**بسم الله الرحمن الرحيم**

**والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين**

**واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين**

**الجهة الثانية: – من البحث في الإباحة بالعوض هي: – الجهة الكبروية:**

وهي تصوير الإباحة بالعوض من قبيل المعاملات المعاوضية التي يمكن تصحيحها بالعمومات نحو قوله تبارك وتعالى: (**إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**) [النساء، 29]، وكقوله عزَّ وجلَّ: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**) [المائدة، 1] أم لا؟

**وبيان ذلك**: أنّ الإباحة بالعوض إما إباحة مع الضمان بالمسمى على تقدير التلف كما لو قال صاحب الدار أو صاحب الحمام: "أبحتُ الانتفاع بداري أو بالحمام والاستيفاء مضمون بالعوض المسمى"، وهذا ليس محل بحث؛ لأنّه مجرد إيقاع؛ وإنّما الكلام فيما إذا كانت الإباحة بالتمليك بحيث تقع المقابلة بينهما، فهذه المقابلة بين الإباحة والتمليك هل هي معاملة تامة؟ وعلى فرض صحتها هل هي لازمة أم جائزة؟

**فالبحث حينئذٍ في مطلبين:**

**المطلب الأول**: في صحة المعاملة.

**والمطلب الثاني**: في جوازها ولزومها.

**المطلب الأول**: قد استشكل الشيخ الأعظم (قدس سره الشريف) في [كتاب المكاسب، باب المعاطات] في هذه المعاملة، وتبعه المحقق النائيني (قدس سره الشريف) في [كتاب المكاسب والبيع].

**ووجه الإشكال في صحة المعاملة من عدة وجوه:**

**الوجه الأول**: ما ذكره الشيخ الأعظم والمحقق النائيني (قدس سرهما)، من منع صدق المعاوضة، ولكلٍّ منهما بيان:

**البيان الأول: بيان الشيخ الأعظم (قدس سره الشريف):**

**وحاصله**: أنّ هذه المعاملة ليست من المعاوضات المعهودة لدى العقلاء؛ فإنّ المعاوضات المعهودة لدى العقلاء متقومة بكون المال مقابلاً بمال، سواء كان المال عيناً كما في البيع أو منفعة كما في الإجارة، وأما كون المقابل للمال – أي الدرهم – هو الإباحة فليس من المعاوضات المعهودة لدى العقلاء كي

تشملها العمومات، والعمومات نحو قوله تعالى: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**) [المائدة، 1] منصرفةٌ للعقود العقلائية، وبما أنّها ليست مندرجة في العقود العقلائية فلا مجال لتصحيحها، والأصل الجاري فيها أصالة الفساد.

هذا ما أفاده الشيخ الأعظم (قدس سره الشريف).

**البيان الثاني: بيان المحقق النائيني (قدس سره الشريف)**: كما في [كتاب المكاسب والبيع، تقرير الآملي، ج1، ص217].

**وحاصله**: أنّ المعاوضة بحيث يصدق عليها أنّها تجارة منوطة بما إذا كان هناك مالٌ أو حقٌ مكتسب من الطرفين، بحيث يتصور انتقال مال من طرف إلى آخر أو انتقال حق من طرف إلى آخر، كما لو أنّ الإنسان رفع اليد عن حقه كحق الإختصاص أو حق التحجير مقابل مبلغ من المال فهذه معاوضة صحيحة، وأما مجرد الإباحة والإذن فليس فيه انتقال مال أو حق للمباح له؛ لأنّ المبيح إنّما يبرز الإذن والرضا من دون أنْ يلتزم بشيء آخر، نعم إجازته للتصرف في داره أو حمّامه أو مقهاه أو ناديه الرياضي أو غير ذلك منوطةٌ بدفع وتمليك مبلغٍ معين لا أكثر من ذلك، وإلّا فليس هناك عملية نقل لمالٍ أو حقٍ كي يتصور الكسب.

