لأنّ  
المفروض أنّ المتعاطيين قاصدان للتملك لا لإباحة التصرف.

ثانياً: إنّ حقيقة الإباحة هي الإذن في التصرف، وفي المعاطاة المقصود منها  
التملك، فهذه الإباحة والإذن في التصرف إمّا أن تكون مستفادة من قصد  
التملك من حيث كونها متضمّنة فيه وتابعة له، أو أنّها مستفادة على نحو  
الاستقلال، وعلى الثاني إمّا أن تكون مقصودة مع التملك على نحو وحدة  
المطلوب، أو على نحو تعدّد المطلوب.

أمّا الأوّل: فغير تامّ لسببين:

السبب الأوّل: عدم معقوليّته في حدّ نفسه، لمكان المقابلة والتضادّ بين  
التملك والإباحة، فالإباحة المالكيّة متقوّمة بالرضا بالتصرف فقط مع إبقاء  
ملكيّة العين لمالكها الأوّل، بينما قصد التملك متقوّم بسلب ملكيّة العين  
وانقطاعها عن المالك وجعلها متعلّقة بالآخذ، ولا يعقل اجتماع ثبوت إضافة  
الملك إلى النفس مع سلبها عنها في معاملة واحدة.

هذا إضافة إلى أنّ حقيقة الإباحة إنّما هي الإذن في التصرف في ملك الغير،  
وهي مغايرة لإباحة التصرف للمالك في ملكه؛ لقاعدة السلطنة.

السبب الثاني: على فرض التسليم بمعقوليتها فإنها تابعة للملك، لأن رضا كل من المتعاطين وإذنها في التصرف إنما هو على تقدير كون ماله ملكاً لصاحبه كما في سائر البيوع، فإذا لم يتحقق الملك كما هو المفترض انتفت عندها الإباحة المالكية. وأما الثاني: فهو واضح البطلان، لأنه مع انتفاء الملك تنتفي الإباحة أيضاً؛ لو حدثها في المطلوبة كما هو المفترض.

وأما الثالث: فإضافة إلى شهادة الوجدان ببطلانه، يشهد له أيضاً تفرعهم بحث المعاطاة على اشتراط الصيغة في البيع الكاشف عن أن المعاطاة لا تفرق شيئاً عن البيع سوى في الصيغة اللفظية، حيث يقال: «إن النزاع في المعاطاة... إنما هو باعتبار خلوها عن الصيغة المخصوصة، لا لاختلال شيء من الشرائط المعتبرة في انعقاد البيع وصحته، ولذا صرح جماعة بأنه يعتبر تحقق جميع الشرائط المعتبرة في صحة البيوع بحيث لم يفارق البيع بالصيغة المحكوم عليها بالصحة وال لزوم إلا في خلوها عن الصيغة الخاصة الذي نشأ منه النزاع واختلفت بسببه الأنظار»<sup>(١)</sup>، وكما أن المطلوب في البيع أمرٌ واحدٌ وهو التملك فكذا يفترض في المعاطاة. إذن فمع قصد المتعاطين التملك لا يبقى وجه لترتب الإباحة المالكية على المعاطاة. وأما امتناع كونها إباحة شرعيةً تعبديةً فلأسباب التالية:

السبب الأول: عدم وجود دليل دالّ عليها إثباتاً، إلا ما يظهر من بعضهم كالسيد ابن زهرة قدس سرّه، بالإستناد في ذلك على الإجماع، إلا أن هذا الإجماع يمكن الخدشة فيه، فإن الذي يراجع كلمات الأصحاب في المعاطاة يصعب عليه حمل الإباحة الواردة في عباراتهم على الإباحة الشرعية بعد ظهورها في الإباحة المالكية، كعبارتي الشيخ الطوسي قدس سرّه في المبسوط<sup>(٢)</sup>

(١) ينابيع الأحكام، السيد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٤٨٩.

(٢) راجع: المبسوط في فقه الإمامية، الشيخ الطوسي، ج ٢ ص ٨٧.



تحقيق في كلام الكركي ..... ٢٥٧

والخلاف<sup>(١)</sup>، فإنّ التراضي والإباحة فيهما إنّما هي حاصلة بفعل الإعطاء، والإباحة الحاصلة بالإعطاء لا شك أنّها مالكيّة لا شرعيّة.

وكعبارة الشهيد الثاني المتقدّمة في المسالك، التي هي كالصريح في كون الإباحة في المعاطاة مالكيّة؛ لقوله: «استلزام إعطاء كلّ منها الآخر سلطاً له عليها الإذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات»<sup>(٢)</sup>.

السبب الثاني: عدم بناء الشارع في المعاملات على إلغاء الأثر المقصود وترتب أثر جعلي من عنده، ولذا فمن البعيد جداً أن يلغي الشارع التملك الذي قصده المتعاطيان ويجعل إباحة محضة، خاصّة مع وجود القاعدة الفقهيّة المسلّمة وهي تبعيّة العقود للقصود، التي تقتضي عدم وقوع ما لم يقصده المتعاقدان. وعليه، يرى الشيخ الأنصاري قدّس سرّه: أنّه إذا لم يمكن حمل الإباحة الواردة في كلمات الأصحاب على الإباحة المالكيّة ولا على الإباحة الشرعيّة، يتّجه حينئذ ما استظهره المحقّق الكركي قدّس سرّه من عبارات المشهور بترتب الملك الجائز على المعاطاة، طبقاً لما قصده المتعاطيان فيها.

## ٢. تأييد المناقشة بالاستناد إلى كلمات المشهور

بعد أن ناقش الشيخ الأعظم قدّس سرّه في ترتّب الإباحة المجرّدة عن الملك على المعاطاة المقصود فيها التملك، جاء بمؤيّد لهذه المناقشة، يبيّن فيها إرادة الإباحة المجرّدة ويقرب إرادة الملك الجائز، كما ذهب إليه المحقّق الكركي قدّس سرّه. وحاصل هذا المؤيّد أنّ عبارة (إباحة التصرف) الواردة في كلمات الأصحاب مطلقة غير مقيّدة، فيجوز التصرف مطلقاً في ما يأخذه المتعاطيان،

(١) راجع: الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

(٢) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٨.

سواء كان التصرف في ما يتوقف عليه الملك كالبيع والوقف والعتق وغيرها، أو كان في ما لا يتوقف عليه الملك كجواز أكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها، وكجواز الأكل من بيوت الأقارب المتضمنة في الآية الكريمة (النور: ٦١).

ووجه التأييد هو أنّ الأصحاب لو كان مقصودهم من الإباحة المترتبة على المعاطاة هو الإباحة المجردة عن الملك لكان لزاماً عليهم تقييدها بالتصرفات غير المتوقفة على الملك، فإطلاقها كاشف عن إرادة الملك، لأنّ تجويز التصرفات المختصة بالملك فقط كالبيع والعتق متوقف على صيرورة المتعاطين مالكيين لما يأخذه بالمعاطاة، وإلا لزم مخالفة الشارع في قوله: «لا بيع إلا في ملك» ونحوه.

فيثبت عندها ما ذهب إليه المحقق الكركي من تنزيل الإباحة في كلمات القوم على الملك الجائز.

وسبب عدول الشيخ الأنصاري من الدليلية إلى التأييد في هذا الوجه رغم أنّ الإطلاق أصل لفظي يصحّ أن يحتجّ به على المشهور هو «أنّ الأخذ بالإطلاق منوطٌ بعدم معارض أقوى منه. ولعلّ صراحة كلمة (الإباحة) في ما يقابل الملك مانعة عن انعقاد الإطلاق في قولهم: «المعاطاة تفيد الإباحة» فتكون نتيجة تقديم أقوائية الإباحة - في الإذن المجرد - على إطلاق التصرف هي: اختصاص إباحة التصرف بما لا يتوقف على الملك، وقد صرح بهذا التقييد الشهيد في محكي حواشيه على القواعد، حيث منع دفع المال - المأخوذ بالمعاطاة - بعنوان الخمس والزكاة المتوقفين على الملك»<sup>(١)</sup>.

### إشكال وجواب

قد يقال: إنّ ما جاء به الشيخ الأعظم أخيراً من مؤيد لإرادة الملك الجائز من الإباحة في كلمات الأصحاب غير تامّ وممنوع، وذلك لأنّ هذا المؤيد يبتني على أنّ

(١) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣٥١.

تجوز التصرفات المتوقّفة على الملك في المعاطاة يعتمد على تحقّق الملك حين الإعطاء والقبض لكي تصحّ هذه التصرفات، فتحمل الإباحة في كلماتهم على الملك.

ويمكن المناقشة في ذلك بأن نبقى (الإباحة) في كلماتهم على معناها المقابل للملك، والالتزام بتحقّق الملك الآني، وبيانه: أنّ تجوز التصرفات المتوقّفة على الملك كالبيع والعتق والوقف وغيرها في المعاطاة لا يتوقّف على ما ذكره الشيخ قدّس سرّه وليس قرينة على حصول الملك من حين التعاطي، بل يمكن القول إنّ الإباحة رغم إطلاقها في كلماتهم إلا أنّها باقية على ظاهرها من جواز التصرف دون الملك، وإنّ العين المنتقلة ما دامت باقية فهي على ملك مالکها الأوّل، فإذا أراد المباح له أن يتصرّف فيها تصرّفًا متوقّفًا على الملك، دخلت العين في ملكه آنًا ما، فيصحّ تصرّفه لأنّه يكون تصرّفًا في ملكه لا في ملك المبيع.

والالتزام بالملكيّة الآنيّة له نظائر في الفقه، كتصرّف ذي الخيار مثلاً، فالبائع إذا جعل لنفسه الخيار صارت العين مملوكة للمشتري ملكاً منزلاً جازئاً، فإذا أمضى البائع العقد صارت العين ملكاً مستقرّاً للمشتري، وإذا فسخ بقوله (فسخت) رجعت العين إلى ملك البائع، وإذا فسخ البائع فعلاً لا قولاً بأن باعها إلى شخص آخر، حكموا بصحّة بيعه هذا، لأنّه بالبيع الثاني حصل فسخ فعليّ للبيع الأوّل، وانتقلت العين إلى ملك البائع آنًا ما فيقع البيع في ملكه لا ملك غيره، وكذا الأمر في الملكية الآنيّة المتحقّقة في رجوع الواهب عن هبته، فليكن المقام كذلك.

أجاب الشيخ الأنصاري عن ذلك بأنّ الالتزام بالملكيّة الآنيّة في المعاطاة بعيدٌ جدّاً، وذلك لأنّ الملكية الآنيّة أمرٌ غير معهود لا يصار إليه إلا مع وجود ما يقتضيه، وفي باب الخيارات والهبة كان الجمع بين الأدلّة يقتضي القول بالملكيّة الآنيّة فيها، أي: في فسخ ذي الخيار ورجوع الواهب، أمّا في باب المعاطاة فلا يوجد مثل هذا المقتضي، ولا ملازمة بين القول بها هناك وثبوتها هنا، فالمشهور كان عليهم تقييد التصرفات الجائزة بما لا يتوقّف على الملك، لا إبقاء (جواز

التصرّف) على إطلاقه ليتكلف لمشروعيته بالملكيّة الآنيّة بلا دليل عليها. وسيأتي في المباحث القادمة ما يبيد حمل كلام المشهور على الملكيّة الآنيّة، وهو ما أفاده الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدّس سرّه في شرحه على قواعد العلامة: من أنّ القول بترتب الإباحة المجرّدة على المعاطاة ثمّ تبدّلها بالملك يستلزم منه تأسيس قواعد جديدة في الفقه يستبعد الالتزام بها، إضافة إلى محاذير أخرى سيأتي التعرّض لها إن شاء الله تعالى.

وعليه، لا بدّ من حمل الإباحة المذكورة في كلمات الأصحاب على إرادة الملك الجائز كما أفاد المحقّق الكركي قدّس سرّه.

### المرحلة الرابعة: الإيراد على المحقّق الكركي

بعد أن بيّن الشيخ الأنصاري المبررات الوجيهة التي دعت المحقّق الكركي لمخالفة ظاهر عبارات المشهور وحمل الإباحة في كلماتهم على الملك الجائز، رجع وناقش في هذه النتيجة، وأنّ المسألة إذا دار أمرها بين التمسك بظهور كلام الأصحاب في الإباحة المجرّدة عن الملك وبين توجيه كلامهم وحملها على الملك الجائز، فالمتعيّن هو التمسك بالظهور وإبقاء الإباحة في كلماتهم على حالها دون تأويل؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأوّل: المناقشة في أصل الكبرى من الاستبعاد المتقدّم من جواز التصرّفات المتوقّفة على الملك في المعاطاة المفيدة للإباحة المحضّة.

وحاصل هذه المناقشة: أنّ ما ذهب إليه المشهور من جواز التصرّفات مطلقاً حتى التصرّفات المتوقّفة على الملك كالبيع والعتق في المعاطاة التي يترتب عليها إباحة التصرّف فقط دون الملك وإن كان بالنظر الأولى يبدو غريباً ومستبعداً، إلّا أنّه يمكن توجيهه بحيث يزول هذا البعد والاستغراب منه، بأن يقال: إنّ المشهور في المعاطاة واجهوا نوعين من الأدلّة:

الأول: أصالة بقاء الملك التي مرجعها إلى استصحاب بقاء ملك المعطي للعين التي انتقلت منه، أو استصحاب عدم ملكية الآخذ للعين التي انتقلت إليه، بعد قصور الأدلة الاجتهادية المفيدة للملك في المعاطاة بحسب نظرهم.

الثاني: الإجماع المدعى على جواز التصرف في العين المتقلة في المعاطاة بمطلق أنحاء التصرفات، حتى التصرفات المتوقفة على الملك.

ومقتضى الجمع بين هذين الدليلين هو الالتزام بإفادة المعاطاة بإباحة التصرفات المجردة عن أصل الملك، وحصول الملكية الآنية في التصرفات المتوقفة على تحقق الملك للمبيع كالبيع والعتق والوقف وغيرها.

وهذه الإباحة المستفادة لا تعارض مع قاعدة (تبعية العقد للقصد) لأنها إما أن تكون إباحة شرعية فلا تعارض في البين كما هو واضح، وإما أن تكون إباحة مالكية ومع ذلك لن يحصل التعارض لأن هذه القاعدة الشرعية قابلة للتخصيص كما سيأتي من الشيخ الأعظم بيانه عند مناقشة ما ذهب إليه الشيخ كاشف الغطاء من كون الالتزام بمقالة المشهور يستدعي تأسيس قواعد جديدة. وعليه، فرأي المشهور ليس مخالفاً للقواعد الفقهية المسلمة بل هو منطبق معها، فلا يبقى غرابة وبُعد في البين.

الوجه الثاني: المناقشة في الصغرى وهي جواز التصرفات المتوقفة على الملك في المعاطاة المفيدة للإباحة المجردة، فإن هذا الحكم ليس مجمعاً عليه عند المشهور لكي يكون مبرراً للإشكال عليهم، بل هو من المسائل الخلافية بينهم، ويتضح ذلك بمراجعة كلماتهم في المقام، حيث حُكي عن الشهيد الأول قدس سره في حاشيته على قواعد العلامة<sup>(١)</sup> المنع عن إخراج المقبوض بالمعاطاة في الزكاة أو

---

(١) الحاكي هو السيد محمد جواد العاملي في مفتاح الكرامة، حيث قال: «في حواشي الكتاب: لا يجوز لأحدهما أن يخرجها في زكاة أو خمس أو ثمن الهدى قبل التلف - يريد تلف العين

الخمس قبل تلف العين الأخرى، وكذا المنع عن نكاح الجارية التي اشترت بالمعاطاة قبل تلف الثمن، كما ذكر الشيخ الطوسي قدس سره في المبسوط: «أن الهدية لا تصح إلا بالإيجاب والقبول، ولا تلزم إلا بالقبض، وكذلك إذا أهدى إلى رجل شيئاً على يد رسول فإنه على ملكه بعد، وإن مات المهدى إليه كان له استرجاعه، وإن مات المهدى كان لوارثه الخيار.

وإذا وصلت الهدية إلى المهدى إليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم، ويكون ذلك إباحة من المهدى، حتى أنه لو أهدى إليه جارية لم يجز أن يستمتع بها، لأن الإباحة لا تدخل في الاستمتاع»<sup>(١)</sup>.

فالمنع عن أداء الزكاة والخمس في المأخوذ بالمعاطاة واستثناء الجارية المهداة أو المشتراة بالمعاطاة إنما هو لتوقفها على الملك، والمعاطاة تفيد الإباحة دون الملك.

فهذه العبارات إضافة إلى صريح ما ذكره ابن إدريس الحلبي في السرائر بقوله: «إذا أهدى لرجل شيئاً على يد رسوله، فإنه على ملكه بعد، وإن مات المهدى إليه كان له استرجاعه، وإن مات المهدى كان لوارثه الخيار، وإذا وصلت الهدية إلى المهدى إليه، لم يملكها بالوصول، ولم تلزم، ويكون ذلك إباحة من المهدى»<sup>(٢)</sup>، وظاهر كلام العلامة الحلبي في القواعد بقوله: «لا تجب الزكاة على الموهوب له إلا بعد القبض»<sup>(٣)</sup> تعتبر شاهداً على نفي البعد عن إرادة المشهور

---

الأخرى - وقال: ويجوز أن يكون الثمن والمثمن مجهولين، لأنها ليست عقداً، وكذا جهالة الأجل، وقال: لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن، فإن وطء كان بشبهة، انتهى»، راجع: مفتاح الكرامة، ج ١٢ ص ٥١٠.

(١) المبسوط في فقه الإمامية، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٣١٥.

(٢) السرائر، ابن إدريس الحلبي، ج ٣ ص ١٧٧.

(٣) قواعد الأحكام، العلامة الحلبي، ج ١ ص ٣٤٠، وظاهره أن عدم وجوب الزكاة على الموهوب

الإباحة المحضة في المعاطاة المقصود منها التملك، اذ لو كان المقصود عندهم هو الملك المتزلزل لما كان هناك وجه لما ذكره في هذه العبارات من الاستثناءات.

يبقى الكلام في الإشكال الآخر الذي تعرّض له المحقق الكركي على المشهور من التزام فتوَاهم كون التلف من جانب مملّكاً للجانب الآخر، رغم أنّ التسالم على عدم عدّ التلف من الأسباب المملّكة والنواقل الشرعية فلم يتعرّض الشيخ الأعظم إلى جوابه وتبريره، إلا أنّ هذا الإشكال أجاب عنه بعضهم بنفس الأسلوب الذي أجاب فيه الشيخ الأنصاري عن الإشكال الأوّل المتقدّم؛ وذلك بأن يقال: إنّّه يوجد في موردنا في المعاطاة دليلاً، الأوّل: أصالة عدم الملك، والثاني: عموم قاعدة (على اليد ما أخذت حتى تؤدّي) الدالّة على الضمان بالمثل أو القيمة، عندما جاء الإجماع في المعاطاة على الضمان بالمستوى حصل التنافي بين الأدلّة، لأنّه مع الإجماع سيدور الأمر بين التصرّف في الأصل بعدم الملك ورفع اليد عنه، أو التصرّف في قاعد اليد وتخصيصها.

بعبارة أخرى: إنّ هذا الإجماع إمّا أن يكون مخصّصاً لدليل الأصل أو مخصّصاً لدليل القاعدة، والظاهر أنّ دليل القاعدة أقوى من دليل الأصل، فيخصّص الإجماع دليل الأصل، فيستكشف من التلف حصول الملك أنّاً ما قبله ويثبت المطلوب<sup>(١)</sup>، فتأمل.

وعليه، فإنّ ما استبعده المحقق الثاني قدّس سرّه من حمل الإباحة في كلمات المشهور على معناها الظاهر بعيد، والأولى إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها وتوجيهها بما ذكر، فيكون حاصل فتوَاهم في المعاطاة هو ترتّب الإباحة وجواز التصرّف دون الملكية، مع كون مقصود المتعاطين التملك لا الإباحة.

له إنّما هو لعدم حصول الملك بإهداء الهدية رغم وجود قصد التملك حين الإهداء.

(١) راجع: الدرر النجفية (كتاب المتاجر)، الشيخ الفاضل القائني النجفي، ج ١ ص ٦٥.

بل قد يقال: إنَّ الأولى منهما معاً إبقاء ظاهر عبارات الأصحاب على حالها من دون أيّ توجيه وتأويل، مع ورود الإشكال المتقدّم في كلام المحقّق الكركي عليها، قال السيّد اليزدي: «وأهون منها التزام ورود الإشكال عليهم في هذه الدعوى، وأنّ الحقّ هو القول بإفادتها الملكيّة اللازمة أو الجائزة على ما سيأتي، وورود الإشكال على العلماء ليس أوّل قارورة، ولا داعى إلى التأويل والتوجيه، ولا التزام ما لا دليل عليه»<sup>(١)</sup>.

### المرحلة الخامسة: بيعيّة المعاطاة عند المشهور

بعد أن ناقش الشيخ الأنصاري في المرحلة السابقة المحقّق الكركي في ما ذهب إليه من حمل الإباحة على الملك الجائز، واستقرب إبقاء الإباحة في كلمات المشهور على معناها الظاهر، وصل الكلام في تحقيق ما ذكره المحقّق الكركي قدّس سرّه في عبارته في جامع المقاصد<sup>(٢)</sup> من نسبة القول بكون المعاطاة بيع حقيقة إلى الأصحاب، حتى من القائل بأنّها بيعٌ فاسدٌ كالعلامة قدّس سرّه في نهايته، فهل هذه النسبة صحيحة أم لا؟

التحقيق: أنّ في المسألة خلافاً بين المتأخّرين راجعاً إلى ما يُستظهر من عبارة المشهور في (أنّ المعاطاة تفيد الإباحة)، حيث استظهر بعضهم كالمحقّق الكركي من العبارة كون المعاطاة بيعاً حقيقةً لأجل حملهم الإباحة في كلماتهم على الملك الجائز، فتكون المعاطاة بيعاً قطعاً حالها حال البيوع الخياريّة، فكما لا يقدح تنزيل العقد البيعي في مدّة الخيار، وعدم لزومه في صدق عنوان البيعيّة عليه، كذلك الأمر في المعاطاة حيث لا يقدح جواز الملك وتنزله قبل تلف إحدى العينين

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٤.

(٢) راجع: جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.



فيها. بينما ذهب آخرون إلى منع كون المعاطاة بيعاً حقيقةً، وذلك لسببين:  
 الأوّل: ظاهر بعض عبارات الأصحاب المتقدّمة وصريح بعضها في أنّ  
 المعاطاة ليست بيعاً، كما في قول الشيخ الطوسي في الخلاف: «فإنّه لا يكون  
 بيعاً»<sup>(١)</sup>، وعبارة ابن إدريس في السرائر: «فإنّه لا يكون بيعاً ولا عقداً»<sup>(٢)</sup>، وعبارة  
 السيّد ابن زهرة في الغنية: «فإنّ ذلك ليس ببيع وإنّما هو إباحة للتصرّف»<sup>(٣)</sup>.  
 الثّاني: الإجماع الذي ادّعاه السيّد ابن زهرة على نفي بيعيّة المعاطاة بقوله في  
 الغنية: «يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه»<sup>(٤)</sup>، والإجماع الذي أشار إليه إنّما هو  
 نفي كون المعاطاة بيعاً.

هذا ويرى الشيخ الأنصاري أنّ كلا الاستظهارين المذكورين ممنوعان، أمّا  
 استظهار المحقّق الكركي المبتني على تفسير الإباحة بالملك الجائز، فإضافة إلى ما  
 ذكر سابقاً في استبعاده، يوجد هنا وجهٌ آخر أيضاً يصلح لمناقشة المحقّق من  
 خلال مراجعة ما ذكره الفقهاء في باب البيع، حيث ذكروا أمرين ينفعان في ردّ  
 الاستظهار المتقدّم:

الأمر الأوّل: ذكر بعضهم أنّ الأصل في البيع أن يكون عقداً لازماً غير جائز  
 إلّا من جهة الخيار، كما ذكر ذلك العلامة في قواعده حيث قال: «الأصل في البيع  
 اللزوم، وإنّما خرج عن أصله بأمرين، ثبوت الخيار وظهور العيب»<sup>(٥)</sup>.  
 فلو وجد خيار كان العقد متزلزلاً مدّة الخيار، ومع عدم وجود الخيار  
 فالأصل اللزوم.

(١) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

(٢) السرائر، ابن إدريس الحلّي، ج ٢ ص ٢٥٠.

(٣) غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٧.

(٤) المصدر نفسه، ص ٢١٧.

(٥) قواعد الأحكام، العلامة الحلّي، ج ٢ ص ٦٤.

بعبارة أخرى: إنَّ البيع (أولاً وبالذات) من العقود اللازمة، لكنَّه (بالعرض وبسبب جعل أحد الخيارات فيه) يكون جائزاً ومنتزلاً مدّة الخيار، فيكون شرط اللزوم حينها هو سقوط الخيار.

وعليه، فصدق البيع على معاملةٍ يقتضي لزومها، وفي المعاطاة إذا قلنا أنّها بيعٌ حقيقةً فالمفروض أن يترتب اللزوم عليها؛ لانحصار سبب جواز البيع على ثبوت خيار فيه، والمفروض عدم الخيار في المعاطاة، وهذا خلاف ما ذهب إليه المحقّق الكركي في اقتضاء المعاطاة الملكيّة الجائزة.

وبعبارة أوضح: «إنَّ البيع غير الخياري لازمٌ، فمع فرض عدم الخيار إذا لم يكن لازماً يلزم أن لا يكون بيعاً، والمفروض عدم الخيار في المقام، ومع ذلك لا يكون لازماً، فينبغي أن لا يكون بيعاً»<sup>(١)</sup>.

وعليه، فالمتعيّن على المحقّق الكركي قدّس سرّه أن يلتزم في المعاطاة بأحد أمرين، إمّا الالتزام بإرادة الملك اللازم من الإباحة في كلمات الأصحاب، فيصدق عليها حينئذ عنوان البيع، أو الالتزام بالإباحة المجردة عن الملك مطلقاً اللازم منه والجائز، أمّا الأوّل فلا يلتزم به المحقّق الكركي الموجه لكلمات المشهور بالملك الجائز، فلا بدّ أن يلتزم الثاني وأن مرادهم من الإباحة في قولهم (المعاطاة تفيد الإباحة) معناها الظاهر، وهو المطلوب<sup>(٢)</sup>.

لكن قد يقال ردّاً على الشيخ الأنصاري في هذا الأمر:

أولاً: إنّ ما أفاده الشيخ هنا - من أنّ الالتزام بكون المعاطاة بيعاً مع الالتزام بكونها جائزاً، لا يمكن اجتماعهما - منافٍ لما سيذكره في التنبيه السادس من

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٤.

(٢) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي، ج ٢ ص ٥٢.

تنبيهات المعاطاة<sup>(١)</sup>، من التفريق بين اللزوم والجواز كأصل في البيع، واللزوم والجواز في المعاطاة، فإنَّ الأوَّل راجعٌ إلى جواز الفسخ وعدمه، بينما الثاني راجعٌ إلى جواز الترادِّ وعدمه، ولا منافاة بين جواز الترادِّ وعدم جواز الفسخ<sup>(٢)</sup>.

قال الشيخ الآخوند قدس سرّه: «يمكن أن يقال: لزوم البيع (بمعنى: عدم جواز فسخه) لا يقتضي لزومه (بمعنى: عدم جواز الترادِّ). وبهذا المعنى محلُّ الكلام في المقام»<sup>(٣)</sup>.

وذكر السيّد الميلاني قدس سرّه هذا الإيراد على الشيخ بعبارة وافية فقال: «وأما دفعه توجيه المحقّق الثاني بما ذكر فعجيب، لأنّه يقول في التنبيه السادس - كما سيأتي - بأنَّ عنوان جواز الترادِّ الثابت في المعاطاة غير عنوان الفسخ الثابت في سائر الموارد، بل هو نظير الرجوع في الهبة. وعليه، فالبيع المعاطاتي هنا متحقّق، لكنَّ الترادِّ جائز.

وأيضاً فإنَّ صريح المحقّق الثاني أنّه يجوز الترادِّ في المعاطاة ما دام ممكناً، فإذا تلفت إحدى العينين امتنع الترادِّ ويكون لازماً، فمراده من اللزوم جواز الترادِّ، ومن عدم اللزوم عدم جوازه، فما ذكره غير دافع لكلام المحقّق الثاني، لأنَّ الذي فيه هو الترادِّ لا الفسخ، والشيخ نفسه قال بذلك في التنبيه السادس، فالترادِّ جائز مع عدم الخيار»<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: ما أفاده السيّد اليزدي من «أنَّ مجرد تصريح هذا البعض بهذا المطلب لا ينفع في المقام دفع كلام المحقّق؛ لعدم حجّية كلام هذا البعض، وعدم الدليل على

(١) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٩٦ و ص ١٠٢.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٤.

(٣) حاشية المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٥.

(٤) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٥٨.

صدقه في هذه الدعوى، مع إمكان دعوى ثبوت الخيار في المقام أيضاً بالإجماع ونحوه، وعدم عدّهم له من جملة الخيارات لا يكون مضرّاً كما لا يخفى<sup>(١)</sup>.

الأمر الثاني: صرّح جماعة في باب البيع بشرطيّة الإيجاب والقبول اللفظيين في صحّة انعقاد البيع، بمعنى أنّه لولا هذا الشرط لما صدق عنوان البيع على المعاملة، لا أنّه من شروط لزومها، كما صرّح بذلك أبو الصلاح الحلبي في الكافي حيث قال: «وتفتقر صحّته - أي: صحّة عقد البيع - إلى شروط ثمانية» إلى أن قال: «وقول يقتضي إيجاباً من البائع وقبولاً من المبتاع... واشترطنا الإيجاب والقبول لخروجه من دونها عن حكم البيع... فإنّ اختل شرطٌ من هذه لم ينعقد البيع ولم يستحقّ التسليم»<sup>(٢)</sup>، وكذا ما ذكره السيّد ابن زهرة في الغنية<sup>(٣)</sup> وغيرهما.

وعليه، فالمعاطاة الفاقدة لشرطيّة الإيجاب والقبول اللفظيين لن يصدق عليها عنوان البيع، وهذا مخالف لما التزم به المحقّق الكركي من صدق عنوان البيع حقيقةً على المعاطاة.

وأما استظهار عدم بيعيّة المعاطاة من خلال الاعتماد على ما صرّح به بعض الأكابر من أنّ (المعاطاة ليست بيعاً) كالشيخ في الخلاف، والحليّ في السرائر، وابن زهرة في الغنية وغيرهم، فناقشه الشيخ الأعظم قدّس سرّه معتمداً على ما ذكره في آخر مبحث تعريف البيع من كتاب المكاسب، حيث ذكر هناك: «أنّ البيع وشبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يُراد من قول القائل: (بعت) عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلاّ في ما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظر القائل، ثمّ إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، وإلاّ كان صورة

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٤.

(٢) الكافي في الفقه، أبو الصلاح الحلبي، ص ٣٥٢.

(٣) راجع: غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٤.

بيع، نظير بيع الهازل عند العرف»<sup>(١)</sup>.

وحاصل هذه المناقشة: أنّ البيع في العرف اسم للمؤثر منه في النقل، فإذا كان مقصود الأعلام من نفي البيعية عن المعاطاة نفيها عنها عرفاً فهذا غير صحيح، والتمسك به مكابرة واضحة، لأنّ المعاطاة عند العرف إنّما هي بيع لأنّها مؤثّرة في النقل عندهم، وإنّما الكلام في صحتها شرعاً.

أما إن كان مقصودهم هو نفي البيعية شرعاً وإن كانت ثابتة عرفاً، أنّجه حينئذ النفي بأن لا تكون المعاطاة بيعاً حقيقياً شرعاً، بناءً على كون الإيجاب والقبول شرطاً لصحة البيع، أو جعل البيع نفس العقد الدالّ على النقل، أو قل: إنّ الإيجاب والقبول شرط لانعقاد البيع لا لمجرد الصحة، كما تقدّم في كلام جماعة كالمحقّق في الشرائع<sup>(٢)</sup>، وابن زهرة في الغنية<sup>(٣)</sup>، والعلامة في المختلف<sup>(٤)</sup>.

وعلى كلا البنائين، يكون البيع الصحيح المعتبر شرعاً هو المنشأ باللفظ فقط، والمعاطاة الفاقدة لشرط الصحة والانعقاد لن تكون مؤثّرة في النقل شرعاً، فيصحّ سلب عنوان البيع عنها حقيقة، فتكون نظير بيع الهازل ممّا لا يصدق عليه عنوان البيع حقيقة عند العرف.

والذي يظهر من كلمات الأصحاب هو إرادة هذا المعنى، أي: نفي البيعية شرعاً لا عرفاً؛ قال الميرزا الإيرواني قدّس سرّه: «الظاهر أنّ قولهم بالإباحة لم ينشأ من نفيهم؛ لكون المعاطاة بيعاً عرفاً، وإنّما نشأ من حملهم البيع في لسان الأدلّة على البيع الصحيح الشرعي، ولما كان حصول ذلك مشكوكاً في المعاطاة

(١) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٢٠.

(٢) راجع: شرائع الإسلام، المحقّق الحلّي، ج ٢ ص ٢٦٧.

(٣) راجع: غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢١٤.

(٤) راجع: مختلف الشيعة، العلامة الحلّي، ج ٥ ص ٥١.

حكّموا بفساد المعاطاة، نظراً إلى ما تقدّم من عبارة الخلاف، وهي قوله: دليلنا أنّ العقد حكم شرعيّ ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب أن لا يثبت»<sup>(١)</sup>.  
 وذكر المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: أنّ «الانصاف أنّ المعاملة الجارية بين الناس إذا كانت بقصد النقل والتمليك فلا محالة يكون ناقلاً بنظرهم بما هم أهل العرف... فلا يراد من نفي البيعة عنها إلا نفيها شرعاً»<sup>(٢)</sup>.  
 وعليه، فما ذكره المحقّق الكركي قدّس سرّه من كون المعاطاة ليست بيعاً بالاتّفاق، لا يمكن الموافقة عليه على إطلاقه.

لا يقال حينئذ: إنّ ما فعله الشيخ الأعظم من منع كلا الاستظهارين المذكورين وكونهما خلاف الظاهر، يلزم منه التهاوت في كلامه قدّس سرّه - إذ كون الاستظهار الأوّل وهو بيعيّة المعاطاة خلاف الظاهر مؤداه أنّ عدم البيعة هو الظاهر، بينما كون الاستظهار الثاني وهو عدم البيعة والملك في المعاطاة خلاف الظاهر مؤداه أنّ البيعة هو الظاهر، فتوجد منافاة بين كلا الظهورين المدّعين من قبل الشيخ قدّس سرّه - وذلك لأنّ كلا الظهورين في كلامه مختلفان في الموصوف، فالموصوف بالظهور في عدم البيعة والملك هو كلمات الأصحاب، بينما الموصوف بالظهور في البيعة هو لفظ البيع عرفاً ولغة، فلا منافاة<sup>(٣)</sup>.

### فهرسة إجمالية للبحث في هذا الفصل

بسبب أسلوب الكرّ والفّر الذي اتّبعه الشيخ الأعظم قدّس سرّه في هذا الفصل، قد يجد الباحث نوعاً من الغموض والاضطراب وتذبذب الرأي في كلام الشيخ، ولقد حاولنا في هذا الفصل مراعاة هذه المسألة في ترتيب المباحث

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤١.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٣.

(٣) راجع: هدى الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيد، ج ٢ ص ٥١.

والعناوين، ولا بأس أخيراً بفهرسة مجملة لما تمّ بحثه في هذا الفصل وتبسيط الضوء على الخارطة التي سار عليها الشيخ الأعظم قدّس سرّه في الأخذ والردّ وإعطاء النتيجة فنقول:

إنّ الشيخ الأنصاري قدّس سرّه بعد أن استقرأ كلمات الأصحاب في المعاطاة، وأوضح أنّ الظاهر منها - بل وصريح بعضها - هو إثبات الإباحة ونفي الملك، يرد تساؤل في البين وهو: ما السبب والداعي الذي جعل المحقّق الكركي قدّس سرّه - بما له من المرتبة العلميّة العالية - يخالف هذا الظهور وتلك الصراحة، ويذهب إلى حمل الإباحة في كلمات المشهور على الملك المتزلزل؟ يحاول الشيخ الأعظم قدّس سرّه في هذا الفصل الإجابة عن هذا التساؤل والاستغراب، فيعرض أولاً كلام المحقّق الكركي قدّس سرّه واستعراضه للأسباب التي دعت له هذه المخالفة.

ويرى الشيخ الأعظم أنّ هذه الأسباب التي ذكرها المحقّق هي أسباب ومبررات قويّة ووجيهة تجعلنا إزاء مفترق طرق، فإمّا أن نخلّص المشهور من الإشكالات الواردة عليهم بحمل الإباحة في كلماتهم على الملك الجائز - كما فعل الكركي - ونخالف بذلك الظهور، أو أن نلتزم بورود الإشكال عليهم. يرى الشيخ الأعظم أنّ ما فعله المحقّق الكركي بعيدٌ، والأقرب أن نلتزم بالظهور وعدم التأويل، لإمكان توجيه فتوى المشهور بوجهٍ يرفع فيه الاستغراب والبعد عن كلماتهم.

ثمّ يختم الشيخ بحثه بما ذكره المحقّق الكركي في بيعيّة المعاطاة، وهل عنوان البيع يصدق عليها مطلقاً بالاتفاق كما ادّعاه المحقّق أم هناك تفصيل في المقام؟ هذا هو تمام بحث الشيخ الأعظم في تحديد المعاطاة بحسب الموضوع، وتحرير محلّ النزاع ومصبّ الأقوال فيها بين الأعلام. والنتيجة التي وصل إليها قدّس سرّه هي: أنّ محلّ البحث هو المعاطاة المقصود فيها التمليك لا الإباحة،

وأنّ ما فعله صاحب الجواهر قدّس سرّه من توجيه محلّ النزاع إلى المعاطاة المقصود فيها الإباحة غير وجيه، كما أنّ تأويل المحقّق الكركي قدّس سرّه للإباحة الواردة في كلمات الأصحاب بالملك الجائر غير سديد.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «وقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ عامٌّ إلّا ما أخرجه الدليل». هذا الاستدلال من المحقّق الكركي قدّس سرّه لإثبات أحد جزئي مدّعاه، وهو كون المعاطاة بيعاً حتى عند القائلين بفسادها، والعموم في كلمة (التجارة) لشمولها لكلّ من المعاملات القوليّة والفعليّة ممّا ينطبق عليها هذا العنوان، ولا اختصاص لها بالمعاملة اللفظيّة.

• قوله قدّس سرّه: «يريدون به عدم اللزوم في أوّل الأمر، وبالذهاب يتحقّق اللزوم». أي: إنهم لا يقصدون بذلك عدم حصول الملكيّة، بل مقصودهم عدم اللزوم وجواز الترادّ قبل التلف، وتحقّق اللزوم والاستقرار للملك بعده.

• قوله قدّس سرّه: «وكافة الأصحاب على خلافه». هذه العبارة إمّا أن تكون راجعة إلى ما أفاده الشيخ المفيد قدّس سرّه من أنّ المعاطاة تفيد اللزوم؛ ليكون المعنى أنّ جميع الأصحاب على خلاف ما أفاده المفيد من اللزوم، أو أنّها راجعة إلى ما أفاده العلامة في النهاية من كون المعاطاة بيعاً فاسداً لا يجوز معها التصرّف، ليكون المعنى أنّ الأصحاب كلّهم على خلاف ذلك لأنّهم قائلون بجواز التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة.

• قوله قدّس سرّه: «وعليه يتفرّع النماء وجواز وطء الجارية». أي: على ما أفاده المحقّق الكركي قدّس سرّه من الملكيّة المتزلزلة في المعاطاة يتفرّع ملكيّة النماء لكلّ واحد من المتعاطيين، فنماء المبيع للمشتري، ونماء الثمن للبائع، ويفرّع عليه أيضاً جواز وطء الجارية المشتراة بالمعاطاة، إذ لا وطء إلّا في ملك،



والمفروض تحقّق الملك في المعاطاة.

• قوله قدّس سرّه: «ومن منع فقد أغرب». يوجد تفسيران لهذه العبارة، الأول يرجعها إلى مسألة وطء الجارية المأخوذة بالمعاطاة، فالذي يمنع عن هذا الوطء - كما هو المحكيّ عن بعض حواشي الشهيد في القواعد كما سيذكره المصنّف لاحقاً - فقد جاء بأمرٍ غريب غير معهود، لأنّه بناءً على رأي المحقّق الكركي قدّس سرّه من إفادة المعاطاة الملكيّة المتزلزلة يكون المنع عن وطء الجارية المشتراة بالمعاطاة غريباً في الفقه، ولعلّ وجه الغرابة أيضاً راجع إلى مخالفة هذا المنع للسيرة أو مخالفته لظاهر إطلاقهم جواز التصرّف.

أما التفسير الثاني فيرجع العبارة إلى فتوى المحقّق الكركي قدّس سرّه ليكون معناها: أنّ من خالف ما جاء به الكركي من حمل الإباحة على الملك الجائر في المعاطاة المقصود فيها التملك فقد جاء بأمرٍ غير معهود في الفقه، لأنّه حينها إمّا أن يقول بفساد المعاطاة وعدم ترتّب أيّ شيء عليها، وهو مخالف للمشهور، أو أنّه يلتزم بالإباحة المجردة فيخالف القواعد الفقهيّة المسلّمة عند جميع الفقهاء.

• قوله قدّس سرّه: «الإذن في التصرّف فيه بوجوه التصرّفات». كلمة (الإذن) مفعول للاستلزام، فيكون المعنى: أنّ إعطاء كلّ من المتعاطين سلعته إلى الآخر يستلزم منه الإذن من قبلهما في التصرّف في العين المنتقلة عنهما بمختلف التصرّفات حتى المتوقّفة على الملك.

• قوله قدّس سرّه: «فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقّق المتقدّم في عبارته المتقدّمة». مقصوده من عبارته المتقدّمة: ما ذكره المحقّق قدّس سرّه بقوله: «إذ المقصود للمتعاطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً ولم يجز التصرّف، وكافّة الأصحاب على خلافه».

وما ذكره المصنّف من أنّه لا يرد على فتوى المشهور - من أنّ المعاطاة تفيد الإباحة مع قصد المتعاطين التملك - إلّا ما ذكره المحقّق الكركي في هذه العبارة

غير دقيق، لأنّ الإشكال الآخر الذي ذكره المحقّق ما زال قائماً وهو إشكال حصول الملك بالتلف على القول بالإباحة<sup>(١)</sup>.

بل قد يقال: إنّ إيراد المحقّق الثاني قدّس سرّه ليس إيراداً هيئياً، وكفى بهذا الإيراد في رفع اليد عن ظاهر كلمات الأصحاب، فكيف يقوى في نفس الشيخ الأعظم قدّس سرّه إبقاء ظواهر عباراتهم على حالها!<sup>(٢)</sup>

• قوله قدّس سرّه: «ولم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نصّ في ذلك». أي: إنّ كلمات الأصحاب ليس فيها دلالة على أنّ الإباحة المترتبة عندهم في المعاطاة مستفادة من نصّ وارد من الشارع، لأنّه لو كان موجوداً لذكره الفقهاء ولا استندوا عليه في فتواهم، مع أنّ عباراتهم خالية من ذلك.

الاعتراض على هذه العبارة من المصنّف أصبح واضحاً جدّاً بعد التحقيق ومراجعة كلمات القوم، فإنّ بعضهم ذكر صريحاً اعتماده على دليل شرعيّ في فتواه، وهو الاستناد إلى الإجماع، كما تقدّم ذلك في عبارة الشيخ في الخلاف والسيّد أبي المكارم في الغنية.

• قوله قدّس سرّه: «شموها للتصرّفات التي لا تصحّ إلا من المالك كالوطئ والعتق والبيع لنفسه». وجه تقييد البيع للنفس: أنّ المتعاطي تارةً يبيع المأخوذ بالمعاطاة عن نفسه وتارةً يبيعه عن مالكه، وجواز البيع عن المالك لا يجعله مؤيّداً لإرادة المالك من الإباحة في كلماتهم، بل التأييد يحصل فقط إذا استفيد من إطلاق عبارات المشهور جواز أن يبيع المباح له عن نفسه بحيث يصير الثمن ملكاً له لا للمبيح.

(١) ذكرنا في التحقيق جواباً لبعض الفقهاء عن هذا الإشكال بما يتناسب مع جواب الشيخ الأعظم عن الإشكال الأوّل، فراجع.

(٢) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤٠.

• قوله قدّس سرّه: «والتزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات». في هذه العبارة مسامحة، فإنّ المصنّف ليس في مقام بيان كيفية سببية التصرفات للملك، وإلاّ فإنّ هناك بعض التصرفات كوطء الجارية مثلاً يمكن فيها المقارنة الزمانية بين الوطاء وتحقق الملك، لئلاّ يكون هذا الوطاء في غير ملك، فيكون تحقّق الوطاء تحقّقاً للملك.

وهناك تصرفات أخرى يستحيل تقارنها مع حصول الملك كالبيع والعتق مثلاً، لأنّ دخول العين في الملك وخروجها عنه في الآن نفسه يلزم منه محذور الدور، فالملك يتوقّف على البيع توقّف المسبّب على سببه، والبيع متوقّف على حصول الملك توقّف المشروط على شرطه، لأنّه لا بيع إلاّ في ملك، وهذا دور واضح.

فلا بدّ حيثنذ من الالتزام بعدم المقارنة الزمانية بين حصول الملك والتصرّف بالبيع أو العتق؛ وذلك بأن يجعل حصول الملك متوقّفاً على جزء الإنشاء، بينما تحقّق البيع متوقّف على تمام الإنشاء.

بعبارة أخرى: يجعل أنّ الإيجاب غير أنّ القبول، ففي أنّ الإيجاب يتحقّق الملك للبائع، وفي أنّ القبول يتحقّق الملك للمشتري ويحصل البيع، وكذا الأمر في الوقف أيضاً<sup>(١)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل...». أي: لم يساعد على ثبوت الملكية دليل شرعيّ معتبر يكون حاكماً على أصالة عدم تحقّق الملك بالمعاطاة، وكلمة (اقتضى) معطوفة على قوله المتقدّم: «اقتضى الأصل».

• قوله قدّس سرّه: «كإخراجه في خمس أو زكاة». ظاهر العبارة عدم جواز المعاطاة لتحصيل براءة الذمّة في الأخماس والزكوات، وفيه كلام موكول إلى

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٢.

• قوله قدّس سرّه: «وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقّق الثاني...». وذلك لأنّهم قالوا إنّ مراد الأصحاب من قولهم: «فإنّ ذلك ليس ببيع وإنّما هو إباحة للتصرّف» نفيتهم لحقيقة البيع، فالمعاظة عندهم ليست بيعاً من الأساس ولو بيعاً فاسداً، بينما فسّر المحقّق الثاني قدّس سرّه نفي البيع في عباراتهم بنفي البيع اللازم لا نفي حقيقة البيع، وكمال البعد بين التوجيهين واضح.

• قوله قدّس سرّه: «ويدفع الثاني». سبق وأن دفع المصنّف ما أورده المحقّق الكركي، لكنّه هناك كان ناظراً إلى ما فعله الكركي من حمل عبارات القوم على الملك المتزلزل، أمّا هنا فيريد المصنّف إبطال أصل كون البيع مفيداً للملك المتزلزل، بغضّ النظر عن إمكان حمل الإباحة على الملك الجائز، فلا يوجد تكرار في كلمات الشيخ الأعظم قدّس سرّه.

• قوله قدّس سرّه: «الإيجاب والقبول من شرائط صحّة انعقاد البيع بالصيغة». الظاهر أنّ كلمة (بالصيغة) من غلط النساخ، لأنّ هذه اللفظة مخرّجة بالمقصود من الاستشهاد بالعبارة، فإنّ الصيغة هي نفس الإيجاب والقبول، فلا معنى لشروطيّة الصيغة للإيجاب والقبول، لأنّ توقّف انعقاد البيع بالصيغة على الصيغة من الواضحات التي لا تحتاج إلى كلام.

إلا أن يقال: إنّ المصنّف قدّس سرّه إنّما قيّد البيع هنا بالصيغة على اعتبار أنّ البيع يقع على نحوين، تارةً يقع بالصيغة اللفظيّة وأخرى يقع بالفعل، والبيع الذي يقع بالصيغة يشترط فيه الإيجاب والقبول اللفظيّان بخلاف الفعلي إذ لا يشترط فيه ذلك<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع: الدرر النجفيّة (كتاب المتاجر)، الشيخ الفاضل القائيني النجفي، ج ١ ص ٦٣.

(٢) راجع: تعليقة السيّد الكلانتر على المكاسب، ج ٦ ص ٩٨.

لكنّه كما ترى، فإنّ البيع بالصيغة هو البيع بالإيجاب والقبول، فيكون الاشتراط فيه لغواً.

• قوله قدّس سرّه: «وأما الأوّل فإن قلنا...». مقصوده من الأوّل: نفي كون المعاطاة بيعاً حقيقةً بالاعتماد على ما ذكره بعضهم من نفي بيعيّة المعاطاة كالشيخ في الخلاف والحليّ في السرائر وابن زهرة في الغنية.

والظاهر أنّ جواب الجملة الشرطيّة (فإن قلنا) هو قوله بعدها: «فيصحّ على ذلك نفي البيعيّة»، إلّا أنّ السيّد اليزدي استشكل في ذلك، واستظهر أنّ ما ذكرناه من جواب الشرط إنّما هو تفرّيع وليس جواباً، إلّا أن يقال أنّ هذا التفرّيع قائم مقام الجواب<sup>(١)</sup>، والمقصود واضح.

ولم يذكر المصنّف عدلاً لقوله: «فإن قلنا» لوضوحه، وتقديره أنّه إذا لم نقل: إنّ البيع عند المتشرّعة حقيقة في الصحيح، بل كان موضوعاً للأعمّ منه ومن الفاسد، فلا شكّ في كون المعاطاة حينها بيعاً وإن كانت فاسدة.

---

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٥.



# الباب الثاني

## المعاطاة حكماً

وفيه فصول

- ١ . الأَقوال في حكم المعاطاة
- ٢ . أدلة ملكية المعاطاة (الدليل الأول: السيرة)
- ٣ . أدلة ملكية المعاطاة (الدليل الثاني: آية الحلّ)
- ٤ . أدلة ملكية المعاطاة (الدليل الثالث: آية التجارة)
- ٥ . أدلة ملكية المعاطاة (الدليل الرابع: حديث السلطنة)
- ٦ . إشكال الشيخ الأنصاري على دليلي السيرة والآيتين
- ٧ . استلزام القول بالإباحة تأسيس قواعد جديدة
- ٨ . مناقشة الشيخ الأنصاري لاستبعادات الشيخ كاشف الغطاء





## مدخل

بعد أن انتهينا في المباحث السابقة، من تحديد المعاطاة بحسب الموضوع، حيث توصلنا إلى أن المعاطاة التي وقعت محلّ البحث بين الأعلام هي المعاطاة المقصود فيها التملك لا الإباحة، يقع الكلام في هذا الباب عن حكم المعاطاة، وما يمكن أن يستدلّ به لإثبات الحكم.

وعلى الرغم من أن الشيخ الأنصاري قدس سره قد تعرّض إلى أبرز الأقوال في تحديد حكم المعاطاة في المباحث السابقة إلا أن التعرّض لها هناك كان كمقدمة للدخول في بحث تحديد موضوع المعاطاة، بينما هنا سيذكر جميع الأقوال في حكمها على نحو الاستقراء التام، ومعرفة أشهر هذه الأقوال وبيان مستندها.



## الفصل الأوّل

### الأقوال في حكم المعاطاة

- ١ . لزوم المعاطاة مطلقاً
  - ٢ . لزوم المعاطاة بشرط أن يكون الدالّ على التراضي بين الطرفين لفظاً
  - ٣ . إفادة المعاطاة الملك الجائز، وعدم صيرورتها لازمة إلاّ بذهاب إحدى العينين
  - ٤ . إفادة المعاطاة بإباحة التصرّفات مطلقاً
  - ٥ . إفادة المعاطاة التصرّفات غير المتوقّفة على الملك
  - ٦ . المعاطاة بيع فاسد
  - ٧ . المعاطاة معاملة مستقلة تفيد الملك
- نطاق الأقوال ومساحة الخلاف في حكم المعاطاة
- محصل الأقوال في حكم المعاطاة



قال الشيخ الأنصاري قدّس سرّه:

إذا عرفت ما ذكرنا، فالأقوال في المعاطاة - على ما يساعده ظواهر  
كلماتهم - ستّة:

- اللزوم مطلقاً، كما عن ظاهر المفيد، ويكفي في وجود القائل به  
قول العلامة رحمه الله في التذكرة: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغة.
- واللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعاملة لفظاً، حُكي عن  
بعض معاصري الشهيد الثاني، وبعض متأخري المحدثين، لكنّ في عدّ  
هذا من الأقوال في المعاطاة تأمّل.
- والملك الغير اللازم ذهب إليه المحقّق الثاني، ونسبه إلى كلّ من قال  
بالإباحة. وفي النسبة ما عرفت.
- وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك، كما  
هو ظاهر عبائر كثير، بل ذكر في المسالك: أنّ كلّ من قال بالإباحة يسوّغ  
جميع التصرفات.
- وإباحة ما لا يتوقّف على الملك، وهو الظاهر من الكلام المتقدّم عن  
حواشي الشهيد على القواعد، وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في  
إهداء الجارية من دون إيجاب وقبول.
- والقول بعدم إباحة التصرف مطلقاً، نُسب إلى ظاهر النهاية، لكن  
ثبت رجوعه عنه في غيرها.

## الشرح

ذكر الشيخ الأنصاري أقوالاً متعدّدة في بيان حكم المعاطاة، أنهاها إلى ستّة؛ على ما يساعد عليه ظواهر كلمات الأصحاب، وهناك أيضاً قول يُنسب للشيخ الكبير كاشف الغطاء لم يتعرّض له الشيخ الأعظم ذكره بعض المحقّقين، فيكون مجموع ما لدينا من أقوال الأعلام في حكم المعاطاة سبعة، كالتالي:

### القول الأوّل: لزوم المعاطاة على وجه الإطلاق

أي: سواء كان الدالّ على التراضي لفظاً من غير الصيغة المخصوصة من الإيجاب والقبول، أو فعلاً خالياً عن اللفظ.

