

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْأَرْبَاءُ الْفَقْهِيَّةُ

قِسْمُ الرَّابِعِ (١)

الجزء الرابع

تأليف

آية الله الأستاذ الشيخ هادي النجفي

سرشناسه	: نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -
عنوان و نام پدیدآور	: الآراء الفقهیه / تألیف هادی نجفی.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۴۰ ق. = ۱۳۹۷.
مشخصات ظاهری	: ج.
شابک	: ۷-۲۸۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: دوره؛ ۴-۲۸۳-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: ج. ۱؛ ۱-۲۸۴-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: ج. ۲؛ ۸-۲۸۵-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: ج. ۳؛ ۵-۲۸۶-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: ج. ۴؛ ۲-۲۸۷-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: ج. ۵؛ ۹-۲۸۸-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: ج. ۶؛ ۶-۲۸۹-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: ج. ۷؛ ۹-۲۹۱-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: ج. ۸
وضعیت فهرست‌نویسی: فیبا	
یادداشت	: عربی.
موضوع	: معاملات (فقه)
موضوع	: Transactions (Islamic law)*
موضوع	: معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)
موضوع	: Sales (Islamic law)
موضوع	: فقه جعفری -- قرن ۱۴
موضوع	: Islamic law, Jafari -- 20th century*
شناسه افزوده	: موسسه آموزش عالی آزاد چتر دانش. مرکز تخصصی آموزش‌های حقوقی
رده‌بندی کنگره	: ۱۳۹۷ ن۳۴۴/۱: BP۱۹۰
رده‌بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۴۸۰۶۶۸

عنوان الكتاب	: الآراء الفقهية
الناشر	: چتر دانش
تأليف	: آية الله الاستاذ الشيخ هادي النجفي
سنة الطبع	: الطبعة الثالثة - ۱۴۰۱ ش
التعداد	: ۱۰۰۰
شابک الجزء الرابع	: ۵-۲۸۶-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
شابک دوره	: ۷-۲۸۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
سعر الجزء الرابع	: ۴۰۰۰۰۰ تومان
سعر التسعة الاجزاء	: ۳۷۶۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ‌منیری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸
تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳
پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com
کلیه‌ی حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لَدِينِ

أَكْبَرُهُ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ وَالْغُيُوثِ عَدَائِهِمْ جَمْعِينَ

لَفَضْلِهِ

وَلَا بَعْدَ فَدَى لَكَ مِنْ هَذَا الْكَلَامِ لَوْلَا أَنَّكَ خَلَقْتَ الْعَالَمَ وَالْغَايَةَ وَالْغَايَةَ

لَفَقِيَّتِهِ

حَمْدُ اللَّهِ وَالسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِ الْوَعْدِ وَالْوَفَاءِ وَالْغَايَةِ وَالْغَايَةِ وَالْغَايَةِ

أَتَرَأَى مَا جَمَعَ مِنَ الْفَضْلِ وَالْخَيْرِ الْعِلْمِيَّةِ بِهَا صُنِفَتْ فِي الْحَدِيثِ "فَوَجَدْتُهُ كَمَا بَاشَرْتُ" دَامَ غَايَةُ

فَيَلْقَى بِالسَّلَامِ وَالْحُضْرَ الرَّوَّافَةَ مَدْرَسَةَ هُدًى لِبَيْتِ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ ثُمَّ مِنْ رَدِّ الْأَسْئَلَةِ وَالْفَحْرَ أَنْ

يَجْعَلَ مِنْهُ فَاثِرًا بِالسَّرَائِرِ، سُرَاقَةُ الْحَبِّ وَسُرَاقَةُ النَّسَبِ. لَا حَبَّ مُلْقَى بِهَذَا الْكَلَامِ وَبِإِثْرِهِ

الْقِيَمَةِ وَكَذَا سِرِّهِ الْعِلْمِيَّةِ فِي الْخَوَافِ وَالْجِدِّ وَالسَّلَامِ. وَلَا نَسَبًا فَمِنْ بَيْتِ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ

الْهَدَايَةِ وَالْفَضْلِ قَدَرْتُ سِرَّهَا وَنَوْرُهَا فَلْيَكُوهْ عَلَى هَذِهِ الْمَرْتَبَةِ. سُرَّتْ لِي أَنَّكَ خَلَقْتَ الْخَلْقَ كُلَّهُ لِقَوْلِكَ

أَتَرَأَى مَا جَمَعَ مِنَ الْفَضْلِ وَالْخَيْرِ الْعِلْمِيَّةِ بِهَا صُنِفَتْ فِي الْحَدِيثِ "فَوَجَدْتُهُ كَمَا بَاشَرْتُ" دَامَ غَايَةُ



تقریظ سماحة المرجع الديني آية الله العظمى الشيخ حسين المظاهري - دام ظله -
رئيس الحوزة العلمية بإصفهان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تاريخ تصحيح الكتاب من نظم فضيلة العلامة القدير الشاعر المفلح السيد عبدالستار الحسنى البغدادى حفظه الله تعالى:

عَرَضَ عَلَى صَاحِبِ السَّامَةِ، الْفَقِيهِ الْمُحَقِّقِ، آيَةَ اللَّهِ الشَّيْخِ (الهادي) مِنْ آلِ (أَبِي الْمَجْد) النَّجْفِيِّ - دَامَ ظِلُّهُ - كِتَابَهُ النَّفِيسَ الْقِيَمِ الْمَوْسُومَ بِ- (الآراءِ الْفَقْهِيَّةِ) - الْمَجْلَدِ الرَّابِعِ - قَبْلَ طَبْعِهِ، وَ غَبَّ الْإِنْتِهَاءَ مِنْ مُطَالَعَتِهِ حَضَرَتُنِي هَذِهِ الْأَبْيَاتُ فِي تَقْرِيبِهِ - إِجْمَالاً - وَ فِي آخِرِهَا تَارِيخُ الْإِنْتِهَاءِ مِنْ إِتْمَامِهِ، رَاجِياً مِنْ سَمَاحَةِ الشَّيْخِ النَّجْفِيِّ قَبُولَهَا:

مِيزَانُهُ الرَّاجِحُ دُونَ^(١) اِزْتِيَابِ
وَ خَاضَ مِنْ (قَامُوسِهِنَّ)^(٢) الْعُبَابِ
أَحْكَامَ دِينِ اللَّهِ فِي كُلِّ بَابِ
بِهِمْ لَ تَنْشَيْنِي لِصُعَابِ
مِنْهُ إِلَى (الْمَجْدِ)^(٣) تَجَلَّى انْتِسَابِ
ضَمٌّ إِلَى الْحِكْمَةِ فَضْلُ الْخَطَابِ
لَا يَتَوَارَى نُورُهُ بِالْحِجَابِ^(٤)
بُعْيِهِ^(٥) مَنْ يَرُومُ مَخْضَ اللَّبَابِ
عَنْ فِكْرِ خَرِيَّتِ، سَيِّدِ انْتِخَابِ
كَمَا خَلَا فِي الْعَرْضِ مِنْ كُلِّ عَابِ^(٦)
يَحْظُ بِتَخْصِيلِ الْمُنَى وَ الرَّغَابِ
قَدْ سَلَكَ الشَّيْخُ سَبِيلَ الصَّوَابِ

بِ- (النَّفْضِ وَ الْأَبْرَامِ) (هَادِي) الْوَرَى
إِذْ سَبَرَ (الْآرَاءَ) مُسْتَقْصِيَا
مُسْتَكْنَهَا أَشْرَارَ مَا جَاءَ مِنْ
شَمَرٍ عَنْ سَاعِدِهِ^(٧) جَاهِدَا
وَ كَيْفَ لَا يَخُوءُ الْعِلَامُ مَا جِدَّ
لَهُ مِنْ سَفَرٍ أَتَانَا بِهِ
أَسْفَرَ مِثْلَ الشَّمْسِ لِكِنَّةِ
فُضُولِهِ قَدْ خُرِّرَتْ فَاغْتَدَّتْ
(مَنَاظِلُهَا) (تَنْقِيحُهُ) مُعَرَّبِ
لَا يَغْتَرِي الْأَشْكَالَ مَضْمُونُهُ
مِنْهَاجُهُ الْمَهْيَعُ مَنْ يَفْقَهُ
وَ بِ- (الْإِلَهِي الْعَشْرِ) أَرْخُ: (أَجَلْ)

١٤٣١ هـ. ق

(١) الْوَجْهُ أَنْ يُقَالَ: (مِنْ دُونَ...) لَكِنْ خُذِفَتْ (مِنْ) - هُنَا - لِمُرَاعَاةِ الْوُزْنِ.

(٢) الْقَامُوسُ: مِنْ أَسْمَاءِ الْبَحْرِ، وَ قَدْ سَمَى الْمَجْدُ الْفَرُوزَ أَبَادِي كِتَابَهُ فِي اللَّغَةِ بِ(الْقَامُوسِ...) تَشْبِيْهًا لَهُ بِالْبَحْرِ لِاتِّسَاعِ مَوَادِّهِ الْفَعُولِيَّةِ، وَ هَذِهِ التَّسْمِيَةُ هِيَ الَّتِي أَوْ قَعَبَ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي الْإِسْتِيَابِ؛ فَظَنُّوا (الْقَامُوسَ) مُرَادِفًا لِ(الْمُعْجَمِ) وَ الْأَمْرُ كَمَا تَرَى!

(٣) يُقَالُ: شَمَرٌ عَنْ سَاعِدِهِ، وَ عَنْ سَاعِدِيَّهِ، كِلَاهُمَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ، إِذَا جَدَّ فِي الْأَمْرِ وَ انْتَدَبَ لَهُ.

(٤) فِيهِ تَوْرِيْدُهُ لِانْتِسَابِ آيَةِ اللَّهِ الشَّيْخِ الْهَادِي - دَامَ ظِلُّهُ - إِلَى جَدِّهِ الْأَعْلَى، آيَةِ اللَّهِ الْعَظَمَى عِلْمِ الْفُقَهَاءِ وَ الْمُجْتَهِدِينَ الْأَيْمَامِ الشَّيْخِ مُحَمَّدٍ الرُّضَا آلِ (صَاحِبِ الْحَاشِيَةِ عَلَى الْمُعَالِمِ) الْمُلَقَّبِ بِ(أَبِي الْمَجْدِ) قَدَسَ سِرُّهُ.

