



شرح مکاسب

جمال الدین جمالی

بیان قاعده

قابل تردید نیست که مقتضای طبع حق جواز اسقاط و نقل است چون حق مرتبه از مالکیت میباید بنا بر این هر مالک و صاحب حقی میتواند انحاء تصرفات را در ملک خود بنماید مگر در صورتیکه مانعی وجود داشته باشد. در مورد حق دو نوع مانع ممکن است بوجود آید یکی منع تبعیدی که نهی از اسقاط حق از ناحیه شارع رسیده باشد در این مورد عدم جواز مستند با هر شارع است مانع دوم از کیفیت جعل حق سرچشمه میگیرد باین توضیح که حین الجعل حق محدود بکیفیت خاصی است مانند حق التولیه و حق الوصایه در صورتیکه واقف و موصی شخص یا شخصیتی را با خصوصیت شخصی یا عنوانی متولی و مورد حق قرار داده باشد مثلا اولاد ارشد ذکور یا فقیه جامع الشرایط شهر را وصی یا متولی تعیین نموده باشد با این کیفیت تجاوز از حدود جعل جایز نیست مثل ولایت

حاکم که اختصاص بعنوان دارد یا حق المضاجعه نسبت بزوجه و زوجه و حق الشفعه نسبت بشریک در چنین مواردی عدم جواز نقل و اسقاط مستند بامر شارع یا از ناحیه جعل حق میباشد .

بنا بمراتب مذکوره اگر در موردی شك شود در اینکه حق است یا حکم جایز نیست اسقاط و نقل آن لکن اگر معلوم شد که حق است و منع تبعیدی آنهم در خارج ثابت باشد مانند حق المضاجعه نسبت بزوجه و نقل آن جایز نیست یا آنکه علم حاصل شود بخصوصیتی در کیفیت جعل مثل تولیت در وقف که حین الجعل با اولاد ارشد ذکور باشد در اینصورت استیفاء حق تابع جعل است و تجاوز از آن ممکن نیست ولی در مواردی که معلوم شد حق بودن مورد و شك در منع تبعیدی آن باشد اصل عدم منع است و بمقتضای عمومات ذیحق میتواند انحاء تصرفات مالکانه در آن بنماید و همچنین است اگر شك شود در اینکه شخص یا نوع بر حسب جعل شرعی مورد حق است یا خیر پس از احراز قابلیت و صدق عنوان بمقتضی عمومات جایز است تصرفات برای ذیحق لکن در صورتیکه شك نسبت باحر از قابلیت عرفیه باشد بنحویکه مرجع شك در صدق عنوان باشد تمسک بعمومات جایز نیست .

اینک میپردازیم بتوضیح عبارت و بیان علامه انصاری **واما الحقوق الاخرقان لم يقبل المعاوضه الخ** حاصل کلام آنکه علامه انصاری بمنظور تحقیق در اینکه آیا جایز است حق در بیع عوض قرار گیرد یا خیر حقوق را بسه نوع تفکیک نموده و در مورد هریک از انواع حق اعلام نظر میفرماید **قسمتی از حقوق** است که اصولاً قابلیت معاوضه یا مال را ندارند این قسمت از حقوق طبعاً جایز نیست در بیع عوض قرار گیرند .

قسم دوم حقوقی است که قابلیت نقل را ندارند و اختیاراً جایز نیست نقل آن حقوق ولی بسبب قهری مانند ارث منتقل میشود مانند حق الشفعه و حق الخيار این قسمت از حقوق نیز جایز نیست در بیع عوض قرار گیرند زیرا بیع مفهوماً از دو تملیک متشکل یکی تملیک با بیع مبیع را بمشتری دیگری تملیک مشتری است ثمن را بیایع بنا بر این چیزی که قابل

نقل نیست قابل تمليك هم نميباشد و لواينكه قابل اسقاط باشد . اين استدلالی است كه فقها باستناد آن فرمودند جايز نیست اين نوع از حقوق دربيع عوض قرار گیرند .

صاحب جواهر اين استدلال را تمام ندانسته و نقص نموده بخريداری مدیون مافی الذمه خودرا ازدائن كه اثر آن سقوط و براءت مدیون ميباشد .