وُنسب هذا القول إلى الشيخ المفيد من أصحابنا؛ حيث ذكر المحقّق الكركي هذه النسبة في (جامع المقاصد) فقال: «فإنّ المعروف بين الأصحاب أنّها بيعٌ وإن لم تكن كالعقد في اللزوم؛ خلافاً لظاهر عبارة المفيد»<sup>(١)</sup>، وذكر هذه النسبة أيضاً المحقّق الأردبيلي في (مجمع الفائدة)<sup>(٢)</sup>.

ونسبة هذا القول إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه مأخوذة من ظاهر كلامه في المقنعة؛ حيث ذكر أنّ «البيع ينعقد على تراضٍ بين الاثنين فيما يملكان التباع له إذا عرفاه جميعاً، وتراضياً بالبيع، وتقابضاً، وافتراقاً بالأبدان»<sup>(٣)</sup>.

فيظهر منه: أنّ الشيخ قدّس سرّه يرى أنّ الصيغة ليست شرطاً في ترتّب الملك على البيع، بل إنّ قوام البيع المملّك اللازم هو مجرد حصول التراضي بين الطرفين

(١) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٢) مجمع الفائدة، المقدّس الأردبيلي، ج ٨ ص ١٣٩.

(٣) المقنعة، الشيخ المفيد، ص ٥٩١.

والتقابض والافتراق.

لكن ذكرنا في المباحث السابقة<sup>(١)</sup> أنّ في هذا الاستظهار تأملاً؛ لاحتفال أنّ الشيخ المفيد قدّس سرّه لم يتعرّض لشرطيّة الصيغة في البيع في عبارته؛ لكون اعتبارها فيه من الواضحات، ولأجل السبب نفسه لم يتعرّض لاعتبار الصيغة في النكاح والطلاق في الكتاب نفسه، مع أنّ اعتبارها فيها أمرٌ بديهيّ، يتحقّق الزنا بتركها وإن حصل التراضي، بل هو من ضروريّات الدين<sup>(٢)</sup>.

إضافة إلى أنّ هذه النسبة إلى الشيخ المفيد تعارضها نسبة أخرى إليه في اعتبار الصيغة المخصوصة في ترتّب الملك اللازم على البيع<sup>(٣)</sup>؛ ولأجل ذلك فإنّ العلامة الحلّي قدّس سرّه شكّك في هذا الاستظهار ونسبة هذا القول إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه بقوله في المختلف: «إنّ للمفيد قولاً يوهّم بالجواز»<sup>(٤)</sup>، ثمّ قال بعد نقل عبارة الشيخ المفيد من المقنعة: «ليس في هذا تصریحٌ بصحّته، إلّا أنّه موهّم»<sup>(٥)</sup>.

يرى الشيخ الأعظم قدّس سرّه أنّ نسبة هذا القول إلى الشيخ المفيد وإن لم تكن صحيحة، إلّا أنّه يكفي في إثبات وجود قائل به ما ذكره العلامة الحلّي في التذكرة حيث قال: «الأشهر عندنا أنّه لا بدّ منها، أي: الصيغة»<sup>(٦)</sup>، فالتعبير باسم التفضيل في المسألة يشير إلى وجود قول آخر معتدّ به في عدم اشتراط الصيغة في

(١) راجع المبحث الأوّل من الفصل الثاني من الباب الأوّل في موضوع: الحكم الإجمالي للمعاطاة وتصوّر محلّ النزاع.

(٢) راجع: جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢١١.

(٣) راجع: كشف الرموز في شرح المختصر النافع، الفاضل الآبي، ج ١ ص ٤٤٦.

(٤) مختلف الشيعة، العلامة الحلّي، ج ٥ ص ٥١.

(٥) المصدر نفسه، ج ٥ ص ٥١.

(٦) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلّي، ج ١٠ ص ٧.

## البيع المملّك.

لكن يمكن أن يقال: إنّ تعبير العلامة بـ(الأشهر) قد يُراد منه هنا الإشارة إلى ما نُسب إلى الشيخ المفيد والتي عرفنا الحال فيها، ولا دلالة فيها على وجود هذا القول فعلاً في زمان العلامة قدّس سرّه، خاصّة مع اعتراف الشيخ الأعظم نفسه - على ما سيأتي منه - أنّ الإجماع الذي تعضده الشهرة المحقّقة، القائم على عدم اللزوم في المعاطاة، وأنّ «الحكم باللزوم في مطلق الملك وفي خصوص البيع.. لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخّرين، فإنّ العبارة المحكيّة عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدلّ على هذا القول»<sup>(١)</sup>.

وكيف كان فقد ذهب جمعٌ من متأخري أصحابنا إلى هذا القول، حيث مال إليه المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه جازماً أنّ المعاطاة بيعٌ صحيحٌ مفيدٌ للملك؛ إذ قال: «فاعلم أنّ الذي يظهر: أنّه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع - المملّك الناقل للملك من البائع إلى المشتري وبالعكس - إلى الصيغة المعيّنة كما هو المشهور، بل يكفي كلّ ما يدلّ على قصد ذلك مع الإقباض، وهو المذهب المنسوب إلى الشيخ المفيد من القدماء وإلى بعض معاصري الشهيد الثاني رحمه الله، وهو المفهوم عرفاً من البيع»<sup>(٢)</sup>.

ثمّ استدلّ على مدّعاؤه بأربعة عشر دليلاً، والظاهر أنّه قدّس سرّه من بعض معاصري الشهيد الثاني وهو نفسه الذي أشار إليه الشهيد الثاني قدّس سرّه في عبارته في المسالك، التي سنذكرها لاحقاً، وهو - على ما حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة عن حاشية المسالك<sup>(٣)</sup> - السيّد حسن ابن السيّد جعفر الكركي قدّس سرّه، لكن في عدّه هذا البعض من أصحاب هذا القول تأمّل، فإنّ الشهيد

(١) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٥٦.

(٢) مجمع الفائدة، المقدّس الأردبيلي، ج ٨ ص ١٣٩.

(٣) راجع: مفتاح الكرامة، السيّد محمّد جواد العاملي، ج ٤ ص ١٥٦.



الثاني نقل عنه - على ما سيأتي - ذهابه إلى اعتبار مطلق اللفظ الدالّ على التراضي في انعقاد البيع المملّك الناقل للملك، سواء أكان هذا اللفظ الصيغة المخصوصة أم غيرها، لا أنّه يذهب إلى عدم احتياج انعقاد البيع إلى الصيغة المعيّنة كما ادّعاها المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه.

ومنّ اختار هذا القول أيضاً المحدث الكاشاني قدّس سرّه في مفاتيح الشرائع؛ حيث قال: «الظاهر أنّ مجرد التراضي والتقباض كافٍ في صحّة البيع، بشرط أن يكون هناك قرينة تدلّ على كونه بيعاً، بحيث يرتفع الاشتباه ولا يبقى لهما مجال التنازع في ذلك، وهو قد يحصل بلفظ من الطرفين يدلّ عليه، كبعث أو ملكت أو نحو ذلك في الإيجاب، واشترت وقبلت ونحوهما في القبول، وقد يحصل بغير ذلك، كالفعل باليد أخذاً وتسليماً مع القرائن، وفاقاً لشيخنا المفيد طاب ثراه»<sup>(١)</sup>.  
وسيّأتي من الشيخ الأعظم قدّس سرّه الميل إلى هذا القول وأنّه لا يخلو من قوّة لولا الإجماع وظهور بعض الأخبار على خلافه<sup>(٢)</sup>.

### القول الثاني: اللزوم بشرط أن يكون الدالّ على التراضي لفظاً

يذهب أصحاب هذا القول إلى لزوم المعاطاة بشرط أن يكون الدالّ على التراضي بين الطرفين لفظاً من غير الإيجاب والقبول، كما في الاستدعاء من المشتري مثلاً بقوله: (أعطني هذا الكتاب بكذا)، فيعطيه البائع ويقبض الثمن.  
ذهب إلى هذا القول السيّد حسن ابن السيّد جعفر الكركي قدّس سرّه من مشايخ الشهيد الثاني على ما حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة عن حاشية

(١) مفاتيح الشرائع، الفيض الكاشاني، ج ٣ ص ٤٨.

(٢) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ٤٠ و ٥١.

المسالك<sup>(١)</sup>؛ حيث قال الشهيد الثاني بعد نقل ما نُسب إلى الشيخ المفيد من خلافه مع المشهور: «وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً، لكن يشترط في الدالّ كونه لفظاً. وإطلاق كلام للمفيد أعمّ منه»<sup>(٢)</sup>.

كما قوى هذا القول الشيخ يوسف البحراني في حداثته حيث ذكر أنّ «المفهوم ممّا نقله في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين: هو اشتراط وجود اللفظ الدالّ على التراضي من الطرفين، والمفهوم ممّا نُقل عن المفيد: الاكتفاء بمجرد التراضي ولو بالإشارة والقرائن، وإن لم يحصل بينهما ألفاظ دالّة على ذلك، واختاره في المفاتيح وسجّل عليه.

والظاهر هو الأوّل؛ لتطرّق القدح إلى ما ذكره، فإنّ الأصل بقاء ملك كلّ واحد لماله حتّى يعلم الناقل شرعاً، وغاية ما يُفهم من الأخبار الجارية في هذا المضمار.. هو النقل وصحّة العقد بالألفاظ الجارية من الطرفين، الدالّة على التراضي بمضمون ذلك العقد، دون الصيغ الخاصّة التي اعتبرها الأكثر، وأمّا مجرد التراضي والتقابض من غير لفظ يدلّ على ذلك فلم يقدّم عليه دليل»<sup>(٣)</sup>.

إلى أن قال قدّس سرّه: «وبالجملة فالتمسك بأصالة بقاء الملك حجّة قويّة، إلى أن يحصل المخرج عن ذلك من الحجج الشرعيّة، وغاية ما يُستفاد من الأخبار - كما عرفت - هو الاكتفاء بالتراضي الحاصل من الألفاظ، دون مجرد التراضي»<sup>(٤)</sup>.

وقال المحقّق البحراني قبّاله: «وإلى هذا القول مال جملة من محقّقي متأخري المتأخّرين، وبه جزم المحقّق الأردبيلي في (شرح الإرشاد) وأطال في نصرته

(١) راجع: مفتاح الكرامة، السيّد محمّد جواد العاملي، ج ٤ ص ١٥٦.

(٢) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٧.

(٣) الحدائق الناضرة، المحقّق البحراني، ج ١٨ ص ٣٥٥.

(٤) المصدر نفسه، ج ١٨ ص ٣٥٦.

والاستدلال عليه، وبه جزم أيضاً المحقق الكاشاني في المفاتيح، والفاضل الخراساني في الكفاية، وإليه يميل والدي، والشيخ عبد الله بن صالح البحراني، ونقلاه أيضاً عن شيخهما العلامة الشيخ سليمان بن عبد الله البحراني<sup>(١)</sup>.

فمقصوده من هذا القول هو القول بعدم اشتراط الصيغة الخاصّة في البيع لا القول بلزوم المعاطاة بشرط أن يكون الدالّ على التراضي هو اللفظ لكي يجعل المحقّقين الأردبيلي والكاشاني من أنصار هذا القول الثاني كما فعل بعضهم<sup>(٢)</sup>، فإنّ كلماتها التي نقلناها عنها سابقاً ظاهرة في ذهابها إلى القول الأوّل المنسوب إلى الشيخ المفيد من لزوم المعاطاة مطلقاً، فراجع.

### التأمّل في عدّ هذا من الأقوال

تأمّل الشيخ الأعظم قدّس سرّه في عدّ هذا القول الثاني من جملة الأقوال في حكم المعاطاة، ولعلّ وجه التأمّل أنّ اشتراط اللفظ المطلق هنا واعتباره سيكون من إنشاء البيع باللفظ والصيغة لا إنشائه بالفعل، والمعاطاة كما عرفنا هو إنشاء البيع بالفعل في مقابل إنشائه باللفظ.

بعبارة أخرى: إنّ القول بكفاية مطلق اللفظ في اللزوم ليس من القول في حكم المعاطاة، بل هو خلاف في أصل موضوعها «وأنّه عبارة عن الخالي عن اللفظ الخاصّ في مقابل من جعلها عبارة عن الخالي عن مطلق اللفظ لا من الأقوال في حكمها بعد الفراغ عن تحقّق موضوعها، فقوله باللزوم بشرط اللفظ في الجملة إنّما هو من جهة خروجه عن موضوع المعاطاة عنده؛ لاعتباره فيه الخلوّ عن مطلق اللفظ»<sup>(٣)</sup>.

وبعبارة أوضح: إنّ البيع المعاطاتي هو البيع المشتمل على جميع شرائط البيع ما

(١) المصدر نفسه، ج ١٨ ص ٣٥٠.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، لتوحيد، ج ٢ ص ٩٩، هامش ٣.

(٣) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ٥٤.

عدا اللفظ، فإذا وقع باللفظ خرج عندئذ عن كونه معاطاة ودخل في البيع باللفظ والصيغة، ولا معنى لتسميته حيثئذ بالمعاطاة مع اشتماله على اللفظ، خاصة إذا لم يشترط في الإيجاب والقبول لفظاً خاصاً؛ ولذا قال السيد الخوئي قدس سره: «ولا يخفى عليك أن الالتزام بهذا الرأي فيما إذا كان مدلول القرينة اللفظية هو التراضي بالمعاملة، وأما إذا كان مدلولها نفس المعاملة كان ذلك خارجاً عن حدود المعاطاة، بل يصير مصداقاً للبيع اللفظي، وتتوقف صحته على عدم اعتبار اللفظ الخاص في إنشاء البيع، ولعل هذا هو غرض المصنّف ممّا كتبه في الهامش، وهذا نصّه: ولكن في عدّ هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل»<sup>(١)</sup>.

نعم، إذا كان المراد من اللفظ الدالّ على التراضي ما كان على وجه المساومة ومقدمات البيع، لا على نحو الاشتراط في الإنشاء، فلا بأس بعده من الأقوال؛ ولذا قال السيد اليزدي قدس سره: «لعل وجهه أنّه إذا اعتبر اللفظ فهو يخرج عن المعاطاة، غاية أنّه لا يعتبر لفظاً مخصوصاً، هذا ولكن لا بدّ من ملاحظة كلامه وأنّه هل يعتبر كون الإنشاء باللفظ، أو يقول: يعتبر أن يكون هناك لفظ ولو في مقام المساومة؟ وإن كان الإنشاء بالمعاطاة فعلى الأول يخرج عن كونه من الأقوال في المعاطاة، بخلافه على الثاني كما هو واضح»<sup>(٢)</sup>.

وقال المحقّق الإيرواني قدس سره: «إذا كان المراد من الدالّ على التراضي ما يدلّ على المساومة ومقدمات البيع، صحّ عدّ هذا القول تفصيلاً في المسألة. وأمّا إذا كان المراد منه ما يدلّ على المعاملة وإنشائها كما هو ظاهر المصنّف، خرج عن كونه تفصيلاً في المسألة وكان قولاً ببطان المعاطاة رأساً واعتبار جنس اللفظ مع

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٦.

إلغاء سائر الخصوصيات من العربية والماضوية وأشباههما»<sup>(١)</sup>.

كما ذكر الشيخ محمد كاظم الشيرازي قدس سره أن سبب تأمل الشيخ هنا هو «لكونه راجعاً إلى القول بأنه لا يشترط في الصيغة أن تكون بلفظ خاص؛ إذ عليه يكون من البيع بالصيغة ويخرج عن المعاطاة، إلا أن لا يريد من اللفظ الموجود ما ينشأ به المعاملة، بل المراد أنه يكفي في اللزوم أن يكون هناك لفظ بعنوان المقابلة مع الإنشاء بالفعل»<sup>(٢)</sup>، كما أن هذا القول يمكن أن يكون صحيحاً وتفصيلاً في المسألة إذا كان اللفظ مجرد قرينة على تعيين البيعة من المعاطاة الأعم من البيع وغيره، لا أن له خصوصية في الإنشاء.

قال الآخوند الخراساني قدس سره: «وجهه (أي: التأمل) أنه مع شرط اللفظ يكون البيع بالصيغة لا بالفعل، لكنه يمكن أن يقال: إنه يكون كذلك إذا اعتبره لكي يقع المعاملة به، لا إذا كان لأجل الدلالة على أنها بالتعاطي، فتأمل»<sup>(٣)</sup>.

وقال السيد الحكيم قدس سره: إن التأمل «كأنه لأجل أن القول يخرج المعاملة عن كونها بالمعاطاة بل تكون بالقول، لكن صريح عبارة المختلف والغنية والسرائر والتذكرة أن موضوع النزاع في المعاطاة: أن يدفع قطعة إلى البقلي فيقول: أعطني بها بقللاً، وظاهره عدم منافاة القول للمعاطاة، وكأنه لأنه لم يقصد بالقول الإنشاء وإنما قصد به الدلالة على ما هو موضوع التراضي»<sup>(٤)</sup>.

وذكر السيد الخوئي قدس سره: أن «التحقيق: أنه إن كان الغرض من الاشتراط المزبور أن المعاطاة لا تكون بيعاً إلا بالقرينة الخاصة، وإلا فهي أعم من

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٤٢.

(٢) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣٦.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٥.

(٤) نهج الفقاهة، السيد محسن الحكيم، ص ٢٧.

البيع وغيره فهو متين، وإن كان الغرض من ذلك بيان الفارق بين القرينة اللفظية وغيرها فهو فاسد؛ لعدم الدليل على الفرق بينهما»<sup>(١)</sup>.

هذا كله إذا كان التفصيل في المسألة في هذا القول «بين ما إذا كان الدال على التراضي بالمعاملة لفظاً فتفيد الملك اللازم، وبين غيره فتفيد الملك الجائز. وأمّا التفصيل بين ما إذا كان الدال على المعاملة لفظاً وعدمه فهو ليس تفصيلاً في محلّ الكلام؛ لأنّ تفصيل بين البيع اللفظي والمعاطاة، لا تفصيل في المعاطاة بين قسمين منها»<sup>(٢)</sup>.

لكنّ الذي يظهر من كلمات من ذهب إلى هذا القول وجعله مقابلاً للقول الأوّل المنسوب إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه، وتحقيقهم المسألة في مبحث اشتراط الصيغة في البيع: أنّ اعتبار مطلق اللفظ عندهم ليس من باب المقدمية للبيع أو تحديد ماهية المعاطاة، بل هي من باب اشتراط اللفظ في أصل إنشاء المعاملة، ولعلّ هذا الاستظهار هو الوجه في تأمّل الآخوند الخراساني قدّس سرّه في عبارته المتقدمة<sup>(٣)</sup>، وتردّد الآخرين في الدفاع عن هذا القول حسبما ظهر من عباراتهم.

ولم يتّضح لنا الوجه في جزم السيّد الكلبيكاني قدّس سرّه من كون المقصود من اعتبار اللفظ في هذا القول هو المساواة الحاصلة بين الطرفين قبل إنشاء البيع على نحو القطع واليقين؛ حيث قال: «لا يريد القائل اشتراط الصيغة (الإيجاب والقبول) فإنّه ليس بمعاطاة، بل المراد أن يتقاولا فيما بينهما ثمّ يتعاطيا عوضاً عن

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٠.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٠.

(٣) راجع: حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٥.

الصيغة، فلا مجال لتأمل الشيخ قدّس سرّه<sup>(١)</sup>.  
وعليه، فإنّ تأمل الشيخ الأعظم في القول الثاني في محله.

### القول الثالث: إفادة المعاطاة الملك الجائز

إنّ المعاطاة - حسب هذا القول - تفيد الملك الجائز، ولا تصير لازمة إلاّ  
بذهاب إحدى العينين.

ذهب إلى هذا القول وشيّد أركانه المحقّق الكركي قدّس سرّه في جامع  
المقاصد<sup>(٢)</sup>، مصرّاً عليه، ومؤوّلاً كلمات القائلين بإفادة المعاطاة الإباحة به،  
مستدلّاً عليه بالسيرة المستمرة في معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، وبآتي  
حلّ البيع<sup>(٣)</sup> والتجارة<sup>(٤)</sup>، ولقد تقدّمت كلماته في المباحث السابقة، وناقشها  
الشيخ الأعظم قدّس سرّه منتهياً إلى أنّ هذا الرأي وإن لم يكن بعيداً في نفسه إلاّ  
أنّه غريبٌ عن سياق كلمات القائلين بالإباحة.

### القول الرابع: إفادة إباحة جميع التصرفات

أي: إنّ المعاطاة لا تفيدنا الملك، وإنّما تفيد إباحة جميع التصرفات، حتّى  
التصرفات المتوقّفة على الملك، كالبيع لنفسه والعتق والوطء وأمثالها، مع بقاء  
كلّ من العينين على ملك صاحبه، ويحصل الملك اللازم من تلف إحدى العينين  
أو كليهما).

---

(١) بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب، تقرير بحث السيّد محمّد رضا الكلبيكاني،  
للسيّد علي الميلاني، ص ٦٧.

(٢) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٤) سورة النساء: ٢٩.

وهذا القول هو ظاهر عبارات كثير من الفقهاء تعرّض الشيخ الأنصاري قدّس سرّه في المباحث السابقة إلى ذكر أهمّها، بل ظاهر عبارة الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك أنّ كلّ من قال بالإباحة يسوّغ جميع التصرفات؛ حيث قال: «لأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ أنواع التصرفات»<sup>(١)</sup>.

ومن الوجوه التي ذُكرت في مستند هذا القول وحجّيته:

أولاً: استقرار السيرة المستمرّة على التصرف في المأخوذ بالمعاطاة من الخواصّ والعوامّ والنساء والصبيان، ويؤيّد الإجماع المنقول من الغنية والروضة والمسالك، المعتضد بالشهرة المحقّقة؛ إذ لم يقل أحد عدا الشيخ المفيد قدّس سرّه بإفادة المعاطاة الملك إلى زمان المحقّق الثاني قدّس سرّه<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: الأخبار الدالّة على حصر المحلّ والمحرم في الكلام<sup>(٣)</sup>، فإنّها وإن اقتضت نفي الحلّ عند انتفاء الكلام إلّا أنّها تُحمّل على نفي لزوم المعاملة عند انتفائه؛ جمعاً بينها وبين ما دلّ على حصول الإباحة بالتراضي.

ثالثاً: استصحاب بقاء ملك المالك الأوّل لو فرض وقوع الشكّ في بقاءه.

### القول الخامس: إباحة جميع التصرفات عدا المتوقّفة على الملك

أي: إنّ المعاطاة لا تفيد الملك وإنّما تفيد إباحة جميع التصرفات عدا التصرفات المتوقّفة على الملك كالبيع والوقف والعتق ووطء الأمة وشبهها.

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٩.

(٢) راجع: غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، الشيخ المامقاني، ج ٢ ص ٣٤.

(٣) علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن يحيى (أو خالد) بن الحجّاج، عن خالد بن نجیح قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا؟ فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلّل الكلام ويحرم الكلام». (الكافي، الشيخ الكليني، ج ٥ ص ٢٠١).



وهذا القول هو المحكي عن حواشي الشهيد الأوّل قدّس سرّه على قواعد العلامة - كما مرّ سابقاً<sup>(١)</sup> - في المنع عن إخراج المقبوض بالمعاطاة في زكاة أو خمس قبل أن تتلف العين الأخرى، والمنع أيضاً عن وطء الجارية المقبوضة بالمعاطاة قبل تلف الثمن، فذكر السيّد العاملي قدّس سرّه في مفتاح الكرامة ما حاصله: «وفي حواشي الكتاب: لا يجوز لأحدهما أن يخرجها في زكاة أو خمس ثمن الهدي قبل التلف، يريد تلف العين الأخرى.. وقال (أي: الشهيد الأوّل): لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يميز له نكاحها قبل تلف الثمن، فإن وطئ كان شبهة، انتهى»<sup>(٢)</sup>.

فلمنع عن أداء الزكاة والخمس في المأخوذ بالمعاطاة، والمنع عن وطء الجارية المشتراة بالمعاطاة إنّما هو لتوقّف هذه التصرفات على وجود ملك، والمعاطاة تفيد الإباحة دون الملك.

كما ينطبق هذا القول على كلام الشيخ الطوسي قدّس سرّه في المبسوط من المنع عن وطء الجارية المهداة بالهدية الخالية من الإيجاب والقبول اللفظيين، حيث قال: «إنّ الهدية لا تصحّ إلّا بالإيجاب والقبول، ولا تلزم إلّا بالقبض، وكذلك إذا أهدى إلى رجل شيئاً على يد رسول فإنّه على ملكه بعد، وإن مات المهدي إليه كان له استرجاعه وإن مات المهدي كان لوارثه الخيار.

وإذا وصلت الهدية إلى المهدي إليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم، ويكون ذلك إباحة من المهدي، حتّى أنّه لو أهدى إليه جارية لم يجوز أن يستمتع بها، لأنّ الإباحة لا تدخل في الاستمتاع»<sup>(٣)</sup>.

ولعلّ الوجه في هذا القول: أنّ الإباحة غير الملك، وكلّ ما دلّ على الإباحة

(١) راجع، الفصل الثالث من الباب الأوّل من هذا الكتاب، في المرحلة الرابعة.

(٢) مفتاح الكرامة، السيّد محمّد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥١٠.

(٣) المبسوط في فقه الإمامية، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٣١٥.

من دعوى الإجماع أو السيرة وغيرها لا يقتضي التصرفات المنوطة بالملك كالبيع والعتق ووطء الأمة.

وبعبارة أخرى: «إنَّ كلَّ شيءٍ إنّما يترتب عليه أثره الذي من شأنه أن يستتبعه، ومعلوم أنّ الإباحة غير الملك فلا يترتب عليها إلا ما من شأنها استتباعه، فالتصرفات المنوطة بالملك كالبيع والعتق ووطء الجارية مثلاً لا يصحّ ترتبها على الإباحة التي هي أمرٌ مغاير له؛ وقد ورد في الأخبار مثل: لا بيع إلا في ملك، ومثل: لا عتق إلا في ملك، وقال (تعالى): ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِقُورِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ والمفروض عدم إفادة المعاطاة إلا للإباحة؛ فلا تكون الأمة المأخوذة شيئاً من القسمين، والتفصيل قاطع للاشتراك»<sup>(١)</sup>.

### القول السادس: المعاطاة بيع فاسد

أي: إنَّ المعاطاة لا تفيد الملك ولا إباحة التصرف مطلقاً، حتّى في التصرفات غير المتوقّفة على الملك، فتكون بيعاً فاسداً يعامل المقبوض فيها معاملة المغصوب، فلا يجوز استخدام الجارية مثلاً، فضلاً عن وطئها وبيعها وعتقها) «وكأنَّ القائل به يريد أنّها وإن كانت بيعاً عند العرف وتفيد الملكيّة في اعتبارهم، لكنّها في اعتبار الشارع لا تفيد الملكيّة ولا الإباحة، فلا يترتب عليها أيُّ أثر، بل هي بيع فاسد»<sup>(٢)</sup>.

نُسب هذا القول إلى العلامة الحليّ بحسب ظاهر كلامه في النهاية؛ حيث قال: «والمعاطاة ليست بيعاً.. وهل هي إباحة؟ أو يكون حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة؟ الأقرب الثاني، فلكلّ منها مطالبة الآخر بما سلّمه إليه ما دام باقياً، وبضمّانه إن كان تالفاً»<sup>(٣)</sup>.

(١) غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، الشيخ محمّد حسن المامقاني، ج ٢ ص ١٨٠.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٥٩.

(٣) نهاية الأحكام، العلامة الحليّ، ج ٢ ص ٤٤٩.

لكن حُكي رجوعه قدس سرّه عن ذلك في كتبه الأخرى؛ حيث قال المحقق الكركي قدس سرّه: «لا يقول أحد من الأصحاب أنّها بيع فاسد سوى المصنّف في النهاية، وقد رجع عنه في كتبه المتأخّرة»<sup>(١)</sup>.

كما قال المحقق الأردبيلي قدس سرّه: «إنّ القول بأنّه عقد فاسد كان قولاً للعلامة، وقد رجع عنه على ما نُقل عنه»<sup>(٢)</sup>.

والوجدان شاهد لهما في ذلك، فقد ثبت فعلاً رجوع العلامة عن هذا الرأي كما سيأتي لاحقاً نقل كلامه في التحرير.

ولقد ذُكر في المستند لهذا القول وجهان<sup>(٣)</sup>:

الوجه الأوّل: أنّ ما قُصد من الملك لم يقع، وما وقع من الإباحة غير مقصود، فلا بدّ من الرجوع إلى عمومات حرمة التصرفات في مال الغير بدون إذنه أو رضاه، مع انتفائهما هنا على غير جهة البيع المفروض فساداً.

الوجه الثاني: ما ورد من أنّه إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام؛ قال الفيض الكاشاني قدس سرّه في الوافي: «الكلام هو إيجاب البيع، وإنّما يحلّل نفيّاً ويحرّم إثباتاً»<sup>(٤)</sup>.

### القول السابع: المعاطاة ليست ببيع لكنّها تفيد الملك

أي: إنّ المعاطاة معاملة مستقلة تفيد الملك، لكنّها ليست ببيع وإن كانت في محلّ البيع.

لم يتعرّض الشيخ الأعظم قدس سرّه لهذا القول، وإنّما ذكره السيّد اليزدي

(١) جامع المقاصد، المحقق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٢) مجمع الفائدة، المقدّس الأردبيلي، ج ٨ ص ١٤٠.

(٣) راجع: غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، الشيخ المامقاني، ج ٢ ص ١٨١.

(٤) الوافي، الفيض الكاشاني، ج ١٨ ص ٧٠٠.

قدّس سرّه في حاشيته ناسباً إيّاه إلى الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدّس سرّه؛ حيث قال: «وهنا قول سابع، وهو أنّها معاملة مستقلة مفيدة للملك، وليست بيعاً وإن كانت في مقامه، حُكي عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قدّس سرّه»<sup>(١)</sup>.  
كما ذكر السيّد العاملي في مفتاح الكرامة عن حواشي الشهيد الأوّل على قواعد العلامة قوله: «أنّها معاوضة برأسها إمّا لازمة وإمّا جائزة»<sup>(٢)</sup>.

لكن قد يقال: إنّ حال هذا القول كحال القول الثاني المتقدّم في كون عدّه من الأقوال في حكم المعاطاة فيه وجه للتأمل؛ باعتبار أنّ الملك المترتب على المعاطاة - على فرض كونها معاملة مستقلة كما ادّعاه الشيخ كاشف الغطاء قدّس سرّه - لا يخلو الأمر فيه: إمّا أن يكون ملكاً لازماً فيرجع هذا القول إلى القول الأوّل المنسوب إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه، أو ملكاً جائزاً فيرجع إلى القول الثالث الذي ذهب إليه المحقّق الكركي قدّس سرّه، فلا يكون ما ادّعاه الشيخ الكبير قولاً مستقلاً برأسه.

لكنّ الانصاف أنّ هذا القول يفترق عمّا ذهب إليه المحقّق الثاني قدّس سرّه رغم اشتراكهما في إفادة المعاطاة للملك، في أنّ المعاطاة بحسب رأي الشيخ كاشف الغطاء قدّس سرّه ليست بيعاً، فلا تنطبق عليها أحكام البيع، بخلاف قول المحقّق الثاني قدّس سرّه ومن تبعه، الذين يرون أنّ المعاطاة بيع تجري عليها جميع أحكام البيع؛ ولذا قال السيّد اليزدي قدّس سرّه: «وأمّا المحقّق الثاني فهو يجعلها بيعاً جائزاً، فلا يرجع هذا القول إلى قوله»<sup>(٣)</sup>.

ولعلّ الوجه في مستند هذا القول هو الآية الكريمة: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٣٥.

(٢) مفتاح الكرامة، السيّد محمّد جواد العاملي، ج ١٢ ص ٥١١.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٣٥.

عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (النساء: ٢٩)؛ لوضوح صدق عنوان (التجارة) على المعاطاة، وإن لم يصدق عليها أنها بيع، لأن صدق البيع يتوقف على الإيجاب والقبول اللفظيين، وهما مفقودان في المعاطاة.

إلا أن الكلام في صحّة هذا القول، إذ لا يخلو من تأمل ومنع، وذلك لأنّ الواقع بحسب الخارج لا يساعد على ما ذهب إليه الشيخ كاشف الغطاء قدّس سرّه، بل هو إمّا بيع وتمليك وإمّا إباحة، ولا يستفاد منه كون المعاطاة معاملة مستقلة لا هي بيع ولا إباحة، وعليه فممنوع صدق البيع على المعاطاة مكابرة واضحة؛ كما ذكر ذلك الميرزا النائيني قدّس سرّه بقوله: «إنّ الفعل الواقع من المتعاطيين بقصد التمليك والتملّك مصداق للجدة الاعتبارية ويتحقّق به تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، كما يتحقّق به الجدة الاصطلاحية، ويكشف عنه السيرة المستمرة بين أهل الشرائع في إنشاء التمليك والتملّك به، وتصرف المتعاطيين فيما انتقل إليهما حتّى ما يتوقّف على الملك، فممنوع صدق البيع عليه لا وجه له أصلاً»<sup>(١)</sup>.

---

(١) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٥. ومنه يتّضح أنّ ما نسبته السيّد الخوئي قدّس سرّه من القول: «أنّ البيع لا يصدق على المعاطاة لأنّه عبارة عن التبديل في عالم الاعتبار، والمعاطاة تبديل فعليّ خارجيّ، والتبديل الاعتباري لا يوجد به خارجاً» - التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ١ ص ٧١ - إلى أستاذه الميرزا النائيني قدّس سرّه ليس في محله، لأنّ الميرزا النائيني كان في معرض بيان كلام أستاذه الميرزا الشيرازي الكبير في توجيه كلام المشهور، وإلا فإنّه يعتبر أنّه لا شكّ ولا شبهة في كون المعاطاة بيعاً، والقول بغير ذلك مكابرة (راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١١٩)، وذكر السيّد الخوئي هذه النسبة في مصباح الفقاهة أيضاً (راجع: مصباح الفقاهة، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٢).

وذكر السيّد الخوئي قدّس سرّه: «أنّ البيع أمرٌ إنشائيّ، أي: اعتبار نفسيّ مبرز في الخارج بمبرز ما، والمبرز كما يكون قولاً في بعض الموارد، كذلك يمكن أن تكون إشارة أو كتابة أو فعلاً، وصحّة ذلك بمكان من الوضوح، ولا ندعي أنّ الأمر الاعتباري يمكن أن يتحقّق خارجاً، وإنّما المراد أنّ الفعل الخارجي مبرزٌ لذلك الاعتبار النفسيّ، لأنّ الاعتبار صقعه النفس دون الخارج، ولا مانع من أن يكون المبرز فعلاً من الأفعال كما يمكن أن يكون إشارة أو غيرها»<sup>(١)</sup>.

ولذا قيل: «البحث حول أنّها مستقلة أو أمرٌ سارٍ في العقود والإيقاعات فهو ساقط جداً عنه؛ ضرورة أنّ المراجعة إلى ما هو المتعارف بين الناس تقضي بأنّها سبب لحصول العلة الحاصلة بالصيغة أيضاً، فتوهم ذلك ينافي التوصيف بينهم من قولهم: البيع المعاطاتي، والصلح المعاطاتي، والإجارة المعاطاتيّة»<sup>(٢)</sup>.

ثمّ على فرض التسليم بهذا القول، وأنّ المعاطاة معاملة مستقلة، فهو خروج عن محلّ بحثنا من ذكر الأقوال في خصوص حكم البيع المعاطاتي، لذا قال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «ثمّ إذا قلنا بكون المعاطاة معاملة مستقلة - كما حكاها السيّد عن الشيخ الكبير- كان ذلك خارجاً عن حدود البيع المعاطاتي الذي هو مورد بحثنا»<sup>(٣)</sup>.

ولعلّه لأجل ذلك لم يذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه هذا القول ضمن الأقوال على حكم المعاطاة، فهو ليس قولاً معتدّاً به في قبال الأقوال الأخرى في حكم البيع المعاطاتي.

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ

علي الغروي، ج ١ ص ٧١.

(٢) كتاب البيع، السيّد مصطفى الخميني، ج ١ ص ٢٣.

(٣) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٤.

## نطاق الأقوال ومساحة الخلاف في حكم المعاطاة

يمكن إرجاع اختلاف الأصحاب في حكم المعاطاة على الأقوال والآراء التي ذكرها الشيخ الأعظم إلى تباين واختلاف مواقف الفقهاء من مستند هذه الأقوال، فلو فرضنا أنّ المعاطاة لا تخرج عن مورد الإطلاقات والعمومات الدالّة على نفوذ البيع ولزومه لثبت عندئذ القول الأوّل المنسوب إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه من لزوم المعاطاة مطلقاً، سواء كان الدالّ على التراخي لفظاً أو غيره، فتعامل المعاطاة معاملة البيع باللفظ.

وإن قلنا بقيام الإجماع التعبدي على نفي اللزوم بالبيع المعاطاتي فلا يخلو أمر هذا الإجماع إمّا أن يكون إجماعاً على نفي اللزوم على نحو الإجمال، فيثبت القول الثاني، الذي ذهب إليه بعض مشايخ الشهيد الثاني قدّس سرّه وآخرون، والذي تأمل الشيخ الأعظم قدّس سرّه في عدّه من الأقوال في كون المعاطاة تفيد الملكيّة اللازمة فيها إذا كانت القرينة الدالّة على تراخي المتعاطيين لفظاً فقط.

أو أن يكون هذا الإجماع التعبدي قائمً على نفي اللزوم مطلقاً، فيثبت حينها القول الثالث الذي ذهب إليه المحقّق الكركي قدّس سرّه من كون المعاطاة تفيد الملك الجائر المتزلزل.

أمّا لو فرضنا خروج المعاطاة عن مورد الإطلاقات والعمومات الدالّة على نفوذ البيع ولزومه، أو قلنا بقيام الإجماع على عدم إفادة المعاطاة الملكيّة، فتارة نفرض قيام السيرة القطعيّة على جواز التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة، ولا يخلو مفاد هذه السيرة إمّا أن يكون مطلق التصرّفات حتّى التصرّفات المتوقّفة على الملك، فيثبت حينئذ القول الرابع، أو يكون مفادها هو جواز التصرّف في الجملة، أي: إباحة التصرّفات الخاصّة غير المتوقّفة على الملك، وهذا هو القدر المتيقّن من السيرة المذكورة، فيثبت القول الخامس.

وتارة نفرض عدم قيام سيرة كهذه على الإباحة فيثبت حينها القول السادس الذي ذكره العلامة الحلّي قدّس سرّه في نهايته من كون المعاطاة بيعاً فاسداً لا تفيد ملكاً ولا إباحة تصرّف على نحو الإطلاق<sup>(١)</sup>.

### محصل الأقوال في حكم المعاطاة

يتّضح ممّا تقدّم: أنّ محصل الأقوال التي ذكرها الشيخ الأعظم قدّس سرّه في حكم المعاطاة يمكن إرجاعه إلى التقسيم التالي:

المعاطاة إمّا أن يترتب عليها أثر أو لا، وعلى الثاني تكون المعاطاة بيعاً فاسداً، وعلى الأوّل إمّا أن يكون هذا الأثر هو الملك أو الإباحة، والملك إمّا أن يكون لازماً أو جائزاً، والإباحة إمّا أن تكون مطلقة تشمل جميع التصرّفات حتّى التصرّفات المتوقّفة على الملك، أو تكون مقيدة بالتصرّفات غير المتوقّفة على الملك، هذا هو ملخص الأقوال على نحو الإجمال.

ويلاحظ فيه عدم الاتفاق على حكم في هذه المسألة، وإن كان الظاهر اتّفاقهم على جواز التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة قبل تلف أحد العوضين، فإنّ المخالف لهذا الجواز ليس إلا العلامة قدّس سرّه في كتابه النهاية، وقد علمت عدوله عنه في كتبه الأخرى. نعم، الكلمات في بيان وجه هذا الجواز مختلفة.

كما يظهر منه أيضاً: أنّ النزاع في هذه الأقوال على المعاطاة نزاع كبرويّ، لفرض تسليمهم ببيعّة المعاطاة، وإنّما اختلافهم في صحّتها وفي لزومها وجوازها، فالمناقشة تكون في القضية الكبرى (كلّ بيع مملّك لازم). نعم على القول المنسوب للشيخ الكبير كاشف الغطاء قدّس سرّه، والذي لم يتعرّض له الشيخ الأعظم قدّس سرّه، من كون المعاطاة معاملة مستقلة لا ربط لها بالبيع، يكون البحث فيها

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٢-١٠٣.



صغروياً، فإن نفي البيعة عن المعاطة ناظر إلى عدم صغرويتها لمفهوم البيع. وعلى هذا، ومع غض النظر عن القول المنسوب للشيخ كاشف الغطاء قدس سره، لا بد أن ينصبّ البحث في حكم المعاطة في جهتين:

الجهة الأولى: هل المعاطة تفيد الملكية؟

الجهة الثانية: نوع الملكية الحاصلة بالمعاطة؛ ألامنة أم جائزة؟

وسياتي في المباحث القادمة التعرّض لهاتين الجهتين بالتفصيل.

### أضواء على النصّ

- قوله قدس سره: «إذا عرفت ما ذكرنا». أي: ما ذكره قدس سره في محلّ النزاع في المعاطة، وبيان كلمات مشهور الأصحاب، وتوجيه المحقق الكركي قدس سره بها من كون مرادهم من الإباحة: الملك المنزل الجائر، وما اختاره صاحب الجواهر قدس سره من جعل محلّ النزاع: المعاطة المقصود بها الإباحة لا التمليك، وهذا شروع منه قدس سره في بيان الأقوال في حكم المعاطة كمقدمة للاستدلال على ما يختاره من الأقوال.
- قوله قدس سره: «فالأقوال في المعاطة - على ما يساعده ظواهر كلماتهم - ستة». بل الأقوال في حكم المعاطة سبعة، والقول السابع هو ما اختاره الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس سره من كون المعاطة معاملة مستقلة مفيدة للملك، كما صرح بذلك السيّد اليزدي قدس سره في حاشيته، وكلمة (ستة) خبر للمبتدأ (الأقوال).
- قوله قدس سره: «اللزوم مطلقاً». مراده من الإطلاق هنا: مقابل التفصيل الذي سيأتي لاحقاً، وحاصل هذا الإطلاق: أنّ المعاطة لازمة سواء كان الدالّ على التراضي لفظاً غير مشتمل على الإيجاب والقبول كقول البائع مثلاً: (خذ هذا)، أو كان الدالّ فعلاً من الأفعال.
- قوله قدس سره: «الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغة». التعبير بالأشهر

٣٠٦.....بحوث في فقه المعاطاة- ج ١

يدلّ على وجود قول معتدّ به، وإلاّ فلو لم يوجد مخالف أصلاً لكان الأنسب التعبير بلفظ (المشهور) بدلاً من (الأشهر).

• قوله قدّس سرّه: «وفي النسبة ما عرفت» من الإشكال المتقدّم، في أنّ حمل الإباحة في كلمات الأصحاب على الملك المتزلزل الجائر بعيد للغاية، مع كونه خلاف صريح بعضهم بعدم حصول الملك من الأساس.

• قوله قدّس سرّه: «وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية من دون إيجاب وقبول». المحكيّ عن الشيخ الطوسي في المبسوط مطلق إهداء الهدية العامّة، ولم يحكّ عنه إهداء الجارية، لكن بقرينة استثنائه الوطاء يكون قدّس سرّه قد أراد إهداء الجارية من المطلق قطعاً، فكأنّه ذكره بالخصوص.

## الفصل الثاني

### أدلة ملكية المعاطاة / ١. السيرة

يقع الكلام في هذا الفصل ضمن المباحث التالية:

١. مشهور الأقوال في ملكية المعاطاة

٢. تأسيس الأصل الأوّل في ملكية المعاطاة

٣. أدلة ملكية المعاطاة (الدليل الأوّل: السيرة)



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطة وإن قصد المتعاطيان بها التمليك، بل لم نجد قائلًا به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، ولم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب.

نعم، ربّما يوهمه ظاهر عبارة التحرير، حيث قال فيه: الأقوى أنّ المعاطة غير لازمة، بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت لزمّت، انتهى. ولذا نُسب ذلك إليه في المسالك.

لكنّ قوله بعد ذلك: «ولا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد» ظاهرٌ في أنّ مراده مجرد الانتفاع، إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك.

وأما قوله: «والأقوى... الخ»، فهو إشارةٌ إلى خلاف المفيد رحمه الله والعامّة القائلين باللزوم. وإطلاق (المعاوضة) عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، وإطلاق (الفسخ) على (الردّ) بهذا الاعتبار أيضاً، وكذا (اللزوم).

ويؤيد ما ذكرنا - بل يدلّ عليه -: أنّ الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقّفها على الإيجاب والقبول، ثمّ قال: وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هديّة الأئمة؟ الأقرب عدمه، نعم يُباح التصرف بشاهد الحال، انتهى. وصرّح بذلك أيضاً في الهدية، فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاوضة فكيف يقول بها في البيع؟

وذهب جماعةٌ - تبعاً للمحقق الثاني - إلى حصول الملك، ولا يخلو عن قوّة، للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق، والبيع، والوطء، والإيصاء، وتوريثه، وغير ذلك من آثار الملك.

## الشرح

### المبحث الأول: مشهور الأقوال في ملكية المعاطاة

تعرّض الشيخ الأنصاري قدّس سرّه في المباحث السابقة عند الكلام في تحديد موضوع المعاطاة وأنها التي قصد فيها الملك أو الإباحة إلى جملة من كلمات الأصحاب، التي يمكن أن يستفاد منها أمور ثلاثة:

الأمر الأول: إنّ ظاهر عبارات الأصحاب بل وصريح بعضها: إفادة المعاطاة الإباحة المجرّدة وجواز التصرف لا الملك.

الأمر الثاني: إنّ حمل الإباحة في عباراتهم على الملك الجائر المتزلزل - كما فعله المحقّق الكركي قدّس سرّه - بعيد جدّاً.

وعليه، يمكن القول: إنّ المشهور بين علمائنا في حكم المعاطاة أنّها لا تفيد الملك، وإن كان مقصود المتعاطين من المعاملة التمليك.

الأمر الثالث: بعد بطلان نسبة القول بإفادة المعاطاة الملك (كالباع بالصيغة) إلى الشيخ المفيد، لا يوجد قائل من علمائنا بإفادة المعاطاة الملك قبل المحقّق الكركي، وما فعله الكركي من نسبة القول بملكية المعاطاة إلى مشهور الأصحاب بقوله: «المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم خلافاً لظاهر عبارة المفيد»<sup>(١)</sup> لا وجه له، والظاهر أنّه مبتنٍ على تأويل المحقّق الكركي للإباحة في كلمات القوم على الملك المتزلزل، والذي قد عرفت ما فيه.

نعم، توجد عبارة للعلامة الحلّي قدّس سرّه في كتابه التحرير يظهر منها ذهابه إلى ترتّب الملك على المعاطاة، وعليه فما ذهب إليه المحقّق الكركي يوجد

(١) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

قائل به قبله، ولعلّ الأولى عندئذ نسبة إفادة المعاطاة الملك الجائز المنزّل إلى العلامة المتقدّم زماناً على المحقّق الكركي قدّس سرّه.

### وقفه مع العلامة الحليّ

قال العلامة الحليّ قدّس سرّه في التحرير: «والأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة، بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإنّ تلفت إحدى العينين لزم<sup>(١)</sup>. ويظهر من هذه العبارة أنّ العلامة يذهب إلى أنّ المعاطاة البيعية تفيد الملك، غاية الأمر أنّ هذا الملك منزّل وجائز كما هو رأي المحقّق الكركي. ومنشأ هذا الاستظهار أمور ثلاثة:

الأمر الأوّل: قوله قدّس سرّه: «الأقوى» فإنّه يشير إلى وجود قول قويّ في قبالة، ولا يخلو أمره من أحد احتمالين:

الاحتمال الأوّل: أن يكون القول القويّ المقابل لرأي العلامة الأقوى: هو ما نُسب إلى الشيخ المفيد قدّس سرّه من كون المعاطاة مفيدة للملك اللازم، فيكون القول الأقوى المقابل له: هو أنّ المعاطاة تفيد الملك الجائز وليس اللازم. الاحتمال الثاني: أن يكون القول القويّ هو ما ذهب إليه المشهور من كون المعاطاة مفيدة للإباحة المحضّة، ومن الواضح أنّ الإباحة لا لزوم فيها، فلكي يصحّ أن يكون قول العلامة مقابلاً لقول المشهور لا بدّ أن نحمل عدم اللزوم فيه على الملك، فيكون الأقوى عند العلامة أنّ المعاطاة مفيدة للملك غير اللازم، لا أنّها مفيدة للإباحة المجرّدة.

الأمر الثاني: قوله قدّس سرّه: «بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة»، فإنّه ظاهر في كون المعاطاة من المعاوضات، كما أنّ الفسخ فرع الملكية، وفي موارد الإباحة لا يوجد إلاّ استرداد العين، فيكون ظاهر هذه العبارة وجود ملكية متحقّقة في

(١) تحرير الأحكام، العلامة الحليّ، ج ٢ ص ٢٧٥.

المعاطاة، غاية الأمر أنّ هذه الملكية جائزة بقريئة جواز الفسخ مع بقاء العين.  
 الأمر الثالث: قوله قدّس سرّه: «فإن تلفت لزمتم»، فالأصحاب متفقون على أنّه عند تلف العين المأخوذة بالمعاطاة يتحقّق الملك اللزوم، واللزوم فرع الملكية، وعطف هذه العبارة على سابقتها، أي: قوله: «المعاطاة غير لازمة» يستظهر منه أنّ مقصوده هو أنّ المعاطاة تفيد الملك الجائز، ولا يصير هذا الملك لازماً إلا بتلف العين المأخوذة.

ولأجل هذه الأمور نسب الشهيد الثاني القول بإفادة المعاطاة الملكية الجائزة إلى العلامة الحليّ حيث قال في المسالك: «وعبارة العلامة في التحرير كالصريحة في إفادة هذا المعنى لأنّه قال: الأقوى عندي أنّ المعاطاة غير لازمة..»<sup>(١)</sup>.

### إشكال وجواب

قد يقال: إنّ استظهار إفادة المعاطاة الملكية الجائزة من عبارة التحرير يتوقّف على كون مراد العلامة قدّس سرّه من المعاطاة موضوعاً: المعاطاة المقصود فيها التمليك، وهو غير معلوم في المقام، لاحتمال أن يكون مراده المعاطاة المقصود فيها الإباحة لا التمليك، والتعبير بالمعاوضة إنّما هو بلحاظ كون الإباحة بإزاء الإباحة، كما هو مقتضى باب المفاعلة. فالمعاوضة ثابتة، غاية الأمر أنّها بين الفعلين لا المالمين، والتعبير بالفسخ واللزوم إنّما هو بلحاظ كون المعاطاة عقداً تمّ إنشاؤه بالفعل، وعليه تكون عبارة التحرير أجنبية عن القول بإفادة المعاطاة المقصود بها التمليك الملك غير اللزوم.

وجوابه يتّضح من قول العلامة قدّس سرّه بعد عبارته المذكورة: «بخلاف البيع الفاسد»<sup>(٢)</sup>، إذ معها لا يكون هناك مجال لتوهم كون المعاطاة هي المقصود

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٨.

(٢) تحرير الأحكام، العلامة الحليّ، ج ٢ ص ٢٧٥.



بها الإباحة، لأنّ هذه المعاطاة هي قطعاً ليست كالبيع الفاسد حتّى يدفعه بما ذكر، بخلاف ما لو كانت المعاطاة هي المقصود منها التمليك، فتدبر جيّداً<sup>(١)</sup>.

### ردّ الشيخ الأنصاري لاستظهار عبارة التحرير

لم يرتضِ الشيخ الأنصاري استظهار إفادة المعاطاة الملكية الجائزة من عبارة العلامة الحلّي في التحرير، معبراً عن هذا الاستظهار بالإيهام، بل يرى أنّ الظاهر من العبارة: إفادة المعاطاة جواز الانتفاع والتصرّف في العين فقط دون التمليك، وذلك لقريبتين:

القريبة الأولى: قول العلامة قدّس سرّه في التحرير بعد عبارته المذكورة: «ولا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد»<sup>(٢)</sup>، فلو كان مقصود العلامة المعاطاة المفيدة للملك، لما كان هناك مبرّر لذكر هذا الحكم بعدم حرمة الانتفاع، لأنّ جواز انتفاع المتعاطين بما انتقل إليهما من آثار الملك، وهذا من الأمور البديهية والضرورية التي ليس فيها كلام، فلا داعي للتنبيه عليه، فلأجل صون كلام العلامة عن اللغوية وتوضيح الواضحات لا بدّ أن نحمل مقصوده على المعاطاة المفيدة لمجرّد الانتفاع وإباحة التصرّف دون الملك.

لكن يمكن الردّ على ما أفاده الشيخ الأعظم هنا بجوابين، نقضيّ وحليّ؛ أمّا الجواب النقضيّ: فإنّ الكلام نفسه الذي أفاده الشيخ الأعظم في منع إفادة المعاطاة الملك في عبارة العلامة يرد أيضاً على القول بإفادتها بالإباحة، لأنّه لا معنى أيضاً لعبارة العلامة الثانية بعد الحكم بالإباحة، لأنّه سيكون إعادة لما يستفاد من العبارة السابقة لو قلنا بإفادتها بالإباحة، فالإباحة ليست إلّا جواز الانتفاع والتصرّف.

(١) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ٥٤.

(٢) تحرير الأحكام، العلامة الحلّي، ج ٢ ص ٢٧٥.