**والنتيجة**: أنّه ليس عقداً فضلاً عن أنْ يكون بيعاً أو تجارةً أو نحو ذلك.

**أو فقل بعبارة أخرى**: إنّ كلا الطرفين ملك للمبيح فكيف تكون معاوضة؟ فإنّه إذا أباح لشخصٍ التصرف في بستانه على أنْ يملكه ديناراً فالمبيح يملك منفعة البستان ويملك العوض ألا وهو الدرهم، فبما أنّ الطرفين ملك للمبيح فكيف يتصور عملية المبادلة والانتقال بينهما كي يكون مصداقاً للمعاوضة.

هذا ما أفاده المحقق النائيني (أعلى الله مقامه).

**وقد أجاب عن هذا الإشكال بكلا البيانين جمعٌ من الأعلام**، ومنهم المحقق الأصفهاني (قدس سره) في [حاشيته على المكاسب، ج1، ص178] حيث أفاد: إنّ المعاوضة هي عبارة عن حلول شيء محل شيء آخر، سواء حلّ محله في الملكية أو حلّ محله في الحقية أو حلّ محله في الإباحة، فهذا هو قوام المعاوضة سواء اتفقت الأطراف كما في البيع أم اختلفت، كما في المقام حيث إنّ الإباحة حلّت محل الدرهم الصادر من المباح له لا في الملكية بل في جهة الاكتساب بأن استفاد مقابل ما خرج عن ملكه كونه مباحاً له، كما أنّ المبيح استفاد مقابل ما بذل دخول الدرهم في ملكه.

نعم، في المعاوضات المعهودة كالبيع والإجارة تتحد الأطراف بأنْ يحل كلٌّ منهما محل الآخر في نفس الجهة ولكنه غير مانع من التمسك بالعمومات نحو قوله تعالى: **(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)** [المائدة، 1]؛ إذ لم يترتب أثرٌ على عنوان المعاوضة كي يدعى انصرافها للمعاوضات المعهودة، وإنّما ورد عنوان "العقد" وهذا عقدٌ.

**الوجه الثاني**: أنّه لا يصدق عليه عنوان التجارة كي يتمسك بقوله تبارك وتعالى: **(إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ)** [النساء، 29]؛ لعدم تحقق الاكتساب؛ حيث إنّ المباح له لم يكتسب سوى جواز الانتفاع بالدار تكليفاً.

**وأُجيب عن ذلك**: بأنّ التجارة صادقة على المعاملة ؛ لأنّ التجارة بمعنى مطلق الاكتساب، ولا يلزم في التجارة المعاوضة المالية أي بأنْ تكون مبادلة بين مالين؛ بل قد تكون من حيث الإباحة، والمفروض أنّ مَن ملَّكَ الدرهم اكتسب الإباحة التي تمكنه من الانتفاع بالعين من دون ضمان بالمثل وهذا يعني الجواز التكليفي والوضعي.

فعنوان الاكتساب عبارةٌ عرفاً عن الاستفادة وهي متبادلة بين الطرفين، فالذي استفاده المبيح هو الدرهم مقابل إذنه وإباحته والذي استفاده المباح له التمكن من الانتفاع تكليفاً ووضعاً، فكيف لا يشمله قوله تبارك وتعالى: **(إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ)** [النساء، 29].

بل إنّ بعض الأكابر (قدس سره) في [كتاب البيع، تقرير القديري، ج1، ص149] ادعى أنّ هذه المعاملة ليست مجرد تجارة فحسب بل هيّ بيعٌ، فإنّ البيع عبارة عن مبادلة مالٍ بمالٍ وكلاهما مال، فالدرهم مال والإباحة مال.

ولكن ما ذكره (قدس سره) من أنّها بيع مناف للمرتكزات العرفية؛ حيث لا يصدق على الإذن التكليفي أو الترخيص في الانتفاع أنّه مالٌ بالنظر الارتكازي العرفي كي يكون مندرجاً تحت عنوان البيع.

**الوجه الثالث**: ما ذكره سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) في [كتاب مصباح الفقاهة، ج2، ص190] من أنّ الإباحة وهي الإذن في الاستخدام ليست مالاً ولا أمراً اعتبارياً قابلاً للانتقال؛ بل هي عملٌ خارجي يمكن من الانتفاع بالمال فكيف تقع المعاوضة عليها كي تشملها العمومات.

