

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم، بسم الله الرحمن الرحیم و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا رسول الله و آله الطیبین الطاهرین
المعصومین و اللعنة الدائمة علی اعدائهم اجمعین
اللهم وفقنا و جمیع المشتغلین و ارحمنا برحمتک یا ارحم الراحمین

عرض شد که مرحوم شیخ تعریفی از بیع فرمودند انشاء تملیک عین بمال و بعد فرمودند اشکالاتی ممکن است به این تعریف بیاید ما به مناسبت اشکالات نکات خارجی دیگری هم گفتیم حالا از بحث خود شیخ خارج شدیم، یک اشکالش به مصالحه بود و جواب داده شد که در باب مصالحه، مُنْشا با مُنْشا در باب بیع فرق می کند و این عامل جدایی این دو تا از هم است، توضیحاتش را دیروز عرض کردیم، به این مناسبت وارد عقود و کیفیت عقد و اختلاف عقود به مُنْشا و کیفیت لحاظ مُنْشا شدیم.
یک اشکال دیگر هم باز مرحوم شیخ به هبه معوضه می کند، عبارت مرحوم شیخ این است:

و أما الهبة المعوضة و المراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض

هبه ای که در آن عوض شرط شده است.

مرحوم آقای یزدی نوشته مراد مرحوم شیخ این است که اگر خود عوض در هبه شرط بشود. در مقابل جایی که من به کسی هبه می دهم به من یک چیزی می دهد اما شرط نشده بود. ایشان می گوید مرادش این است در جایی که شرط نشده است. احتمال است چون مرحوم سید که شاگرد ایشان نیست از فهم عبارت احتمال است.

لکن مرحوم آقای آقا شیخ محمد حسین اصفهانی ایشان این جا هبه مشروطه را سه قسم کردند، یک قسمش که در آن شرط است مال بشود مثلاً می گوید این کتاب را هدیه می دهم در مقابل این قلمی که تو داری، در مقابل خود مال. یک دفعه می گوید این کتاب را هدیه می دهم به شرطی که شما آن قلم را به من بدهی. یک دفعه می گوید این کتاب را به شما هدیه می دهم به شرطی که شما هم قلم را به من هبه بکنی، هبه در مقابل هبه. ایشان می گوید آنی که محل نقض است، آنی که اشکال می شود آن جایی است که شرط مال بشود. چرا؟ چون اگر این جور گفت من این کتاب را به شما هبه می دهم در مقابل قلم، آن وقت این تعریف بیع بر آن صدق می

کند انشاء تملیک عین بمال. این نقض است لذا ایشان از آن سه قسم یک قسم را قرار دادند، آن هم فی نفسه حرف بدی نیست فعلا گفت که چون نیست خواجه حافظ معذور دار ما، فعلا چون ما عبارت شیخ را گاهی یک راه دیگر هم این است که آدم بگوید نمی دانم، نمی فهمم، هر دو احتمال در عبارات شیخ هست. به هر حال آن نکته فنی ظاهرا این است که ایشان هبه معوضه را در جایی فرض کرده که حکمش حکم بیع است، انشاء تملیک عین به عوض، بمال و لذا این طور باید باشد چون در آن جایی که بگوید اگر من این کتاب را به تو هدیه می دهم به شرطی که تو آن کتاب را به من بدهی این جا شرط فعل است اما اگر گفت این کتاب را هدیه می دهم در مقابل آن قلم، این جا شرط نتیجه است به قول آقایان اما اگر گفت به تو هبه می دهم، هدیه می دهم به شرطی که تو هم به من هدیه بدهی. این جا هدیه در مقابل یعنی شرطی که کرده خود مال نیست، آنی که شرط کرده هدیه دادن است. شاید مراد شیخ این باشد که اگر بناست به باب بیع نقض بشود در آن جایی است که انسان هبه می کند و می بخشد در مقابل مال، با شرط مال نه این که شرط فعل باشد یا شرط هبه باشد. ظاهرا احتمالا به هر حال احتمالا این معنا منسجم است و بیشتر به ذهن می آید. آن وقت مرحوم شیخ این جا اشکالشان این است که این با تعریفی که ما گفتیم جور در نمی آید، این با این که هبه معوضه است لکن تعریف بیع بر آن صدق می کند، به اصطلاح این مطلب که وهبتک هذا الكتاب فی، در مقابل قلم تو که ما اشترط فیہ العوض. این ما اشترط فیہ العوض را این جور گرفتند پس چهار صورت در مجموع این کلمات فرض شده است:

۱. یکی این که طرف خودش عوض بدهد
 ۲. یکی این که خود مال عوض بشود.
 ۳. یکی این که فعل و دادن مال عوض بشود
 ۴. یکی این که عقد عوض بشود یعنی شرط بشود. عقد هبه، هبه در مقابل هبه.
- مرحوم شیخ می خواهد بگوید آنی که اشکال می شود یکی است و آن جایی است که خود مال باشد، آن اشکال می شود که این تعریف بیع به آن می خورد

فلیست إنشاء تملیک بعوض علی جهة المقابلة

یک بحث راجع به این خود این بحثی است که ایشان راجع به هبه کرده است.

یک بحث هم همان نکته ای است که مثل دیروز عرض کردیم ما از این مطلبی که ایشان فرمودند توسعه بدهیم، خارج بشویم و فقط بحث هبه نباشد و آن نکته فنی در عبارت شیخ این است که ما درست است اگر گفتیم این قلم را به شما هدیه دادم در مقابل دفتر تو، درست است انشاء تملیک کردیم لکن دقت بکنید ما این جا انشاء تملیک این دفتر را کردیم در مقابل این که آن قلم را از آن آقا بگیریم، قلمی که مال آن آقا بوده. درست است این دو تا است اما اگر من می خواهم مقلم را بگیرم این قلم را به خاطر خود معاوضه نمی گیرم چون مفروض این است که عقدی را که من بستم عقد مجانی است، هبه یعنی عقد مجانی. تا گفت و هبتک یعنی مجانا، این و هبتک یعنی مجانی. پس اگر مالک آن عوض می شوم این از جهت شرط است، خوب دقت کردید؟

ما بحثمان این است که بیع جایی است که انشاء تملیک عین بمال علی جهة المعاوضة نه جهت دیگری پیش بیاید، این مطلبی که ایشان در این جا فرمودند مطلبی است بسیار دقیق و لطیف و آن نکته این است که ما وقتی عقود را بررسی می کنیم اضافه بر آن، ببینید ایشان در باب صلح نکته را روی مُنشأ برد. در باب هبه معاوضه نکته را روی ادبیات و تعبیر برد، من چرا مالک آن عوض می شوم؟ مالک عوض در خود عقد آمد یا به عنوان شرط به آن ضمیمه شد؟ بیع در جایی است که مالک عوض به خود عقد بشود. این فرقی است. پس روشن شد که یکی جواب در هبه است یکی این که شما از این بحث هبه تعدی بکنید. اصولاً در مسائل قراردادها که دیروز توضیحش گذشت مُنشأ را حساب می کنید خود ادبیات را هم باید حساب بکنید یعنی خود تعبیر را هم باید ببینید.

پس فرق بین هبه و بیع این است که در باب بیع شما انشای تملیک عین در مقابل عوض، انشاء می کنید، در این جا انشاء تملیک عین مجانی است، هبه یعنی انشاء تملیک عین مجانی است. عوض را با شرط درست کردید، این فرقی با بیع می شود. مطلب ایشان خیلی دقیق است، من عرض کردم می خواهیم اضافه بر دقت مطلب ایشان این را باز بکنیم و به کل قراردادها ببریم. از این موردی که ایشان گفت یعنی شما یک قانون در بیاورید که ما اولاً غیر از مُنشأ که دیروز توضیحش گذشت خود ادبیات قرارداد را هم باید

حساب بکنید. آن ادبیات یک دفعه شما با یک تعبیر دو تا چیز را انشاء می کنید تملیک به عوض و یک دفعه شما با این تعبیر فقط تملیک را انشاء کردید آن دومی را با یک چیز دیگری اثبات کردید. ایشان می خواهد بگوید که فرق بین هبه معوضه و بین بیع این است. در باب بیع با یک انشاء واحد هر دو شد، تملیک به عوض اما در باب هبه معوضه شما تملیک مجانی را انشاء کردید ولی عوض را شرط کردید، تملک عوض از راه شرط آمد نه از راه انشای شما.