وأما الجواب الحلّي: فيمكن القول أنّ استظهار كون مقصود العلامة في عبارته الأولى المعاطاة المفيدة للملك لا ينافي عبارته الثانية، ولا يلزم منه اللغوية وتوضيح البديهيّات، لأنّ ذكر الحكم بجواز الانتفاع في العبارة الثانية، رغم كون المعاطاة مفيدة للملك، قد يكون لأجل أحد أمرين:

الأمر الأوّل: أنّ ذلك «من قبيل بيان الحكم بعد تحقّق موضوعه. فكأنّه قال: الأقوى أنّ المعاطاة تفيد الملك الغير اللازم، فلا يجرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبله؛ لتحقّق الملك، بخلاف البيع الفاسد فإنّه يجرم الانتفاع فيه؛ لعدم تحقّق الملك فيه»<sup>(١)</sup> فلا يوجد مسوّغ للتصرّف حينئذ.

الأمر الثاني: الإشارة إلى الفرق بين المعاطاة على فرض إفادتها التملك والبيع الفاسد، من جهة جواز الانتفاع وعدمه، وإن كانت هناك موارد افتراق بينهما من جهات أخرى.

قال المحقّق الإيرواني قدّس سرّه: «بل يمكن المناقشة في دلالة هذه (أي: العبارة الثانية للعلامة) فإنّ الفرق بين المعاطاة والعقد الفاسد بجواز الانتفاع لا يدلّ على عدم الفرق بينهما من غير هذه الجهة»<sup>(٢)</sup>.

وعليه، فالظاهر أنّ ما استظهره الشهيد الثاني في المسالك من عبارة التحرير ونسبة القول بإفادة المعاطاة للملك الجائر إليه لا يخلو من قوّة.

القرينة الثانية: قول العلامة في التحرير أيضاً في باب الهبة: «وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هديّة الأطمعة؟ الأقرب عدمه، نعم يجوز التصرّف عملاً بالإذن المستفاد من العادة»<sup>(٣)</sup>.

(١) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ٥٥.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، ج ٢ ص ٤٢.

(٣) تحرير الأحكام، العلامة الحلّي، ج ٣ ص ٢٧٣.

وقوله في الهدية من (التحرير): «أركان الهبة خمسة.. والعقد، وهو الإيجاب والقبول على ما تقدّم. والقبض، فلا تصحّ الهبة ما لم ينضمّ القبض إلى العقد... ومن شرط صحّة القبض إذن الواهب فيه، فلو قبض المتّهب بدون إذن الواهب لم يحصل الملك»<sup>(١)</sup>.

حيث إنّ الظاهر من هاتين العبارتين، بل وصريح الثانية: أنّ الهبة والهدية تتوقّف مملّكتهما على شروط، منها: الإيجاب والقبول اللفظيان، وإلاّ فإنّها إبّاحة التصرف المجردة عن الملك، فعدم التزام العلامة قدّس سرّه بمملّكية الهبة والهدية الفعلية يستلزم منه إنكار مملّكية البيع الفعلية من باب الأولوية القطعية، لأنّ البيع عقد لازم، والهبة والهدية عقد جائز، فإذا توقّف العقد الجائز على إنشائه باللفظ فقط وعدم ترتيب أثره بالمعاطاة، فلا بدّ أن يكون توقّف العقد اللازم عليه وعدم ترتّب أثره بالمعاطاة أولى.

هذه هي القرائن التي استفاد منها الشيخ الأعظم في إثبات أنّ العلامة الحليّ من القائلين بإفادة المعاطاة المقصود منها التملك الإبّاحة مجردة، وليس من القائلين بما ذهب إليه المحقق الكركي من إفادة المعاطاة المملّكية الجائزة.

أمّا الكلمات التي وردت في عبارة العلامة في التحرير والتي يمكن أن يُستظهر منها قوله بإفادة المعاطاة المملّكية الجائزة فقد ناقشها الشيخ الأعظم أيضاً وأبطل ظهورها في ذلك، أمّا بالنسبة إلى قول العلامة (الأقوى) فهو إشارة إلى القول المنسوب إلى الشيخ المفيد وبعض العامة من إفادة المعاطاة المملّكية اللازمة، لكنّ الظاهر أنّ هذه الأقوائية إنّما هي من جهة اللزوم لا من جهة المملّكية اللازمة وعدمها، ولذا فالعلامة لم يذكر المملّكية في عبارته وإنّما ذكر عدم اللزوم فقط. وبعبارة أخرى: إنّ قول العلامة في التحرير: «الأقوى أنّ المعاطاة غير

(١) المصدر نفسه، ج ٣ ص ٢٧٤-٢٧٥.

لازمة» لا يفهم منه أن المعاطاة تفيد الملك الجائر، بل هذه العبارة ناظرة إلى الرأي المنسوب إلى الشيخ المفيد ورأي بعض العامة القائلين بلزوم الملك فيها، فالحيثية المراد تقويتها من قبل العلامة هي نفي اللزوم فقط، أما حيثية كون المعاطاة مفيدة للملك الجائر فهو مسكوت عنه في العبارة، وبطبيعة الحال يكون قوله قدس سره موافقاً لرأي المشهور وليس موافقاً لرأي المحقق الكركي قدس سره.

وأما ما ورد في العبارة من إطلاق «المعاوضة» على المعاطاة، وإطلاق «الفسخ» على الردّ فيها، وإطلاق «اللزوم» بالتلف بقوله: «فإن تلفت لزمت» فالظاهر أنّها جميعها باعتبار قصد المتعاطيين لا باعتبار تحقق عقد مملّك.

لكن قد يقال: إنّ المنسوب إلى شيخنا المفيد وبعض العامة إفادة المعاطاة الملك اللازم، فمقتضى المقابلة مع هذا الرأي بقول العلامة قدس سره: (الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة) أن تكون المعاطاة مفيدة للملك الجائر فيكون استظهار الشهيد الثاني في المسالك في محله.

إلا أن يدعى بأقوائية ظهور القرينتين اللتين ذكرهما الشيخ الأعظم على ظهور هذه الكلمات والعبارات في الملك، وفيه نظر؛ لأنّه وإن سلّمنا بهذه الأقوائية لظهور القرينتين، إلا أنّها من الممكن أن تتمّ في (المعاوضة) و(الفسخ) لكنّها لا تتمّ في قوله: «فإن تلفت لزمت»، لأنّ اللزوم فيها حكم شرعي لا قصديّ. نعم، في قوله: «المعاطاة غير لازمة» يمكن أن يكون اللزوم فيها راجعاً إلى القصد، فتدبرّ.

وعلى كلّ حال فسواء قلنا أنّ العلامة الحلّي في تحريره يرى أنّ المعاطاة مفيدة للملك أم لا، فلا اشكال أنّ الرأي المشهور لأصحابنا - كما هو ظاهر وصریح عباراتهم - عدم إفادة المعاطاة الملك.

في مقابل ذلك ذهب المحقق الكركي وتبعه جماعة إلى عدم حصول الملك بالمعاطاة، واستدلّوا على ذلك بمجموعة من الأدلّة سنتعرّض لها تفصيلاً.

## المبحث الثاني: تأسيس الأصل الأولي في ملكية المعاطاة

قبل الدخول في استعراض ما استدلّ به لإثبات ملكية المعاطاة لا بأس أن نؤسّس الأصل الأولي في المقام، فهل مقتضى هذا الأصل - قبل وجدان الدليل - الحكم بملكية المعاطاة أم لا؟

عرفنا ممّا سبق<sup>(١)</sup>: أنّ المشهور بين الأعلام - بل ادّعي عليه الإجماع - : أنّ الأصل الأولي في المعاملات عند الشكّ في صحتها وترتب الأثر عليها: هو الفساد؛ وذلك لأنّ «الصحة في المعاملات عبارة عن ترتب أثر شرعيّ عليها، وهي حكم شرعيّ يتوقّف على دليل شرعيّ، فلو لم يكن دليلاً فالأصل عدم الصحة حتّى يثبت بدليل؛ لأصالة العدم، وأصالة بقاء ما كان على ما كان.

مثلاً: الثمن كان ملكاً للمشتري، والمبيع ملكاً للبائع، فالأصل عدم النقل والأصل بقاءهما على حالهما حتّى يثبت الخلاف؛ للاستصحاب والعمومات والإطلاقات المقتضية لذلك، والإجماع على ذلك، كما لا يخفى على المطلّع.

وأيضاً: الحكم الشرعي بالنسبة إلينا منوطٌ بالدليل بلا شبهة. فعدم الدليل دليل عدمه بالنسبة إلينا؛ لأنّ عدم العلة علة للعدم.. وبالجملة: لا تأمّل في أنّ الأصل عدم الصحة حتّى يثبت بدليل»<sup>(٢)</sup>.

قال الشيخ الأراكي قدّس سرّه: «المعاطاة المقابل فيها المال، بالمال المقصود بها التملك، فحكمه قبل وجدان الدليل عدم النفوذ، فإنّ مقتضى الأصل في جميع ذوات الأسباب - أعني: الأشياء التي تحتاج في وجودها وتحققها إلى السبب كالملكية والزوجيّة ونحوهما - هو عدم التحقق ما لم يتيقّن وجود السبب. ففي أبواب المعاملات لو شكّ في اعتبار قيد في التأثير - كالعربية - وتقدّم الإيجاب على

(١) راجع (الأصل الأولي في المعاملات) في البحوث التمهيدية من هذا الكتاب.

(٢) الرسائل الفقهية، الشيخ محمد باقر الوحيد البهبهاني، ص ٢٩٧.

القبول، لا بدّ من الاحتياط بمراعاة هذا القيد، وإلا فالأصل بقاء مال كلّ أحد على ملكه، وكذا كلّ سببٍ لو لم يحتط فيه بمراعاة جميع ما احتمال دخله في تأثيره، كان مقتضى الأصل عدم ترتّب الأمر المقصود عليه، فيعمل بهذا الأصل في كلّ مقام إلى أن يوجد دليل حاكم أو وارد عليه، فلا شكّ أنّ مقتضى الأصل الأوّلي فيما لو شككنا في أنّ هذا القسم من المعاطاة مفيد للملكية كلّ من المتعاطين مال الآخر أم لا، هو عدم ذلك»<sup>(١)</sup>.

وذكرنا أنّ هذا الأصل مرجعه إلى الاستصحاب؛ قال الميرزا جواد التبريزي قدّس سرّه: «لا يخفى أنّ الأصل - يعني: مقتضى الاستصحاب في المعاطاة على تقدير عدم قيام الدليل على حكمها - هو الفساد وعدم ترتّب الأثر عليها، لا الملك ولا إباحة التصرف»<sup>(٢)</sup>.

وهذا الاستصحاب إمّا أن يكون استصحاب عدم ترتّب الأثر، كما ذكر ذلك الميرزا النائيني قدّس سرّه بقوله: «الأصل في جميع موارد الشكّ في صحّة المعاملة يقتضي الفساد؛ لأصالة عدم ترتّب الأثر على المعاملة الخارجيّة وبقاء متعلّقتها على ما كان عليه قبل تحقّقها»<sup>(٣)</sup>.

أو أن يكون استصحاب بقاء الملك (بلحاظ المالك) أو استصحاب عدم الملك (بلحاظ المشتري)، كما أشار إليه صاحب الجواهر بقوله: «ودعوى أنّ اللزوم يكفي فيه استصحاب الملك ونحوه، يدفعها معارضته باستصحاب بقاء سلطة المالك التي ينبغي الاقتصار في الخروج عنها على المتيقّن»<sup>(٤)</sup>، والمفروض أنّ

(١) كتاب البيع، الشيخ محمّد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٤.

(٢) إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٤٧.

(٣) أجود التقريرات، تقرير بحث الميرزا النائيني، للسيد الخوئي، ج ١ ص ٣٩٣.

(٤) جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٢٢٠.

البيع المعاطاتي خارج عن هذا القدر المتيقن.

إذن، الأصل الأوّلي يقتضي عدم إفادة المعاطاة الملكية أو الإباحة الشرعية. نعم، قد تثبت لها الإباحة الملكية لكونها تابعة إلى رضا الطرفين بالتصرّف في ما انتقل إليهما، كما قال الشيخ جواد التبريزي قدّس سرّه: «وأما الإباحة الملكية فهي تابعة لرضا كلّ منهما بتصرّف الآخر في ماله مع الإغماض عن المعاملة المعاطائية وفرض بقاء المال في ملكه، فإنّ هذا يكون موجباً لجواز تصرّف الآخر فيما وصل إلى يده تصرّفاً لا يتوقّف جوازه على الملك»<sup>(١)</sup>.

لكن ذكر أنّ لهذا الأصل حاكماً عليه من خلال وجدان ما يستدلّ به على ملكية المعاطاة، وسنبيّن هذه الأدلة كما ذكرها الشيخ الأعظم.

### المبحث الثالث: أدلة ملكية المعاطاة (الدليل الأوّل: السيرة)

قبل الدخول في تفاصيل هذا الدليل لا بدّ أن نذكر أموراً من باب المقدّمية:

#### الأمر الأوّل: المقصود من السيرة وأقسامها

ما المقصود من السيرة بمعناها الواسع<sup>(٢)</sup>، والتي يمكن أن يُستفاد منها كدليل للأحكام الشرعية، فهل المقصود بها هو ذلك التصرّف العملي الخارجي الذي يستقرّ عليه بناء العقلاء<sup>(٣)</sup> في شؤون حياتهم المختلفة؛ كالمملك الناشئ من الحياة، أو أنّ المقصود منها هو خصوص ذلك الارتكاز الراسخ عند العقلاء والذي يستند إليه عملهم في الخارج، لا أنّه نفس السلوك الخارجي؟

(١) إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ س ٣٤٧.

(٢) أي: الأعمّ من سيرة العقلاء بالمعنى الأخصّ وسيرة المتشرّعة، والتي يصطلح عليها أستاذنا الشهيد الصدر قدّس سرّه: السيرة العقلائية بالمعنى الأعمّ (راجع: بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للسيّد محمود الشاهرودي، ج ٤ ص ٢٣٤).

(٣) المقصود من العقلاء هنا: معناه الأعمّ من العقلاء بما هم عقلاء والمتشرّعة.

٣٢٠ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

يرى الشهيد الصدر قدس سره - ونحن نوافقه في هذا الرأي<sup>(١)</sup> - أنّ المراد من السيرة: معناها الأعمّ من السلوك الخارجي، فتشمل المرتكزات العقلائيّة<sup>(٢)</sup> وإن لم يصدر بالفعل من العقلاء سلوك خارجي مطابق لها؛ لعدم تحقق موضوعها بعد. قال قدس سره: «ونقصد بالسيرة: ما هو أعمّ من السلوك والفعل الخارجي بحيث يشمل المرتكزات العقلائيّة، ولا يختصّ بخصوص التصرف العملي الخارجي»<sup>(٣)</sup>.

فتكون هذه المرتكزات العقلائيّة أوسع دائرة من السلوك العملي الخارجي، لأنّ هذا الأخير محكوم بالظروف الزمانيّة والمكانيّة بالضرورة دون المرتكزات، وعليه فإنّ الإمضاء لو انصبّ على خصوص الارتكاز العقلائي فإنّ الارتكاز لا يختلف عليه العقلاء وإن اختلفت ظروفهم الزمانيّة والمكانيّة.

والجامع بين هذه المرتكزات والسلوك الخارجي هو «المواقف العقلائيّة إذا كان للعقلاء موقف، سواء كان على مستوى السلوك الخارجي أو على مستوى البناءات والمرتكزات»<sup>(٤)</sup>.

وتنقسم هذه السيرة بمعناها الأعمّ إلى الأقسام التالية بحسب ما ذكره الشهيد الصدر قدس سره:

**القسم الأوّل:** السيرة التي تنقح موضوعات الأحكام الشرعيّة الثابتة

---

(١) راجع: الظنّ، تقرير بحث السيّد كمال الحيدري، للشيخ محمود نعمة الجياشي، ص ٢٠٣.  
(٢) أصبح واضحاً أنّ المقصود من هذه المرتكزات: الأعمّ من المرتكزات العقلائيّة بالمعنى الأخصّ والمرتكزات التشريعيّة.

(٣) بحوث في علم الأصول (مباحث الحجج والأصول العمليّة)، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للشيخ حسن عبد الساتر، ج ٩ ص ١٩٣. وراجع: بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للسيّد محمود الشاهرودي، ج ٤ ص ٢٣٤.

(٤) المصدر نفسه، ج ٩ ص ١٩٣.



أدلة ملكية المعاطاة / ١. السيرة ..... ٣٢١

بأدلتها، فهذه السيرة لا تشرع الحكم وإنها الحكم ثابت بمقتضى دليله من كتاب أو سنة أو غيرهما.

وتنقيح موضوع الحكم الشرعي بهذه السيرة يتم إما بتدخل السيرة في تكوين موضوع الحكم الشرعي ثبوتاً توسعة وتضييقاً، أو بتدخلها في تنقيح الموضوع إثباتاً وكشفاً لا ثبوتاً، فيكون دورها دور الكاشف عن تحقق موضوع الحكم الشرعي خارجاً.

القسم الثاني: السيرة المنقحة لظهور الدليل، والمساهمة في فهم الدليل، والكاشفة عن حدود مدلوله، حيث يكون للمتبنيات العقلية والمرتكزات العرفية الاجتماعية دور في تبلور الظهور للأدلة وفهم النص. وكلا هذين القسمين خارجان عن محلّ بحثنا، والتفصيل فيهما موكول إلى علم الأصول.

القسم الثالث: السيرة المشرعة<sup>(١)</sup> التي يُستدلّ بها إما لإثبات حكم شرعي كلي واقعي (وهذا ما يقع الاستدلال به في كتب الفقه)، أو لإثبات حكم شرعي ظاهري (وهذا ما يقع الاستدلال به في كتب الأصول عادة كالسيرة القائمة على حجية الظواهر أو خبر الثقة مثلاً)، وهذا القسم هو المهم وهو الذي له ارتباط بمحلّ بحثنا. وينقسم إلى قسمين:

الأول: السيرة العقلية بالمعنى الأخص.

الثاني: سيرة المشرعة.

---

(١) ورد في تقارير أبحاث الشهيد الصدر قدس سره الأصولية في (بحوث في علم الأصول، ج ٤ ص ٢٣٦) لمقررها السيد محمود الشاهرودي، التعبير بالسيرة المشرعة، والصحيح هو السيرة المشرعة لا المشرعة؛ كما نبّه على ذلك المقرّر نفسه مدّعياً أنه جاء سهواً! (راجع: أضواء وآراء، السيد محمود الشاهرودي، ج ٢ ص ٤٠٢).

كما أنّ سيرة المشرّعة على نحوين<sup>(١)</sup>:

١. سيرة المشرّعة بما هم مشرّعة، أي: تمحّض نشوئها من الشرع، كالإخفات في الظهرين، والجهر في الصباح والعشائين، فإنّه لا يتصوّر منشأ لهذه السيرة إلاّ الشرع، فيكون تشرّعهم حيثيّة تعليليّة للسيرة.

٢. سيرة المشرّعة بما هم عقلاء، فتكون هذه السيرة إمّا معلولة للسيرة العقلانيّة بمعناها الأخصّ، أو يحتمل رجوعها إليها (من دون الجزم بذلك)، كعمل المشرّعة بالظواهر الذي يحتمل فيه أن يكون من باب عقلائيّتهم، أو لأجل تشرّعهم وتلقّيهم ذلك من المعصومين عليهم السلام.

### الأمر الثاني: سيرة المشرّعة ومناطق حجّيتها

المقصود من سيرة المشرّعة هو بناء المشرّعة وتعارفهم - بما هم متديّنون ملتزمون بأحكام الشرع المقدّس - على سلوك معيّن، سواء كان هذا السلوك متطابقاً مع الطبع العقلاني العامّ أم غير متطابق.

وهذه السيرة لكي تكون حجّة يمكن الاستدلال بها لإثبات الحكم الشرعي، لا بدّ أن يتوافر فيها شرطان:

**الشرط الأوّل:** إثبات معاصرتهما لزمان المعصوم عليه السلام، وأنّ لها امتداداً يتّصل بعصر الظهور، وذلك لأنّ الهدف من التمسك بهذه السيرة هو إثبات وجود دليل شرعيّ صادر من المعصوم عليه السلام لم يصل نصّه إلينا بواسطة الأخبار المنقولة عنه، وإنّما يكشف عنه السلوك العملي للمشرّعة، فإذا أثبتنا أنّ هذا السلوك متّصل زمنه بزمن المعصوم عليه السلام، ينتفي حينها احتمال تلقّيهم رأي الشارع بواسطة الحدس.

**الشرط الثاني:** ثبوت الموقف الملائم من الشارع تجاهها، الكاشف عن

(١) راجع: الظنّ، تقرير بحث السيّد كمال الحيدري، للشيخ محمود نعمة الجياشي، ص ٢٠٤.

إمضائه وقبوله لمضمونها.

• أمّا الشرط الأوّل فذكر أنّه يمكن إثبات المعاصرة في السيرة بأحد الطرق

التالية لا على سبيل الحصر:

**الطريق الأوّل:** أن يجعل نفس انعقاد السيرة وتطابق عمل المشرّعة بمضمونها دليلاً على أنّ هذه السيرة جذوراً تمتدّ إلى عصر الأئمة المعصومين عليهم السلام، فعلى سبيل المثال: لو فرض انعقاد السيرة عند المشرّعة على الإخفات في صلاة الظهر من يوم الجمعة، فإنّ نفس هذا التطابق في العمل في هذه السيرة يعدّ دليلاً على انعقادها هكذا في زمن المعصوم عليه السلام، وذلك لأنّه من المستبعد جداً - بل ممتنع عادة بحسب نظرية حساب الاحتمالات - أن يكون المشرّعة في زمن المعصوم ملتزمون بأمرٍ آخرٍ مخالف لهذه السيرة وهو الجهر في الصلاة، ويكون عملهم متطابقاً جيلاً بعد جيل، ثمّ فجأة ينقلب عملهم إلى الضدّ وهو الإخفات، فيثبت أنّ هذه السيرة كانت موجودة في عهد المعصوم عليه السلام.

ناقش الشهيد الصدر قدس سرّه في هذا الطريق، بأنّ هذا التحوّل المفاجئ في السيرة، وإن كان استبعاده بحساب الاحتمالات تامّاً إلاّ أنّ هذا الافتراض في كيفية تحوّل السيرة ليس هو الافتراض الوحيد في المقام، بل هناك افتراضات أخرى يمكن تصوّرها، كأن تكون السيرة قد تحوّلت إلى نقيضها بالتدرّج وخلال قرون متهادية حسب عوامل ساعدت على ذلك، فإنّ هذا الافتراض لا يمكن استبعاده بحساب الاحتمالات، وعليه فالواقع العملي الفعلي للسيرة لا يمكن بهذا الطريق إثبات معاصرته للمعصوم عليه السلام.

**الطريق الثاني:** إثبات معاصرة سيرة المشرّعة لزمن المعصوم عليه السلام بواسطة النقل والشهادات، من قبيل السيرة التي ينقلها الشيخ الطوسي في (العدة) من استقرار بناء أصحاب الأئمة والمشرّعة، جيلاً بعد جيل، على العمل بخبر الثقة في مقام أخذ أحكام دينهم، «والتساحات التي تثبت من قبل الناقلين

للإجماعات المنقولة لا تقدر في المقام لأنّها عادة إنّما كانت في مقام نقل فتاوى الأصحاب حيث كان يتسامح فيه، لا في مقام نقل التزام التشريع وسيرة أصحاب الأئمة فإنّه لم يثبت التسامح منهم في مقام نقلها فإنّه إخبار عن عمل خارجي لا عن مسألة علمية ليكتفى في تحصيل الموافق فيها على مجرد توفر الدليل واقتضائه لتلك الفتوى<sup>(١)</sup>.

**الطريق الثالث:** عندما تكون المسألة التي يُراد إثبات السيرة فيها عامّة البلوى بين الناس، وكان مخالفة السلوك الذي يراد إثبات انعقاد السيرة عليه ليس من الواضحات عند عامّة الناس وخصوص التشريع، فلو كانت السيرة المعاصرة للأئمة عليهم السلام تختلف عن سيرتهم اليوم مع كون خلافها ليس من الواضحات بحسب الفرض، وكونها ابتلائية، لكثير السؤال والجواب عنها على مستوى الروايات والأدلة الشرعية. فعدم وصول أسئلة وأجوبة في المقام يكشف عن أنّ سيرتهم اليوم هي نفسها التي كانت في أيام الأئمة عليهم السلام. هذه هي بعض الطرق التي يمكن فيها إثبات معاصرة سيرة التشريع لعهد الأئمة عليهم السلام، وهذا كلّه بالنسبة إلى الشرط الأوّل.

• أمّا الشرط الثاني وهو كون هذه السيرة مرضية عند الشارع، فيثبت من نفس السيرة، لأنّ دلالتها على قبول الشارع لمضمونها تشبه دلالة البرهان الآني في كشف المعلول عن علته، حيث إنّ كلامنا عن التشريع من المتديّنين والفقهاء المعاصرين للأئمة عليهم السلام، الذين أُتيحت لهم فرصة تلقي الأحكام والمعارف الشرعية عن طريق الحسّ أو القريب من الحسّ، حيث إنّ معرفة الحكم كان عن طريق سؤال الإمام المعصوم مباشرة أو بواسطة قريبة بحيث

(١) بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للسيّد محمود الشاهرودي، ج ٤ ص ٢٣٩-٢٤٠.

تصل إلى درجة يكون الاطلاع فيها على الحكم حسياً أو قريباً منه.  
 فحينئذ لو فرضنا أن هؤلاء المتديين كانوا يسلكون سلوكاً عملياً غير متوافق  
 مع الشرع، فلكي لا يصطدم هذا الفرض مع كونهم متشرعة ومتديين، لابد أن  
 يكون سلوكهم هذا ناشئاً من الغفلة، فالمتشرع غفل مثلاً عن السؤال والفحص عن  
 الحكم الشرعي فأقدم على مخالفته، أو أنه فحص لكنه غفل عن استيفاء الفحص  
 المطلوب، أو أنه فحص واستوفى لكنه غفل عن فهم خطاب المعصوم كما ينبغي.  
 وهذه الغفلات كلها وإن كانت في نفسها محتملة في كل شخص شخص، إلا  
 أن القول «أنهم جميعاً قد غفلوا عن حكم المسألة شرعاً وانساقوا وراء طباعهم  
 العقلية من دون سؤال واستفسار أو تفهم للموقف الشرعي ولو روحاً في مسألة  
 داخلية في محل ابتلائهم كثيراً، منفي أيضاً بحساب الاحتمالات»<sup>(١)</sup>.  
 إذن، تطابق آراء الأصحاب والمتشرعة المعاصرين لزم الأئمة عليهم السلام  
 كاشف عن أن سلوكهم وموقفهم العملي كان على وفق حكم تلقوه من الشارع.

### أقسام سيرة المتشرعة

يمكن أن نقسم سيرة المتشرعة بحسب منشأ السلوك العملي الجاري فيها إلى  
 قسمين:

**الأول:** سيرة المتشرعة بالمعنى الأخص، التي يكون فيها تشريعهم حيثية  
 تعليلية للسيرة، فالمتشرعة فيها لكونهم متشرعة سلكوا هذا السلوك، من قبيل  
 سيرتهم على الجهر في صلاة الظهر من يوم الجمعة لو فرضت.

**الثاني:** سيرة المتشرعة بالمعنى الأعم، وهي السيرة التي مارسها بالفعل  
 المتديون المتشروعون وجروا عليها، بقطع النظر عن الحيثية التعليلية، أي: سواء

(١) بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيد محمد باقر الصدر، للسيد محمود الشاهرودي،  
 ج ٤ ص ٢٤٨.

كنا نجزم أنهم جروا عليها بما هم متشرعة أو أنهم جروا عليها بحسب مقتضى طبعهم، من قبيل سيرة أصحاب الأئمة عليهم السلام على العمل بأخبار الثقات خارجاً من دون أن نجزم أن عملهم هذا هل هو بلحاظ تشرعهم وتلقيهم ذلك من المعصومين، أو أنه من باب عقلائية هذا المطلب في حد نفسه.

وكلا هذين القسمين لسيرة المتشرعة حجة بملاك كشف المعلول عن علته، فالنزعة العقلائية وإن كانت تقتضي الجري على طبقها في القسم الثاني، إلا أن المتشرعة لا تعتبر كونهم متشرعين ومتدينين وملتزمين بأحكام الدين فاحتمال أنهم جميعاً قد غفلوا عن حكم المسألة شرعاً وانساقوا وراء طباعهم العقلائية من دون سؤال واستفسار من المعصوم، مع كون المسألة ابتلائية، يمكن نفيه بحساب الاحتمالات<sup>(١)</sup>، غاية الأمر أن السيرة في القسم الأول أقوى دلالة من القسم الثاني؛

(١) حاول بعض المحققين التشكيك في نتيجة حساب الاحتمالات هنا ذاهباً إلى أن هذا البيان (لا يتم إذا كان ذلك الارتكاز أمراً راسخاً في الطبع العقلائي، بحيث قد تقع الغفلة لدى الجميع عن السؤال عن الموقف الشرعي، أو يوجب تحيّل موافقة الشارع له، فالسيرة المتشرعية بهذا المعنى أيضاً تحتاج إلى عدم الردع)، ثم يرتب عليه أن (الانصاف أن المعنى الثاني لا تكون كاشفيته بملاك كشف المعلول عن علته؛ لاحتمال أن تكون علته الارتكاز العقلائي).

ويرد عليه: أن ما افترضه في الإشكال يمكن نفيه بحساب الاحتمالات أيضاً كما هو واضح، فمن البعيد جداً أن يتباني الأصحاب على سيرة معينة أمام مرأى ومسمع من المعصوم وتكون سيرتهم هذه مخالفة للشارع دون أن ينبههم المعصوم على خطئهم، فالأمر الثاني وهو إمضاء الشارع للسيرة مطلوب كما أوضحنا، سواء كان في المعنى الأول أو الثاني للسيرة، لكن المدعى أن نفس تحقق السيرة يكفي في الكشف عن الإمضاء كشف المعلول عن العلة، والغريب أن المستشكل اعترف بذلك بقوله: «نعم يمكن إثبات الإمضاء وعدم الردع في هذا النحو من السيرة من نفس تحققها، إذ لو كان هناك ردع، لم تتحقق السيرة المتشرعية، وكان عملهم على الخلاف؛ لكونهم متشرعة ملتزمين بأحكام

على اعتبار أنه لا يحتمل فيه أن يكون ناشئاً من الطبع العقلاني، بينما القسم الثاني يحتمل نشوؤه من ذلك، ولأجله كانت دلالة عمل الأصحاب على الجهر في الصلاة أقوى من سيرتهم على العمل بأخبار الثقات في الكشف عن الحكم الشرعي<sup>(١)</sup>.

### الأمر الثالث: سيرة العقلاء ومناطق حجيتها

المقصود بها السيرة العقلانية بمعناها الأخص، وهو تعارف العقلاء بما هم عقلاء فيما بينهم وتبانيهم على سلوك معين في شأن من الشؤون، وهذا السلوك إما أن يكون ناشئاً من نكتة عقلانية مرتكزة في جبلتهم - وإن لم تكن متبلورة في الخارج - بحيث من شذ عن هذا السلوك يكون مستحقاً للنقد والتوبيخ، أو أن يكون هذا السلوك ناشئاً اتفاقاً ولأغراض شخصية وغير مستندة إلى نكتة عقلانية ارتكازية لكنها أوجدت حالة عامة تستوجب استظهار أو حدس صدور ذلك السلوك عن كل أحد، والخروج عن مقتضى هذا السلوك لا يكون

---

الشارع فلا يحتاج في مقام إثبات عدم الردع إلى الشرطية الثانية». وبقليل من التأمل يتضح أن ما ذكره السيد الشهيد الصدر في الشرط الأول لإثبات الأمر الثاني في سيرة العقلاء هو نفسه المأخوذ في إثبات الأمر الثاني في سيرة المشرعة، والذي ينتج عنه أن يكون تحقق نفس السيرة كافياً في إثبات الحكم الشرعي، فما ذكره المستشكل بعد ذلك بقوله: «إن سيرة المشرعة بالمعنى الأخص لا يحتاج إلى الأمر الثاني، والسيرة المشرعية بالمعنى الثاني يحتاج إلى الأمر الثاني ولكن خصوص الشرطية الأولى منه» غير سديد ولا يمكن أن يشكّل مؤاخذه على أستاذنا الشهيد الصدر قدس سره. (راجع: أضواء وآراء، السيد محمود الشاهرودي، ج ٢ ص ٤٠٥. بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيد محمد باقر الصدر، للسيد محمود الشاهرودي، ج ٤ ص ٢٣٨-٢٤٣).

(١) راجع: بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيد محمد باقر الصدر، للسيد محمود الشاهرودي، ج ٤ ص ٢٤٧-٢٤٨. بحوث في علم الأصول (مباحث الحجج والأصول العملية)، تقرير بحث السيد محمد باقر الصدر، للشيخ حسن عبد الساتر، ج ٩ ص ٢٣٨-٢٤١.

مستحقاً للنقد والتوبيخ واللوم؛ لعدم استناده إلى نكتة عقلائية عامة.  
ولكي تكون سيرة العقلاء هذه لها الصلاحية للدليلية على الحكم الشرعي،  
لابد من توافر شرطين:

الشرط الأول: إثبات معاصرتها لزمن المعصوم عليه السلام.

الشرط الثاني: إثبات امضاء وقبول المعصوم لها.

أما بالنسبة للشرط الأول فقد يقال: «إنه لماذا يحرص الفقهاء في الاستدلال  
بمثل هذه الأدلة اللبية على التمسك بالسيرة العقلائية القديمة دون السيرة  
العقلائية المستحدثة مع أن وضع العقلاء في تقدّم ونضج وتزايد خبراتهم  
الفكرية والاجتماعية والقانونية، فلا يتمسك مثلاً بالارتكاز العقلائي الحديث  
الذي يرى في بعض الاختصاصات المعنوية حقوقاً كحقّ التأليف والنشر على  
حدّ الاختصاصات المادية الساذجة المتمثلة في الحياة مثلاً»<sup>(١)</sup>.

بعبارة أخرى: من الواضح أن السيرة العقلائية كلّما كانت معاصرة  
ومستجدّة، كانت أكثر نضجاً وتكاملاً من السيرة العقلائية القديمة، فلماذا لا  
تكون هذه السيرة العقلائية المعاصرة هي الحجّة؟ فعلى سبيل المثال: توجد الآن  
سيرة عند العقلاء بأنّ للمؤلف حقّاً خاصاً في التأليف فلا يحقّ لغيره أن ينشر  
كتابه إلاّ باذنه، وهذه السيرة قطعاً لم تكن موجودة في السابق، فلماذا لا تكون  
هذه السيرة المستجدّة الناشئة من تكامل الوعي العقلائي حجّة؟!

أجاب عن ذلك الشهيد الصدر بأنّ «هذا الكلام إنّما يصحّ فيما إذا كان  
الاستدلال بالسيرة العقلائية بما هي سيرة للعقلاء ومتابعة لهم لا بما هي كاشفة  
عن موقف الشارع، وقد عرفت أنّ الذي يفيد في مجال استنباط الحكم الشرعي هو

---

(١) بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للسيّد محمود الشاهرودي،



الثاني لا الأول، وهو موقوف على معاصرة السيرة زماناً لعصر الشريعة<sup>(١)</sup>.  
إذن، فمعاصرة السيرة العقلانية للمعصوم عليه السلام هو الذي يعطيها  
الدليلية والكاشفية على الحكم الشرعي، فلا بد من إثبات تلك المعاصرة.  
ومن الطرق التي يمكن فيها إثبات معاصرة السيرة العقلانية لعهد  
المعصومين عليهم السلام:

الطريق الأول: استقراء الحالات الاجتماعية المختلفة لمجتمعات متعددة.  
فلو وجدناها متطابقة على شيء واحد، نعمم الحكم على جميع المجتمعات  
العقلانية، حتى المعاصرة لزمان المعصوم عليه السلام.  
والنكتة في ذلك: تطبيق حساب الاحتمالات في الاستقراء للانتقال من  
الأحكام الجزئية إلى نتيجة وحكم عام، فحينما نستقرئ حال قطعة من الحديد  
ونجدها تتمدد بالحرارة، ثم نجد هذا الأمر يتكرر في القطعة الثانية والثالثة  
والرابعة وهكذا، نعمم الحكم عندئذ بأن كل قطع الحديد في العالم يتمدد  
بالحرارة، فهكذا الحال في استقراء المجتمعات.

ولكن الشهيد الصدر قدس سره يشكك هنا في النتيجة التي نحصل عليها  
من تطبيق حساب الاحتمالات في المجتمعات، وذلك «لأننا بهذا الاستقراء  
نلاحظ المجتمعات المعاصرة، بينما يراد التعميم إلى مجتمع يفصلنا عنه زمان  
طويل بما كان يحتويه من أحداث وظروف ووقائع، ومثل هذا التعميم متعذر  
بحسب قواعد حساب الاحتمالات غالباً؛ لأن التعميم إنما يصح فيما إذا لم تحتل  
نكتة وخصوصية في حالة معينة تميزها عن غيرها من الحالات، وهذا الاحتمال  
ثابت هنا بعد أن علم إجمالاً بتغير الأوضاع الاجتماعية في الجملة عما كانت عليه

---

(١) بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيد محمد باقر الصدر، للسيد محمود الشاهرودي،  
ج ٤ ص ٢٣٧.

في الأزمنة السابقة، وعدم ثباتها جميعاً على ما كانت عليه؛ نتيجة طرؤ عوامل مختلفة يُحتمل تحقق بعضها بالنسبة إلى تلك السيرة<sup>(١)</sup>.

لكنّ الانصاف أنّ ما علمنا به إجمالاً من تبدل سلوكيّات المجتمعات تبعاً للظروف التي تمرّ بها على مرور الزمن وإن كان يمكن تطبيقه على كلّ مجتمع مجتمع بشكل منفرد وشخصيّ، إلا أنّ وجود مجتمعات متعدّدة تشترك فيما بينها على سلوك معيّن برغم اختلافها في طبيعتها وخصوصيّاتها ومركزاتها، يكشف بشكل قويّ - تبعاً لحساب الاحتمالات وتراكم الظنون - على تجذّر هذا السلوك في المجتمعات الإنسانيّة وعدم تبدّلها على مرّ العصور.

**الطريق الثاني:** لو لم تكن السيرة العقلانيّة القائمة فعلاً الآن معاصرة لزمن المعصومين عليهم السلام لكان لما يُراد إثبات انعقاد السيرة عليه بديل، فإذا كان هذا البديل ظاهرة مهمّة وغير مألوفة، فمن البعيد جداً أن تمرّ من دون التفات إليه وتسجيل له.

فمثلاً: السيرة العقلانيّة المنعقدة في عصرنا الحالي هو الأخذ بظواهر الكلام، فإذا لم تكن هذه السيرة قائمة في عهد المعصوم عليه السلام لكان هناك بديل لها، وهذا البديل المفترض لا بدّ أن يكون ظاهرة اجتماعيّة غير مألوفة وغريبة على الطباع العقلانيّة النوعيّة، فلا يمكن أن تمرّ من دون أن تصل إلينا آثارها، فإنّ ما هو أقلّ أهميّة من هذه الظاهرة الاجتماعيّة قد وصل إلينا أثره، وحيث إنّ هذا البديل لم تصل إلينا رائحة منه فهذا يكشف أنّه لم يكن هناك بديل من الأساس، فيثبت المطلوب وهو معاصرة السيرة لزمن المعصوم عليه السلام.

**الطريق الثالث:** إثبات معاصرة السيرة العقلانيّة لعصر المعصوم بالنقل

---

(١) بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للسيّد محمود الشاهرودي، ج ٤ ص ٢٤٠.

والشهادات، من خلال ما أثبتته المؤرخون وعلماء الاجتماع وغيرهم، إضافة إلى ما يكشف من الروايات من طبيعة السير العقلانية التي كانت قائمة في عصر الأئمة المعصومين عليهم السلام.

وأما الشرط الثاني وهو إثبات قبول المعصوم وإمضائه للسيرة العقلانية، فما أوضحناه في سيرة المتشركة من كونها بنفسها كاشفة كشفاً إنياً عن تلقّيها من المعصوم وقبوله لها لا يأتي هنا، لأن السلوك في السيرة العقلانية لا ينحصر سببه بتلقّيهِ من الشارع، بل قد يكون سببه تلك المرتكزات العقلانية التي قد تكون من الشدة بمكان بحيث تسيطر على الأفراد وتتحكم بسلوكهم في الخارج، ويكون هناك جري لا شعوري عندهم على طبق تلك المرتكزات، ومن هنا كان لا بد لإثبات حجّة السيرة العقلانية من الاستعانة بقضيتين شرطيتين:

الأولى: أن الشارع لو لم يمرض هذه السيرة لردع عنها.

الثانية: أنه لو ردع عنها لوصل إلينا.

وبما أنه لم يصل إلينا الردع يثبت عدم الردع، وهو كاشف عن الإمضاء بحكم الشرطية الأولى.

### كاشفية عدم الردع عن الإمضاء

إن كاشفية عدم الردع للسيرة المعاصرة للمعصوم عليه السلام عن الإمضاء إما أن يكون من باب الدلالة العقلية، بملاك استحالة نقض الغرض، بتقريب: أن الإمام المعصوم عليه السلام أمين في أداء الرسالة وبيان أحكامها، فإذا انعقدت السيرة العقلانية على أمر معين، وافترضنا أن هذا الأمر كان مخالفاً للشرع، ويشكل خطراً على أغراض الشارع، فحينئذ لا بد للمعصوم بحكم كونه حجّة على العباد في تبليغ الشريعة، من بيان وتوضيح ذلك للناس، وإلا فإنه لو سكت عن هذه المخالفة، كان بذلك مخالفاً لمسؤوليته بما هو مكلف (بالفتح)،

وناقضاً لغرضه بما هو مكلف (بالكسر)، وكلاهما مستحيل في حقه، فيكشف سكوته - مع عدم وجود محذور من البيان - عن الإمضاء.

وإما أن تكون كاشفية عدم الردع عن الإمضاء من باب الدلالة الحالية، بتقريب أن سكوت المعصوم عن موقف عقلائي عام يقع أمامه، مع كونه مكلفاً بتبليغ الشريعة وتوضيح الأحكام للمكلفين، ظهور حالي في أنه موافق عليه، نظير سكوت الأب عن تصرف معين من ابنه، الكاشف عن رضاه به.

### الملازمة بين الردع والوصول

أما الملازمة بين الردع والوصول فقد يقال: إنه لا ملازمة بين ردع الشارع ووصول الردع إلينا، فقد يكون الشارع قد ردع فعلاً إلا أنه لم يصلنا؛ لسبب من الأسباب كالضياع أو عدم التدوين أو غيرهما، فليس من الضروري أن يصل إلينا كل ما صدر من الشارع.

والجواب: إن عدم الملازمة بين الصدور والوصول من الأمور الواضحة جداً، التي لا تحتاج إلى برهان، فليست كل واقعة لابد أن تصل إلينا، لكن الردع عن كل سيرة، المقابل للسكوت عنها، يتحدد حجمه ومقداره بأهمية تلك السيرة. فمثلاً: لو تصرف شخص تصرفاً مخالفاً للموازين الشرعية بين يدي المعصوم عليه السلام، فردعه المعصوم عن ذلك، فهنا تصرف شخصي واحد في قبالة ردع واحد، ومثل هذا الردع قد لا يصل إلينا.

لكن لو فرضنا أن هذا التصرف المخالف للموازين مارسه أكثر الناس، وكان يتكرر كثيراً بحكم العادة، فالأمر سيختلف حينئذ، حيث إن الردع هنا لابد أن يكون قوياً ويتكرر من المعصوم كثيراً بما يتناسب مع قوة وحجم السيرة المردوع عنها، ليؤثر هذا الردع أثره في قلع مثل هذه السيرة من جذورها. وحينئذ، فإن هذا الردع المتكرر والمركّز من المعصوم عليه السلام سيثير انتباه

المشرفة؛ فيؤدّي إلى كثرة الأسئلة قطعاً، وذلك يوجب كثرة الأجوبة، فتصبح قضية مثارة تتصاعد فيها البيانات والتوضيحات، وهذا سينعكس لا محالة في الروايات والآثار المنقولة عنهم، وبحساب الاحتمالات يكون من البعيد جداً أن تحتفي عنّا جميع هذه الردوع، مع توافر الدواعي على نقلها، لكونها قضية تأسيسية تغييرية تخالف الوضع العام السائد<sup>(١)</sup>.  
وعليه، فعدم وصول الردع دليل على عدم الردع.

### المقصود من عدم الوصول

يقصد من عدم وصول الردع: عدم مطلق الوصول، لا خصوص الوصول بخبر صحيح معتبر، فالوصول ولو بأخبار ضعيفة كافٍ في عدم تامة الاستدلال بالسيرة، فهنا توجد لدينا حالات ثلاث لا بدّ من التفريق بينها:  
الحالة الأولى: أن يصل الردع إلينا بطريق معتبر، فحينئذ لا إشكال في عدم حجّية السيرة لثبوت الردع عنها.

الحالة الثانية: أن لا يصل إلينا ردع أصلاً لا بطريق معتبر ولا بطريق ضعيف، فحينئذ لا إشكال في حجّية السيرة؛ لثبوت عدم الردع الكاشف عن الإمضاء.  
الحالة الثالثة: أن يصل الردع إلينا بطريق غير معتبر كأخبار ضعيفة السند، فحينئذ لا يثبت الدليل على الإمضاء، وذلك لأنّ العادة وحساب الاحتمال يقتضي أنّ الردع الصادر عن المعصوم عليه السلام لا بدّ أن يكون قوياً وبحجم كبير، ليتناسب مع قوّة السيرة المردوع عنها، فإذا كان الردع بهذا الحجم فمن البعيد أن لا يصل إلينا شيء منه، أمّا أنّه يجب أن يصل إلينا بأسانيد صحيحة فهذا غير لازم،

---

(١) راجع: بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للسيّد محمود الشاهرودي، ج ٤ ص ٢٤٣. بحوث في علم الأصول (مباحث الحجج والأصول العمليّة)، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للشيخ حسن عبد الساتر، ج ٩ ص ٢٢٠-٢٢٣.

فبحساب الاحتمال يكون حال الرواية الضعيفة حال الرواية المعتبرة، وعليه فمع ورود الردع ولو بطريق ضعيف لا يمكن معه أن نجزم بعدم ورود الردع، وإن كنا لا نجزم أيضاً بالردع، وهذا يكفي في إبطال حجّة السيرة<sup>(١)</sup>.

### الفرق بين سيرة المشرّعة وسيرة العقلاء

يتضح من مجموع ما تقدّم: أن هناك فرقين أساسيين تختلف فيهما سيرة المشرّعة عن السيرة العقلائيّة:

**الفرق الأوّل:** أن سيرة المشرّعة لكي يصحّ الاستدلال بها لا بدّ أولاً من إثبات استقرار بناء المشرّعة من أصحاب المعصوم عليه السلام على أمرٍ ما على نحو القضية الخارجيّة، لكي يستكشف منه الحكم الشرعي، بينما لا يشترط ذلك في سيرة العقلاء، بل يكفي فيها أن نثبت أن الطباع العقلائيّة لو خلّيت ونفسها، ولم يُردع عنها، لكان لها مقتضى الاستمرار في السير على هذه الطريقة.

فمجرد إحراز أن القضية طبيعيّة يكفي في أن يُترقّب من الشارع ردع عنها، على تقدير عدم رضاه، فلو لم يردع فالطباع تقتضي الاستمرار، وتثبت حينئذ موافقة الشارع لمضمون هذه السيرة العقلائيّة.

**الفرق الثاني:** لا معنى لاحتمال الردع في سيرة المشرّعة، لكونها كاشفة عن البيان الشرعي كشف المعلول عن علته، فسيرة المشرّعة المستكملة لشرطيّتها تكون هي بنفسها وليدة البيان الشرعي، وفرع إمضاء الشارع لها، فلا يعقل أن يحتمل فيها الردع، بينما في سيرة العقلاء لا يكون انعقادها معلولاً للشارع، وإنّما لقضيّة عقلائيّة يحتمل الردع عنها شرعاً.

هذا تمام الكلام في مقدّمات الاستدلال بالسيرة لإثبات مملكيّة المعاطاة.

(١) راجع: بحوث في علم الأصول (مباحث الحجج والأصول العمليّة)، تقرير بحث السيّد محمّد باقر الصدر، للشيخ حسن عبد الساتر، ج ٩ ص ٢٢٤.

## كيفية الاستدلال على مملكية المعاطاة

يقع البحث فعلاً في كيفية الاستدلال على المدعى، ويكون ضمن عدة مطالب:

### المطلب الأول: بيان الاستدلال بسيرة المشتري وسيرة العقلاء

ذكر الشيخ الأنصاري قدس سره أن أحد الوجوه التي استدلل بها على مملكية المعاطاة ونفوذها هو: السيرة، وأطلق في اللفظ، فيمكن ثبوتاً أن تتصور هذه السيرة المستدل بها في نحوين:

### النحو الأول: الاستدلال بسيرة المشتري

فالمشترعة من العلماء والصالحين وغيرهم بما هم مشترعة ومتدينون وملتزمون بأحكام الشريعة الإسلامية، يتعاملون مع البيع المعاطاتي منذ عهد النبي صلى الله عليه وآله والأئمة من أهل البيت عليهم السلام إلى عصرنا هذا معاملة الملك، فيجرون على المأخوذ بها كل ما يجري على البيع من العتق والبيع والوطة والإيصال والتوريث والهبة والوقف وغير ذلك من آثار الملك من دون توقّف، فيكون ذلك كاشفاً عن حكم الشارع بملكية المعاطاة.

قال السيّد اليزدي قدس سره: «من المعلوم أنّ المشتري من زمان النبي صلى الله عليه وآله إلى يومنا هذا يجرون أحكام البيع على المأخوذ بالمعاطاة، ولا يفرقون بينه وبين المأخوذ بالصيغة، ولعمري إنّه ممّا لا يقبل الإنكار... بل من المعلوم أنّ الأئمة وأصحابهم بل سائر الناس من العلماء والعوام كانوا يتصرفون في الهدايا والعطايا تصرف الملاك، ولم يُعهد من أحد منهم إجراء الصيغة فيها، مع أنّه لا فرق بينها وبين البيع بناءً على اعتبارها في الملكية، فتدبر»<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ الأراكي قدس سره: «إنّا نقطع بجريان سيرة المشتري وطريقة

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٦.

المتدينين بهذا الدين في جميع الأعصار والأمصارع، على عدم إجراء الصيغة في معاملاتهم اليومية، ويعاملون مع ما يصير بأيديهم بسببها معاملة الملكية، وهذا يكشف كشفاً قطعياً عن اطلاعهم على رضا الشارع الذي هو رئيسهم بهذا العمل»<sup>(١)</sup>.  
والقول بأن سيرة المشتري هذه وإن كانت ثابتة إلا أنها دليل لبي يكتفى في الاستدلال بها على القدر المتيقن، والقدر المتيقن منها هو صحة المعاطاة بمعنى جواز التصرف في المأخوذ بها بمختلف أنحاء التصرفات لا ثبوت الملك، ولا تلازم شرعي بين الأمرين، كما ذكر ذلك السيد اللاري قدس سره في تعليقه بقوله: «إن السيرة إنما هي على إباحة التصرفات المشتركة بين الملك وعدم الملك: من البيع والوطء والعنق والإيضاء، لا على ترتب الآثار المختصة بالملك: كالتوريث والتخمس والتزكية»<sup>(٢)</sup>.

أجاب عنه السيد الخميني قدس سره بقوله: «ولا يكون بناؤهم على صرف الإباحة، بل بناؤهم على الملكية، فلو قيل للمتدين المبالي بالديانة: (إن ما اشتريت من السوق ليس مالك، بل بقي على ملك السوق) لتعجب منه، ولرمى القائل بالانحراف والجفاف... فلا فرق لديهم بين إنشاء البيع بالصيغة وبين المعاطاة، في شيء من الآثار صحة ولزوماً»<sup>(٣)</sup>.

ولم نسمع أن أحداً من الأئمة المعصومين عليهم السلام أمر أحداً من شيعته في إجراء البيع بالصيغة، أو حكم بعدم صحة البيع المعاطاتي وأنه لا يملك، فهذه السيرة القطعية أكبر شاهد على أن المعاطاة تفيد الملكية<sup>(٤)</sup>.

(١) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٤١.

(٢) التعليقة على المكاسب، السيد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٣٣.

(٣) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٩٠.

(٤) راجع: تعليقة السيد الكلانتر على المكاسب، ج ٦ ص ١٠٦.



هذا مضافاً إلى أنّ بعض التصرفات الصادرة من المشرعة لا يمكن أن تتم بدون الملك فيها «كالحلف والإحلاف على الملك في مقام التداعي أو الدعوى والإنكار، وإقامة البيّنة على الملكية والقضاء بها، وعدم تكذيب المدعي للملكية، وكون التكذيب من مكذبه مستنكراً، إلا إذا استند تكذبه إلى اختلال شرط من شروط الصحة، وبهذا كله تندفع المناقشة فيها بأن أقصاها الكشف عن إباحة التصرفات»<sup>(١)</sup>.

إذن، دعوى أنّ المتيقن من هذه السيرة هو إباحة التصرفات لا الملكية، كلام لا يمكن المصير إليه.

وما قيل في الإيراد عليها من أنّنا كيف نثق بأن سيرتهم كانت سيرة لهم بما هم مشرعة، مع أنّهم في الوقت نفسه من العقلاء، فلعل سيرتهم كانت قائمة على الارتكازات العقلائية التي يمتلكونها بما هم عقلاء، فترجع سيرتهم إلى السيرة العقلائية، فيمكن رده بما ذكرناه في الأمور التمهيدية للاستدلال، حيث ذكرنا أنّ المشرعة باعتبار كونهم متدينين ملتزمين بأحكام الشارع المقدس، يكون احتمال استناد سلوكهم إلى طبعهم ومرتكزاتهم العقلائية في مسألة ابتلائية دون رجوعهم إلى المعصوم عليه السلام واستفسارهم منه وتحديد وظيفتهم الشرعية عن طريقه، مستبعداً ومنفياً بحساب الاحتمالات<sup>(٢)</sup>.

### النحو الثاني: الاستدلال بسيرة العقلاء

إنّ الاستدلال بالسيرة العقلائية على تحقّق الملكية في المعاطاة يتوقّف على أمور ثلاثة لا بدّ من إحرازها:  
الأمر الأوّل: ثبوت بناء العقلاء على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك.