فرض مسئله جعفر يکخروار برنج بعلى مدیون است على يکخروار برنج ثابت در زمه جعفر را بوی میفروشد بمبلغی معين در اين فرض جعفر ثمن را به على تمليك میکند در مقابل زمه جعفر از يکخروار برنج براءت حاصل مينماید . بنا بر اين پس از وقوع عقد قهرا دين ساقط شده و براءت زمه مدیون حاصل است ديگر چیزی باقی نیست تا آنكه تمليك از طرف بايع تحقق يابد در اين صورت بيع بطور کلی عبارتست از تمليك طرفين نیست بلکه ممکن است تمليك در مقابل عملی قرار گیرد .

علامه انصاری از اين اشکال دفاع میفرماید باینكه فرق است بين خریداری مدیون باقی الذمه خود را با مسئله مورد بحث باین تقریب كه علاقه ملكیت را بطله است بين مالك و مملوك در شعاع اعتبار عقلا و عدم وجود مملوك عليه مانع از اعتبار مفروض در ملكیت نیست بلکه در تحقق ملكیت احتیاجی بوجود مملوك عليه نیست و لذا عقلا و شرعا مانعی ندارد شخص مالك باقی الذمه خود بشود و پس از آن بر این مالکیت براءت زمه و سقوط دين مترتب گردد .

و لذا علامه در قواعد ابراء را واسطه بين تمليك و براءت قرار داده است بخلاف ما نحن فيه مانند حق الشفعه حق الخيار كه قوام آنها بوجود مملوك عليه است زیرا با وجود عقد صاحب خيار سلطنت بر فسخ و ابرام آن دارد و با وجود شركت حق الشفعه كه حق استرداد عين است بوجود میآید بنا بر اين در امثال اين نوع از حقوق سلطنت مالکیت بمرتبه فعلیت وجود دارد و ملازم با وجود مسلط عليه است و لذا عدم جواز نقل معقول نیست چون در صورت نقل حق از طرف صاحب حق بمن عليه الحق لازم میباید جمع دو عنوان متقابل در شخص واحد و اين امر معقول نیست .

و اما قسم سوم حقوقی است که قابل نقل و انتقال می باشد و حتی در عقد صلح در مقابل آن حقوق بذل مال میشود مانند حق تحجیر. علامه انصاری میفرماید این نوع از حقوق نیز جایز نیست در بیع عوض قرار گیرند زیرا بیع لغتا و عرفاً مبادله مال بمال است چون حق مال نیست در عقد بیع جایز نیست عوض قرار گیرد.

ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعاً عدل هو باق علی مفاد العرفی الخ .

برای لفظ بیع حقیقت شرعی و متشرع نیست بلکه بمعنی حرفی خود باقی می باشد می باشد و لذا فقها بمعانی و تعاریف مختلف آنرا معرفی کردند چنانچه در مبسوط و تذکره و بعضی کتب دیگر تعریف شده با انتقال عین از شخصی بدیگر بعوض مقدر بر وجه تراضی چون در این تعریف مسامحه واضحی است فقهای دیگر از آن بایجاب و قبولی که دلالت بر انتقال نماید عدول کردند .

باین تعریف نیز اشکال شده که بیع از مقوله معنی است نه مجرد لفظ و بفرض آنکه لفظ در مفهوم بیع معتبر باشد لفظ مفید و مشروط بمعنی خاص است در غیر این صورت معقول نیست انشاء بیع بلفظ و لذا در جامع المقاصد از این تعریف نیز عدول فرموده و آنرا تعریف کرده بنقل عین بصیغه مخصوصه تعریف جامع المقاصد نیز با اشکالات زیر مواجه است اولاً کلمه نقل مرادف بایع نیست چنانچه علامه در تذکره تصریح فرموده بایجاب بیع بلفظ نقل واقع نمیشود و لفظ نقل را از کنایات شمرده ثانیاً بمعاطات اطلاق بیع میشود در حالیکه بصیغه در معاطات وجود ندارد ثانیاً نقل بصیغه معقول نیست انشاء آن بصیغه ممکن است از این اشکال دفاع شود باینکه مراد از بیع آنچه نقلی می باشد که مدلول بصیغه و اشاره بفردمعین از نقل است بنا بر این نقل ماخوذ در مفهوم بیع نیست تا اینکه مدلول بیع نقل بصیغه باشد .

لکن این دفاع صحیح نیست زیرا اگر مراد خصوص بیع باشد دور لازم میاید زیرا مقصود معرفت ماده بیع می باشد که متوقف بمعرفت نقل است . و چنانچه مراد از بصیغه مفهوم تملیک باشد واجب است اقتصاد بمجرد تملیک و نقل .