این قاعه ای که ایشان فرمودند بسیار قاعده درستی هم هست، صحیح هم هست، این یک کاربرد کلی هم دارد حالا غیر از این بحثی که ایشان فرمودند آن کاربرد کلی شما کلا در باب قرارداد ها این نکته را دقت بکنید. ببینید آن انشائی که است چیست؟ اصولاً من سابقاً کرارا عرض کردیم عقد اصطلاحاً یک قراردادی است ابتدائی که بین دو نفر است، یک التزامی است که بین دو نفر بسته می شود، این را اصطلاحاً عقد می گویند. شرط اصطلاحاً یک التزام فی التزام. التزام ابتدائی نیست، إن شا الله در اول بحث اصالة اللزوم که ان شا الله خواهد آمد آن جا متعرض می شویم علی ما ببالی مرحوم آقای یزدی قائل است که شرط به التزام ابتدائی، خود عقد هم شرط گفته می شود، ایشان این جور گرفتند و ما ان شا الله آنجا توضیحاتش را خواهیم داد که حق با مشهور است. شرط در حقیقتش التزام فی التزام. اصولاً ان شا الله خواهیم گفت خواستید هم کتب لغت نگاه بکنید شرطه ای ربطه، اصلاً شرط خودش ربط است. در حقیقت شرط به این معناست که شما یک التزامی دادید این می آید التزام را ثلاثی می کند. مثلاً من التزام دادم این تملیک شما، این التزام من به تملیک است، بعد این می آید التزام را به تملیک، وسطش پرانتز باز می کند تملیک به شما اگر این ورقه را برای من نوشتید. این اگر که می آید، این شرط که می آید این عبارت از یک التزام جدیدی است که در ضمن التزام اول می آید، این تعبیر را اگر مرحوم شیخ می فرمودند دیگر روشن تر بود. عقد خودش التزام است. ما باید وقتی که یک التزامی و عقدی را انجام بدهیم مفاد آن عقد را واضح بگوییم. شرط التزام فی التزام است، عرض کردیم مشهور این است و درست هم هست، مرحوم آقای یزدی مخالف است، ایشان التزام ابتدائی را هم شرط گرفته، البته ایشان شواهدی از روایات نقل می کند و درست هم هست این شواهدی که ایشان گفته است لکن آن ها استعمال کنایی و مجازی است و إلا در بعضی از روایات اصلاً به حکم الهی شرط گفته شده است. خب

این که خدا به آدم شرط نمی کند، شرط الله قبل شرطکم، با این که آن جا حکم است، إن شا الله آن جا متعرض می شویم که این یک نوع اصطلاح است شرط مجازا گاهی به کار برده شده که در مطلق التزام و إلا الان هم ما می گوئیم شرط کرد، شرط کرد یعنی چه؟ یعنی در ذهن ما یک چیز دیگری است. اگر گفت به این قدر فروختم نمی گویند شرط کرد، عرفیت ندارد، عرف ما هم مساعد نیست، وقتی می گوئیم شرط کرد

پس دقت کردید دو چیز داریم، یکی التزام داریم که اسمش عقد است و یکی شرط داریم که التزام فی التزام. مرحوم شیخ می خواهد این را بگوید که در بیع شما با خود عقد دو کار می کنید تملیک به عوض. در هبه معوضه با عقد تملیک مجانی است با التزام دوم عوض را ملک می کنید. یعنی تعبیر من از عبارت شیخ روشن تر شد، چرا؟ چون شرط خودش التزام فی التزام است. التزام ابتدائی نیست. التزام فی التزام پس بنابراین فارغ اساسی، این عبارتی که من گفتم از عبارت شیخ یکمی روشن تر است که بازترش کردم، بعد هم حالا یک نکته دیگری را هم از عبارت مرحوم سید یزدی می خوانم که آن شاید بتواند واضح تر بکند، البته مرحوم آقای اصفهانی هم این جا مطلبی داشتند که اگر بخواهیم بخوانیم خیلی طول می کشد، به همین مقداری که می گوئیم اگر تامل بشود توضیح مطالب ایشان هم واضح می شود و اشکالاتی هم که بعضی اشکال کرده اند.