(١) ينابيع الأحكام، السيّد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٤٩٧.

(٢) راجع: بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيّد محمد باقر الصدر، للسيّد محمود الشاهرودي، ج ٤ ص ٢٤٨.

الأمر الثاني: إحراز اتصال هذه السيرة بزمان الشارع وعدم كونها من السير العقلائية المستحدثة.

الأمر الثالث: إحراز عدم ردع الشارع عنها لكي يستكشف إمضاؤه لها. أما بالنسبة للأمر الأول فاستقرار سيرة العقلاء على ترتيب آثار الملك في المأخوذ بالمعاطاة وتصرفهم فيه بما يكون من شؤون سلطنة المالك على ملكه من جواز بيعه وعتقه والإيضاء به إلى الغير وتوريثه ونحو ذلك من التصرفات المتوقّف نفوذها على كونها صادرة من مالكةا خاصة أو من يقوم مقامه، لا يمكن إنكاره إلا مكابرة. إذن، فسيرة العقلاء المعاصرة قائمة على ثبوت الملكية للمعاطاة، ولكن هذا لوحده غير كافٍ، إذ لابدّ من إثبات معاصرتها للمعصوم عليه السلام، وهذا هو الأمر الثاني الذي يمكن إحرازه بالتقريب التالي:

لا إشكال ولا شبهة أنّ البشر في بداية تمدّنه وانتقاله من حالة الانفراد إلى حالة الاجتماع كانت حاجاتهم وغاياتهم يسيرة، ثمّ تطوّرت هذه الاحتياجات مع مرور الزمن فصاروا مضطّرين إلى إيقاع بعض المعاملات التي تنظّم حياتهم. وفي بداية الأمر لم تكن هناك ألفاظ خاصة يمكنهم من خلالها التعبير عن مطالبهم، ولذا كانت المعاطاة من أوضح صور معاملاتهم، التي يرتّبون عليها ملكيّتهم للأشياء، غاية الأمر أنّها بدأت بمبادلة الأجناس بالأجناس، ثمّ تطوّرت إلى النقود والأثمان، واستمرّت هكذا فلا تجد أمة تخلو منها<sup>(١)</sup>.

والمجتمع في عهد النبيّ صلّى الله عليه وآله والأئمة المعصومين عليهم السلام ليس بدعاً من باقي المجتمعات، فالمعاطاة الموجبة للتمليك والتملك لا بدّ وأنها كانت متعارفة في أسواقها أيضاً، إمّا بمقتضى تشابه المجتمعات والأزمنة وأعمال

(١) راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٨٩. كتاب البيع، السيّد مصطفى الخميني،

حساب الاحتمال في الاستقراء، أو بمقتضى عدم نقل بديل لها في كتب التاريخ. قال الميرزا النائيني قدس سره: «ويكفي أيضاً السيرة القطعية من زماننا هذا إلى زمان الخاتم، بل إلى هبوط آدم، على نبينا وآله وعليه السلام، فإن الناس يعاملون في المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك»<sup>(١)</sup>.

وقال أيضاً: «أما اتصاها بزمان المعصوم فللقطع بقيام هذه المعاملات في تلك الأعصار بل في الأعصار السابقة عليها بحيث يقطع بأن بناءهم في المعاملات الواقعة منهم في الأسواق لم تكن على إجراء الصيغة وإيقاع الإيجاب والقبول اللفظيين»<sup>(٢)</sup>. إذن، فالسيرة العقلية القائمة اليوم على ملكية المعاطاة هي نفسها التي كانت قائمة في زمن المعصومين عليهم السلام، بل منذ قديم الزمان.

وأما بالنسبة للأمر الثالث، فبعد ثبوت استمرار السيرة، يكفي في إحراز إمضاء الشارع لها عدم ثبوت الردع «فلو كانت غير صحيحة لدى الشارع، أو غير مفيدة للملكية - مع بناء العقلاء عليها، ومعاملة الملكية مع المأخوذ بها مطلقاً - لكان عليهم البيان القابل للردع، ومعه كان اشتهاه كالشمس في رائعة النهار؛ لأن ردعها موجب لتغيير أسواق المسلمين في المعاملات كما هو واضح»<sup>(٣)</sup>.

ولذا يقول الأخوند الخراساني قدس سره: «وأما سيرة العقلاء بما هم عقلاء فلا شبهة فيها ولا ريب يعترها حيث استقرت طريقتهم على ذلك من غير اختصاص بأهل ملّة ونحلة، ولم يردع عنها صاحب شريعة؛ حيث لو ردع لشاع نقله وذاع؛ لتواتر الدواعي في مثل هذه المسألة إليه»<sup>(٤)</sup>.

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٤.

(٢) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الآملي، ج ١ ص ١٣٠.

(٣) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٨٩.

(٤) حاشية كتاب المكاسب، الأخوند الخراساني، ص ٢٨.

ويقول الميرزا النائيني قدس سرّه: «وأما اطلاعهم عليهم السلام على ذلك عادة فللقطع بكون معاملاتهم الصادرة عن عبيدهم كانت كذلك، وأما عدم ردعهم فهو أيضاً معلوم، كما أنّ إمكان ردعهم أيضاً ظاهر، حيث لم يكن الردع عنها ممّا يضادّ مع سلطنة مخالفيهم لكي يتركوه تقيّة، وبالجملة فملاك الحجية فيها موجود قطعاً ولا يمكن إنكاره»<sup>(١)</sup>.

كما ذكر السيّد الخوئي قدس سرّه: أنّ «هذه السيرة كانت بمرأى من النبيّ صلى الله عليه وآله والأئمة الأطهار سلام الله عليهم أجمعين، ومع ذلك لم يردعوا عنها، وهو يكشف عن رضاهم بها كشفاً قطعياً، إذ لولا رضاهم بها لردعوا عنها، كغيرها من السيرات العقلية التي ردع عنها الشارع في موارد كثيرة»<sup>(٢)</sup>.

وأوضح السيّد الخميني قدس سرّه ثبوت عدم ردع المعصوم عليه السلام عن هذه السيرة بما لا مزيد عليه، حيث قال: «وممّا لا ينبغي الذهول عنه: أنّ المعاملات والعقود الشائعة بين المسلمين في زمان النبيّ الأكرم صلى الله عليه وآله ونزول الوحي لو كان للشارع المقدّس طريق خاصّ في إجرائها وتنفيذها لاشتهر وبان، فكان عليه أن يردع عن أيّ نهج مخالف له، ولشاع نقله ونقضه بغير واحد من الألفاظ، فيردع عمّا استقرّت عليه سيرتهم؛ لتوافر الدواعي إلى مثله، ثمّ لا بدّ أن يصل الردّ والنقض إلينا بوضوح، بأن يكون بلسانٍ لا ذع بيّن، لأنّ المرء قد يشتري في اليوم واللييلة عشر مرّات أو عشرين مرّة، فلو كان الشارع المقدّس قد ردع عن هذه السيرة لانقلب سوق المسلمين ولنقل هذا الأمر وشاع، ولا يكفي صدور رواية واحدة يحتمل معها صدور الردع عنها؛ لعدم كفاية مثلها

(١) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الأملي، ج ١ ص ١٣٠.  
 (٢) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٥.

في الردع المطلوب، كما أتضح أن المعاطاة إن لم تكن مفيدة للملكية عند الشارع لما قام للمسلمين سوق ولاختل نظامهم، مع أن الشارع لا يمكن له أن يعمل على إيجاد الخلل في سوق المسلمين قطعاً<sup>(١)</sup>.

إذن، فمع إحراز هذه الأمور الثلاثة لسيرة العقلاء يثبت لها اقتضاء دلالتها على الحكم الشرعي المطلوب، وهو إفادة المعاطاة الملكية، نعم هناك إشكال في تحقق الأمر الثالث للسيرة يأتي بحثه إن شاء الله تعالى.

### إشكال وجواب

يبقى الكلام في الإشكال الذي أشرنا إليه في سيرة المنتشرة، وهو أن هذه السيرة وإن كنا نقطع بثبوتها إلا أن أقصى ما تدل عليه هو جواز التصرف المالك، ولا ملازمة بينها وبين الملكية الشرعية.

قال الميرزا النائيني قدس سره: «نعم يمكن أن يقال: إن السيرة قائمة على صحة التصرفات المتوقفة على الملك، وهي تنفع لنفي القول بفساد المعاطاة، لكنها لا تثبت الملكية؛ إذ القائل بالإباحة أيضاً قائل بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، غاية الأمر أنه يلتزم بتحقيق الملك أنا ما قبل وقوع التصرف فليس صحة التصرفات كاشفة عن كون المعاطاة مفيدة للملك لا الإباحة وليس للسيرة لسان تنادي بإفادتها الملكية أو الإباحة، بل الثابت بها إنما هو مجرد صحة التصرفات وهي أعم من الملك وتجتمع مع الإباحة، فلا يمكن التمسك بها لإثبات الملك وإن كان يصح التمسك بها في نفي الفساد»<sup>(٢)</sup>.

ثم أجاب قدس سره عن الإشكال بما حاصله: أن التسليط الخارجي في المعاطاة يمكن أن يكون مصداقاً للبيع، ويمكن أن يكون مصداقاً للإباحة،

(١) كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٦٤.

(٢) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للأمل، ج ١ ص ١٣٠.

فيكون بمنزلة المادة المشتركة القابلة لأن تكون مصداقاً لكلا الأمرين، فلا تعيّن لأحدهما إلا من خلال القصد، فإن كان القصد الإباحة صار مصداقاً للإباحة، وإن كان القصد التملك صار مصداقاً للبيع، وعليه فالمعاطاة المقصود بها التملك تكون بيعاً عرفياً يترتب عليها آثار التملك<sup>(١)</sup>.

كما ذكر السيّد الخميني قدس سرّه جواباً آخر يرى فيه أنّ حمل تصرّفات العقلاء في المعاطاة على الإباحة إنّما هو ناشئ من الأبحاث العلميّة الدقيقة للفقهاء، فقال: «إنّ المعاطاة كانت وما زالت شائعة بين كافّة البشر من المسلمين وغيرهم، وجارية في سائر أنحاء العقود من البيع وغيره، فتقع عبر أسباب فعليّة، وتوجب التملك والتملّك، ولا نظر للعقلاء إلى إفادتها الإباحة أصلاً، وإنّما كان ذلك من ثمرات الأنظار الدقيقة لأساطين الفقه وبنات أفكارهم، مع أنّه لا شكّ في أنّهم كانوا يذهبون إلى السوق ويشترون كما نشترى نحن الآن، لا أنّهم كانوا يوقعون العقد بنحو آخر مخالف لما عليه سيرتنا اليوم»<sup>(٢)</sup>.

وذكر السيّد الميلاني قدس سرّه شاهداً ينفع للردّ عن الإشكال فقال: «وعلى الجملة، فإنّ العقلاء يتصرّفون بالتصرّفات المتوقّفة على الملك في المأخوذ بالمعاطاة المقصود بها التملك، مضموناً بالثمن المسمّى - لا بالمثل والقيمة - وليس ذلك إلا من جهة كونها بيعاً صحيحاً مملّكاً، والشارع كان يرى هذه السيرة ولم يردع عنها، فهي بيع مملّك»<sup>(٣)</sup>.

هذه هي أبرز الأجوبة التي ذكرها الأعلام في ردّ الإشكال.

(١) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للآمل، ج ١ ص ١٣١.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيّد محمّد الصدر، ج ١ ص ٦٣.

(٣) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦١.

محاضرات في فقه الإماميّة (كتاب البيع)، السيّد محمّد هادي الميلاني، ص ٦٣.

### المطلب الثاني: السيرة عقلائية لا مشرعية

اختلفت انظار المحققين في مقصود الشيخ الأعظم من السيرة التي استدل بها على إثبات حكم الملكية للمعاطاة المراد منها التمليك، فبعضهم - كالسيد اليزدي<sup>(١)</sup> - ذهب إلى أن مقصود الشيخ من هذه السيرة هي سيرة المشرعة، بينما ذهب آخرون إلى أن مقصوده سيرة العقلاء، وهذا الاختلاف راجع في حقيقته إلى ما فهموه من الإشكال الذي سيورده الشيخ الأعظم على الاستدلال بهذه السيرة<sup>(٢)</sup>، وكيفية كشفه عن مراده قدس سره منها، والذي سيأتي تفصيل البحث فيه لاحقاً. ولذا نجد السيد المروج قدس سره يقول: «والظاهر أن مقصود المصنف قدس سره من السيرة هنا هي السيرة العقلائية دون المشرعية، وذلك لما سيأتي منه في التشكيك في حجيتها بقوله: (فهي كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين..) ومن المعلوم أن سيرة المشرعة لا سبيل للطعن فيها بمثله، وإلا لم تكن سيرة المشرعة»<sup>(٣)</sup>.

ويقول أيضاً: «ولا يخفى أن الخدشة في السيرة بما في المتن ظاهر في أن السيرة المستدل بها على ملكية المعاطاة هي العقلائية لا المشرعية»<sup>(٤)</sup>.

لكن بعض الأعلام يرى أن الاستدلال بسيرة المشرعة لإثبات حكم ملكية المعاطاة ليست ممكنة وغير معقولة في حد ذاتها، لا من حيث الكبرى، وإنما من حيث تامة الصغرى، فالسيرة المشرعية ترجع حقيقتها إلى الإجماع العملي لدى المشرعة، الكاشف عن رأي صاحب الشريعة، من حيث كون المشرعة متدينين

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٣٦.

(٢) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٤٢.

(٣) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيد المروج الجزائري، ج ١ ص ٣٧٢.

(٤) المصدر نفسه: ج ١ ص ٤١٤.

ملتزمين بأحكام الدين، وهذه السيرة وإن قطعنا أنّها قائمة في عصرنا على ملكية المعاطاة، إلا أنه لا يمكن إثبات اتّصالها بعهد المعصومين عليهم السلام، لأنّ مشهور أعلام الطائفة وكبار فقهاءها - بل ادّعي إجماعهم - قبل المحقّق الثاني قدّس سرّه كانوا يفتون بعدم ملكية المعاطاة، كما هو ظاهر عباراتهم - التي استعرضها الشيخ الأعظم في المباحث السابقة - بل وصريح بعضها، فكيف يمكن مع هذه المخالفة القطعية لسيرة المتشرّعة في ذلك العصر إثبات اتّصال سيرتهم اليوم مع سيرتهم في زمن المعصوم عليه السلام؟!

هذا إضافة إلى أنّ سيرة المتشرّعة - على فرض ثبوتها - إنّما هي قائمة في الأمور اليسيرة، أمّا الأمور الخطيرة فسيرتهم عدم الاكتفاء بمجرد التعاطي والتراضي، بل ديدنهم في ذلك إجراء الصيغة اللفظية وغيرها من شرائط البيع. قال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «الظاهر عدم إمكان التمسك بسيرة المتشرّعة في المقام؛ وذلك لعدم إمكان إثبات اتّصالها بما هي سيرة المتشرّعة وكاشفة عن رضا الشارع إلى زمان المعصوم عليه السلام، كيف ومراجع التقليد من القدماء قبل المحقّق الثاني كانوا يفتون صريحاً بعدم إفادتها الملك»<sup>(١)</sup>.

وأضاف أيضاً: «إنّ السيرة لو قامت فإنّما هي في الأشياء اليسيرة، أمّا الأمور الخطيرة فلا يكتفون فيها بمجرد التراضي والمعاطاة، بل يجرون الصيغة وغيرها من شرائط البيع»<sup>(٢)</sup>.

كما يذهب إلى هذا الرأي أيضاً الشيخ الوحيد الخراساني، حيث يقول: «وفي ما نحن فيه فلا يعقل دعوى ثبوت السيرة المتشرّعية، مع أنّ المشتبه بين القدماء

(١) محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيّد الخوئي، للسيّد الشاهرودي، ج ٢ ص ٥٢.  
 (٢) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٥.



في المعاطاة إفادتها الإباحة، وعليه فلا وجه لدعوى ثبوتها ونسبتها إلى العلماء وغيرهم، والعجب من الشيخ والسيد - رحمهما الله - دعواهما ذلك في المقام، مع علمهما باشتهار الإباحة عند القدماء»<sup>(١)</sup>.

كما أن السيد الميلاني أشار إلى ذلك أيضاً بقوله عند بيان كيفية الاستدلال بسيرة المتشرعة على ملكية المعاطاة: «إلا أن الكلام في المقام في الصغرى»<sup>(٢)</sup>.

كما أشار إليه السيد اللاري قدس سره في تعليقه بقوله: «إن السيرة المذكورة على ترتب آثار الملكية على المعاطاة إنما تكشف عن رضا المعصوم لولا قيام الإجماع المتقدم على خلافه إلى زمان المحقق الثاني»<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فالسيرة التي يمكن أن يُستدل بها على الحكم بمملكية المعاطاة إنما هي سيرة العقلاء فقط - مع ثبوت عدم الردع عنها - دون سيرة المتشرعة.

### المطلب الثالث: الردع عن سيرة العقلاء

ذكرنا في المباحث السابقة أن السيرة العقلية لا تتم حجيتها إلا بثبوت أمرين:

الأول: إثبات كونها معاصرة لزمان الأئمة المعصومين عليهم السلام.

الثاني: إثبات إمضاء الشارع لها.

وذكرنا أن الشرط الثاني يمكن إحرازه بالاستعانة بقضيتين شرطيتين:

الأولى: أن الشارع لو لم يمض ويقبل هذه السيرة لردع عنها.

الثانية: أنه لو ردع عنها لوصل إلينا هذا الردع.

وبما أنه لم يصل إلينا ردع يثبت عدم الردع، الكاشف بدوره عن إمضاء

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٣٩.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦١.

(٣) التعليقة على المكاسب، السيد عبد الحسين اللاري، ج ١ ص ٣٣٣.

الشارع، فعدم الردع دليل عدم.

لكن هناك أمور يمكن أن نتصور كونها رادعة عن السيرة العقلائية في المقام؛ منها:

### ١ . النصوص الدالّة على أن لا بيع أو وقف أو وطاء أو عتق إلا في ملك

فهذه الأدلّة كافية في الردع عن السيرة بملكيّة المعاطاة بأحد بيانين:

البيان الأوّل: إنّ ثبوت المملكيّة للمعاطاة بهذه السيرة لا يكون إلا على وجه دائر. توضيح ذلك: إنّ الحكم بصحّة هذه التصرفات متوقّف على إحراز المملكيّة قبله، كما هو مقتضى هذه الأدلّة، والمفروض أنّ المملكيّة مستفادة من السيرة على التصرفات، فاستفادة المملكيّة من السيرة متأخر رتبة عن التصرف، فيكون الحكم بصحّة التصرف موقوف على ثبوت الملك، وثبوت الملك متوقّف على صحّة التصرف، وهذا دور واضح، إذن مع وجود هذه الأدلّة لا يمكن التمسك بالسيرة.

البيان الثاني: إنّ وجوب الردع من المعصوم عليه السلام لا يخلو إمّا أن يكون من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذا يستلزم أن يكون الردع والزجر عن العمل بالخصوص ولا يكتفى بالعمومات، أو يكون من باب الإرشاد إلى التكاليف الواجبة التي يكتفى بالعمومات ونحوها للإرشاد وبيان الأحكام الإلهية. وما نحن فيه إنّما هو من موارد الإرشاد التي تكفي فيه العمومات، فتكون الأدلّة الناهية عن العتق والبيع والوطء إلا في ملك إرشاداً إلى المنع عن نحو هذه التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة.

وأجيب عن هذه الرادعية بما يلي:

أولاً: إنّ ما دلّ على توقّف بعض التصرفات - كالبيع والعتق والوقف والوطء - على الملك مسوقة لإفادة الشرطيّة، بينما السيرة محقّقة لشرط صحّة التصرف وهو الملك، فلا تعارض بين تلك الأدلّة وهذه السيرة.

بعبارة أخرى: «إنّ تلك الأدلّة غير ناظرة إلى ما عليه السيرة من المعاطاة

لتصلح أن تكون ردعاً لهم بل ليست مسوقة إلا لإفادة مجرد الشرطية وبيان الحكم الكبروي، وأين ذلك من مفاد السيرة الذي هو من الحكم الصغروي وبمنزلة الموضوع من الكبرى»<sup>(١)</sup>.

قال السيد الميلاني قدس سره: «ولا يتوهم أن ما دلّ على أن لا بيع أو وقف أو وطء إلا في ملك رادع عن هذه السيرة، لأنّ تلك الأدلة متأخرة في الرتبة، لأنّها دلّت على المنع من تلك التصرفات إلا في الملك، والسيرة أفادت بأنّ هذا ملك، فليسا في مرتبة واحدة حتى تتحقّق الرادعية»<sup>(٢)</sup>.

وأشار إلى هذا الجواب أيضاً المحقّق الأصفهاني قدس سره بقوله: «لا يقال: أدلة توقّف البيع والعتق والوطء على الملك رادعة. لأنّنا نقول: ليست السيرة على جواز هذه التصرفات فيما لا يكون ملكاً وكان مباحاً محضاً، بل السيرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، فلا ينافي توقّف تلك التصرفات شرعاً على الملك»<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: لا نسلم أنّ وجوب الردع في المقام من باب الإرشاد، بل هو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فالردع الذي يعتبر عدمه كاشفاً عن إمضاء العمل إنّما هو الردع عن خصوص ما عليه العمل والسيرة، «ولذا لا يكتفي في ردع من شرب الخمر - مثلاً - بعمومات الكتاب والسنة الدالّة على حرمة بل يجب ردعه وزجره عنه بالخصوص إن جوّز عليه الارتداع، مع أنّ العمومات أظهر دلالة في المنع عن العمل الشخصي من تلك الأدلة في مورد المعاطاة فكيف تصلح أن تكون رادعة عنه»<sup>(٤)</sup>.

(١) بلغة الفقيه، السيد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١١١.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦٢.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٥.

(٤) بلغة الفقيه، السيد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١١٠.

ولذا يقول المحقق الأصفهاني قدس سره: «نعم، لو دلّ الدليل على عدم جواز التصرفات المزبورة في المأخوذ بالمعاطاة أو حصر الملك في السبب القولي كان رادعاً، وأتى للخصم بإثباته»<sup>(١)</sup>.

كما نبه عليه السيّد الميلاني قدس سره بقوله: «نعم لو قام الدليل على عدم جواز التصرفات الملكيّة في المأخوذ بالمعاطاة، كأن يدلّ على أنّ المأخوذ بها لا يُباع، أو قام على اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين في حصول الملك، بأن يدلّ على أن لا بيع إلاّ بالإيجاب والقبول، لكان رادعاً عن السيرة، لكنّ المفروض عدم وجود دليل كذلك»<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: لو تنزّلنا وقلنا أنّ وجوب الردع في المقام من باب الإرشاد، فالعمومات وإن كانت كافية للإرشاد والمنع عن العمل غير المرضي عند الشارع، إلاّ أنّ الكلام في صلاحية العمومات المذكورة للإرشاد على المنع عمّا عليه السيرة من إفادة المعاطاة الملكيّة، وذلك لعدم الجزم بعدم ثبوت الملكيّة بالمعاطاة، لأنّه كما يحتمل عدم تحقّق الملك بالمعاطاة يحتمل تحقّقه بذلك أيضاً. فقوله: «لا وطاء إلاّ في ملك» يحتمل أن يكون رادعاً عن المعاطاة ويحتمل أيضاً أن لا يكون كذلك؛ لتحقّق شرط الوطاء وهو الملك. ومع قيام الاحتمالين كيف يمكن أن يقال: إنّ هذه العمومات كافية في الردع؟!!

بعبارة أخرى: «مع التنزّل، لنا أن نمنع كفاية ذلك للإرشاد بعد قيام احتمال تحقّق الملك بالمعاطاة على حسب معتقدهم لكونه بيعاً عرفياً، فيكون السكوت عن ردعهم حينئذ لتحقّق الشرط، وبعبارة أخرى: السكوت عن ردع مَنْ أعتق المأخوذ بالمعاطاة كما يحتمل أن يكون للاكتفاء عنه بقوله (لا عتق إلاّ في ملك)

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٥.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦٢.

يحتمل أيضاً أن يكون لتحقق شرط العتق وهو الملك، ومع قيام الاحتمالين يكون مجملاً لا يصلح للإرشاد والبيانية<sup>(١)</sup>.

رابعاً: إن الردع بهذه العمومات لا يكون إلا على وجه دائر، لأنه يتوقف على عدم حجية السيرة القائمة على ملكية المعاطاة وجواز التصرف، وعدم حجية السيرة متوقف على ثبوت الردع الحاصل بها.

## ٢. دليل الاستصحاب

قد يقال: إن عموم دليل الاستصحاب الذي يقتضي لزوم الجري العملي على وفق الحالة السابقة وعدم نقضه بالشك في قوله عليه السلام: «لا تنقض اليقين أبداً بالشك»<sup>(٢)</sup> كافٍ في الردع عن سيرة العقلاء بملكية المعاطاة، وذلك لأن العقلاء على الرغم من أنهم يعدّون الملكية من آثار المعاطاة، إلا أنه مع ذلك يبقى الشك في ثبوت هذه الملكية شرعاً، فيستصحب عدمها فيكون هذا الاستصحاب رادعاً عن السيرة ومسقطاً لكاشفيتها عن الحكم الشرعي.

وقد أجيب عن ذلك بأمر:

أولاً: إن الرادعية هنا لا تتصوّر إلا على نحو دائر، وذلك لأن «جريان قوله عليه السلام: (لا تنقض اليقين بالشك) يتوقف على أن لا تكون السيرة العملية القائمة على ملكية المعاطاة ممضاة شرعاً، وكونها غير ممضاة من الشارع يتوقف على جريان (لا تنقض)، وهذا دور، فالرادعية ممتنعة»<sup>(٣)</sup>.

بعبارة أخرى: ثبوت عموم القاعدة فرع عدم حجية السيرة، وعدم حجيتها فرع ثبوت القاعدة، وهذا دور، فلا يمكن للقاعدة أن تكون رادعة عن السيرة.

(١) بلغة الفقيه، السيّد محمّد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١١١.

(٢) وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١ ص ٢٤٥، أبواب نواقض الوضوء.

(٣) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦٢.

وما ذكر من إشكال نقضي مفاده (أن ثبوت حجية السيرة في المقام لا يكون إلا على وجه دائر أيضاً، إذ هي متوقفة على عدم رادعية (لا تنقض)، وعدم رادعيته متوقف على ثبوت حجية السيرة وهذا دور) غير تام؛ للفارق بين الحالتين، وذلك لأن «كون السيرة ممضاة غير موقوف على عدم جريان الاستصحاب، بل هو موقوف على عدم إحراز جريانه، لأن عدم إحراز الرادع كافٍ في الإمضاء، لكن جريان الاستصحاب لا يكفي فيه عدم إحراز الموضوع وهو الشك، وإحرازه منوط بكون السيرة ممضاة، فيلزم الدور هناك ولا يلزم هنا»<sup>(١)</sup>.

ومنه يظهر عدم تمامية ما ذكره بعض المحققين من «أن إثبات حجية السيرة لا يكون إلا على وجه دائر، لأن حجيتها مشروطة بعدم العموم، فإثبات عدم العموم بها دوري»<sup>(٢)</sup>، فالمناط في حجية السيرة عدم إحراز العموم لا عدم العموم.

ثانياً: إن جريان قاعدة الاستصحاب يتوقف على تحقق ركنيه من اليقين السابق والشك اللاحق، ومن الواضح أن معاملة العقلاء المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك إنما هو لبنائهم عليها وجزمهم بها، وليس لديهم أدنى شك في ذلك، فالمقتضي لرادعية الاستصحاب غير متحقق.

بعبارة أخرى: «يمكن المنع عن قابلية أخبار (لا تنقض) للردع من جهة أن القائلين بالملك ليسوا على الشك حتى يمكن أن يكون في الأخبار المثبتة لحكم الشك ردعاً لهم، بل هم بانون على الملك جازمون عليه، فليس فيما بين فيه حكم الشك ردعاً عنهم»<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: إن هذه السيرة بعد فرض إحرازها فعلاً واتصالها بعهد المعصومين

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦٣.

(٢) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣٩.

(٣) المصدر نفسه، ج ٢ ص ٣٩.

عليهم السلام وكونها من المرتكزات العقلانية الراسخة والجارية على مرّ العصور، لا بدّ أن يكون الرادع لها متناسباً معها في القوّة، وروايات الاستصحاب باعتبار كونها أخبار آحاد فإنّها ليست بتلك القوّة التي تؤهلها لردع مثل هذه السيرة. قال الشيخ الوحيد الخراساني: «إنّ مثل هذا الدليل المتضمّن لمناقشات داخلية فيه لا يصلح أن يكون رادعاً عن مثل هذه السيرة المرتكزة عند العقلاء، ولو احتمالاً، وقد ثبت في الأصول ضرورة تساوي قوّة الرادع والمردوع، أي: يجب أن يكون دليل الردع من حيث القوّة متناسباً مع الدليل المرذوع، وإلاّ لزم نقض الغرض من الردع الذي هو المنع عن هذه السيرة، فلا يمكن ردع مثل هذه السيرة القويّة برادع ضعيف كالاستصحاب»<sup>(١)</sup>.

رابعاً: رادعية الاستصحاب عن هذه السيرة على فرض تماميتها إنّما تعتمد على حجّية الاستصحاب وجريانه في العدم الأزلي، وهو محلّ كلام بين الأعلام. خامساً: إنّ رادعية الاستصحاب عن هذه السيرة على فرض تماميتها أيضاً تعتمد على حجّية الاستصحاب وجريانه في الشبهات الحكمية الكلية، وهو محلّ كلام كذلك بين الأعلام.

سادساً: إنّ رادعية الاستصحاب عن هذه السيرة على فرض تماميتها تعتمد على اندراج الحكم الوضعي في عموم دليل الاستصحاب، وهو محلّ كلام أيضاً بين الأعلام.

سابعاً: إنّ سيرة العقلاء بملكية المعاطة معتزدة بأدلة أخرى من الكتاب والسنة يكون الاستصحاب عاجزاً معها عن صلاحيته للردع عنها.

ولذا يقول السيّد الميلاني: «إنّ قوله عليه السلام: (لا تنقض اليقين بالشك) من الظواهر، وحجّية الظواهر ثابتة بالسيرة العقلانية، فلا مدرك لحجّية دليل

(١) العقد النضيد، ج ١ ص ٢٤٣-٢٤٤.

الاستصحاب إلا السيرة، بخلاف المقام، حيث يوجد الدليل غير السيرة أيضاً<sup>(١)</sup>.  
 ثامناً: إنَّ السيرة لكونها دليلاً اجتهادياً تكون مقدّمةً على دليل الاستصحاب،  
 من باب تقدّم الأمارات على الأصول العمليّة بالورود كما هو مختار الآخوند  
 الخراساني قدّس سرّه<sup>(٢)</sup>، أو بالحكومة كما هو مختار الشيخ الأعظم<sup>(٣)</sup> والمحقّق  
 العراقي<sup>(٤)</sup> والسيد الخوئي<sup>(٥)</sup> والسيد الخميني<sup>(٦)</sup> قدّس سرّهم، أو بالأخصّية النصّية  
 كما هو مختار الشهيد الصدر قدّس سرّه<sup>(٧)</sup>، وتفصيل الكلام في ذلك موكول إلى محلّه  
 في علم الأصول<sup>(٨)</sup>.

تاسعاً: قد يقال إنَّ مقتضى الاستصحاب إثبات الملكيّة للمعاطاة، فتكون  
 مؤيّدة للسيرة لا رادعة عنها، فلو فرضنا أنّ المعاطاة قبل الشرع كانت سبباً  
 للملكيّة، وبعد الشرع نشكّ في بقائها على السببيّة أو زوالها عنها، نستصحب بقاء  
 السببيّة، فتكون القاعدة مقرّرة للسيرة<sup>(٩)</sup>.

- 
- (١) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمّد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦٣.  
 (٢) راجع: كفاية الأصول، الآخوند الخراساني، ص ٤٢٩.  
 (٣) راجع: فرائد الأصول، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٣١٣.  
 (٤) راجع: نهاية الأفكار، تقرير بحث المحقّق العراقي، للسيد البروجردي، ج ٤ ق ٢ ص ١٨.  
 (٥) راجع: مصباح الأصول، تقرير بحث السيد الخوئي، للسيد محمّد سرور الواعظ الحسيني  
 البهسودي، ج ٣ ص ٢٥٠.  
 (٦) راجع: الرسائل، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٤٢.  
 (٧) راجع: بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيد محمّد باقر الصدر، للسيد محمّد  
 الشاهرودي، ج ٦ ص ٣٥٠.  
 (٨) راجع: شرح الحلقة الثالثة (الأصول العمليّة)، من أبحاث المرجع الديني السيد كمال  
 الحيدري، بقلم: الشيخ علي حمود العبادي، ج ٦ ص ٩٤-١٠٦.  
 (٩) راجع: بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمّد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣٩.



### ٣. الإجماع والشهرة

قد يقال: إن الإجماع المدعى في كلمات بعض الأعلام - التي استعرض الشيخ الأعظم عباراتهم في المباحث السابقة - على نفي إفادة المعاطاة الملك الكاشف عن رأي الشارع، يعتبر رادعاً عن قيام السيرة العقلائية على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، ولا أقل من قيام الشهرة على نفي الملكية الكافي في ردع هذه السيرة. وأجيب عن ذلك بأمور:

أولاً: إن هذا الإجماع على فرض تحققه لا يمكن القطع بتعبديته وتحصيله على وجه يكون كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام، بل يحتمل فيه استناده إلى الروايات المشعرة باعتبار الصيغة اللفظية في البيع، كما سيأتي لاحقاً التعرض لها، فيكون حينها إجماعاً مدركياً لا أساس لحجّيته، كما ثبت في علم الأصول.

ولو نوقش في مدركية هذا الإجماع كما فعل الشيخ الوحيد الخراساني بقوله: «إنه يجب أن نعرف من هو مدعي الإجماع؟ والمدعي في المقام هما السيد ابن زهرة وابن إدريس الحلي رحمهما الله، ومذهبهما معروف في عدم احتجاجهما بأخبار الآحاد الصحاح فضلاً عن الضعيف، فلا يمكن ولا يعقل أن يكون مستند دعواهما الإجماع قوله: (إنما يحرم الكلام ويحلل الكلام)»<sup>(١)</sup>.

فلا أقل من عدم إمكان إنكار أن الإجماع المدعى منقول لا اعتبار له. قال السيد الخوئي: «لم يقدّم إجماع تعبدي على ذلك، غاية الأمر أنه نقل الإجماع عليه، وقد نقحنا في علم الأصول عدم حجّيته إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعين إلى رأي المعصوم عليه السلام، ومن المحتمل القريب أن يكون استنادهم في فتوَاهم بعدم لزوم البيع المعاطاتي إلى الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في البيع»<sup>(٢)</sup>.

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٢٤٢.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٥.

وذكر أيضاً: «وأما الإجماع فتحصيله على وجه يستكشف به رأي المعصوم عليه السلام جزماً ممتنع، وقد سلم المصنّف عدم تحقّقه على وجه يوجب القطع، إلاّ أنّه قدس سرّه ذكر أنّه مظنون قوياً، إلاّ أنّ الظنّ لا يغني عن الحقّ شيئاً... وأما الإجماع المنقول فهو ثابت جزماً ولكنه غير معتبر»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: عدم تحقّق الإجماع من الأعلام القدماء على نفي ملكيّة المعاطاة المقصود بها التمليك، ويشهد لذلك أمور:

١. ما نُسب إلى الشيخ المفيد قدس سرّه من القول بإفادة المعاطاة الملك اللازم كالبيع بالصيغة، فهذه النسبة - وإن كان فيها كلام - إلاّ أنّها مشعرة بعدم وجود إجماع عند الفقهاء على نفي الملك في ذلك العصر، خاصّة مع ذهاب العلامة الحليّ قدس سرّه في تذكرته إلى أنّ الحكم بالملكيّة كان قولاً معروفاً؛ حيث قال: «الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغة»<sup>(٢)</sup>.

٢. ما ذكره الشيخ الطوسي قدس سرّه في الخلاف من دليل لنفي ملكيّة المعاطاة، حيث قال: «دليلنا: أنّ العقد حكم شرعيّ، ولا دلالة في الشرع على وجوده هاهنا، فيجب أن لا يثبت»<sup>(٣)</sup>، فهذا شاهد على عدم وجود الإجماع على نفي الملك في عصره، وإلاّ لكان الأولى أن يستدلّ به لا بما ذكره، خاصّة وأنّ ديدن الشيخ الطوسي في كتابه (الخلاف) الإكثار من الاستدلال بإجماعات الطائفة.

قال السيّد الخميني قدس سرّه: «ثمّ إنّ الظاهر من استدلاله على مطلوبه؛ أي: عدم كونه بيعاً، بأنّ العقد حكم شرعيّ، ولا دلالة في الشرع على وجوده، وتخصيصه الإجماع بثبوت الإباحة عدم تحقّق الإجماع في الحكم الأوّل في عصره،

(١) محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشاهرودي، ج ٢ ص ٧٥.

(٢) تذكرة الفقهاء، العلامة الحليّ، ج ١٠ ص ٧.

(٣) الخلاف، الشيخ الطوسي، ج ٣ ص ٤١.

وإلا لاستدلّ به، لا يفقد الدليل؛ ضرورة أنّه مع وجود دليل قطعيّ كالإجماع، أو دليل لفظيّ من طريق أصحابنا على البطلان، لا معنى للتمسك بفقد الدليل للفساد، بل لو كان دليل على الفساد من طرق العامة لأشار إليه، كما هو دأبه، مع أنّ من سيرته في كتاب (الخلافة) التمسك بإجماع أصحابنا كلّما تحقّق، فعدم دعواه في خصوص هذا الكتاب دليل على عدمه»<sup>(١)</sup>.

٣. اختلاف الفقهاء في حكم المعاطاة إلى الأقوال الستة التي ذكرها الشيخ الأعظم شاهد على عدم وجود إجماع في البين.

٤. إنّ أعظم الأصحاب كابن إدريس والعلامة الحليّ قدّس سرهما وغيرهم لم يظهر منهم دعوى الإجماع.

٥. ادّعاء المحقّق الكركي قدّس سرّه أنّ المعروف بين الأصحاب كون المعاطاة بيعاً إلاّ أنّها ليست كالعقد في اللزوم، وهذا الكلام وإن كان للخذشة فيه مجال إلاّ أنّه مشعر بعدم وجود إجماع بين القدماء على نفي الملكية عن المعاطاة.

وعليه، فمن مجموع هذه القرائن يمكن استكشاف عدم وجود إجماع من الأصحاب على عدم ملكية المعاطاة، نعم هو الرأي المشهور بينهم.

«فالإنصاف: أنّ المسألة كانت من المسائل الاجتهادية منذ عصر المفيد والشيخ ومن تأخّر عنهم - قدّست أسرارهم - ولهذا تراهم يستدلّون عليها بالأدلة والأصول، كفقد الدليل على الصحة، وأصالة بقاء الملك، وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد، وأنّ الإيجاب والقبول ما حصللما حصل البيع، إلى غير ذلك»<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: إنّ الشهرة أيضاً لا يمكن أن تكون رادعة عن السيرة؛ وذلك لوجود

شهرتين:

(١) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٢٢٣.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ٢٢٤.

الأولى: قبل المحقق الكركي قدس سره القائمة على نفي الملكية عن المعاطاة.

والثانية: بعده القائمة على ثبوت الملكية للمعاطاة ولو متزلزلاً.

فلو كانت الشهرة الأولى كاشفة عن رأي المعصوم عليه السلام لما كان هناك

وجه للعدول عنها إلى الشهرة الثانية.

قال السيد الخوئي قدس سره: «أما الشهرة فكانت إلى زمان المحقق قدس

سره قائمة على عدم إفادتها الملك أصلاً ثم ذهب المشهور إلى إفادتها الملك الجائز،

فهناك شهرتان، إلا أننا قد بينا في بعض مباحث الأصول عدم حجية الشهرة،

وإلا لم يكن وجه للعدول عن شهرة القدماء إلى شهرة المتأخرين»<sup>(١)</sup>.

#### ٤. احتمال الردع

حيث يشترط في حجية السيرة إحراز عدم ردع المعصوم عليه السلام عنها،

ومع احتمال الردع - لأي سبب كان - لا يمكن معها إثبات حجيتها، فاحتمال

الردع كافٍ في الرادعية عن السيرة.

أجيب عن ذلك: بأننا لو شككنا في ثبوت الردع نستصحب عدمه<sup>(٢)</sup>،

فالأصل كافٍ في رفع هذا الاحتمال، وثبوت الحجية للسيرة.

لكن يمكن ردّ هذا الجواب بامتناعه لأنه من الأصل المثلث «لأن أصالة

عدم الردع إنما تكون مؤثرة فيما إذا كان الردع وعدمه موضوعاً للحكم الشرعي

فيفيد استصحاب عدم الردع، والمفروض عدم موضوعية عدم الردع شرعاً،

وإنما هو موضوع بعنوان الكشف عن إمضاء الشارع، والمطلوب إثبات إمضاء

الشارع الملكية الحاصلة من المعاطاة من حين صدور الفعل، وعدم الردع طريق

لإثبات هذا الإمضاء الشرعي، واستصحاب عدم الردع لأجل إثبات الإمضاء

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، لمحمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١٠٥.

(٢) راجع: المصدر نفسه، ج ٢ ص ١٠٥.

يعدّ مثبتاً وغير حجّة<sup>(١)</sup>.

والأولى في الجواب: أنّ هذا الاحتمال منفيّ بحساب الاحتمالات، وقد أوضحنا ذلك في مقدّمات الاستدلال بالسيرة، حيث ذكرنا أنّ الردع عن كلّ سيرة لا بدّ أن يكون متناسباً مع قوّة تلك السيرة وأهمّيّتها وشدّة ارتكازها عند العقلاء. فلو فرضنا أنّ السيرة كانت مخالفة للشرع ومارسها أكثر الناس، فلا بدّ أن يتكرّر الردع من المعصوم عليه السلام عنها بما يتوافق مع قوّتها، ومع تكرار الردع سيكثر السؤال والأخذ والردّ فيها، وتصبح قضيّة مثارة يبعد أن لا يصل إلينا شيء منها في الأثر، فعدم وصول الردع كافٍ للجزم واليقين بعدم صدوره.

### ٥. احتمال وجود المانع

قد يقال: إنّ لا كلام في ثبوت هذه السيرة للعقلاء واتّصالها بعهد المعصومين عليهم السلام، إلّا أنّنا لا نحرز عدم الردع لاحتمال وجود مانع يكون بسببه الشارع غير متمكّن من الردع.

وأجيب عنه بأنّ الأصل كافٍ في ردّ هذا الاحتمال، ولا مانع هنا من جريانه كما يجري فيما لو شكّ في وجود المانع دون أصل المقتضي، وهو من الأصول العقلائيّة ولا ينافي قطعيّة الكشف عن الإمضاء، وإلّا لو قلنا بعدم جريانه لم يبق مورد للتمسك بالسيرة، وهو كما ترى.

وعليه، فلا يعتنى بهذا الاحتمال كما لا يعتنى باحتمال كون سكوت المعصوم عن الردع لأجل توهم مصلحة اقتضت إخفاء الحكم الإلهي وتأخير بيانه<sup>(٢)</sup>.

### ٦. عدم الأثر العملي للردع

ثبت في محله في علم الأصول في مباحث السيرة أنّ عدم ردع المعصوم عليه

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد علي الأنصاري القمّي، ج ١ ص ٢٤٢.

(٢) راجع: بلغة الفقيه، السيّد محمّد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١١١-١١٢.

السلام عن السيرة العقلائية إن كان موجباً لامتداد السيرة في الشؤون الشرعية بما يؤدي إلى تعرض أغراض الشريعة للخطر، فيشير ذلك إلى أن عدم الردع كاشف عن الإمضاء، وأما لو كانت السيرة منافية لنظر الشارع إلا أن جريانها لا يشكل تهديداً للأغراض الشرعية، فلا يكون عدم الردع فيها كاشفاً ومعبراً عن الإمضاء، كما لو كان نظر الشارع في حالات التزاحم بين دفع المفسدة وجلب المصلحة على التخيير، وكانت السيرة العقلائية الجارية في ذلك على تقديم دفع المفسدة على جلب المصلحة، فعدم ردع الشارع في هذا الفرض لن يشكل خطراً على الشريعة، بعد كون الحكم الشرعي فيه هو التخيير.

وما نحن فيه من هذا القبيل، فالسيرة العقلائية وإن كانت قائمة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، إلا أن عدم ردع المعصوم عليه السلام عنها لا يثبت الحكم الشرعي بملكية المعاطاة، فلعل الحكم الشرعي الواقعي هو جواز مطلق التصرفات حتى المتوقعة على الملك فلا أثر عملي للردع.

ولذا قال بعض المحققين: «إن استدلل بالسيرة... ففيه... أنه إنما يكشف عن رأي المعصوم إذا كان عملهم على وجه لو كان مخالفاً للواقع وجب على الإمام ردعه، ومن المعلوم أن معاملة الملكية باعتقاد حصول الملك لا يجب الردع عنه إذا كان على تقدير عدمه أيضاً كان له حكم الملك، لعدم ترتب أثر عملي مخالف للواقع على معتقدتهم، فلا يكشف عدم الردع عنه عن كون اعتقادهم للملكية موافقاً لرأيه عليه السلام»<sup>(١)</sup>.

ويمكن جوابه: بأننا لا نسلّم بعدم وجود أثر عملي للردع، وذلك لاختلاف الآثار الشرعية المترتبة على القول بالملك والقول بالإباحة، كما في مسألة الضمان بالمسمى أو المثل والقيمة، وفي مسألة النماء وفي مسألة التصرفات المتوقعة على

(١) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣٨.

حصول الملك قبلها كالبيع مثلاً، فإنه بحسب القول بالإباحة يكون من البيع الفضولي الذي له أحكامه الشرعية الخاصة به، وغيرها من المسائل<sup>(١)</sup>.

هذا مضافاً إلى أن السيرة التي نبحت في حجيتها هي سيرة أكثر الناس في العصور المختلفة، ومنها عصر الأئمة المعصومين عليهم السلام، فلو كان الحكم الواقعي هو الإباحة وجواز التصرف، بينما سيرة الناس قائمة على الملك، مع تفاوت أغراض الشارع وملاكاته في الأحكام، يكون عدم الردع حينها تفويتاً لأغراض وملاكات الشارع، بل يكون أصل التشريع فيها لغواً.

ولذا قال صاحب العناوين السيد المراغي قدس سره: «لا يقال: إنها كانت تفيد إباحة التصرف وهو الأمر المهم المقصود منها فلا مانع حينئذ من عدم الردع عنها. لأننا نقول: بعد اطلاع المعصوم على أنهم يعتقدون الملك وينيون على ذلك، ولا ريب أن للملك أحكاماً شرعية تترتب عليه، فلو لم تكن هذه المعاملة مفيدة للملك فلا بد من بيانه عليه السلام لهم ذلك.

ولو اكتفى في عدم الردع بمجرد إفادة الإباحة لجرى نظير هذا الكلام في سائر العقود المملّكة أيضاً، لاحتمال أن يقال فيها أيضاً: بأنها تفيد الإباحة لا الملك، والتمسك في ذلك بالإجماع وغيره بعيد.

وبالجملة: فلا وجه لهذا الإيراد بعد ثبوت قصدهم التملك<sup>(٢)</sup>.

### النتيجة النهائية

إن جميع ما ذكر من أمور يتصور فيها الردع عن السيرة العقلية على ملكية المعاطاة لا اقتضاء فيها للردعية، ولذا يقول السيد الخميني قدس سره: «ولو حاول الشرع منع الناس عن أمر كهذا، لكان له أثر بالغ يذكره كل أحد، إذ يختل

(١) راجع: بلغة الفقيه، السيد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١١٢.

(٢) العناوين الفقهية، السيد المراغي، ج ٢ ص ١١٩-١٢٠.

لهم السوق، ويضطرب به الأمر، أيقصر هذا عن اليد التي جعلت أمانة على الملك بمثل هذا البيان؟! ولعل ما يستمر به من معاملة الصغار، يشابه ذلك أو يدانيه، فإنه ما زال الناس يبعثونهم إلى السوق، ويوسّطونهم في المعاملات، حتى يرى ذلك من الفقهاء أنفسهم»<sup>(١)</sup>.

نعم، يبقى الكلام في الروايات التي استدلت بها خصوم القائلين بملكيّة المعاطاة على عدم صحّة المعاطاة، وكونها رادعة عن سيرة العقلاء بالملكيّة كرواية «إنّما يحلّل الكلام ويحرم الكلام»<sup>(٢)</sup> التي سيأتي من الشيخ الأعظم التعرّض لها، وتحقيق الحال في مواعده إن شاء الله تعالى.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة وإن قصد المتعاطيان بها التملك». هذا شروع منه قدّس سرّه في الجهة الأولى من البحث عن حكم المعاطاة، وهي أنّ المعاطاة هل تفيد الملك أم لا؟ وقبل الدخول في الأدلّة التي أقيمت على الملكيّة، بدأ البحث بذكر ما هو المشهور بين الأصحاب في هذه الجهة، فنّه إلى أنّ المشهور هو أنّ المعاطاة المقصود منها التملك تفيد إباحة التصرف فقط دون الملك.

• قوله قدّس سرّه: «ولم يقتصر على ذلك حتّى نسبه إلى الأصحاب». أي: إنّ المحقّق الكركي قدّس سرّه لم يكتفِ بإبداع الرأي القائل بافادة المعاطاة الملك

(١) البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد حسن الظاهري الحرّم آبادي، ج ١ ص ١١٣.  
 (٢) علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن يحيى (أو خالد) بن الحجّاج، عن خالد بن نجيب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا؟ فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلّل الكلام ويحرم الكلام». (الكافي، الشيخ الكليني، ج ٥ ص ٢٠١).



الجائز وتشييد أركانه، وإثما نسب هذا الرأي إلى مشهور الأصحاب من خلال حملة الإباحة الواردة في كلماتهم على الملك الجائز، وذلك بقوله في جامع المقاصد: «المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم»<sup>(١)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «نعم ربّما يوهمه ظاهر عبارة التحرير». هذا استدراك على ما ذكره قدّس سرّه بقوله: «بل لم نجد قائلاً به إلى زمان المحقّق الثاني»، ومقصوده أنّ ما ذكره العلامة قدّس سرّه في التحرير يوهم ظاهره أنّه من القائلين بترتب الملك على المعاطاة، لذا فالأولى أن ينسب الرأي بإفادة المعاطاة الملك الجائز إلى العلامة لا إلى المحقّق الكركي قدّس سرّه.

ويظهر أنّه توجد في بعض نسخ كتاب المكاسب - كما يظهر من تعليقات بعض الأعلام - نسبة العبارة إلى كتاب السرائر لابن إدريس لا إلى (التحرير)<sup>(٢)</sup>.

لكنّ الصحيح بحسب النسخة المشهورة والعبارات المنقولة ومقتضى المقام من النقص والإبرام أن لا تكون العبارة التي استدرك بها الشيخ الأعظم الكلام من كتاب السرائر بل من تحرير الأحكام، ولذا نجد بعضهم علّق على العبارة الثانية التي نقلها الشيخ عن هديّة التحرير قائلاً: «والظاهر أنّ في العبارة تشويشاً فإمّا أن تكون الأخيرة من السرائر أو الأولى من التحرير فراجع»<sup>(٣)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «ولذا نسب ذلك إليه في المسالك». أي: لأجل الظهور المتوهم من عبارة التحرير نسب الشهيد الثاني قدّس سرّه القول بإفادة المعاطاة الملكية المتزلزلة إلى العلامة قدّس سرّه، حيث قال: «وعبارة العلامة في التحرير

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٢) راجع: تعليقة السيّد الكلاتر على المكاسب، ج ٦ ص ١٠٢. بلغة الطالب في شرح المكاسب، الشيخ محمّد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣٦.

(٣) بلغة الطالب في شرح المكاسب، الشيخ محمّد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٣٦.

كالصريحة في إفادة هذا المعنى»<sup>(١)</sup>.

• قوله قدّس سرّه: «وأما قوله: (والأقوى.. الخ) فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله والعامّة القائلين باللزوم». هذا جواب منه قدّس سرّه على إشكال مقدّر حاصله: أنّ تعبير العلامة بكلمة (الأقوى) في نفي اللزوم عن المعاطاة، مع كون المعاطاة بيعاً حقيقة، يظهر منه أنّ نفي اللزوم إنّما هو عن الملكيّة، وبالتالي إفادة المعاطاة الملكيّة الجائزة.

كما أنّ (الأقوى) إنّما هو في مقابل القول المنسوب إلى الشيخ المفيد وقول بعض العامّة ممن يرون أنّ المعاطاة مفيدة للملك اللازم كالبيع بالصيغة، فيناسب ذلك أن تكون الأقوائية المدّعاة من العلامة للملكيّة غير اللازمة.

يجيب الشيخ الأعظم قدّس سرّه في هذه الفقرة عن ذلك: أنّ الأقوائية هنا وإن كانت في مقابل قول الشيخ المفيد قدّس سرّه وبعض العامّة إلّا أنّها ناظرة إلى جهة اللزوم المدّعاة للمعاطاة، أمّا كونها مفيدة للجواز أم لا فهي ليست في مقام البيان من هذه الجهة.

• قوله قدّس سرّه: «وإطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، وإطلاق الفسخ على الردّ بهذا الاعتبار أيضاً وكذا اللزوم». هذا جواب منه قدّس سرّه على إشكال مقدّر أيضاً حاصله: أنّ العلامة قدّس سرّه استخدم في عبارته بعض الألفاظ التي لا تتناسب إلّا مع القول بالملك، فلفظ (المعاوضة) لا يستعمل إلّا في المبيعات التي فيها تمليك وتملك، ولفظ (الفسخ) لا يستعمل إلّا مع وجود الملك لأنّه فرع منه إذ لا فسخ إلّا في ملك، ولو كان المقصود الإباحة لكان المتعيّن أن يعبرّ بالردّ لا الفسخ، ولفظ (اللزوم) في قوله: «فإن تلفت لزمت» يظهر منه الجواز والتزلزل في الملك قبل التلف.

(١) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ٣ ص ١٤٨.