(٥) فِيهِ تَلْمِيْخٌ بِ(الْإِقْتِيَابِ) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: «... حَتَّى تَوَازَتْ بِالْحِجَابِ» وَ الضَّنْفِيرُ فِي (تَوَازَتْ) عَائِدٌ عَلَى الشَّمْسِ.

(٦) يُغَيِّعُ: يَضُمُّ الْبَاءَ وَ كَسْرَهَا، لَكِنَّ الشَّائِعَ الْيَوْمَ الْإِقْتِصَارُ عَلَى الضَّمِّ.

(٧) الْعَابُ: الْعَيْبُ. سَلَخُ شُعْبَانَ الْمُعْظَمِ ١٤٣١ هـ. ق.

تقسيم الفقه

الحمد لله الذي أحلّ البيع و حرّم الربا و الصلاة و السلام على مؤسس الشريعة و الأحكام محمد رسول الله ﷺ و على مبيّنيها أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام و لأحد عشر من ولده الأئمة المعصومين عليهم السلام لا سيما على الحجة الثاني عشر بقية الله الإمام المنتظر المهدي عجل الله تعالى فرجه الشريف و جعل أرواحنا فداء.

بعد الفراغ من البحث حول المكاسب المحرّمة لأبّد من الشروع في البحث عن كتاب البيع و هو من كتب القسم الثاني من أقسام الفقه، لأنّ الفقه ينقسم إلى أربعة أقسام:

١- العبادات: و هي أمور اشترط في صحّتها النية أو شرّعت للمصالح الأخروية.

٢- المعاملات: و هي بنفسها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ: العقود: و هي مالألفاظ فيها مدخلية و مشتملة على إيجاب و قبول أو لأقل مشتملة على رضا الطرفين أو المتضمنة لقصد من الجانبين.

ب: الايقاعات: و هي ايضاً ما للألفاظ فيها مدخلية ولكن تشتمل على إيجابات فقط أو مقاصد أو رضا من جانب واحد.

ج: الأحكام: و هي ما أثبتها الشرع من غير توقيف على لفظ أو قصد أو رضاً.^(١)

و هذه التعاريف ليست من التعاريف الحقيقية بل من قبيل شرح الاسم و لذا لا تطرّد و لا تتعكّس.

(١) كذا قسّمها الشيخ جعفر كاشف الغطاء عليه السلام في شرح القواعد ٩٧/١ و ٩٦.

و ربّما عبّر عن بعض الكتب النهائية في الفقه بالسياسات نحو: القضاء و الشهادات و الحدود و القصاص و الديات.

و جماعة عبّروا عن هذا الكتاب بالبيع كما في الانتصار^(١) و المبسوط^(٢) و الخلاف^(٣) و الغنية^(٤) و الجامع للشرائع^(٥) و الدروس^(٦) و كذا ربّما بالتجارة كما في الشرائع^(٧) و المراد بالتجارة هي البيع وَ تَوَابُعُهُ، و ليس المراد بها ما ذكره الزمخشري من أنّها «صناعة التاجر و هو الذي يبيع و يشتري للربح»^(٨).

و كذا ربما عبّروا عن هذا الكتاب بالمتاجر كالعلامة في القواعد^(٩) و الشهيد في اللمعة^(١٠) و هو مصدر ميمي بمعنى التجارة كالمقتل بمعنى القتل.

و حيث كان الإنسان مَدَنِيّاً بالطبع و لا يمكنه الاستقلال بحوائجه كلّها فلا بدّ في حفظ النظام من تشريع المعاملات و تعلّم أحكامها و بما أنّ اشتغال الجميع بها يوجب اختلاف النظام و جب التصدي لها كفاية كما في مصباح الفقاهة^(١١).

(١) الانتصار / ٤٣٣.

(٢) المبسوط ٧٦/٢.

(٣) الخلاف ٣/٣.

(٤) الغنية / ٢٠٧.

(٥) الجامع للشرائع / ٢٤٤.

(٦) الدروس ١٩١/٣.

(٧) شرائع الاسلام ٣/٢.

(٨) الكشف ٢٤٢/٣.

(٩) قواعد الاحكام ٥/٢.

(١٠) اللمعة / ١٠٣.

(١١) مصباح الفقاهة ٣/٢.

الإضافة الحاصلة بين المال و مالكه

قبل الورود فيها لابدّ من التّدكير مُجَدِّداً بِالْفَرْقِ بين المال و الملك و النسبة بينهما؛
المال: هو ما يبذل بإزائه المال أو الشيء و يتنافسون فيه و يدخرونه و يميل إليه النوع في حدّ ذاته و لا يختص بالأعيان بل يعم المنافع و بعض الحقوق أيضاً.
و النسبة بينه و بين الملك هي العموم من وجه، لأنّه قد يوجد الملك و لا يوجد المال كالحبّة من الأرز فإنّها ملك و ليست بمال، و قد يتحقّق المال من دون الملك كالمباحات الأصلية قبل حيازتها و قد يجتمعان نحو: الأراضي و الدور و السيارات و نحوها و هي كثيرة.

و أمّا الإضافة بين المال و مالكه: فتارةً هي إضافة حقيقية خالقية: و هي مالكية الله تعالى بالنسبة إلى جميع الأشياء و المخلوقات، فالجميع ملك لله تعالى ملكيّة حقيقية ذاتية إشراقية خالقية: ﴿قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكُ الْمُلْكِ﴾^(١).
و أخرى: هي إضافة ذاتية تكوينية: والمراد بالذاتي هنا هو ما لا يحتاج تحقّقه إلى أمر خارجي و ليس المراد به الذاتي في باب البرهان: أيّ ما ينتزع من مقام الذات، و لا الذاتي في باب الإيساغوجي أيّ: الجنس و الفصل.
و هذه الاضافة نحو: ملكيّة كلّ فرد لأعضائه و أطرافه و نفسه و أعماله و أفكاره و ذمّته.

و ثالثة: إضافة عرضية اعتبارية: يظهر تعرّف العرضية ممّا يقابلها من الذاتية، فالمراد بها هي ما يحتاج تحقّقه إلى أمر خارجي و المراد بالإعتباري أيّ ليس له وجود حقيقي، متأصل بالذات. و هذه الاضافة نحو: ملكيّة كلّ فرد لأمواله الخارجية.
و هذه الأخيرة إمّا الأوليّة المنقسمة إلى الأصلية الاستقلالية و التبعية الغيرية.

الإضافة الحاصلة بين المال و مالكه ٩

و إما الثانوية المنقسمة إلى الاختيارية و القهرية و تفصيل ذلك:

أ: الإضافة الأولى الأصلية نحو: الإضافة المالية الحاصلة بالعمل أو بالحيازة أو بهما معاً.

ب: الإضافة الأولى التبعية فهي ما تكون بين المالك و نتاج أمواله نحو: أنه اصطاد حيواناً حياً فولد له.

الإضافة الثانوية: و هي أيضاً على نوعين:

أ: الاختيارية: و هي الحاصلة من المعاملات من البيوع و الهبات.

ب: القهرية: و هي الحاصلة من الإرث و الوقف و الوصية بناءً على أن الأخير من الإيقاعات.

و لتفصيل هذا البحث راجع مصباح الفقاهة ٢/ (٧-٤).

تعريف البيع

قال أحمد بن فارس: «بيع: الباء و الباء و العين اصلٌ واحدٌ، و هو بيع الشيء و ربّما سَمِيَ الشَّيْءُ ببيعاً و المعنى واحدٌ. قال رسول الله ﷺ: لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، قالوا: معناه: لا يَشْتَرِ على شَرَى أخيه، و يقال: بعت الشيء بيعاً، فإن عَرَضْتَهُ للبيع قلتُ أُبِعْتُهُ...» (١) (٢).

و قال الفيومي: «... و البيع من الأضدادِ مثلُ الشِّراءِ و يُطلق على كلِّ واحد من المتعاقدين أنّه بائع، ولكن إذا أُطلق البائعُ فالمتبادر إلى الذهن باذلُ السِّلعة، و يُطلق البيع على المبيع فيقال: بيعٌ جيّدٌ و يُجمَعُ على يبيع، و بعثُ زيداً الدارَ يتعدّى إلى مفعولين و كثر الاقتصار على الثاني لأنّه المقصودُ بالإسناد و لهذا تتمُّ به الفائدة نحو بعثُ الدارَ، و يجوز الاقتصارُ على الأوّل عند عَدَمِ اللَّبْسِ نحو: بعثُ الأميرَ لأنَّ الأميرَ لا يكون مملوكاً يُباعُ... و الأصل في البيع مُبَادَلَةُ مالٍ بمالٍ لقولهم يبيعُ رابعٌ و يبيعُ خاسرٌ و ذلك حقيقةٌ في وصف الأعيان لكنّه أُطلق على العقد مجازاً لأنّه سببُ التملك و التملُّك و قولُهُم: صحَّ البيعُ أو بطلَ و نحوه أيّ صيغة البيع لكن لما حُذِفَ المضافُ أُقيِمَ المضافُ إليه مقامه و هو مذكّرُ أسند الفعل و إليه بلفظ التذكير...» (٣).

و قد عرّفه الفقهاء بكلمات مختلفة أذكر لك بعضها:

البيع: انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي، فلا ينعقد على المنافع و لا على ما لا يصحّ تملكه و لا مع خلوه عن العوض و لا مع جهالته و لا

(١) و لذا لا يصحُّ قولُهُم: المُباعُ لا يرجع لأنَّ مَقْصُودَهُم: الذي دَفَعَ عليه أَلْبَيْعُ لا المعروف و الصواب: المَبِيعُ.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٣٢٧/١.

(٣) المصباح المنير / ٦٩.

تعريف البيع ١١

مع الإكراه، و يظهر هذا التعريف من المبسوط^(١) و السرائر^(٢) و التذكرة^(٣) و نهاية الأحكام^(٤) و التحرير^(٥) و التلخيص^(٦) و القواعد^(٧).

و في المختلف^(٨) أنه العقد على الانتقال المذكور وأنه المتبادر من البيع عند الإطلاق. و في الكافي^(٩) أنه عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع و الثمن و تسليمهما. و نحوه في النافع^(١٠) و الدروس^(١١) و التنقيح^(١٢) من أنه الإيجاب و القبول على اختلافها في القيود زيادة و نقصاناً.