پس بنابراین مراد شیخ این است که ما وقتی می گوئیم بیع انشاء تملیک عین بعوض یعنی یک قراردادی است که در آن تملیک عین بعوض هست اما اگر شما در جایی تملیک عین بعوض کردید تملیکش به قرارداد، عوضش به شرط. این دیگر به بیع نقض نمی شود، نتیجه اش با بیع یکی است، تملیک شد در مقابل عوض لکن تملیکش با عقد شد عوضش با شرط شد. این تعبیر من از تعبیر شیخ یکمی قانونی تر و حقوقی تر است پس بنابراین خوب دقت بکنید دیروز عرض کردم مرحوم شیخ خیلی لطیف بکار بردند در باب صلح اختلاف صلح را با بیع مُنْشاء گرفتند، در باب هبه معوضه اختلافش را با بیع در انشایش گرفتند. اگر شما انشاء کردید تملیک عین بعوض این بیع است اما اگر انشاء کردید تملیک عین، تملک عوض را با شرط درست کردید، با چیز دیگری درست کردید این دیگر بیع نیست. پس آن نکته فنی روشن شد.

انصافا خیلی مرحوم شیخ فکر کرده، البته می گویند مطالب این جا چون حالا شرح قواعد پیش من نبود، یک حاشیه قواعد مرحوم آقای شیخ جعفر کبیر کاشف الغطا بر قواعد علامه دارد جلد یکش چاپ شده، شاید هم داشته باشم، گاهی کتاب هایم این جوری است که خودمان خبر نداریم، این حواشی خیلی لطائفی دارد می گویند خیلی از حرف هایی که مرحوم شیخ در مکاسب محرمه و غیره زده از ایشان گرفته است یا یک مقدارش هم از کتاب انوار الفقاهة، آن هم پیش من تصادفا نیست، مال شیخ حسن پسر شیخ جعفر که مرحوم شیخ برای احترام ولو شیخ آن وقت ها رسائل هم نوشته بود درس ایشان حاضر می شد، بالای پنجاه سال عمرش بود یا احتراماً یا برای استفاده نکات خاص درس مرحوم آقا شیخ حسن صاحب انوار الفقاهة را می رفت، شیخ حس پسر مرحوم شیخ جعفر کبیر.

علی ای حال کیف ما کان این مطلب، یک مطلب لطیفی است، صلح اختلافش با بیع در مُنشأ است، هبه معوضه اختلافش با بیع در انشاء است.

پرسش: البته مُنشأ هم تاثیر دارد

آیت الله مددی: طبعا فرق می کند.

پس این یک نکته ای می شود که ما می خواهیم از آن کلی در بیاوریم یعنی در قرارداد ها هم حالت مُنشأ را در نظر بگیرید هم حالت انشاء را در نظر بگیرید، این بحث کبروی می شود. هر قراردادی که بسته می شود، هر تعهدی که می شود الان ما سطح فردی داریم، در سطح بین المللی هم همین طور، منطقه ای هم همین طور، جهانی هم همین طور. هم باید روی مُنشأ دقت کرد هم انشاء را دقت کرد، گاهی می شود دو تا، نتیجه اش یکی می شوند مثل صلح با بیع، نتیجه اش یکی می شوند اما آن جا مُنشأ تسالم است این جا مُنشأ تملیک عین است. نتیجه آن تسالم عین تملک پیدا می کند، تملیک عین و تملک عوض می شود. گاهی اوقات هم همین کار می شود، تملیک عین بعوض می شود اما بیع آن است که تملیک عین با عوض با همان انشاء بشود، در هبه معوضه تملیک عین با عوض می شود با دو تا. یکی با عقد است که تملیک عین مجانا است، اسمش هبه است و یکی با شرط است که التزام فی التزام. در ضمن آن التزام التزام می آید که اسمش شرط می شود و لذا ایشان می فرماید: فلیست انشاء تملیک بعوض علی جهة المقابلة یعنی

این دو تا از جهت مقابله نیست. و إلا لم یعقل تملک احدهما لاحد العوضین من دون تملک الآخر للآخر و لذا فرقی هم این است.

البته این فرق را ایشان از همین جهت آورده لکن این فرق روی همان نکته می آید.

خوب دقت بکنید اگر گفت بعثتک هذا الكتاب بقلم با همین انشاء دو تا کار کرد هم تملیک کتاب کرد هم تملک قلم و لذا اگر قلم را

نداد از او به زور می گیرند، دادگاه مراجعه می کند می گیرد و لذا عرض کردیم اصولاً نکته اصلی در باب عقود این است که آن

آثار به مجرد عقد بار می شود نه آثار را خیال بکنید به ترتب خارجی. تا گفت بعثتک الكتاب بالقلم، تا گفت قلم ملک این آقا می

شود و کتاب هم ملک آن آقا می شود. حالا در خارج می خواهد بدهد می خواهد ندهد حتی اگر در خارج تلف شد، دزد آمد کتاب را

برد تلف شد نمی گویند فسخ می شود می گویند باید قیمت یا مثل کتاب را بدهد، حالا قبل از قبض یا بعد از قبض

پرسش: صرف و سلم غیر از این را می گویند

آیت الله مددی: چون صرف و سلم نکته خاص خودش را دارد.