يجيب الشيخ الأعظم قدس سره عن جميع ذلك بجواب واحد وهو: أن هذه الألفاظ إنما استعملت للتناسب مع قصد المتعاطين من التملك والتملك في المعاطاة، فالتعبير بالمعاطاة لأن المعاملة بنظر المعطي والآخذ معاوضة وإن كانت في الواقع والخارج ليست معاوضة شرعية يلزم منها النقل والانتقال، والتعبير بالفسخ لأن كل واحد من المتعاطين قصده انتقال العين إلى الآخر على نحو التملك، فيكون التعبير بالفسخ لأجل هذا القصد، وكذا الأمر أيضاً بالنسبة إلى التعبير باللزوم.

• قوله قدس سره: «ويؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه». أي: يؤيد ما ذكره من إرادة الإباحة المجردة من الملك في عبارة التحرير ما ذكره العلامة في التحرير أيضاً في كتاب الهبة من كون مملكتها متوقفة على الإيجاب والقبول اللفظيين، وإلا فإنها مفيدة للإباحة المحضة.

ولعل الوجه في التعبير بالتأييد لأجل وجود تعبد في أحكام الهبة والهدية لا يوجد مثله في باب المعاطاة في البيع.

ولعل العدول من التأييد إلى الدلالة إنما هو ناظر إلى المنع عن مثل هذا التعبد، وأن الهدية والمعاطاة من باب واحد.

• قوله قدس سره: «وصرح بذلك أيضاً في الهدية». أي: صرح العلامة قدس سره بعدم استغناء الهدية عن الإيجاب والقبول اللفظيين في تحقق الملكية فيها، وحصول إباحة التصرف المجردة عن الملك بدونها كما في الهبة.

• قوله قدس سره: «وذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك ولا يخلو من قوة». هذه العبارة معطوفة على قوله قدس سره: «والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة»، ويشير فيها إلى القول المقابل لقول المشهور في حكم المعاطاة وهو أن المعاطاة مفيدة للملك.

ومن (الجماعة) من الفقهاء الذين تبعوا المحقق الكركي قدس سره في رأيه

٣٦٤ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

بملكية المعاطاة: المحقق النراقي في المستند<sup>(١)</sup>، والمحدث الكاشاني في المفاتيح<sup>(٢)</sup>،  
والمحدث البحراني في الحدائق<sup>(٣)</sup>، والمقدس الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان<sup>(٤)</sup>،  
والسيد المحدث الجزائري في شرحه على التهذيب المخطوط<sup>(٥)</sup>.

علماً أنّ هذا الرأي هو ما سيستقرّ عليه رأي الشيخ الأعظم من بين الأقوال  
التي تقدّم ذكرها.

وهذه العبارة وإن كان الظاهر منها بدواً الميل إلى ما اختاره المحقق الثاني من  
الملك المتزلزل، إلا أنّ مقصود الشيخ الأعظم منها فعلاً هو استعراض القول  
بأصل إفادة المعاطاة الملك، بغض النظر عن جوازه ولزومه، لا أنّ مقصوده  
تقوية خصوص الملك الجائر الذي أسسه وشيّد أركانه المحقق الكركي قدّس  
سرّه، بقرينة ذكره لأدلة ملكية المعاطاة، ثمّ ذكره بعد ذلك لأدلة اللزوم.

فلا منافاة بين قوله في هذه العبارة «ولا يخلو عن قوّة» وبين ما تقدّم منه في  
المباحث السابقة من مناقشة رأي المحقق الكركي.

• قوله قدّس سرّه: «وغير ذلك من آثار الملك». مثل الهبة وإخراجه في

الخمس والزكاة، والمصرف في الحجّ والصدّاق.

---

(١) راجع: مستند الشيعة، المحقق النراقي، ج ١٤ ص ٢٥١.

(٢) راجع: مفاتيح الشرائع، الفيض الكاشاني، ج ٣ ص ٤٨.

(٣) راجع: الحدائق الناضرة، المحقق البحراني، ج ١٨ ص ٣٥٠.

(٤) راجع: مجمع الفائدة، المقدّس الأردبيلي، ج ٨ ص ١٤٤.

(٥) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد محمّد جعفر المروّج، ج ١ ص ٦٧، نقلاً عن  
النسخة المخطوطة من كتاب غاية المرام في شرح تهذيب الأحكام، للمحدث الجزائري.

## الفصل الثالث

# أدلة ملكية المعاطاة / ٢. آية الحلّ

- بيان الاستدلال بالآية
- إشكالات الأعلام على الاستدلال بالآية
- آراء الفقهاء في المقصود بالحلية من الآية



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:  
ويدل عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ حيث إنه يدل  
على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع، بل قد يقال: بأن الآية دالة  
عرفاً بالمطابقة على صحة البيع، لا مجرد الحكم التكليفي. لكنه محل تأمل.  
وأما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة.  
وأما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً  
- كابن زهرة في الغنية - فمرادهم بالبيع: المعاملة اللازمة التي هي إحدى  
العقود، ولذا صرح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة  
البيع.  
ودعوى: (أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً)، قد عرفت الحال فيها.

## الشرح

الدليل الثاني الذي استدلّ به على صحّة المعاطاة وثبوت الملكيّة فيها هي الآية المعروفة بآية الحلّ، والبحث في الاستدلال بهذه الآية إنّما يكون مع قطع النظر عن الدليل الأوّل وهو السيرة، حيث يعامل كلّ دليل على نحو مستقلّ، فلو كنّا نحن وهذه الآية الكريمة ومع افتراض العلم بصحّة البيع بالصيغة، والشكّ في صحّة البيع بالفعل، فهل يمكن إثبات صحّة المعاطاة ومملكيتها بها أم لا؟ للإجابة عن ذلك يقع الكلام ضمن مباحث:

### المبحث الأوّل: بيان الاستدلال بالآية

استدلّ على إفادة المعاطاة الملكيّة - كالبيع بالصيغة - بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ في الآية الكريمة: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (البقرة: ٢٧٥).

ويتوقف الاستدلال بها في إثبات المطلوب على أمرين:

الأوّل: شمول موضوع الآية للمعاطاة.

الثاني: استفادة الملكيّة من الحكم بحلّية البيع في الآية.

أو قل: إنّ الاستدلال يتوقف على مقدّمتين، صغرى وجدانيّة وهي: (إنّ المعاطاة من أفراد البيع ومصاديقه)، وكبرى برهانيّة وهي: (كلّ بيع يفيد الملكيّة)، لتكون النتيجة: أنّ المعاطاة تفيد الملكيّة. لذا يقع الكلام في مطلبين:



## المطلب الأول: شمول موضوع الآية للمعاطاة

وإثبات ذلك يتوقف على أمور:

### ١. أن المعاطاة بيع عرفاً

لا إشكال ولا شبهة أن مفهوم البيع عرفاً يصدق على المعاطاة، وهذا من الواضحات الوجدانية الذي لا يكون الاعتراض عليه إلا مكابرة، فالعرف يرى أن المعاطاة بيع يحصل فيه النقل والانتقال، ولذا قال الميرزا النائيني قدس سره: «وكيف كان فممنع صدق البيع عليه مكابرة واضحة»<sup>(١)</sup>.

وقال أيضاً: «فالحق في المقام أن يقال: إن الفعل الواقع من المتعاطين بقصد التمليك والتملك مصداق للجدة الاعتبارية... فمنع صدق البيع عليه لا وجه له أصلاً»<sup>(٢)</sup>.

كما نبه عليه المحقق النراقي قدس سره بقوله: «إن من البدييات التي لا شك فيها: أن لفظي البيع والشراء مما يستعمله عامة الناس من أهل الأسواق والبوادي والخارجين عن شريعتنا - بل عن مطلق الشريعة - استعمالاً خارجاً عن حد الإحصاء، وليسوا شاكين في معناه، ولا مترددين، ولا محتاجين في فهمه إلى القرينة، فهذا يقول: بعت واشتريت، وذاك: أبيع وأشتري، وثالث: هل يبيع وهل يشتري، إلى غير ذلك، ويفهم المخاطب مراده من غير قرينة أصلاً، ولو لم يعلم القدر المجمع عليه شرعاً، ولم يفهم إجماعاً أو شرعاً، ولم تفرغ سمعه صيغة، فيقطع بذلك أن ما يتحقق به البيع عرفاً أمر مضبوط معلوم عند أهل العرف مع قطع النظر عن الشرع، وهو ما يدل عرفاً على نقل المالك ملكه به إلى آخر بعوض

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٤.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ١٢٥.

٣٧٠ .....بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

بقصد المبايعة، إذ عند حصول ذلك يستعمل لفظ البيع عندهم، ويتبادر عنه حصوله، ولا يجوزون سلب الاسم معه، سواء كان ذلك بقبض كل من العوضين وهو المسمّى بالمعاطاة، أو بقبض أحدهما مع ضمان الآخر، أو بألفاظ دالة على ذلك<sup>(١)</sup>، فالاستعمال والتبادر وعدم صحّة السلب كافية في إثبات فساد دعوى نفي البيع العرفي عن المعاطاة.

إذن فالعرف - العامّ منه والخاصّ - يتعاملون مع المعاطاة معاملة البيع في ترتيب آثار الملكيّة عليه، فهي بيع عرفي قطعاً.

## ٢. أنّ أسماء المعاملات موضوعة للأعمّ من الصحيح والفساد

ذكرنا في مباحث سابقة<sup>(٢)</sup> أنّ العلماء اختلفوا في مسألة وضع ألفاظ المعاملات للصحيح منها أو الأعمّ، إلى آراء ثلاثة:

الرأي الأوّل: أنّها موضوعة لخصوص الصحيح، ونسب السيّد اليزدي هذا الرأي إلى أكثر الفقهاء<sup>(٣)</sup>، وهو مختار المحقّق الحليّ<sup>(٤)</sup> والشهيد الأوّل<sup>(٥)</sup> والثاني<sup>(٦)</sup> قدس سرّهم.

الرأي الثاني: أنّ الوضع للأعمّ من الصحيح والفساد، فيطلق لفظ البيع على

(١) مستند الشيعة، المحقّق النراقي، ج ١٤ ص ٢٤٩.

(٢) راجع: بحوث في فقه عقد البيع، تقرير بحث المرجع الديني السيّد كمال الحيدري، للسيّد زيد البطاط، ص ٤٠١.

(٣) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣١٨.

(٤) راجع: شرائع الإسلام، المحقّق الحليّ، ج ٣ ص ٧١٨.

(٥) راجع: الدروس الشرعيّة في فقه الإماميّة، الشهيد الأوّل، ج ٢ ص ١٧٢. القواعد والفوائد، الشهيد الأوّل، ج ١ ص ١٥٨.

(٦) راجع: مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج ١١ ص ٢٦٣.

أدلة ملكية المعاطاة / ٢. آية الحل ..... ٣٧١

كلّ منهما - حتّى الفاسد بنظر العرف - حقيقة، واختار هذا الرأي السيّد اليزدي<sup>(١)</sup> والسيّد الخوئي<sup>(٢)</sup> قدّس سرّهما.

الرأي الثالث: أنّ مسألة الوضع للصحيح أو الأعم لا يأتي في ألفاظ المعاملات من الأساس، وذلك لأنّ ألفاظها موضوعة لمعانيها البسيطة المعلومة عند الجميع، التي لا يختلف فيها أحد، دون دخل للصحة والفساد فيها. وهذا الرأي هو مختار الميرزا النائيني<sup>(٣)</sup> قدّس سرّه.

هذا وقد رفض الشيخ الأعظم قدّس سرّه - كما مرّ سابقاً - أن تكون ألفاظ المعاملات موضوعة لخصوص الصحيح، مستشكلاً «بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، وإطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشكّ في اعتبار شيء فيها، مع أنّ سيرة علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات»<sup>(٤)</sup>.

بعبارة أخرى: إنّ القول بكون ألفاظ المعاملات موضوعة لخصوص الصحيح الشرعي دون الأعم، يلزم منه عدم التمكّن من التمسك بإطلاقات الأدلة عند الشكّ في اعتبار شرط أو جزء في البيع وسائر المعاملات، وهذا يؤدّي إلى إجمال هذه الإطلاقات، وهو منافٍ لسيرة الأصحاب في التمسك بالإطلاق في مثل هذه الحالة، كما هو واضح لمن كان له أدنى إلمام باستدلالات الفقهاء، وعليه فألفاظ المعاملات ليست موضوعة للصحيح بل للأعم منه ومن الفاسد.

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣١٥.

(٢) راجع: محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيّد الخوئي، للسيّد علي الشاهرودي، ج ٢ ص ٤٧.

(٣) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للآملي، ج ١ ص ١٠٩.

(٤) كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، ج ٣ ص ١٩.

ثمَّ إنَّه لا إشكال في أنَّ مفهوم البيع من حيث كونه مبادلة مال بمال لا يختلف فيه نظر الشرع عن نظر العرف، فالبيع كمفهوم هو واحد عندهما. نعم، الاختلاف بلحاظ الأسباب سبب للاختلاف في مصاديق البيع وآثاره عند الشرع والعرف. فالشارع قد يرى أنَّ العقد الكذائي صحيح، بينما العرف لا يراه كذلك وبالعكس. ومن الواضح أنَّ الاختلاف بلحاظ المصاديق والآثار والشرائط لا يلزم منه الاختلاف في مفهوم البيع وماهيته عندهما.

ولذا يقول الشيخ الأراكي قدس سره: «لا شكَّ في أنَّ لفظ البيع عند العرف والشرع والعقلاء اسم لمفهوم وجدائي، وهو المبادلة الواقعيَّة، الدائرة بين الوجود والعدم، وليس موضوعاً للمركَّب من الإيجاب والقبول، حتَّى يكون دائراً بين الجامع لجميع الشرائط فيتَّصف بالصحَّة، وفاقدتها فيتَّصف بالفساد. فمفهوم البيع عند الجميع متَّحد، والاختلاف بين العرف والشرع في بعض المقامات لا يرجع إلى الاختلاف في أصل المفهوم، بل راجع إلى اختلاف أنظاريهما في مقام تشخيص المصداق، بمعنى أنَّ العرف لخصَّة مرتبته ووضعه رتبته ربَّما يشتهه عليه الأمر فيرى غير ما هو الفرد للمبادلة فرداً لها، ولكنَّ الشارع لعلَّو رتبته وحدَّة نظره لا يرى إلاَّ الأفراد الحقيقيَّة لهذا المفهوم»<sup>(١)</sup>.

ولقد ثبت في محله أنَّ موضوعات الأحكام الشرعيَّة في الأدلَّة اللفظيَّة تحمل بحسب النظر العرفي لا بحسب النظر العقلي أو التدقيق الحُكْمِي، لأنَّ خطاب الشارع كخطاب العقلاء، فالشارع ليس لديه نهج خاصَّ في الكلام وإلقاء الألفاظ والمحاوورات العامَّة، وذلك لأنَّ غرض الشارع من تلك الخطابات إنَّما هو لتفهيم المخاطبين، فلو أنَّه تكلم بحسب نظره الشريف العالي مع علمه بقصور عقل المخاطبين وإدراكهم للزم منه نقض الغرض كما هو واضح.

(١) كتاب البيع، الشيخ محمَّد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٥.

إذن لفظ البيع الذي استعمله الشارع في خطابه في الآية الكريمة إنما يريد منه ما يفهمه العرف، لكن «لا لأن البيع مقيّد بالعرفي، بل لأن الشارع نزل نفسه منزلة واحد من أهل العرف فتكلم بلفظ البيع، فوقع نظره على المصاديق العرفية، سواء كانت حقيقية أم لا، فحكم عليها بالحلية، فيكون معنى كلامه أن كل ما كان عند العرف وفي نظرهم بيعاً فهو بيع ونافذ عندي، فيستفاد من الآية قاعدة ثانوية معمول بها في كل مورد علم كونه بيعاً عند العرف وشك في اعتبار أمر زائد في تأثيره عند الشرع، ومنه ما نحن فيه»<sup>(١)</sup>.

### ٣. الإجماع المدعى على نفي بيعية المعاطاة ينفيه شرعاً لا حقيقة

تقدم من الشيخ في المباحث السابقة استعراض جملة من كلمات الأعلام في المعاطاة، وتبين دعوى بعضهم تحقق الإجماع على نفي بيعية المعاطاة وعدم تأثيرها في إفادة الملكية، وهذا الإجماع بنفسه يشكّل مانعاً من اندراج المعاطاة في موضوع الآية الكريمة، فهو ينفي الموضوع ويؤدّي إلى خروج المعاطاة عن عموم الدليل. بعبارة أخرى: إن الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً يتنافى مع ما ادّعاه الشيخ الأعظم من صدق عنوان البيع عليها المتوقّف عليه التمسك بالآية الكريمة. لكنّ الشيخ قدس سرّه يرى أن هذا الإجماع - على فرض التسليم به وغض النظر عن الاشكالات المتقدمة عليه - يظهر منه نفي البيعية عن المعاطاة بما هي معاملة صحيحة مؤثّرة في إفادة الملك بالفعل، التي من أوصافها المعرفة لها أنّها لازمة بحسب اقتضاء ذاتها لو خلّيت ونفسها، ولو لم تكن لازمة بالفعل لأمر خارج عن ذاتها كالخيار مثلاً.

فلو كان مراد المجمعين نفي البيعية عن المعاطاة حقيقة، لأمكن أن يشكّل ذلك

(١) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٦.

مانعاً من شمول موضوع الآية للمعاطاة، وكان منافياً لما تمّ إثباته من صدق مفهوم البيع على المعاطاة، إلا أنّ الذي يظهر منهم نفي البيعة عنها صحّةً لا حقيقةً<sup>(١)</sup>.

فلا منافاة حينها بين هذا الإجماع الذي ينفي البيع عن المعاطاة وبين بناء العرف على إثباته لها، لأنّ نفي الصحّة غير نفي الحقيقة، فالمنفيّ في معقد إجماعهم هو البيع الصحيح الشرعي، بينما المثبت عند العرف هو البيع العرفي الحقيقي، فيتعدّد مورد النفي والإثبات، فيرتفع الإشكال.

والشاهد على ذلك ما ذكره السيّد ابن زهرة الحلبيّ قدّس سرّه - وهو من أبرز من ادّعى الإجماع على نفي بيعيّة المعاطاة - في الغنية حيث قال: «وأما شروطه فعلى ضربين: أحدهما شرائط صحّة انعقاده، والثاني شرائط لزومه، فالضرب الأوّل: ثبوت الولاية في المعقود عليه.. وأن يحصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري.. واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري.. واحترزاً.. عن القول بانعقاده بالمعاطاة... فإنّ ذلك ليس ببيعٍ وإنّما هو إباحة للتصرّف، يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه»<sup>(٢)</sup>.

فإنّ مقصود السيّد ابن زهرة من عدم بيعيّة المعاطاة عدمها شرعاً لا عرفاً وحقيقة، فإنّه قدّس سرّه لو كان مراده نفي البيعة حقيقة عن المعاطاة لكان المفروض أن يتمسك لهذا النفي بعدم الصدق العرفي الذي هو من قبيل عدم المقتضي لا التمسك له بالإجماع على اشتراط الإيجاب والقبول المفقودين في المعاطاة، الذي هو من قبيل المانع، وعليه فإنّ تمسكه قدّس سرّه بالإجماع دليل على كون الإيجاب والقبول من شرائط البيع الشرعيّة لا العرفيّة، فيكون صدق عنوان ومفهوم البيع على المعاطاة ممّا لا ينبغي التشكيك فيه.

(١) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ٥٧.

(٢) غنية النزوع، ابن زهرة الحلبي، ص ٢٠٧-٢١٤.

قال المحقق النراقي قدس سره: «وأما ما يظهر من بعضهم من الخلاف في تسمية المعاطاة بيعاً، وهو بين شك فيها وناف لها، بل عن الغنية الإجماع على العدم، وفي الروضة: اتفقهم على أنها ليست بيعاً، فالظاهر أن المراد: البيع الشرعي، أي: ما يوجب الانتقال شرعاً، حيث يزعم اشتراط صيغة خاصة وانعقاد الإجماع عليه»<sup>(١)</sup>.

ومن هذا البيان يتضح ضعف ما أفاده السيد الزيدي قدس سره من إشكال على الشيخ الأعظم بقوله: «لا يخفى أن في الغنية ذكر الإيجاب والقبول في عداد شرائط صحة البيع في مقابل شرائط اللزوم، فلا يصح حمل كلامه على إرادة المعاملة اللازمة»<sup>(٢)</sup>.

وإشكاله أيضاً أن ما ذكره الشيخ الأعظم من كلام السيد ابن زهرة إنما يفيد عكس مدعاه تماماً<sup>(٣)</sup>، باعتبار أن ظاهر عبارة الغنية عدم انعقاد البيع بالتعاطي لا مجرد عدم لزومه، فإن مقتضى شرطية الصيغة لانعقاد عدم بيعية المعاطاة حقيقة، ثم محاولة السيد الزيدي توجيه كلام الشيخ الأعظم بما هو خلاف الظاهر جداً. كما يتضح ضعف ما أفاده الآخوند الخراساني من إشكال تعليقا على عبارة الشيخ الأعظم: «فمراهم بالبيع: المعاملة اللازمة» بقوله: «بل المعاملة الشرعية، ولذا صرح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط الصحة لا اللزوم، فافهم»<sup>(٤)</sup>. وما أفاده السيد الحكيم قدس سره أيضاً بقوله: «وصريح العبارات المذكورة دعوى الإجماع على عدم انعقاد البيع بذلك لا عدم لزومه، كما اعترف المصنف

(١) مستند الشيعة، المحقق النراقي، ج ١٤ ص ٢٤٩.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيد الزيدي، ج ١ ص ٣٤٠.

(٣) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ٣٤٠.

(٤) حاشية المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٧.

(رحمه الله) بذلك في ذيل ما يتعلّق بنقل كلماتهم<sup>(١)</sup>.

فمقصود الشيخ الأنصاري قدّس سرّه من المعاملة اللازمة في عبارته: المعاملة البيعيّة الحاصلة بالمعاطاة المترتب عليها الأثر الشرعي من الملكيّة واللزوم، كيف وهو قد أشار مراراً إلى أنّ معقد الإجماع المدّعى إنّما هو على نفي البيعيّة المملّكة للمعاطاة، كما ذكر ذلك في مبحث تعريف البيع عند استعراضه للإشكالات الواردة على التعريف فقال: «ومنها: أنّه يشمل التمليك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل دعوى الإجماع على أنّها ليست بيعاً، وفيه ما سيجيء من كون المعاطاة بيعاً، وأنّ مراد النافين نفي صحّته»<sup>(٢)</sup>.

ولذا ذكر بعض المحقّقين المعاصرين أنّ كلام هؤلاء الأعلام إنّما هو غفلة منهم ناشئة من قلة التدبّر في كلام الشيخ الأعظم قدّس سرّه<sup>(٣)</sup>.  
إذن بعبارة أخيرة مختصرة نستطيع أن نقول: إنّ الإجماع في المعاطاة - على فرض التسليم بتحقيقه - إنّما هو منعقد على أنّ المعاطاة بيع فاسد لا أنّها ليست بيعاً.

#### اعتراض وجواب

قد يقال اعتراضاً على استشهاد الشيخ الأعظم بعبارة الغنية في إثبات أنّ مقصود الأصحاب من نفي البيع عندهم نفيه صحّة لا حقيقة: أنّ هذا إنّما يتمّ لو كان البيع الفاسد عندهم بيعاً، فيكشف ذلك على كون البيع موضوعاً للأعمّ من الصحيح والفساد، لكنّه ممنوع، فالبيع الفاسد عند فقهاءنا ليس مصداقاً للبيع من الأساس، فيكشف ذلك عن كون البيع موضوعاً للصحيح لا للأعمّ، ويترتب عليه أنّ ما هو شرط لصحّة البيع شرط لتحقيق مفهومه، فتصريح السيّد

(١) نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٢٨.

(٢) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ١٢.

(٣) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ٥٨.



ابن زهرة أنّ الإيجاب والقبول من شرائط الصحة لا يمكن أن يكون شاهداً على التصرف في كلماتهم، إذ إنّ نفي الصحة نفي للحقيقة، فلا بدّ من إبقاء كلامهم على ظاهره، ومعه لا يمكن التمسك بالآية كدليل على دعوى ملكية المعاطاة، إذ المفروض أنّها ليست بيعاً حقيقة.

قال السيّد اليزدي في تقريره للإشكال: «إنّ قولهم أنّ الإيجاب والقبول من شرائط الصحة، في قوّة القول بأنّهما من شرائط التحقّق؛ لأنّ البيع الفاسد ليس بيعاً عندهم، وحينئذ فمع الشكّ في الصحة لا يمكن التمسك بالعموم؛ لعدم إحرار الموضوع الذي هو البيع بعد فرض كونه إسماً للصحيح عندهم»<sup>(١)</sup>.  
أجاب الشيخ الأعظم عن ذلك بعبارته: «قد عرفت الحال فيها»، والتي يمكن إرجاعها إلى أحد وجهين:

الأوّل: ما ذكره (الشيخ الأنصاري) سابقاً من أنّ حقيقة البيع ليست إلّا إنشاء تمليك العين بالعوض<sup>(٢)</sup>، ولذا لم يؤخذ في تحقّق مفهومه قيد التعقّب بالقبول فضلاً عن الإيجاب والقبول<sup>(٣)</sup>، فالمعاملة البيعية وإن كانت فاسدة وغير صحيحة إلّا أنّ مفهوم البيع متحقّق فيها، وعليه يكون هذا الاعتراض خلاف التحقيق في معنى البيع.

الثاني: ما تقدّم نقله من الشيخ الأنصاري عن المحقّق الكركي في جامع المقاصد من قوله: «لأنّها بيع بالاتّفاق حتّى من القائلين بفسادها»<sup>(٤)</sup>، فدعوى أنّ البيع الفاسد ليس بيعاً عند أصحابنا، خلاف الواقع، بل هو بيع عندهم.

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد اليزدي، ج ١ ص ٣٤٠.

(٢) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ١٥.

(٣) راجع: المصدر نفسه، ج ٣ ص ١٧.

(٤) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

ثم إن هذا البيان المتقدم للأمر الثالث إنما يتم لو قلنا أن الاعتراض بالإجماع راجع إلى الخدشة في أصل صدق مفهوم البيع على المعاطاة، بأن يقال أن ما ذكره الشيخ الأنصاري من الصدق يتنافى مع الإجماع المدعى.

أما إذا كان الاعتراض راجعاً إلى الخدشة في ما سيذكره الشيخ قدس سره من الحكم بصحة المعاطاة بعد صدق عنوان البيع عليها بأن يقال: إن إجماع الغنية يتنافى مع ما سيذكره الشيخ الأعظم من دعوى الصحة بالعموم بعد الصدق، لكون هذا الإجماع في المعاطاة مخصصاً لعموم الصحة، فلا يمكن التخلص من هذا الاعتراض إلا من خلال الإشكال على تحقق هذا الإجماع في المعاطاة وثبوت حجتيه، بأن يقال: إنه إجماع منقول ثبت في محله عدم حجتيه، إضافة إلى كونه معارضاً بإجماع منقول من قبل المحقق الكركي قدس سره بدعواه «أن المعروف بين الأصحاب كون المعاطاة بيعاً»<sup>(١)</sup>.

قال السيد الزدي قدس سره: «هذا كله على أن حمل قوله (وأما دعوى الإجماع.. الخ) على إرادة الإشكال فيما ذكره من الصحة بعد صدق البيع، بأن يقال: إن إجماع الغنية منافٍ لما ذكرت من دعوى الصحة بالعموم بعد الصدق، بمعنى: أنه مخصص بالإجماع المذكور، ويمكن أن يكون المراد منه الخدشة في أصل الصدق بأن يقال: إن ما ذكرت من المصداق ينافية الإجماع المذكور، وعلى أي حال العبارة غير صافية عن الإشكال كما لا يخفى، فتدبر»<sup>(٢)</sup>.

وبهذا تم الكلام في المطلب الأول، واتضح فيه أن موضوع الآية - وهو البيع - شامل للمعاطاة، فتكون المعاطاة فرداً حقيقياً من أفراد البيع ومصاديقه.

(١) جامع المقاصد، المحقق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيد الزدي، ج ١ ص ٣٤١.

## المطلب الثاني: دلالة الحلّية على الملكية

بعد أن عرفنا أنّ المعاطاة يبيع عرفاً ومشمولاً في موضوع الآية الكريمة وهو البيع، يأتي البحث في كيفية استفادة الحكم بالملكية للمعاطاة من الآية، وهذا يتوقف على البحث في ما هو مراد الشارع من (الحلّ) في الآية، وكيفية دلالتها على الملكية. يمكن الاستدلال على ثبوت الملكية للمعاطاة من الآية الكريمة بأحد تقريبات ثلاثة:

### التقريب الأوّل: إثبات صحّة المعاطاة بالدلالة الالتزامية الشرعية

أي: دلالة الآية مطابقةً على الحكم التكليفي بإباحة جميع أنحاء التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، سواء كانت التصرفات المتوقّفة على الملك أو غيرها، وبالدلالة الالتزامية الشرعية تثبت صحّة المعاطاة وكونها مؤثّرة في النقل وحصول التمليك. ومن الواضح أنّ هذا التقريب للاستدلال يتوقّف على ثبوت أمور ثلاثة: الأوّل: إنّ المقصود من الحلّية في الآية هي الحلّية التكليفيّة بالدلالة المطابقة. الثاني: إنّ متعلّق الحكم بالحلّية راجع إلى (التصرفات) لا إلى نفس البيع. الثالث: إنّ حلّية جميع التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة يلزم منه شرعاً ثبوت الملك.

• أمّا الأمر الأوّل: فيمكن إثباته بالوجوه التالية:

الأوّل: الظهور الذاتي لكلمة (الحلّ) في الحكم التكليفي<sup>(١)</sup>.

الثاني: الظهور العرضي لكلمة (الحلّ) في الحكم التكليفي المؤكّد لظهورها الذاتي، وذلك لمكان المقابلة مع حرمة الربا الظاهرة في كونها تكليفيّة. قال السيّد الخوئي قدس سرّه: «ذكر المصنّف.. أنّ المراد من حلّية البيع في

---

(١) راجع: حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ٤٢. هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ٥٦.

الآية الكريمة إنّما هو الحلّية التكلّيفيّة؛ لمقابلتها مع حرمة الربا الظاهرة في الحرمة التكلّيفيّة»<sup>(١)</sup>.

• وأما الأمر الثاني: فيمكن إثباته بالوجه التالي:

الوجه الأوّل: أنّ الحكم التكلّيفي بالحلّية لا يمكن أن يتعلّق بذات البيع؛ لأنّه عبارة عن إنشاء تمليك عين بعوض، وهذا الإنشاء لا يتوهّم فيه غير الحلّ حتّى يحتاج إلى بيان؛ قال السيّد الخوئي: «من الواضح أنّ الحلّية التكلّيفيّة لا يصحّ تعلّقها بالبيع لأنّه إنشاء تمليك عين بهال، وحلّية ذلك لا تحتاج إلى البيان»<sup>(٢)</sup>.

وذكر أيضاً: «قد يجعل متعلّق التحليل في الآية التصرفات المترتبة على البيع كما صنعه المصنّف، لأنّه استظهر منه الحلّية التكلّيفيّة، وحيث لم يكن موهم لحرمة البيع تكلّيفاً حتّى إذا كان فاسداً ليصحّ التصريح بحلّيته، فالتزم بتعلّقه بالتصرفات واقعاً، وإنّما أسند إلى البيع لفظاً من باب المجاز في الإسناد؛ لأنّ البيع سبب لها، أو من باب الإضمار والمجاز في الحذف»<sup>(٣)</sup>.

وأشار المحقّق الإيرواني إلى هذا الوجه بقوله: «كأنّ الداعي إلى ارتكاب التقدير هو المحافظة على ظهور (أحلّ) في الحلّية التكلّيفيّة المؤكّد هذا الظهور بمقابلة (وحرّم الربا) فلمّا لم يكن معنى إباحة البيع لم يكن بدّ من تقدير التصرفات»<sup>(٤)</sup>.

الوجه الثاني: أنّ الآية واردة مورد الامتنان، ومن الواضح أنّ حلّية مجرد إنشاء البيع لا امتنان فيه، فلا بدّ لحصول الامتنان من جعل متعلّق الجعل التصرفات المترتبة على البيع.

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٨.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٨.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشاهرودي، ج ٢ ص ٥٣.

(٤) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤٢.

قال الشيخ الأراكي قدس سره: «فإن قلت: لا يناسب هذا المعنى لمقام الامتنان؛ إذ لا امتنان في إباحة مجرد إنشاء البيع، وإنما الامتنان في تجويز ما له دخل في نظام المعيشة وقضاء الحاجة، لا ما كان من قبيل الإنشاء المجرد. قلت: يمكن جعل هذا الذي ذكرت قرينة على إضمار لفظ الآثار في الآية، فيكون التقدير: أحل الله آثار البيع، فيرفع الإشكال»<sup>(١)</sup>.

الوجه الثالث: ما ذكره الشيخ الآخوند الخراساني من أن البيع بنفسه أمر غير اختياري؛ لكونه مترتباً على سببه بدون اختيار، فلا بد حينها من تعلق الحلية التكليفية بما يصح تعلقها به وهو التصرفات: والآثار؛ قال قدس سره: «والظاهر أن سبب التصرف فيها، وصرح الحكم بالحلية إلى التصرفات، عدم كون البيع بنفسه اختيارياً، لكونه مترتباً على سببه بلا اختيار»<sup>(٢)</sup>.

إلا أن تلميذه المحقق الأصفهاني لم يرتض هذا الوجه وناقش فيه بقوله: «إنه لا موهم لحرمة البيع لا بما هو عمل من الأعمال، ولا بما هو تسبب إلى الملك، فلذا تصدى قدس سره لصرح التحليل إلى الآثار، لا أن موجب الصرف توهم أن البيع بالحمل الشائع يترتب قهراً على سببه، فلا موقع لتحليله وتحريمه.. كما عن شيخنا الأستاذ»<sup>(٣)</sup>.

الوجه الرابع: أن الملكية أمر اعتباري ذهني لا يمكن أن يتعلق الجعل به، ولذا تقدر التصرفات ليتعلق بها الحكم التكليفي، وتكون الملكية منتزعة من هذا الحكم المجعول بالاستقلال<sup>(٤)</sup>.

(١) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٦-٣٧.

(٢) حاشية المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٦.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٥.

(٤) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣٧٤.

الوجه الخامس: أن العرف يفهم من لفظ البيع خصوص الآثار والتصرفات المترتبة عليه، ولذا قال الشيخ الأراكي قدس سره: «لفظ البيع يدل بالالتزام العرفي على الآثار، ألا ترى أنه لو قال المولى لعبده: خذ هذا المال واجعله بضاعة لكسبك واكتسب به، فالمفهوم منه عند العرف ليس تجويز نفس إنشاء الكسب، بل تجويز التصرفات المالكية فيما يكتسب به وصيرورته ملكاً له»<sup>(١)</sup>.

• وأما الأمر الثالث: فيمكن أن يقال في إثباته أن الإباحة التكليفية للتصرفات في المأخوذ بالمعاطاة يستلزم منه شرعاً صححتها على نحو التمليك، إذ لو لم تكن هذه التصرفات مؤثرة في النقل لم يكن وجه حلّيتها، وللزم منه اللغوية.

بعبارة أخرى، «دلالتها على صحّة المعاطاة على هذا تكون بالالتزام لأنّ مدلولها المطابقي حلّية كلّ تصرف مترتب على البيع بعد وجود المعاطاة فيعمّ التصرف المتوقّف على الملك. ولازم حلّية هذا النحو من التصرف تأثير المعاطاة في النقل والانتقال، وهو المطلوب»<sup>(٢)</sup>؛ قال السيّد الخوئي قدس سره: «استند في الاستدلال بالآية على صحّة البيع إلى الدلالة الالتزامية، فإنّ جواز جميع التصرفات مستلزم شرعاً لثبوت الملك وصحّة البيع»<sup>(٣)</sup>.

وبعبارة أوضح: «لا إشكال في أنّ الآية بإطلاقها تدلّ على حلّية جميع التصرفات لكّل من المتبايعين فيما صار إليه، ومن جملتها التصرفات المتوقّفة على الملك كالوطاء والبيع والعتق، فلا بدّ في تلك التصرفات من الالتزام بواحد من ثلاثة أمور: الأوّل: الحرمة وعدم الجواز.

(١) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٧.

(٢) راجع: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، الميرزا فتّاح الشهيدي التبريزي، ج ٢ ص ٥٦.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٦.

الثاني: الحلّية مع عدم الملكية.

والثالث: الحلّية مع ثبوت الملكية.

ففي الأوّل تقييد لإطلاق الآية، وفي الثاني تخصيص لعموم قاعدة «لا وطاء ولا بيع ولا عتق إلا في ملك»، وفي الثالث جمع بين الدليلين، فيصير متعيّناً<sup>(١)</sup>. والمتحصّل من جميع ذلك: أنّ الآية الكريمة أثبتت الحلّية التكلّيفية لجميع التصرّفات المترتبة على المعاطاة التي هي بيع عرفاً، والذي يستلزم منه شرعاً ثبوت الحكم الوضعي بالملكية، وهذا غاية الاستدلال.

قال الشيخ الوحيد الخراساني في تقريبه للاستدلال: «إنّ آية الحلّ تفيّد حلّية التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة تكلّيفاً، فالآية في مقام بيان أنّ الله سبحانه وتعالى أحلّ جميع التصرّفات الحاصلة في البيع في عموم الأفراد وفي مطلق الأزمان، وعليه فالآية تفيّد حلّية جميع التصرّفات في البيع الذي تعدّ المعاطاة من صغرياته وأفراده، كما يحلّ جميع ذلك في مطلق الأزمان ومنها أوّل أزمة وقوع البيع، وبالتالي فحلّية التصرّفات المتوقّفة على الملك الملازمة للملك تفيّد وتثبت الحلّية الوضعية بالدلالة الالتزامية»<sup>(٢)</sup>.

التقريب الثاني: إثبات صحّة المعاطاة بالدلالة الالتزامية العرفية

إنّ الآية تدلّ مطابقة على الحكم التكلّيفي بحلّية التصرّفات المترتبة على المعاطاة، كما أنّها تدلّ بالملازمة العرفية - لا الشرعية - على صحّة المعاطاة وإفادتها الملكية من أوّل الأمر، وهذا هو مختار الشيخ الأعظم قدس سرّه، وسيأتي منه التعرّض إليه لاحقاً فانتظر.

(١) كتاب البيع، الشيخ محمّد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٧-٣٨.

(٢) العقد النضيد، ج ١ ص ٢٤٥.

### التقريب الثالث: دلالة الآية بالمطابقة على صحّة المعاطاة

إنّ الآية تدلّ بالمطابقة على الحكم الوضعي، وذلك باعتبار أنّ التصرفات المترتبة على البيع تختلف فيما بينها سنخاً وحكماً، فإذا كانت هذه التصرفات خارجيّة كالأكل والشرب فإنّها محكومة بالأحكام التكليفيّة، أمّا إذا كانت التصرفات اعتباريّة كالعقد والإيقاع من بيعٍ وصلاحٍ وهبةٍ ووقفٍ وعتقٍ ونحوها فإنّها محكومة بالحكم الوضعي، وهذا واضح.

وبما أنّ الحلّيّة في الآية متعلّقة بامرٍ اعتباريٍّ وهو البيع، لذا فالحلّيّة فيها حلّيّة وضعيّة، والحلّيّة الوضعيّة عبارة عن نفوذ متعلّقتها وتأثيرها في الأثر المقصود، فالبيع المقصود به التملك تكون صحّته الوضعيّة عبارة عن نفوذه - أي: تأثيره - في تحقّق الملكيّة. فيتحصّل من ذلك: أنّ الآية الكريمة تدلّ على إفادة البيع الملكيّة بمدلولها المطابقي، وبما أنّ المعاطاة من مصاديق البيع وأفراده تثبت حينها ملكيّة المعاطاة، وهو المطلوب.

قال الشيخ الأراكي قدس سرّه في تقريب الاستدلال: «الثاني: جعله نافذاً وبلا مزاحم في التأثير، ولا يبعد أن يكون إضافة الحلّيّة إلى البيع قرينة على هذا المعنى، فإنّ حلّيّة كلّ شيء على حسبه، فمعنى الحلّيّة والحرمة في الأعمال التي يكون المقصود من الإقدام عليها الوصول إلى غرض هو كونها بحيث صار الفاعل بسببها نائلاً إلى غرضه، وكونها بحيث صار فاعلها محروماً عن غرضه. مثلاً: حلّيّة البيع كونه بحيث يترتب عليه الملكيّة، وحلّيّة الصلاة في اللباس المتخذ من شعر المأكول اللحم كونها بحيث تبرئ الذمّة، وهذا بخلاف الأعمال التي يكون مقصود الفاعل نفسها كالأكل والشرب ونحوهما، فإنّ عدم الحلّيّة والحلّيّة فيها بمعنى ترتّب العقاب الأخروي عليها وعدم ترتّبها.

فنقول في توضيح الاستدلال بالآية الشريفة: أمّا على تقدير حمل الحلّيّة فيها



على المعنى الثاني، فالاستدلال بها واضح، فإنها بمدلولها المطابقي تدل على نفوذ مطلق ما هو بيع عند العرف، ولا شك أن البيع المعاطاتي بيع عندهم<sup>(١)</sup>.

وذكر السيد الميلاني قدس سره ضمن الوجوه الأربعة التي قسّم بها استدلاله بالآية الكريمة: «وإن كانت الحلية وضعيّة والمراد من البيع هو المسبّب، فالآية تدل بالمطابقة على اعتبار الشارع الملكية في المعاطاة، بعد الفراغ عن كونها بيعاً، وإن كانت الحلية وضعيّة والمراد من البيع هو السبب - أي: التملك الإنشائي - فإنّ حلية البيع وضعاً ليس إلا اعتبار المؤثريّة، وهي ليست إلا الملكية<sup>(٢)</sup>.

ومن الواضح أنّ هذا التقريب مبتنٍ على القول بإمكانية جعل الاستقلالي للأحكام الوضعيّة.

### بيان المحقّق الأصفهاني للتقريب الثالث للاستدلال

ذكر المحقّق الأصفهاني تقريباً للاستدلال على كون الحلية وضعيّة بالمطابقة يختلف عمّا قرّره.

وحاصل ما أفاده قدس سره: أنّ (أحلّ) الواردة في الآية الكريمة لا يخلو أمرها إمّا أن تكون مشتقة من (الحلّ) - بفتح الحاء - في مقابل الشدّ<sup>(٣)</sup>، فهي بمعنى: أنّه لم يصد عنه وجعله مرخى العنان في تأثيره، أو تكون مشتقة من (الحلّ والحلول) التي بمعنى أنّه أقرّه في مقرّه وأحلّه في محله<sup>(٤)</sup>.

ولا يمكن أن يراد من (أحلّ) في الآية: الأوّل، وذلك لأنّه لهذا المعنى يتعدّى بنفسه إلى ما يحلّ، ولا يحتاج إلى باب الإفعال للتعدية، بخلاف الثاني،

(١) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٧.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦٨.

(٣) راجع: المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، ص ١٢٨.

(٤) راجع: الصحاح، الجوهري، ج ٤ ص ١٦٧٢.

فيكون قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ من قبيل قولنا: (أحلّه الدار) أي: جعله مقرراً له، فيكون معنى الآية: إن الله تعالى أحل البيع محلّه وأقره مقرّه، ولم يجعله بحكم العدم كالقمار.

قال قدس سرّه: «ثمّ إنّه يستدلّ بالآية بوجوه، أحدها: دلالة الآية بالمطابقة على الصّحّة؛ نظراً إلى أنّ الحلّية أمر يناسب التكليف والوضع، ولذا ورد في باب الصلاة (حلّت الصلاة فيه) أي: جازت ووقعت في محلّها، فالحلّية منسوبة إلى نفس البيع بما هو تسبّب إلى الملكيّة، والمراد - والله أعلم - أنّه تعالى أحلّه محلّه وأقره مقرّه ولم يجعله كالقمار بحكم العدم.

وأما جعله من (الحلّ) في قبال الشدّ - بمعنى أنّه لم يصدّ عنه وجعله مُرخى العنان في تأثيره - فغير وجيه، لأنّ الحلّ في قبال الشدّ يتعدّى بنفسه، بخلاف (أحلّ) من الحلول، والمراد من دلالة الآية بالمطابقة في كلامه وجعله محلّ التأمّل: هذا الوجه، الذي مرجعه إلى إرادة الوضع من الحلّية دون التكليف»<sup>(١)</sup>.

إلا أنّ تقريبه هذا للاستدلال، لا يمكن المساعدة عليه، وذلك:

أولاً: إنّ كلمة (أحلّ) - بغضّ النظر عن متعلّقها وعن سياق الآية مورد البحث - لا يقتصر اشتقاقها على ما ذكره المحقّق الأصفهاني من كونه راجعاً إلى (الحلّ) في مقابل الشدّ، و(الحلّ) بمعنى الإقرار في الموضع، لكي يشكل على أحدهما ويختار الآخر، بل له اشتقاق ثالث كثر في الاستعمالات القرآنيّة، بل وإليه ينصرف الفهم العرفي من الخطابات الشرعيّة، وهو أن يكون مشتقاً من (الحلّ) - بكسر الحاء - في مقابل الحرمة<sup>(٢)</sup>، والذي يكون لازماً لا يتعدّى إلاّ بهيئة الإفعال، كما في قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾ (البقرة: ١٨٧)،

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٥-١٠٦.

(٢) راجع: المصباح المنير، الفيومي، ج ١ ص ١٤٧.

وقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾ (المائدة: ٤).

ولذا قال الشيخ الوحيد الخراساني: «خلط (رحمه الله) بين الحَلِّ والحَلِّ والحُلُول، فبدل أن يلاحظ الحلية لاحتِ الحَلِّ والحُلُول، والحال أن مادة (أحل) تباين الحَلِّ والحُلُول، وتتطابق مع الحَلِّ، فالحَلِّ في مقابل الشدِّ متعدِّ بنفسه ولا يتعدى بالأفعال، أمَّا الحَلِّ في مقابل الحرمة فإنه لازم ولا يتعدى إلا عن طريق هيئة الأفعال، كقوله: ﴿أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ﴾، و﴿أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾، فظهر: أن الحق هو التقابل بين الحَلِّ والحُلُول، لا التطابق - كما ذهب إليه - وأن أصل أحل هو الحَلِّ»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: إن ما ذكره المحقق الأصفهاني قدس سره «وإن كان صحيحاً لغة.. فإن (الحَلِّ) يستعمل بمعنى الاستقرار والثبوت في مقابل الارتحال، فتارة يتعدى بنفسه فيكون مصدره (الحَلِّ)، يقال: (حلَّ المكان حلاً) أي: استقرَّ فيه، وأخرى يستعمل لازماً فيتعدى بالباء أو لفظة (في)، فيقال: (حلَّ بالمكان أو فيه) فإنَّ مصدره الحُلُول على مقتضى القاعدة، وقد استعمل منه (أحل) كما في قوله سبحانه: ﴿وَأَحَلُّوا قَوْمَهُمْ دَارَ الْبَوَارِ﴾ (إبراهيم: ٢٨) أي: أقرَّوهم فيها»<sup>(٢)</sup> إلا أنه إذا لاحظنا الآية الكريمة نرى فيها التقابل بين كلمتي (أحل) و (حرَّم)، وهذه المقابلة تمنع من حمل (أحل) على الحُلُول، بل تحمل على المعنى المقابل للحرمة، بغض النظر عن أن هذه المقابلة هل تعين الحلية التكليفية أم الوضعية، وإلا لكان المناسب أن يقابل الحَلِّ الإزالة فيقول: (وأزال الربا) بدلاً من (حرَّم الربا).

قال السيّد الخوئي قدس سره: «إنَّ الحَلِّ في الآية المباركة بما أنه وقع في مقابل الحرمة في قوله تعالى ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ لم يمكن حمله على الحُلُول بمعنى القرار والثبوت في مقابل الرحلة والخروج بأن يكون معنى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ أقرَّ الله البيع وأثبتته في

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، محمّد رضا الأنصاري القمي، ج ١ ص ٢٥٠.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري، مصدر سابق، ج ٢ ص ٥٤.

مقرّه، أي: لم يتصرّف فيه برفعه، بل أبقاه على حاله من الصّحة والجواز»<sup>(١)</sup>.

### تأمل الشيخ الأنصاري في التقريب الثالث للاستدلال

توقف الشيخ قدّس سرّه وتأمّل في الاستدلال بالآية الكريمة على ملكيّة المعاطاة، من خلال أنّ المقصود من الحلّية الواردة فيها مطابقةً هي الحلّية الوضعيّة، ولعلّ الوجه في هذا التأمل ظهور لفظ (الحلّ) ذاتاً في الحلّية التكليفيّة لا الوضعيّة، وجعل دلالة الآية الكريمة على الحكم الوضعي مطابقة بمعنى الصّحة والنفوذ لا ينسجم إلا مع القول بأنّ (أحلّ) بمعنى (أنفذ)، وهو خلاف الظاهر جداً.

إضافة إلى وجود قرينة تؤكّد الظهور في الحكم التكليفي، وهي مقابلة الحلّية للحرمة المستندة إلى الربا، ولا إشكال أنّ حرمة الربا حرمة تكليفيّة.

قال الميرزا النائيني قدّس سرّه: «ووجه تأمله مقابلة الحلّية في الآية مع الحرمة الظاهرة في الحكم التكليفي، فإنّ حرمة الربا يُراد منها ما يستحقّ على مخالفتها العقاب لا الفساد»<sup>(٢)</sup>.

وقال السيّد الكلانتر قدّس سرّه: «لعلّ وجه التأمل أنّ دلالة الآية الكريمة على الحكم الوضعي وهي الصّحة والنفوذ بدلالة المطابقة مبنية على أنّ معنى (أحلّ) (أنفذ) حتّى تدلّ الآية على الحكم الوضعي، وكون أحلّ بمعنى أنفذ خلاف الظاهر، لأنّ الظاهر من أحلّ هو الحكم التكليفي»<sup>(٣)</sup>.

(١) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيّد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٧.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٥. راجع أيضاً: بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمّد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٤١. هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣٨٣.

(٣) تعليقة السيّد الكلانتر على المكاسب، ج ٦ ص ١٠٧.

وقد يكون وجه التأمل ما ذكره بعض المحققين المعاصرين من أنه «لو أريد به أن الإحلال من الحل وهو مرادف للصحة بمعنى كونه بحيث يترتب عليه الأثر، فيكون معنى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ صحح الله البيع، ففيه منع واضح، إذ الحل بمعنى الحلية باعتبار وضعه العرفي أو الشرعي - كما هو المصرح به في كلامهم - نقيض للحرمة، وكونه مرادفاً للصحة يقتضي وضعه ثانياً بالنقل أو بالاشتراك لمعنى الصحة، والأصل ينفيهما، وعلى هذا فالآية دالة بالمطابقة على الحكم التكليفي لا الوضعي»<sup>(١)</sup>.

ولعل وجه التأمل أيضاً يرجع إلى ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره في علم الأصول من أن الأحكام الوضعية ليست متأصلة في الجعل وإنما هي عبارة عن نسبة منتزعة من الأحكام التكليفية بجواز التصرف التي هي منشأ الانتزاع. ولذا قال قدس سره في فرائده: «فإن لوحظت المعاملة سبباً لحكم تكليفي - كالبيع لإباحة التصرفات، والنكاح لإباحة الاستمتاع - فالكلام فيها يُعرف ممّا سبق في السببية وأحواتها.

وإن لوحظت سبباً لأمرٍ آخر - كسببية البيع للملكية، والنكاح للزوجية، والعتق للحرية، وسببية الغسل للطهارة - فهذه الأمور بنفسها ليست أحكاماً شرعية. نعم، الحكم بثبوتها شرعي، وحقائقها إما أمور اعتبارية منتزعة من الأحكام التكليفية - كما يقال: الملكية: كون الشيء بحيث يجوز الانتفاع به وبعوضه، والطهارة: كون الشيء بحيث يجوز استعماله في الأكل والشرب والصلاة، نقيض النجاسة - وإما أمور واقعية كشف عنها الشارع، فأسبابها على الأول - في الحقيقة - أسباب للتكاليف، فتصير سببية تلك الأسباب كمسبباتها أموراً انتزاعية»<sup>(٢)</sup>.

(١) ينابيع الأحكام، السيد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٤٩٩.

(٢) فرائد الأصول، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ١٣٠.

وذكرنا ذلك مفصلاً في المباحث التمهيدية للكتاب فراجع<sup>(١)</sup>.

هذا وسيأتي من الشيخ الأعظم في المباحث التالية المناقشة والتوقف في التقريب الأول أيضاً الذي ذكره للاستدلال بالآية الكريمة على المدعى، فيختار حينها دلالة الآية على الحكم الوضعي إما بالمطابقة، وهو عين ما تأمل به هنا، كما أشار إلى ذلك الميرزا الإيرواني قدس سره عند تعليقه على عبارة الشيخ (لكنه محل تأمل) حيث قال: «وسيلتجئ إلى اختيار هذا الذي هو محل للتأمل»<sup>(٢)</sup>.

وإما بالدلالة الالتزامية العرفية، وهو التقريب الثاني الذي ذكرناه للاستدلال بالآية، وإليه أشار المحقق الأصفهاني قدس سره بقوله: «وثالثها: دلالة الآية بالملازمة العرفية على صحة المعاطاة وإفادتها للملك من أول الأمر، وهذا هو الوجه الأخير الذي ركن إليه قدس سره»<sup>(٣)</sup>، وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك لاحقاً إن شاء الله تعالى.

### **المبحث الثاني: إشكالات الأعلام على استدلال الشيخ الأنصاري بالآية**

أتضح لدينا: أن الشيخ الأعظم قدس سره توقف في الاستدلال بالآية على إثبات الحكم الوضعي بالدلالة المطابقيّة، وتمسك - إلى الآن - بالتقريب الأول وهو دلالة الآية على الحكم التكليفي مطابقة وعلى الحكم الوضعي التزاماً. وعرفنا ممّا سبق: أن توقف الشيخ وتأمله بالاستدلال على الحكم الوضعي المطابقي يبتني على أمرين:

(١) راجع: المطلب الثاني من المبحث الثالث من المباحث التمهيدية تحت عنوان: (انتزاعية الملكية واعتباريتها).

