

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

«وَأَمَّا عمل الحر فان قلنا انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال والّا وفيه اشكالٌ من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة، كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح».

در جلسه گذشته گفتیم مرحوم شیخ به سه مطلب مهم در کلام خویش اشاره کرده است، يك مطلب را بیان کردیم، رسیدیم به مطلب دوم.

مورد دوم: صحت و عدم صحت عوض قرار گرفتن عمل حر

بحث در این است که آیا در معامله بیع «عمل الحر» را می‌توانیم به عنوان عوض قرار بدهیم یا خیر؟ مثلاً کتابی را در مقابل دو روز عمل حرّ بفروشند. مرحوم شیخ می‌فرمایند: مسئله به طور کلی دو صورت دارد: صورت اول: عمل حر «بعد المعاوضة عليه»، عوض قرار بگیرد، صورت دوم: عمل حر «قبل المعاوضة عليه»، عوض قرار بگیرد. مقصود از قسم اول این است که اگر حری قبل از بیع، اجیر شد - در این جهت بحثی نیست که حر را می‌توان اجیر کرد و با او عقد اجاره منعقد کرد- مثلاً اگر زید دو روز عمرو را اجیر خودش کرد، منافع دو روزه عمرو ملک زید است و مال می‌شود، در این صورت زید می‌تواند در معامله بیع، این عمل عمرو را که قبلاً با عقد اجاره به مالیت و ملکیت خودش درآورده است، عوض قرار بدهد، مثلاً به بکر بگوید: کتاب شما را در مقابل این دو روز عملی که عمرو در اختیار من دارد، می‌خرم. در این صورت هیچ بحثی نیست.

آنما الکلام، در قسم دوم است، یعنی جایی که عقد اجاره‌ای از ابتداء نبوده است، آیا عمل حر در بیع می‌تواند عوض قرار بگیرد؟ بین فقها در مورد صدق عنوان مال بر عمل حر «قبل المعاوضة عليه» سه مبنا وجود دارد که مرحوم شیخ به دو مبنا از این سه مبنا اشاره می‌کند.

مبنای اول: مطلقاً مال نیست.

مبنای دوم: مطلقاً مال است.

مبنای سوم: تفصیل بین حرّی که بالفعل کسوب است و حرّی که بالفعل کسوب نیست. بین حرّی که هر روز صبح تا شب مشغول به کار است با حرّی که در منزل نشسته نه صناعتی دارد نه تجارتي، فرق است، در اولی که بالفعل کسوب است و کسبی دارد عملش مالیت دارد، ولی در دومی که بالفعل کسوب نیست، عملش مالیت ندارد. مرحوم شیخ در اینجا مسئله را بصورت

تعليقي بيان مي‌کند، مي‌فرمايد: اگر قبل از معاوضه عمل الحر مال باشد، در بيع عوض قرار مي‌گيرد، اما اگر مال نبود، نمي‌تواند به عنوان عوض قرار بگيرد.

مورد سوم: صحت و عدم صحت عوض قرار گرفتن حق

مطلب سوم: آيا مي‌توان حق را در بيع عوض قرار داد يا خير؟ در فقه سه عنوان داريم که قبل از ورود به بحث مرحوم شيخ، بايد بين آنها تفکيک شود؛ 1. عنوان حق 2. عنوان ملک 3. عنوان حکم. فقهاي اماميه (رضوان الله تعالي عليهم) در فرق اين سه عنوان، رساله‌هاي مفصلي نوشتند. ماهيت اين سه چيست؟ و آيا باهم فرق ريشه‌اي دارند يا نه؟ در اینجا اشاره‌اي اجمالي در حدّي که کلام شيخ مي‌طلبد بيان مي‌شود، ولي بحث مفصلش در جاي مناسبش در خارج مکاسب آورده شده است.