پرسش: باید تعریف بکنیم مصادیق را بگیرد یا بگوییم آن جا استثنا زدیم؟

آیت الله مددی: نه در حقیقت آن جا خصوصیت پیدا کرده است. حکم در آن جا

پرسش: تعریف بعضی از اقسام را نمی گیرد

آیت الله مددی: می گیرد، مرحوم سید هم در سلف اشکال می کند اما این نیست یعنی آن جا بعضی از نکاتش تعبد است و إلا نکته

فنیش، خوب دقت بکنید وقتی که گفت بعثتک هذا الكتاب بالقلم، به مجرد عقد تملک پیدا می شود و لذا دیروز پریروز بود که عرض

کردیم یک فرع مهمی هست که این در فقه هم واقعا اثرگذار است، دو نفر ازدواج کردند هر کدام با یک خانمی. شب اشتباه زن این

را پیش آن می بردند و مال این را پیش آن یکی. لذا عده ای از اهل سنت معتقدند ولو عقد بر یک زن معین بسته اما اگر دخول به

زن دیگر شد آن زنش می شود. دخول را بر عقد مقدم کردند، در فتوای اصحاب ما عقد مقدم است، دخول و طی به شبهه حساب می

شود. این به خاطر چیست؟ حقیقت عقد این است، حقیقت انشاء این است یعنی اصولاً قراردادها برای این در زندگی بشر درست شد نه این که از وقتی که این اجرا می کند، تا گفت بعثتک این تمام شد. ایشان هم این طور می گوید:

و إلا لم یعقل تملک أحدهما لأحد العوضین من دون تملک الآخر للآخر

در باب بیع این طوری است، تا گفت بعثتک هذا الكتاب بالقلم، قلم می شود ملک این آقا، کتاب هم ملک آن آقا می شود. حالا دزد آمد کتاب را برد کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائع، که این تعبد هم آمد توضیحش هم در محل خودش دادیم.

پرسش: این که می فرمایید به محض عقد منتقل می شود در تعریف نیامده است، می گوید انشاء بکنید ولی هنوز معلوم نیست که انتقال اتفاق بیفتد

آیت الله مددی: اصلاً حقیقت عقد برای همین است، عقد در زندگی بشر برای همین است. این این طور نبود که مثلاً بیاید در اوائل یک گوسفند بدهد ده من گندم بردارد، اصلاً حقیقت عقد همین است، حقیقت عقد یعنی از حین و لذا اگر این خانه را به این قدر اجاره دادم از حین عقد يستحق الاجرة و آن هم من حین العقد يستحق المنافع.

پرسش: آن وقت جامع افراد نیست، صرف و سلم را باید بررسی بکنیم

آیت الله مددی: عرض کردم در صرف و سلف هم کلی را مالک است، یک خصوصیاتش به خاطر تاکید است.

مع أن ظاهرهم عدم تملک العوض بمجرد تملک الموهوب الهبة،

البته این مجرد تملک شاید اگر آن اشتراط دفع بود بهتر بود، با این که در باب هبه این طور است یعنی اگر گفت وهبتک هذا الكتاب

در مقابل آن قلم تو، اگر قلم را داد من مالک می شوم، با این مالک نمی شوم اما اگر گفت بعثتک بالقلم مالک می شود

بل غاية الأمر أن المتهب لو لم يؤد العوض

اگر متهب آن قلم را نداد، متهب کسی است که قبول هبه کرده است.