و استقرب المحقق الثاني^(١٣) أنه نقل الملك من مالك إلى غيره بصيغة مخصوصة. و هو ظاهر الشرائع^(١٤) و اللمعة^(١٥) حيث عرفا فيهما عقد البيع بما دلّ على نقل الملك فيكون نقلاً لا انتقالاً و لا عقداً و اختاره السيّد بحر العلوم في مصابيح على ما حكى عنه تلميذه

(١) المبسوط ٧٦/٢.

(٢) السرائر ٢٤٠/٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٥/١٠.

(٤) نهاية الأحكام ٤٤٧/٢.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

(٦) تلخيص المرام ٩٤/.

(٧) قواعد الأحكام ١٦/٢.

(٨) مختلف الشيعة ٥١/٥.

(٩) الكافي في الفقه ٣٥٢/.

(١٠) المختصر النافع ١١٨/.

(١١) الدروس ١٩١/٣.

(١٢) التنقيح الرائع ٢٣/٢.

(١٣) جامع المقاصد ٥٥/٤.

(١٤) الشرائع ٧/٢.

(١٥) اللمعة الدمشقية ١٠٩/.

صاحب المفتاح^(١)، الذي جميع هذه المنقولات منه و اختار هو أنه: «إنشا تملك العين بعوض على وجه التراضي»^(٢).

ولعلَّ الصحيح في تعريفه هو: تملك خاص بعوض أو تبديل العين أو الشيء بعوض على وجه التراضي بين الطرفين. أو «تمليك العين بالعوض في ظرف تملك المشتري» كما عن المحقق النائيني^(٣). و لازمه التبادل و تعويض طرفي إضافة الملكية.

و الذي يسهل الخطب أنَّ العرف يعرفون البيع و أنَّ مفهومه من المفاهيم الواضحة البديهية الارتكازية التي يعرفها كلُّ أحد في الجملة، و ليس له حقيقة شرعية و لا حقيقة متشعبة كما اعترف به الشيخ الأعظم^(٤) فهذه التعاريف المختلفة كلها إشارة إلى ذاك المفهوم العرفي المرتكز في الأذهان فلا تترتب فائدة على النقص و الإبرام عليها و تطويل الكلام فيها.

نعم هاهنا أمورٌ لابدَّ من التنبيه عليها:

الأول: هل يعتبر في البيع كون المعوِّض من الأعيان؟

المصرَّح به في كلام جماعة من الأصحاب و لعل المشهور هو هذا الاعتبار كما قال الشيخ الأعظم^(٥): «الظاهر اختصاص المعوِّض بالعين، فلا يعمُّ أبدال المنافع بغيرها و عليه استقرَّ اصطلاح الفقهاء في البيع»^(٥).

و قال قبله صاحب الجواهر: «لا خلاف و لا اشكال في اعتبار كون المبيع عيناً و

(١) مفتاح الكرامة ٤٧٦/١٢.

(٢) مفتاح الكرامة ٤٨٢/١٢.

(٣) منية الطالب ١١٤/١.

(٤) المكاسب ١٠/٣.

(٥) المكاسب ٧/٣.

الأول: هل يعتبر في البيع كون المعوِّض من الأعيان؟ ١٣

لذلك اشتهر بينهم أنه لنقل الأعيان كإشتهار أن الإجارة لنقل المنافع»^(١).
ولكن يظهر من الشيخ أنه يستعمل البيع في نقل غير الأعيان في شأن بيع العبد المدبر إذا عاد إلى مولاه فهل يعود حكم التدبير أم لا؟ قال: «و الذي نقوله إن كان حين باعه نقض تدبيره فإنه لا يعود تدبيره وإن كان لم ينقض تدبيره فالتدبير باق، لأن عندنا يصح بيع خدمته دون رقبته مدّة حياته...»^(٢).

وقال الشيخ في نهايته: «ومتى أراد المدبر بيعه من غير أن ينقُص تدبيره لم يجز له: إلا أن يُعلمَ المبتاع أنه يبيعه خدمته وأنه متى مات هو، كان حرّاً لا سبيل له عليه»^(٣).
وقد حكى الشهيد عن ابن الجنيد قوله: «تباع خدمته مدّة حياة السيّد»^(٤).
كما ورد في بعض الروايات استعماله في غير نقل الأعيان:

منها: موثقة اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال: سألت عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فبييعها و يأخذ ثمنها؟ قال: ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له، قلت: فإنه ليس له، قلت: فبييع سكنها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكني و تكون في يدك كما هي في يدي، قال: نعم يبيعها على هذا.^(٥)

و منها: صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون وإنما يقبلها من السلطان

(١) الجواهر ٢٠٨/٢٢.

(٢) المبسوط ١٧٢/٦.

(٣) النهاية ٥٥٢/.

(٤) الدروس الشرعية ٢٣٣/٢.

(٥) وسائل الشيعة ٣٣٥/١٧، ح ٥، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

لعجز أهلها عنها أو غير عجز، فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضاروا و إن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها. قال: و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناساً من أهل الذمة نزولوها، له أن يأخذ منهم أجرة البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.^(١) و نحوها خبر محمد بن شريح^(٢) و خبر أبي بردة بن رجا^(٣) و صحيحة حريز^(٤) و حسنة ابراهيم بن أبي زياد^(٥) و موثقة محمد بن مسلم و عمر بن حفظة^(٦).

و منها: صحيحة أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سُئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياتها؟ فقال: أيّ ذلك شاء فعل^(٧). و نحوها معتبرة السكوني^(٨) و خبر عليّ^(٩).

و حمل الجميع على «مسامحة في التعبير»^(١٠) كما عن الشيخ الأعظم عليه السلام مشكلاً جداً. مضافاً إلى خروج بيع الكلّي في جميع أقسامها: من الكلّي في ذمّه البائع أو في ذمّه الغير و الكلّي المشاع و الكلّي في الخارج، و الكلّ يتفقون على صحة بيع الكلّي. فالظاهر أن المراد بالعين في كلماتهم إذا كان الشخص الخارجي فلا يصح جميع هذه

(١) وسائل الشيعة ٣٧٠/١٧، ح ١٠، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) وسائل الشيعة ٣٧٠/١٧، ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٥٥/١٥، ح ١، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

(٤) وسائل الشيعة ١٥٧/١٥، ح ٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥، ح ٤.

(٦) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥، ح ٣.

(٧) وسائل الشيعة ١١٩/٢٣، ح ١، الباب ٣ من أبواب التدبير.

(٨) وسائل الشيعة ١٢٠/٢٣، ح ٤.

(٩) وسائل الشيعة ١٢٠/٢٣، ح ٣.

(١٠) المكاسب ٧/٣.

الموارد ولكن إذا كان المراد بالعين ما يقابل المنفعة لتشمل الشخص الخارجي والكلي بجميع أقسامها و يخرج منه الموارد المذكورة في الروايات التي مرّت آنفاً.

و الذي يختلج بالبال كما مرّ: أنَّ (يَحْذَفُ الْبَاءَ) البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشعبة و على هذا كُلّ ما سماه عرف العقلاء بيعاً فهو بيع و أمضاه الشارع بـ﴿أحل الله البيع﴾^(١) إلا ما خرج بالدليل نحو: البيع الربوي وغيره. و على ما ذكرناه تدخل الروايات أيضاً من دون مسامحة و لذا قال صاحب الجواهر^(٢): «و عن بعض المتأخرين اعتبار عينية العوضين، و هو وهم»^(٢) و الله العالم.

الثاني: بيع الكلي

الأعيان في البيع تارة تكون شخصيةً و أخرى كُليّةً.

العين الشخصي إمّا يكون بالفعل موجوداً و إمّا أن يكون بالقوة الأوّل نحو: بيع الأعيان الخارجية، و الثاني نحو: الأثمار المتجددة في بيع الثمرة على الشجر.

و أمّا الكليّ فهو أيضاً على أقسام: الأوّل و الثاني: الكليّ الثابت في الذمّة، و الذمّة تنقسم إلى ذمّة البائع نفسه أو ذمّة غيره، الكليّ الثابت في ذمّة الإنسان نفسه نحو: بيع من من الأرض حالاً أو سَلَمًا، و الكليّ الثابت في ذمّة غيره كبيع الدين ممّن هو عليه أو من غيره. فهاتان صورتان.

الثالث: الكليّ المشاع: كثلث الدار أو كسر آخر منها.

الرابع: الكليّ في المعين: كصاح من الصبرة المعينة.

لا اشكال في تعلق البيع بجميع هذه الصور في العرف و عند العقلاء و لم يَنهَ الشارع

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) الجواهر ٢٢/٢٠٩.

عنها فصار البيع صحيحاً ولا يصغي إلى الاشكالات الباردة في بيع الكلّي في الذمّة من أنّ الملكية تحتاج إلى محلّ تعرضها وهو هنا غير موجود، والكلّي قبل تحقّق العقد لا يعدّ مالاً، وكيف يبيع الإنسان ما لا يملكه؟

والجواب عن الأوّل: بأنّ الملكية أمر اعتباري وليست من الأمور الحقيقية المتأصلة من الأعراض حتّى تحتاج إلى محلّ.

وعن الثاني: المالية تدور مدار العرف والعقلاء وهي حاصلة في مَنْ من الأُرز حالاً أو سَلماً.

وعن الثالث: بأنّ العرف يُعدّ الملكية ثابتة له ولو على نحو الإجمال والقوّة لأنّ القدرة القريبة من الفعل تجعل الإنسان مالاً لشيء بالقوّة نظير الثمرة المتجددة على الشجرة. والحاصل: بعد اعتراف العرف والعقلاء بصحة هذه البيوع فلا عبرة بهذه الاشكالات الواهنة.

الثالث: الحقوق وبيعها

الحقّ في اللغة يستعمل بمعنى: ثابتٌ وموجودٌ وفي الاصطلاح يطلق على مَعْنَيْنِ و هما الحقيقي والاعتباري.