فرق بين حق و حکم

در فرق بين حق و حکم گفته‌اند: حق در جايي است که يك «من له الحق» و «من عليه الحق» باشد، ولي حکم چنين ويژه‌گي را ندارد، همچنين حق، قابليت اسقاط را دارد برخلاف حکم که چنين قابليتي ندارد، مثلاً در معامله‌اي که خيار قرار داده‌اند، ذوالخيار مي‌تواند رجوع کند و معامله را فسخ کند، فقها اين خيار را حق مي‌گويند، اما در عقد هبه که واهب مي‌تواند رجوع کند و هبه به غير ذي رحم را با وجود شرائطش باطل کند، فقها اين جواز الرجوع را حکم مي‌دانند. چه فرقي بين اين دو وجود دارد يکي را حق مي‌دانند و ديگري را حکم؟

فرق در اين است که در خيار، قابليت اسقاط است، يعني ذوالخيار مي‌تواند حق خودش را در متن عقد يا بعد العقد اسقاط کند؛ اما در جواز الرجوع هبه چنين قابليتي نيست، از اين رو جواز الرجوع یک حکم شرعي است که شارع بواسطه سلب قابليت اسقاط آن، هبه را از عقود جائزه قرار داده است.

در فرق سوم بين حق و حکم گفته‌اند: در حق، الزام وجود ندارد، يعني وقتي براي شخصي حقي ثابت باشد، اختيار دارد آن را اعمال کند يا نکند، اما در حکم معمولاً الزام وجود دارد.

فرق بين حق و ملک

بين حق و ملک در اصل سلطنت اشتراک وجود دارد، به اين معنا که هر جا ملکيت است، سلطنت هم ثابت است و هر جا حق است، سلطنت هم هست، وقتي مالک خانه هستيد بر ملک خودتان سلطنت داريد، وقتي در معامله‌اي حق خيار داريد بر به هم زدن معامله سلطنت داريد. با وجود اين اشتراك عده‌اي از فقها مي‌گويند: حق یک سلطنت ضعيفه است، برخلاف ملک که سلطنتي اقوي از حق است؛ بنابراین بين حق و ملک هيچ فرقي وجود ندارد مگر در شدت و ضعف سلطنت.

اقسام حقوق

در حقوق سه عنوان مطرح است «1- من حيث الاسقاط 2- من حيث النقل 3- من حيث الانتقال». از حيث اینکه اين حق قابليت اسقاط دارد يا نه؟ قابليت نقل دارد يا نه؟—مراد از نقل اين است که به يکي از اسباب شرعيه صاحب حق، حق را به ديگري نقل

دهد، مثلاً بر اثر عقد بیع یا صلح، حقی که داشته است را به دیگری نقل دهد۔ قابلیت انتقال را دارد یا نه؟ انتقال یعنی نقل قهری، مثلاً بعد از وفات ذوالحق، آیا حق به ورثه او منتقل می‌شود یا نه؟

صورت دوم هم به دو قسم تقسیم می‌شود: بعضی از حقوق قابلیت نقل بلا عوض را دارند و بعضی قابلیت نقل مع العوض را دارند. فهم عبارت شیخ در اینجا نیاز به دقت دارد، چون متوقف بر همین تقسیم‌بندی است. در شرع اسلام حقوقی وجود دارد که قابلیت نقل را دارد، اما ناقل حق ندارد در مقابلش عوض بگیرد که از آن به قابلیت نقل مجانی تعبیر می‌شود، مثل جایی که مرد دو تا زن دارد و هر کدام از آنها حق قسم دارد، ضَرّه -هو- می‌تواند حق قسم خودش را به ضره دیگر نقل دهد، اما حق ندارد در مقابل آن چیزی دریافت کند. مرحوم شیخ در عبارت مکاسب از این حقوق تعبیر می‌کنند به حقوقی که قابلیت معاوضه بالمال را ندارد. اما حقوق دیگری هست که قابل نقل است و در مقابلش ناقل حق می‌تواند عوض بگیرد. با توجه به این مطالب روشن شد که در فقه مجموعاً شش دسته حقوق وجود دارد. هرچند شیخ در مکاسب این شش دسته را بیان نکرده است، ولی از آنجا که ممکن است طلاب به این بحث بزودی برخورد نکنند، مناسب است به آن اشاره‌ای شود. علاوه بر اینکه دانستنش هم تا حدی برای فهم عبارت شیخ لازم است.

قبل از اینکه این شش قسم را بیان کنیم ممکن است در ذهن شما بیاید که چگونه تشخیص بدهیم این حق قابل اسقاط است یا نه؟ از کجا بفهمیم قابل نقل است یا نه؟ و از کجا بفهمیم قابل انتقال است یا نه؟ در هر مورد بالخصوص باید به آن دلیلی که در آن مورد وارد شده است مراجعه کنیم. یک کبرای کلی یک قانون کلی ما در مسئله نداریم.