كان للواهب الرجوع في هبته

می تواند در هبه خودش رجوع بکند، البته در رجوع در این جا یکمی چون عقد خودش فی نفسه واجب بوده است. و لذا این رجوع به خاطر تخلف شرط است. این نکته را اگر شیخ همان جور که من تحلیل کردم فرموده بود احتیاجی به این پیدا نمی کردم. اگر آن طرف قلم نداد می گویم من هم کتابم را می گیرم، این نه به خاطر این که من به مجرد عقد مالک شدم، این شرط بوده، اگر من کتاب را گرفتم نه به خاطر این که به اصطلاح ملک را اصلا مالک نشد، آن مالک شد، متهب به مجرد هبه مالک شد، اگر کتاب را داد این هبه می شود، اگر قلم را داد هبه لازم می شد، حق رجوع ندارد، اما اگر هبه نداد از باب تخلف شرط حق دارد رجوع بکند نه این که آن عقد هبه فاسد شد، عقد درست است، تخلف شرط شده، چون تخلف شرط شده می تواند عقد را به هم بزند. یعنی ایشان می خواهد این را بگوید اگر گفت بعثت الكتاب بالقلم به مجرد انشاء کتاب ملک طرف مقابل می شود قلم ملک من، به مجرد انشاء و هیچ کدام هم حق ندارند که به هم بزنند، معنای لزوم عقد این است مگر این که یک کسی امتناع بکند آن طرف دیگر بگوید چون امتناع کرده من حق او را بهش نمی دهم، من هم فسخ می کنم آن بحث دیگری است اما در باب هبه معوضه گفت وهبتک الكتاب به شرط قلم تو در مقابل قلم تو، این هبه محقق می شود، متهب مالک می شود اما اگر قلم را نداد واهب می تواند در هبه اش رجوع بکند، خب این مطلب درست، این را اگر تحلیل ریشه ای اول می کرد بهتر بود، می توانست این جور بگوید تملیک عقد است آن تملک قلم، آن عوض شرط است، التزام فی التزام. اما در باب بیع هر دو عقدند نه یکیش عقد است یکیش شرط است پس اگر گفتیم انشاء تملیک عین بعوض آن نکته اش این است که آن انشائی که دو تا کار می کند هم تملیک می کند که این ملک طرف مقابل می شود هم عوض ملک این می شود، این منحصر در بیع است، در هبه معوضه این نیست.

فالظاهر أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تمليكا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا

حالا می خواهد شرط شده باشد یا نشده باشد یکی است

لا أن حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين

نه این که مقابله قصد شده، حالا ایشان تعبیر مقابله کرده است، تعبیری که ما کردیم به نظر ما روشن تر است، ایشان می گوید در باب بیع باید عوض به مقابله باشد این جا به مقابله نیست، این نکته ایشان است. حرف بدی هم نیست، حرف درستی است اما من فکر می کنم تعبیری که ما کردیم روشن تر بود

كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأولى فقد تحقق مما ذكرنا أن حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلا البيع. بعد یک مطلب دیگر. این مطلبی بود که ایشان فرمودند. مطلبی را هم که ما توضیح دادیم، ایشان نکته را این می داند که این تملیک و تملک در باب بیع از باب مقابله است، در باب هبه از باب مقابله نیست معاوضه نیست، این جا از باب معاوضه است آن جا معاوضه نیست، آن جا یک عمل دیگری است.

حرف ایشان اجمالا حرف بدی نیست لکن من عرض کردم به ذهن ما می آید آن چه که مطلوب تر باشد و بهتر باشد آن نکته لطیفش و فنیش به نظر ما آن قسمتی بود که ما عرض کردیم.

مرحوم آقای یزدی یک مطلبی دارد در این جلد ۱ حاشیه مکاسب ایشان که چاپ شده در این چاپ جدید، در چاپ قدیم کلا یک جلد است

أقول: يعتبر في حقيقة الهبة المجانية واشتراط العوض لا يخرجها عن ذلك؛

بله این راه خوبی است که هبه با اشتراط عوض ماهیتش عوض نمی شود.

بعد ایشان دارد :

ثم إن ظاهر كلام المصنف (قده) - بل جميع العلماء - ان الهبة المعوضة مختصة بما إذا كان العوض المذكورا على وجه الشرط؛ كأن

يشترط على المتهب هبة شيء و يمكن ان (يقال) ان منها (أيضا) ما لو قال: وهبتك كذا بهبتك كذا، بان يكون الهبة مقابلة بالهبة

چون یک بحثی بعد دارد ان شا الله بگذارید بحثش این قسمتش بعد.

و فرق بین این دو تا یعنی هبه مشروطه ای که آقایان گفتند هبه در مقابل هبه

و الفرق بينه وبين صورة الشرط انه لو لم يهب المتهم تكون الهبة الأولى باطلة؛ لأن المفروض انها مقابلة لعوض، و مقتضى المقابلة

بطلان أحد المتقابلين بفقد الطرف الآخر

این بطلان بعید است، حقش این است که اگر هبه نکرد خيار تخلف شرط داشته باشد

بخلاف صورة الشرط؛ فإنه موجب للخيار الا البطلان،

ظاهر آن یکی هم این است.