أمّا المعنى الاصطلاحي الحقيقي: فيُرادُ به وجود الشيء وأنه واقع في العالم الوجود و يتحقّق خارجاً نحو: قول رسول الله ﷺ: عليّ عليه السلام مع الحقّ والحقّ مع عليّ عليه السلام.^(١)

وأمّا المعنى الاصطلاحي الاعتباري فالحقّ أنّ هذا المعنى لا يتحقّق في الخارج إلّا مع الاعتبار. كحقّ الزوجية وحقّ الخيار. والمراد به هو سلطنة وألويّة شرّعت رعاية لحال

(١) تاريخ مدينة دمشق ١٢٠/٣، شرح نهج البلاغة ٢٩٧/٢، تاريخ بغداد ٣٢١/١٤، كنز العمال ١٥٧/٦، مجمع الزوائد ٢٣٥/٧، ونوها في صحيح الترمذي ٢٩٨/٢، مستدرک الصحيحين ١١٩/٣ و ١٢٤، مجمع الزوائد ٢٤٣/٧ و ١٣٤/٩.

المكلف ورفقاً به أو لكونه أهلاً لذلك.

قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في خطبة خطبها بصفين: «أما بعد فقد جعل الله سبحانه لي عليكم حقاً بولاية أمركم و لكم عليّ من الحقّ مثل الذي لي عليكم، فالحقّ أوسع الأشياء في التواصف و أضيّقها في التناصف، لا يجري لأحدٍ إلّا جرى عليه و لا يجري عليه إلّا جرى له ولو كان لأحد أن يجري له و لا يجري عليه لكان ذلك خالصاً لله سبحانه دون خلقه لقد رتته على عبادته و لعدله في كلّ ما جرت عليه صروف قضائه و لكنّه سبحانه جعل حقّه على العباد أن يطيعوه و جعل جزاءهم عليه مضاعفة الثواب تفضلاً منه و توسّعاً بما هو من المزيد أهله»^(١).

و على هذه الاساس ما ورد من الحقّ على الله تعالى ليس منه تعالى إلّا التفضل و الرحمة نحو قوله تعالى: ﴿وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرَ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٢) و قوله تعالى: ﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ﴾^(٣) و أمّا بالنسبة إلى غير الله تعالى فتكوّن الحقوق متقابلة بين الطرفين في الغالب.

الفرق بين الحقّ و المال: الحقّ هو سلطنة متعلّقة بالمال و ليس بالمال نفسه نحو: حقّ التحجير و حقّ الرهانة و حقّ الخيار.

و بعبارة أخرى: الحقّ كالملك في أنّه سلطنة متعلّقة بالمال و ليس المال نفسه، نعم يصحّ تعلّقه بما يتعلّق بالمال كحقّ الخيار و الشفعة.

و كذا يصحّ تعلّقه بنفس الغير كتعلّق حقّ الولاية لولي الصغير بنفسه.

و كذا يصحّ تعلّقه بذمّة الغير كحقّ الزوجية.

(١) نهج البلاغة، الخطبة ٢١٦.

(٢) سورة الروم ٤٧.

(٣) سورة الانعام ٥٤.

و أمّا الفرق بين الحقّ و بين الملك: فَأَنَّهُمَا مشتركان في كونهما سلطنةً ولكن الفرق بينهما أَنَّ الحقّ متعلّقه إمّا أن يكون من سنخ المال - ولكن من مال غير من هو له - و إمّا أن يكون من غير سنخ المال.

ولكن الملك لا بدّ أن يكون متعلّقه من سنخ المال بل من مال من هو له ولو كان لقلته و حقارته لا يعدّ مالاً في العرف.

و الفرق بين الحقّ و الحكم الترخيصي - لا الايجابي و التحريمي - يمكن أن يقال بأنّ الفرق بينهما: أَنَّ المجعول ابتداءً في الحقّ هو السلطنة و في الحكم هو الإباحة. و بعبارة أخرى: الداعي إلى تشريع الحقّ هو الرعاية من الشارع لحال المكلّف و لباقته للسلطنة ولكن الحكم الترخيصي الداعي إلى جعله خلوه من المصلحة و المفسدة في نوعه.

و الحقّ و الحكم الترخيصي كثيراً ما يشتبه أحدهما بالآخر نحو: الرجوع إلى المطلقة الرجعية قبل انقضاء العدة، أو الجواز في العقود الجائزة بالأصالة.^(١)

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط

١- ما لا يصح نقله و لا اسقاطه، و لا ينتقل بالموت نحو: حقّ الأبوة و حقّ الولاية للمجتهد الجامع شرائط الإفتاء، و حقّ الاستمتاع بالزوجة.

٢- ما يجوز اسقاطه و لا يصح نقله و لا ينتقل بالموت أيضاً: كحقّ الغيبة بناءً على وجوب إرضاء صاحبه و عدم كفاية التوبة.

٣- ما لا يصح نقله ولكن يجوز اسقاطه و ينتقل بالموت: كحقّ الشفعة على

(١) و لتفصيل هذا البحث راجع كتاب البيع ١/ (١٣-١٠) لشيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي رحمته الله.

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل والإسقاط ١٩

وجه.

٤- ما يصح نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضاً: كحقوق الخيار و القصاص و الرهانة و التحجير و الشرط.

٥- ما يجوز إسقاطه و نقله لا بعوض و لا ينتقل بالموت: كحقّ القسّم على ما ذكره جماعة كالشيخ في المبسوط^(١) والعلامة في القواعد^(٢) والشهيد في اللمعة^(٣). وفيه نظر بيّن.

٦- ما هو محلّ الشك في صحة الإسقاط و النقل و الانتقال نحو: حقّ الرجوع في العدة الرجعية، و حقّ النفقة في الأرقاب كالأبوين والأولاد، و حقّ الفسخ في النكاح بالعيوب، و حقّ المطالبة في القرض و الوديعة و العارية، و حقّ الفسخ في العقود الجائزة كأمثال: الشركة و المضاربة و الوكالة و الهبة.^(٤)

و اعلم: أنّ من لوازم الحكم عدم جواز إسقاطه و من لوازم الحقّ جواز إسقاطه ما لم يمنع عنه مانع، و إذا ما شككنا بنفوذ الإسقاط و عدمه، فالأصل يجري بالنسبة إلى عدم النفوذ و عدم السقوط، كالرجوع في العدة إلى المطلقة الرجعية قبل انقضاء العدة فيشك أنّ حكمه حتّى لا يؤثر إسقاطه أو حقّ حتّى يؤثر فيحكم ببقائه بعد الإسقاط للاستصحاب. ثم: إذا تعيّن الحقيقة و طرحت الحكمية و شككنا في أنّها تقبل النقل و الانتقال أم لا؟ فالأصل يقتضي عدم نفوذ النقل و الانتقال فلا يجوز بيعها.

و قد أسس المؤسس الحائري^(٥) أصلاً ثانياً في المقام حيث يقول: «لكن يمكن

(١) المبسوط ٣٢٥/٤.

(٢) القواعد ٤٥/٢.

(٣) اللمعة الدمشقية ١٧٤/.

(٤) في هذه الأقسام راجع حاشية الفقيه اليزدي على المكاسب ٢٨٢/١ و ٢٨١.

استفادة الأصل و القاعدة على القبول من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: ما ترك الميت من حقّ فلوارثه ^(١)، وفي رواية: زيادة «أو مال» بعد قوله «من حقّ»، و على الأوّل: معناه الأعمّ الشامل للمال و كيف كان فمضمونه تأسيس القاعدة على أنّ كلّ حقّ ينتقل بالموت إلى الوارث فيستكشف منه القابلية للنقل في جميع الحقوق ضرورة أنّ الانتقال الفعلي الذي هو مضمون الرواية فرع القابلية فيكون هذا أصلاً ثانوياً حاكماً على الأصل الأوّل، غاية الأمر أنّه خرج ما خرج ^(٢).

و فيه: أولاً: هذه الرواية مرسلة، لم تنتقل في كتب الحديث بل نقلت في كتب الاستدلال فقط كما يظهر من مصادرها.

و ثانياً: يمكن المناقشة في دلالتها بأنّ المراد من الحقّ فيها الحقوق التي تقبل النقل و الانتقال.

ولكن يمكن تأييد المؤسس الحائري رحمته الله بأنّ الحقّ إذا كان من الحقوق التي تُعَوِّفَ نقلها و انتقالها عند العرف أمكن القول بامضاءها من ناحية الشارع بعد عدم وصول الردع عنه بخصوصها. لما مرّ في تعريف البيع.

و أمّا التمسك بعمومات البيع و الصلح و العقد لأجل جواز النقل بنحو القابلية الشرعية فلا يتم لأنّه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية له.

و لأحد أن يقال: الحقوق التي تقوم بالأشخاص أو العنوان لا يجوز التعدي منها إلى

(١) وردت الرواية في دعائم الإسلام ٣٩٥/٢ هكذا: ما ترك الميت من شيء فلورثته. نعم وردت هذه الألفاظ المذكورة في كتب الاستدلال نحو: المسالك ٣٤١/١٢ و المفاتيح ٨٢/٣ و الحدائق ٣٢٦/٢٠ و حاشية مجمع الفائدة / ٢١٤ للوحيد و رياض المسائل ٢٠٢/٨ و الجواهر ٧٥/٢٣.

(٢) كتاب البيع ١٧/١ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي رحمته الله.

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط ٢١

غيرها نحو: ولاية الفقيه أو حقوق الوصاية بالنسبة إلى الوصي أو القيمومية بالنسبة إلى القيم أو التولية بالنسبة إلى المتولي، وأما غيرها إذا تُعَوِّرَفَ نقلها و لم يرد من الشرع النهي عنه فيجوز نقلها و انتقالها.

و بعبارة أخرى: الحق بطبيعته يقتضي جواز إسقاطه و نقله، لأن من له الحق كان مالكا له و مسلطا عليه، فالمنع منهما إما تعدي أو من جهة قصور في كفيته بحسب الجعل، و تحصيل عدم الأول واضح، و الثاني نحو أن يكون الحق متقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص كحق التولية في الوقف و حق الشفعة بالنسبة إلى الشريك.

و إذا شك في كون شيء حقاً، فهل يجوز إسقاطه أو نقله أم لا؟ الظاهر لا، و أما إن علم كونه حقاً و علم المنع التعدي أو كون الشخص أو العنوان مقوماً له فلا اشكال، و إن شك في المنع فمقتضى العمومات صحة التصرفات فيه، و كذا إن شك في كون الشخص أو النوع مقوماً بحسب الجعل الشرعي بعد إحراز القابلية بحسب العرف، مقتضى العمومات يدل على صحة التصرفات فيه بعد فرض صدق عناوينها.