حقوق شش‌گانه

اما آن شش قسم، به حسب آنچه که در حاشیه مرحوم سید یزدی آمده عبارت است از:

1- حقوقی که نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و نه قابل انتقال، مثل حق ابوت، حقی که پدر بر ولد دارد. پدر نمی‌تواند بگوید من از حق خودم گذشتم و اسقاط کردم، همچنین نمی‌تواند آن را به بچه‌اش یا دیگری نقل دهد، قابل انتقال هم نیست، یعنی اینچنین نیست که وقتی از دنیا رفت حق ابوتش منتقل به دیگری شود.

شبهه

در فرق بین حق و حکم بیان شد که حق قابل اسقاط است؛ اما حکم نیست، در حالی‌که در مورد برخی حقوق فقها تصریح کرده‌اند که حق، قابلیت اسقاط ندارند.

در جمع بین کلمات فقها اینگونه نتیجه می‌گیریم که اسقاط در حکم محال است، وجوب صلاة و وجوب روزه که از احکام شرعی هستند اسقاطشان محال است، برخلاف حق که زمینه اسقاط در آن وجود دارد.

2- حقوقی که اسقاط در آن راه دارد، اما نقل و انتقال در آن نیست مثل حق غیبت که قابل نقل و انتقال نیست، ولی اگر کسی غیبت دیگری را کند، غیبت‌شونده می‌تواند حق خودش را اسقاط کند.

3- حقوقی که قابلیت انتقال و اسقاط را دارند؛ اما قابلیت نقل را ندارند، مثل حق شفعه که روشن است.

4. حقوقي که هم قابليت اسقاط دارند هم نقل و هم انتقال، مثل حق خيار و قصاص.

5. حقوقي که قابليت اسقاط و قابليت نقل مجاني را فقط دارند، يعني نقل بلاعوض، مثل حق غصب. در حق غصب قابليت اسقاط هست قابليت نقل را دارد اما نمي‌تواند در مقابلش پولي را دريافت بکند.

6. حقوقي که قابليت‌شان براي اسقاط و نقل و انتقال مشکوک است، مثل حق الرجوع در طلاق رجعي، زوج مي‌تواند در زمان عده رجوع کند، ولي آيا اين حق الرجوع قابليت اسقاط دارد يا نه، قابليت نقل دارد يانه، قابليت انتقال دارد يا نه، محل نزاع و خلاف است. از اين قسم ششم به حقوق مشکوکة تعبير مي‌شود.

بعد از بيان فرق حق و ملک و حکم و بيان اقسام حق در فقه، سراغ کلام مرحوم شيخ مي‌رويم. ايشان در کتاب مکاسب در سه صورت از صور حق بحث مي‌کنند که آيا مي‌توان آنها را عوض قرار داد يا نه؟ توضيح اين سه صورت در تطبيق خواهد آمد.

تطبيق

«واما عمل الحر»، عمل عبد بلا شک عوض قرار مي‌گیرد، آيا عمل حر نيز مي‌تواند عوض قرار بگیرد؟ شيخ مي‌فرمايد دو صورت دارد: «فإن قلنا أنه قبل المعاوضة عليه»، «قبل المعاوضة» در مقابل «بعد المعاوضة» است، بعد المعاوضة، يعني اگر کسي ببايد حري را اجير کند عملش را مالک مي‌شود و مي‌تواند اين عمل حر را در يك معامله بيعي، عوض قرار دهد، اما انما الکلام در قبل المعاوضة است، يعني قبل از اينکه عقد اجاره‌اي بر عمل حر منعقد شود. در اينکه آيا قبل المعاوضة مال است يا نيست؟ چند مبنا وجود دارد که شيخ به دو مبنا اشاره مي‌کند.

«ان قلنا أنه قبل المعاوضة عليه من الاموال»، يعني اگر عرف بگويد که «عمل حرّ مالّ، فلا اشکال»، اشکالي نيست که مي‌تواند عوض قرار بگیرد، «والأ»، يعني اگر عرف به آن مال نگويد، «وفيه اشکال»، نمی‌تواند عوض قرار بگیرد، چرا؟ «من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة»، چون احتمال می‌دهيم در بيع، عوضين قبل از معاوضه بايد مال باشند. چرا کلمه قبل از معاوضه را آورد؟ چون ممکن است کسي بگويد: عمل حر، تا مادامي که عقد روي آن منعقد نشده مال نيست، اما مقارن با انعقاد عقد روي آن، مال مي‌شود. شيخ مي‌فرمايد اين کافي نيست. ماليت در حين عقد کافي نيست، قبل از معاوضه بايد ماليت باشد، يعني چيزي را که بخواهيم معاوضه روي او منعقد کنيم قبل از معاوضه بايد مال باشد. مي‌فرمايد لااقل احتمال اعتبار اين که عوضين در بيع، «مالاً قبل المعاوضة»، را می‌دهيم.