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤٤.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٦.

الأول: ظهور كلمة (الحل) في الحلية التكليفية.

الثاني: وجود قرينة تؤكد هذا الظهور، وهي مقابلة الحل المسندة إلى البيع بالحرمة المسندة إلى الربا، وهذه الحرمة لا إشكال في كونها تكليفية.

أما تمسكه بالاستدلال على الحكم التكليفي المطابقي والحكم الوضعي الالتزامي فهو مبني على أربعة أمور:

الأول: ظهور (الحل) في الحلية التكليفية.

الثاني: تعلق الحكم بالتصرّفات المترتبة على البيع لا على ذات البيع.

الثالث: ثبوت الحكم الوضعي بالدلالة الالتزامية الشرعية.

الرابع: شمول الحكم للمعاطاة بالإطلاق وقرينة الحكمة.

وعليه، فإنّ الإشكالات التي وجهها الأعلام على الشيخ الأنصاري وموارد نقدهم له تصبّ في هدم هذه الأركان التي اعتمد عليها الشيخ قدّس سرّه في استدلاله، ولذا يمكن حصر أغلب إيراداتهم في أربعة إشكالات أساسية:

#### ١. لا ظهور في الحرمة التكليفية ولا قرينة على تعيينها

يرجع هذا الإشكال إلى ما ادّعي من ظهور لفظ (الحل) في الحلية التكليفية،

ووجود قرينة تؤكد هذا الظهور وهو مقابلتها بحرمة الربا، حيث يقال:

أولاً: إنّ الظهور في الحلية التكليفية مجرد دعوى، فإنّ (الحل) كما يتمل فيه

الحلّ التكليفي يتمل فيه الحلّ الوضعي أيضاً بحسب الفهم العرفي للخطابات

الشرعية الموجهة الملاحظ فيه فهم العرف، كما يتمل فيه أيضاً الأعمّ من

التكليفي والوضعي، باعتبار أنّ الحلّ لغةً بمعنى الإطلاق والإرسال، في مقابل

الحرمة التي بمعنى المنع والحجر<sup>(١)</sup>، كما سنشير إلى ذلك لاحقاً.

(١) قال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «لا ملزم لتخصيص الحلّ في الآية بالحلّ التكليفي فقط،

ثانياً: ما قيل من أنّ المقابلة بين حلّية البيع وحرمة الربا تقتضي أن يكون المراد من الحلّ هو الحلّ التكليفي في مقابل الحرمة التكليفية للربا لا يمكن الموافقة عليه، وذلك لأنّ هذه الحرمة التكليفية للربا المقابلة لحلّ البيع لا يخلو أمرها إمّا أن تكون هي نفسها حرمة التصرف في مال الغير التي سبق تشريعها، فتكون هنا لغواً، والخروج عن اللغوية بتأكيد الحكم خلاف الأصل ولا شاهد عليه. وإمّا أن تكون هذه الحرمة غير تلك فيلزم حينها أن يتعدّد الثواب على الموافقة والعقاب على المخالفة وهو كما ترى.

ولذا قد يقال: إنّ القرينة معكوسة هنا، فإنّ عدم إمكان الحلّية التكليفية بالخصوص للبيع قرينة على أنّ حرمة الربا المقابلة لها ليست خصوصاً التكليفية وإنّما هي إمّا وضعيّة ليكون المعنى: أنّ البيع نافذٌ والربا غير نافذ، أو هي أعمّ من الوضعيّة والتكليفية - بحسب اختلاف الآراء -.

قال السيّد اليزدي قدس سرّه: «وإن كان المراد الحلّية الوضعيّة أو الأعمّ - على ما هو الأظهر، ولا ينافيه المقابلة لإمكان إرادة الأعمّ من المقابل أيضاً - فدلالته على المدعى بالمطابقة»<sup>(١)</sup>.

## ٢. متعلّق الحلّية ذات البيع لا الآثار المترتبة عليه

ذكرنا في الاستدلال أنّ الذي دعا الشيخ الأعظم إلى تقدير التصرفات وجعلها متعلّقاً للحكم بالحلّية أمور أربعة، من ورود الآية مورد الامتنان، وكون البيع بالمعنى السببي غير متوهم الحرمة وبالمعنى المسببي غير اختياري، ومن عدم

---

بل يعمّ ذلك الحلّية التكليفية والوضعيّة بمعنى واحد». (راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٩)، وسيأتي التعرّض لرأيه قدس سرّه في المبحث القادم.

(١) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٣٤٠.



إمكان جعل المستقل للملكية، وهذه جميعاً يمكن المناقشة فيها:  
أولاً: ما ذكر من أن الآية واردة مورد الامتنان، ولا امتنان في مجرد حلية  
إنشاء البيع، فيقال في رده: بأن الامتنان يمكن تصوّر حصوله بتعلّق الحكم  
بالحلية تكليفاً إلى نفس البيع الحاصل عند العرف على نحو الفعل الخارجي  
والمستلزم لحله وضعاً<sup>(١)</sup>.

ثانياً: إن متعلّق الأحكام الشرعية تارة تكون الأفعال الخارجية كالأكل  
والشرب والنكاح ونحوها، كما في قوله تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى  
نِسَائِكُمْ﴾ (البقرة: ١٨٧).

وتارة تكون الأعيان الخارجية، كما في قوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ  
الْأَنْعَامِ﴾ (المائدة: ١)، وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ (النساء:  
٢٣)، وقوله تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ  
وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾ (المائدة: ٥).

وثالثة يكون متعلّق الأحكام الأمور الاعتبارية المبرزة في الخارج بإنشاء قولي  
أو فعلي كالصلح والبيع والإجارة وغيرها.

فإن كان المتعلّق الأفعال الخارجية صحّ الكلام من دون تقدير؛ لكون  
المتعلّق مذكوراً في الكلام، كما في الآية التي مرّ ذكرها، فالفعل وهو الرفث  
مذكور صريحاً في الآية الكريمة.

وإن كان المتعلّق الأعيان الخارجية فلا بدّ من تقدير فعلٍ مناسبٍ يتعلّق به  
الحكم تستدعيه دلالة الاقتضاء، وإلا كان الحكم لغواً، فيقدّر (الأكل) في الآيات  
المتقدمة، و(النكاح) في آية حرمة الأمهات.

أمّا إذا كان المتعلّق الأمور الاعتبارية فلا حاجة للتقدير، وذلك لأنّ ظاهر

(١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣٨٠.

تعلّق الحكم بالأمر الاعتباري هو النفوذ والإمضاء أو عدم النفوذ والبطلان<sup>(١)</sup>.  
قال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «ثمّ إنّ الحلّ قد يتعلّق بالأعيان الخارجيّة، وقد يتعلّق بالأفعال الخارجيّة، وقد يتعلّق بالأمر الاعتباريّة المبرزة بمرز خارجي، وعلى الأوّل فلا يصحّ الكلام إلّا بالتقدير للدلالة الاقتضائيّة وصيانة لكلام المتكلم عن اللغويّة.. وعلى الثاني فلا شبهة في صحّة الكلام بلا احتياج إلى التقدير.. وكذلك الحال في الثالث، ومثاله أن يتعلّق الحلّ بالمعاملات التي هي الاعتبارات النفسانيّة المظهرة بمرز خارجي، فإنّها بنفسها قابلة للحليّة وضعاً وتكليفاً من دون احتياج إلى التقدير»<sup>(٢)</sup>.

ولعلّه إلى هذا أشار المحقّق الإيرواني قدّس سرّه في حاشيته حيث قال: «لنا أن نأخذ بظاهر كلمة (أحلّ) في الحليّة التكليفيّة وأن لا نقدّر المتعلّق بل نجعل المتعلّق نفس البيع لكنّ البيع بمعنى المعاملة الخاصّة لا إنشاء البيع، ومن حليّة هذه المعاملة الخاصّة نستكشف بدلالة الاقتضاء وقوعها وتحققها في نظر الشارع. فلو لا أنّها تقع بل كانت باطلة عاطلة، لم يكن معنىً للترخيص فيها إلّا بمعنى الترخيص في إنشائها وظاهر لفظ البيع هو نفس المعاملة الخاصّة لا إنشاؤها»<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: إنّ عدم تعلّق الحليّة بذات البيع لكونه أمراً غير اختياريّ يتحقّق بمجرد تحقّق سببه، أجاز عنه الآخوند الخراساني بما حاصله: إنّ اختياريّة السبب تكفي للقول باختياريّة المسبّب، فالإحراق مثلاً اختياريّ بإيجاد سببه الاختياريّ.  
قال قدّس سرّه: «والظاهر أنّ سبب التصرف فيها، وصرف الحكم بالحليّة

(١) راجع: إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٤٧.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٦-١٠٧.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤٣.

إلى التصرفات، عدم كون البيع بنفسه اختيارياً، لكونه مترتباً على سببه بلا اختيار، وأنت خبيرٌ بأن مجرد ذلك لا يُخرجه عن الاختيار المعتبر في متعلق الأحكام. وعلى ذلك، فلا دلالة لها على المدعى<sup>(١)</sup>.

رابعاً: إن ما ذكر من كون الحل لا يمكن أن يتعلّق بذات البيع بما هو إنشاء تمليك عين بعوض؛ لعدم التوهم فيه بغير الحل لكي يحتاج إلى بيان، فقد أجيب عنه بأنه: «لا وجه صحيح لصرف الحل في الآية إلى حلية التصرفات، ومنع تعلّقه بنفس البيع بدعوى: أنّ حلية إنشاء البيع أمر واضح لا يحتاج إلى البيان، وذلك لأننا ذكرنا فيما سبق: أنّ البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي، سواء اتعلّق به الإمضاء من ناحية الشرع والعرف أم لم يتعلّق به ذلك، بل سواء أكان في العالم عرف وشرع أم لم يكن، وهذا المعنى هو الذي قد يكون موضوعاً للحرمة، وقد يكون موضوعاً للحلية، كما أنّ الأمر كذلك في سائر المعاملات»<sup>(٢)</sup>.

خامساً: من الواضح أنّ التصرفات والآثار المترتبة على البيع مختلفة سنخاً وحكماً فيما بينها، فإذا باع زيد فرسه مثلاً بثمن معين، فركوب الفرس وبيعه ووقفه وهبته والصلح عليه ونحو ذلك حلالٌ تكليفاً، بينما الإنفاق على الدابة المبيعة واجب، أمّا حمل ما يحرم أكله وشربه عليها كالميتة والخمر فهو حرام تكليفاً، وعليه فلا مجال لتعلّق الحلية بالتصرفات المترتبة على البيع.

ودعوى (أنّ الحلية وإن كانت تشمل جميع التصرفات إلا أنّ بعضها - كوجوب الإنفاق وحرمة التصرف في المعصية - خرج بدليل خارجي، فيكون عموم حلّ التصرفات مخصّصاً بهذه الأدلة) غير تامّة؛ لأنّ هذا التخصيص منافٍ للامتنان الحاصل من العموم أولاً، ومنافٍ أيضاً لما يقتضيه حذف المتعلّق من

(١) حاشية كتاب المكاسب، الآخوند الخراساني، ص ٢٦.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٩.

إرادة العموم ثانياً، كما أنّ إرادة بعض التصرفات ممّا لا قرينة عليه ثالثاً<sup>(١)</sup>.  
سادساً: إنّ الظاهر من الآية الكريمة أنّ الحلّ متعلّق بذات البيع، ولذا قال  
السيد اليزدي قدّس سرّه: «لا يخفى أنّ ظاهر الآية حلّية نفس البيع لا التصرفات  
المرتبة عليه»<sup>(٢)</sup>.

ومع إمكان هذا الظاهر - لكون البيع من الأمور الاعتبارية التي يصحّ أن  
يتعلّق الحكم بالحلّية بها - فلا يصحّ رفع اليد عنه واللجوء إلى التقدير، لأنّ  
الأصل عدم التقدير وعدم التجوّز، ولا يخرج عن هذا الأصل إلّا بدليل  
وموجب، وهو مفقود في المقام.

سابعاً: إنّ أدلّة التشريع تكفّلت ببيان الأحكام الشرعية التكليفية المرتبطة  
بالتصرفات المترتبة على البيع، فتشريعتها ثانية يستلزم منه اللغووية في حقه تعالى،  
وكون التشريع في الآية مؤكّداً لتلك خلاف الأصل ولا قرينة عليه.

ثامناً: إنّ تقدير التصرفات ينسجم مع القول بوضع أسماء المعاملات  
لخصوص الصحيح منها، حيث لا معنى حينها لتعلّق الحلّية بالبيع الصحيح،  
فلا بدّ من جعل الحلّ متعلّقاً بالتصرفات المترتبة على البيع الصحيح، وهذا ممّا لا  
مجال إليه حيث اتّضح من المباحث السابقة أنّ أسماء المعاملات موضوعة للأعمّ  
من الصحيح.

بل لا مجال للتقدير أيضاً إذا أريد من الصحيح ما ذكره الشيخ الأعظم في  
أواخر مبحث تعريف البيع من توجيه الصحيح بما كان مؤثراً ولو في نظر القائل،  
حيث قال قدّس سرّه: «إنّ البيع وشبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من  
المصدر الذي يراد من قول القائل: (بعت) عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلّا في

(١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣٧٥، ٣٧٨، ٣٨٢.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيد اليزدي، ج ١ ص ٣٣٩.

ما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظر القائل، ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، وإلا كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف»<sup>(١)</sup>.

حيث لا يتنافى حينئذ إسناد الحلية الشرعية إلى نفس البيع الصحيح المؤثر عند العرف «لأن الخطابات لما وردت على طبق العرف، حمل لفظ (البيع) وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف، أو على المصدر الذي يراد من لفظ (بعث)، فيستدل بإطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً»<sup>(٢)</sup>.

تاسعاً: إن دعوى ضرورة تقدير التصرفات بسبب عدم إمكانية جعل الحكم مستقلاً للملكية لا يمكن الموافقة عليها، حيث ثبت في محله أن الملكية ليست مجرد اعتبار ذهني، بل هي حكم وضعي قابل لتعلق الجعل به استقلالاً، ولقد تقدم منا في المباحث التمهيدية تفصيل الكلام في ذلك، وتوصلنا إلى أن الملكية إنما هي من الأمور الاعتبارية الجعلية، وليست أمراً منتزعا من حكم تكليفي ولا من الأعراض المقولية الخارجية<sup>(٣)</sup>.

ولذا قال الميرزا جواد التبريزي قدس سره: «لو كان الموجب لالتزامه عدم قابلية الملكية للجعل استقلالاً؛ لأنها من الحكم الوضعي المنتزع عن التكليف، فقد ذكرنا في محله أن مثل الملكية قابلة للجعل بنفسها من غير حاجة إلى جعل التكليف، بل قد لا يثبت في مورده تكليف حتى يتوهم انتزاعه منه»<sup>(٤)</sup>.

(١) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٢٠.

(٢) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٢٠.

(٣) راجع: المطلب الثاني في المبحث الثالث من المباحث التمهيدية تحت عنوان (انتزاعية الملكية واعتباريتها).

(٤) إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٤٨.

### ٣. لا ملازمة بين الحكم التكليفي بجواز التصرفات وثبوت الملكية

إنَّ ما استند عليه الشيخ الأعظم قدس سره في استدلاله من كون الآية تدلُّ تكليفاً بالمطابقة على حلّية جميع التصرفات - حتّى المتوقّفة على الملك - المترتبة على البيع الصادق على المعاطاة، وبالالتزام على تأثير البيع في الملكية لا يمكن الموافقة عليه للوجوه التالية:

**الوجه الأوّل:** لا ملازمة بين حلّية التصرفات تكليفاً وثبوت الملكية لا عقلاً ولا شرعاً، أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فلأنّ التصرف في مال الغير في حال الضرورة والمجاعة جائز بالاتّفاق ولا إشكال فيه، مع أنّ هذا الجواز لا يكون مملّكاً للمتصرف.

لكنّ هذا الوجه كما هو واضح غير تامّ، فقياس ما نحن فيه بحال الضرورة قياس مع الفارق، لأنّ الضرورات إنّما تقدّر بقدرها، ومن المعلوم ارتفاع الضرورة بمجرد إباحة التصرف فلا موجب للالتزام بالملكيّة.

**الوجه الثاني:** أنّ الآية الكريمة لا يُستفاد منها الحكم بإباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك، وبالتالي لا دلالة فيها على تأثير البيع في الملكية لأنّ موضوع جواز هذه التصرفات هو الملك، ومن المعلوم أنّ الحكم لا يثبت موضوعه، فتتحصّر التصرفات التي يثبت جوازها في الآية بالتصرفات غير المتوقّفة على الملك، وهذا لا ينفع في إثبات المدعى.

لكن أجيب عن هذا الإشكال بأمرين:

**الأوّل:** بعد استظهار إباحة التصرفات المترتبة على البيع من الآية، لا شكّ في أنّ أبرز مصاديق هذه التصرفات عرفاً هي التصرفات المتوقّفة على الملك، لأنّ العرف في البيع يرتّبون على هذه التصرفات ما لا يرتّبونه على غير البيع من الإباحة ونحوها، كما في موارد الضيافة وتقديم الطعام إلى الغير.

الثاني: أن الحكم وإن كان لا يثبت موضوعه إلا أنه لا مانع من كشفه عن الموضوع كما في المقام، فالآية كاشفة عن تحقق الملك فلا يعقل كون دليل التوقف على الملك مخصصاً للحكم المستفاد منها.

قال السيد الخوئي قدس سره: «إن الحل في الآية وإن تعلّق بالتصرّف ابتداءً - على رأي المصنّف - إلا أن إحلال التصرّف يكشف عن حصول الملكية، ولا يلزم من ذلك تعرّض الحكم لإيجاد موضوعه، نعم إذا قلنا بتحقيق الملكية من ناحية جواز التصرّف لزم منه تكفّل الحكم بإثبات موضوعه، ولكنّه بعيد عمّا نحن فيه»<sup>(١)</sup>.

#### ٤. لا إطلاق في الآية ليشمل المعاطاة

إنّ تامة الاستدلال بالآية يتوقّف على شمول الحكم بالحلية - تكليفيّة كانت أم وضعيّة - للمعاطاة التي هي عرفاً مصداق حقيقيّ من مصاديق البيع، وهذه الشموليّة لا تكون بالعموم الوضعي، لأنّه ثبت في محله أن المفرد المحلّ باللام لا يفيد العموم، بل بالإطلاق وقرينة الحكمة، إلا أن بعض الأعلام أورد على التمسك بالإطلاق في المقام عدّة إشكالات أبرزها:

• الإشكال الأوّل: قال السيد الخوئي قدس سره في تصوير هذا الإشكال: «إنّا لو سلمنا دلالة الآية على جواز البيع وضعاً وتكليفاً، أو قلنا بدلالاتها على حلية التصرّفات واستكشفتنا منها الملكية من أوّل الأمر، لكنّها لا تشمل المعاطاة؛ لعدم صدق البيع عليه، إذ البيع إمّا من مقولة اللفظ - كما عن بعض الأعلام - بدعوى أنّه لو كان من قبيل المعنى لزم منه القول بالكلام النفسي الذي هو مدلول الكلام اللفظي، وهو باطل بالضرورة، أو أنّه من مقولة المعنى بدعوى أنّه لو كان من قبيل اللفظ لم يعقل إنشاؤه باللفظ.

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١١١.

وعلى كلا التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاة، أمّا على الأوّل فواضح، وأمّا على الثاني فلأنّ البيع وإن كان من قبيل المعنى ولكن صدق عنوان البيع عليه يحتاج إلى إبرازه باللفظ، إذ المفروض أنّ الكلام النفسي مدلول للكلام اللفظي، ومن الواضح جدّاً أنّ المعاطاة لم تبرز باللفظ فتكون خارجة عن حدود البيع جزماً<sup>(١)</sup>.

لكنّه قدّس سرّه أجاب عن ذلك بما حاصله: أنّ البيع ليس اسماً لمجرّد اللفظ، وإلاّ لتحقّق البيع بمجرّد التلفّظ بكلمة (بعت) وإن لم يتحقّق الإنشاء، وليس هو اسم لمجرّد المعنى والكلام النفسي غير المبرز في الخارج، وإلاّ للزم تحقّقه بمجرّد الاعتبار النفساني الساذج والبسيط غير المبرز خارجاً، بل البيع اسم للاعتبار النفسي الذي يظهر في الخارج بمبرز لفظي أو فعليّ.

قال قدّس سرّه: «إنّ البيع ليس اسماً لمجرّد اللفظ، وإلاّ لزم تحقّقه بالتكلّم بلفظ بعت، وإن لم يتحقّق به الإنشاء، ولا أنّه اسم للاعتبار النفساني غير المبرز بمظهر خارجيّ وإلاّ لزم تحقّقه بالاعتبار الساذج، وإن لم يكن مبرزاً في الخارج، بل هو اسم للاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجيّ، ومن الواضح أنّه لا يعتبر في المبرز أن يكون من قبيل الألفاظ، بل كما يصحّ إبراز الاعتبار النفساني باللفظ كذلك يصحّ إبرازه بغيره»<sup>(٢)</sup>.

• الإشكال الثاني: لا إطلاق في الآية؛ لانصراف البيع الوارد فيها إلى ما كان بالصيغة اللفظيّة.

وأجيب عن ذلك: «إنّ الانصراف لا بدّ له من موجب، وهو إمّا كمال الفرد فالمحقّقون من الأصوليين يذهبون إلى عدم صلاحيّته موجباً له، وإمّا غلبة وجود

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١١١.

(٢) المصدر نفسه، ج ٢ ص ١١١.



أو غلبة إطلاق فهمها في جانب المعاطاة لما تقدّم.. من أنّها غالب الوقوع في معاملات الناس من أهل الأسواق وغيرهم ولا سيما في المحقّرات، ولو سلّم عدم كونها في جانب المعاطاة فلا نسلم كونها في جانب البيع بالصيغة<sup>(١)</sup>.

• الإشكال الثالث: يشترط في حجّة الإطلاق أن لا يكون مقيداً بالمجمل، وهو في الآية كذلك، لأنّ البيع إمّا أن يكون صحيحاً أو فاسداً أو مشكوك الحال، فإن علمنا بصحّة البيع نحكم بصحّته، وإن علمنا بفساده نحكم بفساده، وإن تردّدنا فيه بين الصحّة والفساد كما في المعاطاة، فلا نحكم عليه بالصحّة ولا بالفساد، وهذا ما يسمّونه بالإجمال المصدّقي؛ لعدم وضوح دلالة المطلق قياساً إلى الفرد المرّد والمشكوك.

وأجيب عن ذلك: أنّ تقييد المطلق بالمجمل مع كون الإجمال مصداقياً إنّما يتحقّق فيما لو كان للماهية نوعان، ودلّ دليل من الخارج على تقييد الماهية المطلقة بأحدهما المعين، بحيث يكون المراد منه للماهية من حيث تحقّقها في ضمن ذلك النوع القاضي بخروج النوع الآخر عن المراد، ثمّ وجد مصداق خارجيّ نشكّ في كونه من أفراد النوع المراد أو أنّه من النوع غير المراد، فلا يمكن حينها التمسك بإطلاق الماهية لإثبات حكمها على ذلك الفرد لظهور الإجمال عليه، فيرجع في تحديد حكمه إلى الأصول العمليّة، ومثال ذلك قوله: (اعتق رقبة) فالرقبة ماهية لها نوعان مؤمنة وكافرة، ودلّ دليل على أنّ الرقبة المطلوبة هي خصوص المؤمنة فيقيّد الإطلاق بذلك، فإذا كانت لدينا رقبة في الخارج يشكّ في كونها مؤمنة أو كافرة فلا يمكن عندها التمسك بالإطلاق لإثبات حكم الرقبة المؤمنة لها.

هذا هو معنى الإجمال المصدّقي، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل قطعاً، لأنّ الصحّة ليست من قيود الماهية المنوّعة لها، وإنّما هو حكم شرعيّ مستفاد من

---

(١) ينابيع الأحكام، السيّد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٥٠١، بتصرّف.

الآية وعارض على الماهية، والحكم كما هو معلوم لا يثبت موضوعه، فالبيع ماهية قابلة للصحة والفساد، وجاءت هذه الآية الكريمة لتدل بالمطابقة أو بالالتزام على صحة البيع، فيكون مفادها أن كل بيع صحيح، ولا يخرج عن هذا العموم إلا الأفراد التي علم فسادها، والمعاطاة لم يعلم فسادها، فتبقى في ضمن دائرة البيع الصحيح.

اللهم إلا أن يقال أن الصيغة وغيرها من الألفاظ من شرائط الصحة وهي مفقودة في المعاطاة، فلا بد أن تخرج المعاطاة على ذلك من العموم، لكن هذا الاشتراط والتقييد مما لا دليل عليه<sup>(١)</sup>.

• الإشكال الرابع: إن التمسك بالإطلاق في الآية يستلزم منه نسبة الكذب للشارع، لأنه قد ثبت بما لا مجال معه للشك عدم صحة بعض البيوع كبيع الملامسة والمناذة والحصاة وغيرها.

وبعبارة أخرى: «لا يمكن أن يستفاد من قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ كون مطلق البيع حلالاً، لوضوح أن أقساماً أخرى من البيع غير الربوي حرام في الإسلام، كبيع المناذة وبيع الغرر، ومعه كيف يخرج الإخبار عن الكذب؟ إلا أن يقال بعدم حرمتها، وهو خلاف ما هو ثابت شرعاً، أو يقال: أن الآية تخبر عن حلية البيع في الجملة لا بالجملة، ما يضر في التمسك بإطلاق الكلام<sup>(٢)</sup>.  
لكن أجيب عن ذلك:

أولاً: يمكن دفع محذور الكذب على الشارع بأن يقال: إنه من الواضح في زمن التشريع أن الأحكام لم تنزل دفعة واحدة بل تدرج الشارع في تبيانها للناس، فلصون كلام الباري تعالى عن الكذب في هذه الآية لا بد من القول أن البيع في

(١) راجع: ينابيع الأحكام، السيد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٥٠١-٥٠٢.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٧٧.

الخارج في زمن نزول الآية لم يكن إلا على قسمين، بيع ربوي باطل وبيع غير ربوي صحيح مطلقاً، وتحريم بعض البيوع غير الربوية إنما جاء بعد هذا الحكم الفعلي المستفاد من الآية، فبيع المنابذة مثلاً وإن كان لا إشكال في حرمة في الإسلام إلا أن تحريمه قد يكون متأخراً عن حلية مطلق البيع.

قال السيد الخميني قدس سره: «إن التحليل والتحريم اللذين أخبرت الآية عنهما وقعا قبل تحريم سائر أقسام البيع الأخرى وتحليل أنحاء الربا، فإن الأحكام إنما وردت بالتدرج، والمنابذة وإن كانت حراماً في الإسلام إلا أن تحريمها لعله كان متأخراً عن تحريم الربا، فكان تحريم الربا مقدماً على تحريمها»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: يمكن أن يقال: إن حلية البيع وحرمة الربا في الآية أخذت على نحو الحكم القانوني المطلق الذي لم يؤخذ فيه أي خصوصية وقيد، ثم وردت القيود والشرائط بعد ذلك، كما هو الحال في سائر الأحكام القانونية عند العقلاء، لا أنه مأخوذ على نحو الحكم الفعلي الذي يجب العمل على طبقه، والذي لا بد فيه أن يذكر الحكم القانوني مع كافة مقيداته ومخصّصاته، وهذا له نظائر في الشريعة، كما في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ (آل عمران: ٩٧)، حيث إن الحكم مجعول على نحو الإطلاق، ثم قيد وجوب الحج بعد ذلك ببعض القيود والشرائط والخصوصيات.

قال السيد الخميني قدس سره: «إن عدم الحلية فيما ذكر وإن كان صحيحاً، إلا أنه لا ينافي حكاية الإطلاق في الآية الكريمة، فإن المحكي بها حكم قانوني، وعدم حلية ما ذكر من باب التقييد فيه، فما ثبت مقيداً يؤخذ به ويقيد به ذلك، وإلا فيؤخذ بإطلاق المحكي.

والحاصل: إن التنافي بين الحكمين الفعليين، لا بين الحكم القانوني والفعلي،

(١) كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٧٧.

ونظير ذلك القوانين المجعولة اليوم، فإنه يجعل أولاً حكم قانوني، ثم يبيّن قيوده والشرائط المعتبرة فيه»<sup>(١)</sup>.

• الإشكال الخامس: إنّ مفاد الآية الكريمة أنّ الحكم قد جعل من قبل وإلا لم يكن هناك وجه للتعير والذمّ والإنذار الوارد فيها لمن حاول التسوية بين البيع والربا بقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ (البقرة: ٢٧٥)، فهي ليست في مقام التشريع وبيان الحكم حتّى يتمسك فيها بالإطلاق، بل هي في مقام الحكاية عن قضية خاصّة، خصوصياتها وحيثياتها غير معلومة لنا.

بعبارة أخرى: وقع البحث بين أصحاب الربا وغيرهم في مسألة حرمة الربا وحليته، فادّعى بعضهم عدم وجود الفرق بين البيع الربوي والبيع غير الربوي، فجاء ردّ الشارع عليهم في هذه الآية بأنكم كيف تقولون بعدم الفرق، والحال أنّ الله تعالى كان قد أحلّ لكم البيع وحرّم عليكم الربا.

ولعلّ الحلية والحرمة كانت ثابتة بنصّ من كلام النبيّ صلّى الله عليه وآله، أو مستفادة من بعض الآيات الأخرى كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (النساء: ٢٩) الدالّ على حلية البيع، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ (آل عمران: ١٣٠) الدالّة على حرمة الربا.

وبعبارة أوضح: «إنّ الآية واردة في مورد خاصّ، وهو مورد قول المخالفين بالتسوية بين البيع والربا وردعهم عن ذلك، فهي حاكية عمّا كان مجعولاً قبل ذلك، وليست في مقام بيان المحكيّ وشرائطه، حتّى يتمسك بإطلاقه، فإنّنا نعلم بالمحكيّ من الخارج، وإلا فلا يمكن التمسك بإطلاق الآية أصلاً، فإنّها مهملة

(١) البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمد حسن قديري، ص ٢٥.

من جهة الشرائط المعتبرة في البيع<sup>(١)</sup>.

وأجيب عن هذا الاعتراض بما يلي:

أولاً: لو سلمنا أن الآية الكريمة تحكي عن قضية خاصة، إلا أنه مع ذلك يمكن التمسك بالإطلاق، وتوضيحه في النقاط التالية:

١. إن الآية فيها حكايتان، الأولى عن المخالفين في التسوية بين البيع والربا، والثانية عن الشارع في ردّ قولهم وأنه تعالى أحلّ البيع وحرم الربا.

٢. إن الإخبار لكي يكون صادقاً لا بدّ أن يكون مطابقاً لنفس الأمر والواقع.

٣. لا شك أن جميع إخبارات الله تعالى صادقة ومطابقة للواقع.

٤. إنّه تعالى عندما أخبر عن قول القائلين بالتسوية بين البيع والربا، فلاجل صون كلامه تعالى عن الكذب لا بدّ أن يكون إخباره هذا مطابقاً للواقع، وهذا يقتضي أن يكون مراد المخالفين من البيع مطلق البيع، ومن الربا مطلق الربا، وإلا لو كانوا يريدون بعض البيع وبعض الربا لما صحّ أن يُنقل عنهم (إنّ البيع مثل الربا) لأنّ ذلك سيكون خلافاً للواقع.

٥. إنّ قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ الناظر إلى مفاد قول المخالفين لا بدّ أن يكون مطلقاً أيضاً، لأنّه ردّ لموضوع كلامهم المطلق.

إذن فالآية وإن كانت في مقام الحكاية لا في مقام الجعل الشرعي، لكن مع ذلك يستفاد منها الإطلاق في الحكم<sup>(٢)</sup>.

اللهمّ إلا أن يقال بعدم إرادة الإطلاق في قول المخالفين ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾، بل مقصودهم هو مجرد نفي الفرق والمائز بينهما، وبالتالي يكون قوله

(١) البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمد حسن قديري، ص ٢٤.

(٢) راجع: البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمد حسن قديري، ص ٢٤-٢٥. كتاب

البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٧٧-٧٨.

تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ الناظر إلى كلام المخالفين بصدد تقرير الفرق بينهما وليس بصدد إثبات حلية البيع مطلقاً وحرمة الربا مطلقاً، وهذا إشكال آخر سيأتي التعرّض له.

ثانياً: إنّ الآية ليست واردة في مورد الحكاية والإخبار، بل في مورد جعل الحكم وإنشائه بقريئة صدر الآية وهو قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا..﴾ فإنّها على نحو القضية الحقيقية لا الخارجية، وتمهيد لبيان الحكم في ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، وأمّا الذمّ الوارد فيها فهو من جهة أهميّة الحكم ولا دلالة له على الجعل المسبق للحكم<sup>(١)</sup>.

• الإشكال السادس: إنّ الآية في مقام بيان حكم الربا لا حكم البيع، فلا يمكن التمسك بالإطلاق لإثبات الشموليّة في حلية البيع، توضيح ذلك: إنّ محلّ النزاع بين الطرفين إنّما هو في حكم الربا خاصّة ولا يشمل النزاع البيع، لأنّ الكلّ متفق على حليته، وإنّما وقع الكلام في أنّ البيع الربوي هل هو مثل البيع غير الربوي أم لا، فالمخالفون لا يريدون أن يقولوا لم كان البيع حلالاً؟ بل قالوا: لم كان الربا حراماً؟ والقريئة على ذلك صدر الآية ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا..﴾ (البقرة: ٢٧٥) والآية التي تليها: ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا﴾ (البقرة: ٢٧٦)، فمحور الآية هو الربا وحرّمته، وذكر البيع وحليته من باب الاستطراد. ولعلّه لأجل ذلك<sup>(٢)</sup> وغيره<sup>(٣)</sup> توقّف السيّد الخميني قدس سرّه في التمسك بإطلاق الآية.

وقد يجاب عن الإشكال أنّ كون المولى تعالى في مقام البيان من جهة لا ينافي أن

(١) راجع: البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمّد حسن قديري، ص ٢٥.

(٢) راجع: المصدر نفسه، ص ٢٦.

(٣) راجع: كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيّد محمّد الصدر، ج ١ ص ٨٣.

يكون في مقام البيان من جهات أخرى، وإلا لم يمكن التمسك بأكثر الإطلاقات. أو يُجاب عنه بما ذكره السيد الخميني قدس سره معتمداً على ما يراه من أنّ الأصل في البيع عند العرف هو المعاطاة، والبيع بالصيغة إنّما جاء بعده، ولذلك يكون من البيوع النادرة عندهم فقال: «إنّ القدر المتيقن من البيع هو المعاطاة، فإنّه المتداول، بل قلّما يتفق بيع بالصيغة، بل في مورد البيع بالصيغة يأتي العرف بها من باب التشديد والاحتياط، فالآية وإن كانت مهملة، لكن مع ذلك يمكن التمسك بها لتصحيح المعاطاة»<sup>(١)</sup>.

• الإشكال السابع: إنّ الآية ليست في مقام بيان حلية البيع على الإطلاق حتى يتمسك بإطلاقها، بل هي في مقام بيان نفي التسوية بين البيع والربا، وردع القائلين بأنّ البيع مثل الربا.

وهذا الإشكال أجاب عنه السيد الإمام الخميني قدس سره وتبعه بعض المعاصرين<sup>(٢)</sup> بما حاصله: إنّ في الآية حكائيتين، الأولى: قول المخالفين بالتسوية بين البيع والربا، والثانية: الحكاية عن حلية البيع وحرمة الربا.

فلو كانت الحكاية الثانية ناظرة إلى الأولى ومتفرعة عنها لكان للإشكال وجه، إلا أنّ الظاهر من سياق الآية أنّ الشارع في مقام بيان قضية كبرى يشير

---

(١) البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمد حسن قديري، ص ٢٦، وعليه فلا يرد على السيد الخميني قدس سره ما أشكل به مقرر أبحاثه من أنّ الذي أفاده السيد أشبه بالمغالطة لأنّ القدر المتيقن هو البيع بالصيغة، والمعاطاة مشكوك بها، بل السيد قدس سره يرى أنّ الأصل في البيع (عرفاً) هو المعاطاة والخطابات الشرعية الموجهة إلى العرف مبتنية على الفهم العرفي، والمقصود من هذه الأدلة إثبات صحتها شرعاً بعد الفراغ عن صحتها عرفاً، وهذا هو مبنى ولده السيد مصطفى الخميني قدس سره أيضاً (راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٨٩. كتاب البيع، السيد مصطفى الخميني، ج ١ ص ٤١).

(٢) راجع: فقه العقود، السيد كاظم الخائري، ج ١ ص ٢٢٢.

فيها إلى حكم موضوعين، الحلية للبيع والحرمة للربا، ولازم ذكر هذين الحكمين المختلفين للموضوعين ثبوت عدم التسوية، فلا تكون الآية في صدد بيان عدم المساواة بالخصوص.

قال قدس سره: «إن المتكلم حينما يريد أن يدفع كلامهم في أن البيع مثل الربا تارة يكون كلامه ناظراً إلى المساواة بينهما في مقابل عدم المساواة، ليقول بعد ذلك: بأن الله أحل البيع وحرّم الربا، فيكون كلامه وارداً على الموضوع نفسه، وأخرى يذكر المساواة بينهما بنحوٍ عابر، فيكون غرضه من بيان الموضوعين إفادة أن المساواة غير صحيحة، فيكون قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ بيان حكم الموضوعين، ولازم ذلك عدم المساواة بينهما، لا أن الكلام سيق لبيان المساواة خاصة»<sup>(١)</sup>.

• الإشكال الثامن: لا يوجد إطلاق في الآية لكونها واردة في مقام بيان حكم آخر وهو مشروعية البيع في الجملة.

توضيحه: الظاهر من الآية أنّها في مقام بيان حلية البيع في الجملة على نحو القضية المهملة، في مقابل تحريم الربا على نحو القضية السالبة الكلية، وليس فيها أيّ عموم يشمل كلاً من المعاطاة والبيع بالصيغة، فتكون الآية من قبيل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ (البقرة: ٤٣) التي يكون الشارع فيها في مقام التشريع فقط، ومن قبيل قولهم: (فلانٌ يلبس الفرو) حيث لا يكون معناه أنّه يلبس كلّ فرو حتى يستدلّ منه - لو كان قولاً للشارع - على جواز لبس كلّ فرو وإن كان من حيوان غير مأكول اللحم، كالثعلب والأرنب، أو من نجس العين كالكلب والخنزير.

وبتعبير آخر: إنّ التمسك بالإطلاق في الآية يتوقّف على كون الشارع في

(١) كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٧٩. وراجع: البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمد حسن قديري، ص ٢٥.



مقام بيان حكم البيع وشرائطه، أمّا لو كان في مقام تشريع الحكم فقط، أو في مقام بيان بعض الأغراض التي لا تتنافى مع الإهمال، كقول الطبيب للمريض مثلاً: (يجب عليك شرب الدواء) فلا يجوز عندها التمسك بالإطلاق.

وكون الآية الكريمة في مقام بيان شرائط البيع وأحكامه ليثبت عندها الإطلاق محلّ تأمل بعد ملاحظة سياق الآية وأنها في مقام دفع ما زعمه المخالفون من أنّ البيع مثل الربا، فلا حكم بحلّية البيع وحرمة الربا، فجاء الردّ منه تعالى بأن ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، ومن الواضح أنّ هذه القضية صادقة مع الموجبة الجزئية بحلّية بعض أقسام البيع، وصادقة أيضاً مع الإهمال.

ولذا قال المحقق الهمداني قدس سرّه: «معلوم أنّ تلك القضية صادقة بحلّية بعض أقسام البيع ولو خرج بعض أقسامه الأخر، والغرض المأتيّ له الكلام يتحصّل مع إهمال القضية أيضاً، فلو كانت مهملة في الواقع لخروج بعض الأقسام باعتبار بعض الشرائط فيه لا يلزم على المتكلّم الحكيم تعالى قبح أصلاً؛ لعدم كونه في معرض بيان أحكام البيع وشرائطه، إذ لو كان للبيع أحكام وشرائط في الواقع وقال الله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ بالشرائط المقرّرة لا يلزم القبح عليه، حيث لا يكون في مقام بيان الشرائط، كذلك لو قال: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ على نحو الإطلاق، فالتمسك بالإطلاق وحمله على العموم غير متّجه مع عدم إحراز كونه في مقام البيان»<sup>(١)</sup>.

ولا أقلّ من الشكّ في كون الشارع في مقام البيان في الآية، وهذا الشكّ كافٍ في التوقّف، لأنّ الإطلاق المستفاد من قرينة الحكمة لا بدّ لإثباته من إحراز أنّه في مقام البيان<sup>(٢)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني، ص ٢٨.

(٢) راجع: بلغة الفقيه، السيّد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١٠٠. ينابيع الأحكام، السيّد

وأجيب عن هذا الإشكال:

أولاً: إنّ الظاهر من الآية حلّية البيع العرفي، وبما أنّ المعاطاة عند العرف بيع فيشمّلها الحكم.

قال المحقّق الإيرواني قدّس سرّه: «ويمكن الذبّ عنها بأنّ ظاهر الآية حلّية البيع العرفي، ومن المعلوم أنّ المعاطاة بيع عرفاً فيشمّلها أحلّ ويثبت به صحّتها وتأثيرها في نقل المال»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: إنّ علماء الإسلام تمسّكوا بعموم الآية في موارد الشكّ، فلو كانت الآية مهملة من ناحية الشمولية والإطلاق لما صحّ منهم ذلك.

قال المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه: «وأما منع الإطلاق.. فمخدوش باشتهاار التمسّك به من علماء الإسلام في موارد الشكّ»<sup>(٢)</sup>.

وقال السيّد بحر العلوم قدّس سرّه: «نمنع الإهمال.. سيّما مع تمسّك العلماء بعمومها في موارد عديدة»<sup>(٣)</sup>.

كما ذهب إلى هذا الجواب أيضاً المحقّق الهمداني قدّس سرّه بعد تبنيّه أولاً للإشكال بقوله: «اللهمّ إلّا أن يستفاد من تمسّك الفقهاء رضوان الله عليهم خلفاً عن سلف في أبواب البيوع عند الشكّ في الشرائط، كون الإطلاق في مقام بيان حكم نفسه، بل التمسّك به عندهم من المسلّمات كما لا يخفى على المتتبّع»<sup>(٤)</sup>، لكنّه تأمّل أخيراً في ذلك، ولعلّ وجه تأمّله أنّ تمسّك الفقهاء هذا بالإطلاق في الآية لا

---

علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٥٠٠.

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، المحقّق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٨.

(٣) بلغة الفقيه، السيّد محمّد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١٠١.

(٤) حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني، ص ٢٢.

يكون دليلاً إلا إذا كان كاشفاً عن الفهم العرفي، ولم يحتمل فيه أن يكون ناشئاً من خطأ مشترك بين الجميع، وفيه تأمل.

ثالثاً: يظهر من بعض الروايات تمسك الإمام عليه السلام بالآية من ناحية إطلاقها لإثبات الحكم، «بل يظهر من بعض الأخبار أنه أمر مسلّم مفروغ عنه»<sup>(١)</sup>، كما في رواية عمر بن يزيد قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن الناس يزعمون أن الربح على المضطرّ حرام وهو من الربا، فقال: وهل رأيت أحداً اشترى - غنياً أو فقيراً - إلا من ضرورة؟! يا عمر قد أحلّ الله البيع وحرّم الربا، فابرح ولا تربه، قلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلاً بمثل»<sup>(٢)</sup>.

قال المحقق الأصفهاني قدس سرّه: «والظاهر أنه إشارة إلى الآية الكريمة، وليس الربح على المضطرّ بأظهر ولا أغلب من المعاطاة ليمنع عن شمولها»<sup>(٣)</sup>.

رابعاً: ذكر فيما سبق أن الآية فيها حكایتان، الأولى عن المخالفين بقولهم: ﴿الْبَيْعُ مِثْلُ الرَّبَا﴾، والثانية عن الشارع بقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرَّبَا﴾، والثانية ناظرة إلى الحكاية الأولى لأنها ردّ لمعتقدهم بالتسوية وعدم الفرق بين البيع والربا، والظاهر أن معتقدهم إنّها هو حلّية كلّ بيع وكلّ ربا، فلا بدّ أن تكون الحكاية الثانية متناسبة مع هذا المعتقد ليصحّ أن يكون ردّاً له، فحلّية البيع إنّما هي حلّية كلّ بيع، وحرمة الربا إنّما هي حرمة كلّ ربا.

قال السيّد القزويني قدس سرّه: «إنّ قوله ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرَّبَا﴾

(١) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه، ج ٣ ص ٢٧٨ باب كراهية بيع اللحم بالحيوان الحي أو المذبوح. تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي، ج ٧ ص ١٨ باب فضل التجارة وآدابها. وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٧ ص ٤٤٧ باب جواز مبايعة المضطرّ والربح عليه على كراهية.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، المحقق الأصفهاني، ج ١ ص ١٠٨.

ظاهر في كونه ردّاً وتصديقاً لهم في قولهم: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾ الظاهر في اعتقادهم بحلّية كلّ بيع وحلّية كلّ ربا، فردّهم في الثاني ببيان تحريم كلّ ربا مع تصديقهم في الأوّل، فيكون في معنى التعميم<sup>(١)</sup>.

خامساً: «إنّ الظهور الأوّل للقضايا المتعلقة بالأحكام في الكتاب والسنة أن تكون لبيان الحكم الفعلي، إلّا إذا قامت القرينة على كونها للحكم التشريعي، وعلى هذا الظهور تتحكّم أصالة الإطلاق»<sup>(٢)</sup>.

سادساً: إنّ هذا الإشكال بكون الآية في مقام بيان وتشريع حكم البيع في الجملة لا يخرج عن كونه مجرد دعوى لا أساس لها.

### المبحث الثالث: آراء الفقهاء في المقصود بالحلّية من الآية

اختلف الفقهاء والأعلام فيما بينهم في مراد الشارع من حلّية البيع في الآية الكريمة، ويمكن تقسيمهم بحسب ما ذهبوا إليه من آراء إلى طوائف ثلاث:

#### ١. المقصود الحلّية الوضعية

الطائفة الأولى: ترى أنّ المقصود من الحلّية في الآية خصوص الحلّية الوضعية لا التكليفية.

وأبرز القائلين بهذا الرأي الميرزا النائيني قدّس سرّه حيث ذهب أولاً إلى أنّ الحلّية وإن كان من الممكن أن تحمل على التكليفية إلّا أنّ «الأظهر في الآية المباركة هو كون المراد من الحلّ هو الوضع»<sup>(٣)</sup>، إلّا أنّه بعد ذلك منع من ظهور الحلّ في التكليف، بل الآية ظاهرة في الوضع بالخصوص لوجود قرينة، وهو

(١) ينابيع الأحكام، السيّد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٥٠١.

(٢) كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٦٦.

(٣) كتاب المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للآملي، ج ١ ص ١٣٢.

تعلق الحكم بالأعيان الخارجية بلحاظ تعلق فعل المكلف بها، الظاهر في صحتها ونفوذها بالدلالة المطابقة<sup>(١)</sup>.

توضيح ذلك: أن الشيخ الأنصاري قدس سره قد توقف في استظهار الحلية الوضعية من الآية وتأمل في ذلك، ووجه هذا التوقف والتأمل هو مقابلة حلية البيع بحرمة الربا، ومن الواضح أن حرمة الربا تكليفية فيلزم منه لمكان التقابل أن تكون حلية البيع تكليفية كذلك.

أجاب عن ذلك الميرزا النائيني حيث قال: «إن المصنف قدس سره استظهر من الآية الكريمة كون الحلية هي التكليفية لا الوضعية، وذلك بقريته المقابلة مع حرمة الربا، فإن المراد من حرمة الربا هي الحرمة التكليفية، فعليه لا يتم الاستدلال بالآية على صحة المعاطاة. لكن الإنصاف عدم تمامية ما استظهره بالمنع عن كون المراد من الحرمة في قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ هي التكليفية، بل يراد بها الوضع بقريته مقابلتها مع حلية البيع الظاهرة في الوضع وليس العكس. أعني: رفع اليد عن ظهور آية الحل في الوضع بقريته آية الربا، أولى من رفع اليد عن ظهور آية الربا في التكليف بقريته آية الحل الظاهرة في الوضع»<sup>(٢)</sup>.

بعبارة أخرى: الحلية في الآية إنما هي الحلية الوضعية لا التكليفية، وذلك للسبب نفسه الذي ذكره الشيخ الأعظم قدس سره وهي قرينة المقابلة لكن مع عكسها؛ فإن الربا في الآية بمعنى الزيادة، لأنها المال المأخوذ زائداً على أحد العوضين، فتكون الحرمة فيها وضعية، ولأجل المقابلة لا بد أن تكون حلية البيع وضعية أيضاً. هذا مضافاً إلى أن كلتا فقرتي الآية ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿حَرَّمَ الرِّبَا﴾ ظاهرتان في الحلية والحرمة الوضعتين، لأن الحلية والحرمة فيهما أسندتا إلى ذات البيع

(١) راجع: المصدر نفسه، ج ١ ص ١٣٣.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ١٣٣.

والربا، التي هي من (الأعيان الخارجيّة) لا التصرفات المقدّرة، وإسناد الحكم إلى الأعيان لا يمكن أن يراد به إلا الوضعي.

قال قدّس سرّه: «مع أنّ الانصاف ظهور كلتا الفقرتين في الوضع بواسطة إسناد الحلّ والحرمة فيهما إلى البيع والربا لا إلى الأفعال المترتبة عليهما، والحليّة والحرمة إذا أُسندتا إلى الأعيان يراد بهما الوضع، لأنّ إرادة التكليف منهما محتاجة إلى مؤنة زائدة وهي تقدير الفعل لكون فعل المكلف هو الموضوع للحلّ والحرمة لا نفس الأعيان»<sup>(١)</sup>.

ولم يبيّن قدّس سرّه مقصوده من كون البيع - بالمعنى المسببي عنده - من الأعيان الخارجيّة، فهل يقصد منه أنّ البيع كالطعام والشراب وهما من الأعيان الخارجيّة؟! أم أنّ مصطلح (الأعيان الخارجيّة) عنده أعمّ بحيث يشمل الأعيان الخارجيّة التي من قبيل الطعام والشراب، والأفعال الخارجيّة التي هي بنظره في البيع مصداق للجدّة الاعتباريّة<sup>(٢)</sup>، ويكون البيع بالمعنى المسببي عنواناً ثانوياً لفعل المكلف؟

أمّا الثاني فلا يمكن الجزم به، وأمّا الأوّل فمّن الواضح عدم صحّته، لأنّ الميرزا النائيني قدّس سرّه أعلى شأنًا من أن لا يفرّق بين الأعيان الشخصية الخارجيّة والأمور الاعتباريّة، إضافة إلى أنّه «يمتنع تعليق الحليّة والحرمة التكليفيّين بالأعيان مباشرة بل لابدّ من تقدير شيءٍ في ذلك، ففي (حرّم الله الخمر) يكون التقدير: شربه، هذا فضلاً عن أنّ البيع والربا معدودان من الاعتراريّات الصادرة من المتبايعين بقصد الإنشاء، وقابلان لتعلّق الحليّة والحرمة التكليفيّين بهما»<sup>(٣)</sup>.

(١) كتاب المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للآملي، ج ١ ص ١٣٣.  
 (٢) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٥.  
 (٣) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٤٨.

ولا بأس بالإشارة إلى أن رأي الميرزا النائيني بالبيان المتقدم هو الذي يظهر من أبحاثه التي قررها الشيخ الآملي<sup>(١)</sup>، أمّا أبحاثه التي قررها الشيخ الخونساري فلا يظهر منها المنع عن ظهور الحل في التكليف، بل غاية ما يظهر منه أن تأمل الشيخ الأنصاري في الحلّية الوضعية المطابقة لا وجه له، وعندها كما يمكن للحلّية في الآية أن تكون تكليفية بالمطابقة يمكن أن تكون وضعية كذلك.

ولذا قال: «فعلى هذا يرد على المصنّف قدّس سرّه:

أولاً: بأنّه لا وجه للتأمل في كون الحلّ في الآية ظاهراً في الحلّية الوضعية. وثانياً: إنّ الحلّية التكليفية أيضاً تفيد الصّحة وتحقّق البيع، لأنّه لا وجه لأن يجعل متعلّق الحلّية التصرفات التي هي من آثار تحقّق البيع، بل نفس المسبّب الذي هو عنوان ثانويّ لفعل المكلف أو أمر توليديّ منه متعلّق الحلّ<sup>(٢)</sup>.

## ٢. المقصود: التكليفية مطابقةً والوضعية لزوماً

الطائفة الثانية ذهبت إلى أنّ المقصود من الحلّية في الآية مطابقة خصوص التكليفية لا الوضعية، نعم تثبت الوضعية بالملازمة، واستندت في رأيها هذا إلى عدّة وجوه:

الوجه الأوّل: أنّ الظاهر من الحكم بالحلّية هو الحكم التكليفي لا الوضعي كما يدلّ عليه سياق الآيات.

قال تبارك وتعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ \* يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ

(١) راجع: كتاب المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للآملي، ج ١ ص ١٣١-١٣٤.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٦.

كَفَّارٍ أَثِيمٍ \* إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ  
عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ \* يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا  
بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿البقرة: ٢٧٥-٢٧٨﴾.

الوجه الثاني: قرينة المقابلة بين حلّية البيع وحرمة الربا التي تؤكّد ظهور  
الحكم في التكليف، حيث لا إشكال في كون الحرمة للربا تكليفيّة، ومقتضى  
المقابلة بين هذه الحرمة وحلّية البيع أن يكون المقصود من الحلّية التكليفيّة أيضاً.  
الوجه الثالث: أن الحلّ عرفاً وشرعاً نقيض للحرمة ولا يمكن أن يرادف  
الصحة لكي يكون الحكم بالمطابقة وضعياً؛ لاستلزام ذلك وضعه ثانية إمّا  
بالنقل أو بالاشتراك لمعنى الصحة، وهذا خلاف الأصل.