**وهنا جوابان عن هذا الإشكال:**

**الجواب الأول**: ما ذكره السيد الخوئي (قدس سره) نفسه في نفس الموضع، حيث قال: (**ودعوى: أن الإباحة من قبيل الأعمال والأفعال، فهي لا تكون عوضا في العقود المعاوضية دعوى جزافية لأنا ذكرنا في أول الكتاب: أن عمل الحر**) كما إذا استأجر شخصاً على كنس المسجد أو استأجره على الخياطة (**وإن لم يكن مبيعا في البيع. ولكن يصح جعله عوضا فيه. فلا نعرف وجها صحيحا لما ذكره المصنف**) أي الشيخ الأعظم (قدس سره الشريف) (**من التأمل في صدق التجارة عن تراض على الإباحة المعوضة**)؛ لأنّ الإذن والإباحة عملٌ له مالية مثله مثل عمل الحر.

**ولكن ما ذكر محل تأمل**: فإنّ العمل الذي تقع المعاوضة عليه ما كان له في نفسه مالية لدى العقلاء كعمل الحر، ولكن المفروض في المقام أنّ المقابَل بالمال ليس هو الانتفاع، وإلّا لو كان المال مقابلاً للانتفاع لكان المقام من باب الإجارة، وإنّما المقابل للمال نفس الإذن.

ومن الواضح أنّه لو اُعتبر في المعاوضة كون الطرف مالاً قابلاً للانتقال أو حقاً قابلاً للمبادلة لم يصدق على الإذن؛ فإنّ مجرد الإذن ليس مالاً ولا أمراً اعتبارياً قابلاً للانتقال كي يقال بأنّه مثل عمل الحر.

نعم، إذا قلنا بمقالة المحقق الأصفهاني (قدس سره) من أنّه لا يعتبر في المعاوضة المبادلة بين الطرفين في نفس الجهة؛ بل يكفي أنّ الذي استفاده المباح له أنّه يجوز له التصرف تكليفاً ووضعاً وهذا المقدار كافٍ في صدق المعاوضة ولا يعتبر في المعاوضة أنْ يكون الطرفان مالاً كي يقال بعدم صدق التجارة، أو فقل: يكفي في صدق المعاوضة والاكتساب كون الطرف مما يبذل بإزاءه المال وإنْ لم يكن مالاً كالإذن في المقام.

**الجواب الثاني**: ما ذكره بعض الأجلة (رحمه الله) في [كتاب الإجارة، ج1، 163] بقوله: (**وحلّ هذا الإشكال يتوقف على تحليل مضمون الإباحة بالعوض بهذا المعنى، فإنّه إذا كان بمعنى مجرّد الإذن في التصرّف ولو في قبال العوض فهذا لا يصيّره عقداً، وأمّا إن كان بمعنى التزام المبيح بالإباحة زائداً على إذنه ورضاه بالتصرّف وكان هذا الالتزام في قبال الالتزام بتمليك العوض من الآخر**) أي أنّ المبيح تعهد والتزم بالإباحة، والمباح له تعهد والتزم بالتمليك، فهناك التزام في قبال الالتزام (**كان عقداً لا محالة لأنّه من الالتزام في مقابل الالتزام وهو يوجب الحق للآخر**) أي المباح له (**كما في سائر العقود والالتزامات المتقابلة، والظاهر أنّه كذلك في موارد المقابلة**).

**ولكن يرد عليه**: أنّ محل الكلام هو كون المال – وهو الدرهم – مقابل الإذن، لا المقابلة بين التزامين وتعهدين الذي هو مصداق للعقد جزماً، فما ذُكر من الجواب التزامٌ بالإشكال لا أنّه جوابٌ عنه.

فإن التزمنا بما ذكره المحقق الأصفهاني (قدس سره الشريف) من أنّه لا يعتبر في المعاوضة المبادلة من الجهتين، وإلا فإشكال الشيخ الأعظم والمحقق النائيني (قدس سرهما) مستحكم.

**والحمد لله رب العالمين**