و من ذلك يظهر أن ما يقال من أن العمومات لا تثبت القابليات، مدفوع بأن ذلك إذا كان الشك في القابلية العرفية، ولكن ما نحن فيه هو في القابلية الشرعية و شأن العمومات إثباتها. هذا ما أفاده الفقيه البيهقي^(١) بتلخيص منّا.

وبما ذكرنا تظهر مواقع النظر في ما ذهب إليه المحقق السيّد الخوئي: «من أن الحكم و الحق متحدان حقيقة لأنّ قوامهما بالاعتبار الصرف - ثم قسم المعجولات الشرعية على ستة أقسام و قال: - و هذه الامور الاعتبارية و إن اختلفت من حيث الآثار اختلافاً واضحاً ولكنّها تشترك في أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المعجول الشرعي أو

(١) حاشية المكاسب ٢٨٣/١.

العقلاني إلى الحقّ والحكم لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلّها حكم شرعي أو عقلاني قد اعتبر لمصالح خاصة... نعم، تختلف هذه الأحكام في الأثر اختلافاً ظاهراً فبعضها يقبل الإسقاط وبعضها لا يقبله، والسّرّ في هذا الاختلاف هو أنّ زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثاً وبقاءً، فقد يحكم ببقائه كما حكم بحدوثه، وقد يحكم بارتفاعه ولو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما، نعم المتبع في ذلك - في مقام الإثبات - هو الأدلة الشرعية و على الجملة إنّ الجواز و اللزوم الوضعيين كالجواز و اللزوم التكليفيين فإن جميعها من الأحكام الشرعية و لا تفاوت في ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها.

... نعم لا مانع من تخصيص إطلاق الحقّ اصطلاحاً بطائفة من الأحكام - وهي التي تقبل الإسقاط، إذ لا مُشاحّة في الاصطلاح... و ممّا يدل على اتحاد الحقّ والحكم أنّ لفظ الحقّ في اللغة بمعنى الثبوت ولذا يصح إطلاقه على كلّ أمرٍ متقرر في وعائه المناسب له، سواء أكان تقررّاً تكوينياً أم كان اعتبارياً...»^(١) وقد استشكل^(٢) على هذا المبنى في عدم جواز جعل الحقّ ثمناً في البيع لأنّ الحقّ حكم شرعي غير قابل لأن تتعلّق به إضافة ملكية أو غيرها، و غاية الأمر يكون قابلاً للإسقاط و به ينتهي أمره.

أقول: وفيه: أولاً: ظهر ممّا ذكرنا الفرق بين الحكم والحقّ^(٣) و اعتباريتهما لا تدلّ على كونهما شيئاً واحداً وإلا صار جميع العقود و الأحكام شيئاً واحداً لأنّ الجميع مُشترِك في الاعتبارية.

و ثانياً: الحقوق ممّا يبذل العقلاء في قبالتها الأموال و تكون مورداً لرغبتهم و

(١) مصباح الفقاهة ٢/٤٧-٤٥).

(٢) مصباح الفقاهة ٢/٤٣.

(٣) و لتفصيل الفرق بينها راجع كتاب البيع ١٢/١ و ١١ من تقارير المؤسس الحائري بقلم شيخنا آية الله الأراكي رَحِمَهُ اللهُ.

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط ٢٣

تنافسهم فيصدق عليها أنها مال بالحمل الشائع فلا مانع من جواز المعاوضة عليها كما اعترف^(١) به قبل هذا الاشكال. وكذا يجوز بيعها.

و ثالثاً: إن ثبوت الحق في موارد عدم ثبوت الحكم - وهو الجواز أو اللزوم - يدل على افتراقهما وأنهما شيئان مختلفان كما إذا باع داره ببيع الخيار ثم عرض له السفه، فإنه يقوم وليه مقامه، مع أن الخيار كان مجعولاً للبائع، أو كان شريك مالك الحصة سفيهاً لا يصح له الأخذ بالشفعة فإنه يقوم وليه مقامه مع أن الشفعة مجعولة للشريك نفسه لا لوليّه.

و لذا مثل حق التحجير أو السبق يعدّ أولوية اعتبارية للشخص بالإضافة إلى الأرض الموات أو المسجد و المدرسة و نحوهما و هذه الأولوية في نفسها قابلة للنقل إلى الآخر مجاناً كان أو بالعوض فتشملها أدلة حلية البيوع و اوفوا بالعقود و جواز الصلح و نحوها. و قد تعرض لهذا الجواب شيخنا الأستاذ^(٢) - مد ظله -.

و كذا تظهر مواقع النظر في كلام المحقق النائيني^(٣) من أن قوام الحق بقابلية للإسقاط بخلاف الحكم تبعاً للشهيد^(٤) و تعجب من الفقيه اليزدي كيف يقسم الحقوق إلى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبل!

لما مرّ أن من لوازم الحق جواز إسقاطه ما لم يمنع عنه مانع تعدي أو من جهة قصور في كيفية جعله بحيث يكون متقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص، لا من مقوماته و على هذا يوجد في الحقوق ما لا يجوز إسقاطه كحقوق الله على الانسان و حقوق رسول الله ﷺ و الأئمة عليهم السلام عليه، و بعض الحقوق المتقابلة بين المؤمنين من الفردية و الاجتماعية و العائلية و

(١) مصباح الفقاهة ٤٢/٢.

(٢) ارشاد الطالب ١٣/٢.

(٣) منية الطالب ١٠٧/١.

(٤) الفوائد و الفوائد ٤٣/٢.

الحكوميّة و الحقوق المتقابلة بين الممل و كذا الحقوق بين الانسان و الطبيعة و الحيوانات و نحوها. (١)

فما ذكره المحقق النائيني يوجب خروج عدّة متناهية من الحقوق و هو غير سديد. و الحاصل: حيث أنّ الحقوق التي يجوز نقلها و انتقالها بل يجوز إسقاطها تُعدّ في العرف مالاً فلا بأس ببيعها و العجب من الجد الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمته الله حيث ذهب إلى عدم صحة بيعها و قال: «وأمّا الحقوق: فالظاهر أنّها لا تقع ثمناً و لا مئثناً لخفاء الملكية فيها فلا تتبادر من الملك» (٢).

و لعلّ لما ذكرنا استشكل تلميذه صاحب الجواهر عليه بقوله: «في شرح الأستاذ اعتبار عدم كونه حقّاً أنّه لا يخلو من منع لما عرفته من الإطلاق المزبور [أي من إطلاق العوض و الثمن بحيث يدخل الشخصي و الكلّي و العين و المنفعة] المقتضي لكونه كالصلح الذي لا إشكال في وقوعه على الحقوق، فلا يبعد صحة وقوعها ثمناً في البيع و غيره، من غير فرق بين اقتضاء ذلك سقوطها كبيع العين بحق الخيار و الشفعة على معنى سقوطهما و بين اقتضاءه نقلها بحق التحجير و نحوه، و كان نظره رحمته الله في المنع إلى الأوّل باعتبار معلوميّة كون البيع من التوافق لا من المسقطات بخلاف الصلح.

و فيه: إنّ من البيع، بيع الدين على من هو عليه، و لا ريب في اقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أنّ الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذي يعينه يقرر في نحو حق الخيار و الشفعة، و الله أعلم» (٣).

(١) في هذا المجال راجع «رسالة حقوق» لبعض أساتذتنا - مد ظله - باللغة الفارسية و قد أتعب نفسه الشريفة في عدّ الحقوق المختلفة.

(٢) شرح القواعد ١١/٢.

(٣) الجواهر ٢٠٩/٢٢.

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟ ٢٥

أقول: قد عرفت أنَّ صاحب الجواهر رحمته الله ذهب إلى جواز بيع الحقوق التي يجوز إسقاطها ونقلها وانتقالها بجعلها في البيع ثمنًا. والصحيح عندنا جواز بيعها بلا فرق بين كونها ثمنًا أو مثنًا لما مرَّ في تعريف الحقِّ والبيع ما يصح معاملتها وبيعها، والله العالم.

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟

انشاء العقد باللفظ وقراءة الصيغة هل يعتبران في البيع أم لا؟ ذهب المشهور على الاعتبار بل كاد أن يكون إجماعاً، ولكن جماعة من الفقهاء يقولون بعدم الاعتبار: منهم: الشيخ المفيد قال: «والبيع ينقذ على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له، إذا عرفاه جميعاً و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان»^(١).

واستفاد من هذه المقالة جماعة من الفقهاء نحو الشَّهيدَيْنِ^(٢) والمحقِّق الكركي^(٣) عدم اعتبار الصيغة والإكتفاء بالمعاطاة فحينئذ ما ذكره العلامة في المختلف: «بأنَّ للمفيد قولاً يوهم الجواز - ثم ذكر كلام المفيد - وقال: ليس في هذا تصريح بصحته إلا أنه موهم»^(٤)، غير تام.

و منهم: الشيخ الطوسي في ظاهر المبسوط يقول: «البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدَّر على وجه التراضي»^(٥) و لم يشترط العقد هنا وإن اشترطه في غيرها.

(١) المقنعة ٥٩١/.

(٢) الدروس ١٩٢/٣؛ المسالك ١٤٧/٣.

(٣) جامع المقاصد ٥٨/٤.

(٤) مختلف الشيعة ٥١/٥.

(٥) المبسوط ٧٦/٢.

و منهم: ابن ادريس الحلّي في السرائر^(١) ذهب إلى تعريف الشيخ ولم يشترط العقد.
و العلامة أخذ هذا التعريف في عدّة من كتبه نحو: التذكرة^(٢) و النهاية^(٣) و
التلخيص^(٤) و التحرير^(٥) و القواعد^(٦) و لكنّه بعده تعرّض لإشترط الصيغة أو خروج
المعاطاة كما في النهاية حيث يقول فيها: «المعاطاة ليست بيعاً»^(٧).
و منهم: السيّد حسن ابن السيّد جعفر^(٨) و هو من مشايخ الشهيد الثاني حيث قال

(١) السرائر ٢/٢٤٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/٥.

(٣) نهاية الإحكام ٢/٤٤٧.

(٤) تلخيص المرام ٩٤/.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢/٢٧٥.