قال السيّد القزويني قدّس سرّه في ردّه للقول بأنّ الآية تدلّ عرفاً بالمطابقة على  
الحكم الوضعي وهو صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي: «لم نتحقّق معناه، إذ لو  
أريد به أن الإحلال من الحلّ وهو مرادف للصحة بمعنى كونه بحيث يترتب عليه  
الأثر فيكون معنى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ صحّح الله البيع، ففيه منع واضح، إذ الحلّ  
بمعنى الحلّية باعتبار وضعه العرفي أو الشرعي كما هو المصرّح به في كلامهم نقيض  
الحرمة، وكونه مرادفاً للصحة يقتضي وضعه ثانياً بالنقل أو بالاشتراك لمعنى  
الصحة، والأصل ينفيهما، وعلى هذا فالآية دالّة بالمطابقة على الحكم التكليفي لا  
الوضعي»<sup>(١)</sup>.

الوجه الرابع: أن دعوى كون المتبادر عرفاً من حلّية البيع صحّته شرعاً لا  
يمكن الموافقة عليها، وذلك لأنّ هذا التبادر المدّعى لا يخلو أمره إمّا أن يُراد منه  
التبادر الأوّلي من حاقّ اللفظ على حدّ التبادرات الوضعيّة الكاشفة عن الوضع  
فهذا سيرجع إلى دعوى الدلالة المطابقيّة على الحكم الوضعي، وتنفيها الوجوه

(١) ينابيع الأحكام، السيّد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٤٩٩.



الثلاث الأولى.

أو أن يراد منه التبادر المستند إلى القرينة الخارجية على حدّ تبادرات المعاني المجازية المستندة إلى قرائنها، فهذا وإن كان ممكناً إلا أنه يحتاج إلى إثبات وجود قرينة خارجية تساعد عليه، وهي مفقودة في المقام، وعليه فالتجوز بإرادة الصحة من الحل غير صحيح<sup>(١)</sup>.

الوجه الخامس: أن البيع وإن كان اعتبارياً إلا أن تعلّق الحكم به لا يلزم منه ظهوره في الوضعي، وكذا في الربا؛ وذلك لاستلزامه تالياً فاسداً «فإنه يلزم أن نقول بظهور الحرمة والنهي المتعلّقين بالعقد أو الإيقاع في الفساد، مع أنه لا يلتزم به.. لأنّ النهي في العبادة دالّ على الفساد كما هو معلوم؛ لعدم إمكان الجمع بين المحبوب والمبغوض. أمّا النهي في المعاملات لا يدلّ على الفساد وإن أفاد الحرمة التكليفيّة، فإنشاء البيع أثناء الصلاة أو حين النداء في يوم الجمعة حرام تكليفاً، لكنّ البيع غير فاسد»<sup>(٢)</sup>.

الوجه السادس: أن دعوى عدم اختصاص الحكم في الآية بالتكليفي وإنّما يحتمل فيه إرادة الأعمّ منه ومن الوضعي لا يمكن الموافقة عليها، وذلك لأنّ الأحكام الشرعيّة كالحليّة والحرمة وإن كانت النسبة بينهما نسبة التضادّ فلا يمكن اجتماعهما، إلاّ أنّه بلحاظ تكليفيّة الأحكام ووضعيتها يمكن أن يجتمعا في متعلّق، كالبيع الغرري، فإنّه حرام وضعياً حلالاً تكليفاً، وكذا البيع وقت النداء يوم الجمعة فإنّه حرام تكليفاً حلالاً وضعياً، فإذا كان الأمر كذلك كيف ثبت أنّ الحليّة في الآية هي حليّة تكليفيّة ووضعيّة في نفس الوقت، والحرمة في الآية هي حرمة تكليفيّة ووضعيّة كذلك؟!

(١) راجع: المصدر نفسه، ج ٥ ص ٤٩٩.

(٢) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٤٩.

قال الشيخ الوحيد الخراساني: «الثابت عند اللغويين أنّ النسبة بين الحلية والحرمة هي نسبة التضادّ كما هو المتفاهم في العرف الخاصّ والعامّ، فهما ضدّان وجوديّان لا متضائفان ولا متناقضان ولا متماثلان، وعليه فلا يعقل أن تجتمع حصّة أحد الضدّين مع الضدّ الآخر، لاستحالة ذلك؛ حيث لا يمكن اجتماع فرد من البياض مع حصّة من السواد؛ لوجود البيئونة المطلقة بينهما، ومن جهة أخرى لا نشكّ في إمكان اجتماع الحلية التكليفية مع الحرمة الوضعيةّ وبالعكس، كالبيع الغرري فإنّه حرام وضعاً وحلال تكليفاً، وكذا البيع وقت النداء يوم الجمعة فهو حلال وضعاً وحرام تكليفاً، فإذا جاز اجتماع الحرمة التكليفية مع الحلية الوضعيةّ وبالعكس، كيف يمكن أن يُراد من الحلية في الآية الأعمّ من التكليفية والوضعية؟!»<sup>(١)</sup>.

الوجه السابع: وجود روايات تؤكّد أنّ المقصود من الحلية والحرمة في الآية هو خصوص الحلية والحرمة التكليفيين لا الوضعيين، ومن هذه الروايات: **أولاً:** رواية عمر بن يزيد قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إنّ الناس يزعمون أنّ الربح على المضطرّ حرام وهو من الربا، فقال: وهل رأيت أحداً اشترى - غنياً أو فقيراً - إلا من ضرورة؟! يا عمر قد أحلّ الله البيع وحرم الربا، فابح ولا تربه، قلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلان بمثل»<sup>(٢)</sup>.

حيث إنّ السائل بقوله: «إنّ الربح على المضطرّ حرام» أسند الحرام إلى الحرمة التكليفية بمعنى عدم جواز الأكل بالتصرّف، لا الحرمة الوضعيةّ، والإمام عليه السلام أجابه بحسب ارتكازه هذا.

(١) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد، لمحمّد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٥٢.  
 (٢) كتاب من لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق، ج ٣ ص ٢٧٨، باب كراهية بيع اللحم بالحيوان الحيّ أو المذبوح. تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي، ج ٧ ص ١٨ باب فضل التجارة وأدائها. وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٧ ص ٤٤٧ باب جواز مبايعة المضطرّ والربح عليه على كراهية.

ثانياً: رواية هشام بن الحكم أنه سأل الإمام الصادق عليه السلام عن علة تحريم الربا فقال: «إنه لو كان الربا حلالاً لترك الناس التجارات وما يحتاجون إليه، فحرم الله الربا ليفرّ الناس من الحرام إلى الحلال وإلى التجارات وإلى البيع والشراء فيبقى ذلك بينهم في القرض»<sup>(١)</sup>.

فلسائل هنا أيضاً سأل عن الحرمة التكليفية، والإمام عليه السلام أجابه بذلك أيضاً، فتأمل.

ولأجل ذلك كلّه قال الشيخ الوحيد الخراساني: «الحق أن الحلّية المذكورة في الآية هي الحلّية التكليفية دون الوضعية، كما يدلّ عليها ظاهر الآية وقريته صدرها وذيلها، إلا أنه ينبغي معرفة أن الحلّية التكليفية إذا تعلقت بالأمر الاعتبارية تكون ناظرة عرفاً إلى الآثار المترتبة على المتعلّق»<sup>(٢)</sup>.

### ٣. صحّة الاستعمال في كليهما

الطائفة الثالثة تبني رأيها على أن المعنى اللغوي للحلّية هو الإرسال والإطلاق في مقابل المنع والحجر في الحرمة<sup>(٣)</sup>، فيكون معنى الآية: أن الله تعالى قد رخص في إيجاد البيع وأرسله وأطلقه ولم يمنع عنه بخلاف الربا فإنه قيده ومنع عن إيجاده، ولا شك أن هذا المعنى للحلّ والحرمة يجتمع مع كلّ من الحكم التكليفي والوضعي. قال السيّد الخوئي قدّس سرّه: «إن معنى الحلّ في اللغة هو الإطلاق والإرسال... ويقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع والحجر، ولا ريب أن الحلّ بهذا

(١) كتاب من لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق، ج ٣ ص ٥٦٧ في علل بعض الأحكام. وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٨ ص ١٢٠ باب تحريم الربا.

(٢) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، للأخصاري القمي، ج ١ ص ٢٥٣.

(٣) ذكر بعض المحققين أن الأصل في مادّة (الحلّ) هو رفع العقد والمنع، وإليه ترجع كلّ المعاني المستعملة المذكورة للحلّ في كتب اللغة. (راجع: التحقيق في كلمات القرآن الكريم، الشيخ حسن المصطفوي، ج ٢ ص ٢٧٢).

المعنى يناسب الحلّية الوضعية والتكليفية كليهما.

وعليه فكما يصح استعمال لفظ الحلّ في خصوص الحلّية الوضعية أو والتكليفية كذلك يصح استعماله في كليهما معاً، ويختلف ذلك حسب اختلاف الموارد والقرائن، وهكذا الحال في لفظ التحريم الذي هو مقابل الحلّ، فإنه يعمّ التحريم الوضعي والتحريم التكلفي كليهما، وإرادة خصوص أحدهما دون الآخر في بعض الموارد من ناحية القرائن الحالية أو المقالية<sup>(١)</sup>.

هذا كلّ على مستوى الدلالة الوضعية، وأمّا بحسب الدلالة التصديقية ومراد الشارع من الحلّية في خصوص الآية الكريمة، وكون المقصود منها المعنى الوضعي العامّ أو خصوص إحدى الحلّيتين التكليفية أو الوضعية فقد اختلفوا في ذلك إلى عدّة آراء:

الرأي الأوّل: مع وجود القرينة على إرادة خصوص إحداهما التكليفية أو الوضعية تحمل الحلّية في الآية الكريمة على القدر المشترك الجامع بينهما، فيكون المقصود منها الحلّية التكليفية بمعنى الجواز، والحلّية الوضعية بمعنى الصحة في نفس الوقت.

ولعلّ هذا هو رأي السيّد اليزدي قدّس سرّه حيث قال في حاشيته: «فإن كان المراد الحلّية التكليفية.. فيدلّ على المدعى أيضاً بالتزام العرفي.. وإن كان المراد الحلّية الوضعية أو الأعمّ على ما هو الأظهر، ولا ينافيه المقابلة لإمكان إرادة الأعمّ من المقابل أيضاً فدلالته على المدعى بالمطابقة»<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال ما تقدّم يتّضح أنّ ما ذكره المحقّق الإيرواني قدّس سرّه بقوله: «إلا أن.. يحمل الحلّ والحرمّة جميعاً على ما يعمّ الوضعي والتكلفي، وفي جواز

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١٠٥.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ج ١ ص ٢٤٠.

هذا نظر لعدم القدر المشترك<sup>(١)</sup> لا وجه له<sup>(٢)</sup>.

الرأي الثاني: هو ما التزم به السيد الخوئي من أن الحلية وإن كانت وضعاً تشمل كلاً من الحلية التكليفية والوضعية إلا أن صحة الاستعمال في كليهما معاً يختلف بحسب اختلاف الموارد والقرائن، وبمعنى آخر يختلف باختلاف المتعلق بحسب مناسبات الحكم والموضوع، «فإذا أُسند في كلام الشارع إلى الأفعال أو الموضوعات الخارجية أُريد به الحل من حيث التكليف وعدم العقاب، وإذا أُسند إلى الاعتبارات العرفية كالبيع أُريد به الصحة والنفوذ بمناسبة الحكم والموضوع، كما أن الحرمة أيضاً كذلك تجتمع مع كل من التكليف والوضع بحسب اختلاف الموارد»<sup>(٣)</sup>.

وبما أن الحلية في الآية متعلقة بأمرٍ اعتباري وهو البيع، فهذا يشكّل قرينة على أن الآية تدل بالمطابقة على الحلية الوضعية وصحة البيع ونفوذه، وكذا الأمر بالنسبة لحرمة الربا<sup>(٤)</sup>.

وذهب إلى هذا الرأي أيضاً بعض الأعلام كالسيد محمد كاظم الشيرازي قدس سره حيث ذكر: «أنه لا وجه للتأمل في ظهور الآية في نفوذ البيع وصحته

(١) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤٢.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيدي، ج ٢ ص ١٠٦.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٧.

(٤) راجع: التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيد الخوئي، للشيخ علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٧. محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث السيد الخوئي، للسيد علي الشاهرودي، ج ٢ ص ٥٤. لكن يُلاحظ أن هذه النتيجة التي ذكرها السيد الخوئي قدس سره في هذين الكتاين لا تتوافق مع ما ذكره في مصباح الفقاهة الذي انتهى فيه إلى أن الآية الكريمة تدل دلالة مطابقتية على جواز البيع تكليفاً وعلى نفوذه وضعاً، فيرجع ما ذكره فيه إلى الرأي الأول المتقدم. (راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيدي، ج ٢ ص ١٠٧).

وترتب الأثر عليه، لأنّ الحلّ بمعناه العرفي مفهوم جامع بين الحلّ الوضعي والتكليفي لأنّه يقابل الضيق وعدم المضيّ، فيقابلة السعة والمضيّ، وهو في كلّ شيء بحسبه، فمضيّ البيع نفوذه وسعته وحليّته»<sup>(١)</sup>.

وللسيد الخميني قدّس سرّه كلام قد يفهم من مضمونه ما يقرب من هذا الرأي حيث قال: «وليعلم أنّ كلّاً من الأمر والنهي والوجوب والحرمة له من المعنى في تعلّقه بهذه العناوين، ما له في تعلّقه بشرب الخمر مثلاً، فالنهي عن الربا وشرب الخمر قد استعمل في الزجر على السواء، غير أنّه إذا تعلّق بأمر نفسيّ تبادرت منه كراهة وجوده وتحقّقه، وإذا تعلّق بما يرتبط بغيره تبادرت منه المانعيّة له، هكذا يفهم العرف في كلا المقامين، وليقس عليه حال الأوامر والوجوبات والتحرّيمات. عبارة أخرى: إنّ المستعمل فيه واحد في كلّ مقام، وإنّما تكون الخصوصيّات من اختلاف المتعلّقات»<sup>(٢)</sup>.

كما ذكر قدّس سرّه في محلّ آخر ردّاً على القائلين باستعمال الحليّة والحرمة بمعنى الحكم الوضعي أو التكليفي، وردّاً على أصحاب الرأي الأوّل القائلين بإرادة القدر المشترك ما حاصله: «لكن لا بمعنى استعمالهما في الحكم الوضعي أو التكليفي كما يُتخيّل، بل بمعنى استعمالهما في معناهما اللغوي؛ أي: المنع وعدمه، أو المنع والرخصة، وإنّما يفهم التكليف والوضع بمناسبات الحكم والموضوع»<sup>(٣)</sup>. وأضاف من باب التشبيه: «كما أنّ الأمر كذلك في صيغة الأمر والنهي، فإنّهما في الوضعيّات والتكليفيّات تستعملان في معنى واحد، هو المعنى اللغوي؛ أي: البعث والزجر، لكنّهما إنّ تعلّقاً بالعناوين النفسية - كالصلاة والخمر - يفهم

(١) بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمّد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٤٢.

(٢) البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد حسن الظاهري الحّرّم آبادي، ج ١ ص ١١٥.

(٣) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٩٣.

منهما أن المطلوب والمبغوض نفسيهما، وأن البعث والزجر تكليفيان<sup>(١)</sup>.  
ثم عمم قدس سره ما ذكره على عناوين كثيرة مثل الحل، والحرمة، والوجوب،  
والجواز، والمنع، والرخصة وغيرها، إلى أن وصل أخيراً إلى النتيجة التالية وهي: أن  
«قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، وقوله: (حلت الصلاة في كذا)، وقوله: (حرم البيع  
الربوي)، وقوله: (حرم الصلاة في كذا) كقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ  
عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ (الأعراف: ١٥٧) في كون الاستعمال في الجميع إنما هو في المعنى  
اللغوي الحقيقي، وإن اختلفت في إفادة الوضع والتكليف بلحاظ المتعلقات.

فقول بعضهم: إن الحل في الآية الكريمة استعمل في القدر المشترك بين  
الوضع والتكليف، كأنه في غير محله في المقام وسائر المقامات<sup>(٢)</sup>.

نعم، مناسبات الحكم والموضوع عند السيد الخميني قدس سره تختلف عما  
هي عند السيد الخوئي قدس سره، حيث يرى السيد الخميني أن الآية إن كانت  
في مقام نفي التسوية بين الزيادتين والربحين تكون الحلية تكليفية، وإن كانت  
تنفي التسوية بين نفس المعاملتين تكون وضعية.

الرأي الثالث: هو ما ذهب إليه بعض المحققين المعاصرين من أن الحلية  
والحرمة في الآية الكريمة وإن كانت وضعا وعم كلاً من التكليفي والوضعي، إلا  
أنه توجد قرينة على إرادة خصوص الوضعي منهما، وهي المقابلة بين حلية البيع  
وحرمة الربا، وذلك بأن يقال: «إن مراده بالحرمة هو المنع والحجر، في مقابل  
الإطلاق والإرسال، فالمراد بحرمة الربا هو المنع عنها، وعدم نفوذ البيع فيها..  
وهذا يصلح لأن يكون قرينة على إرادة الحل الوضعي وهو نفوذ البيع من  
﴿أَحَلَّ﴾ ويقابله حرمة الربا، فيراد بها عدم النفوذ.

(١) كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٩٣.

(٢) المصدر نفسه، ج ١ ص ٩٤.

فحاصل المعنى: أنّ البيع نافذ، والربا غير نافذ، فبالقرينة المقامية يتعيّن إرادة الحلية الوضعية من ﴿أَحَلَّ﴾ والحرمة الوضعية من ﴿حَرَّمَ الرَّبَا﴾<sup>(١)</sup>.

### أضواء على النصّ

• قوله قدّس سرّه: «ويدلّ عليه أيضاً عموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾». أي: ويدلّ على ما ذهب إليه المحقّق الكركي قدّس سرّه ومن تبعه من الأعلام على تحقّق الملكيّة بالمعاطاة إضافة إلى السيرة المتقدّمة العموم في هذه الآية الكريمة، والمقصود من العموم هنا ليس معناه الاصطلاحي في علم الأصول المقابل للإطلاق، بل المراد به معناه اللغوي من الشمول الصادق على كلّ من العموم الوضعي والإطلاق الحكمي.

• قوله قدّس سرّه: «حيث إنّه يدلّ على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع». بعد تقدير التصرفات، كمتعلّق حلية البيع، يكون العموم الناشئ من حذف هذا المتعلّق دالّاً على حلية جميع التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة سواء كان متوقفاً على الملك أم لا.

• قوله قدّس سرّه: «بل قد يقال...». هذا ترقُّق منه في المقام، وهو بداية الشروع في التقريب الثالث للاستدلال، والذي ذكرناه في الشرح، ووجه هذا الترقُّق أنّ استظهار صحّة البيع المعاطاتي بالدلالة المطابقيّة من الآية الكريمة أولى من استظهارها بالدلالة الالتزاميّة المتفرّعة على تماميّة الدلالة المطابقيّة، فلو نوقش في الدلالة المطابقيّة للآية من حلية التصرفات المترتبة على البيع يمتنع حينئذ إثبات الصحّة والمملكيّة للمعاطاة، بخلاف ما لو كانت الصحّة والمملكيّة مستفادة من المطابقة، وعليه فدلالة الآية على الحكم الوضعي بالمطابقة أقوى من دلالتها على الحكم الوضعي بالالتزام.

(١) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣٧٨-٣٧٩.



• قوله قدس سره: «لكنه محل تأمل». أي: إن دلالة الآية الكريمة بالمطابقة على الحكم الوضعي بالنفوذ والصحة والمملكية للمعاطاة محل تأمل، ولقد أوضحنا في الشرح الوجه في هذا التأمل.

• قوله قدس سره: «وأما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة». هذه العبارة ترجع إلى أصل استدلال الشيخ الأعظم قدس سره على مملكية المعاطاة بالآية الكريمة لا إلى قوله: (بل قد يقال)، والمقصود فيها: أن القول بعدم تمامية صغرى القياس الاستثنائي في قولنا: المعاطاة بيع، وكل بيع محل التصرف فيه لقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾. فالمعاطاة محل التصرف فيها، فيستلزم صحتها وضعاً، غير صحيح، لأن صدق مفهوم البيع على المعاطاة عرفاً من الأمور الواضحة التي لا يعترضها شك، وإحراز الموضوع في الخطابات الشرعية الموجهة إلى العرف إنما هو بنظر العرف، فعدم التصديق بذلك ودعوى خلافه مكابرة واضحة.

• قوله قدس سره: «وأما دعوى الإجماع في كلام بعضهم..». هذا دفع دخل مقدّر على العبارة السابقة، من أن منع صدق البيع على المعاطاة عرفاً مكابرة، وحاصله: أن الإجماع المدعى من قبل بعض الأصحاب كالسيد ابن زهرة قدس سره على عدم كون المعاطاة بيعاً ينافي ما ادّعي من صدق مفهوم البيع عليها المتوقّف عليه الاستدلال بالآية الكريمة.

• قوله قدس سره: «فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التي هي إحدى العقود، ولذا صرح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع». أي: إن متعلّق الإجماع المدعى في كلمات الأصحاب إنما هو على نفي البيعة عن المعاطاة كمعاملة صحيحة مقتضية بحسب طبعها التأثير في تحقّق الملكية الموصوفة باللزوم، لا أن إجماعهم على نفي صدق البيع كمفهوم على المعاطاة، وهذا هو الظاهر من عباراتهم، فاشتراط الإيجاب من البائع والقبول من المشتري في صحة البيع معناه نفي صحته شرعاً مع تخلف شرط الصيغة، لا نفي البيعة عرفاً من

الأساس، وإلا لو كان المقصود نفي البيعة عرفاً لكان اللازم التمسك بذلك بدلاً من التمسك بالإجماع، لأنّ عدم الصدق العرفي من قبيل عدم المقتضي، وهو مقدّم على الإجماع الذي هو من قبيل المانع.

• قوله قدّس سرّه: «ودعوى أنّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها». هذا دفع دخل حاصله: إنّك استظهرت من عبارات الأصحاب المدّعين للإجماع نفيهم البيع كعاملته صحيحة عن المعاطاة لا نفي مفهوم البيع عنها، وعليه تكون المعاطاة عندهم بيعاً فاسداً، لكن قد يقال: إنّ البيع الفاسد ليس بيعاً حقيقياً عند الأصحاب، فلا يصدق مفهوم البيع عليها، وبالتالي لا تدخل في موضوع الآية الكريمة، فلا يمكن الاستدلال على صحّة المعاطاة بها.

ودفعه أنّه مع قول المحقّق الكركي قدّس سرّه في المعاطاة من «أتمّ بيع بالاتّفاق حتّى من القائلين بفسادها»<sup>(١)</sup> كيف نسلم بدعوى أنّ الأصحاب يذهبون إلى عدم صدق البيع على الفاسد منه؟! خاصّة أنّ حقيقة البيع كما ذكر الشيخ الأعظم قدّس سرّه هو إنشاء تمليك عين بهال<sup>(٢)</sup>، وهذه الحقيقة موجودة في البيع الصحيح والفاسد على السواء.

كما يمكن القول أيضاً أنّ الشيخ الأعظم تقدّم منه قبيل بحث المعاطاة «أنّ البيع وشبهه في العرف.. لا يستعمل حقيقة إلاّ فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظرهم، ثمّ إذا كان مؤثراً في نظر الشرع كان بيعاً عنده، وإلاّ كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف»<sup>(٣)</sup>، وعليه فالبيع الفاسد بيع حقيقة إلاّ أنّه باطل عند الشرع وغير مؤثّر في نظره.

(١) جامع المقاصد، المحقّق الكركي، ج ٤ ص ٥٨.

(٢) راجع: كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ١١.

(٣) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٢٠.

## الفصل الرابع

### أدلة ملكية المعاطاة / ٣. آية التجارة

- الأمر الأوّل: المقصود من (التجارة) في الآية
- الأمر الثاني: المقصود من (الباطل) في الآية
- الأمر الثالث: المقصود من (الأكل) في الآية
- الأمر الرابع: طبيعة الاستثناء في الآية
- الأمر الخامس: حقيقة النهي عن المستثنى منه في الآية
- تقريب الاستدلال بالآية على ملكية المعاطاة.



قال الشيخ الأنصاري قدس سره:  
ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ  
تَرَاضٍ﴾ (النساء: ٢٩).

## الشرح

من الأدلة التي استدلت بها أيضاً على صحة المعاطاة ونفوذها وإفادتها للملكية قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ..﴾ (النساء: ٢٩)، وتقريب الاستدلال إجمالاً: أن الآية تشتمل على النفي والاستثناء، وبالنفي تدل على حرمة أكل المأخوذ بالطريق الباطل، وبلاستثناء تدل على حلية المأخوذ بطريق التجارة عن تراضٍ، وبما أن المعاطاة من مصاديق التجارة فتكون مشمولة بالحلية، وهو المطلوب.  
 أما تقريب الاستدلال تفصيلاً فهو يتوقف على بيان أمور:

### الأمر الأول: المقصود من (التجارة) في الآية

التجارة لغة: إما خصوص البيع والشراء، أو مطلق المعاملة التي يقصد منها الربح بحسب اختلاف كلمات أهل اللغة.  
 قال ابن منظور: «تَجَرُّ يَتَجَرُّ تَجَرًّا وَتِجَارَةً: باع وشري، وكذلك التَّجَرُّ وهو افْتَعَلَ، وقد غلب على الحَمَار... ورجلٌ تاجرٌ، والجمع تِجَارٌ، بالكسر والتخفيف، وتُجَارٌ وتُجَّرٌ مثل صاحب وصَحْبٍ»<sup>(١)</sup>.  
 وقال الفيروزآبادي: «التاجر: الذي يبيع ويشترى، أو بائع الخمر»<sup>(٢)</sup>.  
 بينما عند الراغب الأصفهاني: «التجارة: التصرف في رأس المال طلباً للربح، يقال: تاجر يتجر، وتاجر وتجر كصاحب وصحب»<sup>(٣)</sup>.

(١) لسان العرب، ابن منظور، ج ٤ ص ٨٩.

(٢) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ج ١ ص ٣٩٧.

(٣) مفردات الفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني، ص ١٦٤.

وقال الطريحي: «التجارة بالكسر هي انتقال شيء مملوك من شخص إلى آخر بعوض مقدّر على جهة التراضي، أخذ من تجر يتجر تجراً من باب قتل فهو تاجر، والجمع: تجر، كصاحب وصحب، وتجار بالضم والتشديد وبكسرهما مع التخفيف، والمتاجر: جمع متجر من التجارة، ومنه قول الفقهاء: كتاب المتاجر»<sup>(١)</sup>.  
واختلف الفقهاء أيضاً في معنى التجارة تبعاً لاختلاف أئمة اللغة، حيث ذهب بعضهم إلى أنّها خصوص البيع والشراء بقصد تحصيل الربح، كما عن الشيخ التبريزي قدس سرّه<sup>(٢)</sup>.

بينما ذهب البعض الآخر إلى أنّها مطلق المعاملة المقصود فيها الربح ولا اختصاص لها بالبيع، كما عن السيّد الخميني والسيّد الميلاني قدس سرّهما<sup>(٣)</sup>.  
بل يرى السيّد الخميني قدس سرّه أنّه حتّى على القول أنّ التجارة في اللغة هي خصوص البيع والشراء لكن مع ذلك يمكن التعميم إلى غيرها من المعاملات التي يُقصد منها التكبّب كالصلح والإجارة، بل وإلى كلّ ما له مساس بالأموال على نحو الاحتمال كالحيازة والصيد ونحوهما، وذلك لأنّ العرف والعقلاء لا يرون خصوصية للبيع في الآية على فرض تقديره<sup>(٤)</sup>، وإنّما أخذ موضوعاً في الآية لكونه هو الفرد الغالب والشائع.

قال قدس سرّه: «ثمّ إنّ مع غصّ النظر عن التعليل المتقدّم وإفادة خصوص البيع من التجارة يمكن أن نقول: إنّ المقصود من التجارة في الآية وإن كان

(١) مجمع البحرين، الشيخ فخر الدين الطريحي، ج ٣ ص ٢٣٣.

(٢) راجع: إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٤٩.

(٣) راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ١٠٠. كتاب البيع، تقرير بحث السيّد محمّد هادي الميلاني، للسيّد علي الميلاني، ج ١ ص ١٧٢.

(٤) فيكون حاله كحال ما لو قال زرارة مثلاً في رواية: (يسقط على ثوبي دم رعاف)، فالعرف لا يرى في ذلك خصوصية لكلّ من الثوب ودم الرعاف وزرارة.

٤٣٢ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

البيع، إلا أنه لا خصوصية فيه، بل لأنه السبب الشائع في تحصيل المال، والوجه في ذلك أن العقلاء لا يفهمون خصوصية ما للبيع ليكون غيره من الأسباب كافة باطلاً<sup>(١)</sup>.

هذا والظاهر أن المقصود من التجارة هو كل معاملة يُراد منها الربح سواء كانت بيعاً وشراءً أو غيرها من المعاملات الكسبية، ولذا جاء ذكرها في مقابل البيع في الآية الكريمة ﴿لَا تُلْهِمُهُمْ تِجَارَةً وَلَا يَبِيعُ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ (النور: ٣٧)، فالتجارة أعم من البيع وهو مصداق لها<sup>(٢)</sup>.

بل قد يقال بمنع اعتبار طلب الربح في مفهوم التجارة، كما ذكر ذلك صاحب الجواهر قدس سره حيث قال: «المراد بها (التجارة) هنا: مطلق المعاوضة، نحو قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.. مع إمكان منع اعتبار الاسترباح في مفهومها، وكأنه اشتباه من اعتباره في مفهوم الإتجار، بمعنى اتّخاذ التجارة حرفةً ومكتسباً»<sup>(٣)</sup>.

وعلى أي حال فأعمية معنى التجارة وأخصيته لن تؤثر في الاستدلال في الآية لأن المعاطاة باعتبارها بيعاً عرفاً داخلةً في ضمن التجارة حتماً. ويحتل في إعراب كلمة (التجارة) في الآية ثلاثة احتمالات تبعاً لاحتمال أن يكون الفعل (تكون) تاماً أو ناقصاً:

الاحتمال الأول: نصب التجارة - كما عن عاصم وحمزة والكسائي - على أن تكون سادةً مسدّ خبر الفعل الناقص، ليكون معنى الآية: (إلا أن تكون الأموال أموال تجارة عن تراضٍ)، ولازم ذلك التقدير.

(١) كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٨٧.

(٢) راجع: كتاب المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للآملي، ج ١ ص ١٣٥.

(٣) جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، ج ٢٢ ص ٦.



الاحتمال الثاني: نصب التجارة على أن تكون خبراً للفعل الناقص، ليكون معنى الآية: (إلا أن تكون الأموال تجارة عن تراضٍ)، ولازم ذلك الادعاء.  
الاحتمال الثالث: رفع التجارة - كما عن الكوفيين - على أن يكون فاعلاً للفعل التام، ليكون معنى الآية: (إلا أن تقع تجارة عن تراضٍ).

### الأمر الثاني: المقصود من (الباطل) في الآية

(الباطل) لغة ما يقابل الحق، فمعناه ما لا ثبات له ولا واقعية وراءه، لذا فهو لا يلبث أن يزول ويمحى، وإلى هذا المعنى يرجع ما ذكره أعلام اللغة، حيث قال الفيومي: بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً: فسد أو سقط حكمه، فهو باطل.. ويتعدى بالهمزة فيقال أبطلته، وذهب دمه بطلاً، أي: هدرًا<sup>(١)</sup>.  
وقال ابن فارس: «بطل: أصل واحد وهو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه.. وسمي الشيطان الباطل لأنه لا حقيقة لأفعاله، وكل شيء منه فلا مرجوع له ولا معول عليه»<sup>(٢)</sup>.

والشاهد على هذا المعنى قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَأَنَّ مَا يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ هُوَ الْبَاطِلُ وَأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْعَلِيُّ الْكَبِيرُ﴾ (الحج: ٦٢)، فالمراد من الحق هنا هو الثابت الواقعي الذي لا زوال له، وجعل الباطل في قبالة.  
وكذا قوله تعالى: ﴿وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَرَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾ (الإسراء: ٨١).

هذا ولقد اختلف الفقهاء في أن المقصود من (الباطل) في الآية الكريمة محل البحث هل هو الباطل الشرعي أم العرفي؟ بدعوى بعضهم أنه إن كان المقصود هو الباطل الشرعي سقط الاستدلال بالآية على المطلوب.

(١) المصباح المنير، الفيومي، ج ١ ص ٥٢.

(٢) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ج ١ ص ٢٥٨.

فذهب السيّد الخميني قدّس سرّه إلى أنّ المقصود من (الباطل) في الآية هو خصوص الباطل العرفي لا الشرعي، بتقريب أنّ المفاهيم الموجودة في الخطابات الشرعيّة الموجهة إلى العرف تُحمل على الفهم العرفي، ولا اصطلاح للشرع فيها، فالمراد من الباطل ما أبطله العرف لا ما هو باطل عند الشرع، وكلّ سبب باطل في نظر العرف يكون من مصاديق الباطل في نظر الشارع، وهذا هو ظاهر كلّ عنوان أُخذ في موضوع الأحكام الشرعيّة<sup>(١)</sup>.

وتبعه في ذلك الشيخ المنتظري قدّس سرّه مستظهراً هذا الرأي بقوله: «أو يراد بها مطلق ما يصدق عليه عنوان الباطل كما هو الظاهر من اللفظ؛ إذ الخطابات المتوجّهة إلى الناس تحمل بموضوعاتها ومتعلّقاتها وقيودها على المفاهيم العرفيّة المتبادرة عندهم. والعقلاء أيضاً يحكمون بفطرتهم ببطلان بعض الأسباب وكونها ظالمة باطلة عند العقل الصريح، نعم من جملة مصاديقها أيضاً ما حكم الشرع ببطلانه تخطئة للعقلاء وتوسعة للموضوع من باب الحكومة؟ الظاهر هو الثاني»<sup>(٢)</sup>.

ثمّ استدللّ عليه بما حاصله: أنّ «كون الآية ناظرة إلى الأدلّة الأخر خلاف الظاهر جدّاً. وظاهر القضية كونها حقيقية ما لم يكن دليل على إرادة الخارجية. مضافاً إلى أنّ جعل الآية ناظرة إلى تلك الأدلّة الشرعيّة يوجب حمل النهي فيها على التأكيد والإرشاد المحض، نظير قوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ﴾، وهذا خلاف ظاهر النهي لظهوره في التأسيس والمولويّة»<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ١٠١. البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيّد حسن الظاهري الحرّم آبادي، ج ١ ص ١١٩. كتاب البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيّد محمّد الصدر، ج ١ ص ٨٧. المكاسب المحرّمة، الإمام الخميني، ج ١ ص ٨٨.

(٢) دراسات في المكاسب المحرّمة، الشيخ المنتظري، ج ١ ص ١٦.

(٣) المصدر نفسه، ج ١ ص ١٦.

كما يظهر أنّ هذا الرأي هو متبنّى السيّد الفشاركي قدّس سرّه أيضاً، حيث ذكر أنّ الذي يميّز المفاهيم ويشخصها هو العرف، وذلك لأنّ «الشارع في مخاطباته جارٍ على مسلك العرف، ومنزّل نفسه منزلة أحدهم، ولازم ذلك إذا كان موضوع حكمه من الأمور التي تحقّقها منوط باعتبار الاعتبارين وحكم الحكّام، وكان للعرف اعتبار وحكم، فالمناط تدركه عقولهم بحيث متى تحقّق ذلك الاعتبار والحكم في مورد، كان ذلك الموضوع الذي حمل الشارع عليه الحكم محقّقاً عندهم أن يكون مراداً من خطابه الحكم على تلك المصاديق التي بيد العرف، أو يبيّن أنّ الملاك في تشخيص مصاديق ذلك الموضوع غير تأييد العرف»<sup>(١)</sup>.

ولعلّ هذا هو ما اختاره الشيخ حسين الحلّي قدّس سرّه، حيث قال ردّاً على من جعل التجارة عن تراضٍ - التي هي المقابل للباطل - الأسباب الشرعية التي جعلها الشارع المقدّس: «الظاهر بقريته المقابلة في الآية الشريفة بين أكل المال بالباطل وأكله بالتجارة كما في صريح الآية، والتي هي معاملة حاصلة برضاء الطرفين هو أنّ المراد بأكل المال بالباطل هو أكله بغير طريق المعاملة الواقعة برضاء الطرفين: فكُلّ معاملة واقعة برضاء الطرفين هي داخلية في القسم الثاني»<sup>(٢)</sup>، ولا شك أنّ المعاملة الواقعة بغير رضا الطرفين. معاملة باطلة عند العرف، فتكون باطلة تبعاً عند الشرع.

لكن أورد على هذا الرأي: أنّ الخطابات الشرعية وإن كان من المفروض إرجاع موضوع الحكم فيها إلى العرف إلاّ أنّه في خصوص المقام لا يمكن ذلك، لأنّ كلمتي (الحقّ) و(الباطل) وإن كان مفهوماً واضحاً لكنّ تشخيص مصداقيهما خارجاً ممّا وقع الخلاف فيه لدى العرف، فكثير ممّا هو حقّ عرفاً أبطله الشرع وانكشف أنّه باطل واقعاً، وكذا العكس.

(١) الرسائل الفشاركية، السيّد محمّد الفشاركي، ص ٤٤٩.

(٢) بحوث فقهية، الشيخ حسين الحلّي، ص ٥٩.

والشاهد على ذلك بعض الروايات، كالمروِّي عن الإمام الباقر عليه السلام، حيث ذكر الطبرسي قدس سره في تفسيره للآية: «أَنَّ» في قوله: ﴿بِالْبَاطِلِ﴾ قولان: أحدهما أنه الربا والقمار والبخس والظلم، عن السدي، وهو المروي عن الباقر عليه السلام<sup>(١)</sup>.

وما ذكر من أن الذي يظهر من الرواية كون الربا من الباطل حكماً لا موضوعاً فلا تكشف عن كون المراد من الباطل في الآية الباطل الشرعي<sup>(٢)</sup> مما لا يمكن المساعدة عليه، بل الربا باطل واقعاً وعقلاً وإن لم يساعد على ذلك العرف<sup>(٣)</sup>.

وعليه فكلام بعضهم من أن (تطبيق الموضوعات القرآنية في أخبارنا على بعض المصاديق لا يدل على الحصر. وقد يذكر مورد نزول الآية بعنوان التفسير، ولكن أحكام القرآن عامة لا تختص بمورد دون مورد. وقد نادى بذلك الأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام. هذا مضافاً إلى أن القمار بنفسه مما يحكم العقلاء أيضاً ببطلانه إذا خلوا وفطرتهم السليمة، ولذا يذمون من خسر ماله في طريقه)<sup>(٤)</sup> لا يخلو إجمالاً - في مقامنا - من تأمل.

ولعله لأجل ذلك ذهب المحقق الأردبيلي قدس سره الى أن المقصود من (الباطل) في الآية خصوص الباطل الشرعي لا العرفي، حيث قال في بيان المراد من ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾: «أي: لا بتصرف بعضكم في أموال البعض بغير وجه شرعي مثل الربا والغصب والقمار، ولكن تصرفوا فيها بطريق

(١) تفسير مجمع البيان، الشيخ الطبرسي، ج ٣ ص ٦٨.

(٢) راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ١٠١.

(٣) راجع: كتاب البيع، السيد مصطفى الخميني، ج ١ ص ٥٠.

(٤) دراسات في المكاسب المحرمة، الشيخ المنتظري، ج ١ ص ١٧-١٨.

شرعي وهو التجارة عن تراضٍ من الطرفين وغير ذلك»<sup>(١)</sup>.

أما عند السيد الطباطبائي قدس سره: «فتفيد الجملة - أعني قوله: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ﴾: بعد تقييدها بقوله: ﴿بِالْبَاطِلِ﴾ - : النهي عن المعاملات الناقلة.. وهي المعاملات الباطلة في نظر الدين كالربا والقمار والبيع الغرريّة كالبيع بالحصاة والنواة وما أشبه ذلك»<sup>(٢)</sup>.

ولا يظهر أنّ هذا الرأي هو مختار السيد الخوئي قدس سره<sup>(٣)</sup> وإن احتمله البعض<sup>(٤)</sup>.

وعليه فالظاهر أنّ المراد من (الباطل) في الآية: كلّ ما لا سبب له واقعاً للأكل والتصرّف، بخلاف (الحق).

ومع ذلك يمكن القول أنّ الاستدلال بالآية يتمّ سواء قلنا أنّ المقصود من الباطل هو الشرعي أم قلنا أنّه العرفي، لأنّ الشارع قد استثنى (التجارة عن تراضٍ) وجعلها من مصاديق الحقّ واقعاً، ومن الواضح أنّ المعاطاة يصدق عليها أنّها تجارة عرفاً، والقول بغير ذلك مكابرة محضه<sup>(٥)</sup>، ولا ملازمة بين القول بـ(الباطل الشرعي) و(التجارة) الشرعيّة، وعليه فما قيل من أنّه «لو أريد به (الباطل) ما هو بغير الوجه الشرعي، ومن مقابله (الحق) ما هو الوجه الشرعي.. فيسقط الاستدلال بها (بالآية) على البيع فضلاً عن غيره، لأنّه مع

(١) زبدة البيان في أحكام القرآن، المحقّق الأردبيلي، ص ٤٢٧.

(٢) الميزان في تفسير القرآن، السيّد محمد حسين الطباطبائي، ج ٤ ص ٣١٧.

(٣) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للميرزا محمد علي التوحيد، ج ٢ ص ١١٥-١١٦.

(٤) راجع: دراسات في المكاسب المحرّمة، الشيخ المنتظري، ج ١ ص ١٥.

(٥) راجع: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث الميرزا النائيني، للخونساري، ج ١ ص ١٢٤.

الشك في اعتبار شيء فيه تصوير الشبهة مصداقية<sup>(١)</sup> لا صحة له.

### الأمر الثالث: المقصود من (الأكل) في الآية

(أكل) الشيء لغةً: تناوله بما يزيل معه الهيئة الصورية للمأكول، وهذا المعنى هو المتضمن في كلمات أهل اللغة.

قال ابن فارس: «أكل: باب تكثر فروعه، والأصل كلمة واحدة معناها التنقّص.. وفلان ذو أكلة في الناس: إذا كان يغتاهم، والأكل: حظّ الرجل وما يُعطاه من الدنيا»<sup>(٢)</sup>.

وقال الجوهري: «أكلت الطعام أكلاً ومأكلاً.. فلان ذو أكل: إذا كان ذا حظّ من الدنيا ورزق واسع»<sup>(٣)</sup>.

وقال الراغب: «الأكل: تناول المطعم، وعلى طريق التشبيه قيل: أكلت النار الحطب.. ويعبر به عن النصيب فيقال: فلان ذو أكل من الدنيا وفلان استوفى أكله، كناية عن انقضاء الأجل، وأكل فلان فلاناً: اغتابه، وكذا: أكل لحمه، قال تعالى: ﴿أَجِبُّ أَحَدَكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا﴾ (الحجرات: ١٢).. وعبر بالأكل عن إنفاق المال لما كان الأكل أعظم ما يحتاج فيه إلى المال، نحو: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (البقرة: ١٨٨)، وقال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾ (النساء: ١٠)، فأكل المال بالباطل صرفه إلى ما ينافيه الحق، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ (النساء: ١٠)، تنبيهاً على أن تناولهم لذلك يؤدّي بهم إلى النار.. وقد يعبر بالأكل عن الفساد، نحو: ﴿كَعَصْفٍ مَأْكُولٍ﴾

(١) راجع: كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ١٠١.

(٢) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ج ١ ص ١٢٢.

(٣) الصحاح، الجوهري، ج ٤ ص ١٦٢٤.

أدلة ملكية المعاطاة / ٣. آية التجارة ..... ٤٣٩  
(الفيل: ٥)»<sup>(١)</sup>.

ولأجل ذلك احتمل الفقهاء في المراد من (الأكل) الوارد في الآية الكريمة والمضاف إلى الأموال - بعد استبعاد إرادة الأكل الازدرادي كأكل الطعام كما هو واضح - احتمالين<sup>(٢)</sup>:

الاحتمال الأول: المراد من الأكل في الآية الكريمة هو الكناية عن التصرف فيكون معنى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ﴾ أي: لا تتصرفوا بها بالباطل.

الاحتمال الثاني: المراد من الأكل الكناية عن الاتخاذ والتسلط والتملك، فيكون معنى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ﴾ أي: لا تملكوها بالباطل.

رجح بعض الأعلام الاحتمال الأول وأنه هو مراد الشارع من (الأكل) في الآية؛ باعتبار أن (الأكل) بعد عدم إرادة المعنى الحقيقي الظاهر منه وهو الأكل الازدرادي، يُحمل على مطلق التصرف، فأكل المال كناية عن التصرف فيه كما يتصرف في الطعام بأكله.

ومن الذين استظهروا هذا الاحتمال ورجحوه المحقق الهمداني قدس سره حيث قال: «ولا ريب أن جواز الأكل كناية عن جواز مطلق التصرفات، حتى ما كان موجبا لإتلافه»<sup>(٣)</sup>.

والشيخ الأراكي قدس سره بقوله: «والمراد بالأكل ليس هو المضغ، بل مطلق التصرفات ومن جملتها ما يتوقف على الملك كالوطء ونحوه»<sup>(٤)</sup>.

(١) مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني، ص ٨٠.

(٢) راجع: بلغة الطالب في حاشية المكاسب، الشيخ محمد كاظم الشيرازي، ج ٢ ص ٤٤. مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١١٦-١١٧. كتاب

البيع، تقرير بحث السيد محمد هادي الميلاني، للسيد علي الميلاني، ج ١ ص ١٧٢.

(٣) حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني، ص ٢٩.

(٤) كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٩.

وهذا الاحتمال هو مختار الشيخ الأعظم قدس سره؛ بقريئة إرجاع الاستدلال بهذه الآية إلى الآية السابقة التي جعل متعلق الحكم فيها مطلق التصرفات. بينما رجح فقهاء آخرون الاحتمال الثاني وأن المقصود من (الأكل) في الآية هو خصوص التملك والاستيلاء والاتخاذ، «بعناية أن العمدة في تصرف الإنسان في الأشياء هو التغذي بها؛ لأنه أشد ما يحتاج إليه الإنسان في بقائه وأمسسه منه؛ ولذلك سمي التصرف أكلاً، لكن لا كل تصرف بل التصرف عن تسلط يقطع تسلط الغير على المال بالتملك ونحوه، كأنه ينفذه ببسط سلطته عليه والتصرف فيه كما ينفذ الأكل الغذاء بالأكل»<sup>(١)</sup>.

وهذا النحو من الاستعمال متعارف في القرآن الكريم وفي كلمات الفصحاء، بل وفي غير اللغة العربية أيضاً<sup>(٢)</sup>.

قال الميرزا النائيني قدس سره: «إن المراد بالأكل فيها (الآية) ليس هو الازدراء بل المقصود هو أخذ الشيء وجعله تحت التسلط، مثل ما يقال: أكل فلان دار زيد أو فرسه»<sup>(٣)</sup>.

وقال المحقق الإيرواني قدس سره: «التمسك بهذه الآية يكون على وجهين.. الثاني: جعل الأكل كناية عن التملك كما هو الشائع بعد الصرف عن ظاهره.. والوجه الثاني أظهر»<sup>(٤)</sup>.

ولعل هذا الاحتمال هو مختار السيد الخوئي قدس سره حيث ذكره في المحاضرات دون أن يذكر الاحتمال الآخر<sup>(٥)</sup>.

(١) الميزان في تفسير القرآن، السيد محمد حسين الطباطبائي، ج ٤ ص ٣١٧.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للميرزا التوحيد، ج ٢ ص ١١٦.

(٣) المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ محمد تقي الأملي، ج ١ ص ١٣٥.

(٤) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤٤.

(٥) راجع: محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير بحث الخوئي، للسيد علي الشاهرودي، ج ٢ ص ٥٧.



وذكرت لترجيح هذا الاحتمال عدة قرائن منها:

أولاً: إن الظاهر في معنى (الأكل) المضاف إلى الأموال هو الاستيلاء والاتخاذ، وهو متعارف الاستعمال كما ذكر ذلك الشيخ التبريزي قدس سره حيث قال: «إن الأكل في الآية بمعنى التملك والاستيلاء، حيث إن التعبير عنهما بالأكل متعارف، بل هذا ظاهر الأكل المضاف إلى الأموال»<sup>(١)</sup>.

بل إن إرادة التملك من الأكل في الآية أظهر من إرادة التصرف، إذ إن (التجارة عن تراضٍ) إنما هي من الأسباب الناقلة للملك، فالملكية تناسب التجارة لا مجرد جواز التصرفات.

ثانياً: كلمة ﴿بَيْنَكُمْ﴾ الواردة في الآية تدل على وجود تداول وانتقال في المال من يد إلى يد، وهذا يناسب احتمال التملك والاستيلاء.

ولذا قال السيد الطباطبائي قدس سره: «وفي تقييد قوله: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ﴾. بقوله: ﴿بَيْنَكُمْ﴾. الدال على نوع تجمع منهم على المال ووقوعه في وسطهم - إشعاراً أو دلالة - بكون الأكل المنهي عنه بنحو إدارته فيما بينهم ونقله من واحد إلى آخر بالتعاور والتداول...»<sup>(٢)</sup>.

وقال الشيخ المنتظري قدس سره: «وفي قوله (بينكم) الدال على تجمعهم على المال ووقوعه بينهم إشعار بكون المنهي عنه مداورة المال وتداوله بينهم بنقله من يد إلى يد»<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: وجود بعض الروايات التي ترجح هذا الاحتمال، كرواية زياد بن عيسى (أبو عبيدة الحذاء) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عزَّ

(١) إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٥٠.

(٢) الميزان في تفسير القرآن، السيد محمد حسين الطباطبائي، ج ٤ ص ٣١٧.

(٣) دراسات في المكاسب المحرمة، الشيخ المنتظري، ج ١ ص ١٤.

وجلّ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ فقال: كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله فنهاهم الله عز وجل عن ذلك<sup>(١)</sup>.

ونحوها رواية العياشي عن محمد بن علي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تبارك وتعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ قال: «نهى عن القمار، وكانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله فنهاهم الله عن ذلك»<sup>(٢)</sup>.

فإنّ الظاهر منها أنّه تعالى نهاهم عن القمار كسب من أسباب تحصيل الأموال وتملكها، لا أنّ النهي عن مجرد التصرف في الأموال<sup>(٣)</sup>.

وعلى كلّ حال سواء قلنا أنّ (الأكل) قصد منه الكناية عن التملك أم مطلق التصرف يتم الاستدلال بالآية لإثبات المطلوب، نعم منحى الاستدلال وكيفية إثبات الحكم ستختلف باختلاف المقصود، كما سيأتي بيانه قريباً إن شاء الله تعالى.

### الأمر الرابع: طبيعة الاستثناء في الآية

الاستثناء الموجود في الآية الكريمة في قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ يحتتمل فيه احتمالان، بل قولان:

القول الأوّل: أن يكون الاستثناء متصلاً بتجريد المشتق عن أصل المبدأ وجعل الذات متصفة به لكي تدخل (التجارة عن تراض) ضمن جملة آحادها. بعبارة أخرى: «المستثنى منه عبارة عن مطلق أكل الأموال، وكلمة ﴿بِالْبَاطِلِ﴾ خارجة عن المستثنى منه، إنّما جيء بها للدلالة على قسيم المستثنى،

(١) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٥ ص ١٢٢ باب القمار والنهبة. وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٧ ص ١٦٤ باب تحريم كسب القمار.

(٢) تفسير العياشي، محمد بن مسعود العياشي، ج ١ ص ٢٣٦. وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٧ ص ١٦٧ باب تحريم كسب القمار.

(٣) راجع: المكاسب المحرّمة، الإمام الخميني، ج ٢ ص ٢٧.

فالمعنى حينئذ انقسام أكل المال إلى الباطل وغيره، فالباطل هو ما إذا لم يكن تجارة عن تراضٍ، وغير الباطل ما كان بالاكْتساب عن تراضٍ<sup>(١)</sup>.

وبعبارة أوضح: (الباطل) في الآية علة للنهي لمكان الباء السببية، لا أنه قيد للمستثنى منه، فيكون خروج المستثنى (التجارة) عن المستثنى منه خروجاً حكماً لا موضوعياً.

وعليه، يكون مفاد الآية أنه «لا يجوز أكل أموال الناس بأي سبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراضٍ»، فيكون من قبيل قولنا: لا تضرب اليتيم ظمماً إلا تأديباً، فالمقصود: لا تضرب اليتيم فإنه ظلم إلا إذا كان الضرب للتأديب فلا يُعدّ ظمماً ويكون جائزاً، ومن الواضح حينها أن الآية تفيد الحصر، أي: حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن تراضٍ. ذهب إلى هذا الرأي عدد من الأعلام، أبرزهم الميرزا النائيني والسيّد الخوئي قدس سرهما؛ باعتبار أن الاستثناء المتصل هو الظاهر بدوياً من كلّ استثناء ما لم تُنصب قرينة دالة على إرادة المنقطع، كما هو الظاهر من كلمات علماء الأدب وهو الموافق لقواعد اللغة العربية، لأنه عبارة عن إخراج حكمي متفرّع على اندراج المستثنى في المستثنى منه موضوعاً.

وبتعبير آخر: إن الاستثناء الحقيقي معناه الإخراج، ولا يصح إخراج إلا ما كان داخلياً، وعليه فالانقطاع خلاف الأصل ويحتاج إلى القرينة. ولذا قال الميرزا النائيني قدس سره: «وهذا المعنى (انقسام أكل المال إلى الباطل وغيره) هو الأظهر؛ لظهور الاستثناء في الاتصال»<sup>(٢)</sup>. وقال السيّد الخوئي قدس سره: «وعليه فإن كان الاستثناء متصلاً - كما هو

(١) كتاب المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للآملي، ١ ص ١٣٥.

(٢) المصدر نفسه.

