



## تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسّی طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه‌ی هشتاد و هفتم؛ دوشنبه ۱۳۹۳/۲/۱۵

**وجه سوم:** معطی اول قصد إباحه می‌کند در مقابل تملک عوض؛ مثلاً کتابش را برای استفاده إباحه می‌کند - تملیک نمی‌کند - در مقابل این‌که صد تومان ملکش شود. ایجاب در این وجه به همان إعطاء محقق می‌شود و قبول، هم می‌تواند به أخذ باشد و هم به إعطاء عوض.<sup>۱</sup>

**وجه چهارم:** هر یک از طرفین قصد إباحه می‌کنند به إزاء إباحه‌ی طرف مقابل؛ مثلاً زید کتابش را به عمرو إباحه می‌کند در قبال این‌که عمرو هم قلمش را به زید إباحه کند. در این وجه إباحه در مقابل إباحه است.

وجه دیگری را نیز مرحوم شیخ در ضمن می‌فرماید و آن این‌که یکی از طرفین مالش را إباحه کند به داعی این‌که طرف مقابل هم مالش را إباحه کند که این دیگر چون به حد شرط نرسیده و فقط در حد داعی است معاوضه نیست.<sup>۲</sup>

### بررسی وجه دوم (تملیک به إزاء تملیک)

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۲:

ثالثها: أن یقصد الأوّل إباحة ماله بعوض، فیقبل الآخر بأخذه إیّاه، فیکون الصادر من الأوّل الإباحة بالعوض، و من الثانی بقوله لها التملیک، كما لو صرّح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

۲. همان:

رابعها: أن یقصد کلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر، فیکون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعی إباحة، علی ما تقدّم نظیره فی الوجه الثانی من إمكان تصوّره علی نحو الداعی، و علی نحو العوضیة.

در معاطات معمولاً عوضین هر دو عین هستند که اگر به لفظ بیان شود به این صورت است: «ملکتک کتابی بقلمک»، ولی گاهی عوض عین نیست بلکه فعل است؛ چون همان طور که قبلاً بیان کردیم عمل حرّ می تواند به عنوان عوض واقع شود. عمل حرّ هم گاهی عمل تکوینی است مانند بنایی، خیاطی و ... و گاهی هم عمل از حیثی اعتباری است مانند «تملیک».

در وجه دوم عوض فعل است آن هم فعل اعتباری تملیک؛ مثلاً کتاب را تملیک می کند در قبال فعل تملیک طرف مقابل که اگر به لفظ بیان شود به این صورت می شود: «ملکتک کتابی هذا بتملیکک ایای قلمک». پس در این وجه عوض «قلم» نیست، بلکه «تملیک قلم» عوض می باشد، لذا معطی اول در این معامله مالک قلم نشده، بلکه مالک فعل مقابل شده که «تملیک قلم» باشد.

### اشکال اول محقق نائینی رحمته الله بر وجه دوم

محقق نائینی رحمته الله در اشکال به این وجه فرموده است<sup>۱</sup>: تملیک به عنوان یک فعل و به معنای مصدری از

۱. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص: ۷۱

ثم لا يخفى أن الوجوه المتصورة فيما إذا قصد التملك أو الإباحة أزيد مما ذكره قدس سره و إنما لم يذكرها لخروجها عما هو المتعارف من قصد المتعاطيين مع أن منها ما لا دليل على صحته كما لو قصد أحدهما تبديل ماله بتمليك الآخر و هو الفعل الخارجي الصادر من المشتري فيكون من بيع الأموال بالأعمال و كما لو أوقعا المعاملة على وجه الإباحة أي تبديل المباح بالمباح أما الأول فلبطلانه في المقام و إن صحَّ بيع الأموال بالأعمال و ذلك لأنَّ العمل الذي يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال لا آليا و طريقا لتحصيل المال كما في المثال لأنه ليس التملك بالمعنى المصدرى مالا بل المال هو الحاصل من المصدر و ليس هذا الفعل إلا آلة لحصول اسم المصدر فلا يمكن أن يقابل بالمال و فرق بين البيع بإزاء التملك و بيع المال على أن يخيظ له ثوبا أو يجرى له صيغة عقد أو يبيع مالا من أموال البائع فإنَّ الفعل في الأول آلى بخلاف الثاني فإنه استقلالى يبذل بإزائه المال.

و بالجملة الأعمال التي تقابل بالمال هي ما يصح أن يتعلّق به الإجارة و إجارة الإنسان لأنَّ بيع ماله على المؤجر باطله و الفرق بين التملك و سائر الأعمال يظهر في وقوعها شرطا في ضمن عقد لازم فإنه لو تخلف من اشترط عليه التملك ينوب عنه الحاكم أو عدول المؤمنين أو فساقهم أو نفس المشتري كلّ لاحق بعد تعدّر سابقه و هذا بخلاف سائر الأعمال فإنه بمجرد التخلف يتعدّر الشرط و يثبت الخيار و السرّ فيه أن التملك طريقى آلى لا يشترط فيه المباشرة و أما الثاني فلأنَّ الإباحة ليست بنفسها أمرا حاصلا للمالك لأنَّ ما هو الحاصل له هو الملكيّة و هي قابلة للتبديل لأنَّ زمام أمرها بيده بخلاف المباحيّة فإنَّها تحصيل بإباحة المالك لغيره و ليست هي حاصلة للمالك في عرض الملك و جواز تصرف المالك في ملكه من آثار مالكيته لا من آثار إباحته له.

✓ المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ۱، ص ۲۰۷:

ان التملك لا يخلو اما أن يراد به معناه المصدرى أعنى تبديل اضافة بإضافة بما هو فعل الفاعل أو يراد به معناه الاسم المصدرى أعنى مبادلة احدى العلقين بالأخرى التي هي نتيجة تبديل الإضافتين، و شىء منهما لا يكون قابلا للمعاوضة.