(٦) قواعد الأحكام ٢/١٦.

(٧) نهاية الإحكام ٢/٤٤٩.

(٨) هو بدر الدين الحسن بن جعفر بن فخر الدين بن الحسن بن نجم الدين الأعرج الحسيني
العالمي الكركي - من مشايخ علي بن هلال الكركي و الشهيد الثاني و الشيخ حسين بن
عبدالصمد والد البهائي - و كان ابن خالة المحقّق الكركي و وصفه الشهيد الثاني في إجازة
للوّالدين البهائي بقوله: «شيخنا الأجل الأعلّم الأكمل ذي النفس الطاهرة الزكية أفضل
المتأخّرين في قوّته: العلميّة و العمليّة»... ثم ذكر نسبه و كتبه. [راجع رسائل الشهيد الثاني
١١١٦/٢ و ١١١٧]. المتوفى عام ٩٣٣ كما في الأصل، أو ٦ شهر رمضان ٩٣٦ كما في نظام
الأقوال و له أقوال في الفقه لعلّه بعضها مختصة به:

منها: تطهير الماء النجس إذا وقعت قطرة واحدة من المطر عليه. كما نقل عنه ثاني الشهيدان في
روض الجنان ١/١٧٢، المحدث البحراني في الحقائق ١/٢٢١، و المحقّق القمي في غنائم الأيام
١/٥٣٠.

و منها: اشتراطه في دم الحيض في الثلاثة رؤيته في أوّل الأوّل و آخر الثالث و أيّ وقت من الثاني.
كما نقل عنه في الحقائق ٣/١٦٩ و المستند ٢/١٩٤ و الجواهر ٣/١٥٧ [٢٨٤/٣].

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟ ٢٧

في المسالك: «و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً، لكن يشترط في الدال كونه لفظاً وإطلاق كلام المفيد أعم منه، والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة يدل على ذلك، فأنا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين غير أن الوقوف مع المشهور هو الأجود...»^(١).

و منهم: المحقق الأردبيلي قال: «فاعلم أن الذي يظهر أنه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع المملك الناقل للملك من البائع إلى المشتري والعكس إلى الصيغة المعينة كما هو المشهور، بل يكفي كل ما يدل على قصد ذلك مع الإقباض وهو المذهب المنسوب إلى الشيخ المفيد من القدماء وإلى بعض معاصري الشهيد الثاني رحمته الله. وهو المفهوم عرفاً من البيع لأنه كثيراً ما يقال في العرف ويراد بذلك، بل إنما يفهم عرفاً ذلك من لم يسمع من المتفقهة شيئاً و لهذا تسمع يقولون بعنا و يريدون ذلك من غير صدور تلك الصيغة بل بدون الشعور بها و لهذا يصح أنه أوقع البيع بدون الصيغة وبالجمللة الاطلاق واضح... والأصل والاستصحاب متروك بالأدلة التي ذكرناها وهي أربعة عشر دليلاً من الكتاب والسنة والإجماع وترك البيان وعدم نقل الصيغة والتصرف المفيد للملكية والشريعة السهلة ولزوم الحرج و

→ منها: أنه جعل مقارنة النية مع تكبيرة الإحرام في الصلاة من أركانها كما نقل عنه صاحب الجواهر ٢٤٠/١٢.

و منها: لو أجنب فنام فطلع الفجر صح صومه لو نوى الاغتسال ليلاً ولكن شرط هو اعتياده الانتباه وإلا كان كمتعمد البقاء، كما في المسالك ١٨/٢، ونسب في هامش بعض نسخه إليه. و منها: أنه يرى جعل وضع الحديدة في عصا المداقق حيلة على جواز الفعل، نظراً إلى دخوله بذلك في النصل [في الرماية]، كما نقل عنه في المسالك ٨٥/٦.

و له مصنفات منها: المحجة البيضاء و العمدة الجليلة و مقنع الطلاب و شرح الطيبة الجزرية، انظر ترجمته في أمل الآمل ٥٦/١ و تعليقه للأفندي ٤٢/ و طبقات أعلام الشيعة، القرن العاشر ٤٩/.

(١) المسالك ١٤٧/٣.

الضيق المنفي عقلاً و نقلاً و لزوم بعد التصرف و التجارة عن تراض و العلم به و الملك بدون اللزوم عند الأكثر و غرض حصول العلم و بقاء المال للوارث بعد موت البائع... و بالجملة ما نرى له دليلاً قوياً إلا أنه مشهور...»^(١).

و منهم: المحدث الكاشاني في المفاتيح^(٢).

و منهم: المحقق السبزواري قال: «و قول المفيد غير بعيد و النصوص المطلقة من الكتاب و السنة دالة على حلّ البيع و انعقاده من غير التقييد بصيغة مخصوصة. و لم ينقل عنهم^(٣) اعتبار خصوص لفظ مع توفرّ الدواعي في ذلك لو كان شرطاً»^(٣).

و منهم: المحدث البحراني يقول في شأن هذا القول: «... و إليه يميل والدي و الشيخ عبدالله بن صالح البحراني، و نقلاه عن شيخهما العلامة الشيخ سليمان بن عبدالله البحراني، و هو الظاهر عندي من أخبار العترة الأطهار التي عليها المدار في الإيراد و الإصدار كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى على وجه لا تعتريه غشاوة الإنكار هذا...»^(٤).

و منهم: الفاضل التراقي قال: «و الثالث: ظاهر المفيد و جمع من المتأخرين و هو الحقّ...»^(٥).

و منهم: الفقيه اليزدي قال: «أنّ المسألة (أي أنّ المعاطاة بيع) راجعة إلى الشك في شرطية الصيغة في انعقاد البيع و لا دليل عليها، و عدم الدليل في مثل هذه المسألة دليل العدم لأنّه لو كان كذلك لبان و وجب على الشارع البيان، مع أنّه لم يرد ذلك في شيء ممّا

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٨/١٤٢-١٣٩.

(٢) مفاتيح الشرائع ٤٨/٣، مفتاح ٨٩٦.

(٣) الكفاية ٤٤٩/١.

(٤) الحدائق ٣٥٠/١٨.

(٥) مستند الشيعة ٢٥٣/١٤.

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟ ٢٩

وصل إلينا من الأخبار لا من طرق العامة ولا من طرق الخاصة مع توفر الدواعي على نقل مثله في مثل هذه المسألة...»^(١).

و جماعة من العامة يذهبون إلى هذا القول منهم: بعض الشافعية وأحمد بن حنبل و مالك بن أنس كما نقل عن الأخيرين العلامة في التذكرة^(٢) و قال ثاني الشهيدين: «... و الذي اختاره متأخرو الشافعية و جميع المالكية انعقاد البيع بكلّ مادّل على التراضي و عدّه الناس بيعاً و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم، و ما أحسنه و أمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه»^(٣).

أقول: لا يبعد تمامية هذا القول و عدم احتياج البيع و غيره من المعاملات إلى الصيغة الخاصة و اللفظ و تشمله الإطلاقات و العمومات الواردة في حلّيّة البيوع و الوفاء بالعقود فحينئذ تدخل المعاطاة في البيع و غيره على الأصل الأوّلي، فلا نحتاج عن البحث حول صيغة البيع أو المعاملة ما هي؟ و صيغة الإيجاب و صيغة القبول ما هما؟ و تقديم الإيجاب على القبول لازم أم لا؟ و لزوم النطق بهما فلا تكفى الإشارة إلّا مع العجز! و لزوم التصريح فلا يقع بالكناية، و لزوم الجزم فلو علّق العقد على شرط لم يصح، و لزوم التطابق في المعنى بين الصيغتين و عدمه! لأنّا استغينا عن جميع هذه الأبحاث.

نعم: بالنسبة إلى النكاح خصوصاً الأحوط جريان الصيغة و التلفظ بها و يلحق به بعض الإيقاعات نحو: الطلاق و الظهار و اللعان و الإيلاء و نحوها و التفصيل يطلب من محله.

(١) حاشيته على المكاسب ٣٣٦/١.

(٢) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

(٣) المسالك ١٥٢/٣.

تنبيه:

و أمّا ما ورد في ألسن الفقهاء - أعلى الله مقامهم - من «أنّ المحلّل و المحرّم هو اللفظ»^(١) أو «إنّما يحرمّ و يحلّل الكلام»^(٢) أو إقامة التعليل من صاحب الجواهر للسيد حسن بن جعفر الحسيني رحمته الله حيث اشترط «فى الدال كونه لفظاً»^(٣) بقوله: «محافظة على حصر التحليل و التحريم بالكلام»^(٤) إنّما نشأت من معتبرة خالد بن الحجاج^(٥) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلّ الكلام و يحرمّ الكلام.^(٦)

مفاد هذه المعتبرة مفاد عدّة من الروايات حيث واعد الرجل أحداً شراء شيء منه و ليس عنده الآن موجوداً فاشتره من أجله فهل يلزم الوفاء بهذا الوعد و الشراء منه فأجابه الإمام عليه السلام بعدم لزوم الوفاء بل إن شاء اشتراه و إن شاء تركه.

و من هذه الروايات صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج^(٧) و صَحِيحَتَا منصور بن حازم^(٨).

ولكن إنّما الكلام في ذيلها «إنّما يحلّ الكلام و يحرمّ الكلام» ما معناها؟ قال صاحب الوسائل رحمته الله: «فيه دلالة على عدم انعقاد البيع بغير صيغة، فلا يكون بيع المعاوضة معتبراً،

(١) حاشية مجمع الفائدة و البرهان ٦٤/ للوحيد البهبهاني رحمته الله.

(٢) رياض المسائل ٢١٤/٨.

(٣) كما في المسالك ١٤٧/٣.

(٤) الجواهر ٢١٢/٢٢.

(٥) و في الكافي ٢٠١/٥، ح ٦ خالد بن نجيب.

(٦) وسائل الشيعة ٥٠/١٨، ح ٤. الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٧) وسائل الشيعة ٥١/١٨، ح ٩.

(٨) وسائل الشيعة ٥٢/١٨، ح ١١ و ١٢.

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟ ٣١

فتدبر»^(١).

وقد حملها صاحب الحقائق^(٢) على عدم لزوم البيع حتّى يحرم الرد والرجوع إلّا إذا حصل من الكلام ما يوجب الانتقال.