حالا بعد ایشان:

و الفرق بينه وبين البيع ان فى البيع المقابلة انما يكون بين المالين لا بين الفعلين

این که بین فعلین مقابله بشود این نکته فرق هست اما ظاهرا باز نقطه مقابله اش به اشتراط و متن عقد است نه به این نکته ای که

ایشان گفت، حالا چون ایشان یک مطلبی را گفتند و صوری را مطرح کردند من آن جا متعرض می شوم.

توضیح الحال انه مرة يقول ملكتك كذا بكذا مثلا ملكتك الكتاب بالقلم

على أن يكون المراد المقابلة بين المالين

باء، باء مقابلة و معاوضه باشد

فيكون قوله: "بكذا" متعلقا بقوله: "ملكتك" بلحاظ متعلقه، فكأنه قال: ملكتك كذا كائنا فى مقابلة كذا

ملكتك الكتابى که در حالى که در مقابل قلم است. اگر این جور اراده شد که مقابله بین مالین باشد فهذا بيع، این مطلب که به این

صیغه باشد این بیع است.

و مرة این طور، همین طور ملكتك كذا بكذا را گفته است.

على أن يكون المراد المقابلة بين المال و فعل التمليك

يعنى آن مال را در مقابل تمليك خودش قرار داد

بان يكون الباء متعلقا بـ "ملکتک" بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلقه - نظیر قوله: أکرمتک بعوض ما أعطيتنی که باء عوض این طور است

و هذا راجع إلى الهبة

اگر این جور گفت یعنی مرادش این بود که این تملیک در مقابل مال است یعنی به شرطی که این مال را بگیرد.

و هذا راجع إلى الهبة لان المال لم يعوض بشيء بل العوض في مقابل فعل التمليك

این عوض را در مقابل فعل تملیک یعنی فعل تملیک مجانی.

این مطلبی را که ایشان قدس الله سرّه فرمودند اجمالا درست است اما به نظرم تحلیلشان خیلی تحلیل دقیقی به نظر نمی آید، سرّش هم در حقیقت این است مشکل سر این نیست که ایشان مره به این بخورد یا به آن.

مشکل این است که در لغت عرب برای اشتراط گاهی باء را بکار می برند و إلا غالبا علی. اما این که اشتراط اراده بشود این هم معقول است یعنی این معقول است که بگوید تملیک من متوقف بر این مال است. یک دفعه می گوید این مال را با این مال، کتاب را با مال تملیک کردم، یک دفعه می گوید تملیک من به این مال متوقف است، این ممکن است، این در حقیقت یک نوع شرط است، به هر حال چه باء بیاید و چه علی بیاید شرط است یعنی آن نکته اساسی به ذهن من این نیست که ایشان تصور فرمودند. نکته اساسی این است که با ملکک کذا و کذا، ملکک الکتاب بالقلم یک انشاء کرده یا دو تا؟ اگر یکی باشد بیع است اگر دو تا باشد هبه است
پرسش: این یکیش می کند

آیت الله می گوید: نه می گوید و هذا هبة، می گوید اگر این جور کرد ایشان نکته را روی این برد که متعلق به خود مال حساب بکند یا به خود فعل تملیک، درست است این مطلبی که ایشان فرموده اما این به خاطر این که اگر به قول ایشان به فعل تملیک خورد چون عرف از این دیگر شرطیت می فهمد، باء در این جا به معنای شرطیت است، اگر باء به معنای مقابله بین مالین باشد بیع است، اگر باء قیدی باشد برای تملیک، برای فعل به تعبیر ایشان که به منزله شرط بشود این هبه است، این نکته فنیش به نظر ما این است. سرّش

این است که لغت این تحمل را دارد، البته به نظر ما هم بهتر این است که اگر بخواهد هبه را قصد بکند ملکته کتاب بشرط، این کلمه شرط را بیاورد. ببینید باء آورده، بشرط، یا علی أن تدفع إليه القلم، علی أن اتملك القلم، علی هم در لغت عرب شرط است. آنی که به ذهن خود می آید این مطلبی که ایشان فرمودند درست است لکن این نکته اش این نیست که ایشان فرمودند. نکته اش این است که ما یک انشاء بگیریم یا دو تا؟ اگر ملکته را یک انشاء گرفتیم قلم را انشای دوم گرفتیم که انشای در ضمن انشاء باشد، التزام در ضمن التزام باشد در این جا شرط می شود. اگر انشاء را به مقابله این دو تا گرفتیم بیع می شود.