أما معناه المصدرى فلأنه ليس مما يبذل بإزائه العوض لأنه ملحوظ للمتعاوضين كالمعنى الحرفى بما هو غير مستقل فى اللحاظ بل بما هو وصلة و مقدمة لإيجاد معنى الاسم المصدرى و هذا معلوم بالوجدان ضرورة أن مقصود المتعاوضين ليس فعل التملك بما هو فعل صادر عنهما

آنجا که مالیت ندارد و مال نیست نمی‌تواند عوض واقع شود. مال آن چیزی است که از تملیک حاصل می‌شود و حاصل مصدر است. به عبارت دیگر «تملیک» معنای حرفی و ما به يُنظر است، لذا چون مالیت ندارد لا يُقَابِلُ بِالْمَالِ و عقدی که عوضش تملیک بما هو مصدرٌ باشد مشمول کریمه‌ی ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ بوده و فاسد می‌باشد.

إن قلت: عمل حرّ که می‌تواند به عنوان عوض واقع شود؛ مثلاً کسی کتابش را به دیگری بفروشد به إزاء این که برای او خیاطت (به معنای مصدری) کند.

قلت: بله عمل حرّ - مانند خیاطت - می‌تواند به عنوان عوض واقع شود؛ چون خیاطت معنای استقلالی داشته و ما فيه يُنظر است، لذا يُبْدَلُ بِإِزَائِهِ الْمَالِ و مالیت دارد، ولی «تملیک» یک معنای حرفی و آلی است که خودش ارزش مالی ندارد و صرف آلت است، لذا لا يُبْدَلُ بِإِزَائِهِ الْمَالِ و نمی‌تواند به عنوان عوض واقع شود.

### نقد اشکال اول محقق نائینی رحمته الله

در نقد فرمایش محقق نائینی می‌گوییم:

اولاً: افعال تکوینی مانند خیاطت هم گاهی مقصود بالأصله نیست و آلی است. خیاطت به معنای مصدری معمولاً ارزش ندارد، بلکه به معنای اسم مصدری و آنچه از خیاطت حاصل می‌شود ارزش دارد، لذا اگر خیاط بتواند لباس را به صورت دوخته تحویل دهد بدون آن که خیاطت کند - بُرَشَ و کوک بزند - کفایت می‌کند، مگر این که کسی شرط کرده باشد خیاطت کند.

ثانیاً: مصدر و اسم مصدر قابل تفکیک از هم نیست. هر مصدری اسم مصدر را قهراً به دنبال دارد - و به یک معنا اصلاً مصدر و اسم مصدر یکی است اعتباراً تفاوت دارند - لذا مصدر نیز بین عرف و عقلاء مورد رغبت است و می‌تواند مالیت داشته باشد.

### اشکال دوم محقق نائینی رحمته الله بر وجه دوم

هر مالکی تسلط بر مملوکش داشته و می‌تواند تقلیب و تقلب در آن کرده و به دیگری نقل دهد، اما دیگر تسلط بر تملیک خود ندارد و مالک تملیک خود نیست و الا اگر هر ملکیتی، مالکیتش تحت ملکیت

---

بحیث كان الغرض في نفس الفعل من حيث هو فعل.

باشد دوباره آن مالکیتی که تحت ملکیت است تحت ملکیت دیگری خواهد بود و تا بی نهایت مالکیت و ملکیت باید وجود داشته باشد، لذا تملیک نمی تواند به عنوان عوض واقع شود؛ چون تملیک مملوک کسی نیست و کسی مالکیت بر مملوک خود ندارد و نمی تواند آن را به دیگری نقل کند.<sup>۱</sup>

### نقد اشکال دوم محقق نائینی بر وجه دوم

همانطور که قبلاً نیز بیان کردیم همین که آخذ مختار است قلمش را تملیک معطی کند یا نکند و به صورت قهری نیست به این معناست که تسلط بر تملیک دارد و همین تسلط تکوینی بر تملیک کافی است در این که تملیک بتواند به عنوان ثمن واقع شود و لازم نیست تملیک به ملکیت اعتباری تحت اختیار باشد، بلکه به ملکیت تکوینی تحت اختیار باشد نیز کفایت می کند، لذا این اشکال که لازم می آید تا بی نهایت ملکیت و مالکیت وجود داشته باشد نیز دفع می شود.

با دفع این دو اشکال می گوئیم چنین معاوضه ای می تواند تحت عنوان بیع قرار گیرد و مشکلی ندارد.

و الحمدلله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی

---

۱. المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۲۰۷:

و أما معناه بالاسم المصدرى فلأن الملكية اعنى السلطنة الخاصة و الإضافة المخصوصة القائمة بين المال و المالك هى سلطنة موجبة لصحة التصرفات الصادرة عن المالك فى ماله من الإعطاء و النقل و كل تصرف،، فهى سلطنة على المال و هو بهذه العلقه سلطان على ماله فى نقله و تقلبيه و تقلبه و هذه السلطنة بنفسها لا تكون منشأ لسلطنة المالك على تقليب هذه السلطنة نفسها بحيث يبدلها من مكانها الى مكان آخر و لا يكون فى البين سلطنة أخرى على تلك السلطنة لكى يصير بالسلطنة الثانية سلطانا على السلطنة الاولى و إلا لتسلسل فهو سلطان على المال لا أنه سلطان على السلطنة على المال و إذا لم تكن سلطنته تحت سلطانه فليس له تبديلها و لا تحويلها بل انما هو بها يكون مسلطاً على تبديل المال فظهر أن تبديل الملكية فى حد نفسه غير معقول.