و تبعه في الحمل الوحيد^(٣) و سيّد الرياض^(٤).

ولكن ذكر الشيخ الأعظم^(٥) أربعة احتمالات^(٥) لهذا الذيل و اختار هو أثنتين منها و هما كما قال: «فتعين: المعنى الثالث: و هو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلّا وجوده قبل شراء العين التي يريدّها الرجل لأنّه بيع ما ليس عنده، و لا يحلّ إلّا عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلّا التواعد بالمبايعة، و هو غير مؤثر. فحاصل الرواية أنّ سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدماً و وجوداً.

أو المعنى الرابع و هو: أنّ المقابلة و المراضاة مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلّل للمعاملة، و ايجاب البيع معه محرّم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل...»^(٦).

و ذكر المحقّق النائيني خمسة وجوه محتملة لهذا الذيل وقال: «...و على أيّ تقدير لا

تدلّ الرواية على اعتبار اللفظ في المعاملات...»^(٧).

(١) وسائل الشيعة ٥٠/١٨.

(٢) الحقائق ٣٥٥/١٨.

(٣) حاشية مجمع الفائدة و البرهان ٦٤/.

(٤) رياض المسائل ٢١٤/٨.

(٥) راجع المكاسب ٣/ (٦٣-٦١).

(٦) المكاسب ٦٤/٣.

(٧) منية الطالب ١٦١/١.

وقال المحقّق السيّد الخوئي رحمته الله بعد المناقشة في احتمالات الشيخ الأعظم: «والمتحصل من جميع ما ذكرنا أنّه لا دلالة في رواية ابن نجيج على اعتبار اللفظ في صحة البيع أو لزومه لكي تدلّ على فساد المعاطاة أو على عدم لزومه»^(١).

وقال شيخنا الاستاذ: «و الصحيح أنّ ذكر الكلام باعتبار فرض المساواة والمساومة في الرواية وأنها ربّما تكون متضمنة لإنشاء البيع والالتزام قبل تملك المتاع وربّما لا تكون، لا لأنّ لإنشاء البيع بالكلام خصوصية لا تجري في المعاطاة»^(٢).

ولكن بنظرنا القاصر إن ناقشت أنت في كلام الشيخ الأعظم وغيره لا يمكن الأخذ بإطلاق ذيل الرواية لأنّ مقتضاه عدم تحقّق الإباحة ولا يقول به أحد كما تبيّه عليه الفقيه اليزدي^(٣)، وحملت على أنّ التحليل والتحرّيم في جميع العقود - من حيث الجميع حتّى تشمل النكاح والطلاق ونحوهما - إنّما هو بالكلام. أو حملت على الأغلبية والأكثرية أو على الحصر الإضافي لا على الحصر الحقيقي لا سيما بعد ما علمنا من الخارج بأنّ غير الكلام أيضاً يحلّل ويحرّم نحو الرضاع والرجوع في العدة فعلاً لا قولاً والدخول في الأمّ بعد عقد النكاح الذي يوجب حرمة بنتها و بعد مبنانا من عدم صحة الاستدلال بالحروف أو الالفاظ الخاصة - وهي هنا كلمة «إنّما» - في الروايات لأنّها نقلت بالمعنى لا باللفظ.

و على هذا البيع كما ينعقد بال عقد ينعقد بالفعل والله العالم.

و في ختام هذا المبحث أذكر لك كلام المحقّق السيّد الخوئي رحمته الله حيث يقول: «... و المتحصل من جميع ذلك: أنّ إطلاق كلمة البيع على الإيجاب والقبول من الأغلاط الواضحة

(١) مصباح الفقاهة ١٥٤/٢.

(٢) ارشاد الطالب ٦٤/٢.

(٣) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟ ٣٣

لا من الاستعمالات المجازية»^(١).

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟

محل هذا البحث هو علم الأصول ولكن نتعرض إليه تبعاً للشيخ الأعظم رحمته ولما فيه من الفوائد منها جواز التمسك بالإطلاقات.

قال الشهيد الأول: «الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلاّ الحج لوجوب المضي فيه»^(٢).

وقال الشهيد الثاني في المسالك في ذيل قول المحقق في الشرائع: «إطلاق العقد ينصرف إلى العقد الصحيح دون الفاسد»^(٣) مالفظة: «عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيهما كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره وغيره، من ثمّ حمل الإقرار به عليه، حتّى لو ادّعى إرادة الفاسد لم يُسمع إجماعاً وعدم صحة السلب وغير ذلك من خواصّه، ولو كان مشتركاً بين الصحيح والفاسد ليقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة وانقسامه إلى الصحيح والفاسد أعمّ من الحقيقة، وحيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرّ بالفاسد. ولو حَلَفَ على الإثبات سواء كان فساده لعدم صلاحتيه للمعاوضة كالخمر والخنزير أو لفقد شرط فيه كجهالة مقداره وعينه سيأتي البحث فيه»^(٤).

وقد نوقش كلامهما بأنّ مفهوم البيع أمرٌ عُرِفَ وهو الذي يمضيه الشارع تارة ويرده أخرى وعليه فلا يعقل أخذ الصحة الشرعية في مفهومه إلاّ على القول بالحقيقة الشرعية في

(١) مصباح الفقاهة ٧٩/٢.

(٢) القواعد والفوائد ١٥٨/١.

(٣) الشرائع ١٣٨/٣.

(٤) المسالك ٢٦٣/١١.

ألفاظ العقود و هو بديهي البطلان.

و لذا قال الفقيه اليزدي: «الظاهر أنّه أعم من الصحيح العرفي أيضاً، بمعنى أنّ الفاسد في نظر العرف أيضاً بيع، فكلّ تمليك عين بعوض مع التعقب بالقبول بيع سواء أمضاه العرف والشرع أم لا، وهذا واضح جداً»^(١).

ولكن أجاب الشيخ الأعظم عن هذه المناقشة بقوله: «نعم، يمكن أن يقال: أنّ البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء لا يستعمل حقيقة إلّا في ما كان صحيحاً مؤثراً - ولو في نظر القائل - ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده وإلّا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف، فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر و مجاز في غيره...»^(٢).

و بعبارة أخرى: يمكن أن يوضع البيع لما هو المؤثر في الملكية واقعاً، و يكون الإمضاء، من الشرع أو العرف طريقاً إلى ذلك، و قد يحكم الشارع بعدم حصول الملكية، إلّا أنّ ذلك من ناحية تخطئة الشارع أهل العرف و إذن فلا منافاة بين أن يكون البيع مفهوماً عرفياً و بين أن يكون موضوعاً لخصوص الحصة الصحيحة.

والحاصل: إنّ البيع بمعنى الاسم المصدري حقيقة فيما هو المؤثر في الملكية واقعاً و من الظاهر أنّ هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقة الشرعية في المفاهيم العرفية - هذا ما افاده المحقّق السيّد الخوئي^(٣) في توضيح كلام الشيخ -.

(١) حاشية المكاسب ٣١٥/١.

(٢) المكاسب ٢٠/٣.

(٣) مصباح الفقاهة ٨٠/٢.

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟ ٣٥

ولكن شيخنا الاستاذ^(١) - قدس الله روحه - تعدى من البيع بمعنى الاسم المصدري إلى المصدري ووجه استدلال الشيخ بقوله: «... فالبيع ولو بمعناه المصدري من العناوين القصدية فيمكن أن يكون المستعمل فيه أمراً واحداً عند الشرع والعرف وهو ما يترتب عليه الأثر المترقب - فإن الأثر المترقب في البيع انتقال المالكين - فالمعنى مبهم من حيث

(١) ارتحل إلى رحمة ربه شيخنا الأستاذ آية الله العظمى الحاج الشيخ الميرزا جواد التبريزي رحمته في الساعة العاشرة من الليل المسافر صباحه عن يوم الاثنين الثامن والعشرين من شهر شوال المكرم عام ١٤٢٧ بعد مرض لازمه أربع سنوات و صار حليفاً للفراش قريباً من شهرين و لعلّ شهراً منها كان في المستشفى أولاً بقم و ثانياً بطهران حتى لقي داعي الله، و نقل جثثانه الشريف إلى قم - عش آل محمد عليهم السلام - في نفس الليل و وصل إليه بعد منتصفه و استقبله ليلاً شيخنا الأستاذ آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني - مدظله - عند مدخل المدينة و شيعه حتى بيته الشريف و دخله و عزى أبناءه قريباً من الساعة الثانية بعد منتصف الليل. و لأجل ارتحاله عطلت دروس الحوزات العلمية الشيعية في جميع البلدان يومين، و كما عطلت قم في يوم تشييعه و هو يوم الأربعاء الثلاثين من شوال و قد حضرت تشييعه و الصلاة عليه و لم أر في حياتي نظيراً له من حيث كثرة الإزدحام من جميع الطبقات و قد صلى عليه شيخنا الأستاذ الوحيد الخراساني و دفن في زاوية مسجد «بالاسر» فوق رأس مرقد المؤسس الحائري رحمته، و قد أقيمت له مجلساً ترحيمياً في مسجد في يوم الأربعاء القعد الحرام ١٤٢٧ بأصهان و كذا مجلساً تأبينياً بعد عام واحد على ارتحاله في يوم ٢٥ شهر شوال المكرم ١٤٢٨ يوم الثلاثاء استشهد الإمام الصادق عليه السلام و قد كتبت ترجمته في كتابي «طريق الوصول إلى أخبار آل الرسول عليهم السلام» فراجع، رحمه الله رحمة واسعة و حشده مع مولا أمير المؤمنين و أولاده المعصومين عليهم السلام آمين رب العالمين.

و قد حضرت عليه أربعة عشر عاماً في الفقه و أصوله و حتى مجلس تعليقه على المنهاج و العروة و الوسيلة كما قرأت عليه في هذه المدة عدة من الكتب الفقهية منها: الطهارة و الصلاة و الخمس و القضاء و الشهادات و الحدود و القصاص و الديات، و من الأصول دورتين في الأدلة العقلية و دورة في مباحث الألفاظ و قد كتبت جميع هذه الدروس على نحو التقرير منه في قريب من عشرين مجلداً، فحقوقه عليه السلام على كثير لا يسعها هذه الأسطر.