الظاهر والموافق للقواعد العربيّة - كان مفاد الآية: أنّه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنّه باطل، إلّا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراضٍ<sup>(١)</sup>.  
وقد يقال أيضاً في توجيه التمسك بكون الاستثناء متّصلاً: أنّه «إنّما أوتي بتلك العبارة رعايةً لكمال البلاغة مع أداء المقصود بإعطاء حكمي التكليفي والوضعي من حرمة الأكل وبطلان ما سوى التجارة عن تراضٍ بأخصر العبارات، فكأنّه أتى بكلامين استثنائيين، مثل أن يقال: لا تأكلوا أموالكم بجهة من الجهات إلّا أن تكون الجهة تجارة عن تراضٍ، لأنّ كلّ جهة باطلةٌ إلّا التجارة عن تراضٍ، وكان ذلك إعطاءً للحكم بيّنة وبرهان»<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: إنّ الاستثناء في الآية استثناء منقطع، وكلمة (الباطل) قيد في المستثنى منه داخله فيه، فيكون خروج المستثنى عن المستثنى منه خروجاً موضوعياً، وعليه لا يحتاج هذا الاستثناء إلى أيّ حذف وتقدير، وهذا هو رأي مشهور الفقهاء والمفسرين.

قال السيّد الحكيم قدّس سرّه: «مقتضى كون موضوع المستثنى منه هو الباطل الذي لا ينطبق على التجارة سواء أكانت صحيحة شرعاً أم عرفاً لأنّها ليست من الباطل يكون الاستثناء منقطعاً الذي هو الإخراج من المفهوم المتوهم»<sup>(٣)</sup>.

وقال المحقّق الهمداني قدّس سرّه: «الظاهر كون الاستثناء في الآية منقطعاً لأنّه لو لم يكن كذلك يلزم أن تكون التجارة من الأكل بالباطل»<sup>(٤)</sup>.

وقال السيّد الخميني قدّس سرّه: «والاستثناء منقطع، ومن حاول الاتّصال

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيّد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١١٦.

(٢) ينابيع الأحكام، السيّد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٥٠٥.

(٣) نهج الفقاهة، السيّد محسن الحكيم، ص ٣٠.

(٤) حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني، ص ٢٩.

فعليه أن يرتكب عموم (الباطل) لجميع وجوه الاكتسابات، ويجعله علة، ثم يستثني خصوص التجارة، وهذا كما ترى<sup>(١)</sup>.

وهذا الرأي هو مختار الشيخ الأراكي قدس سره<sup>(٢)</sup> أيضاً، والسيد بحر العلوم<sup>(٣)</sup> صاحب البلغة، والسيد الطباطبائي<sup>(٤)</sup> صاحب الميزان، والشيخ الوحيد الخراساني<sup>(٥)</sup> وآخرون.

واستند في إثبات ذلك إلى أمور:

الأمر الأول: الظاهر أن كلمة (الباطل) قيد داخل في المستثنى منه، بتقريب: أن (الباطل) نعت للسبب المستفاد من باء السببية، فيكون المعنى - على فرض الاتصال -: «لا تأكلوا أموال الناس بسبب باطل إلا أن يكون ذلك السبب الباطل تجارة عن تراضٍ»، فالنعت هنا قيد للمنعوت، والاستثناء إنما يكون استثناء من مجموع النعت والمنعوت، وهذا من قبيل قولنا: أكرم العلماء العدول إلا زيداً، فإذا كان زيد من العلماء العدول صحَّ الاستثناء كما هو واضح، أما إذا لم يكن منهم، أو كان من العلماء فقط دون العدول، فلا ينبغي التأمل في عدم صحة الاستثناء عندئذ، لأنَّ زيداً خارج لا محالة عن العامِّ موضوعاً من دون وجود

---

(١) البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد حسن الظاهري الخرم آبادي، ج ١ ص ١١٧.

وراجع: البيع، تقرير بحث الإمام الخميني، لمحمد حسن قديري، ص ٢٨. كتاب البيع،

تقرير بحث الإمام الخميني، للسيد محمد الصدر، ج ١ ص ٨٩.

(٢) راجع: كتاب البيع، الشيخ محمد علي الأراكي، ج ١ ص ٣٩.

(٣) راجع: بلغة الفقيه، السيد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١٠٢.

(٤) راجع: الميزان في تفسير القرآن، السيد محمد حسين الطباطبائي، ج ٤ ص ٣١٧.

(٥) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري

القمي، ج ١ ص ٢٦١.

حاجة إلى الاستثناء، فالاستثناء في مثل ذلك مستهجن عند أبناء المحاورة<sup>(١)</sup>. هذا مضافاً إلى عدم معقولية المعنى المستفاد من الاستثناء المتصل، لأنّ الشارع لا يمكن له أن يرخص في الباطل، ولذا قال الشيخ المنتظري قدس سره: «ثم كيف يحكم الشرع على أمر بكونه باطلاً ثم يرخص فيه، بل ربّما يأمر به ويحثّ عليه، كما وقع منه بالنسبة إلى التجارة!»<sup>(٢)</sup>.

كما ذكر ذلك بعض المحققين بقوله: «ولعمري إنّ الآية ظاهرة في الاستثناء المنقطع، لأنّ الباطل بذاته ممنوع وليس قابلاً للإمضاء»<sup>(٣)</sup>. وعليه فإنّ (التجارة عن تراضٍ) إنّما هي في مقابل الباطل وليست من جنسه، فلا يكون الاستثناء إلا منقطعاً.

الأمر الثاني: نسلم بأنّ الاستثناء المتصل هو الأصل في الاستثناء، وهو الموافق لقواعد اللغة العربيّة، وأنّ الانقطاع لا يصار إليه إلا مع القرينة، إلا أنّ أصالة الاتّصال منوطة بعدم وجود أصل عقلائيّ آخر معارض لها، وبما أنّ الاستثناء المتصل يحتاج إلى تقدير كلام محذوف وهو (السبب) لذا فهو يتعارض مع أصالة عدم الحذف والتقدير في الكلام، ولا وجه لترجيح أصالة الاتّصال في الاستثناء على هذا الأصل العقلائي، فلا بدّ حينئذ من حمل الاستثناء على المنقطع الموافق لأصالة عدم التقدير لعدم حاجته إلى التقدير.

لا يقال: إنّ وجود باء السببية كفي في عدم التكلّف في التقدير، فإنّ بقاء السببية ليست قرينة على التقدير والحمل على المتصل، لأنّها كما توجد في المتصل يمكن وجودها كذلك في المنقطع.

(١) راجع: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣٩١.

(٢) دراسات في المكاسب المحرّمة، الشيخ المنتظري، ج ١ ص ٢١-٢٢.

(٣) كتاب البيع، السيّد مصطفى الخميني، ج ١ ص ٤٨.

قال الشيخ الوحيد الخراساني: «حمل الاستثناء في الآية على المتصل يؤدي بنا إلى ارتكاب ما يخالف الظهور والأصل، لأن المنقطع لا يحتاج في ظهوره إلى أن نفرض فيه كلمة مقدرة، بخلاف الاستثناء المتصل حيث فرض فيه كلمة مقدرة وهي (كل سبب)، وهذا التصرف لا يلزم مع انقطاع الاستثناء، كما أنه لو حملنا الباء في (بالباطل) على السببية فإنه لا يغير من الواقع شيئاً ولا يجعل الاستثناء متصلاً؛ لوجود السببية في المنقطع والمتصل، لكن قوام الاستثناء المتصل هو بتقدير عموم في المستثنى منه بحيث يخرج المستثنى وهو تجارة عن تراضٍ، والأصل عدم التقدير، كما أن الأصلين يتعارضان»<sup>(١)</sup>.

الأمر الثالث: إن أصالة الحقيقة في الاستثناء غير كافية لحمل الاستثناء في الآية على المتصل؛ لمعارضته لأصالة الحقيقة في المشتق (المستثنى منه)، مع كون الأصل في الاستثناء أولى بالطرح، وذلك لأن الاستثناء المنقطع وإن كان مجازاً إلا أنه من المجازات الشائعة في الاستعمالات العرفية، بخلاف المجاز في المشتق، فإن تجريد المشتق عن وصف المبدأ كقيد له وجعله للذات المجردة عن الاتصاف بمبدأ الاشتقاق - وبعبارة أخرى، إخراج الوصف عن كونه داخلياً كقيد في الموضوع وجعله وصفاً خارجاً عنه - مجاز بعيد، ونادراً ما يستعمل في الكلام، ومن المحقق أن المجاز الأقرب هو الأولى والأرجح عند التعارض بين المجازين، فيقدم الاستثناء المنقطع، ولذا نجد أن الأكثر على الاستثناء المنقطع ولم يلتفت إلى كونه متصلاً<sup>(٢)</sup>.

الأمر الرابع: ما ذكر من الوجه البلاغي في الاستثناء المتصل لا وجه له؛ لوضوح التكلف الركيك في تأويل الآية الكريمة بالنظر إلى قواعد الألفاظ،

(١) العقد النضيد، ج ١ ص ٢٥٨.

(٢) راجع: ينابيع الأحكام، السيد علي الموسوي القزويني، ج ٥ ص ٥٠٥-٥٠٦.

والاستناد إلى مجاز بعيد لا يصار إليه إلا مع القرينة الواضحة<sup>(١)</sup>.

الأمر الخامس: إن الاستثناء في الآية الكريمة إن كان متصلاً لزم منه انحصار سبب جواز أكل المال بالتجارة عن تراضٍ، وهذا يؤدي إما إلى القول بالنسخ أو تخصيص الأكثر المستهجن في الخطاب العرفي، وذلك لوضوح أن أكل المال بالحق غير منحصر بسببه بالتجارة عن تراضٍ، بل يحصل غيرها أيضاً كما في الهبة والوقف والصدقة وإرش الجنايات وغيرها من النواقل الشرعية، والإباحات مالكية كانت أم ملكية.

وعليه فلا ملازمة بين أكل المال بالباطل وغير التجارة عن تراضٍ، فيمكن انتفاء التجارة عن تراضٍ ولكن مع ذلك يبقى أكل المال بالحق لا بالباطل. وأول من ذكر هذا الإشكال السيد بحر العلوم قدس سره في بلغة الفقيه<sup>(٢)</sup>، ثم تناوله الأعلام للرد أو التأييد.

قال قدس سره: «إلا أنه يضعفه - مضافاً إلى لزوم الحذف والإضمار - حينئذ الالتزام بالنسخ أو كثرة التخصيص المستهجن؛ لعدم حصر أسباب حل الأكل والجواز بالمستثنى وهو (التجارة عن تراضٍ)، ضرورة أنه كما يحل بذلك محلّ لهبات والوقوف والصدقات والوصايا وأروش الجنايات وسائر النواقل الشرعية والإباحات بقسميها الشرعية والمالكية، فكيف يكون مطلق غير التجارة عن تراضٍ أكلاً بالباطل، ولا كذلك على المنقطع؛ لرجوعه إلى ذكر السبب

(١) راجع: المصدر نفسه، ج ٥ ص ٥٠٦.

(٢) لكن قد يقال إن أصل الإشكال مستفاد مما ذكره المقدس الأردبيلي في زبدة البيان حيث قال: «لو كان الاستثناء متصلاً لزم التأويل؛ لعدم حصر التصرف المباح في التجارة عن تراضٍ» (زبدة البيان في أحكام القرآن، المحقق الأردبيلي، ص ٤٢٧)، إلا أن أكثر العلماء والمحققين نسبوا الإشكال إلى صاحب البلغة لا إلى المحقق الأردبيلي.



الخاص لا حصر الأسباب به، فتبين بذلك ظهور الاستثناء في المنقطع، وعليه يتم الاستدلال بالآية على المدعى<sup>(١)</sup>.

ولم يرتض السيد الخوئي قدس سره هذا الإشكال وأجاب عنه بما حاصله: أن ما عد من أسباب جواز أكل المال في الإشكال إن كان التملك فيها محتاجاً إلى القبول كالهبة والصدقة المندوبة والوصية التملكية بناءً على اعتبار القبول فيها، تكون داخلة في التجارة عن تراضٍ، كالوقف والإباحة وإرش الجنائيات والوصية - بناءً على عدم اعتبار اللفظ فيها - فهي وإن كانت لا يصدق عليها تجارة عن تراضٍ إلا أنها ليست من الكثرة التي تجعل تخصيص الآية بها مستلزماً لتخصيص الأكثر المستهجن.

هذا إضافة إلى كونها خارجة عن حدود المستثنى والمستثنى منه في الآية، فخروجها من المستثنى واضح، وأما خروجها من المستثنى منه فلأن المستثنى منه عبارة عن أكل مال الغير بعنوان التملك، وهذا لا يكون إلا فيما يحتاج فيه إلى قبول، فتكون هذه الأمور خارجة تخصّصاً من الآية الكريمة لا تخصيماً.

قال قدس سره: «ويتوجه عليه: أن جملة من الأمور التي ذكرها المحقق المزبور ليست مقابلة للتجارة عن تراضٍ بل هي قسم منها كالهبات التي منها الصدقات المستحبة والوصايا، بناءً على اعتبار القبول فيها وسائر النواقل الشرعية كالإجارة والجمالة ونحوهما، وجملة منها وإن كانت خارجة عن حدود التجارة عن تراضٍ، كالوقوف والإباحات والوصايا، بناءً على عدم اعتبار القبول فيها، ولكن الالتزام بخروجها عن ذلك لا يستلزم كثرة التخصيص؛ بدهة أن الباقي تحت العام أكثر من الخارج.

ويُضاف إلى ما ذكرناه: أن المستثنى منه في الآية إنما هو أكل مال غيره بعنوان

---

(١) بلغة الفقيه، السيد محمد آل بحر العلوم، ج ٢ ص ١٠٤.

التملك، بأن يتملك الإنسان باختياره مال غيره بغير التجارة عن تراضٍ، وما لا يكون كذلك كالوقوف والزكوات والأخماس والمال الموصى به وصية تملكه، بناءً على عدم اعتبار القبول فيها، وأروش الجنایات، خارج عن حدود المستثنى والمستثنى منه تخصصاً لا تخصيصاً<sup>(١)</sup>.

ومن الواضح أن جواب السيد الخوئي قدس سره هذا مبتنٍ على أن المقصود من (الأكل) في الآية خصوص التملك، لا بمعنى جواز التصرف، وأن المقصود من (التجارة) الأعم من البيع.

لكن الشيخ الوحيد الخراساني لا يرى تمامية جواب السيد الخوئي عن الإشكال، وذلك لأمرين:

الأمر الأول: أن التجارة وإن قلنا أنها أعم من البيع، إلا أن ما ذكره من معاملات يحتاج التملك فيها إلى القبول كالوصية التملكية والهبة والوقف - على اعتبار القبول فيها - ولا يمكن القبول بدخولها في المستثنى منه أي: التجارة، «إذ لا ترديد في أنه لا يطلق عنوان التاجر على المتَّهب، ولا على من أوصى بوصية تملكية مع قبول الموصى له عند اعتبار القبول في الموصى له، ولا على من تملك بالوقف أو الهبة أو بالحيازة»<sup>(٢)</sup>.

ولذا ذكر بعض المحققين أن ما اختاره السيد الخوئي قدس سره من جواب هنا لا يخلو من تأمل «فإن التجارة وإن لم تكن مرادفة للبيع؛ لاقتضاء العطف في قوله تعالى: ﴿لَا تُلْهِهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ...﴾ المغايرة بينهما، إلا أن صدقها على قبول الهبة والوصية التملكية في غاية الغموض، إذ التجارة لغة هي: (المعاملة برأس

(١) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١١٨.

(٢) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي،

المال بقصد الاسترباح) وصدقها على مجرد قبول المتّهب والموصى له محلّ تأمل<sup>(١)</sup>.  
 الأمر الثاني: أنّ الأمور التي أخرجها السيّد الخوئي قدّس سرّه تخصّصاً عن  
 الآية كالوقف بناءً على عدم اشتراط القبول فيها إنّما اعتمد فيها على أنّ التملّك  
 الحاصل منها غير اختياريّ وخارج عن موضوع الآية، بينما الوصية والهبة  
 داخلتان في عنوان المستثنى، أي: التجارة عن تراضٍ، وهذا الكلام تعارضه  
 بعض الروايات الواردة في المقام، والتي يستشهد بها على إفادة التملك والتملّك  
 لا خصوص التملك الاختياري حتى يستلزم خروج غيره تخصّصاً، كرواية زياد  
 بن عيسى عن الإمام الصادق عليه السلام التي تقدّم ذكرها، ورواية أحمد بن  
 محمّد بن عيسى قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ  
 بِالْبَاطِلِ﴾ قال: ذلك القمار»<sup>(٢)</sup>.

حيث يستفاد من تطبيق الإمام عليه السلام للآية في الموارد المذكورة في هذه  
 الأخبار أنّ المنهيّ عنه مطلق التملك والتملّك لا خصوص التملّك غير  
 الاختياري كالوصية والوقف مع عدم اشتراط القبول فيهما<sup>(٣)</sup>.  
 والتزم بعضهم بهذا الإشكال على السيّد الخوئي قدّس سرّه بقوله: «إلاّ أنّه  
 يشكل أيضاً بعدم اختصاص المستثنى منه بالتملك الاختياري وإن كان ظاهر  
 الآية ذلك، فإنّ تطبيق (الباطل) في عدّة من النصوص على القمار والربا وما  
 يؤخذ بحكم حكّام الجور ونحوها مانع من الاختصاص المزبور، فالمنهيّ عنه  
 ليس التملّك، بل تملك المقامر حرام قطعاً بمقتضى التطبيق. وعليه فما عدا

(١) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد المروّج الجزائري، ج ١ ص ٣٩٣.

(٢) وسائل الشيعة، الحرّ العاملي، ج ١٧ ص ١٦٧ باب تحريم كسب القمار.

(٣) راجع: العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمّد رضا الأنصاري

القمي، ج ١ ص ٢٥٩.

التجارة عن تراضٍ مندرجٌ في عقد المستثنى منه سواء أكان تمليكاً أو تملكاً اختياراً أو غير اختياريٍّ. ولا مفرّ من الإشكال إلا إنكار الحصر المترتب على اتصال الاستثناء<sup>(١)</sup>، وهذا ممّا لا مصير إليه كما هو معلوم.

إذن فالشيخ الوحيد وآخرون يرون أنّ إشكال السيّد بحر العلوم قدس سرّه في محله ولا دافع له، وهو مبرّر وسبب للالتزام بالاستثناء المنقطع في الآية الكريمة.

يبقى الكلام في أنّ الاستثناء وإن كان منقطعاً فهل يستوجب الحصر بالمستثنى كما في الاستثناء المتصل أم لا؟

يرى كثير من الفقهاء والمفسرين والمحققين أنّ انقطاع الاستثناء في الآية لا يستلزم الحصر، وذلك لأنّ الاستفادة من الآية الكريمة - بحسب الاستثناء المنقطع - حكمان كليان: أحدهما عدم كون الأسباب الباطلة مملّكة أو محلّلة، والآخر أنّ التجارة عن تراضٍ مملّكة أو محلّلة، فلا دلالة للآية على انحصار سبب المملّكية وجواز التصرف بالتجارة عن تراضٍ، بل يمكن أن توجد أسباب أخرى تحقّقها كما في الهبة والصدقة والوقف وغيرها من الأسباب الناقلة للأموال.

وعليه يكون معنى ﴿إِلَّا﴾ في الآية بمعنى الاستدراك بـ(بل) و(لكن)، وهذا وارد في الاستعمالات الفصيحة، فيكون مدلول الآية الكريمة: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل بل تكون تجارة عن تراضٍ.

أو كما قال المحقق الهمداني قدس سرّه: إنّ الاستثناء المنقطع في الآية «لا يدلّ على انحصار سببية حلّ الأكل بالتجارة؛ ضرورة جواز الأكل بالإذن والإباحة وغير ذلك ممّا ليس تجارة قطعاً، إذ لو كان الاستثناء متصلاً لدلّ على ذلك، ولكنه لو كان منقطعاً يكون بمنزلة الاستدراك عن الكلام السابق، فيكون حاصل المعنى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، ولكن يجوز الأكل إذا كان حصل

(١) هدى الطالب إلى شرح المكاسب، السيّد محمد جعفر الجزائري المروّج، ج ١ ص ٣٩٤.

المال من التجارة عن تراضٍ»<sup>(١)</sup>.

وبعبارة أخرى: «إنه تعالى حرّم أكل المال بالباطل، وبيّن أنّ التجارة عن تراضٍ ليس من هذا القبيل، فلا يدلّ هذا الكلام أن لا شيء من الأموال جائز الأكل غير التجارة عن تراضٍ، بل حرمة أكل المال بالباطل وجواز الأكل بالتجارة من غير تعرّض لغيرها إذا لم يكن أكلاً بالباطل، بمعنى أنّه لا يفهم الانحصار منها»<sup>(٢)</sup>.

قال السيّد الطباطبائي قدّس سرّه: «فالاستثناء الواقع في قوله (إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) استثناء منقطع جيء به لدفع الدخل؛ فإنّه لما نهى عن أكل المال بالباطل ونوع المعاملات الدائرة في المجتمع الفاسد التي يتحقّق بها النقل والانتقال المالي كالربويّات والغرريّات والقمار وأضرابها باطلةً بنظر الشرع، كان من الجائز أن يتوهّم أن ذلك يوجب انهدام أركان المجتمع وتلاشي أجزائه، وفيه هلاك الناس، فأجيب عن ذلك بذكر نوع معاملة في وسعها أن تنظّم شتات المجتمع وتقيم صلبه وتحفظه على استقامته، وهي التجارة عن تراضٍ ومعاملة صحيحة رافعة لحاجة المجتمع، وذلك نظير قوله تعالى: ﴿يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ \* إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾ (الشعراء: ٨٨-٨٩) فإنّه لما نفى النفع عن المال والبنين يوم القيامة أمكن أن يتوهّم أن لا نجاح يومئذ ولا فلاح فإنّ معظم ما ينتفع به الإنسان إنّما هو المال والبنون فإذا سقطا عن التأثير لم يبق إلا اليأس والخيبة، فأجيب أنّ هناك أمراً آخر نافعا كلّ النفع وإن لم يكن من جنس المال والبنين وهو القلب السليم.

وهذا الذي ذكرناه من انقطاع الاستثناء هو الأوفق بسياق الآية وكون قوله

(١) حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني، ص ٢٩.

(٢) المصدر نفسه.

(بالباطل) قيده أصلياً في الكلام، نظير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ﴾، وعلى هذا لا تخصص الآية بسائر المعاملات الصحيحة والأمور المشروعة غير التجارة مما يوجب التملك ويبيح التصرف في المال كالهبة والصلح والجماعة وكالأموال والإرث ونحوها»<sup>(١)</sup>.

هذا ويرى السيد الخوئي قدس سره أن الاستثناء المنقطع في الآية وإن لم يفد بنفسه الحصر إلا أنه يمكن إثبات الحصر فيها عن طريق القرينة المقامية، وقرب ذلك بقوله: «إن الله تعالى بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات وتمييز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل، ولا ريب أن الإهمال مما يخل بالمقصود، فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية، وإذن فالآية مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات في التجارة عن تراخي، سواء أكان الاستثناء متصلاً أم كان منقطعاً.. ومما يؤيد كون الآية راجعة إلى بيان أسباب المعاملات: تطبيقها في بعض الروايات على القمار، باعتبار كونه من الأسباب الباطلة»<sup>(٢)</sup>.

وذهب السيد الكوهكمري قدس سره إلى أبعد من ذلك عندما ادعى بطلان ما اشتهر بينهم من منع دلالة الاستثناء المنقطع على الحصر، لأن الاستثناء المنقطع لا يتعقل في كلام العقلاء إلا إذا كان هناك توهم بدخول المستثنى تحت حكم المستثنى منه قبل الاستثناء، وأوضح ذلك بقوله: «إن المستثنى إن لم يكن داخلياً في المذكور كان استثناءه عنه لغواً غير صالح لأن يذكر في كلام العقلاء، فالمستثنى عند انقطاع الاستثناء أيضاً داخل في المذكور بنحو من الدخول. فالاستثناء في قولهم: جاءني القوم إلا حماراً لأجل شمول الحكم بالمجيء على

(١) الميزان في تفسير القرآن، السيد محمد حسين الطباطبائي، ج ٤ ص ٣١٧-٣١٨.

(٢) مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ ص ١١٦.

توابع القوم، فإن القوم والقبيلة إذا جاءوا يكون معهم مراكبهم ومواليهم لا محالة، فهي توابع القوم، والحكم عليهم بالمجيء حكمٌ عليها أيضاً بالتبع، فاستثناء الحمار عنهم إخراجٌ عن الحكم بالمجيء بعد شموله عليه بالتبع، وقد عبر عنه بعضهم بالدخول تحت حكم المستثنى منه<sup>(١)</sup>.

ثم أرجع قدس سره المسألة إلى أمر عقائدي مرتبط بقول النبي صلى الله عليه وآله لأمر المؤمنين عليه السلام: «أنت مني بمنزلة هارون من موسى إلا أنه لا نبي بعدي»<sup>(٢)</sup>، فيبين أن دلالة كلام النبي صلى الله عليه وآله على عموم المنزلة بمكان من الوضوح، وإلا فلا معنى لاستثناء النبوة، فمعنى كلام النبي صلى الله عليه وآله: (أنت مني بمنزلة هارون من موسى، وإن كل ما هو ثابت لي ثابت لك يا علي، إلا النبوة، وذلك ليس لمنقصة فيك بل لأنه لا نبي بعدي).

فلأجل عدم إظهار هذه المنزلة لأمر المؤمنين عليه السلام عمد المخالفون إلى ابتداء القول بعدم إفادة الاستثناء المنقطع الحصر إخفاءً للحق، ثم اشتهر ذلك حتى شاع ذكره في الكتب النحوية والأصولية<sup>(٣)</sup>، ولا يخلو هذا الكلام من تأمل. وصفوة الكلام في المقام أن يقال: إن الاستثناء المنقطع إن كانت حقيقته ترجع إلى الاستثناء واقعاً، كان مفيداً للحصر، وعليه يكون الجائز في أكل الأموال: التجارة عن تراضٍ فقط، وغيرها: من أكل المال بالباطل.

(١) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد الحجة الكوهكمري، للشيخ التجليل التبريزي، ص ٣٢٥. وذكر الشيخ المنتظري قدس سره: أن «الاستثناء المنقطع أيضاً يرجع إلى المتصل ولكن بتأويل في المستثنى منه بحيث يعم المستثنى حتى يصح إخراج منه». (دراسات في المكاسب المحرمة، الشيخ المنتظري، ج ١ ص ٢٥).

(٢) الكافي، الشيخ الكليني، ج ٨ ص ١٠٧.

(٣) كتاب البيع، تقرير بحث السيد محمد الحجة الكوهكمري، للشيخ التجليل التبريزي، ص ٣٢٥.

وأما إن كانت حقيقة الاستثناء المنقطع ترجع إلى ما يشبه الاستدراك والإتيان بجملة أخرى لا ربط لها بالجملة الأولى - كما عليه أكثر علماء اللغة - لم يفد حينها الحصر، فالتجارة عن تراضٍ سبب من الأسباب الصحيحة لجواز أكل المال لا أنه السبب الوحيد.

وعلى كل حال، سواء قلنا: إن الاستثناء في الآية مفيد للحصر أم لا، لن يؤثر ذلك على الاستدلال بها لإثبات صحة المعاطاة، لأن التجارة عن تراضٍ هي القدر المتيقن من الاستثناء، وهو سبب صحيح لجواز أكل المال، والمعاطاة مصداق من مصاديق التجارة فتكون متضمنة في المستثنى.

### الأمر الخامس: حقيقة النهي عن المستثنى منه في الآية

إن معرفة طبيعة الجواز المتعلق بالتجارة عن تراضٍ في الآية الكريمة من كونه تكليفيًا أم وضعيًا يرتبط - لأجل المقابلة - بمعرفة سنخ النهي الموجود في الآية في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ من حيث كونه زجرًا عن أكل المال بالباطل أو أنه يدل على الفساد وعدم الصحة، الذي يرتبط بدوره بالمقصود من كلمة (الأكل) في الآية، فإذا قلنا أنه كناية عن التصرفات فعندئذ لا محالة أن النهي يُحمل على النهي التكليفي، لأن متعلقه التصرفات الخارجية التي لا يكون الحكم فيها إلا تكليفيًا كما هو معلوم، فيكون حينئذ الجواز تكليفيًا أيضاً.

أما إذا كان (الأكل) كناية عن التملك، فلا يمكن دعوى الظهور في النهي الوضعي؛ لوجود محذورين:

الأول: الالتزام بكون النهي عن المعاملة يستلزم فسادها، مع أن الثابت أن النهي عن العباداة هو الذي يستلزم فسادها دون المعاملة.

الثاني: رفع اليد عن ظهور النهي في التكليفي مع تمامية مقتضيه، حيث إن



النهي فيه ظهور ذاتي في الزجر والمنع، وهذا الظهور لا يمكن رفع اليد عنه إلا مع وجود مانع يمنع من التمسك به، والمانع المتصور فيه هو عدم قابلية المتعلق لتعلق النهي التكليفي به، كما في المركبات الشرعية، فإذا قال الشارع: (لا تصل في ما لا يؤكل لحمه) فالنهي فيه ظاهر بدوياً في التكليف، لكن مع ذلك لا بد أن نرفع اليد عن هذا الظهور ونحمل النهي على الوضعي، لأن الحمل على التكليف يستلزم أن تكون الصلاة في ما لا يؤكل لحمه إثماً ومعصية شرعية، وهذا باطل بالضرورة الفقهية، وهو يشكّل قرينة على لزوم رفع اليد عن الظهور البدوي للنهي في التكليف، والحمل على الوضع.

وعليه، فالتملك بنفسه قابل للنهي التكليفي - كما في النهي عن الربا - وللنهي الوضعي بمعنى فساد الأكل وعدم صحته، فيكون جواز التجارة عن تراضي مثله<sup>(١)</sup>.

ومنه يظهر وجه التأمل في ما ذكره الشيخ جواد التبريزي قدس سره بقوله: «إن النهي في ناحية المستثنى منه قرينة على أن الترخيص في ناحية المستثنى وضعي، لأن الأكل في الآية بمعنى التملك والاستيلاء»<sup>(٢)</sup>، وفي ما ذكره السيد الخوئي قدس سره بقوله: «إن المراد بالأكل إما التملك وإما التصرف، فعلى الأول تدل بالمطابقة على حصول الملك بالمعاطاة.. وعلى الثاني تدل بالملازمة العرفية على ذلك»<sup>(٣)</sup>، لأنه مع قابلية المورد لكل من النهي التكليفي والوضعي لا يمكن رفع اليد عن ظهور النهي في المستثنى منه في النهي المولوي.

(١) راجع: العقد النضيد، لمحمد رضا الأنصاري، ج ١ ص ٢٦٣.

(٢) إرشاد الطالب في شرح المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، ج ٢ ص ٣٤٩-٣٥٠.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الإمام الخوئي)، تقرير بحث السيد الخوئي، للشيخ

علي الغروي، ج ٣٦ ص ٧٩-٨٠.

## تقريب الاستدلال بالآية على ملكية المعاطاة

إنّ تقريب الاستدلال بالآية الكريمة على صحّة المعاطاة ومملكتيّتها - في ضوء ما تقدّم من الأمور الخمس - يتوقّف على المقصود من كلمة (الأكل) في الآية، وفيه احتمالان كما تقدّم:

• أولاً: إن كان المقصود من (الأكل) خصوص التملّك، فالاستدلال على المطلوب يكون في صور أربع:

**الصورة الأولى:** أن يكون النهي تكليفيّاً والاستثناء متّصلاً، فتكون صورة الاستدلال: أن الآية تحرم تملك الأموال بأيّ سبب كان إلا أن يكون السبب تجارة عن تراضٍ، فإن تملك الأموال بأيّ سبب يكون باطلاً.

**الصورة الثانية:** أن يكون النهي تكليفيّاً والاستثناء منقطعاً، فتكون صورة الاستدلال: أن الآية تحرم تملك الأموال بالسبب الباطل لكنّه يجوز بالتجارة عن تراضٍ لأنّه سبب حقّ وليس باطلاً.

**الصورة الثالثة:** أن يكون النهي وضعياً والاستثناء متّصلاً، فتكون صورة الاستدلال: أنّه لا يصحّ ولا ينفذ تملك الأموال بأيّ سبب كان إلا أن يكون السبب تجارة عن تراضٍ فإنّه ينفذ، لأنّ نفوذ تملك الأموال بأيّ سبب يكون باطلاً.

**الصورة الرابعة:** أن يكون النهي وضعياً والاستثناء منقطعاً، فتكون صورة الاستدلال: أنّه لا يصحّ ولا ينفذ تملك الأموال بالسبب الفاسد، لكن يصحّ إن كان السبب تجارة عن تراضٍ لأنّه سبب صحيح وليس فاسداً.

• ثانياً: إن كان المقصود من (الأكل) في الآية مطلق التصرفات فالاستدلال على المطلوب يتمّ في ضمن الصورتين الأوليين المتقدّمتين، باعتبار أنّ (الأكل) بهذا المعنى يكون فعلاً خارجياً لا يتعلّق به إلا الحكم التكليفي والنهي المولوي. وفي جميع هذه الصور يتمّ إثبات المطلوب وهو صحّة المعاطاة ومملكتيّتها،

وذلك إما بالدلالة الالتزامية الشرعية أو العرفية، إن كان النهي في الآية تكليفاً (كما في الصورتين الأوليين)، أو بالدلالة المطابقية إن كان النهي في الآية وضعياً (كما في الصورتين الأخيرتين)، وعليه فكل ما ورد من اعتراضات على هذه الدلالات في الآية السابقة يرد هنا أيضاً.

ويظهر من خلال إحالة الشيخ الأعظم قدس سره تقريب الاستدلال بهذه الآية الكريمة إلى سابقتها: أن المهمّ عنده هو الاستدلال بالآية على ما ركن إليه أخيراً في الآية السابقة من دلالة الآية بالمطابقة على جواز التملك أو التصرف في التجارة عن تراضٍ تكليفاً، وبالالتزام على صحتهما ونفوذهما وضعاً. علماً أن الاستدلال بهذه الآية لإثبات المطلوب أظهر من الاستدلال عليه بآية الحل السابقة، وذلك:

أولاً: لأظهرية كون المعاطاة من التجارة عن تراضٍ عن كونها بيعاً، لكون التجارة أعمّ من البيع، كما ذكر ذلك الميرزا النائيني قدس سره<sup>(١)</sup>.  
ثانياً: لكون الاستدلال بهذه الآية لا يتوقف على تقدير أمر محذوف (في فرض الحكم التكليفي)، لأنّ متعلّق الجواز المذكور في الآية وهو (الأكل) الذي يراد به التصرف بحسب هذا الفرض، بخلاف الآية السابقة التي كان الاستدلال بها لإثبات المطلوب يتوقف على تقدير (التصرفات) كما تقدّم.  
وبهذا تمّ الكلام في الاستدلال بالآيتين لإثبات ملكية المعاطاة وصحتها، وسيأتي من الشيخ الأعظم الإشكال في التمسك بهما في المباحث القادمة إن شاء الله تعالى.

### التمسك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ كدليل على ملكية المعاطاة

بقي كلام أخير في مقام الاستدلال بالآيات القرآنية الكريمة لإثبات ملكية

(١) راجع: المكاسب والبيع، تقرير بحث الميرزا النائيني، للشيخ الأملي، ج ١ ص ١٣٥.

المعاطاة ونفوذها، وهو أنّ جملة من الفقهاء أوردوا الآية الكريمة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١) هنا للبحث في دلالتها أو عدم دلالتها على المطلوب، بينما يلاحظ إغفال الشيخ الأعظم قدس سرّه تماماً عن ذكرها في المقام وعدم الإشارة إليها مطلقاً!

ذكر بعض المحققين أنّ السرّ في ذلك قد يكون راجعاً إلى كون هذه الآية هي من الآيات التي استدللّ بها على أصالة اللزوم في العقود - كما سيأتي - وهي إنّما تدلّ على لزوم العقد بالدلالة المطابقيّة، لأنّ الأمر بالوفاء بالعقد فيها إرشاد إلى لزومه وعدم انفساخه بالفسخ، فإذا دلّت مطابقتاً على اللزوم دلّت التزاماً على الصحّة، إذ لا معنى للزوم العقد مع عدم صحّته، ومما لا ريب فيه أنّ المعاطاة عقد عرفاً بالحمل الشائع فتكون مشمولة لعموم الآية.

لكن سيأتي أنّ الشيخ الأعظم ناقش في شمول الآية للمعاطاة من حيث الدلالة المطابقيّة، حيث قال قدس سرّه: «إنّ الظاهر في ما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادّعاها صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد»<sup>(١)</sup>، حيث جعل الإجماع قرينة منفصلة على عدم تضمّن الآية للمعاطاة، ومن الواضح أنّ الدلالة المطابقيّة إذا سقطت، سقطت معها الدلالة الالتزاميّة؛ لكونها تابعة لها، فإذا انتفى اللزوم عن المعاطاة بالمطابقة انتفت الصحّة عنها قطعاً بالتبع، ولذا تنصرف هذه الآية الكريمة إلى خصوص العقود اللفظيّة دون المعاطاة، فلا وجه صحيح لكي يوردها الشيخ الأعظم في المقام ويبحث عن ثبوت ملكيّة المعاطاة بها مع رأيه من أنّ دلالتها المطابقيّة غير شاملة للمعاطاة فضلاً عن الالتزاميّة، وهذا بخلاف آيتي (حلّ البيع) و (التجارة عن تراضٍ)، فإنّهما قد

(١) كتاب المكاسب، الشيخ الأنصاري، ج ٣ ص ٥٦.

تدلان مطابقة على الصحة والتزاماً على اللزوم<sup>(١)</sup>.

وذكر المحقق الإيرواني قدس سره أن سبب عدم تمسك الشيخ بهذه الآية إنما هو لسقوط الدلالة المطابقة في شمولها للمعاطاة من ناحية تأمله قدس سره في صدق عنوان العقد على الفعل، فقال: «واعلم أن المصنف ترك التمسك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وكأنه زعم اختصاص صدق العقد على الإنشاء اللفظي»<sup>(٢)</sup>.

إلا أن الشيخ الوحيد الخراساني لم يرتض ما ذكره الإيرواني، ذاهباً إلى «أن الشيخ برغم أنه أورد أولاً احتمال عدم انطباق عنوان العقد على الفعل المجرد عن القول، لكنه اعترف أخيراً في بحث اللزوم بأن المعاطاة عقد، والظاهر أن سبب عدم تمسكه واستدلاله بهذه الآية دعواه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، فدلالة الآية على لزوم المعاطاة ساقطة من جهة تخصيص إطلاق الآية بالإجماع»<sup>(٣)</sup>.

### أضواء على النص

• قوله قدس سره: «ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾. أي: يظهر من جعل الحكم بحلية البيع في الآية السابقة ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ مطابقة تكليفاً متعلقاً بالتصرفات مستلزماً الحكم بصحة البيع ونفوذه، شاملاً للمعاطاة كمصداق من مصاديق موضوعه، الوجه في التمسك بالآية الكريمة هنا على صحة المعاطاة ونفوذه، وذكر في الشرح تقريب الاستدلال على ذلك بالتفصيل.

(١) راجع: مصباح الفقاهة، تقرير بحث السيد الخوئي، للتوحيد، ج ٢ هامش ص ١١٨.

(٢) حاشية كتاب المكاسب، الميرزا الإيرواني، ج ٢ ص ٤٣.

(٣) العقد النضيد، تقرير بحث الشيخ الوحيد الخراساني، لمحمد رضا الأنصاري القمي،



## الفهرس

٥	شكر وتقدير
٩	المقدمة
١١	المنهج العام للبحث عند الشيخ الأنصاري ومميزاته
١٣	خصائص عملنا في هذا الكتاب
١٤	ما يمتاز به هذا الكتاب

### مباحث تمهيدية

١٩	المبحث الأول: حقيقة العقد
١٩	المطلب الأول: العقد لغة
٢٠	المطلب الثاني: العقد اصطلاحاً
٢٢	المطلب الثالث: صدق العقد على العهد المؤكّد
٢٣	رأي الميرزا النائيني
٢٣	جواب السيّد الخميني
٢٥	رأي المحقّق الأصفهاني
٢٥	المطلب الرابع: الفرق بين العقد والعهد والنسبة بينهما
٢٩	المبحث الثاني: أقسام العقد
٢٩	القسم الأول: العقود الإذنية
٣٠	القسم الثاني: العقود العهديّة
٣٠	الأول: العقود العهديّة التعليقيّة
٣٠	الثاني: العقود العهديّة التنجيزيّة
٣١	تعليق للشيخ الوحيد الخراساني

٤٦٤ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

المبحث الثالث: تصوّرات في حقيقة الملك ..... ٣٢

المطلب الأوّل: الأمر الانتزاعي والاعتباري ..... ٣٢

المطلب الثاني: انتزاعية الملكية واعتباريتها ..... ٣٤

استدلال المحقّق الأصفهاني على عدم انتزاعية الملكية ..... ٣٧

ردّ السيّد الشهيد الصدر للاستدلال ..... ٣٨

استدلال المحقّق الأصفهاني لنفي كون الملك من الأعراض المقولية ..... ٤١

إيرادات السيّد الخوئي على الاستدلال ..... ٤٣

إيرادات السيّد الشهيد الصدر على الاستدلال ..... ٤٤

رأي السيّد الشهيد الصدر في اعتبارية الملكية ..... ٤٦

تفريعات ..... ٤٨

المطلب الثالث: حقيقة الملكية الاعتبارية ..... ٥٣

الثمرة العملية من بحث حقيقة الملكية الاعتبارية ..... ٦٣

المبحث الرابع: حقيقة الإباحة وأقسامها ..... ٦٤

المطلب الأوّل: الإباحة في اللغة والاصطلاح ..... ٦٤

المطلب الثاني: أقسام الإباحة ..... ٦٥

أولاً: الإباحة الشرعية ..... ٦٥

ثانياً: الإباحة العقلية ..... ٧٠

ثالثاً: الإباحة المالكية ..... ٧٠

طرق معرفة الإباحة ..... ٧٢

الإباحة المعوّضة وأقسامها ..... ٧٣

المبحث الخامس: الأصل الأوّل في المعاملات ..... ٧٥

المطلب الأوّل: أصالة الفساد في المعاملات ..... ٧٥

المطلب الثاني: أصالة الصحة في المعاملات ..... ٧٨



٤٦٥	الفهرس
٧٩	المطلب الثالث: تقديم أصالة الصحّة على الفساد
٨٥	المبحث السادس: تبعيّة العقد للقصد
٨٥	الجهة الأولى: في بيان مضمون القاعدة
٨٨	الجهة الثانية: في مدرك القاعدة
٨٨	أولاً: الإجماع
٨٨	ثانياً: الأصل
٩٠	ثالثاً: انتفاء الموضوع
٩٠	رابعاً: الروايات
٩٢	الجهة الثالثة: تنبيهات في تطبيق القاعدة

### الباب الأوّل: المعاطاة موضوعاً

٩٩	مدخل: الكلام في المعاطاة
١٠١	الفصل الأوّل: حقيقة المعاطاة وصورها
١٠٤	المبحث الأوّل: المعاطاة لغةً واصطلاحاً
١٠٦	تعريف الشيخ الأنصاري للمعاطاة
١٠٧	المناقشة في جعل التعريف اصطلاحياً
١١٠	المناقشة في جعل التعريف لغوياً
١١٢	التفصيل في هذا الاعتراض
١١٧	التعريف اصطلاحياً لا لغوياً
١٢٠	المبحث الثاني: صور المعاطاة بحسب قصد المتعاطين
١٢١	الوجه الأوّل: الإباحة
١٢٢	اعتراض وجواب
١٢٣	الوجه الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك الفعلي

٤٦٦	..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١
١٢٣	..... إشكاليّة الاقتصار على الوجهين
١٢٥	..... جواب الإشكال
١٢٧	..... وجهان آخران متصوّران للمعاطاة
١٢٧	..... الوجه الأوّل: عدم القصد
١٢٨	..... مناقشة الشيخ الأنصاري لهذا الوجه
١٢٩	..... تقريب وإشكال للسيّد اليزدي
١٣١	..... جواب المحقّق الأصفهاني على الإشكال
١٣٣	..... ردّ على المحقّق الأصفهاني
١٣٤	..... إشكال آخر على الشيخ الأنصاري
١٣٨	..... الوجه الثاني: قصد التمليك
١٣٨	..... التمليك المطلق بعوضٍ بيع أم أعمّ
١٤٤	..... أضواء على النصّ
١٥١	..... الفصل الثاني: تحرير محلّ النزاع
١٥٨	..... المبحث الأوّل: الحكم الإجمالي للمعاطاة وتصوير محلّ النزاع
١٥٨	..... القول الأوّل: إفادة الإباحة
١٦١	..... القول الثاني: إفادة التمليك
١٦٤	..... القول الثالث: عدم إفادة شيء
١٦٦	..... المبحث الثاني: إشكال في تصوير محلّ النزاع
١٦٧	..... تصوير الإشكال بنحو آخر أعمق
١٧٣	..... المبحث الثالث: الأجوبة على الإشكال
١٧٣	..... أوّلاً: جواب المحقّق الكركي
١٧٦	..... ثانياً: جواب المحقّق النجفي صاحب الجواهر
١٧٨	..... تقرير آخر للجواب

- ١٨١ ..... مناقشة الشيخ الأنصاري لجوابي الكركي وصاحب الجواهر
- ١٨١ ..... الأمر الأول: استقراء كلمات الفقهاء
- ١٨١ ..... أولاً: الشيخ الطوسي
- ١٨٨ ..... ثانياً: ابن إدريس الحلبي
- ١٩٤ ..... ثالثاً: السيد ابن زهرة الحلبي
- ١٩٨ ..... رابعاً: أبو الصلاح الحلبي
- ٢٠٠ ..... خامساً: المحقق الحلبي
- ٢٠١ ..... سادساً: العلامة الحلبي
- ٢٠٤ ..... سابعاً: الشهيد الأول
- ٢٠٤ ..... الأمر الثاني: سيرة العقلاء
- ٢٠٥ ..... محاولة تبرير يائسة
- ٢٠٦ ..... النتيجة النهائية للشيخ الأنصاري
- ٢٠٩ ..... التحقيق في أجوبة أخرى عن الإشكال
- ٢٠٩ ..... أولاً: جواب الآخوند الخراساني
- ٢١١ ..... التحقيق في الجواب
- ٢١٥ ..... ثانياً: جواب المحقق الأصفهاني
- ٢١٧ ..... التحقيق في الجواب
- ٢١٩ ..... ثالثاً: جواب الميرزا الشيرازي الكبير
- ٢٢١ ..... التحقيق في الجواب
- ٢٢٣ ..... رابعاً: جواب الميرزا النائيني
- ٢٢٥ ..... التحقيق في الجواب
- ٢٢٦ ..... خامساً: جواب السيد الخوئي
- ٢٢٧ ..... التحقيق في الجواب

٤٦٨ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

سادساً: جواب السيّد الميلاني ..... ٢٢٨

سابعاً: أجوبة أخرى ..... ٢٣١

أضواء على النصّ ..... ٢٣٧

الفصل الثالث: تحقيق في كلام الكركي ..... ٢٤٣

المرحلة الأولى: بيان كلام المحقّق الكركي ..... ٢٤٨

المرحلة الثانية: الاعتراض على المحقّق الكركي ..... ٢٥٢

المرحلة الثالثة: الاتفاق مع المحقّق الكركي في إيراده على المشهور ..... ٢٥٤

١. مناقشة حصول الإباحة كأثر مترتب على المعاطاة المقصود منها التمليك ... ٢٥٥

٢. تأييد المناقشة بالاستناد إلى كلمات المشهور ..... ٢٥٧

إشكال وجواب ..... ٢٥٨

المرحلة الرابعة: الإيراد على المحقّق الكركي ..... ٢٦٠

المرحلة الخامسة: بيعيّة المعاطاة عند المشهور ..... ٢٦٤

فهرسة إجمالية للبحث في هذا الفصل ..... ٢٧٠

أضواء على النصّ ..... ٢٧٢

### الباب الثاني: المعاطاة حكماً

مدخل ..... ٢٨١

الفصل الأوّل: الأقوال في حكم المعاطاة ..... ٢٨٣

القول الأوّل: لزوم المعاطاة على وجه الإطلاق ..... ٢٨٦

القول الثاني: اللزوم بشرط أن يكون الدالّ على التراضي لفظاً ..... ٢٨٩

التأمل في عدّهذا من الأقوال ..... ٢٩١

القول الثالث: إفادة المعاطاة الملك الجائز ..... ٢٩٥

القول الرابع: إفادة إباحة جميع التصرفات ..... ٢٩٥

القول الخامس: إباحة جميع التصرفات عدا المتوقّفة على الملك ..... ٢٩٦

الفهرس	٤٦٩
القول السادس: المعاطاة بيع فاسد	٢٩٨
القول السابع: المعاطاة ليست ببيع لكنّها تفيد الملك	٢٩٩
نطاق الأقوال ومساحة الخلاف في حكم المعاطاة	٣٠٣
محصل الأقوال في حكم المعاطاة	٣٠٤
أضواء على النص	٣٠٥
الفصل الثاني: أدلة ملكية المعاطاة / ١. السيرة	٣٠٧
المبحث الأوّل: مشهور الأقوال في ملكية المعاطاة	٣١٠
وقفه مع العلامة الحلّي	٣١١
إشكال وجواب	٣١٢
ردّ الشيخ الأنصاري لاستظهار عبارة التحرير	٣١٣
المبحث الثاني: تأسيس الأصل الأوّل في ملكية المعاطاة	٣١٧
المبحث الثالث: أدلة ملكية المعاطاة (الدليل الأوّل: السيرة)	٣١٩
الأمر الأوّل: المقصود من السيرة وأقسامها	٣١٩
الأمر الثاني: سيرة المتشرّعة ومناطق حجّيتها	٣٢٢
أقسام سيرة المتشرّعة	٣٢٥
الأمر الثالث: سيرة العقلاء ومناطق حجّيتها	٣٢٧
كاشفية عدم الردع عن الإمضاء	٣٣١
الملازمة بين الردع والوصول	٣٣٢
المقصود من عدم الوصول	٣٣٣
الفرق بين سيرة المتشرّعة وسيرة العقلاء	٣٣٤
كيفية الاستدلال على مملّكية المعاطاة	٣٣٥
المطلب الأوّل: بيان الاستدلال بسيرة المتشرّعة وسيرة العقلاء	٣٣٥
النحو الأوّل: الاستدلال بسيرة المتشرّعة	٣٣٥

٤٧٠ ..... بحوث في فقه المعاطاة - ج ١

النحو الثاني: الاستدلال بسيرة العقلاء ..... ٣٣٧

إشكال وجواب ..... ٣٤١

المطلب الثاني: السيرة عقلائيّة لا متشرعيّة ..... ٣٤٣

المطلب الثالث: الردع عن سيرة العقلاء ..... ٣٤٥

١. نصوص أن لا يبيع أو وقف أو وطء أو عتق إلا في ملك ..... ٣٤٦

٢. دليل الاستصحاب ..... ٣٤٩

٣. الإجماع والشهرة ..... ٣٥٣

٤. احتمال الردع ..... ٣٥٦

٥. احتمال وجود المانع ..... ٣٥٧

٦. عدم الأثر العملي للردع ..... ٣٥٧

النتيجة النهائيّة ..... ٣٥٩

أضواء على النصّ ..... ٣٦٠

الفصل الثالث: أدلّة ملكيّة المعاطاة / ٢. آية الحلّ ..... ٣٦٥

المبحث الأوّل: بيان الاستدلال بالآية ..... ٣٦٨

المطلب الأوّل: شمول موضوع الآية للمعاطاة ..... ٣٦٩

١. أن المعاطاة يبيّع عرفاً ..... ٣٦٩

٢. أن أسماء المعاملات موضوعة للأعمّ من الصحيح والفاسد ..... ٣٧٠

٣. الإجماع المدّعى على نفي بيعيّة المعاطاة ينفيه شرعاً لا حقيقة ..... ٣٧٣

اعتراض وجواب ..... ٣٧٦

المطلب الثاني: دلالة الحلّيّة على الملكيّة ..... ٣٧٩

التقريب الأوّل: إثبات صحّة المعاطاة بالدلالة الالتزاميّة الشرعيّة .. ٣٧٩

التقريب الثاني: إثبات صحّة المعاطاة بالدلالة الالتزاميّة العرفيّة ..... ٣٨٣

التقريب الثالث: دلالة الآية بالمطابقة على صحّة المعاطاة ..... ٣٨٤

الفهرس .....	٤٧١
بيان المحقق الأصفهاني للتقريب الثالث للاستدلال .....	٣٨٥
تأمل الشيخ الأنصاري في التقريب الثالث للاستدلال .....	٣٨٨
المبحث الثاني: إشكالات الأعلام على استدلال الشيخ بالآية .....	٣٩٠
١. لا ظهور في الحرمة التكليفية ولا قرينة على تعيينها .....	٣٩١
٢. متعلق الحلية ذات البيع لا الآثار المترتبة عليه .....	٣٩٢
٣. لا ملازمة بين الحكم التكليفي بجواز التصرفات وثبوت الملكية ...	٣٩٨
٤. لا إطلاق في الآية ليشمل المعاطاة .....	٣٩٩
المبحث الثالث: آراء الفقهاء في المقصود بالحلية من الآية .....	٤١٢
١. المقصود الحلية الوضعية .....	٤١٢
٢. المقصود: التكليفية مطابقةً والوضعية لزوماً .....	٤١٥
٣. صحة الاستعمال في كليهما .....	٤١٩
أضواء على النص .....	٤٢٤
الفصل الرابع: أدلة ملكية المعاطاة / ٣. آية التجارة .....	٤٢٧
الأمر الأوّل: المقصود من (التجارة) في الآية .....	٤٣٠
الأمر الثاني: المقصود من (الباطل) في الآية .....	٤٣٣
الأمر الثالث: المقصود من (الأكل) في الآية .....	٤٣٨
الأمر الرابع: طبيعة الاستثناء في الآية .....	٤٤٢
الأمر الخامس: حقيقة النهي عن المستثنى منه في الآية .....	٤٥٦
تقريب الاستدلال بالآية على ملكية المعاطاة .....	٤٥٨
التمسك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ كدليل على ملكية المعاطاة .....	٤٥٩
أضواء على النص .....	٤٦١
الفهرس .....	٤٦٣