اين احتمال را شيخ از کجا فهميد؟ «كما يدلّ عليه» بر اين احتمال اعتبار، «ما تقدّم عن المصباح» دلالت دارد. در «مصباح المنير» در معنای بيع گذشت که «مبادلة مال بمال» است. ظاهر اين تعريف اين است که قبل المبادله بايد مال باشد.

نکته

مرحوم آخوند خراساني علاوه بر اينکه حاشيه‌اي بر رسائل شيخ دارد، حاشيه‌اي هم بر مکاسب ايشان دارد. مرحوم آخوند خراساني در آنجا فرموده‌اند که عمل حر، به نظر ما قبل از معامله، مال است اما ملک نيست. در توضيح فرمودند بين مال و ملک، عموم الخصوص من وجه است، ماده اجتماع: اين کتاب هم عرفاً مال است هم ملک مالک است، ماده افتراق از ناحيه مال: جايي که چيزي مال باشد، اما ملک نباشد. مثل کلّي في الذمّه، مثل مباحات اوليه قبل از حيازت، ماهي‌هاي در دريا قبل از اينکه حائزي آن را حيازت کند. ماده افتراق از ناحيه ملک: جايي که ملک باشد، اما مال نباشد مثل يخ در زمستان، آب کنار

دریا، یا یک دانه‌ی گندم. بنابراین اگر یک دانه گندم را از کسی بردارند، ملک دیگری است و عنوان غصب بر این تصرف منطبق است، اما مال نیست، چون عرف در مقابل یک دانه گندم مالی نمی‌پردازد. لذا مرحوم آخوند فرمودند که ما قبل از معاوضه عمل حر مال است، ولی ملک نیست و ما ملکیت قبل از معاوضه را لازم نداریم، همین مقدار که مال باشد کافی است.

«وَأَمَّا الْحَقُوقُ»، آیا حق را می‌توان عوض قرار داد یا نه؟ شیخ حکم سه صورت از حقوق را بیان می‌کند: «فإن لن يقبل المعاوضه بالمال» اگر حقی باشد که قابل معاوضه بالمال نیست، یعنی قابل نقل بالمال نیست، مثل حق حضانت و حق ولایت «فلا اشكال»، یعنی فلا اشکال که نمی‌توان آن را عوض قرار داد، چون «البيع من المعاوضات». اگر چیزی قابلیت عوض بودن را ندارد، در معامله‌ی بیع راه پیدا نمی‌کند. «وَكَذَا لو لم يقبل النقل» این صورت دوم است کذا یعنی عوض در معامله بیعی واقع نمی‌شود آن حقی که قابلیت نقل ندارد، مثل حق شفعه – جایی است که دو نفر در یک مال شریک هستند و احد الشریکین سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد، دیگری حق شفعه دارد – و حق خیار. البته در حق خیار اختلاف است بعضی‌ها می‌گویند قابلیت نقل دارد و بعضی‌ها می‌گویند ندارد.

بعضی‌ها گفته‌اند عبارت «وَكَذَا لو لم يقبل النقل»، قرینه است بر اینکه «فإن لم يقبل المعاوضه بالمال»، یعنی «و ان كان قابلاً لنقل»، یعنی صورت اول، جایی که قابل نقل است، اما نقل مجانی. اما در معاوضه بالمال «همانطور که سید هم در حاشیه فرموده، این است که نه قابل نقل است نه قابل اسقاط.

«وَكَذَا لو لم يقبل النقل»، لو لم يقبل النقل، یعنی وان كان قابلاً للانتقال، وان كان قابلاً للاسقاط، ولو قابل اسقاط یا قابل انتقال باشد، از این رو حق شفعه و حق خیار نمی‌تواند عوض قرار بگیرد، چون می‌فرماید: «لأن البيع تملك الغير». بیع ماهیتش تملیک است، پس چیزی که قابل نقل نباشد، قابل تملیک نیست.