الذات و القيود، و مبيّن من حيث الأثر و إذا كان المعاطاة مثلاً أمراً يترتب عليه انتقال المالكين في اعتبار العرف و الشرع تكون بيعاً عندهما، و لو لم يترتب عليه انتقال شرعاً فهي لا تكون بيعاً عند الشارع و بالجملة يمكن أن لا يكون خلاف بين الشرع و العرف في المعنى المصدري أو الاسم المصدري و يصح القول بأن ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيحة فلا تطلق على الفاسدة إلا بطور المجاز»^(١)

أقول: الملكية الحاصلة من البيع و غيره من الأمور الاعتبارية التي تدور مدار الاعتبار من حيث الوجود و العدم، و ليست من الأمور التكوينية المتأصلة في الخارج نحو الخمر و الخنزير، و على هذا فلا يتصور التخطئة في الملكية بأن يوجد مورد توجد فيه الملكية و لم يلتفت إليها العرف و يكشف عنها الشارع تخطئة له.

و لذا لو قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر في الملكية فإن كان المراد منه الاعتبار العقلائي أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعي فلا بدّ من الالتزام بوضع البيع للأعم. وإن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعي فلا بدّ من القول بالحقيقة الشرعية في ألفاظ العقود و حينئذ يعود المحذور المتقدم أي أخذ الصحة الشرعية في المفهوم العرفي. هذا ما افاده السيّد الخوئي^(٢) رحمه الله.

لا يقال: التخطئة في الأمور الاعتبارية لم تتم ولكن يمكن قبول التخطئة من ناحية الملاكات و المصالح و المفساد.

لأننا نقول: الأحكام التكليفية تدور مدار الملاكات و المصالح و المفساد غالباً ولكن الأحكام الوضعية لا تقاس بها و الملاك و المصلحة في نفس اعتبارهما كالأحكام الطريقية

(١) ارشاد الطالب ٢٦/٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٨١/٢ و ٨٠.

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟ ٣٧

التي تكون المصلحة في نفسها كحجيّة البيّنة الشرعية وأخبار الآحاد.
نعم، ربّما تصح التخطئة في الملاك أو في نفس الاعتبار، لأنّ الاعتبار لا بدّ أن يكون ناشئاً من المصلحة الواقعية الداعية إليه، ومع عدم وجود تلك المصلحة يحكم الشارع بعدم صحة اعتبار الملكيّة و يكشف عنه خطأ العقلاء في اعتبارهم نحو: عدم ملكيّة الخمر و الخنزير و الميتة عند الشارع أو الحكم ببطلان البّيع الربوي و الغري و نحوهما، و هذا الاستدراك هو المختار عندنا.

تذكرة لا بدّ من التنبيه عليها:

الظاهر أنّ مراد الشيخ الأعظم رحمته الله هو ما ذكره جدّنا العلامة التقي صاحب الهداية رحمته الله في آخر بحث الصحيح والأعم بعد اختياره القول بالأعم ثم ذكر كلام الشهيدين و سعى في توجيه كلامهما - و لعلّ الشيخ أخذه منه رحمته الله - حيث يقول: «فالأظهر أن يقال بوضعها لخصوص الصحيحة أيّ المعاملة الباعثة على النقل و الانتقال أو نحو ذلك ممّا قرّره تلك المعاملة الخاصة، فالبيع و الإجارة و النكاح و نحوها إنّما وضعت لتلك العقود الباعثة على الآثار المطلوبة منها، وإطلاقها على غيرها ليس إلّا من جهة التمشاكلة أو نحوها على سبيل المجاز.

لكن لا يلزم من ذلك أن تكون حقيقة في خصوص الصحيح الشرعي حتّى يلزم أن تكون توقيفيته متوقّفة على بيان الشارع لخصوص الصحيحة منها، بل المراد منها إذا وردت في كلام الشارع قبل أن يقوم دليل على فساد بعضها هو العقود الباعثة على تلك الآثار المطلوبة في المتعارف بين الناس، فيكون حكم الشرع بحلّها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها قاضياً بترتب تلك الآثار عليها في حكم الشرع أيضاً فتتطابق صحتها العرفية و الشرعية، وإذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلك الآثار على بعضها خرج ذلك عن مصداق تلك المعاملة في حكم الشرع وإن صدق عليه اسمها بحسب العرف نظراً إلى ترتب الأثر عليه

عندهم. و حينئذ فعدم صدق اسم البيع -مثلاً- عليه حقيقة عند الشارع و المتشعبة لا ينافي صدقه عليه عند أهل العرف مع اتحاد العرفين، و عدم ثبوت عرف خاص عند الشارع، إذ المفروض اتحاد المفهوم منه عند الجميع، وإنّما الاختلاف هناك في المصداق، فأهل العرف إنّما يحكمون بصدق ذلك المفهوم عليه من جهة الحكم بترتب الأثر المطلوب عليه، و إنّما يحكم بعدم صدقه عليه بحسب الشرع للحكم بعدم ترتب ذلك الأثر عليه، ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً كما أنّ البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عن حقيقة البيع.

فظهر أنّه لا منافاة بين خروج العقود الفاسدة عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقة و كون المرجع في تلك الألفاظ هو المعاني العرفية من غير أن تتحقق هناك حقيقة شرعية جديدة فتأمل جيّداً»^(١).

أقول: أنت ترى بأنّ ما اوردها على الشيخ الأعظم لم يرد على العلامة الجدّ رحمتهما لأنّه صرح بعدم ثبوت عرف خاص عند الشارع و عدم تحقّق حقيقة شرعية في المعاملات، و قد تبه على هذا الأخذ الفقيه اليزدي رحمته في حاشيته^(٢) ولكن استشكل عليه بقوله: «... إنّ الملكيّة وكذا أخواتها من الزوجية و الحرية و الرقية و نحوها أحكام مجعولة للعقلاء أو الشارع و اعتبارات عقلائيّة أو شرعية و لا واقع بها إلّا هذا الاعتبار... إذ لا معنى حينئذ لتخطئة العرف في المصداق إذ المفروض أنّ العقد بدون الشرط الشرعي الفلاني سبب عندهم مفيد للملكيّة فلا يمكن أن يقال ما تراه سبباً ليس بسبب لأنّ الفرض أنّه هو الجاعل للسبب و الواضع للاسم. نعم: يمكن تخطئته في أصل الجعل بأن يقال أنّ مقتضى المصلحة أن

(١) هداية المسترشدین ٤٩٢/١.

(٢) حاشية المكاسب ٣١٩/١.

لا يجعل هذا سبباً، وهذا غير التخطئة في المصدق...»^(١).

وفيه: بنظري القاصر يمكن ارجاع التخطئة في أصل الجعل إلى التخطئة في المصدق بادعاء أن البيع الربوي أو الغرري أو المجهول ثمناً أو مثمناً لم يكن عند الشارع بيعاً، وهذه أيضاً بعينها هي التخطئة في مصداقيته لعنوان البيع فيتم ما ذكره العلامة الجدل صاحب الهداية رحمته الله.

وقد اعترف الفقيه اليزدي رحمته الله بعد صفحة بإمكان التخطئة في المصدق حين استشكل على بعض الأفاضل بقوله: «أولاً: فما ذكره من عدم إمكان التخطئة في المصدق كما ترى»^(٢).

ثمرة هذا البحث:

قد يقال: بأنّ ثمة بحث الصحيح والأعم في المعاملات تظهر في صحة التمسك بالاطلاقات الواردة فيها وعدمها، وقبل الورود في البحث لابد لنا من تعريف الإطلاق و النسبة بينه وبين التقييد والتذكر بمقدمات أو مقدمة الحكمة: فأما الإطلاق: فهو رفض القيود عندنا لا جمعها، وأنّ الملاك فيه كون حيثية الطبيعة تمام الموضوع.

و النسبة بينه وبين التقييد: في مقام الثبوت هي التضاد لا اجتماعان ولا يرتفعان، ولكن في مقام الإثبات هي تقابلُ العدم والملكيّة، أي إذا استحيل التقييد لجهة من الجهات لا يمكن الحكم بالإطلاق من هذه الجهة.

(١) حاشية المكاسب ٣٢١/١.

(٢) حاشية المكاسب ٣٢٣/١.

و أمّا مقدمات الحكمة أو مقدماتها فهي:

١- كون المتكلم في مقام البيان و يمكن إحرازه بالأصل العقلائي. ولكنّه إذا علمنا أنّه من جهة في مقام البيان ثم شككنا في أنّه من يأت سائر الجهات أيضاً في مقام البيان أم لا؟ لا تجري أصالة أنّه في مقام البيان.

٢- تمكن المتكلم من الاتيان بالقيد و لم يأت به. لما مرّ أن التّقابل بين الاطلاق و التقييد في مقام الإثبات هو العدم و الملكة. و الكلام في هذا المقام.

٣- عدم ورود القيد في كلام المتكلم لا متصلاً و لا منفصلاً. لأنّ مع ورود القيد متصلاً لم يبق مجال لتوهم الاطلاق و مع وروده منفصلاً يمحو الاطلاق السابق لأقل من جهة هذا القيد.

و أمّا وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب، كقدر المتيقن في الخارج فلا يمنع من الاطلاق. الأوّل: نحو القيود المأخوذة في أسئلة السائلين وإجابة الإمام بالاطلاق. و الثاني: نحو قول المولى: اكرم العالم، و وجود العلم من الخارج بأنّ الفقيه هو القدر المتيقن منه، ولكنّ وجود القدر المتيقن في الخارج لا يوجب رفع اليد عن إطلاق العالم.

و يمكن إرجاع المقدمتين الثانية والثالثة إلى الأولى حينئذ تصير المقدمة الوحيدة في المقام هو كون المتكلم في مقام البيان.^(١)

ثم بعد التذكر بهذه المقدمة على القول بأنّ ألفاظ المعاملات موضوعة للأعم فلا بأس بالتمسك بإطلاق خطابات المعاملات و على القول بأنّها موضوعة للصحيح عند العرف أو المعاملة الباعثة على النقل و الانتقال - كما ذكره العلامة الجديّ في توجيه كلام الشهيدين رحمتهما - فلا بأس أيضاً بالتمسك بإطلاقها، أمّا على القول بأنّها موضوعة للصحيح

(١) فراجع نهاية الاصول / ٣٨٣ تقارير السيّد المحقّق البر و جردى رحمتهما لتوضيح ذلك.