پرسش: ایشان می خواهد این تعریف بیع را با این تعریفی که این جا آورده نقض بکند

آیت الله مددی: نه نمی خواهد نقض بکند، می خواهد بگوید که این فرق می کند، می خواهد بگوید حقیقت هبه با حقیقت بیع فرق می کند لذا یک مثال واحد می زند، می گوید اگر این جور معنا بکنید بیع در می آید، این جور معنا بکنید هبه در می آید، بعد دو مرتبه می گوید و ملکته

و مرة يقول ملکته کذا بتملیکک ایای کذا

ملکته الکتاب لتملیکک ایای القلم

و هذا (أيضا) قد يكون العوض الذي هو التملیک فی مقابل المال

تملیک در مقابل مال است یعنی این تملیک در مقابل کذاست، کذا یعنی مال، ملکته الکتاب، این تملیک در مقابل کتاب

و قد يكون فی مقابل التملیک

این باء در مقابل، اگر در مقابل کتاب شد فالاول بیع

غایة الأمر ان عوضه فعل التملیک كما إذا كان العوض عملا اخر، و الثانی (أيضا) راجع إلى الهبة؛ لان المال قد ملک مجاناً

در این دو مثالی که ایشان فرمودند قدس الله سرّه نکته فنی به نظر ما همین است که آمد.

یعنی در این گرفته است که ملک الکتاب به تملیک القلم لی مثلا، این گفته این به تملیک، این تملیک در مقابل کتاب بشود این می شود بیع، این تملیک در مقابل ملک بشود هبه می شود.

پرسش: مُنشا نداشته

آیت الله مددی: همین حرفی که مرحوم شیخ می خواهد بگوید، می گوید اگر انشاء کرد مقابله بین مالین یا بین مال و یک عملی، این بیع می شود. مقابله بین این دو تا نشد خود عمل انجام شده این خارج بود و نتیجه اش آن بود یعنی این شرط می شود، این هبه معوضه می شود.

من فکر می کنم تعابیری را که بنده بکار بردم خیلی روشنتر و واضح تر شد، نکته هبه معوضه با بیع فرقی این است که در بیع با انشای واحد هر دو کار را و لذا عرض کردیم اگر گفت بعتک الکتاب بالف درهم، عرض کردیم به ذهن من این طور است که در آن واحد دو تا انشاء می کند، یک انشای تملیک کتاب خودش می کند و یک انشای تملک صد هزار تومان طرف را می کند، به ذهن من این طور است. اگر گفت بعتک بكذا نه این که انشاء تملیک در مقابل هزار تومان است، انشای تملیک در مقابل تملک هزار تومان و هر دو انشائی هستند یعنی هر دو در عالم ایقاع و اعتبار وجود پیدا می کنند. طرف مقابل وقتی قبلت می گوید این هم حقیقتا این هر دو را قبول می کند، هم تملک لکن چون اول تملیک شده طبیعتا وقتی قبول کرد اول تملک است، چون گفت من هزار تومان تو را بگیرم آن هم هزار تومان با قبلت تملیک می کند لذا آنی که به ذهن این حقیر سراپا تقصیر می آید عرض کردیم به ذهن ما این طور می آید که بیع را این جور تعریف بکنیم که انشاء تملیک عین فی مقابل تملک عوضها.

پرسش: تملک دیگر انشاء نیست

آیت الله مددی: داخل در انشاء است. هر دو انشاء را انجام می دهد.

آن وقت در باب شرط این نیست، انشاء تملیک عین مجانا بشرط مال، بشرط فعل و به نظر من فرق کاملا واضح و کاملا روشن است، بعد ایشان یک مثال دیگر هم می زند که دیگر حالا چون بعد یک مثالی می زند دیگر آن مطلبش را نمی خواهیم متعرض

بشویم پس بنابراین اجمالا مطلبی را که مرحوم حاج شیخ فرمودند مطلب درستی است، اگر دو تا عوض به عنوان مقابله هستند بیع

است ولی اگر به عنوان مقابله نیست اما به او بدهد این اسمش هبه معوضه است

و صلی الله علی محمد و آله الطاهیرین