نقض صاحب جواهر و جواب شیخ

«ولا ينتقض ببیع الدین»، نقض از صاحب جواهر است، به عبارت «لأن البيع تملك الغير»، اشکال می‌کند، می‌فرماید: ما جایی داریم بیع هست، اما تملیک نیست، مثل «بیع دین علی من هو علیه». بکر از زید دینی را طلب دارد – زید می‌شود من هو علیه –، آن دین را به خود زید می‌فروشد.

صاحب جواهر فرموده اینجا بیع هست اما تملیک نیست، چون آنچه در ذمه زید دین بوده، در اثر بیع ساقط می‌شود، زید مالک چیزی نمی‌شود. مرحوم شیخ جواب می‌دهد می‌فرماید اینطور نیست که زید مالک چیزی نشده باشد، حتی در همین بیع دین علی من هو علیه، اول تملیک است بعد سقوط. یعنی اول این زید مدیون مالک همان چیزی که در ذمه‌اش است می‌شود، بعد از ذمه‌اش ساقط می‌شود.

شیخ در جواب می‌فرماید: «ولا ينتقض» به مثل این، «لأنه لا مانع من كونه تملكاً ليسقط» مانعی ندارد که اول تملیک حاصل شده باشد و بعد از ذمه ساقط شود. شاهی هم بر کلامشان می‌آورند، می‌فرمایند «ولذا جعل الشهيد في قواعد، شهيد در کتاب قواعد، «جعل الإبراء مردداً بين الاسقاط والتمليك»، ابراء را مردد بین اسقاط و تملیک قرار داده است. مرحوم شهید در قواعد فرموده ابراء معنای مشخصی ندارد. ابراء مردد است بین الاسقاط والتمليك، چون گاهی فقط فایده‌ی اسقاطی دارد و گاهی فایده تملیکی و اسقاطی. شیخ می‌فرماید: از اینکه شهید ماهیت ابراء را مردد بین تملیک و اسقاط قرار داده، فهمیده می‌شود که این دو قابل جمع است، یعنی هم تملیک باشد هم اسقاط. در بیع «دین علی من هو علیه» هم مسئله همینطور است. «ولذا» یعنی چون بین تملیک و اسقاط جمع ممکن است، جعل الشهید در قواعد، ماهیت ابراء را مردداً بین اسقاط و تملیک.

فرق دین و حق در نقل به صاحبش

ممکن است این سوال به ذهن خطور کند که چطور در باب «بیع دین علی من هو علیه»، «من هو علیه» مالک می شود، ولی در باب حق، انتقال «حق» به «من هو علیه الحق»، ممکن نیست، یعنی نمی توان در معامله بیع کتاب «من علیه الحق» را در مقابل «حق» معامله کرد. چه فرقی بین دین و حق وجود دارد؟

مرحوم شیخ می فرماید: فرقی بین این است که در باب ملک، «مَنْ لَهُ الْمَلِكُ» و «مَنْ عَلَيْهِ الْمَلِكُ» نداریم، اما در باب حق «مَنْ لَهُ الْحَقُّ» و «مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ» داریم.

توضیح فرق

باب حق، دو طرف دارد، «مَنْ لَهُ الْحَقُّ» و «مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ»، اگر «مَنْ لَهُ الْحَقُّ»، حق خودش را به «مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ» منتقل کند، مستلزم این است که شخص واحد هم «لَهُ الْحَقُّ» شود، هم «عَلَيْهِ الْحَقُّ» و این امکان ندارد، برخلاف ملک در دین - ملک عبارت است از نسبت بین مالک و مال - که دو طرف، «مَنْ لَهُ الْمَلِكُ» و «مَنْ عَلَيْهِ الْمَلِكُ» ندارد، لذا چون «مَنْ عَلَيْهِ» ندارد، شخص می تواند مالک دینی که خودش بدهکار بوده بشود.

«وَالْحَاصِلُ، أَنَّهُ يُعْقَلُ أَنْ يَكُونَ مَالِكاً لِمَا فِي ذِمَّتِهِ». معقول است در بیع «دین علی من هو علیه»، «من هو علیه» مالک در ذمه خودش بشود. «فَيُؤَثَّرُ تَمْلِكُهُ السَّقُوطُ»، اثر تملیک سقوط دین است، «وَلَا يُعْقَلُ أَنْ يَتَسَلَّطَ عَلَي نَفْسِهِ»، اما نمی تواند سلطنت بر خودش پیدا کند، «وَالسَّرُّ: أَنَّ هَذَا الْحَقَّ»، این حقی که دو طرف «مَنْ لَهُ الْحَقُّ» و «مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ» دارد، «سُلْطَنَةً فَعْلِيَّةً لَا يُعْقَلُ قِيَامُ طَرَفِيهَا بِشَخْصٍ وَاحِدٍ»، معقول نیست که دو طرفش قائم به یک شخص باشد. «بِخِلَافِ الْمَلِكِ فَإِنَّهَا نَسَبَةٌ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمَمْلُوكِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَي مَنْ يَمْلِكُ عَلَيْهِ»، در ملک نیازی به «مَنْ عَلَيْهِ الْمَلِكُ» نیست «حَتَّى يَسْتَحِيلَ اتِّحَادُ الْمَالِكِ وَالْمَمْلُوكِ عَلَيْهِ»، تا اینکه اتحاد مالک، یعنی مَنْ لَهُ الْمَلِكُ و مملوک علیه، یعنی مَنْ عَلَيْهِ الْمَلِكُ محال شود. «فَأَفْهَمَ»، گفتند فافهم به دو مطلب اشاره دارد: اولی که روشن تر است این است که در بعضی از ملک ها «مَنْ عَلَيْهِ الْمَلِكُ» هم داریم، مثل کَلِّي فِي الذِّمَّةِ، اگر شخصی از دیگری صد کیلو گندم کلی را خرید، به طوری که ذمه اش مشغول شود، فروشنده «مَنْ عَلَيْهِ الْمَلِكُ» می شود. بنابراین در ملک اینطور نیست که در همه موارد «مَنْ عَلَيْهِ الْمَلِكُ» نداشته باشیم.

خلط شیخ در مسأله

اهل دقت روی این نکته تأمل داشته باشند که مرحوم شیخ در بحث، کمی خلط کرده، بحث در این بود آیا حق در بیع می تواند عوض قرار بگیرد یا نه؟ این استدلال و دو، سه سطر که خوانده شد، در موردی است که حق نسبت به «مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ» فقط عوض قرار بگیرد، بنابراین صحیح است گفته شود: اجتماع «مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ» و «مَنْ لَهُ الْحَقُّ» محال است، اما چه اشکالی دارد حقی که کسی بر دیگری دارد را در معامله ای با شخص ثالث عوض قرار دهد، در این صورت دیگر این استدلال ناتمام است.

عوض قرار گرفتن قسم سوم حقوق

اما قسم سوم: «أَمَّا الْحَقُوقُ الْقَابِلُ لِلانْتِقَالِ»، حقوقی که هم قابلیت نقل و انتقال دارند و هم قابلیت اسقاط، مثل حق التحجیر و نحوه، یعنی حق رهنان، «فَهِیَ وَأَنْ قَبِلَتْ النُّقْلَ»، قابلیت نقل به یکی از عقود شرعیه مثل صلح را دارد، «وَقَبِلَتْ بِالْمَالِ»، قابل نقل مع العوض هم هست و در صلح مقابلش مال واقع می شود، ولی با این حال نمی تواند عوض قرار بگیرد.

دو دلیل بر این مطلب آورده‌اند:

دلیل اول: مال بودنش مشکوک است و در معنای بیع گفته شد که «مبادلة مال بمال» است.

دلیل دوم: فقها در شرائط العوضین می‌گویند: ثمن باید مال باشد، پس حق نمی‌تواند عوض و ثمن قرار بگیرد.

«الآن في جواز وقوعها عوضاً للبيع»، در اینکه بتواند در بیع عوض قرار بگیرد، «اشكالاً»، دو تا دلیل می‌آورند: 1_ دو طرف عوض در مبیعه هم در لغت هم در عرف، باید مال باشد، در حالی که حق تحجیر مال نیست. مالیت داشتن ملاک دارد، مال یعنی ما می‌بذل بازائه المال، مال چیزی است که در مقابلش عرف و عقلاء پول می‌دهند. عقلاء در مقابل حق تحجیر به کسی که زمینی را تحجیر کرده است، مال نمی‌دهند.

2_ «مع ظهور كلمات الفقهاء، عند تعرض لشروط العوضين» فقها وقتی متعرض شروط عوضین می‌شوند «ولما يصح»، لَمَّا غلط است، «لِما» صحیح است، عطف شده به «شروط العوضين»، «عند التعرض لشروط العوضين ولما يصح ان يكون اجرة في الاجارة»، کلمات فقها ظهور در حصر ثمن در مال دارد.

معنای اصطلاحی «بیع»

شیخ می‌فرماید: بیع نه حقیقت شرعیه دارد نه متشرعیه، بیع یک معنای عرفی دارد، اما در اینکه معنای عرفی بیع چیست، فقهاء اختلاف کرده‌اند، «ثم الظاهر ان لفظ «البيع» ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية»، نه حقیقتی دارد که شارع وضع کرده باشد نه حقیقتی که متشرعه وضع کرده باشند، «بل هو باقٍ علي معناه العرفي، كما سنوضحه ان شاء الله تعالى، الا ان الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه».

مرحوم شیخ سه تعریف از قول فقهای دیگر می‌آورند و به هر سه اشکال می‌کنند، بعد تعریف چهارمی را ارائه می‌دهند «ففي المبسوط والسرائر و التذكرة»، شیخ در مبسوط، علامه در تذکره و غیر اینها گفته‌اند: بیع؛ «انتقال عین من شخص»، اگر عینی از یک شخص الی غیره انتقال پیدا کرد، «بعوضٍ مقدّر»، به یک عوض معین، در صورتی که طرفین راضی باشند، بیع واقع شده است. شیخ می‌فرماید: «وحيث ان في هذا التعريف مسامحةً واضحةً»، دو تا مسامحه در این تعریف وجود دارد؛ مسامحه اول که شیخ بیان نکرده است: فرموده‌اند: «بيع انتقال عین من شخص»، در حالی که انتقال، اثر البیع است نه اینکه جزء ماهیت و حقیقت بیع باشد، وقتی بیعی انجام می‌گیرد، اثر این بیع انتقال است، پس نمی‌توان انتقال را در خود ماهیت بیع آورد. مسامحه دوم: در تعریف بیع، شرائط صحت را هم آورده‌اند بعوضٍ مقدّر، مقدّر از شرائط بیع نیست، از شرائط صحت آن است.

شرط در بیع به دو نحو است؛ یک: شرط برای اصل تحقق بیع، دو: شرط برای صحت بیع. مقدّر از شرائط صحت بیع است و چون در این تعریف، مسامحه واضح است، «عدل آخرون الي تعريفه»، دیگران عدول کردند به تعریف «الاجاب والقبول الدالین علي الانتقال»، انتقال را از آثار قرار دادند، لذا گفتند بیع عبارت است از: اجاب و قبولی که دال بر انتقال است. شیخ می‌فرماید این هم اشکال دارد، زیرا اجاب و قبول از مقوله لفظ است، در حالی که بیع، «من مقولة المعنى» است، یعنی «واقعية من الواقعیات»، یعنی یک واقعیت خارجی دارد، البته نه واقعیت تکوینی، یک واقعیت اعتباریه است، یعنی در خارج در بین مردم بیع واقع می‌شود، آنچه که در خارج در بین مردم واقع می‌شود را باید معنا کرد که امری لفظی نیست، لذا شیخ اشکال می‌کند «و حيث ان البيع من مقولة المعنى، دون اللفظ مجرداً»، شهادتین شخص در باب اسلام مجرد لفظ است، یعنی همان واقعیت لفظی است که بیان می‌کند و به ظاهر حکم مسلمانی بر آن بار می‌شود. «دون اللفظ مجرداً او بشرط قصد المعنى»، یا اینکه معنا را هم

قصد کند، «والّا لم يعقل، والا اگر بيع حقیقتش لفظ، یعنی همان ایجاب و قبول باشد، لم یعقل انشاءً باللفظ، انشاء بيع با لفظ معقول نیست، چون انشاء یعنی ایجاد المعنى باللفظ. وقتی گفته می شود: این امر از امور انشائیه است یعنی یک معنایی را در قالب لفظ ایجاد می کنند. پس لفظ خودش قابل انشاء نیست، چون ممکن نیست لفظی را با لفظ دیگر ایجاد کرد، نمی توان لفظی را سبب ایجاد لفظ دیگر قرار داد.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين