



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

گوثر فقہ

شرح تحریر الہ سیدہ

جلد اول

کتاب منکاسب و متاجر



علی احمد علی خراسانی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کوثر فقہ

نویسنده:

علی محمدی خراسانی

ناشر چاپی:

موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمه الله علیه

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۵	کوثر فقه جلد ۲
۱۵	مشخصات کتاب
۱۵	سخن ناشر
۱۷	کتاب بیع
۱۷	اشاره
۱۷	مقدمه
۱۷	اشاره
۱۸	نکته اول، معنای مبادله و بررسی انواع اضافه
۱۸	اشاره
۱۸	انواع اضافه مالکیت
۲۱	اشکال به تعریف بیع
۲۲	نکته دوم، بررسی معنای مبادله و اشکال بر آن
۲۲	اشاره
۲۳	دو پاسخ از اشکال مزبور
۲۴	نکته سوم، مقصود از مال و ملک و نسبت میان آن دو
۲۶	نکته چهارم، بازشناسی بایع و مشتری
۳۲	نکته پنجم، بررسی وقوع بیع بر اعیان، منافع و حقوق
۳۷	نکته ششم، بیع دین، بلکه مطلق کلی در ذمه
۴۱	نکته هفتم، فروش عمل انسان آزاد
۴۶	نکته هشتم، معامله حقوق
۴۶	اشاره
۴۶	معنای لغوی و اصطلاحی حق
۵۰	اقسام حق و معاوضه بر حق

۵۱	نکته نهم، اعتباری بودن ماهیت بیع
۵۲	تعاریف بیع در اصطلاح فقها
۵۵	بررسی ایجاب و قبول در بیع
۵۵	اشاره
۶۰	شروط عقد البیع
۶۰	اشاره
۶۰	۱. عربیت عقود و ایقاعات
۶۲	۲. صراحت یا کنایه بودن لفظ عقد
۶۶	۳. صحت انشای عقد با صیغه مضارع
۶۶	اشاره
۶۷	دلایل قول مشهور
۶۸	دلایل قول دوم
۶۹	صحت عقد در صورت غلط ادا شدن لفظ
۷۱	ترتیب
۷۱	اشاره
۷۲	۱. عدم جواز تقدیم
۷۲	۲. جواز تقدیم
۷۳	۳. تفصیل
۷۳	اشاره
۷۵	نقد نظریه شیخ اعظم
۸۴	موالات
۸۴	اشاره
۸۵	الف) نظریه طرفداران شرطیت موالات
۹۰	ب) نظریه طرفداران عدم شرطیت موالات
۹۰	اشاره
۹۱	نظریه امام خمینی (قدس سره)

۹۲	تطابق ایجاب و قبول
۹۲	اشاره
۹۴	الف) تطابق در نوع و صنف عقد
۹۵	ب) تطابق از جهت بایع و مشتری
۹۶	ج) تطابق از جهت ثمن و مئمن
۹۷	د) تطابق ایجاب و قبول در فروغ و توابع عقد
۹۹	اشاره و کتابت
۹۹	اشاره
۱۰۱	دلایل صحت اشاره در عقد قول
۱۰۱	اشاره
۱۰۵	نظریه امام خمینی (قدس سره)
۱۰۵	دلایل انعقاد معامله با اشاره یا کتابت در حال عجز
۱۰۹	معاطات
۱۰۹	اشاره
۱۱۰	تعریف معاطات
۱۱۳	بررسی تفصیلی معاطات
۱۱۳	بررسی ایجاب یا عدم ایجاب ملکیت با معاطات
۱۱۳	اشاره
۱۱۴	ادله متأخرین بر صحت معاطات
۱۳۰	ادله مشهور بر عدم صحت معاطات
۱۳۲	صحت معاطات در اشیای حقیر و خطیر
۱۳۳	تحقق معاطات به اعطا و اخذ واحد
۱۴۰	معتبر بودن شرایط بیع در معاطات
۱۴۰	اشاره
۱۴۱	بررسی شرایط بیع
۱۴۴	بحث ثبوت خیارات

- ۱۴۷ لازم بودن معاطات -
- ۱۴۷ اشاره
- ۱۴۷ اصل لزوم عقود
- ۱۵۰ چهار دلیل بر اصل لزوم معاطات
- ۱۵۰ اشاره
- ۱۵۰ اصل لزوم معاطات در بنای عقلا -
- ۱۵۰ اصل لزوم معاطات در عمومات آیات
- ۱۶۹ اصل لزوم معاطات در روایات
- ۱۹۷ اصل عدم لزوم عقود
- ۲۱۷ شرطپذیر بودن معاطات
- ۲۲۰ حدود جریان معاطات
- ۲۲۱ بررسی لزوم یا عدم لزوم مباشرت مالک در انشای عقد
- ۲۲۱ اشاره
- ۲۲۲ مطلب اول: بررسی لزوم یا عدم لزوم مباشرت مالک برای انشای عقد
- ۲۲۴ مطلب دوم: بررسی جواز یا عدم جواز اجرای عقد توسط یک نفر از سوی دو طرف
- ۲۲۵ بررسی شرط تنجیز و اثر تعلیق دو عقد
- ۲۲۵ اشاره
- ۲۲۶ تعریف تنجیز و تعلیق
- ۲۴۰ احکام مقبوض به بیع فاسد
- ۲۴۰ اشاره
- ۲۴۱ احکام تکلیفی، وضعی و ...
- ۲۴۱ اشاره
- ۲۴۲ معنای قاعده و بیان مفردات آن
- ۲۴۳ بررسی احکام مقبوض به عقد فاسد
- ۲۴۳ الف) ضمان مقبوض به عقد فاسد
- ۲۴۶ ب) بررسی مسأله ضمان مقبوض به بیع فاسد

۲۶۹ (ج) وجوب ردّ عین و حرمت امساک
۲۷۳ حکم تصرف در مقبوض به بیع فاسد
۲۷۶ وجوب ردّ مال و حرمت امساک
۲۸۰ بررسی تأمین مخارج ردّ
۲۸۲ حکم نفس قبض مال
۲۸۳ ضمان منافع
۲۸۴ تلف مبیع به بیع فاسد
۲۹۶ حکم موارد مشکوک
۳۰۳ نوع رضایت متعاملین
۳۰۴ گفتاری درباره شروط بیع
۳۰۴ اشاره
۳۰۴ القول: فی شروط البیع
۳۰۵ شرایط خریدار و فروشنده
۳۰۵ اشاره
۳۰۵ شرط اول: بلوغ
۳۰۵ اشاره
۳۰۷ عدم صحت معامله صبی بر فرض استقلال
۳۰۷ اشاره
۳۰۸ بررسی احتمالات
۳۱۰ نقد احتمالات
۳۱۱ نظریه امام خمینی (رحمه الله)
۳۱۳ عدم استقلال و عدم صحت معاملات صبی
۳۱۴ وکیل تام الاختیار بودن صبی
۳۱۴ حکم معاملات امتحانی کودک
۳۱۵ بررسی روایات
۳۲۵ شهرت فتوایی و اجماع منقول

- ۳۲۵ اشاره
- ۳۲۸ مقدار دلالت آیه و روایات
- ۳۳۱ معاملات کودکان در چیزهای کم قیمت
- ۳۳۲ دلایل صحت در امور یسیره
- ۳۳۹ شرط دوم: عقل
- ۳۴۰ شرط سوم: قصد
- ۳۴۰ اشاره
- ۳۴۲ قصد تعیین مالک ها
- ۳۴۶ تعیین مالک ها در معامله اعیان خارجی
- ۳۴۹ شرط چهارم: اختیار
- ۳۴۹ اشاره
- ۳۵۰ مطلب اول: معنای اختیار
- ۳۵۳ مطلب دوم: دلایل لزوم اختیار و عدم وقوع بیع مکره
- ۳۶۴ مطلب سوم: حقیقت اکراه
- ۳۷۰ مطلب چهارم: معاملات مضطر
- ۳۷۰ تفاوت اکراه و اضطرار
- ۳۷۱ نظریه امام راحل (رحمه الله)
- ۳۷۳ مطلب پنجم: تهدید شخصی
- ۳۷۴ مطلب ششم: تأثیر ضرر پس از زوال اکراه
- ۳۸۸ بررسی توریه در اکراه
- ۳۸۸ اشاره
- ۳۹۰ تعریف توریه
- ۳۹۰ اشاره
- ۳۹۲ بررسی مطلب
- ۳۹۶ نظریه امام راحل (رحمه الله)
- ۳۹۷ نقش انواع محذوریت ها در تحقق اکراه

- ۳۹۷ اشاره
- ۳۹۸ بررسی صور مختلف اکراه
- ۴۰۸ بررسی شعب صورت چهارم
- ۴۱۰ اکراه بر بیع یکی از اموال
- ۴۱۰ اشاره
- ۴۱۱ بررسی سه فرض مختلف
- ۴۱۱ اشاره
- ۴۱۴ بررسی چهار فرع در مسأله
- ۴۳۲ شرط پنجم: مالک بودن متعاقدان
- ۴۳۲ اشاره
- ۴۳۴ بحثی درباره عقد فضولی
- ۴۳۶ معنای عدم وقوع عقد فضولی
- ۴۳۶ اشاره
- ۴۳۷ اقوال علمای امامیه و عاقله
- ۴۳۷ اشاره
- ۴۳۸ بررسی دلایل نظریه های فوق
- ۴۳۸ اشاره
- ۴۳۹ دلیل اول: وقوع عقد فضولی از اهل آن و محل مناسب آن
- ۴۴۴ دلیل دوم: روایت عروه بارقی
- ۴۵۱ دلیل سوم: صحیحه محمد بن قیس
- ۴۵۶ دلیل چهارم: فحوای روایات باب نکاح
- ۴۶۱ دلیل پنجم: صحیحه دوم زراره
- ۴۶۱ اشاره
- ۴۶۴ دلیل ششم: روایات دیگری در باب نکاح عبد و امه
- ۴۶۶ دلیل هفتم: روایات باب مضاربه
- ۴۶۸ دلیل هشتم: روایات آتجار با مال یتیم

- ۴۷۰ دلایل بطلان بیع فضولی
- ۴۷۰ اشاره
- ۴۷۱ دلیل اول: قرآن
- ۴۸۲ دلیل دوم: سنت
- ۴۸۲ اشاره
- ۴۸۲ ۱. روایت مستفیض نبوی (ص)
- ۴۸۷ ۲. روایت دیگر نبوی (ص)
- ۴۸۹ ۳. صحیحہ صفار از حضرت عسکری (ع)
- ۴۹۰ ۴. صحیحہ محمد بن قاسم بن فضل از امام هفتم (ع)
- ۴۹۱ ۵. مکاتبه حمیری از حضرت ولی عصر
- ۴۹۵ دلیل سوم: اجماع
- ۴۹۶ دلیل چهارم: حکم عقل
- ۴۹۹ عدم تأثیر قصد فضولی در صحت بیع
- ۴۹۹ اشاره
- ۵۱۰ بررسی بیع فضولی با وجود منع مالک
- ۵۱۰ اشاره
- ۵۱۴ جریان بیع فضولی در بیع کلی در ذمه
- ۵۲۵ جریان فضولی در معاطات
- ۵۳۲ بررسی نافذ بودن شرط تأثیر اجازه
- ۵۳۲ اشاره
- ۵۳۳ دلایل عدم نفوذ اجازه پس از رد
- ۵۴۲ دلایل نفوذ اجازه پس از رد
- ۵۴۶ لغو بودن رد پس از اجازه
- ۵۴۶ اجازه فعلی
- ۵۴۶ اشاره
- ۵۴۷ بررسی اقوال موجود در بحث

۵۴۷ اشاره
۵۵۷ نظریه امام راحل (قدس سره) -
۵۶۰ بررسی کاشفیت و ناقلیت اجازه
۵۶۰ اشاره
۵۶۲ تبیین مرحله اول (امکان یا امتناع ناقل بودن)
۵۷۲ تبیین مرحله دوم (مقتضای قواعد مستفاد از عمومات و مطلقات)
۵۸۱ تبیین مرحله سوم (مفاد ادله خاصه یا روایات باب)
۵۹۶ ثمره قول به نقل یا کشف
۵۹۶ اشاره
۵۹۶ بیان ثمره میان انواع کشف
۵۹۹ بیان ثمره میان کشف و نقل
۶۰۸ نقش کفایت رضایت باطنی در معامله فضولی
۶۰۸ اشاره
۶۰۹ فرضیه اول
۶۲۰ فرضیه دوم
۶۲۰ فرضیه سوم
۶۲۰ عدم اشتراط قصد فضولی بودن برای فضولی
۶۲۰ اشاره
۶۲۳ بررسی مسأله
۶۳۲ بطلان بیع فضولی در صورت تجدد ملک
۶۳۲ اشاره
۶۳۳ نظریه شیخ اعظم
۶۳۵ نظریه محقق تستری
۶۳۹ نظریه امام راحل (قدس سره)
۶۳۹ اشاره
۶۶۷ روایات خاصه

بیع فضولی متعارف ----- ۶۷۶

اشاره ----- ۶۷۶

کتاب نامه ----- ۶۸۷

درباره مرکز ----- ۸۲۷

سرشناسه : محمدی، علی، 1337-

عنوان قراردادی : تحریر الوسیله. فارسی. شرح

عنوان و نام پدیدآور : کوثر فقہ: شرح تحریر الوسیله/ علی محمدی خراسانی.

مشخصات نشر : تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س). موسسه چاپ و نشر عروج، 1388 -

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : 83000 ریال: ج. 1. 978-964-212-081-9 ؛ 83000 ریال: ج. 2. 978-964-212-232-5 :

وضعیت فهرست نویسی : فاپا

یادداشت : ج. 2. (چاپ اول: 1391) (فیا).

یادداشت : کتابنامه.

مندرجات : ج. 1. کتاب مکاسب و متاجر. - ج. 2. کتاب بیع (1)

موضوع : خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، 1279 - 1368 . تحریر الوسیله -- نقد و تفسیر

موضوع : فقہ جعفری -- رساله عملیه

شناسه افزوده : خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، 1279 - 1368 . تحریر الوسیله. شرح

شناسه افزوده : موسسه چاپ و نشر عروج

رده بندی کنگره : 9/BP183/خ 8 ت 1388 3042166

رده بندی دیویی : 297/3422

شماره کتابشناسی ملی : 1882519

امام خمینی (س) از شخصیت های کم نظیری است که علاوه بر جامعیت بین معقول و منقول، در عرصه علم و عمل نیز سرآمد عصر خود گردید. ایشان فیلسوفی عارف و عارفی واصل بود، که در برهه ای از حیات پربرکت خود همه اشتغالات تدریسی و تحقیقی خویش را در حوزه علوم عقلی و نقلی به انجام رساند.

اما به حق از شگفتی های شخصیت علمی حضرت امام (س) این است که همان فیلسوف عارف، فقیهی بزرگ و اصولی صاحب مبنا و سبکی گردید، که تربیت صدها مجتهد فاضل و تعداد فراوانی فقیه بزرگ و مرجع تقلید، در کنار آثار مکتوب بسیار ارزنده ایشان، بهترین گواه این ادعاست.

کتاب ارزنده تحریر الوسيله اثر فقهی آن فقیه مجاهد است که به هنگام تبعید در ترکیه به

انجام رسید و به جهت اخلاص و اتقان مؤلف آن، به سرعت در کنار شرایع الإسلام و عروة الوثقی، یکی از متون اصلی درس‌ها و شرح‌های عالی فقه قرار گرفت.

تنظیم مناسب و نشر بایسته آثار ماندگار حضرت امام (س) رسالت اصلی مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س) می‌باشد. در همین راستا و نظر به جایگاه «فقه» در

ب

زندگی عملی و عینی جامعه و در جهت عمومی سازی مباحث استدلالی فقه، به ویژه در دانشگاه‌ها، معاونت پژوهش دفتر قم نگارش شرحی استدلالی به زبان فارسی را در اولویت کار خود قرار داده و از یکی از اساتید مبرز حوزه علمیه قم این مهم را درخواست کرده است.

استاد ارجمند حضرت حجت الاسلام والمسلمین محمدی خراسانی (دامت افاضاته) با علاقه فراوان و با قلمی روان و محققانه به شرح استدلالی مباحث معاملات تحریر الوسیله پرداختند که با تقدیر فراوان از زحمات ارزنده ایشان، جلد دوم این مجموعه، تقدیم علاقه‌مندان گرامی می‌گردد.

مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)

دفتر قم

کتاب بیع

اشاره

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 3

مقدمه

اشاره

در آغاز بحث از مکاسب محرّمه تحت عنوان کلی «کتاب مکاسب و متاجر» به انواع کسب‌ها و تجارت‌ها و داد و ستدهای حلال و مشروع از قبیل بیع، اجاره، صلح و... اشاره شد. علی القاعده می‌بایست مصادیق آن‌ها یک یک بیان می‌شد، ولی قبل از آن، در مقدمه، مسائلی در مورد کسب‌ها و معاملات حرام و مکروه در بیست و شش مسأله تبیین شد.

در این جلد یکایک مکاسب و متاجر حلال و مشروع را مورد بررسی قرار می‌دهیم و انواع و شروط و احکام آن را بررسی می‌کنیم. قبل از بیان اقسام بیع، شروط و احکام شرعی آن‌ها، به جاست با حقیقت بیع آشنا شویم.

فیومی در مصباح المنیر می‌نویسد: «الأصل في البيع مبادلة مال بمال».[1] برای تبیین این تعریف نُه نکته شایان ذکر است:

اشاره

مبادله مصدر باب مفاعله و در فارسی به معنای جابه جا کردن است و دو شعبه دارد: الف) مبادله تکوینی و خارجی که یا در جوهر و ذات دو چیز است، یا در صفات حقیقی آن دو است و یا در اضافات و نسبت های خارجی آن دو؛ مانند اضافه مکانی، اضافه زمانی، اضافه جهتی، اضافه کمی و کیفی. ب) مبادله اعتباری و قراردادی؛ این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 4

نوع مبادله را عقلاً جعل کرده اند و شارع امضا فرموده است. این مبادله در اضافه ملکیت یا اضافه مالیت و یا اضافه حقیقت است.

انواع اضافه مالکیت

اضافه مالکی عبارت است از اضافه و نسبتی که میان مالک و مالش وجود دارد و خود، دارای دو قسم است:

الف) یا از نوع اضافه ذاتی تکوینی و فوق جعل و اعتبار است؛ مثل مالکیت و سلطنت آدمی بر ذات خود و شؤون گوناگون آن؛

ب) یا از نوع اضافه عرضی و اعتباری است که میان مالک و مال او اعتبار می شود و سبب و علت می طلبد؛ یعنی اسباب مملکه. این قسم نیز دارای دو شعبه است:

1. اضافه مالکی اعتباریِ اولی: اضافه ای که میان شخصی و مالی پیدا شده است و دو شعبه دارد:

الف) یا اضافه اولی اصلی است؛ مثل اضافه ای که از حیات مالی به دست آمده است. اولین و مهم ترین سبب موجب ملکیت همین است و انسان های اولیه از این راه چیزها را مالک می شدند. هم اکنون نیز نسبت به مباحات اصلیه تنها راه مالک شدن حیات است، و مثل اضافه ای که از راه عمل و صنعت به دست می آید. مانند این که شخصی وسیله ای را می سازد و بدین وسیله مالک آن می شود و حق هر نوع

استفاده ای از آن مصنوع، مخصوص او می گردد. و مثل اضافه ای که از مجموع عمل و حیازت به وجود می آید و فردی برای اولین بار مالک چیزی می شود.

(ب) یا اضافه اولی تبعی است، مثل نتایج و نمائات شیء ای که به تبع مالک اصل بودن، مالک فرع و نتیجه آن از متصل و منفصل می شود. ولی اولین اضافه ملکی است که میان مالک عین و نمائات آن حاصل می شود و مسبوق به سابقه نیست.

2. اضافه مالکی اعتباری ثانوی: آن قسم از اضافات مالکی ای که مسبوق به سابقه

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 5

است و قبل از تحقق آن میان مالک فعلی و ملک، میان مالک قبلی و ملک بوده است. منظور از لفظ ثانوی، ثانوی در مقابل ثالث و رابع نیست که «به شرط شیء» باشد، بلکه به تعبیر معروف: «ما لیس بأول» است؛ خواه واقعاً اضافه ثانوی و دوم باشد یا اضافه دهم و صدم و هزارم. یعنی مالی باشد که چندین بار دست به دست شده و از مالکی به مالک دیگر منتقل گشته و اضافه های ملکی متعددی در طول زمان پیدا کرده است، مثل غالب اموال و املاک. این قسم نیز دو شعبه دارد:

الف) گاهی از نوع اضافه مالکی قهری و غیر ارادی است؛ یعنی اراده و اختیار و طیب نفس طرف در تحقق آن دخیل نیست، مثل باب ارث که با مرگ مورث به وارث منتقل می شود.

ب) گاهی از نوع اضافه اختیاری است؛ مثل هبه معوضه، صلح، اجاره، بیع، و... تا طرفین با تراضی معامله نکنند مال به دیگری منتقل نمی شود و اضافه ملکیت میان او و مال حاصل نمی شود. مورد بحث ما در

همین قسم است.

با توجه به نکات مزبور تردیدی نیست که بیع، مبادله در اضافه است و در واقع طرفین معامله اضافه ای را به اضافه دیگر تبدیل می کنند یا اضافه و ارتباط و تعلقی را عطا و اضافه دیگر را دریافت می کنند. ولی آیا بیع مبادله در اضافه ملکیت است یا در اضافه مالیت؟ یا اعم از این هاست؟ قدر مسلم این است که بیع مخصوص مبادله اضافه ملکی نیست؛ اگرچه غالباً در خارج چنین است و طرفین معامله هر دو مالک هستند و اضافه های ملکی جابه جا می شود ولی فعلاً سخن در «حقیقت و ماهیت» بیع است، نه در اغلب افراد آن. در صدق حقیقت بیع وجود اضافه ملکی معتبر نیست و بدون آن نیز بیع صدق می کند.

مثلاً در مورد اموال زکوی، بنا بر این که هشت گروه مذکور در آیه *إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ*

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 6

وَأَبْنِ السَّبِيلِ [2] برای بیان مصرف زکات باشد، نه برای بیان مالک زکات بودن آن ها. دست کم در مورد گروه هفتم؛ یعنی *وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ* تعبیر عوض شده و به جای «لام» ملکیت و اختصاص، حرف «فی» آمده که صرفاً مصرف زکات را بیان می کند. در این جا حاکم شرع یا متولی امر، سهم *وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ* را می فروشد و مال به مشتری منتقل می شود بدون این که مالک معینی داشته باشد. و هكذا در بیع برخی از موقوفات که عنداللزوم یا هنگام مصلحت بودن بیع، متولی وقف می تواند آن ها را بفروشد، و حقیقتاً بیع است، در حالی که اضافه مالکی نیست تا کسی بگوید بیع تبدیل اضافه مالکی به اضافه مالکی دیگر است.

متقابلاً

گاهی اضافه مالکی هست، ولی بیع عرفی نیست؛ فی المثل يك حبه گندم، ملك مالك است، ولی عرفاً بیع جدی عقلایی روی آن انجام نمی گیرد.

همچنین بیع، مبادله اضافه حقی نیست و بر کسی که مالی را می گیرد و از حق خود صرف نظر می کند صدق معامله نمی کند که عوض در مقابل خود «حق سبق» و مانند آن باشد، بلکه مالی می گیرد تا از حق خود صرف نظر کند و به دنبال آن بذل کننده مال، سبقت بگیرد یا حیازت کند و به سبب مستقل مملک، مالك شود یا حق پیدا کند. [3]

بنابراین، بیع مبادله اضافه مالیت است که میان مال و مالك آن وجود دارد و تعبیر فیومی در مصباح [4] دقیق است که بیع را مبادله مال به مال دانسته و روی عنوان مال بودن تکیه کرده است، نه روی عنوان ملك یا شیء و مانند آن ها؛ و تعلیق به وصف، مشعر به علیت آن است و در صدق حقیقت بیع عقلایی، مالیت معتبر است و بدون آن، بیع حقیقی نیست؛ آری بیع صوری صدق می کند، ولی فایده ای ندارد، چه این که ممکن است از روی هزل و شوخی غیر مال را مورد بیع قرار دهند؛ ولی این ملاک نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 7

اشکال به تعریف بیع

مرحوم آیت الله خوئی در مصباح الفقاهاه [5] بر این عقیده است که حقیقت بیع، نه خصوص مبادله در اضافه ملکیت است، نه خصوص مبادله در اضافه مالیت و نه مبادله در اضافه حقی، بلکه مبادله در یکی از این اضافات است، زیرا مبادله و تبدیل خصوص اضافه مالکی در مثل بیع مال زکاتی و وقفی و مانند آن نقض می شود. [6] مبادله خصوص اضافه حقی هم به اتفاق کلمه

ناتمام است و عمده موارد بیع، تملیک خود عین است. اشکال مبادله خصوصاً اضافه مالی هم این است که در مواردی، بیع حقیقتاً صدق می‌کند در حالی که مبیع اصلاً مال نیست تا دارای اضافه مالی باشد. مثلاً یک مشتری به خاطر غرض شخصی مبلغ کلانی می‌دهد و مقداری حشره خریداری می‌کند. این قطعاً بیع است و صدق آن بدیهی است، در حالی که حشرات از نظر عرف و عقلاً مالیت ندارند و اگر بیع تبدیل اضافه مالی باشد در این موارد نقض می‌شود. [7]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 8

بنابراین، همان طور که امام راحل فرموده است: تعریف مصباح از بیع کاملاً دقیق، پذیرفتنی و قابل دفاع است [8] و حقیقت بیع تبدیل اضافه مالی به اضافه مالی دیگر است و مال بودن در صدق بیع دخیل است، نه این که خارج از ماهیت بیع و از شروط صحت معامله باشد؛ آن گونه که مشهور آورده اند.

نکته دوم، بررسی معنای مبادله و اشکال بر آن

اشاره

کلمه «مبادله» در تعریف مصباح، مصدر باب مفاعله است؛ یعنی فعلی میان دو کس به گونه ای انجام گیرد که هرکدام، هم فاعل اند و هم مفعول به، مثل «ضارب زید بکراً»؛ زید و بکر زد و خورد کردند؛ یعنی هرکدام هم زدند و هم خوردند. خلاصه، باب مفاعله برای مشارکت است و دو طرف لازم دارد که تفاعل داشته باشند. بنابراین ذکر «مبادله» در تعریف بیع مسامحی است؛ زیرا بیع فقط کار بایع است که مالش را به دیگری تملیک می‌کند یا مال خود را به مال دیگری تبدیل می‌کند، نه کار بایع و مشتری. بر این اساس آیت الله خوئی می‌گوید: آوردن لفظ «مبادله» در تعریف بیع، صحیح نیست و باید به جای آن، کلمه «تبدیل» بیاوریم و بیع

را به «تبدیل مالِ بمالٍ أو إضافة بإضافة» تعریف کنیم. [9]

دو پاسخ از اشکال مزبور

1. پاسخ محقق اصفهانی: [10] از قرآن کریم و روایات و سایر استعمالات فصیح و صحیح به وضوح استفاده می شود که لزومی ندارد مفاعله میان دو کس باشد، بلکه گاهی قوام آن به يك طرف است و بر فعل يك شخص اطلاق می شود، مثل یُخَادِعُونَ

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 9

اللّه وَ الَّذِينَ آمَنُوا [11] که خدعه يك طرفه منافقان نسبت به خدا و مؤمنان را بیان می کند، و مثل «عاجله بالعقوبة»، «خالع المرأة»، «بارزه بالمحاربة» که در همه این موارد به معنای فعل مجرد است و بر عجله کردن مولی در عقوبت، طلاق خلع دادن مرد، مبارز طلبیدن و ... دلالت دارد. بر این اساس «مبادله» هم در تبدیل بایع استعمال شده و استعمال کاملاً صحیحی است و نیازی به تغییر عبارت نیست.

نقد پاسخ محقق اصفهانی: متبادر و متفاهم عرفی از باب مفاعله مشارکت و بین الاثنین بودن است و برای فهم معنای حقیقی تبادر، بهترین راه است و مواردی که به عنوان شاهد مثال در کلام محقق اصفهانی ذکر شد، حداکثر استعمال را دلالت می کند که اعم از حقیقت و مجاز است و قرینه لازم دارد. موارد فوق، دلیل بر این نمی شود که از مبادله، حقیقتاً تبدیل بایع اراده شود.

2. پاسخ امام راحل: [12] واژه «بیع» گاهی در مقابل «شراء» استعمال می شود، مثل «باع» و «اشتری»، «بایع» و «مشتري» و ... در این اطلاق از بیع، خصوص فعل بایع اراده می شود که کارش ایجاب و اعطا و تبدیل از طرف خودش است و فعل مشتری جداسست و در این اطلاق، تعبیر مبادله و معامله و مانند آن درست نیست. ولی

گاهی «بیع» در مقابل «اجاره»، «نکاح»، و مانند آن به کار می رود، در این اطلاق از «بیع»، معامله خاصی اراده می شود و الفاظ مخصوص، شروط، احکام و اقسامی دارد؛ چه این که از «اجاره»، معامله خاصی اراده می شود که مرکب از ایجاب و قبول است و میان دو طرف است؛ یا یک نفر به نیابت یا به وکالت از دو طرف، عقد را واقع می سازد. مقصود فقها از «کتاب البیع» به همین معناست. مراد قرآن از وَذَرُوا الْبَيْعَ [13] و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ [14] و مراد روایات

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 10

فراوان از بیان احکام بیع و خيارات نیز همین معناست. و مراد مصباح از بیع، معامله مخصوص است و بر این اساس تعبیر «مبادله» دقیق و صحیح و لازم است و تغییر آن به صلاح نیست؛ زیرا غلط خواهد بود.

نکته سوم، مقصود از مال و ملك و نسبت میان آن دو

مراد از مال و ملك چیست و این دو چه نسبتی با هم دارند؟

تعریف مال در لغت: المنجد می نویسد: «المال ما ملكته من جميع الأشياء، وهو عند أهل البادية يطلق على النعم والمواشي كالإبل والغنم». [15]

شرتونی لبنانی در اقرب الموارد می نویسد: «المال ما ملكته من جميع الأشياء وعند أهل البادية: النعم». [16]

طریحی در مجمع البحرين می نویسد: «المال في الأصل الملك من الذهب والفضة، ثم اطلق على كل ما يكتني ويملك من الأعيان. وأكثر ما يطلق عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم». [17]

فرهنگ معین برای مال سه معنا ذکر کرده است: 1. آنچه در ملك کسی باشد؛ 2. آنچه ارزش مبادله داشته باشد؛ 3. هر چیزی که انسان می تواند از آن استفاده کند و قابل تملك باشد. [18]

در تمام تعریف های مزبور، مال به ملك تفسیر شده و از آن، هر چیزی

که ملك فعلی انسان باشد، اراده شده است؛ در حالی که سخن در تفسیر طبیعت مال است، نه مال مضاف به انسان معین یا عنوان کلی مثل مال من، مال تو، مال او، و ... و ملك، مال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 11

مضاف است که صاحب بشری دارد، پس تفسیرهای فوق، مسامحه دارد. البته دو معنای اخیر فرهنگ معین پذیرفتنی است و بر مطلق مال و جنس آن اطلاق می شود؛ زیرا هر مالی ارزش مبادله دارد و قابل تملك است و انسان می تواند از آن استفاده کند.

تعریف مال در عرف عام: عقلاً از مال اراده می کنند هر چه را که مردم میل به آن دارند و آن را قصد می کنند و حاضرند برای آن پول بدهند، و به تعبیر فقهی: آنچه دارای منفعت مقصوده عقلانی است.

تعریف مال نزد شارع: هر چیزی که علاوه بر داشتن منافع قابل ملاحظه عقلانی، شرعاً دارای منافع حلال و مباح باشد، بنابراین شراب، خوك و مانند آن مالیت ندارند.

تعریف واژه ملك: المنجد می نویسد: «مَلَكُ الشَّيْءِ: احتواء قادراً على التصرف والاستبداد»، «مَلَكَ علي القوم: استولى عليهم»، «ملك نفسه: قدر على حبسها». [19]

فرهنگ معین می نویسد: «ملك: به تصرف در آوردن» (معنای مصدری)، «ملك: آنچه در تصرف شخص باشد» (معنای اسمی)، «ملك: زمین متعلق به شخص». [20]

شاید بهترین تفسیر این باشد که ملك یعنی هر چیزی که صاحب بشری دارد؛ [21] خواه قدرت بر تصرف داشته باشد یا نه؛ مثل افرادی که محجورند.

قدرت بر تصرف یا سلطنت از شوون و لوازم ملك است، نه این که مقوم آن باشد، در تصرف بودن یا به تصرف در آوردن هم مقوم ملك نیست، زیرا غاصب، سارق، ولی، وصی و متولی هم متصرف

هستند؛ در حالی که مالک نیستند.

البته تفسیرهای فوق، لفظی و لغوی و شرح الاسمی است و عبارتی را به عبارت روان و آسان تر ادا کردن است، نه بیان ماهیت مال و ملك. به نظر ما عبارت بهتر «صاحب بشری داشتن» است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 12

نسبت مال و ملك از نسبت های چهارگانه منطقی عموم و خصوص من وجه است: در بیشتر اشیاء هر دو صدق دارند، یعنی هم مالیت دارند و قابل مبادله و استفاده می باشند؛ هم ملکیت دارند و هم مالک معینی دارند. در مواردی مال هست، ولی ملك نیست، مثل مباحات اصلیه که کسی تا به حال آن ها را حیازت نکرده باشد. در مواردی ملك هست و مال نیست، مثل جزء یسیر از اشیاء، مانند يك دانه گندم، یا يك نخ لباس و

نکته چهارم، بازشناسی بایع و مشتری

مُادله مال به مال در طرف بایع و مشتری هر دو صادق است؛ زیرا هرکدام مالی را می دهند و مالی را می گیرند، یا اضافه مالیتی را می دهند و اضافه ای را دریافت می کنند و دارای احکام مشترکی هستند. ولی احکام خاصی برای بایع وجود دارد که برای مشتری نیست، یا مشتری احکامی دارد که برای بایع نیست، بیع و شراء، مبیع و ثمن نیز احکامی دارند، لذا ضروری است آن دو را از هم بازشناسیم.

اصولاً معامله از يك سو یا از هر دو طرف به قصد سود بردن- با حفظ مالیت و سرمایه- است که کار تاجر و بازرگان است، یا از هر دو طرف با قصد رفع حاجت و ضرورت معیشت است که مبادله نوع مأكولات و ملبوسات و مشروبات از این قبیل است، و یا از يك طرف به قصد

ربح و از طرف دیگر برای رفع حاجت است.

از سویی دیگر، معامله یا میان دو متاع و جنس و عَرَضُ انجام می‌گیرد، مثل معاوضه گندم با جو، و روغن با خوراکی دیگر؛ و یا میان دو نقد رایج بلد انجام می‌گیرد، مثل معامله درهم به درهم، دلار به ریال، و...؛ و یا میان يك نقد و يك جنس واقع می‌شود که امروزه غالب معاملات از این قسم است، ولی در گذشته‌های دور تمام معاملات یا اغلب آن‌ها از قبیل مبادله جنس با جنس بود. حال معیارهایی برای شناخت بایع از مشتری ذکر شده است:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 13

مرحوم آیت الله خوئی در مصباح [22] دو ملاک برای تمییز بیع از شراء، بایع از مشتری و مبیع از ثمن آورده است که هر دو دارای اشکال است:

1. اگر یکی از طرفین، متاع و جنس را عوض قرار دهد و به دیگری بدهد و طرف دیگر نقد و پول بدهد از نظر عرف، اولی بایع و کارش بیع و مالش مبیع است و دومی مشتری و کارش اشترا و مالش ثمن نام دارد. ضمناً فرقی ندارد که هر دو طرف قصد ربح با حفظ سرمایه داشته باشند، یا هر دو به قصد تأمین نیازهای زندگی معامله کنند، یا یکی با قصد ربح و دیگری با قصد تأمین نیاز مبادله کنند.

اشکال: اشکال این معیار این است که اولاً: بیع جنس به جنس و نقد به نقد را- که دو قسم از اقسام رایج بیع اند- شامل نمی‌شود. البته از این اشکال خود آقای خوئی در معیار بعدی این گونه جواب داده است که ما این نوع مبادلات

را بیع نمی دانیم بلکه يك عقد مستقل است. نقد این جواب در ادامه مطالب خواهد آمد.

و ثانیاً: اگر چه متعارف همان است که دهنده جنس را بایع و دهنده پول را مشتری می دانند، ولی کلیت ندارد و نقض می شود به فرعی که قطب رازی از قول علامه نقل کرده [23] که ادعای اجماع علامه دلیل رواج این مطلب در میان فقهاست و آن این که: «لوبياع دیناراً بحیوان یثبت الخیار للبايع إجماعاً».

ملاحظه می کنیم که دینار نقد است و حیوان جنس است ولی بر دهنده دینار «بايع» و بر کار او «بیع» اطلاق شده است، و طبعاً بر دهنده حیوان «مشتری» صدق می کند، و صریحاً گفته: برای بايع - که دهنده دینار است - خیار (خيار حیوان) ثابت است، چون صاحب الحيوان است.

امام خمینی (قدس سره) پس از نقل این فرع می فرماید:

«ولا یبعد» [24]

و بانفی بُعد، آن را

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 14

می پذیرد. در نتیجه کلیت ندارد که همه جا دهنده متاع و جنس، بايع و دهنده نقد و پول، مشتری باشد. آری به عنوان يك معیار غالبی می پذیریم. نظر آقای خوئی نیز همین است وگرنه در منقولات و معاملات و ملاکات امتیاز آن ها از یکدیگر به يك ضابطه کلی و غیر قابل نقض نخواهیم دست یافت.

2. در خصوص مواردی که جنس به جنس یا نقد به نقد مبادله می شود، معیار تمییز بايع از مشتری این است که هرکدام علاوه بر حفظ مالیت مالشان (سرمایه) قصد ربح و سود بردن دارد بايع است و هرکدام که فقط قصد تأمین ضرورت معیشت دارد، مشتری است؛ مالی را که می دهد ثمن است و مالی را که می گیرد مبیع است.

دلیل مطلب هم تبادل و ارتکاز

در ذهن هر انسان است که از بیع آن را می فهمد و از شراء این را. ضمناً اختصاص به لغت و زبان عربی هم ندارد، بلکه از مرادف بیع و شراء و بایع و مشتری در هر زبان همین فهمیده می شود و علامت حقیقت است. [25]

اشکال: اشکال این معیار این است که اولاً: در مواردی ماده نقض دارد؛ زیرا گاهی به کسی که قصد ربح دارد عرفاً مشتری اطلاق می شود، و به کسی که قصد تأمین معاش دارد بایع گفته می شود. مثلاً شخصی برای رفع حاجت، فرش یا وسیله دیگر منزل را در معرض فروش قرار می دهد و تاجر یا دلالی آن را خریداری می کند تا سودی ببرد، در این جا به صاحب فرش بایع می گویند با این که قصد ربح ندارد، و به دلال و واسطه یا تاجر، مشتری می گویند با این که قصد ربح دارد.

ثانیاً: بر فرض قبول ضابطه و صرف نظر از اشکال قبلی، می گوئیم: در مبادله جنس به جنس یا نقد به نقد، چنین نیست که همه جا يك طرف قصد ربح داشته باشد و طرف دیگر قصد تأمین معاش، تا ضابطه ایشان اجرا شود؛ بلکه گاهی هر دو قصد ربح و سود دارند، و گاهی هر دو قصد رفع نیاز معیشت. مثلاً دو تاجر در دو کشور زندگی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 15

می کنند؛ یکی از کشور مبدأ جنس و کالایی را به تاجر کشور دیگر می فروشد، متقابلاً تاجر کشور مقصد، نقد نمی دهد، بلکه او نیز جنس می دهد و هر دو قصد تجارت و سودآوری دارند. یا دو نفر نقد به نقد را مبادله می کنند و هر دو قصد رفع نیاز دارند. ضابطه دوم بر

این موارد هم منطبق نیست.

پاسخ آیت الله خوئی: این گونه موارد اصلاً بیع نیست، بلکه تجارت مستقل دیگری است که به برکت عمومات اَوْفُوا بِالْعُقُودِ [26] و تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ [27] درست شده است و احکام جدایی دارد و ربطی به بیع ندارد، و اگر در عرف و شرع بر این ها اطلاق بیع شده، حتماً مجاز است؛ زیرا این معنا متبادر نیست و به نحوی صحت سلب دارد. [28]

نقد این جواب: اگرچه ثبوتاً ممکن است مبادلات مزبور، تجارت مستقلی باشد، ولی اثباتاً دلیل می طلبد، و شما چنین دلیلی ندارید و عموم و جوب وفا به عقد یا تجارت از روی تراضی، دلیل بر معامله مستقل بودن آن ها نیست، بلکه دلیل برخلاف آن داریم و آن صدق و اطلاق عرفی است که بر این ها بیع اطلاق کرده اند و دلیل ندارد مجاز باشد.

وانگهی اگر معامله مستقلی بود حتماً عرف و عقلاً برای آن قوانین جدایی وضع می کردند و شارع هم تأیید می کرد؛ در حالی که نه در عرف و نه در شرع عین و اثری از این که آن ها معامله جدا باشند وجود ندارد، بلکه عرف بین الملل این ها را بیع می داند و احکام بیع بر آن مترتب می کند، و صرف این که بر هر طرف بتوانیم اطلاق بایع و مشتری کنیم، دلیل بر این نیست که مبادله مستقلی است مثل بیمه، سرقتی و... پس هر دو ضابطه آقای خوئی ناتمام است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 16

مرحوم آقای خوئی مدعی شدند که مبادله جنس به جنس یا نقد به نقد بدون قصد ربح در هر دو یا با قصد ربح در هر دو، بیع نیست، بلکه معامله خاصی است که به دلیل عموم آیه وفا به عقد آیه

تجارت، ثابت است. در ادامه تبصره ای آورده اند که: در برخی از کتب اهل سنت بر مطلق مبادله جنس به جنس - ولو قصد ربح در هیچ کدام نباشد یا در هر دو باشد یا در یکی باشد - بیع اطلاق شده، ولی برخلاف ارتکاز عرفی است و قبول نیست. [29] ولی از بحث های ما روشن شد که اطلاق بیع بر مبادله متاع به متاع کاملاً صحیح است و ایراد آقای خوئی وارد نیست. [30]

امام خمینی (قدس سره) در کتاب البیع معیار دیگری ذکر فرموده است:

نعم، البائع والمشتري في بيع الأعيان بالأثمان معلوم لدى العرف، لكن في بيع الدرهم بالدرهم يمكن أن يكون كل واحد منهما بائعاً، فمن أوجب التملك بالعوض بائع، فلا يتعين فيه البائع لدى العرف ولا المشتري. فلو باع ديناراً بدينارين أو بدراهم وقبل الآخر، صار الأول بائعاً، والثاني مشترياً، ولو انعكس انعكس. [31]

خلاصه این که در معامله جنس به نقد از نظر عرف روشن است که دهنده جنس، بایع است و دهنده پول مشتری است. ولی در معامله نقد به نقد [32] هر کدام زودتر اقدام

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 17

کرد و تملك به عوض را ایجاد کرد همان بایع است، و کسی که بعداً تملك می کند مشتری است. [33]

البته بر این معیار هم نقض هایی وارد است، از جمله این که اگر استیجاب و ایجاب باشد؛ یعنی نخست مشتری به بایع می گوید «ملکني هذا بهذا» و طلب تملك می کند، سپس بایع انشاء تملك می کند. بنا بر این که نیازی به الحاق و انضمام قبول بعدی نباشد، در این جا باید طلب کننده را بایع بنامیم، در حالی که عرف او را مشتری می نامند و تملك کننده را بایع می شناسد. همچنین اگر دو نفر به وکالت از هر

دو مالک، همزمان انشاء معامله و تملیک کنند، تقدم و تأخری نیست تا بایع را از مشتری باز شناسیم. و نیز در معاطات هم اگر اعطاء و اخذ، در آن واحد باشد باز تقدم و تأخری نیست و تمیز مشکل است. در عین حال ضابطه امام قوی تر از ضوابط قبلی و دارای اشکال کمتری است.

بهرتر است مطلب را به عرف ارجاع دهیم و قاضی و حاکم را عرف بدانیم. عرف در نوع موارد به راحتی بایع را از مشتری می شناسد، البته در مواردی هم ممکن است امر بر اهل عرف مشتبّه شود و نتواند بایع را از مشتری تمیز دهد که در این جا سراغ اصول و قواعد دیگر می رویم و احکام مختص هر یک را جاری نمی کنیم چون موضوع آن ها احراز نشده است ولی احکام مشترك جاری می شود.

نکته پنجم، بررسی وقوع بیع بر اعیان، منافع و حقوق

در بیع لزوماً باید مبیع از اعیان باشد یا مانعی ندارد که از منافع یا حقوق هم باشد؟ کلمه «عین» گاه در مقابل «دین» به کار می رود و از آن، موجود خارجی شخصی و معین

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 18

اراده می شود، مثل «این کتاب»، «آن فرش» و...؛ در مقابل کلی که به ذمه طرف می آید؛ خواه کلی فی المعین باشد یا کلی در ذمه. این معنا در نکته ششم تشریح خواهد شد. ولی گاهی در مقابل منفعت و حق و عمل انسان آزاد، استعمال می شود و مقصود از آن، ذات و رقبه شیء است؛ مثل خود فرش، خود منزل، خود کتاب و...؛ در مقابل منافع آن و در برابر حقوقی از قبیل حق تحجیر، حق اولویت، حق سبق و... در نکته پنجم همین معنا مورد نظر است.

قطعاً مبیع

اگر عین و ذات شیء باشد، نام معامله بیع است و اگر دارای سایر شروط هم باشد صحیح و لازم است، ولی آیا منحصر در این است و اگر منفعت یا حق، مورد معامله قرار گیرد بیع نیست؟ یا حصری وجود ندارد و بیع حقیقتاً بر هر یک از تملیک اعیان و منافع و حقوق صدق می کند؟

دو نظریه در این باره وجود دارد:

نظریه اول: به عقیده مشهور فقها، لزوماً باید مبیع از اعیان باشد و اگر از منافع یا حقوق باشد صدق بیع، حقیقی نیست و از روی تسامح و تساهل است، بلکه این را امری مقطوع و مورد اتفاق و خالی از اشکال دانسته اند. مانند صاحب جواهر [34] و مرحوم آیت الله خوئی. [35]

برای قول مشهور سه دلیل و دو مؤید ذکر می شود:

دلیل اول، تبادر و ارتکاز عرفی است؛ [36]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 19

دلیل دوم، صحت سلب است؛ [37]

دلیل سوم [38]، بر فرض که تبادر و ارتکاز عرفی و صحت سلب نباشد ولی این مقدار مسلم است که یقین به صدق بیع بر تملیک منافع نداریم بلکه مجرد شك است و همین کافی است که تملیک منافع مشمول ادله امضا و تنفیذ بیع نباشد، زیرا تمسک به اطلاق، فرع احراز صدق اسم و عنوان است.

مؤید اول، استقرار طریقه فقهاست؛ [39]

مؤید دوم سخن برخی از علمای اهل سنت است که گفته اند: «البيع فی اللغه إخراج ذاتٍ عن الملك بعوضٍ فتملك المنفعة بالإجاره لا یسمی بیعاً». [40]

نظریه دوم: به عقیده برخی از فقیهان بزرگ از قبیل امام خمینی (قدس سره) [41] و محقق ایروانی، [42] بیع به تملیک و نقل عین و ذات اختصاص ندارد بلکه حقیقتاً نقل منافع و اعیان را نیز شامل است و

شواهدی این را تأیید و تقویت می کند.

الف) گفتار اهل لغت؛ [43]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 20

ب) گفتار برخی از فقیهان عامه و خاصه؛ [44] مثلاً امام خمینی (قدس سره) در کتاب البیع، می فرماید:

«... فبیع المنافع والحقوق بیع عرفاً ولغة ولو فرض بطلانه» [45]

و در تحریر الوسیله در باب شرایط عوضین می نویسد: «الأول: يشترط في المبيع أن يكون عيناً على الأحوط، ... فلا يجوز على الأحوط أن يكون منفعة... أو حقاً، وإن كان الجواز - خصوصاً في الحقوق - لا يخلو عن قوّة» [46] و از این فتوای برخلاف، معلوم می شود که احتیاط قبلی از نوع احتیاط مستحبی است، در رساله عملیه مرحوم امام هم در باب شرایط جنس و عوض آن چنین آمده است: پنجم آن که بنا بر احتیاط، خود جنس را بفروشد نه منفعت آن را، گرچه جایز بودن خالی از قوّت نیست. پس اگر منفعت يك ساله خانه را بفروشد صحیح است.

ج) روایات فراوان بر تمليك منافع و حقوق، بیع اطلاق کرده است، از جمله در سه باب زیر: باب بیع خدمت عبد مدبر است [47] که قطعاً از منافع است؛ باب بیع سکنای منزلی که مجهول المالك است که بر بیع سکنی اطلاق بیع شده است [48] و باب فروش زمین های خراجی که عین آن ها ملك همه مسلمانان است ولی منافع آن ها مال کسی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 21

است که این اراضی را تقبل کرده و روایات بر جواز بیع منافع این اراضی دلالت دارند. [49]

د) امروزه اطلاق بیع بر بیع حق، خیلی رایج و متعارف است، مثل بیع سرقفلی که نوعی حق است [50] و مثل حق آب و گل، و مثل حقی که کشاورز بابت شیار کردن زمین و

شخم زدن آن، هموار و آماده کردن آن برای زراعت، جدول بندی و ...، پیدا می کند که بعداً اگر منصرف شد و یا هجرت کرد می تواند این حقوق را به دیگری واگذار کند و در واقع به او بفروشد. و مثل انواع مالکیت های معنوی اعتباری که در این زمان مطرح است، از قبیل فروش حق تألیف، فروش امتیازها، فروش حق وام و مانند آن، و جالب این است که عرف بر همه این ها اطلاق بیع می کند و تردیدی ندارد.

حال اگر دلیل معتبری باشد که بر اختصاص بیع به تملیک عین دلالت کند می توان ادعا کرد که همه این موارد قبلی (الف تا ج) از باب اطلاق مجازی و مسامحی است، چنان که شیخ اعظم در مکاسب [51] و آقای خوئی در مصباح ادعا نموده اند. [52] ولی به نظر ما چنین دلیلی وجود ندارد تا مجبور شویم این همه اطلاق را مجاز بدانیم. مجاز خلاف اصل است و تا دلیلی نباشد نمی توانیم بدان قائل شویم. و دلایلی که از قول مشهور ذکر شد (سه دلیل) عموماً دارای جواب می باشند.

اما دلیل تبادل: جوابش این است که هر تبداری علامت حقیقت نیست. اگر تبادل معنا از يك لفظ، مستند باشد به متن لفظ، ارزشمند است ولی اگر مستند باشد به خارج از لفظ، دلیل حقیقت بودن نیست؛ در مورد بحث ما تبادل تملیک عین، از لفظ «بیع»

مستند است به غلبه وجود خارجی، دیگر این که در خارج در نوع معاملات و بیوع،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 22

مبیع از اعیان است نه از منافع و حقوق، و در واقع از قسم انصراف بدوی است که از غلبه وجود سرچشمه می گیرد و ارزشی ندارد.

و اما

دلیل صحت سلب: اولاً در علم اصول ثابت شده که صحت سلب و صحت حمل علامت نیستند و به درد تمیز حقیقت از مجاز نمی خورند؛ ثانیاً از منظر امام راحل این علامت جدایی نیست و به تبادل برمی گردد، پاسخ آن داده شد؛ ثالثاً پس از آن همه اطلاقات عرفی و شرعی و لغوی و فقهی، صحت سلب معنا ندارد تا علامت مجاز بودن این اطلاق ها باشد.

و اما دلیل شك در صدق و عدم شمول اطلاقات: اولاً ما در صدق شك نداریم؛ ثانیاً استناد به اطلاقات برای بیان حکم شرعی آن است که صحیح است یا باطل؛ فعلاً کلام در اصل صدق عرفی است که تردید ندارد. در نتیجه بیع، مفهوم عامی دارد و مخصوص تملیک عین نیست و لزومی ندارد مبیع از اعیان باشد، اگرچه غالباً از اعیان است.

مرحوم امام علاوه بر این که در کتاب بیع با استدلال این مطلب را تثبیت کرده است، در تحریر الوسیله هم به آن فتوا داده و جواز و صحت بیع منافع و حقوق و اعمال را تقویت نموده است. ایشان در باب شروط عوضین چنین می فرماید:

وهی امور: الأول: يشترط في المبيع أن يكون عيناً على الأحوط... فلا يجوز على الأحوط أن يكون منفعة كمنفعة الدار أو الدابة، أو عملاً كخياطة الثوب، أو حقاً، وإن كان الجواز - خصوصاً في الحقوق - لا يخلو عن قوّة. [53]

و احتیاط مذکور استجابی است چون ملحق به فتوا برخلاف آن است. در رساله عملیه ایشان هم در شرایط جنس و عوض آن می خوانیم:

پنجم آن که بنا بر احتیاط، خود جنس را بفروشد نه منفعت آن را؛ اگرچه

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 23

جایز بودن خالی از

قوت نیست، پس اگر مثلاً منفعت يك ساله خانه را بفروشد صحیح است.

سؤال: پس فرق باب بیع و باب اجاره کجا ظاهر می شود؟

پاسخ: شاید منشأ نظر مشهور همین باشد که خیال کرده اند متعلق بیع از اعیان است و متعلق اجاره از منافع؛ بیع نقل عین است و اجاره نقل منفعت و بر این اساس بیع را مخصوص تملیک عین دانسته اند. ولی چنین نیست بلکه هر يك از بیع و اجاره به عین تعلق می گیرد و متعلق هر دو، عین است و همان طور که می گوئیم «بعث الدار بكذا» می گوئیم «آجرت الدار بكذا سنة» که مدت را معلوم می کنیم. البته بیع علاوه بر این به منفعت هم تعلق می گیرد و می توان گفت: «بعثك سكنی الدار سنة»؛ ولی اجاره به منفعت تعلق نمی گیرد و صیغه

«آجرتك منفعة الدار

» غلط است؛ آری اثر تملیک منزل در بیع و اجاره متفاوت است؛ زیرا اثر

«بعث الدار

» نقل رقبه منزل و خود آن است، ولی اثر «آجرتك» نقل منفعت آن است. بنابراین، بیع اعم از اجاره است و بر هر يك از تملیک عین و تملیک منفعت اطلاق می شود، ولی اجاره مخصوص تملیک منفعت است؛ آن گاه اگر این را با لفظ «بعث» بیاورد احکام بیع را دارد و اگر با لفظ «آجرت» بیاورد احکام اجاره را دارد و مانعی ندارد که اجاره فردی از بیع باشد و احکام خاصی هم داشته باشد. نظیر این که از نظر شیخ طوسی صلح عقد جدایی نیست و از مقوله بیع است. در عین حال احتیاط در همان است که مشهور گفته اند و بهتر است که برای تملیک منفعت، از واژه بیع استفاده نشود ولو تملیک حق، اشکالی ندارد.

نکته ششم، بیع دین، بلکه مطلق کلی در ذمه

عین

در مقابل کلی، بر اعیان و موجودات شخصی خارجی اطلاق می شود، مثل این کتاب، آن لباس، فلان ماشین و ... و قابل صدق بر کثیرین نیست؛ ولی کلی آن است که قابل صدق بر افراد متعدد تا بی نهایت باشد که خود دارای سه قسم است: 1. کلی

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 24

مشاع؛ مثل ثلث ملك یا دو دانگ منزل؛ 2. کلی در معین، مثل يك تن از گندم موجود در سیلو؛ 3. کلی در ذمه که صد در صد کلی است و هیچ قیدی ندارد و به چیزی اضافه نشده است تا دایره اش محدود باشد، مثل صد من گندم. این قسم نیز دو نوع است:

الف) گاهی دین است که قبل از معامله مالی بر عهده طرف است و فروشنده از او طلب دارد و آن ما فی الذمه را یا به خود بدهکار می فروشد یا به فرد ثالث.

ب) گاهی قبل از معامله چیزی بر ذمه طرف نیست و به خود معامله، ذمه و عهده درست می شود و متاعی بر عهده فروشنده می آید خواه به صورت بیع سلم (پیش فروش) باشد، یا بیع حال (فعلی و نقد). از نظر عرف همه انواع فوق، بیع است. از نظر شرع نیز با شروطی همه این ها امضا شده است و در کتاب بیع در جای خود تبیین خواهد شد. بنابراین عین در مقابل منافع و حقوق است نه در مقابل دین و کلی. پس، از این زاویه بر فرض که بیع، تملیک عین باشد و لزوماً مبیع از اعیان باشد، ولی باید بدانیم فرقی میان انواع عین- در برابر منافع و حقوق- نیست و بر هر يك از عین شخصی و کلی مشاع

و کلی در معین و کلی در ذمه صدق می کند.

طرح يك سؤال: در خصوص بیع عین شخصی اشکالی نیست زیرا محل و معروض و موصوف ملک و مال- که خود جنس و عین باشد- وجود دارد و قابل اتصاف به ملک و مال است و معامله کمبودی ندارد و بایع با فروش آن، اضافه ملکیت و مالیتی را که نسبت به آن داشت به مشتری منتقل می کند. در مورد بیع کلی مشاع نیز اشکالی نیست زیرا سهم و کسر مشاع از ملک و زمین خارجی، مورد بیع است که باز هم قابل اتصاف به ملکیت و مالیت می شود و معامله صحیح است. در مورد کلی در معین نیز مطلب از این قرار است.

ولی در کلی در ذمه اشکال وجود دارد مخصوصاً در فرضی که قبل از معامله، ذمه ای نیست و به نفس معامله فروشنده متاع یا طعامی را بر عهده می گیرد، و اشکال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 25

این است که مالیت و ملکیت از اعراض است و عرض بدون معروض و محل موجود، محال است و کلی در ذمه پیش از معامله چیزی نیست و وجودی ندارد تا معروض ملک باشد، و وقتی محل نبود پس خود ملک و مال هم نیست، آن گاه چگونه بیع کلی در ذمه ممکن و معقول است؟

پاسخ: از اشکال مزبور سه پاسخ داده شده است:

1. پاسخ فاضل نراقی در عوائد به نقل از حاشیه مرحوم سید بر مکاسب: آنچه مقوم بیع و دارای اهمیت می باشد؛ این است که نقل ملک به دیگری فعلی باشد و لزومی ندارد ملک هم فعلی باشد، بلکه کافی است در آینده مالک شود و الآن

بفروشد. گویا گفته است: «فروختم صد منی را که در آینده مالک خواهم شد به صد هزار تومان» و پس از بیع بر او واجب است صد من گندم را در وقت مقرر تحصیل کند تا بتواند تسلیم مشتری کند و در این جهت فرقی میان بیع سلم و بیع حال نیست [54]. [55]

این پاسخ ناتمام است؛ زیرا اولاً در علم اصول به ثبت رسیده که تفکیک میان انشاء و مُنشأ محال است؛ ثانیاً نقل، استقلال ندارد بلکه همواره به چیزی مرتبط است؛ یا نقل مکانی است، یا نقل اضافه ای از اضافات شیء است، یا اضافه ملکی یا اضافه مالی و یا حقی، و اضافه بدون طرفین امکان ندارد پس تا حق یا مال یا ملکی نباشد نقل فعلی معقول نیست.

2. پاسخ خود مرحوم سید در حاشیه مکاسب: ملکیت اگرچه از اعراض خارجیه است و معروض و محل لازم دارد ولی حقیقت آن متقوم به اعتبار عقلاست لذا مانعی ندارد عقلا کلی در ذمه را امری موجود اعتبار کنند (وجود اعتباری) و برای آن ملکیت

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 26

و مالیت اعتبار نمایند؛ آن گاه ملك بدون محل و معروض نیست بلکه محل موجود به وجود اعتباری دارد. [56]

اصل پاسخ ایشان متین است و در جواب سوم روی همین تکیه می کنیم ولی این که در صدر جواب ملك را از اعراض خارجیه دانسته ناتمام است؛ زیرا ملکیت به معنای مقوله جده از اعراض خارجیه و از مقولات تسع عرضی است، ولی ملکیت اعتباری عقلانی از مقولات نیست و وجود خارجی ندارد بلکه صد در صد امر اعتباری است و در عالم اعتبار موجود می شود.

3. پاسخ امام راحل در کتاب البیع [57]

و آقای خوئی در مصباح [58]، که پاسخ اصلی هستند. حاصل بیان امام این است که خود ملکیت از امور اعتباری عقلانی است، کلی در ذمه هم از امور دیگر اعتباری عقلانی است و در عالم اعتبار وجود دارند و مانعی ندارد که محل و معروض يك امر اعتباری (ملکیت)، امر اعتباری دیگر (ذمه طرف یا کلی در ذمه) باشد. زمام امر اعتباری هم به دست معتبر است، چه این که مالیت هر چیزی هم تابع اعتبار عقلا- و شارع است، حتی مالیت اموال خارجی مانند نقد رایج (اسکناس ها) نیز ذاتی و واقعی نیست (مال واقعی طلا و نقره است که پشتوانه اسکناس و پول است) بلکه عقلاً برای این اسکناس ها، چک ها، کارت ها و ... اعتبار مالیت می کنند؛ حال مانعی ندارد که برای کلی در ذمه نیز اعتبار مالیت کنند و مال و ملک بر آن محل موجود اعتباری، عارض و مترتب شود. در نتیجه بیع دین و کلی در ذمه و کلی در معین و کلی مشاع از این نظر اشکالی ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 27

نکته هفتم، فروش عمل انسان آزاد

به اتفاق کلمه، عمل عبد و مملوک قابل معاوضه است و مولی می تواند خدمات (خیاطت، خطاطی، بنایی و ...) وی را به دیگری معاوضه کند؛ زیرا هم ملک مولاست و هم مال او است و همانند سایر منافع (منفعت منزل، فرش، لباس، ماشین و ...) قابل انتقال به غیر است.

[59]

عمل حرّ و آزاد: پس از معاوضه بر آن (مثلاً انسان آزادی اجیرشده تا مدتی برای دیگری خیاطی یا کارگری کند و قطعاً آجاره بر عمل صحیح است) مبادله اش به اتفاق کلمه- مثل عمل عبد- صحیح است زیرا هم ملک مستأجر

است و هم مال او، و از این جهات کمبودی ندارد و قابل نقل و انتقال به فرد ثالث است و مستأجر می تواند آن را به ملك دیگری درآورد، البته از نظر مشهور فقط ثمن واقع می شود، و تحقیقاً مبیع هم واقع می شود و در بیع منفعت داخل است؛ محل کلام در عمل حرّ پیش از معاوضه بر آن است؛ در این مرحله سه بحث مطرح است:

بحث اول: آیا ملکیت دارد؟ اگر مراد ملك اعتباری عقلانی و شرعی باشد، خیر ملکیت ندارد زیرا عقلای عالم برای این اعمال اعتبار ملکیت نمی کنند، ولی اگر مراد مطلق ملکیت و سلطنت باشد آری ملك است، آن هم از قسم ملك تکوینی ذاتی؛ زیرا هر انسان آزادی هم مالك نفس خویش است و هم مالك شئون گوناگون نفس، که از جمله آن ها افعال اختیاری او است و با وجود ملکیت تکوینی نیازی به اعتبار ملك نداریم و لغو است؛ بلکه تحصیل حاصل است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 28

بحث دوم: آیا مالیت دارد؟ از نظر صدق مال بر عمل حرّ قبل از معاوضه و اجیر شدن، سه وجه وجود دارد:

1. مال نیست زیرا اگر مال باشد لازمه اش این است که وی مستطیع باشد و حجج بر او واجب شود، و نیز لازمه اش این است که وی فقیر یا مسکین نباشد و نتواند از زکات ارتزاق کند، و نیز لازمه اش این است که اگر کسی او را حبس کرد و برای مدتی نگذاشت کار کند، ضامن باشد، زیرا مال کسی را تلف کرده و قانون «الضمان بالإنّلاف» حکم به ضمانت می کند. در حالی که هیچ کدام از این لوازم مترتب نیست

و

کسی فتوا به استطاعت و وجوب حج نداده است، کسی فتوا به ضمان نداده است. و ما از انتفاء لازم و اثر، به انتفاء ملزوم (مال بودن عمل) منتقل می شویم.

2. مرحوم سید در حاشیه میان انسان کسوب [60] و غیر آن فرق گذاشته است. وی نسبت به کسوب برای عملش قبل از معامله مالیت قائل شده و آثار مال را مترتب کرده است؛ از جمله ضامن بودن متلف این عمل، ولی برای عمل غیر کسوب [61] مالیت قائل نیست و اتلاف آن را موجب ضمان نمی داند. [62]

3. عده ای از فقهای عظام از قبیل امام راحل [63] و آقای خوئی [64] و مرحوم شهیدی در شرح مکاسب [65] معتقدند که عمل حرّ قبل از معاوضه نیز مال است و در آن تردیدی نیست، زیرا مال به هر معنایی که باشد عرفاً بر این عمل صدق می کند. خواه به معنای «ما یرغب فیه العقلاء» باشد یا به معنای «ما یبذل بازائه شیء»، یا «ما یجری فیه الشح والبخل»، یا «ما یدّخر لوقت الضرورة والحاجة»؛ به هر حال عمل حرّ را شامل می شود و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 29

شروعاً هم اصطلاح دیگری ندارد و معنای عرفی آن مراد است. بنابراین عمل حرّ قبل از معاوضه مال است و فرقی میان کسوب و غیر کسوب نیست. آری در ضمانت فرق دارند یعنی عمل حرّ کسوب اگر اتلاف شود و غاصبی او را حبس کند و نگذارد سر کار برود، موجب ضمانت است ولی عمل غیر کسوب موجب ضمانت نیست، البته اگر ظالمی به زور عمل او را استیفا کند ضامن است. ولی مجرد حبس، سبب ضمانت نیست. اما از نظر مال بودن فرقی ندارند.

سؤال: اگر

مالیت دارد چرا اتلاف آن موجب ضمان نیست؟

پاسخ: دلیل الضمان «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» اتلاف مطلق مال را موجب ضمان نمی داند، بلکه اتلاف مال غیر را - که مضاف به غیر است، مثلاً می گوئیم: مال فلانی - سبب ضمان می داند و عمل حرّ تا معاوضه نشود یا محقق نشود مال فلان بودن صدق نمی کند ولو اصل مال بودن صدق کند، از این جهت ضمان آور نیست.

سؤال: اگر مالیت دارد پس شخص حرّ مستطیع است و باید به حج برود.

پاسخ: در حج، استطاعت ویژه ای لازم است و آن استطاعت مالی فعلی است و عمل حرّ تدریجاً محقق می شود و لذا استطاعت فعلی ندارد تا حج واجب شود.

سؤال: اگر عمل حرّ مال است پس وی حق ندارد از زکات و سایر وجوه شرعی مالی که مال فقرا و مساکین است، استفاده کند.

پاسخ: همین طور است و اگر تدریجاً می تواند مخارج سال خود و عیالش را تأمین کند حق ندارد از وجوه مذکور استفاده کند آری اگر تدریجاً هم نتواند فقیر است و حق دارد از زکات ارتزاق کند.

بحث سوم: آیا عمل حرّ قبل از معاوضه می تواند مبیع واقع شود و شخص حرّ آن را بفروشد؟ یا این که می تواند ثمن واقع شود و مثلاً با عمل يك ماه خود، مالی را خریداری کند؟ مشهور بحث را در ثمن واقع شدن عمل حرّ قرار داده اند زیرا عمل، از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 30

منافع است و نزد آن ها نمی تواند مبیع باشد. ولی ما بحث را در مثن قرار گرفتن آن مطرح می کنیم و اگر مبیع شدن آن ثابت شد ثمن بودنش به طریق اولی ثابت است.

چهار اشکال بر این معاوضه مطرح

شده است:

اشکال اول: مبیع باید از اعیان و ذوات باشد، در حالی که عمل حرّ از منافع است.

جواب: قبلاً در نکته پنجم به تفصیل بررسی شد که منافع هم می تواند مبیع واقع شود اگرچه احتیاط در این است که برای تملیک منافع از صیغه بیع استفاده نشود.

اشکال دوم: مبیع باید ملك باشد تا قابل بیع باشد و عمل حرّ قبل از اجاره ملك نیست.

جواب: اولاً ملك تكوینی است و همان كفایت می کند؛ ثانیاً قبلاً به تفصیل بیان شد که در بیع، اضافه ملكیت معتبر نیست و بدون آن نیز صحیح است و مثال آوردیم به بیع قسمتی از مال زکاتی و بیع وقف عام و مانند آن، و در این جا اضافه می کنیم که ثمن قرار گرفتن این ها نیز متوقف بر اضافه ملكیت نیست و غیر مالك هم می تواند با صدقات مردم برای محرومان جهیزیه خریداری کند، یا متولی وقف عام، مال موقوفه ای را با موقوفه دیگر مبادله کند.

اشکال سوم: مبیع باید مال باشد و عمل حرّ قبل از معاوضه مالیت ندارد.

جواب: اولاً بر مبنای سید در حاشیه مکاسب [66] و آقای خوئی در مصباح [67] در صدق بیع و معامله، اضافه مالیت هم معتبر نیست، اگرچه ما این مبنا را قبلاً نقد کردیم و معامله ای را که یکی از عوض ها یا هر دو فاقد مالیت باشند نوعی «اضحُوكه» و بازی دانستیم تا معامله عقلانی؛

ثانیاً در قول سوم در مالیت عمل حرّ بیان کردیم که عمل حرّ مالیت دارد و از این لحاظ مشکلی نداریم؛

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 31

ثالثاً دلیل ندارد که حتماً مبیع یا ثمن قبل از بیع مال باشند، بلکه کافی است که به نفس

بیع مالیت پیدا کنند. عمل حرّ هم از این قسم است و بیش از آن دلیل ندارد.

اشکال چهارم: مبیع باید موجود باشد تا قابل اتصاف به ملك و مال شود و معاوضه اش معقول باشد و عمل حرّ قبل از معاوضه موجود نیست و بیع معدوم معنا ندارد.

جواب: قبلاً در بیع کلی در ذمه، نظیر این اشکال مطرح شد و مبسوطاً جواب دادیم که در امور اعتباری اشکالی نیست و عقلاً برای عمل، اعتبار وجود و اعتبار مالیت و ملکیت می کنند و معامله بر آن را معقول و مقبول می دانند، آری اگر عملی باشد که در آینده هم موجود نخواهد شد و از تحقق آن ناامید هستیم، معامله بر آن عقلانی نیست، ولی اگر متوقع الحصول باشد کفایت می کند که اعتبار وجود و اعتبار مالیت شود و معامله آن مجاز باشد.

نتیجه: عمل حرّ قبل از معاوضه مالیت دارد و قابل معاوضه است و مبیع هم واقع می شود تا چه رسد به ثمن و عوض واقع شدن که به طریق اولی صحیح است. البته شیخ اعظم در مکاسب با تردید و احتمال، از مسأله عبور کرده و هیچ طرفی را اختیار نکرده است. [68]

نکته هشتم، معامله حقوق

اشاره

درباره حق دو بحث مطرح است:

1. بیان معنای لغوی و اصطلاحی حق و ماهیت آن؛ 2. بیان اقسام حق و جواز معاوضه بر آن ها از نظر مبیع واقع شدن و ثمن بودن.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 32

معنای لغوی و اصطلاحی حق

حق در لغت عرب به معنای ثبوت و وجوب آمده است. [69] در اصطلاح فقهی و حقوقی (شرع و عرف) معنای خاصی دارد و قطعاً از امور اعتباری و قراردادی است؛ چه عرف و عقلاً این حق را جعل کنند و شارع مقدس امضا کند، چه خود شارع مستقلاً آن را جعل کند که مجعول تأسیسی است و از همین جا استفاده می شود که حق نوعی حکم شرعی وضعی است، مثل سایر احکام وضعیه از قبیل ملکیت و زوجیت. و مثل احکام تکلیفی از قبیل وجوب و حرمت؛ با این تفاوت که سایر احکام پس از جعل، اختیارشان در دست شارع است و مکلف نمی تواند آن را اسقاط کند یا به دیگری منتقل نماید، و ... ولی حق به گونه ای است که زمام امرش در دستان صاحب حق است و می تواند حق خود را اعمال یا اسقاط نماید، یا اگر قابل انتقال است به دیگری نقل دهد. و در تعریف مصطلح حق می گوئیم: «الحق إضافة خاصة متعلقة بالشخص الآخر تارة وبالعين أخرى وبالمنفعة الثالثة»؛ حق عبارت است از اضافه و نسبت و ربط خاصی که میان شخص ذی حق با متعلق حق برقرار می شود؛ خواه متعلق حق، شخص دیگری باشد، مثل حق ولایت بر مولی علیه، یا متعلق حق عین باشد، مثل زمین و مسجد، یا منفعتی از منافع باشد، مثل سکناى منزل که مالک یا مستأجر حق دارند از آن استفاده

بحث مهم این است که آیا حق همان ملکیت است یا همان سلطنت؟ و اعتبار حق عین اعتبار و جعل سلطنت و ملکیت است یا اعتبار جدا و مستقلاً است و غیر از سلطنت و ملکیت است؟

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 33

از کلام شیخ اعظم به صراحت استفاده می شود که حق همان سلطنت فعلی است [70] از کلام مرحوم سید در حاشیه استفاده می شود که حق مرتبه ضعیفه ملک، و نوعی از آن است [71] از کلام دیگر سید استفاده می شود که حق نوعی سلطنت و ملک است. [72] در نتیجه حق و ملک و سلطنت عبارات گوناگونی هستند که یک معنا دارند و همه به آن معنا اشاره دارند.

ولی واقعیت این است که حق یک معنی اصطلاحی بیشتر ندارد و غیر از سلطنت و ملک و مال است؛ زیرا اولاً فهم عرفی و ارتکاز عقلانی از حق و ملک و سلطنت متفاوت است و از هر کدام مفهومی به ذهن می آید و نزد عرف کاربردهای خود را دارند هر چند گاهی به جای یکدیگر استعمال می شوند؛ ثانیاً عمده این است که در مواردی هر کدام بدون دیگری صدق می کند و میان آن ها عموم من وجه است، و اگر مترادف بودند هرگز یکی بدون دیگری صدق نمی کرد.

توضیح: نسبت حق با مال عموم من وجه است: گاهی حق هست و مال نیست، مثل خمر محترمه مانند این که کسی انگورها را جوشانده است و پس از جوشش تا زمانی که دو ثلث آن کم نشود شراب و نجس و حرام است و شرعاً مالیت ندارد ولی صاحب انگورها اولی است تا آن را پای درخت بریزد یا تبدیل به سرکه کند و ... در این جا

حق وجود دارد و صدق می کند ولی مال فعلی نیست. متقابلاً گاهی مال هست و حق نیست مثل مباحات عالم قبل از این که از راه سبق و حیازت و ... متعلق حق فعلی بشوند؛ در این مرحله مال هستند ولی متعلق حق نیستند.

در موارد بسیاری حق و مال هر دو تصادق دارند. نسبت حق و ملك نیز عموم من وجه است: گاهی حق هست و ملك نیست؛ مثل حق سبق، حق تحجیر، حق پدر بر

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 34

فرزند، و حق مؤمن بر مؤمن. گاهی ملك هست و حق نیست مثل کسی که مالك مالی باشد ولی از تصرف در آن محروم باشد.

و در موارد زیادی هر دو صدق می کنند. نسبت حق و سلطنت نیز عموم من وجه است: گاهی حق هست و سلطنت نیست؛ مثل حق تحجیر و حق قذف و حق استخلاف. که با موت مورث به وارث صغیر او منتقل شده است در این جا وارث حق دارد ولی سلطنت فعلی ندارد.

سؤال: ولی یا وصی سلطنت دارند و سلطنت این ها سلطنت وارث است.

پاسخ: سلطنت آن ها مستقلاً از سوی شارع جعل شده است نه این که سلطنت صغیر و مجنون به آن ها تفویض شده باشد و از باب توکیل باشد.

و گاهی سلطنت هست و حق اعتباری اصطلاحی نیست؛ مثل سلطنت انسان بر نفس خویش. همان گونه که شخص بر اموال خود سلطه دارد بر جان خویش هم مسلط است، منهای مواردی که منع قانونی یا شرعی دارد (مثل خودکشی، خودفروشی، اضرار به نفس و ...) هر نوع تصرفی در نفس آزاد است، حتی امروزه بحث فروش خون و برخی از اعضای بدن؛ از قبیل کلیه و ...

مطرح است، ولی حق نیست و کسی نمی گوید انسان بر جان خویش حق اعتباری و قراردادی دارد و خودش بر خودش حق دارد.

مواردی هم که حق سلطنت هر دو صدق کنند فراوان است. نسبت حق و حکم شرعی قبلاً روشن شد که حق نوعی حکم شرعی وضعی است.

نسبت مال و ملك هم قبلاً بیان شد که عموم و خصوص من وجه است.

نسبت مال و سلطنت نیز عموم من وجه است: گاهی مال هست و سلطنت نیست؛ مثل محجور از تصرف که مالك است و مال دارد ولی سلطنت فعلی ندارد. و گاهی سلطنت هست و مال نیست مثل سلطنت سلطان بر رعیت، و در مواردی هر دو صدق دارند.

نسبت ملك و سلطنت نیز عموم من وجه است: گاهی ملك هست و سلطنت نیست؛

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 35

مثل افراد محجور از تصرف نسبت به املاك خودشان، و گاهی سلطنت هست و ملك نیست؛ مثل ولی صغیر و مجنون، وصی، متولی موقوفات که مسلط هستند ولی مالك نیستند.

از کلام محقق نائینی استفاده می شود که سلطنت همان ملکیت است [73] ولی با بیانی که ذکر شد معلوم می گردد که این ها مغایرت دارند و یکی نیستند. افزون بر این اگر سلطنت، همان ملك باشد در مثل روایت «

الناس مسلطون علی أموالهم

«[74] معنا این می شود که

«الناس مالکون علی أموالهم»

. زیرا مال مضاف به شخص، همان ملك او است و «اموالهم» یعنی «املاکهم» پس معنای جمله این است که مردم، مالك ملك خود هستند و این کلام لغو و تحصیل حاصل و توضیح واضح است. آری سلطنت از آثار و احکام و عوارض ملك است و در غالب موارد، کسی که مالك است سلطنت

هم دارد. و سلطنت را به ملك معنا كردن از موارد خلط لازم به ملزوم است.

نتیجه: حق اضافه اعتباری خاصی است که غیر از اضافه ملکیت و مالیت و سلطنت است و میان شخصی با شخص دیگر یا با شیء ای دیگر، اعتبار می شود و احکام خاص خود را دارد.

اقسام حق و معاوضه بر حق

شیخ اعظم در مکاسب حقوق را از نظر قابل معاوضه و نقل اختیاری بودن و قابل انتقال قهری بودن و قابل اسقاط بودن سه دسته کرده [75] است که اجمالاً این اقسام را با ذکر يك مثال برای هر کدام، بیان می کنیم و به بیان جزئیات نمی پردازیم.

1. حقوقی که نه قابل اسقاط هستند، نه قابل انتقال قهری (ارث بردن) و نه قابل نقل

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 36

اختیاری (معاوضه)؛ مثل حق ولایت حاکم، حق وصایت وصی و حق اُبوْت. ولایت و رضایت و مانند این ها از حقوق نیستند تا زمام امر آن ها در دستان صاحب حق باشد و بتواند اسقاط کند یا به دیگری منتقل کند، بلکه ولایت، مثل ولایت پیامبر یا ائمه (ع) از احکام شرعی وضعی است که اختیار آن با مولای حکیم است و مادامی که او جعل ولایت کرده است ولایت والی باقی است.

2. حقوقی که قابل اسقاط و قابل انتقال به نقل قهری هستند ولی قابل معاوضه و نقل اختیاری نیستند؛ مثل حق شفعه و حق خیار برای نمونه، حق الخیاری که هر دو طرف یا يك طرف معامله پیدا می کنند می توانند اسقاط کنند یا اگر در زمان خیار مردند به وارث آن ها منتقل شود. این احکام در باب خیارات به تفصیل بیان خواهد شد. [76]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 37

3. حقوقی که قابل اسقاط

و قابل انتقال قهری و قابل نقل اختیاری هستند، مثل

حَقَّ التَّحْجِيرِ وَ حَقَّ السَّبْقِ. [77]

نتیجه: حقوق هم مثل منافع و اعیان علی القاعده قابل معاوضه هستند و بیع و شراء آن ها بلامانع است؛ مگر این که در موردی دلیل خاص بر عدم جواز قیام کند که در آن جا تابع دلیل هستیم؛ همان طور که در مورد اعیان و منافع هم در مواردی به دلیل خاص معامله صحیح نیست مثل فروش خمر و خنزیر، یا فروش منافع حرام یک شیء.

یک نکته: حکم حقوقی که قابل نقل بودن آن ها از نظر عرف و شرع احراز شده باشد، روشن است. و حکم حقوقی که شرعاً و عرفاً غیر قابل نقل باشند، باز روشن است، ولی اگر در مورد حقی شک کردیم که قابل نقل هست یا نه، اگر شک ما در قابلیت عرفیه باشد نمی توانیم به عموماً معاملات استناد کنیم زیرا فرع بر احراز صدق اسم و عنوان است. آری اگر شک در قابلیت شرعی باشد و صدق عرفی محرز باشد، می توانیم به اطلاعات باب استدلال کنیم، زیرا اصل صدق عنوان بیع محرز است و شک ما در یک خصوصیت زائد بر صدق عنوان است و شرط تمسک به اطلاق یا عموم، فراهم است.

نکته نهم، اعتباری بودن ماهیت بیع

بیع و سایر معاملات (اجاره، نکاح، جعاله و ...) نه از مقوله لفظ و قول هستند که ایجاب

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 38

و قبول یا ایجاب تنها باشند و نه از مقوله فعل و عمل هستند که داد و ستد خارجی و اعطا و اخذ باشند؛ بلکه از امور معنوی هستند، زیرا بیع دارای ماهیت اعتباری است که عقلاً آن را اعتبار کرده اند و شارع مقدس امضا نموده است. قوام امر

اعتباری هم به اعتبار است و اعتبار به نفس اعتبارکننده قائم است و از اموری است که در نفس او موجود است و آن عبارت است از نفس مبادله مال به مال در اضافه ای از اضافات آن، که اضافه ملکیت یا مالیت یا حقیقت باشد، و نفس تملیک و تملک در عالم اعتبار که هرکدام اضافه ای را که میان او و مالش وجود دارد به دیگری عطا می کند. البته این اعتبار نفسانی باید با قول یا اشاره یا فعل ابراز شود، ولی بیع، خود این انشای قولی یا فعلی نیست بلکه مُنشأً به این انشا و معتبر به این اعتبار است. و لذا گاهی با قول، انشا می شود و از آن به «بیع به صیغه» تعبیر می شود، و گاهی با فعل انشا می شود و از آن به «معاطات» تعبیر می شود. خلاصه این که خود ایجاب و قبول بیع نیست، بلکه بیع به سبب آن انجام می گیرد.

تعاریف بیع در اصطلاح فقها

غیر از نکته های مذکور نکات دیگری نیز جای بحث، و گفت و گو دارد که در بحث های اصولی مطرح شده است و نیازی به توضیح ندارد؛ مثلاً بیع از امور انشایی است و باید ماهیت انشا بیان شود، یا مثلاً الفاظ معاملات برای خصوص صحیح وضع شده اند یا برای اعم از صحیح و فاسد؟ و ... اما در این جا از بحث های مقدماتی صرف نظر می کنیم و به تعریف بیع نزد فقها می پردازیم.

قبل از هر توضیحی توجه به يك نکته ضروری است: بیع و مطلق الفاظ معاملات از اموری نیستند که دارای حقیقت شرعیه یا متشرعیه باشند و معانی آن ها پس از اسلام حادث شده باشد- نظیر الفاظ عبادات که به قول مشهور ماهیات

مجموعه و از مخترعات شارع می باشند- بلکه به همان معنای عرفی خود باقی هستند و تعریف های

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 39

گوناگون فقها در حقیقت تعبیر و بیانی علمی از همان حقیقت عرفیه است.

در کتاب مفتاح الکرامه [78] و مکاسب شیخ اعظم [79] تعریف های متعددی نقل شده و مورد ارزیابی قرار گرفته است. نخست چهار تعریف- که در مکاسب ذکر شده است بیان می شود، سپس به برخی تعاریف محققان متأخر هم اشاره می گردد:

1. تعریف شیخ طوسی در مبسوط [80] و ابن ادریس در سرائر [81] و علامه در تذکره [82] و غیره: «البيع انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدّر علی وجه التراضي». [83]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 40

2. تعریف منسوب به مشهور، از جمله محقق اول [84] و شهید اول [85]: «البيع الإيجاب والقبول الدالان علی الانتقال». [86]

3. تعریف محقق ثانی: «البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة». البته این عبارت را شیخ در مکاسب [87] نقل کرده است ولی در جامع المقاصد عبارت خود محقق ثانی از این قرار است: «البيع نقل الملك من مالك إلى آخر بصيغة مخصوصة» [88]. [89]

4. تعریف شیخ اعظم: «البيع انشاء تمليك عين بمال» [90]. [91]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 41

5. محقق نائینی براساس اشکالی که به تعریف شیخ کرد، از آن عدول کرده و بیع را چنین تعریف کرده است: «البيع تمليك عين بعوض فی ظرف تملك المشتري» [92]. [93]

6. تعریف محقق اصفهانی: ایشان در حاشیه بر مکاسب [94] پس از ذکر نقوضی چند بر تعریف شیخ انصاری، خود در صدد تعریف برآمده و گفته است: «ولا- یبعد أن یقال: إنّ البيع جعل شیءٍ بإزاء شیءٍ فیختلف أثره بحسب الموارد». در ادامه هم گفته است: «هذا المسلك وإن كان غیر معروف ولا مألوف إلا أنّ المتبع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 42

7. امام راحل در کتاب بیع تعریف مصباح المنیر [97] را محکم ترین تعریف دانسته و بیع را به مبادله مال به مال تعریف نموده است [98] و در ادامه برخی از توهمات و شبهات را از تعریف رفع کرده و پاسخ داده است که انصافاً دفاع ایشان از تعریف، کاملاً متین و حکیمانه است و جای چون و چرا برای کسی باقی نمی گذارد. [99]

در پایان می گوئیم: مفهوم بیع از مفاهیم واضح و بدیهی است و هر کسی از آن معنای روشنی در ذهن دارد و بر آن اساس واژه بیع را در موارد خودش استعمال می کند. بر این اساس تعریف های مذکور هیچ کدام ماهوی نیست تا جای ایراد و اشکال باشد بلکه از نوع تعریف لفظی است که عبارتی را به عبارت بهتر ادا می کنند. پس معیار، فهم عرف است؛ آن گاه در مواردی که صدق عرفی محرز است احکام بیع جاری می شود و در مواردی که عدم صدق محرز است احکام بیع را ندارد. آری موارد شك (شبهه مصداقیه) نیز وجود دارد که صدق بیع مشکوک است، در این موارد فقیه به عمومات و اطلاقات وجوب وفا به عقود، و تجارت و مانند آن مراجعه می کند. و اگر به هر دلیل نتواند به آن ها رجوع کند، آخرین راه، مراجعه به اصول عملیه است. تا این جا بحث های مقدماتی مطرح شد.

تعریف بیع نزد فقهای اهل سنت: در کتاب الفقه علی المذاهب الأربعة در اول کتاب احکام بیع در متن کتاب می خوانیم: «تعریفه: فی اللغة: مقابلة شیء بشیء ... وقال بعض

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 43

الفقهاء: إنَّ معناه فی اللغة: تملیک المال بالمال ... ونقل بعضهم

بررسی ایجاب و قبول در بیع

اشاره

مسألة 1: عقد البيع يحتاج إلى إيجاب وقبول، وقد يستغنى بالإيجاب عن القبول، كما إذا وُكِّل المشتري أو البائع صاحبه في البيع والشراء أو وُكِّلًا ثالثاً، فيقول: «بعت هذا بهذا» فإنَّ الأقوى عدم الاحتياج حينئذٍ إلى القبول. والأقوى عدم اعتبار العربية، بل يقع بكلِّ لغة ولو مع إمكان العربي. كما أنه لا- يعتبر فيه الصراحة، بل يقع بكلِّ لفظ دالٍّ على المقصود عند أهل المحاورة، ك- «بعتُ» و «ملكتُ» ونحوها في الإيجاب، و «قبلت» و «اشتريت» و «ابتعت» ونحو ذلك في القبول. والظاهر عدم اعتبار الماضيّة، فيجوز بالمضارع وإن كان أحوط. ولا يعتبر فيه عدم اللحن من حيث المادّة والهيئة والإعراب؛ إذا كان دالّاً على المقصود عند أبناء المحاورة، وعُدّ ملحوناً منه لا كلاماً آخر ذكر في هذا المقام، كما إذا قال: «بعت» بفتح الباء أو بكسر العين وسكون التاء؛ وأولى بذلك، اللغات المحرّفة كالمداولة بين أهل السواد ومن ضاهاهم.

ترجمه: عقد بیع نیاز به ایجاب و قبول دارد و گاهی به وسیله ایجاب از قبول بی نیاز می شود، مثل این که خریدار یا فروشنده، طرفش را در خرید و فروش وکیل کند، یا هر دو، شخص سومی را وکیل کنند [و وکیل] بگویند: «این را به آن فروختم» اقوا آن است که در این صورت نیازی به قبول نیست.

اقوا آن است که عربی بودن [عقد] لازم نیست، بلکه با هر لغتی واقع می شود حتی اگر عربی ممکن باشد.

در عقد، صراحت نیز اعتبار ندارد، بلکه با هر لفظی که نزد اهل محاوره دلالت بر مقصود کند واقع می شود،

مانند «بعت» (فروختم) و «ملکت» (تملیک نمودم) و مانند این‌ها در ایجاب؛ و «قبلت» (قبول کردم) و «اشتریت» (خریدم) و «ابتعت» (ابتیاع نمودم) و مانند این‌ها در قبول. و ظاهر آن است که ماضی بودن صیغه معتبر نیست؛ پس با مضارع (صیغه زمان حال یا آینده) نیز جایز است؛ اگرچه احتیاط [مستحب] ماضی بودن است.

در صورتی که نزد اهل زبان دلالت بر مقصود بکنند لازم نیست که از نظر جنس و شکل و اعراب، غلط ادا نشود، البته در صورتی که عقد غلط شمرده شود، نه آن که کلامی غیر از آنچه مورد نظر طرفین است به حساب آید مثلاً بگوید: «بعت» - به فتحه باء یا به کسره عین و سکون تاء- و از آن شایسته تر- به صحت-، لغات تحریف شده است، مانند لغاتی که بین اهل عراق و کسانی که نظیر آن‌ها هستند، متداول است.

شرح: فراز اول مسأله: بیع در يك تقسیم کلی دو قسم است: 1. بیع قولی یا بیع به صیغه، که به سبب صیغه خاص (ایجاب و قبول) انشا می شود. 2. بیع فعلی یا معاطات، که به سبب اعطا و اخذ، انشا می شود. از نظر اهمیت، بیع به صیغه، اصل و مهم است و در اصل بیع بودن معاطات بحث است که بررسی خواهد شد. ولی از نظر زمانی، معاطات جلوتر است؛ از روزی که بشر وارد معاملات شد و جنس به جنس را مبادله کرد به شکل معاطات بوده است و تا به امروز هم معاطات وجود دارد، و حداقل در چیزهای حقیر و یسیر از معاطات استفاده می شود، مثلاً کسی پول می دهد و يك پاکت شیر می گیرد. کسانی که قدمت زمانی یا

درباره معاطات بحث کرده اند. مثل شیخ اعظم در مکاسب [102]. کسانی هم که اهمیت بحث را ملاک تقدم دانسته اند ابتدا درباره بیع به صیغه بحث کرده اند، مثل مرحوم امام در متن تحریر الوسیله، ما نیز که در مقام شرح تحریر هستیم طبیعی است که از متن و ماتن اعظم پیروی کنیم.

شکی نیست که بیع یکی از معاملات به معنای اخص کلمه (عقود) است. و شکی نیست که هر عقدی مرکب از ایجاب و قبول است و دو طرف دارد، و قطعاً بر انشای ایجاب و قبول، بیع صدق می کند و اگر سایر شروط باشد صحیح و لازم هم می گردد. ولی آیا این يك قانون کلی است و استثنا بردار نیست و هر بیع به صیغه ای محتاج به ایجاب و قبول است یا مواردی به عنوان تبصره وجود دارد که بیع با ایجاب تنها منعقد می شود و نیازی به انضمام قبول نیست؟ مرحوم امام در متن تحریر می فرماید: اگرچه اصل و قاعده همین است که ایجاب و قبول هر دو باشند، ولی چند مورد از این اصل استثنا شده است. در این جا به دو مورد اشاره می شود که هر دو از باب توکیل در اجرای عقد است:

1. یکی از طرفین معامله، دیگری را در اجرای صیغه وکیل کند؛ در این جا عاقد که خود، يك طرف معامله است با گفتن «بعث هذا بهذا» معامله را واقع می سازد و نیازی به گفتن «قبلت» یا «اشتریت» و مانند آن نیست.

2. هر دو طرف معامله فرد ثالثی را در اجرای صیغه وکیل کنند؛ در این جا هم ایجاب تنها کافی است و با

گفتن «بعت هذا بهذا» معامله واقع می شود و گفتن قبول لازم نیست.

در باب ولایت و وصایت هم مواردی وجود دارد که ایجاب، به تنهایی کفایت می کند و نیازی به قبول نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 48

دلایل تبصره های مذکور:

1. دانستیم که بیع نزد عرف مبادله مال به مال یا تمليك مال به مال یا عین به مال یا عین به عوض و مانند آن است، و شکی نیست که در موارد مذکور به مجرد ایجاب، این معنا صدق می کند و وکیل یا ولی یا وصی، مالی را به مالی مبادله کرد و در اضافه مالیت تبادل و جابه جایی صورت گرفت، بنابراین نیازی به آوردن قبول نیست و آوردنش لغو است. البته باید رضایت طرفین باشد تا تجارت و بیع صحیح باشد، برخلاف ایقاعات [103] که رضایت طرف لازم نیست ولی پس از احراز رضایت، گفتن «قبلت» و مانند آن لازم نیست و بدون آن نیز بیع صدق می کند، عمومات و مطلقات بیع و تجارت این موارد را شامل می شود.

2. در کتاب نکاح روایاتی داریم مبنی بر جواز انشای صیغه نکاح به ایجاب تنها و وقتی در نکاح کفایت کند، در بیع و اجاره و مانند آن به طریق اولی کفایت می کند. و آن روایات در دو باب است.

الف) ابواب نکاح عبید و اماء [104]: در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر (ع) آمده است:

قال: سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال:

«يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة...» [105]

ب) ابواب عقد نکاح باب اول [106]: برای نمونه یکی از روایات نقل می شود: در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر (ع) نقل شده است:

فقال: أتحنن شيئاً من القرآن؟ قال:

(نعم،

قال: قد زوّجتکها علی ما تحسن من

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 49

القرآن فعلمها إياه». [107]

محل شاهد جمله «قد زوّجتکها» است که ایجاب تنها است.

سؤال: قول مرد؛ یعنی «زوّجنی» قبول است و بر ایجاب مقدم شده و از موارد استیجاب و ایجاب است، نه این که قبول لازم نباشد.

پاسخ: ابتدا این قول در صدد استیجاب و انشای قبول تزویج نیست بلکه صرف تقاضا و درخواست و اعلام آمادگی است نه قبول نکاح، بنابراین به ایجاب تنها واقع شده است، ضمن این که در سه روایت دیگر باب این تعبیر نیست تا ادعا شود که قبول دارد؛ ولی پیش از ایجاب ذکر شده است.

نتیجه: در مواردی که عاقد، وکیل یا ولی یا وصی باشد ایجاب کفایت می کند، این فتوای امام است و فتوای مرحوم سید در عروه [108] در کتاب نکاح نیز همین است.

مرحوم خوئی در شرح عروه [109] با این فتوا مخالفت کرده است. اما فتوای امام راحل کاملاً مستند و دارای مدرک است و طبق نظر ایشان، در موارد استثنای مذکور نیازی به قبول نیست. بلکه می توان اضافه کرد که گاهی با قبول تنها کفایت می کند، ولی نه به لفظ «قبلت» که فرع بر وجود ایجابی است تا قبول به آن تعلق بگیرد، بلکه بالفظ «ملکت هذا بهذا» - اگر در شراء هم استعمال شود - و با لفظ «اشتریت هذا بهذا» کفایت می کند زیرا اطلاعات تجارت از روی تراضی، آن را شامل می شود. البته از آن جا که کسی نگفته، احوط این است که به این الفاظ بسنده نشود ولی اکتفا به ایجاب، کاملاً قابل استدلال است و در روایات نکاح هم صریحاً ذکر شده است و علاوه بر روایاتی که قبلاً ذکر شد، روایت

سهل ساعدی از رسول خدا (ص) نیز وجود دارد که در منابع فریقین نقل شده [110] و شبیه صحیحہ محمد بن مسلم است که قبلاً نقل کردیم.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 50

شروط عقد البیع

اشاره

شیخ اعظم [111] برای بیع به صیغه سه دسته شرط ذکر کرده است.

امام راحل در کتاب تحریر تحت عنوان «القول فی شروط البیع» تنها ذکر کرده و برای شروط صیغه باب جدایی نیاورده است اما در ضمن چند مسأله در آغاز «کتاب بیع» آن ها را یادآور شده است. شاید به این دلیل که حقیقت بیع مبادله مال به مال است که غالباً از سوی مالک ها و گاهی از سوی ولی و وکیل و وصی و فضولی است و بدیهی است که شروط طرفین و عوضین مربوط به اصل مبادله و صحت و لزوم آن است و باید بیان شوند. ولی صیغه در حقیقت اعتباری بیع دخالت ندارد بلکه به سبب آن، بیع و مبادله انشا می شود، پس در واقع صیغه و عقد، سبب مبادله فوق است نه خود آن؛ شروط صیغه هم شروط سبب مبادله است نه شروط خود بیع.

مرحوم امام طوسی چند مسأله تمام شروط عقد بیع را برشمرده است. بیشتر شروطی که ذکر می شود مخصوص عقد بیع نیست بلکه در الفاظ کلیه عقود و ایقاعات مطرح است.

1. عربیت عقود و ایقاعات

شرط اول از شروط مطلق عقود و ایقاعات، به زبان عربی بودن آن هاست. در این باره دو نظر مطرح است:

گروهی مثل فاضل مقداد، [112] محقق ثانی [113] و شهید ثانی [114] عربیت را شرط دانسته اند و با قدرت بر انشای صیغه به عربی، لزوماً باید به لغت عرب انشا شود و به غیرعربی بیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 51

نیست؛ و یا به عبارتی، صحیح نیست. فرض عجز بعداً بحث خواهد شد. این گروه به چهار دلیل استدلال کرده اند:

دلیل 1. اگر به زبان عربی انشا نشود، مفهوم آن محقق نمی شود؛ انشا به

زبان دیگر موضوعاً و تخصصاً خارج از عقد است.

پاسخ: دلیل فوق، هیچ پشتوانه عقلی (برهان) و نقلی (تعبد) و عرفی و عقلانی ندارد؛ نظر عرف، این معامله خاص به هر زبان که انشا شود نامش بیع است و عمومات و مطلقات باب بیع و عقد و تجارت آن را شامل می شود.

دلیل 2. پیامبر (ص) صیغ عقود و ایقاعات را به عربی انشا می کرد- با این که به علم الهی، قدرت داشت به زبان های دیگر انشا کند- فعل پیامبر حجت است و ما مسلمانان باید به او اقتدا کنیم و حتماً به عربی انشا نماییم.

پاسخ: اولاً انشا به غیر عربی مورد ابتلای حضرت نبوده تا به فعل او استناد شود؛ ثانیاً عمل مجمل است و حداکثر «جواز» یا «رجحان» انشا به عربی را دلالت دارد و بر وجوب و لزوم آن دلالت نمی کند.

دلیل 3. به زودی تبیین خواهد شد که انشای عقد به مضارع عربی صحیح نیست- با این که اصل عربیت را دارد- پس انشای آن به غیرعربی به طریق اولی صحیح نیست.

پاسخ: اولاً بررسی خواهیم کرد که انشا به فعل مضارع نیز صحیح است؛ ثانیاً بر فرض که صحیح نباشد؛ این به خاطر ویژگی هایی است که در مضارع وجود دارد اما در ماضی نیست؛ ماضی چه عربی چه غیرعربی از الفاظی است که به درد انشا می خورد. پس قیاس اولویت باطل است.

دلیل 4. بر فرض هیچ دلیلی بر لزوم عربیت نباشد و شك در اعتبار آن داشته باشیم باز کافی است که احتیاط کنیم و از باب قدر متیقن به عربی انشا کنیم؛ زیرا نسبت به انشای به لغت دیگر، شك در تأثیر داریم و اصل اولی

در معاملات، فساد و عدم ترتب اثر است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 52

پاسخ: مطلقاً و عمومات باب بیع؛ یعنی أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَتِجَارَتَهُ؛ یعنی تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ وَعُقُودٍ؛ یعنی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ انشا به غیر عربی را نیز شامل می شوند و دلیلی بر انصراف آن ها به خصوص عربی وجود ندارد، زیرا غلبه وجود و فرد غالب و مورد ابتلا بودن، سبب انصراف نیست و با وجود دلیل اجتهادی نوبت به اصل عملی نمی رسد.

نتیجه: هیچ دلیل قانع کننده ای بر عدم صحت عقد بیع یا هر عقد دیگر با لفظ غیر عربی نداریم؛ بلکه دلیل بر خلاف داریم؛ یعنی عمومات و اطلاقات که ذکر شد. دلیل دیگر این است که مسأله وجوب انشا به زبان عربی از مسائل مهم و مورد ابتلای مسلمانان است؛ در چنین موردی اگر عربیت شرط بود حتماً بیان می شد، آن هم در حد تواتر. مخصوصاً که بیش تر مسلمانان غیر عرب بودند؛ در حالی که لزوم عربیت صیغه حتی به صورت خبر واحد هم وارد نشده است. از این جا به طور یقین کشف می کنیم که عربیت معتبر نیست و قول محققان در برابر قول اول، همین است.

نظر امام راحل در متن تحریر همین است که با امکان انشای عقد به عربی می توان به لغت دیگر، انشای بیع کرد و لزومی ندارد به عربی انشا شود. آری در خصوص صیغه نکاح و طلاق یا قائل به احتیاط واجب است و یا فتوا به لزوم عربیت داده است که در جای خود ویژگی آن دو باب بیان خواهد شد، ولی در سایر ابواب عقود و ایقاعات عربیت معتبر نیست.

2. صراحت یا کنایی بودن لفظ عقد

شرط دومی که درباره صیغه عقود و ایقاعات مورد

بحث قرار گرفته، استفاده از الفاظی است که به صراحت بر مراد انشاکننده دلالت می کنند، یا در مراد عاقد حقیقت می باشند و برای دلالت بر فلان معامله وضع شده باشند، یا ظهور در دلالت بر مراد وی داشته باشند. [115] بحث این است که در مقام انشای عقود و ایقاعات حتماً باید الفاظ صریح به کار

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 53

ببریم یا از کنایه نیز می توانیم استفاده کنیم به شرط این که مفید مقصود باشد؟ آیا لزوماً باید از حقایق استفاده کنیم یا مجازات هم با افاده مقصود، مانعی ندارد؟ آیا لزوماً باید از الفاظی که ظهور ذاتی دارند استفاده شود یا از مشترك لفظی یا معنوی هم با آوردن قرینه مفهمه مانعی ندارد؟ در این باره شش قول وجود دارد:

1. عده ای تصریح را شرط کرده و استفاده از الفاظ صریح را لازم دانسته اند و اکتفا به کنایات را جایز نمی دانند. [116]

2. عده ای حقیقت بودن را شرط دانسته اند و اکتفا به مجازات را جایز ندانسته اند و فرقی میان مجاز قریب و بعید نگذاشته اند. [117]

3. هر معامله ای نزد عرف با هر عنوانی که مشهور است با همان عنوان باید انشا شود، مثلاً بیع با لفظ «بعت»، اجاره با لفظ «آجرت» یا «اکریت»، صلح با لفظ «صالحت» و ... و به الفاظ دیگر؛ حتی اگر مقصود را بفهمانند انشای عقد یا ایقاع صحیح نیست. به دیگر سخن باید از الفاظ و عباراتی استفاده کنیم که به حمل اولی (حمل مفهومی) بر معامله دلالت کنند، مثل «اشتریت» یا مرادف آن که «ابتعت» باشد برای خریدن استفاده شود نه لفظ دیگر.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 54

4. الفاظ معاملات مثل الفاظ عبادات توقیفی هستند و باید

از شارع مقدس تلقی شوند و به ما رسیده باشند و تنها از صیغ تلقی شده از معصوم می توانیم استفاده کنیم نه از لفظ دیگر؛ حتی اگر مرادف آن باشد. مثلاً در نکاح از صیغ «انکحت» یا «زوّجت» یا «متّعت» استفاده کنیم؛ زیرا قرآن کریم به هر سه تصریح کرده است. و اما صیغه هایی که در لسان کتاب و سنت نیامده است قابل استفاده نیست. [118]

5. باید از الفاظی که ظهور دارند استفاده شود، و از مشترك لفظی و معنوی ولو قرینه مفهمه داشته باشند حق نداریم استفاده کنیم، مثلاً لفظ «شریت» در لغت عرب به دو معنای متضاد (خریدن و فروختن) آمده و چون مشترك لفظی است حق نداریم در ایجاب بیع از آن استفاده کنیم اگرچه قرینه بر اراده فروختن قائم باشد.

عمده دلیل اقوال مزبور این است که: عقد یا ایقاع به لفظ صریح قطعاً منعقد می شود و قدر متیقن است، ولی به لفظ کنایه مشکوک است؛ و نیز به لفظی که حقیقت است حتماً واقع می شود، ولی به مجاز مشکوک است، به مشترك لفظی و مانند آن مشکوک است و در نتیجه با انشای معامله با الفاظ کنایی و مجازی و ... شك می کنیم که معامله منعقد شد یا خیر؟ صحیح است یا باطل؟ از اصالت فساد- که اصل اوّلی در معاملات است- استفاده می کنیم و حکم می کنیم به عدم انعقاد معامله، عدم ترتب اثر، عدم نقل و انتقال. اگر هم در این استصحاب ها مناقشه شود که استصحاب عدم ازلی اعتباری ندارد، از اصل بقای ملك برای مالك اصلی استفاده می شود که استصحاب وجودی است و ارکان آن کامل است. علامه در تذکره

به این دلیل تصریح کرده است. [119] دلایل دیگری نیز در لابه لای کلمات بزرگان آمده که نیازی به ذکر ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 55

6. قول عدّه ای از محققان از جمله امام راحل در کتاب بیع [120] و در متن تحریر، و مرحوم آیت الله خوئی در مصباح [121] این است که با هر لفظی که دال بر مراد متکلم باشد و متفاهم عرفی داشته باشد می توانیم عقد یا ایقاع را انشا کنیم - بجز باب نکاح و طلاق که در جای خود بحث خواهد شد - خواه لفظ صریح باشد یا کنایه، خواه حقیقت باشد یا مجاز، خواه مجاز قریب باشد یا بعید، خواه قرینه اش مقالیه باشد یا غیر مقالیه، خواه مختص باشد یا مشترك لفظی یا مشترك معنوی؛ به شرط این که در همه موارد، صیغه به گونه ای القا شود که کاملاً و به طور واضح بر مراد متکلم دلالت کند و اهل محاوره قضاوت کنند که مقصود، فلان معامله است.

دلیل: 1. حقیقت معامله همان مبادله اعتباری است که قائم به نفس معتبر و طرفین معامله است که از آن به معامله مسببی یا معاهده و معاهده و معامله عرفی تعبیر می شود و قوام بیع به همان تمليك و تملك واقعی است؛ البته باید به چیزی انشا شود و با نشانه ای ابراز گردد و مجرد اعتبار نفسانی کافی نیست. [122] اما این که آن سبب حتماً لفظ صریح باشد، یا حتماً حقیقت باشد، یا حتماً به حمل اول بر فلان معامله دلالت کند، یا حتماً از شارع تلقی شده باشد، هیچ کدام دلیل ندارد و خلاف عرف و سیره عقلاست و حتی لفظ هم لازم نیست، بلکه با اشاره و عمل و مانند آن نیز مبادله

عقلانی قابل انشاست و عقلاً این کارها را می کنند. بنابراین به هرکدام از الفاظ مزبور جایز است و عقد یا ایقاع منعقد می شود، البته باید همراه با قرآنی باشد که عرف مراد را بفهمد و گرنه گاهی از نظر عرف غلط است ولو صد قرینه بیاورد مثلاً از «بعت» نکاح را اراده کند، از «انکحت» به کمک قرآنی بیع را اراده کند، از «صالحت» اجاره مرادش باشد و ...

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 56

این صحیح نیست ولی ملزم به استفاده از لفظ صریح و حقیقت و ظاهر هم نیستیم، بنابراین می شود بیع را با لفظ «بعت»، «ملکت بکذا»، «بادلت کذا بکذا»، «جعلت هذا عوضاً عن ذاك»، «خذ هذا بکذا» و ... انشا کرد.

2. اطلاعات و عمومات باب عقود و ایقاعات؛ زیرا آنچه مهم است بیع عرفی است و با هر لفظی که عرف، مقصود را بفهمد کفایت می کند. از همین جا جواب اقوال قبلی هم داده می شود که با وجود دلایل اجتهادی، نوبت به اصل عملی نمی رسد.

با توجه به توضیحاتی که در قول ششم داده شد دیگر نیازی به تبیین و توضیح هر یک از الفاظ نیست. امام راحل هم در کتاب البیع به این نکته تصریح فرموده است:

فعلى ذلك يقع البحث عن ألفاظ الإيجاب والقبول، وأنَّ أيَّهما مختصٌّ، وأيَّهما مشترك، زانداً [123]. [124]

3. صحت انشای عقد با صیغه مضارع

اشاره

شرط سومی که در مورد صیغ عقود و ایقاعات مطرح شده است، ماضی بودن آن هاست؛ صحت انشای عقد یا ایقاع به صیغه ماضی جای بحث ندارد، ولی آیا لزوماً باید ماضی باشد یا به صیغه مضارع- و حتی به صیغه امر- نیز جایز است و منعقد می شود؟ در این باره دو نظریه وجود دارد:

1. به فتوای مشهور

فقه‌ها ماضویت شرط است و به مضارع یا امر منعقد نمی‌شود؛

2. به فتوای عده‌ای از فقها- از قبیل قاضی ابن براج [125] از متقدمان، شیخ اعظم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 57

انصاری، [126] امام راحل، [127] و آیت الله خوئی- [128] ماضی بودن شرط نیست و به فعل مضارع- مثل «أبیعك هذا بكذا»، «أترجك علی كذا»- و فعل امر- مثل «اشتر منی بكذا»، «زوّجینی نفسك»- نیز جایز است.

دلایل قول مشهور

1. ادعای شهرت فتوائیه. [129]

پاسخ: شهرت فتوائیه حجت نیست.

2. ادعای اجماع. [130]

پاسخ: اولاً مسأله اجماعی نیست؛ ثانیاً اجماع منقول حجت نیست؛ ثالثاً بر فرض که حجت باشد یا حتی اجماع محصل داشته باشیم به احتمال زیاد مدرکی است و اجماع تعبّدی به مناط کشف قطعی از رضایت معصوم نیست تا ارزشمند باشد.

3. فعل ماضی صریح در انشاست ولی فعل مضارع به وعده دادن شبیه تر است. انشای فعل امر هم در حقیقت استدعا و تقاضای معامله است نه این که انشای معامله باشد.

پاسخ: قبول نداریم که ماضی صریح در انشا باشد بلکه این نیز در دو مقام اخبار و انشا استعمال می‌شود [131] و برای اراده انشا نیاز به قرینه- حالیه و مقامیه و مانند آن- دارد. همان طور که مضارع و امر- برای دلالت بر انشای عقد- محتاج به قرینه می‌باشند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 58

وانگهی در مضارع و امر، امتیازی وجود دارد که در ماضی نیست؛ زیرا مضارع میان حال و آینده مشترك است و اراده حال معنای حقیقی آن است، امر هم که برای انشا وضع شده است؛ [132] بنابراین استعمال امر و مضارع در انشای عقد و ایقاع مناسب تر و اولی از ماضی است. آری متعارف این است که از مضارع و امر کم تر استفاده

می‌کنند. بنابراین اگر صراحت در انشا معتبر باشد از ماضی هم نباید استفاده کنیم.

توضیح بیشتر این که در شرط قبلی به تفصیل بیان شد که حقیقت معامله، قائم به نفس طرفین است و در عالم اعتبار هرکدام اضافه مالیت و ملکیت را از گردن خود باز کرده و به دوش دیگری می‌گذارند، البته مجرد اعتبار نفسانی کافی نیست، يك لفظ یا يك فعلی لازم است تا به سبب آن، معامله عقلانی انشا شود ولی این که آن لفظ چگونه باشد مهم نیست؛ با الفاظ صریح، کنایه، حقیقت، مجاز و ... به شرط دلالت آن‌ها بر مراد، نزد اهل لسان، انشا صحیح است و حتی لفظ هم لازم نیست و با فعل هم می‌توان مبادله انشا کرد. بر این اساس به ماضی هم می‌شود اشاره کرد، به مضارع و امر نیز مانعی ندارد. دیگر این که فرد غالب در خارج و میان اهل معامله، انشا به صیغه ماضی است و به لفظ مضارع خیلی کم است، دلیل نمی‌شود که به فعل مضارع غلط باشد.

4. اگر به فعل ماضی انشا شود قطعاً صحیح است ولی اگر به سبب مضارع و امر انشا شود شك داریم و جای اصل فساد است که اصل اولی در معامله است. پس، ماضویت لازم است.

پاسخ: اصل عملی وقتی دلیل است که دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد و بزودی در بیان دلایل قول دوم تبیین خواهیم کرد که عمومات و اطلاعات و خصوصیات، دلیل جواز انشا به فعل مضارع و امر است و با وجود آن‌ها جای اصل عملی نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 59

دلایل قول دوم

علاوه بر توضیحات پیشین درباره حقیقت معاملات و عدم نیاز آن‌ها

به لفظ خاص، و قابل انشا بودن آن ها با هر لفظی که متفاهم عرفی دارد، و این که اهل لسان ولو به کمک قرینه مراد را می فهمند، دو دلیل دیگر وجود دارد:

1. عمومات و مطلقات ابواب عقود و ایقاعات؛ مثل *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*، *أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ*، «الصلح جایز بین المسلمین» و ... که در مقام بیان هستند و قید نکرده اند که عقد به صیغه ماضی باشد؛ به اطلاق این ها می گوئیم ماضویت شرط نیست.

2. خصوصیات؛ در ابواب مختلف بیع روایاتی داریم که بر جواز بیع به صیغه مضارع و امر دلالت دارد. از جمله در مورد بیع شیر در پستان حیوان، [133] فروش عبد آبق و فراری [134] و فروش مصحف [135] روایاتی وارد شده که صریحاً انشای بیع را به لفظ مضارع و امر آورده است. و در خصوص نکاح نیز روایاتی داریم که عقد نکاح را به فعل مضارع «أتزوجك» و فعل امر «زوّجینی نفسك» بیان کرده اند. [136]

و حمل این ها بر مقام مقابله و گفت و گویای پیش از عقد، خلاف ظاهر است و پذیرفتنی نیست و اگر در نکاح که جای احتیاط است و بنای شارع بر دقت است، انشا به صیغه مضارع جایز است، پس در سایر عقود به طریق اولی جایز است. [137]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 60

صحت عقد در صورت غلط ادا شدن لفظ

این بخش درباره دو نکته است:

1. بر فرض که عربی بودن معتبر باشد آیا لزوماً باید به عربی صحیح عقد را انشا کرد یا به عربی غلط هم مانعی ندارد؟ [138] این مسأله، محل بحث است، و چه بسا محل اشکال باشد؛ زیرا شك در انعقاد آن پیدا می شود و مجرای اصل فساد است. علاوه بر این، معصوم با عربی صحیح تلفظ کرده است

و ما نیز از باب تأسی و اقتدا باید به عربی صحیح انشا کنیم. ولی از بحث‌های گذشته روشن شد که به عربی غلط نیز مانعی ندارد، زیرا آنچه مهم است انشای معامله به وسیله لفظی است که دالّ بر رضایت طرفین باشد. عمومات و اطلاقات هم قیدی ندارد که بیانگر لزوم استفاده از لفظ عربی صحیح باشد، بلکه مخاطب آن‌ها عرف عام است و از نظر عرف عام مثلاً «بِعْتُ» و «بَعْتُ» هر دو انشای بیع است و بر معامله دلالت می‌کنند، و بیش از این هم چیزی لازم نیست و به برکت اطلاقات رد می‌شود.

افزون بر این، اگر انشا به عبارت صحیح فنی لازم بود حتماً بیان می‌شد و به ما می‌رسید، ولی در این باره در معاملات، یک روایت هم وجود ندارد. آری نباید به گونه‌ای باشد که از منظر عرف عام هم غلط تلقی شود و کلام دیگری محسوب شود و قابلیت انشا به آن را نداشته باشد؛ مثلاً به جای «بِعْتُ» نگوید «بَعْتُ». اما اگر از نظر عرف عام

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 61

صحیح باشد و بر معنای مقصود دلالت کند کفایت می‌کند؛ اگرچه از نظر عالم نحوی که عرف خاص است غلط محسوب شود؛ خطابات قرآن به عرف عام است.

سؤال: آیا عقد و ایقاع باید به عربی فصیح انشا شود یا به عربی محلی [139] نیز منعقد می‌شود؟

پاسخ: مانعی ندارد به شرط این که در عرف خود آن‌ها بر معنای مورد نظر دلالت کند. اطلاق عقد و ایقاع در آیات و روایات نیز بیانگر همین مطلب است و اگر لازم بود حتماً بیان می‌شد. اگرچه احتیاط مستحب این است که به عربی صحیح و فصیح

فتوای چهار مذهب اهل سنت نیز همانند نظر فقهای بزرگی مثل آیت الله خوئی و امام راحل است؛ یعنی اهل سنت نیز عربی بودن، ماضی بودن، صریح بودن، حقیقت بودن، صحیح و فصیح بودن را معتبر نمی دانند. [140]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 62

ترتیب

اشاره

مسأله 2: الظاهر جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان بمثل «اشتریت» و «ابتعت»؛ إذا ارید به إنشاء الشراء، لا المعنى المطاوعی، ولا يجوز بمثل «قبلت» و «رضیت»؛ وأما إذا كان بنحو الأمر والاستیجاب، كما إذا قال من یرید الشراء: بعني الشيء الفلانی بكذا فقال البائع: بعته بكذا، فالظاهر الصحة؛ وإن كان الأحوط إعادة المشتري القبول.

ترجمه: اگر صیغه قبول با مانند «اشتریت» و «ابتعت» باشد در صورتی که با گفتن آن، انشا و ایجاد خریدن را اراده کند- نه معنای موافقت و پذیرش فروش را- ظاهراً جلو انداختن قبول جایز است؛ اما با مانند «قبلت» و «رضیت» جایز نیست؛ ولی اگر به نحو امر و تقاضای ایجاب باشد مثلاً کسی که می خواهد بخرد بگوید: «فلان چیز را به این مبلغ به من بفروش» آن گاه فروشنده بگوید: «فروختم آن را در مقابل آن مبلغ»، ظاهر این است که صحیح است؛ اگرچه احتیاط [مستحب] آن است که مشتری قبول را اعاده کند.

شرح: این مسأله درباره اشتراط ترتیب میان ایجاب و قبول است. بی تردید اگر ایجاب، پیش از قبول انشا شود معامله منعقد می شود. قدر متیقن از عقد صحیح هم همین است؛ یعنی نخست ایجاب، سپس قبول انشا می شود. ولی آیا عکس این نیز صحیح است؛ یعنی اگر قبول بر ایجاب انشا مقدم شود باز هم عقد منعقد می شود- اگرچه بهتر آن است که

ایجاب مقدم باشد- یا لزوماً باید ابتدا ایجاب، انشا شود و تقدیم قبول بر آن جایز نیست؟

درباره این مسأله سه قول وجود دارد:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 63

1. عدم جواز تقدیم

عده ای از فقهای عظام از قبیل شیخ طوسی در کتاب خلاف [141] و ابن حمزه طوسی [142] و ابن ادریس حلی [143] و علامه در تذکره [144] و فخرالمحققین [145] و محقق ثانی [146] فتوا به عدم جواز تقدیم قبول داده اند و در مجموع به سه دلیل استدلال کرده اند.

الف) ادعای اجماع: شهید اول در غایة المراد از شیخ طوسی در خلاف نقل اجماع کرده است. [147] ولی سخن شیخ در خلاف این است که بیع با تقدیم ایجاب، مورد اتفاق همه است و از باب متیقن به آن اخذ می شود و بر جانب عدم تقدیم قبول، اجماعی ادعا نکرده است. بر فرض هم که ادعایی باشد بارها پاسخ این گونه اجماعات داده شده است.

ب) گفته محقق ثانی: قبول، مبتنی بر ایجاب (فرع و تابع آن) است و تقدم آن بر ایجاب صحیح نیست. [148] این دلیل هم در مثل «قبلت» و «رضیت» پذیرفتنی است ولی در مثل «اشتریت» و «اتبعت» و مانند آن مقبول نیست. تفصیل این مطلب در قول سوم خواهد آمد.

ج) در خارج و میان اهل معامله متعارف این است که ایجاب، مقدم بر قبول است، و اطلاق آیات و روایات بیع و تجارت و عقد، بر همین فرد متعارف حمل می شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 64

فرض تقدیم قبول بر ایجاب مشکوک است و اصل اولی در معاملات هم فساد [149] است؛ پس حتماً باید ایجاب جلوتر و قبول بعداً انشا شود، وگرنه معامله در ظاهر باطل است.

2. جواز تقدیم

عده دیگری از بزرگان فقها مثل شیخ طوسی در مبسوط [150] و محقق اول [151] و علامه در برخی کتاب های خود [152] و شهید اول [153] و شهید ثانی [154] و محقق اردبیلی [155] و صاحب حدائق [156] و صاحب جواهر [157] (قدس

الله اسرارهم)، فتوا به جواز تقدیم قبول بر ایجاب داده اند و به دو دسته دلیل استناد کرده اند:

الف) عموماً و اطلاقات که بر حلیت بیع و تجارت و وجوب وفا به عقد دلالت دارند و قیدی هم ندارند که حتماً عقد یا بیعی باشد تا ایجاب مقدم باشد؛ بنابراین فرض تقدیم قبول را نیز شامل می شوند. دیگر این که ادعای انصراف آن ها به فرد متعارف، نادرست است زیرا منشأ آن غلبه وجود است و باید غلبه استعمال باشد تا انصراف ظهوری درست گردد و جلوی تمسک به اطلاق را بگیرد. در این جا سایر انصراف ها ارزشمند نیست.

ب) خصوص روایاتی که در باب نکاح وارد شده که در برخی از آن ها قبول به لفظ

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 65

مضارع پیش از ایجاب ذکر شده است، مثل روایت ابان بن تغلب از امام صادق (ع) در مورد متعه که مرد به زن می گوید:

«أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ... فإذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها». [158]

و در برخی از روایات، قبول به لفظ امر جلوتر ذکر شده است. [159][160]

کوثر فقه (محمدی)؛ ج 2؛ ص 65

ل وقتی در نکاح که بنا، بر احتیاط است تقدیم قبول جایز باشد در باب بیع و مانند آن به طریق اولی جایز است.

3. تفصیل

اشاره

شیخ اعظم در مکاسب قائل به تفصیل شده و الفاظ قبول را سه دسته کرده و درباره آن به تفصیل بحث کرده است [161] خلاصه سخنان شیخ از این قرار است:

گاهی صیغه قبول با لفظ «قبلت» و «رضیت» و مانند این ها انشا می شود و گاهی به لفظ امر؛ گاهی هم با لفظ «اشتریت» و «اتبعت» و «ملکت» و

مانند این ها انشا می شود.

اگر قبول به لفظ «قبلت» و مانند آن باشد تقدیمش بر ایجاب جایز نیست. زیرا: اولاً: عده ای از فقها ادعای نفی خلاف کرده اند [162] و بلکه علامه در تذکره [163] ادعای اجماع کرده بر عدم جواز. البته اجماع در این موارد دلیل جدا نیست، و حداکثر مؤید است. ثانیاً: اطلاعات و عمومات بر فرد متعارف حمل می شوند و تقدیم قبول به لفظ «قبلت» متعارف نیست پس مشمول خطابات نیست، پس مشکوک است و اصل فساد جاری

می شود. ثالثاً: عمده دلیل شیخ همین است اگر قبول صرف رضایت قابل، به ایجاب

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 66

باشد امرش آسان است؛ زیرا رضایت، هم به کاری که در گذشته انجام شده قابل تعلق است، هم به کاری که فعلاً در حال انجام است و هم به کاری که بعداً انجام خواهد شد. ولی حقیقت قبول تنها این نیست بلکه ضمن اعلان رضایت به ایجاب، خود قبول رکن دوم عقد است و بر انشای نقل فعلی [164] و تا زمانی که انشای ایجابی نشود انشای نقل فعلی با لفظ «قبلت» و مانند آن امکان ندارد. دلیل این مطلب، این است که در قبول و مانند آن، معنای مطاوعه (انفعال، قبول اثر، واکنش) نهفته است و این معنا بدون فعل و تأثیر و کنش فعلی معقول نیست چه این که انکسار بدون کسر معنا ندارد. [165] بر این اساس اگر قبول با لفظ «قبلت» و «رضیت» باشد لزوماً باید متأخر از ایجاب باشد و تقدیم جایز نیست.

و اگر قبول به لفظ امر باشد باز به عقیده شیخ تقدیم آن بر ایجاب صحیح نیست زیرا امر قبلی، انشای قبول فعلی نسبت به ایجاب استقبالی

نیست بلکه مجرد استدعا و طلب و تقاضای بیع است که مشتری از فروشنده خواهش می کند تا متاع را به او بفروشد، وگرنه هنوز انشای معامله ای صورت نگرفته است. بنابراین پس از ایجاب بایع، قبول باید ضمیمه شود و نباید به امر و استدعای قبلی بسنده کند. بلکه اگر تقدیم به لفظ «قبلت» صحیح نیست پس به لفظ امر به طریق اولی صحیح نیست، زیرا در «قبلت» ماضویت هست و عده ای ماضی بودن را شرط می دانند.

پس «قبلت» يك نقطه ضعف دارد که تقدیمش محال است و امر دو نقطه ضعف

دارد که یکی از آن دو نبودن ماضویت است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 67

آری اگر قبول با لفظ «اشتریت» و مانند آن انشا شود تقدیمش بر ایجاب جایز است زیرا در این الفاظ معنای مطاوعه نگنجیده است تا تقدیم ممتنع باشد بلکه «اشتریت»، مثل «بعث» مستقلاً انشای نقل و مبادله و معامله است با این تفاوت که ایجاب، انشای مبادله است به این نحو که بالمطابقه و اصاله اخراج متاع از ملك بایع و ادخال آن در ملك مشتری است و بالالتزام و تبعاً ادخال ثمن در ملك بایع است، و قبول بعکس آن است، وگرنه استقلالاً انشای مبادله است لذا مانعی ندارد بر ایجاب مقدم شود. اطلاقات بیع و تجارت و عقد و مانند آن، این مورد را هم شامل می شود. در عین حال در پایان گفته اند:

نعم یشکل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصیغة تقدیم الإیجاب ولا فرق بین المتعارف هنا و بینة فی المسألة الآتیه- الموالاة- فالحکم لا یخلو عن شوب الإشکال. [166]

نقد نظریه شیخ اعظم

در معاملات قطعاً رضایت باطنی طرفین شرط است و بدون آن یا اصلاً

بیع صدق نمی کند و یا شرعاً صحیح و لازم نمی شود. ولی رضای باطنی کافی نیست و ابراز آن از سوی طرفین لازم است و در معاملات قولی یقیناً باید ایجاب، به وسیله قول انشا شود ولی در جانب قبول، قول لازم نیست و ابراز رضایت به هر مبرز و مظهری که مفید باشد و بر مقصود دلالت کند کفایت می کند، حتی اگر به فعل یا اشاره باشد. بر فرض که اظهار قولی لازم باشد به لفظ صریح یا حقیقت، لازم نیست و با کنایه و مجاز و مانند آن نیز

کفایت می کند. البته نظر مشهور و شیخ اعظم [167] و محقق نائینی [168] غیر از این است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 68

ولی این مطلب ناتمام است؛ زیرا تمام حقیقت و ماهیت بیع با ایجاب بایع حاصل می شود و وی با گفتن «بعث» یا «بادلت هذا بهذا» در واقع علقه ملکیت خود نسبت به عین را به مشتری و علقه ملکیت مشتری نسبت به ثمن را به خودش منتقل کرد؛ تمام بیع همین است و کار مشتری یا قابل، جز تقریر و تثبیت ایجاب و انشای بایع چیز دیگری نیست. بنابراین نیازی به انشای جدید نیست تا بگوید من هم علقه ملکیت خود را نسبت به ثمن از دوش خود برداشته و به بایع عطا کردم و متقابلاً علقه ملکیت بایع نسبت به عین را بر گردن گرفتم؛ چرا که این سخن زاید و لغو و بلکه به نحوی تحصیل حاصل است. پس حقیقت قبول، انشای جدیدی در قبال انشای بایع نیست بلکه قبول انشای بایع و رضایت دادن به آن است و مفادش این است که همان چیزی را

که بایع انشا کرد من قبول دارم و به آن راضی هستم.

بر فرض که قبول نیز انشای نقل مالی به مالی باشد ولی دلیلی ندارد که عقد از يك ايجاب و قبول مرکب باشد، بلکه از دو ايجاب یا دو قبول- به اصطلاح مشهور که اشتریت و مانند آن را نیز قبول می دانند- هم تشکیل می شود. مثلاً در بیع جنس به جنس یا نقد به نقد که هرکدام می توانند فروشنده و خریدار باشند نخست یکی بگوید: «ملکتك متاعی بمتاعك»، سپس دیگری با همین جمله، انشای تملیک کند، یا هر دو با «بعث هذا بهذا» یا با «اشتریت هذا بهذا» انشای معامله کنند. اطلاق بیع و تجارت و عقد- عهد و التزام- هر يك از این موارد را شامل می گردد.

آری از آن جا که در معاملات قولی، متعارف این است که یکی ايجاب و دیگری قبول را به زبان می آورند و هرکدام قصد انشا دارند، لذا خصوصیات از سوی مشهور

اعتبار شده است، وگرنه در ناحیه قبول، ابراز رضا به معامله با هر مبرزی، با هر لفظی و به هر نیتی که مراد را بفهماند کفایت می کند.

با این مقدمه بحث خود را با شیخ در سه مرحله قرار می دهیم:

مرحله اول: راجع به لفظ اشتریت و مانند آن، شیخ اعظم قبول دارد که تقدیم لفظ

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 69

اشتریت مانعی ندارد؛ زیرا انشا مستقل است و دارای معنای مطاوعی نیست تا تقدیم آن اشکال داشته باشد. ولی تحقیقاً «اشتریت» و مانند آن اگر مقدم شود از باب تقدیم قبول بر ايجاب نیست، بلکه ايجاب معامله است، زیرا حقیقت بیع مبادله مال به مال دیگری است و کار بایع و مشتری هر

دو در عرض هم است. آن گاه هرکدام این حقیقت را جلوتر انشا کنند [169] بر کار همان، ایجاب صدق می کند و اگر مشتری جلوتر گفت «اشتریت هذا بهذا» قول او ایجاب است، و بر بایع است که ایجاب او را قبول کند و به آن رضایت دهد، اگرچه با لفظ «بعث» ابراز رضایت کند؛ ولی این، ایجاب و تملیک نیست؛ زیرا ایجاب بعدی بایع یا تملیک و بیع جدید است پس ربطی به انشای مشتری ندارد تا ایجاب او باشد و معامله قبلی صحیح باشد. و اگر ایجاد همان معامله ای است که مشتری انشا کرده است، نیازی به ایجاب جدید نیست بلکه تحصیل حاصل است و باطل و محال می باشد. در نتیجه تقدیم «اشتریت» صحیح است و در واقع موضوعاً از بحث ما خارج است برخلاف شیخ اعظم که این را قبول بیع و از مصادیق تقدیم قبول بر ایجاب می داند و به نظر ایشان لزوماً باید بایع به دنبال انشای مشتری، از ایجاب بیع «بعث» استفاده کند و حق ندارد به لفظ «قبلت» و مانند آن اکتفا کند. و حتی خود شیخ اعظم در بیان الفاظ ایجاب، از جمله لفظ «اشتریت» را مورد بحث قرار داده. و مدعی شده است که ایجاب بودن «اشتریت» مبتنی است بر اعتماد به قرینه غیرلفظیه در تعیین

مراد متکلم در باب الفاظ عقود، اما ما این را قبول نداریم. [170] ولی قبلاً بیان شد که آنچه مهم است دلالت لفظ بر مراد از معامله است و لفظیه یا غیرلفظیه بودن قرینه اش مهم نیست.

بنابراین «اشتریت» اگر مقدم شود از الفاظ ایجاب محسوب می شود و هیچ منعی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 70

ندارد و عدم

ذکر آن در قرآن و روایات و عدم غلبه و عدم تعارف آن، دلیل بر غلط بودن آن نیست. پس تقدیم «اشتریت» صحیح است ولی از باب تقدیم قبول بر ایجاب نیست بلکه تقدیم ایجاب بر قبول است. از روایات نیز استفاده می شود که انشای ایجاب به لفظ «اشتریت» صحیح است. از جمله این که دو روایت در مورد معامله عبد فراری وارد شده است که اولی صحیحه و دومی موثقه است [171] و می فرماید: مشتری در مقام معامله بگوید: «أشتری منکم جاریتکم فلانہ و هذا المتاع بكذا و کذا درهماً». و اگر چنین گفت معامله جایز و نافذ است.

این روایت از این جهت اطلاق دارد که آیا لازم است قبل از آن ایجاب انشا شده باشد یا نه، یا بعد از آن انشای بیعی باشد یا نه؟ اگر لازم است به لفظ «بعث» باید باشد یا به لفظ «قبلت» نیز منعقد می شود، یا این که اساساً نیاز به «بعث» یا «قبلت» نیست و به نفس «اشتری منکم...» منعقد می شود و خود این ایجاب است و چون معامله با این صیغه محقق می شود در طرف دیگر بیش از رضایت به معامله لازم نیست. بنابراین به اطلاقش می تواند بر جواز ایجاب به لفظ «اشتری» شاهد باشد، و به طریق اولی به لفظ «اشتریت».

مرحله دوم: قبول به لفظ «قبلت» و «رضیت» و مانند این ها:

قبلاً عقیده شیخ اعظم ذکر شد که چون قبول دارای معنای مطاوعی است انشای شراء

از سوی مشتری با لفظ «قبلت» قبل از انشای بیع از سوی بایع، درست نیست. و بر عدم جواز، ادعای اجماع شده است. حال آیا راهی برای جواز تقدیم قبول به لفظ «قبلت»

وجود دارد؟ از کلمات فقها و از مبانی قوم و آنچه به ذهن می آید پنج راه متصور است:

1. به نوع واجب مشروط باشد؛ این راه را امام راحل در کتاب بیع پیشنهاد کرده است. حاصل مطلب این است که در واجبات مشروطه مثل «إن جارك زيد فاکرمه»

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 71

به عقیده مشهور، انشای تکلیف و ایجاب، فعلی و حالی و در حین خطاب است ولی مُنشأ و وجوب استقبالی پس از حصول شرط است، و تا زمانی که شرط محقق نشود وجوب و تکلیفی نیست. فایده این گونه انشاءات، این است که پس از حصول شرط، تکلیف، فعلی می شود و نیازی به خطاب جدید نیست. در مورد بحث هم مشتری بگوید: «إن ملکتني هذا بكذا قبلتُ» که قبول لفظی یا لفظ قبول یا انشای آن مقدم بر ایجاب است ولی مُنشأ به این انشا؛ یعنی قبول حقیقی، بلافاصله پس از تحقق ایجاب محقق می شود و فایده انشای مشروط مذکور این است که به دنبال ایجاب بایع، نیازی به قبول جدید نیست. [172]

این راه اشکال دارد؛ زیرا مستلزم تعلیق در عقد است و در مسأله دوازدهم خواهد آمد که در عقد لازم، تنجیز شرط است یا بر مسلك امام احتیاط واجب، این است که تنجیزاً انشا کنند.

2. به پیشنهاد امام راحل به نحو واجب معلق [173] انشای قبول کند. در مورد بحث ما هم بدون ذکر شرطی در ظاهر به نحو مطلق می گوید: «قبلتُ هذا بهذا» ولی باز اصل

انشای قبول، فعلی و مُنشأ آن استقبالی است؛ در واقع لفظ قبول مقدم و حقیقت آن مؤخر از ایجاب است. [174] این راه مبتنی است بر قبول واجب معلق و خود امام

راحل این نکته را در اصول قبول دارد [175] ولی از منظر مشهور محال است. [176] حضرت امام در متن

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 72

تحریر از مشهور پیروی کرده و تقدیم قبول به لفظ «قبلت» را جایز ندانسته است.

3. مرحوم آیت الله خوئی در مصباح [177] به پیروزی از محقق اصفهانی در حاشیه [178] از راه دیگری تقدیم قبول به لفظ «قبلت» را تجویز کرده اند که حاصل طریق از این قرار است: قبول گاهی به معنای مصدری [179] تعلق می گیرد، و گاهی به معنای اسم مصدری [180] بنا بر اول تقدیم قبول بر ایجاب صحیح نیست؛ زیرا مطاوعه و انشای قبول فعلی با نبود ایجاب فعلی محال است همان گونه که تحقق انکسار قبل از کسر محال است، ولی بنا بر دومی تقدیم قبول مانعی ندارد و مطاوعه قبل از ایجاب محقق می شود. [181] در نتیجه در تحقق مفهوم عقد چه ایجاب مقدم باشد چه قبول فرقی ندارد، این هم به لفظ «اشتریت» باشد یا «قبلت».

اشکال این راه این است که قبول مطاوعه است و متفاهم عرفی از مطاوعه قبول فعل غیر به معنای مصدری آن است که جنبه اسناد به غیر ملحوظ است و تا ایجاب فعلی از سوی بایع نباشد، انشای قبول فعلی از سوی مشتری امکان ندارد.

4. «قبلت» به معنای مطابقی خود یعنی مطاوعه و قبول انشای دیگری نباشد بلکه کنایه از انشای نقل و تملیک و تملک از سوی مشتری باشد و گویا به جای «اشتریت» از «قبلت» استفاده کرده است. تقدیم قبول به این معنا کاملاً ممکن است و قبلاً در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 73

«اشتریت» ذکر شد. کنایه بودن هم مانعی ایجاد نمی کند زیرا قبلاً در مسأله اول به

تفصیل بیان کردیم که تصریح لازم نیست و کنایه هم کفایت می کند.

اشکال عمده این راه این است که اگر «قبلت» کنایه از «اشتریت» و به منزله آن و بلکه در عالم ادعا، خود او شد، قسم جدایی نخواهد بود بلکه به قسم قبلی برمی گردد که حتی ایجاب هم می تواند واقع شود تا چه رسد به قبول بودن و مقدم شدن.

5. قبلاً بیان شد که تمام حقیقت بیع با ایجاب بایع انجام می گیرد و مبادله مال به مال محقق می شود و لزومی ندارد مشتری مجدداً انشای نقل کند، و در واقع در معامله دو انشای جدا لازم نیست بلکه کافی است که يك طرف معامله را انشا و طرف دیگر آن را قبول کند و به آن راضی باشد. این معنا چنان که پس از ایجاب بایع قابل تحقق و الحاق به ایجاب است قبل از ایجاب هم قابل تحقق است و مشتری با گفتن «قبلت» رضایت خویش را به معامله اعلام می دارد. بنابراین مانعی از تقدیم قبول نیست.

اشکال این راه این است که: «قبلت» خصوصیتی ندارد و قسم جدایی نیست بلکه ملاك ابراز رضایت به ایجاب بایع است؛ خواه با فعل امر و گفتن «یعنی» و «زوّجنی» این کار انجام بگیرد، یا با فعل ماضی و گفتن «رضیت» و «قبلت» و خواه با هر وسیله دیگری که باشد کفایت می کند.

نتیجه: بر مسلك مشهور که در عقود- مخصوصاً عقدهای لازم- دو انشا معتبر می دانند و هر دو طرف باید انشای معامله یا زوجیت کنند؛ تقدیم قبول به لفظ «قبلت»

صحیح نیست.

مرحله سوم: قبول به لفظ امر، مثل «یعنی»، «زوّجنی» و ...:

اصولاً آیا فعل امر انشای معامله است یا

مجرد استدعا و تمنی و طلب بیع است؟ حقیقت این است که امر، انشای معامله نیست بلکه طلب و تقاضای معامله است؛ زیرا اگرچه فعل امر بر انشا دلالت می کند ولی بر انشای طلب فعل است نه بر انشای خود معامله. بنابراین مجرد فعل امر «بعنی» انشای معامله نیست. آری امر، دال بر رضایت

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 74

مشتری به معامله است و اگر مجرد رضایت کافی باشد قبول به لفظ امر کافی است ولی اگر در طرف قبول هم انشای نقل معتبر باشد که مسلك مشهور و شیخ اعظم همین است، فعل امر کافی نیست- مگر با کنایه و مجاز که فعلاً مورد نظر نمی باشند. آن گاه اگر فروشنده به تقاضای خریدار پاسخ مثبت داد و انشای بیع کرد، بر مشتری است که قبول را انشا کند و در حقیقت، قبول متأخر از ایجاب است نه متقدم بر آن، و از بحث ما که جواز تقدیم قبول بر ایجاب است، خارج می باشد. ولی از آن جا که معتقدیم تمام حقیقت بیع با ایجاب تنها انشا می شود و قبول، جز تقریر و تثبیت و رضایت و امضای انشای بایع نیست- و آن هم با فعل امر و تقاضای بیع حاصل شده است- لذا نیازی به قبول دوباره پس از بیع نیست، اگرچه احتیاط مستحب این است که قبول هم ضمیمه شود. مخصوصاً در روایات باب نکاح- که در آن سخت گیری شده و بنا بر احتیاط و دقت است.

نتیجه: انشای بیع به صورت استیجاب و ایجاب صحیح است و نیازی به قبول بعدی نیست اگرچه احوط استجابی، انضمام قبول به ایجاب است که امام راحل در متن تحریر ذکر

فرموده است.

در میان اهل سنت نیز اختلاف است، پیروان ابوحنیفه تقدیم قبول به لفظ امر را

جایز ندانسته اند ولی پیروان سه مذهب دیگر تجویز کرده اند. [182]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 75

موالات

اشاره

مسأله 3: يعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول؛ بمعنى عدم الفصل الطويل بينهما بما يخرجهما عن عنوان العقد والمعاقدة، ولا يضّر القليل؛ بحيث يصدق معه أنّ هذا قبول لذلك الإيجاب.

ترجمه: موالات بین ایجاب و قبول- به معنای نبودن فاصله طولانی بین آن ها که آن را از عنوان عقد و قرارداد بستن، خارج سازد- معتبر می باشد و فاصله مختصر، به طوری که گفته شود که این قبول مربوط به آن ایجاب است، ضرری نمی رساند.

شرح: موالات به معنای پی در پی بودن و بلافاصله است؛ یعنی به محض این که ایجاب عقد، انشا شد بلافاصله قبول آن هم انشا شود. موالات دو گونه است:

1. موالات به دقت عقلی، که به هیچ وجه میان ایجاب و قبول فاصله زمانی نباشد و به مجرد رسیدن ایجاب به حرف آخر فوری قبول ضمیمه شود. این موالات در عقد معتبر نیست. اصولاً در احکام شرعی که خطابش به عرف عام است دقت عقلی و فلسفی لازم نیست.

2. موالات عرفی و عقلانی، که فاصله اندک ضرر ندارد و به معامله صدمه نمی زند. آری فصل طویل مضرّ است و مانع انعقاد عقد می شود.

گفتنی است فصل قلیل یا طویل يك ضابطه کلی ندارد و به اختلاف موارد فرق دارد، مثلاً موالاتی که میان حروف يك کلمه لازم است بیش از موالاتی است که میان کلمات يك کلام معتبر است، و موالات میان کلمات يك جمله بیش تر از موالات میان دو یا چند جمله پی در پی است. در هر موردی عرف

باید قضاوت کند که موالات وجود دارد یا ندارد. موالات مورد بحث ما موالات عرفی است و در رابطه با اعتبار آن در عقود دو نظر وجود دارد که هرکدام با دلایل آن بررسی می شود:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 76

الف) نظریه طرفداران شرطیت موالات

نظر بسیاری از فقها این است که موالات شرط است و فصل طویل میان ایجاب و قبول ضرر دارد و باعث می شود تا عقد صدق نکند یا اگر هم صدق کند باعث می شود مشمول دلیل حکم نباشد. برای مدعای فوق به چهار وجه استدلال شده است:

وجه اول، اجماع: این دلیل بارها مطرح شده است و به وجوه مختلف پاسخ آن را داده ایم.

وجه دوم، استدلال شیخ اعظم در مکاسب :

مقدمه: اموری که تدریجاً و ذره ذره موجود می شود اگر دارای هیئت اتصالیه عرفی باشند؛ مثل نماز لازم است در هنگام حکم کردن بر آن ها، آن هیئت اتصالیه، مراعات و لحاظ شود و بدون آن، نه از سوی مولی محکوم به حکمی هستند و نه از سوی مکلف موجب امتثال می شوند.

با توجه به این مقدمه می گوئیم: در باب عقود- که قوامشان به ایجاب و قبول است و از آن دو تشکیل شده اند- ایجاب و قبولشان به منزله کلام واحدی است که صدر و ذیل آن به هم مربوط است و نباید میان اجزای آن فاصله بیفتد؛ وگرنه عرفاً کلام واحد نخواهد بود و اثر واحد نخواهد داشت. آری اگر دلیل معامله ای آیه *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* نباشد که موضوع آن عقد است، بلکه آیه *أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ* باشد می توان گفت بدون موالات هم عنوان بیع و تجارت صدق می کند و مشمول اطلاقات مذکور است ولی اگر روی

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تَكِيه كنيم حتماً موالات لازم است؛ زیرا عقد مركب از ايجاب و قبول است. [183]

از این دلیل دو پاسخ می توان داد:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 77

پاسخ اول: اگر الفاظ معاملات برای اسباب؛ یعنی خود ايجاب و قبول وضع شده باشد، می شود ادعا کرد که باید میان این ها موالات باشد؛ به بیانی که شیخ فرموده است. ولی حقیقت این است که این عناوین اسم هستند برای حقیقت معامله، یعنی آن علقه و ربطی که میان طرفین، مبادله می شود، و آن امر معنوی اعتباری است و هرکدام از طرفین که آن را اعتبار می کند، علقه ملکیت را برای دیگری ایجاد می نماید. ولی مجرد قصد و نیت و اعتبار و هر امر باطنی و نفسانی دیگر کافی نیست و لزوماً باید به سببی انشا شود که آن سبب یا فعل است (معاطات) و یا قول و صیغه (بیع قولی).

اگر بیع نام آن مبادله اعتباری و معنوی است، اولاً قیاس آن به باب هیئت اتصالیه نماز و قرائت و اذان و غیره صحیح نیست؛ ثانیاً امر تدریجی نیست، بلکه آنی و لحظه ای و تابع اعتبار معتبر است. مخصوصاً قبلاً ذکر شد که تمام حقیقت معامله به نفس ايجاب، ایجاد می شود و کار قابل، صرف قبول و رضا به آن است. آن گاه اعتبار موالات بی معنا می شود و کافی است که طرف به معامله بایع راضی شود، و فرقی ندارد که بلافاصله اعلان رضایت کند یا پس از مدتی مطالعه و تأمل و مشورت قبول کند. مهم این است که انشای بایع نسیاً منسیاً نشود و یا قبل از قبول مشتری، پشیمان نشود و معامله را فسخ نکند و میان

قبول بعدی با انشای قبلی ارتباط باشد و معلوم باشد که این قبول برای آن ایجاب است. اما این که حتماً بلافاصله قبول کند و راضی شود دلیل ندارد؛ وقتی در مسبب و اصل مبادله موالات لازم نیست در سبب آن، که عقد و ایجاب و قبول باشد نیز موالات لازم نیست.

درباره آیه و جوب وفا که در آن روی عقد تکیه شده است باید بدانیم که عقد در آیه به معنای اصطلاحی فقهی آن نیست تا مقصود، مجموع ایجاب و قبول لفظی باشد؛ بلکه یا به معنای عهد مطلق است و یا خصوص عهد مشدد و محکم. هرکدام باشد از مقوله لفظ نیست و يك امر واقعی است که طرف، به آن ملتزم شده و آن را بر عهده گرفته است و البته به سبب لفظ، از آن عهد و التزام پرده برداشته است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 78

پاسخ دوم: شیخ اعظم میان «عقد» با «بیع» و «تجارت» فرق گذاشت و مدعی شد که در مورد بیع و تجارت دایره وسیع است و بدون موالات نیز صدق می کند. تفاوت بین عقد و بیع پذیرفتنی نیست؛ زیرا عقد به معنای ایجاب و قبول لفظی نیست بلکه به معنای عهد و قرارداد است و از این جهت با بیع و تجارت فرقی ندارد. در نتیجه اگر در مورد بیع و تجارت، موالات شرط نباشد در مورد عقد نیز شرط نخواهد بود.

وجه سوم، برهان محقق نائینی: حقیقت عقود عهده‌ی معاوضی و شبه معاوضی یا ملحق به آن عبارت است از خلع و لبس؛ یعنی موجب با انشا کردن ایجاب، اضافه ملکیت خود را نسبت به عین از خود، خلع

و جدا می کند و به مشتری می پوشاند و بر عهده او می گذارد، یا در مورد نکاح، موجب (زن) با انشا کردن ایجاب، علقه زوجیت خود را برای زوج ایجاد می کند. اگر قابل بلافاصله قبول کند و انشای تملك کند اضافه ملکیت از بایع خلع و بر مشتری لُبس می شود و محذور عقلی ندارد، یا علقه زوجیت برای زوج ایجاد می شود و به او تعلق دارد. ولی اگر موالات نباشد پس از مدتی قبول بیاید- با توجه به این که تا طرف قبول نکند مالک عین نمی شود- لازم می آید در ایجاب و قبول، اضافه ملکیت بدون محل و موضوع باشد و مستقل در وجود و قائم به ذات خود باشد و این یعنی بقای عرض بدون محل و موضوع که از محالات است. علقه زوجیت هم قائم به دو طرف است و وجود آن بدون طرفین، معقول نیست.

با توجه به این مطالب اگر قبول متصل به ایجاب باشد عرفاً محذوری نیست ولی اگر منفصل عرفی باشد لازمه اش وجود علقه زوجیت بدون زوج فعلی است که این نیز محال است و قوام علقه و اضافه به دو طرف آن است. بنابراین به حکم برهان عقلی، میان ایجاب و قبول باید موالات عرفی باشد. [184]

پاسخ: اولاً: در امور اعتباری عقلانی یا شرعی جای دقت عقلی نیست و استدلال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 79

برهان مناسب نیست بلکه ملاک، رأی و نظر عرف و عقلا یا شارع است. ثانیاً: برهان مزبور، مواد نقض متعددی دارد، زیرا خود مستدل قائل به موالات عرفی است و فاصله شدن چند لحظه یا چند دقیقه را مضر نمی داند؛ در حالی که برهان عقلی، میان چند لحظه

و چند ساعت و چند ماه و چند سال فرق نمی گذارد، چون در موارد موالات عرفی نیز پس از ایجاب، لحظاتی می گذرد و بعد، قبول ضمیمه می شود و در این چند لحظه، موجب اضافه ملکیت را از خود خلع کرده است؛ در حالی که هنوز به ملك مشتری در نیامده است و با قبول، ملك او می شود؛ پس برای لحظاتی اضافه ملك بدون محل و موضوع می شود و عقل همین را هم محال می داند. حتی در موردی که قبول، متصل به ایجاب است و هیچ فاصله زمانی ندارد، ولی قبول تدریجاً انشا می شود و تا به پایان نرسد متاع ملك مشتری نمی شود و حداقل برای چند لحظه اضافه ملك بدون محل می ماند که همین هم عقلاً محال است. در نتیجه طبق برهان محقق نائینی تحقق عقود باید مطلقاً (با موالات یا بدون آن) محال باشد و خود محقق نائینی هم به این امر ملتزم نیست، و قابل التزام نیست.

ثالثاً: همان گونه که در پاسخ دلیل شیخ اعظم آوردیم، حقیقت معامله امری اعتباری است که بایع اعتبار می کند مالکیت مشتری را به مضمّن، و امر اعتباری به دست اعتبارکننده است؛ آن گاه اگر بایع ملکیت مطلق را اعتبار می کرد امکان داشت که بگوییم تا زمانی که قبول نیامده است مشتری مالك نمی شود و لازمه اش بقای ملك بدون مالك است و فرقی میان صورت موالات و عدم آن نبود. ولی اعتبار تمليك بایع، به نحو مطلق نیست؛ بلکه بر فرض قبول مشتری و معلق بر آن یا در ظرف آن است؛ اگر چنین شد تا زمانی که از سوی مشتری رضایت و قبول ملحق نشود مبیع از ملك بایع خارج نمی شود. قیام اضافه

ملکیت به ذات بایع است و پس از قبول به مشتری منتقل می شود و در این جهت فرقی نیست بین این که قبول مشتری فوراً و بلافاصله باشد یا با فاصله طولانی. حتی اگر یک سال هم طول بکشد در این مدت، مبیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 80

ملك بايع است و پس از قبول، مال مشتری می شود.

و به دیگر سخن به فرموده امام راحل در کتاب البیع [185]: با ایجاب بایع، تنها خلع و لبس ایقاعی و انشائی حاصل می شود. و بعد از قبول مشتری خلع و لبس واقعی اعتباری محقق می شود و این محذوری ندارد و مستلزم تحقق اضافه بدون محل نیست.

وجه چهارم، اگر موالات عرفی مراعات شود یقیناً معامله منعقد می شود؛ قدر متیقن هم همین فرض است؛ ولی اگر موالات عرفی نباشد در انعقاد معامله شك می کنیم. اصل اولی در معاملات فساد و بطلان است؛ آن گاه به برکت قدر متیقن و اصل فساد، حکم به اعتبار موالات می کنیم.

پاسخ: اگر دلیل اجتهادی نباشد استدلال مذکور بجاست و نوبت به اصل عملی می رسد. ولی عمومات و مطلقات *أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ، تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ حَتَّى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* میان وجود موالات و عدم آن فرقی نمی گذارد و اعتبار موالات را کنار می زند و نوبت به استصحاب عدم ترتب اثر نمی رسد؛ علاوه بر این که سیره عرف و عقلا نیز همین است و قبلاً در پاسخ دلیل شیخ اعظم به آن اشاره شد. بعداً هم در دلایل منکران موالات بیان خواهد شد.

ب) نظریه طرفداران عدم شرطیت موالات

اشاره

گروهی از فقیهان موالات را در عقود- چه در عقود لازم و چه در عقود جایز، چه در عقود معاوضی و چه در عقود غیر معاوضی، چه در عقود عهدی و چه در

عقود اذنی مثل وکالت- معتبر نمی دانند و برای آن دو دلیل دارند:

1. عمومات و مطلقات که قبلاً در پاسخ دلیل چهارم ذکر شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 81

2. سیره عقلا. سیره عقلا در هدایایی که برای یکدیگر می فرستند و در قراردادهایی که امضا می کنند بر این است که موالات را معتبر نمی دانند؛ زیرا گاهی هدیه کننده هدایایی را برای کسی ارسال می کند که هنگام ارسال، ایجاب هبه، محقق شده است، ولی قبول آن پس از رسیدن به مقصد و تحویل به طرف و قبول و رضایت او محقق می شود و چه بسا يك سال طول بکشد تا به دست وی برسد. این سیره در منظر معصوم (ع) بوده و در عین حال ردعی محقق نشده است و چه بسا تأیید نیز شده است.

در داستان ماریه قبطیه همین طور است و پادشاه حبشه پس از اسلام آوردن، هدایایی از جمله ماریه را برای پیامبر (ص) به مدینه فرستاد و مدت ها، بعد حضرت قبول کرد. و هیچ اعتراضی نکرد و نفرمود که موالات ندارد و معتبر نیست؛ بنابراین، چنین سیره ای حجت و معتبر است. پس موالات معتبر نیست اگرچه احتیاط مستحب در مراعات آن است.

نظریه امام خمینی (قدس سره)

امام راحل در کتاب البیع به صراحت، اعتبار موالات را در مطلق عقود پذیرفته اند. ولی در عین حال در متن تحریر الوسیله مثل مشهور و شیخ اعظم، فتوا به اعتبار موالات داده اند. البته حضرت امام در ضمن تفسیر موالات به عدم فصل طویل بین ایجاب و قبول، يك قیدی آورده است که: «بما یخرجهما عن عنوان العقد والمعاقده». این قید کاملاً موافق است با آنچه در کتاب البیع فرموده است. ایشان می فرماید: آنچه مهم است وجود ربط میان ایجاب

و قبول است تا عقد و معاقدہ (قرار داد) صدق کند و خارج از این عنوان نشود، بنابراین تا زمانی که ایجاب بایع، نسیاً منسیاً نشده و با قرار خود باقی است، الحاق قبول بلا مانع است حتی اگر دو روز فاصله شود، با این که به قول امام

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 82

راحل [186]: «فلو قال: بعتك هذا الفرس، قم وتفكر في صلاحك»، فقام وتأمّل ساعه أو ساعتين، بل يوماً أو يومين، فاختار القبول، يصدق «العقد» عليه، و يجب الوفاء به عرفاً و شرعاً». موالات و عدم موالات دائر مدار فاصله ای است که ایجاب و قبول را از عنوان عقد و معاقدہ (قرارداد) خارج کند که موجب نبود موالات است، یا خارج نکند که موجب موالات است، و به این معنا کاملاً منطقی و مستند است که دلیلش قبلاً ذکر شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 83

تطابق ایجاب و قبول

اشاره

مسأله 4: يعتبر في العقد التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا - بأن أوجب البائع على وجه خاص، من حيث المشتري أو المبيع أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، وقبل المشتري على وجه آخر - لم ينعقد، فلو قال البائع: بعت هذا من موگلك بكذا، فقال الوكيل: اشتريته لنفسی، لم ينعقد؛ نعم لو قال: بعت هذا من موگلك، فقال الموگل الحاضر غير المخاطب: قبلت، لا يبعد الصحّة؛ ولو قال: بعتك هذا بكذا، فقال: قبلت لموگلي، فإن كان الموجب قاصداً لوقوع البيع للمخاطب نفسه لم ينعقد، وإن كان قاصداً له أعمّ من كونه أصيلاً أو وكيلاً صحّ؛ ولو قال: بعتك هذا بألف، فقال: «اشتريت نصفه بألف أو بخمسمائة»، لم ينعقد، بل لو قال: اشتريت كلّ نصف منه بخمسمائة، لا يخلو من إشكال، نعم لا

يبعد الصحّة لو أراد كلّ نصف مشاعاً. ولو قال لشخصين: بعثكما هذا بألف، فقال أحدهما: اشترت نصفه بخمسائة لم ينعقد، ولو قال كلّ منهما ذلك لا يبعد الصحّة وإن لا يخلو من إشكال؛ ولو قال: بعث هذا بهذا على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيّام - مثلاً - فقال: اشترت بلا شرط، لم ينعقد؛ ولو انعكس بأن أوجب البائع بلا شرط وقبل المشتري معه، فلا ينعقد مشروطاً، وهل ينعقد مطلقاً وبلا شرط؟ فيه إشكال.

ترجمه: مطابقت بین ایجاب و قبول، در عقد معتبر است؛ پس اگر با هم اختلاف داشته باشند، این گونه فروشنده به طور خاصی - از جهت مشتری یا جنس یا عوض آن یا شرایطی که همراه عقد است - ایجاب کند، و خریدار به طور دیگری قبول کند، قرارداد منعقد نمی شود. بنابراین اگر فروشنده بگوید: «این را به موگّل تو به فلان مبلغ فروختم» و وکیل بگوید: «برای خودم خریدم» معامله منعقد نمی شود؛ آری اگر فروشنده بگوید: «این را به موگّل تو فروختم و خود موگّل که حاضر است و مورد خطاب فروشنده نبوده است، بگوید «قبول کردم» بعید نیست که صحیح باشد؛ و اگر بگوید:

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 84

«این را در مقابل فلان مبلغ به تو فروختم» و او بگوید «برای موگّل خود قبول کردم»، در صورتی که قصد فروشنده، فروش برای خود مخاطب بوده است، منعقد نمی شود، و اگر قصدش از مخاطب اعم از این باشد که او اصیل باشد یا وکیل؛ صحیح است. و اگر فروشنده بگوید: «این را به تو، به هزار فروختم» و مشتری بگوید «نصف آن را به هزار یا پانصد خریدم» خالی از اشکال نیست، آری اگر مشتری هر نصفی از

آن را به طور مشاع اراده کرده باشد، بعید نیست که صحیح باشد و اگر فروشنده به دو نفر بگوید: «فروختم این را به شما به هزار» و یکی از آن‌ها بگوید «نصف آن را به پانصد خریدم» منعقد نمی‌شود، و اگر هر دو نفر این چنین بگویند بعید نیست که صحیح باشد، اگرچه خالی از اشکال نیست؛ و اگر فروشنده بگوید: «این را به آن فروختم به شرط آن که سه روز برای من خیار فسخ باشد» و مشتری بگوید: «بدون شرط خریدم» منعقد نمی‌شود؛ و اگر عکس آن باشد؛ یعنی فروشنده بدون شرط ایجاب کند و مشتری با شرط قبول کند، معامله مشروط منعقد نشده است و این که آیا معامله به طور مطلق و بدون شرط منعقد شده است، در آن اشکال است.

شرح: مسأله چهارم درباره تطابق و هماهنگی میان ایجاب و قبول است؛ یعنی ایجاب هرگونه که باشد قبول هم باید همان گونه باشد، وگرنه عقد و قرارداد نخواهد بود و ربطی به هم نخواهند داشت تا مجموعاً يك واحد مرکب شوند و موجب تأثیر در ملکیت و زوجیت و مانند آن‌ها گردند. این مطلب فرض‌های گوناگونی دارد که به اهم آن‌ها (چهار صورت) اشاره می‌شود:

الف) تطابق در نوع و صنف عقد

اگر بایع ایجاب بیع را انشا کرده باشد مشتری هم باید قبول بیع را به زبان آورد و انشای قبول بیع کند یا رضایت خود را به بیع ابراز نماید. بنابراین اگر ایجاب مال بیع است و قبول مال هبه یا اجاره یا صلح و مانند این‌ها، قطعاً منعقد نمی‌شود، زیرا این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 85

قبول به آن ایجاب ربطی ندارد و پیوند نمی‌خورد. از این رو معاهده و معاهده

و قراردادی به وجود نمی آید. همچنین اگر بائع، بیع نقد را انشا کند مشتری هم باید با همین ویژگی قبول کند و رضایت خود را اعلام بدارد؛ بنابراین اگر به صورت نسبی قبول کند منعقد نمی شود زیرا در صنف بیع، میان ایجاب و قبول هماهنگی نیست. این فرض به قدری واضح است که امام راحل آن را در متن تحریر نیاورده اند.

ب) تطابق از جهت بائع و مشتری

اگر بائع به شخصی - مثلاً زید - خطاب کند و بگوید: «این کالا را به فلان مبلغ به تو فروختم» زید باید بیع را قبول کند و بدان رضی شود. بنابراین اگر بکر اعلان رضایت یا انشای قبول کند فایده ای ندارد و برای او منعقد نمی شود. و اگر مشتری در مقام خریدن به فروشنده خاصی خطاب کند و بگوید «فلان متاع را از تو به فلان مبلغ خریدم» باید همان فرد خاص بگوید «فروختم»؛ نه این که فرد دیگری انشای بیع کند، در حالی که مشتری با او حرفی نزده است. البته حساب وکیل و موکل با فرد ثالث و اجنبی متفاوت است زیرا دست و زبان وکیل، دست و زبان موکل است؛ پس اگر فروشنده به وکیل خطاب کند و بگوید: «این را به فلان مبلغ به تو فروختم» موکل او که در مجلس عقد حضور دارد و مخاطب بائع نیست می تواند بگوید «خریدم»؛ زیرا فرقی ندارد؛ وکیل هم اگر بگوید «خریدم» متاع برای موکل است نه برای خودش. آری شرطش این است که فروشنده بداند فلانی وکیل است و برای موکل خود خریداری می کند، و معذک انشای بیع کند، یا برایش فرقی نداشته باشد که وکیل برای خود خریداری می کند یا برای موکل. اما اگر

نمی‌داند و در فروختن به شخص وکیل، غرض خاص عقلائی دارد اگر موکل او قبول کند یا خود وکیل برای موگش قبول کند، حکم به صحت اشکال دارد، زیرا در این جا تطابق کامل وجود ندارد؛ و چه بسا ممکن است افراد مشتری از نظر غرض بایع، متفاوت باشند و این تفاوت، دخیل در انشا باشد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 86

ج) تطابق از جهت ثمن و مثن

اگر فروشنده گفت: «این «غلام» را به هزار درهم فروختم» خریدار باید همین را قبول کند، بنابراین اگر گفت: «آن «کنیز» را به هزار درهم خریدم» معامله منعقد نمی‌شود زیرا میان ایجاب و قبول در مبیع هماهنگی وجود ندارد. یا اگر خریدار گفت: «نصف این غلام را به پانصد یا هزار درهم خریدم» باز هم منعقد نمی‌شود و تطابق نیست. [187] یا اگر فروشنده گفت: «این را به صد درهم فروختم» ولی خریدار گفت: «این را به ده دینار خریدم» باز هم منعقد نمی‌شود؛ هرچند صد درهم معادل ده دینار است ولی غرض‌ها متفاوت است.

دلیل (دلیل لزوم تطابق در جهات فوق): علاوه بر این که این مسأله اجماعی است و هیچ کس در اصل لزوم آن مخالفتی ندارد، [188] سیره عرف و عقلا و اهل بازار برای چنین عقود، ارزش قائل نیست و آن را عقد نمی‌دانند. آن‌ها خیلی راحت می‌گویند این قبول ربطی به آن ایجاب ندارد؛ و ما می‌دانیم که تا ارتباط وثیق و محکمی نباشد عقد و معاهده و معاهده (قرارداد) صدق نمی‌کند. روی همین اصل محقق نائینی (رحمه الله) فرموده است: اعتبار تطابق بین ایجاب و قبول در عقد، از قضایایی است که «قیاسات‌ها معها»؛ یعنی استدلال آن‌ها همراه آن‌هاست و نیازی به اثبات و استدلال

ندارد. [189] و به گفته شیخ اعظم [190] این شرط از اصل اعتبار قبول در عقود اخذ شده است و نفس لزوم قبول، بر لزوم تطابق دلالت می کند؛ زیرا حقیقت قبول، رضا به ایجاب است. [191]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 87

بر اساس همین اصل امام راحل در کتاب بیع خود چنین می فرماید: کبرای کلی روشن است؛ [یعنی] عرفاً باید تطابق باشد وگرنه عقد صدق نمی کند. ولی در تشخیص صغریات و مصادیق چه بسا موارد ابهامی باشد که آن هم ضابطه کلی ندارد و بر عرف است که هر مورد را جدا ملاحظه کند. [192]

(د) تطابق ایجاب و قبول در فروع و توابع عقد

در این جا منظور از فروع و توابع عقد، شروط ضمن عقد است؛ مثلاً اگر فروشنده بگوید: «این جنس را به فلان مبلغ فروختم و شرط می کنم که سه روز خیار فسخ داشته باشم» قبول هم باید با همین شرط باشد و مشتری اگر بدون شرط بایع قبول کرد، یا بایع ایجاب را بدون قید و شرط گفت ولی مشتری آن را به نحو مشروط قبول کرد، بستگی دارد که شرط ضمنی از نوع التزام مستقل در ظرف التزام به اصل معامله باشد یا التزام مستقلی نباشد و به نحو قید اصل معامله- و به قول اصولیان، از باب وحدت مطلوب یا تعدد مطلوب باشد- اگر قید و به نحو وحدت مطلوب باشد باز هم منعقد نمی شود؛ زیرا قید که نباشد مقید نیز نابود است و همین مبنا حق است، و اگر به نحو تعدد مطلوب و التزام در التزام باشد فرق می کند، و امکان دارد که با نبود شرط و مخالفت با آن هم اصل عقد و معامله منعقد شود ولی لازم نباشد بلکه دارای خیار

فسخ باشد.

نتیجه: اصل اشتراط تطابق مسلم است و جا ندارد کسی با آن مخالفت کند.

ضمناً از توضیحاتی که دادیم حکم فرض های گوناگون کلام امام راحل در تحریر الوسيله روشن می گردد و نیازی به بیان يك يك آن ها نداریم. تنها در بخش تعبیر به «لا- یخلو عن إشکال» یا «وفیه إشکال» وجود دارد: یکی در مورد عدم تطابق از جهت مبیع که بایع می گوید: «این متاع را به هزار فروختم» ولی مشتری می گوید: «هر نصف آن را

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 88

به پانصد خریدارم» که حضرت امام فرموده است: «لا یخلو من إشکال». وجه اشکال این است که اگر ظاهر صیغه را نگاه کنیم میان ایجاب و قبول تطابق نیست؛ زیرا بایع گفته است: «این را فروختم به هزار» که ظاهرش مجموع من حیث المجموع است، ولی مشتری روی هر نصف، جدا جدا تکیه کرده است. ولی اگر به باطن و واقع نگاه کنیم هر نصف به کذا در معنا همان است که تمام متاع را به هزار خریدم، ولی در عقود و معاملات قولی، علاوه بر معنا، لفظ نیز مهم است و لذا این قسم اشکال دارد.

دیگری در مورد عدم تطابق از جهت مشتری است که بایع به دو نفر گفته است: «این را به هر دو به هزار فروختم» ولی آن ها هر کدام گفته اند: «من نصف این را به پانصد خریدم». این نیز شبیه فرض قبلی است و خالی از اشکال نیست؛ به همان بیان. و مورد سوم در آخر مسأله است که در مورد توابع عقد یا شروط ضمن عقد است که بایع به صورت مطلق، انشا کرده و مشتری به صورت مشروط قبول کرده

است. وجه اشکال این است که شرط ضمنی التزامی مستقل در ضمن التزام به اصل بیع است تا اصل بیع صحیح باشد، یا التزام مستقلاً نیست و قید التزام به اصل بیع است تا اگر قید نبود مقید هم نبود شود، که قبلاً در ضمن فرض چهارم بیان شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 89

اشاره و کتابت

اشاره

مسألة 5: لو تعذر التلفّظ - لخرس ونحوه - تقوم الإشارة المفهّمة مقامه؛ حتّى مع التمكن من التوكيل على الأقوى، ولو عجز عن الإشارة أيضاً فالأحوط التوكيل أو المعاطاة، ومع تعذرهما إنشاؤه بالكتابة.

ترجمه: اگر به جهت لال بودن و مانند آن، تلفظ [به عقد] ممکن نباشد، اشاره ای که فهماننده [معنا] باشد جای لفظ را می گیرد، حتی بنا بر اقوا در صورتی هم که متمکن از وکیل گرفتن باشد. و اگر از اشاره هم ناتوان باشد احتیاط [واجب] آن است که یا وکیل بگیرد یا به طور معاطات انجام دهد. و در صورتی که هیچ يك از این دو ممکن نباشد، انشای عقد با نوشتن ممکن خواهد بود.

شرح: آیا معاملات (عقود و ایقاعات) آدم هایی که قدرت تکلم ندارند و ناچار به اشاره دست و پا و چشم و سر یا نوشتن هستند تا مقصود خود را به دیگران بفهمانند، صحیح است و منعقد می شود یا خیر؟ بر فرض صحت، آیا این عقد، لازم است، یا جایز و متزلزل؟

به طور کلی هر معامله ای می تواند با یکی از چهار سبب، انشا و ایجاد شود: 1. با قول و لفظ و صیغه مخصوص؛ 2. با معاطات و تسلیم و تسلّم، یا دادن و ستاندن خارجی به قصد معامله؛ 3. با اشاره؛ 4. با کتابت با طرفی که غایب

است. از این چهار سبب دو سبب نخست در حال اختیار سببیت دارند و انشای معامله با آن‌ها صحیح است؛ با این تفاوت که اگر به قول و صیغه خاصه باشد قطعاً منعقد می‌شود و لازم می‌گردد، ولی اگر به نحو معاطات باشد محل بحث است که آیا معاطات هم بیع و مفید ملک است؟ در صورتی که بیع باشد آیا مفید لزوم است و عقد بر آن صدق می‌کند یا خیر؟ این پرسش‌ها در مسائل بعد از این مسأله بیان خواهد شد. ولی فعلاً این مقدار مسلم است که هم بیع قولی و هم معاطاتی در حال اختیار هم قابل انشا هستند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 90

اما دو سبب اشاره و کتابت در حال عجز و عدم قدرت بر تکلم قطعاً کفایت می‌کنند و به حکم اجماع و روایاتی که خواهد آمد اشاره عاجز یا کتابت او سبب انشای معامله است. البته در این مورد بحث‌هایی فرعی‌ای هم وجود دارد که بررسی خواهد شد؛ مانند اکتفا به اشاره با تمکن از معاطات، تقدم اشاره بر کتابت یا بعکس آن یا عدم ترجیح یکی بر دیگری. ولی قبل از آن، این بحث مهم مطرح است که آیا با تمکن از انشای قولی می‌توانیم به اشاره یا نوشتن بسنده کنیم یا لزوماً باید از صیغه و قول استفاده کنیم؟ در این باره دو نظریه مطرح است:

1. مشهور فقها و بلکه طبق ادعای بعضی، [193] همه فقها گفته‌اند: معیناً از انشای قولی استفاده کند و حق ندارد به اشاره و کتابت قناعت کند. این دسته، دلایلی دارند که بررسی خواهد شد.

2. عده‌ای از فقها از جمله مرحوم آیت الله خوئی [194]

و مرحوم شهیدی در حاشیه مکاسب [195] و حضرت امام (قدس سره) در کتاب البیع [196] نظرشان این است که در حال اختیار هم اشاره کفایت می کند، و در حقیقت چهار سبب مذکور، در یک رتبه قرار دارند و افرادی هم که قدرت تکلم دارند مختارند از هرکدام برای انشای معامله استفاده کنند و هیچ کدام فرع بر دیگری و قائم مقام اضطراری آن نمی باشند.

دلایل صحت اشاره در عقد قول

اشاره

دلیل اول: مقتضای قاعده اولیه همین است؛ زیرا سابقاً در تعریف بیع گفتیم: «مبادله مال بمال» یا «تملیک عین بعوض»، و گفتیم مبادله تکوینی مراد نیست که جوهر ذات دو مال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 91

به یکدیگر تبدیل شود یا عرضی از اعراض آن ها یا دست کم مکان آن ها جابه جا شود، بلکه مراد، مبادله اعتباری و در عالم اعتبار است؛ اما نه این که مجرد نیت و اعتبار نفسانی کافی باشد بلکه باید با سبب و وسیله ای انشا و ابراز شود، آن هم مبرزی که مظهر مقصود طرفین باشد. بیش از این هم لزومی ندارد که حتماً به سبب قول یا فعل خاص معاطات ابراز کند بلکه با اشاره مفهمه و کتابت دالّه بر مقصود نیز می تواند آن اعتبار تملیک و تملك را اظهار و انشا کند. پس در عرض قول، اشاره و کتابت هم کفایت می کند و سبب انعقاد معامله است؛ اگرچه برای لزوم معامله، قول مخصوص لازم است ولی فعلاً کلام در اصل انعقاد معامله و انشای آن با اشاره و مانند آن است.

اشکال: مجرد سبب بودن چیزی برای انشای معامله با آن، کافی نیست بلکه لزوماً باید سبب عقلانی وجود داشته باشد. انشای قولی و فعلی از اسباب عقلانی هستند و ایجاد معامله

با آن دو مرسوم و متعارف است ولی انشای معامله به سبب اشاره و کتابت مرسوم و عقلانی نیست و کفایت نمی کند و لا اقل شك داریم که با تمکن از انشای قولی، اشاره کافی است یا نه؟ هر کجا در اصل انعقاد شك کردیم از اصل فساد معامله استفاده می کنیم.

جواب: اولاً: انشا به سبب اشاره و کتابت هم در بازار وجود دارد. البته معامله قولی خیلی بیش تر است؛ نه به این دلیل که قول موضوعیت و خصوصیت دارد بلکه به این دلیل که قول هزینه ای ندارد و آسان ترین راه ابراز مافی الضمیر است. ثانیاً: در حالات خاصی که شخص قدرت بر تکلم ندارد- خواه به خاطر گنگ و لال بودن یا به خاطر این که زبان طرف را نمی داند؛ مثل معامله عرب با عجم- معامله اشاره ای یا نوشتاری مرسوم است و همین کافی است تا این ها هم از اسباب عقلانی باشند و در حال اختیار هم موجب انعقاد معامله باشند، اگرچه احتیاط مستحب این است که با تمکن از قول، به قول انشا کند.

دلیل دوم: عمومات و مطلقات، بیع و تجارت اشاره ای را هم شامل می شوند؛ زیرا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 92

این نیز بیع و تجارت است و در آیه بیع، یعنی أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و آیه تجارت، یعنی تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ؛ غیر از رضایت طرفین قید دیگری وجود ندارد. و بر فرض در صحت بیع با اشاره یا کتابت شك کنیم از این عمومات و مطلقات استفاده می کنیم، و حتی عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نیز آن را شامل می شود زیرا عقد به معنای عهد و التزام و قرارداد است و در معامله با اشاره و نوشتن نیز قرارداد

و التزام طرفین وجود دارد. بنابراین به برکت مطلقات و عمومات کتاب و سنت نیز قابل اثبات است.

اشکال: این ادله به فرد متعارف انصراف دارند که بیع قولی یا معاطاتی باشد و بیع با اشاره و کتابت را شامل نمی شوند و بر سبب بودن این دو برای انشای معامله دلالت نمی کنند.

جواب: منشأ انصراف، فرد متعارف بودن و غلبه وجود است که در اصول فقه ثابت است. این انصراف جلو اطلاق را نمی گیرد و مانع از شمول آن نسبت به فرد قلیل نمی باشد.

نتیجه: در حال اختیار هم انشای معامله با اشاره و نوشتن صحیح است و منعقد می شود. در ضمن میان اشاره و کتابت، عموم من وجه است؛ زیرا گاهی اشاره، مورد دارد ولی کتابت مورد ندارد. مثلاً فردی که نوشتن نمی داند با اشاره معامله می کند- چه قدرت تکلم داشته باشد، چه نداشته باشد- و گاهی کتابت، مورد دارد ولی اشاره، مورد ندارد مثل معامله با فرد غایب که با فرستادن پیک یا نامه انجام می گیرد و اشاره به غایب معقول نیست گاهی هم هر دو راه مطرح است چه برای قادر بر تکلم که قادر به اشاره و کتابت هم هست و چه برای عاجز از تکلم ولی قادر بر اشاره و کتابت.

دلایل لزوم انشای قولی فقهای که معتقدند در حال اختیار و تمکن، انشای قولی لازم است به چهار دلیل استناد کرده اند:

1. اجماع: قبلاً اشاره شد که مرحوم ابن زهره و مرحوم محقق ثانی ادعای اجماع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 93

کرده اند تعبیر محقق این است: «لأنَّ النطق معتبر في العقود اللازمة بالاجماع». [197]

پاسخ: اولاً اجماعی وجود ندارد؛ ثانیاً اجماع منقول به خبر واحد حجت نیست؛

ثالثاً اجماعی که این فقها می گویند به احتمال زیاد مدرکی است.

2. روایات: «إثما يحلل الكلام ويحرم الكلام» که هم در کتاب بیع [198] ذکر شده است و هم در کتاب مزارعه و مساقات [199] و ظهور در حصر دارند که تنها کلام و قول است که محلل و محرم است. پس اشاره و کتابت کافی نیست.

پاسخ: اولاً اگر به این روایات استناد کنیم باید معاطات را نیز کنار بگذاریم چون معاطات هم فعل است نه قول و کلام، و مشهور یا جمعی از آنان به این ملتزم نیستند. ثانیاً در روایت فوق، چند احتمال وجود دارد که در مسائل معاطات خواهد آمد و طبق يك احتمال قابل استدلال است ولی احتمالات دیگری هم هست که «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال». افزون بر این، احتمال مشار الیه مستلزم تخصیص اکثر است و ذاتاً نادرست است. [200]

3. روایات خاصه ای که در برخی از ابواب معاملات آمده است از جمله در مورد بیع مصحف [201] و بیع عبد فراری [202] و مانند آن، که امام (ع) در مقام بیان معامله فرموده است: «مشتري چنین و چنان بگوید» که ظاهرش لزوم قول است.

پاسخ: اولاً این روایات در ابواب خاصی است و قاعده کلی از آن استفاده نمی شود؛ ثانیاً در همان موارد هم مفید حصر نیست تا به مفهومش انشای غیر قولی را ابطال کند،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 94

بلکه از باب فرد متعارف، قولی را بیان کرده است. بنابراین با مطلقات و عمومات معاملات منافاتی ندارند.

4. در حال اختیار، قدر متیقن این است که با قول، انشا کند و مازاد بر آن؛ یعنی با اشاره یا کتابت، مشکوک است، لذا از اصل فساد معامله

استفاده می کنیم.

پاسخ: با وجود مطلقات و عمومات که دلیل های اجتهادی هستند نوبت به اصل عملی نمی رسد.

نتیجه: هیچ دلیل معتبری نیست تا بر لزوم انشای قولی برای فرد متمکن دلالت کند. پس با اشاره و کتابت هم کفایت می کند.

نظریه امام خمینی (قدس سره)

امام راحل در متن تحریر بر اساس تحقیقی که در کتاب بیع دارند، بحث نکرده است بلکه بر مسلك مشهور بحث کرده و فرموده است: «اشاره و کتابت مخصوص فرض تعذر تلفظ است و با امکان نطق و قول، با اشاره منعقد نمی شود زیرا مسببات عقلائی باید دارای اسباب عقلائی باشند. عقلا در حال اختیار و تمکن، از قول یا معاطات استفاده می کنند نه از اشاره یا کتابت ولی در حال عجز و اضطرار از اشاره هم استفاده می کنند و با آن مرادات خود را می فهمانند».

دلایل انعقاد معامله با اشاره یا کتابت در حال عجز

1. اجماع: فقیهی را سراغ نداریم که اشاره را برای اخرس کافی نداند.

2. سیره عقلا: خود انسان های اخرس با یکدیگر در جمیع شؤون معیشت خود- و از جمله در معاملات و مبادلات- از اشاره بهره می گیرند؛ دیگران هم در برخورد با آنان با زبان آن ها که زبان اشاره است مقصودشان را می فهمانند و این روش از سوی شرع، ردع و منع نشده است و بلکه به برکت دو دلیل بعدی چه بسا تأیید گردیده است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 95

3. عمومات و مطلقات ابواب عقود و ایقاعات، بر فرض اگر به حکم اجماع در مورد انسان قادر و متمکن تقیید شده باشند و بگویند حتماً با قول باید انشا کند، ولی در مورد انسان عاجز از تکلم تقیید نشده اند و بر فرض شك در تقیید، به اصاله العموم و اصاله الاطلاق تمسك می کنیم.

4. به سه فحوا و اولویت نیز استدلال شده است یا ممکن است کسی استدلال کند:

الف) فحواى طلاق اخرس: روایاتی در باب طلاق وارد شده مبنی بر این که طلاق اخرس با اشاره یا کتابت منعقد می شود. [203] حال

اگر اطلاق اُخْرَس با اشاره صحیح است سایر معاملات و عقود و ایقاعات او به طریق اولی با اشاره صحیح است.

ب) فحوای وصیت اُخْرَس: روایاتی داریم که انسانی که در حال مرگ زبانش بند آمده و قدرت تکلم ندارد می تواند با اشاره وصیت کند و چنین وصیتی مشروع است. [204] حال ممکن است ادعا کنیم که باب وصیت خصوصیتی ندارد و یکی از معاملات به معنای اعم است، پس در سایر معاملات و از جمله بیع هم، اُخْرَس می تواند با اشاره معامله کند.

ج) فحوای قرائت نماز اُخْرَس: روایاتی داریم که انسان اُخْرَس قرائت نماز را با اشاره انجام دهد و همین کافی است. [205] حال، نماز که عبادت است و خیلی مهم است برای اُخْرَس با اشاره برگزار می شود پس معاملات اُخْرَس به طریق اولی با اشاره صحیح است.

تقد و بررسی: این دلیل ناتمام است؛ زیرا فحوا یا مفهوم موافقت یا قیاس اولویت باید قطعی باشد و اگر ظنی شد ارزشی ندارد. هر سه فحوا در این جا مورد قطعی نیست و قابل تشکیک است:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 96

اما فحوای روایات طلاق: به گفته محقق اصفهانی: باب طلاق و نکاح خصوصیت دارند و چه بسا برای حفظ فروج، توسعه یا تضییقی در آن دو باب باشد ولی این خصوصیت در سایر معاملات نیست تا بتوانیم حکم را به آن ها توسعه دهیم.

اما فحوای روایات وصیت: باز در این باب از ناحیه شارع تسهیلاتی اعمال شده است که در جاهای دیگر نیست و لذا وصیت تعلیقی هم مشروع است؛ در حالی که در سایر عقود و ایقاعات تعلیق مضر است. بنابراین سرایت دادن حکم باب وصیت به سایر موارد، نوعی

قیاس است.

امّا فحوای باب قرائت نماز: از آن جا که در نماز، مباشرت لازم است و خود مکلف باید آن را بجا آورد و در هیچ حالی هم قابل ترك نیست، بدیهی است که اگر تلفظ ممکن نباشد، اشاره جایگزین آن می شود، ولی معاملات این ویژگی را ندارند و توکیل هم در آن ها جایز است. پس قیاس مع الفارق است.

البته سه دلیل قبلی کفایت می کند و اصل جواز و صحت معامله اخرس با اشاره یا کتابت، مسلّم است. ولی چند فرع قابل بحث است:

الف) اگر اخرس همان گونه که از تکلم ناتوان است از توکیل (وکیل گرفتن برای انشای عقد) نیز ناتوان باشد قطعاً به اشاره منعقد می شود، ولی آیا با تمکن از توکیل هم اشاره او کافی است یا لزوماً باید وکیل بگیرد؟ ظاهراً در کفایت اشاره مخالفی وجود ندارد و فتوای فقها عدم لزوم توکیل است. [206]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 97

ب) به حکم سیره عقلا- ظهور افعال و حرکات و اشارات و کتابات مثل اقوال هستند و حجیت دارند، و ظهور یقین آور نیست؛ آری باید وثوق و اطمینان آور باشد و مجرد ظن ولو ظن غالب کفایت نمی کند.

ج) مشهور اشاره را بر کتابت مقدم داشته اند به این دلیل که اشاره «اصرح» است و دلالت آن بر مقصود روشن تر است. برخی هم کتابت را مقدم دانسته اند؛ مثل مرحوم سید در حاشیه. [207] به این دلیل که کتابت «اضبط» است و دقت بیش تری در آن وجود دارد. ولی این استدلال ها ناتمام است؛ زیرا اولاً کلیت ندارند، بلکه گاهی اشاره از کتابت «اضبط» است یا کتابت از اشاره «اصرح» است؛ ثانیاً جوهری استحسانی می باشند که در فقه اهل بیت (ع) به آن ها

اهمیتی داده نشده است. بنابراین باید روایات ملاحظه شود.

در روایات باب وصیت تنها «اشاره» مطرح شده و خبری از کتابت نیست. در روایات طلاق اُخْرَس هم، در سه روایت، تنها اشاره مطرح شده و با این که در مقام بیان است خصوص اشاره را آورده است. یکی از دو روایت دیگر (روایت یونس [208]) هم به امام مستند نکرده و به احتمال زیاد فتوای خود یونس است، که برای ما حجت نیست. ضمن این که در سند آن اسماعیل بن مرار آمده که مجهول الحال است. روایت دیگر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 98

روایت صحیحه احمد بن محمد بن ابی نصر بزنطی از امام رضا (ع) است که در این روایت ابتدا کتابت را عنوان کرده سپس سراغ راه های دیگر رفته است [209] و برخی مثل مرحوم سید در حاشیه [210] و مثل ابن ادریس حلی [211] کتابت را ترجیح داده اند. ولی اولاً از روایت، لزوم ترتیب استفاده نمی شود و محتمل است در مقام بیان اصل استفاده از کتابت و راه های دیگر باشد؛ ثانیاً بر فرض که ترتیب فهمیده شود، فقط در باب طلاق چنین است و ربطی به سایر معاملات ندارد.

پس با توجه به فتوای مشهور و تقدیم اشاره و نیز با توجه به فرد غالب و متعارف بودن اشاره که اُخْرَس ها بیشتر با اشاره مراد را می فهمانند نه کتابت، و با توجه به این که روایات وصیت و بیشتر روایات طلاق اُخْرَس، روی اشاره تکیه کرده اند احتیاط واجب این است که نخست اشاره و اگر اشاره میسر نشد- مثل فرد غایب که با او به اشاره سخن گفتن و معامله کردن، معنا ندارد- نوبت به کتابت می رسد. حتی امام راحل از باب احتیاط

واجب، معاطات و توکیل را هم پیش از کتابت می دانند چون سبب عقلائی و متعارف هستند و اولویت دارند، و در پایان اگر هیچ راهی نبود از باب ضرورت و ناچاری از کتابت استفاده کند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 99

معاطات

اشاره

مسألة 6: الأقوى وقوع البيع بالمعاطاة في الحقییر والخطیر. وهي: عبارة عن تسليم العين بقصد صیوررتها ملكاً للغير بالعوض وتسلم العوض بعنوان العوضیة، والظاهر تحققها بمجرد تسليم المبیع بقصد التملیک بالعوض مع قصد المشتري في أخذه التملك بالعوض؛ فيجوز جعل الثمن كلياً في ذمة المشتري، وفي تحققها بتسلم العوض فقط من المشتري بقصد المعاوضة إشكال وإن كان التحقق به لا يخلو من قوّة.

ترجمه: اقوا آن است که بیع، در چیز کوچک و بزرگ، با معاطات واقع می شود. و «معاطات» عبارت است از تسلیم نمودن عین به قصد مالک دیگری شدن با عوض، و تحویل گرفتن عوض به قصد عنوان عوض بودن. و ظاهر آن است که به مجرد این که فروشنده مبیع را به قصد تملیک به مشتری، در مقابل عوض تسلیم نماید و مشتری هم در گرفتن آن، مالک شدن در مقابل عوض را قصد نماید معاطات تحقق می یابد؛ بنابراین جایز است که ثمن را چیز کلی در ذمه مشتری قرار دهد. و در تحقق پیدا کردن معاطات به این که فقط عوض (ثمن) را از مشتری به قصد معاوضه تحویل بگیرد، اشکال است؛ اگرچه تحقق معاطات با آن خالی از قوت نیست.

شرح: حقیقت بیع مبادله اعتباری مال به مال است که از آن به بیع مُسَبَّبی تعبیر می شود، و این مبادله به دو سبب عرفی و عقلائی قابل انشا و ابراز است که از

آن‌ها به بیع سببی تعبیر می‌شود. یکی عبارت است از قول و صیغه مخصوص که از آن به بیع به صیغه یاد می‌شود. پنج مسأله پیشین درباره این قسم بود. قسم دیگر عبارت است از فعل مخصوص که از آن به بیع معاطاتی یاد می‌شود و در مسأله ششم، و چهار مسأله بعدی از زوایای گوناگون مورد بحث ما قرار می‌گیرند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 100

تعریف معاطات

واژه معاطات در کتاب و سنت نیامده است تا مجبور باشیم حدود و ثغور آن را بیان کنیم این نوع معامله در عرف و در میان مردم رایج است؛ مثلاً از فروشگاه‌ها اجناسی را برمی‌دارند و بُن یا کارت خرید یا قیمت آن را که مشخص است به فروشنده می‌دهند و ... و نزد خود عرف روشن و بدیهی است، در عین حال به اختصار معنای لغوی و اصطلاحی فقها درباره آن را بیان می‌کنیم:

تعریف لغوی معاطات: معاطات مصدر باب مفاعله و از ثلاثی مجرد «عطا يعطو عطواً» گرفته شده است و در لغت عرب به معنای مناوله و تعاطی است. یعنی دو نفر که از هرکدام چیزی به دیگری برسد و نصیب او شود، و هرکدام چیزی را به دیگری بدهد و در عوض چیزی از او بگیرد. [212] خلاصه این که معاطات یعنی مناوله و تعاطی و اعطا و اخذ و در فارسی به دادن و ستاندن تعبیر می‌شود. ضمناً در لغت معنای وسیعی دارد و مخصوص معامله معاطاتی نیست بلکه در عاریه و هدیه و هبه و مصالحه و مبیعه و ... کاربرد دارد و هرکدام با فعل، قابل ایجاد هستند. در معامله لازم نیست تعاطی، فعلی باشد،

یعنی هم زمان دادنی و ستاندنی باشد یا از دستی بدهد و در مقابل با دست دیگر بستاند یا بلافاصله پس از اعطا اخذی باشد؛ بلکه بیع سلم و نسیه و مانند آن را هم که از يك طرف اعطا فعلی و از طرف دیگر چند ماه دیگر محقق می گردد، شامل می شود.

معاطات در اصطلاح فقها: شیخ اعظم در مکاسب [213] از قول گروهی (شهید ثانی در شرح لمعه [214] و صاحب ریاض [215] و غیره) این گونه نقل کرده: «المعاطاة: أن يُعطى كل من

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 101

اثنین عوضاً عمّا يأخذ من الآخر» یعنی هر يك از دو نفر به دیگری عوض عطا کند در برابر آنچه از دیگری می گیرد؛ سپس فرموده است: معاطات به این معنا دو گونه است:

1. هرکدام متعاطیان به قصد اباحه تصرف عوضی را به دیگری بدهد بدون این که قصد تملیک مال به او داشته باشد؛ مثل میزبانی که به قصد اباحه تصرف طعام را در اختیار میهمان می گذارد و نیازی به اذن قولی ندارد.

2. هرکدام به قصد تملیک و با این نیت تعاطی می کنند و عوضی را به دیگری می دهند و عوضی را از دیگری می گیرند؛ سپس دو وجه دیگر برای معاطات از قول صاحب جواهر ذکر کرده و در آن ها مناقشه نموده است که نیازی به ذکر آن ها و تکرار مناقشات شیخ در مکاسب [216] نیست. از آن جا که تعریف مذکور اعم از بیع معاطاتی [217] است لذا امام راحل در صدد تعریف دیگری برآمده که مخصوص معامله معروف معاطاتی است و در ضمن مسأله ششم می فرمایند:

وهي عبارة عن تسليم العين بقصد صيرورتها ملكاً للغير بالعوض وتسلم العوض بعنوان العوضيه.

این تعریف مخصوص وجه دوم از

دو وجهی است که شیخ اعظم تبیین کرد. مورد بحث ما هم در باب بیع درباره معاطات بر وجه تملیک است و بر وجه اباحه تصرف کار نداریم.

سیر بحث در این باب به قرار زیر است:

1. آیا معاطات معامله مستقلی است یا قسمی از بیع است؟

2. بر فرض که بیع باشد آیا بیع فاسد است یا بیع صحیح؟

3. بر فرض که بیع صحیح باشد آیا مفید اباحه تصرف است یا مفید ملکیت؟

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 102

4. بر فرض که مفید ملک باشد آیا مفید ملک لازم است - مثل بیع قولی - یا ملک جایز و متزلزل است که با تلف يك طرف و مانند آن لازم می گردد؟ اگر چنین باشد بحث دیگری مطرح می شود به نام مُلْزِمَاتِ معاطات.

در ضمن بحث های فوق یا پس از آن ها بحث دیگری مطرح می شود که در مکاسب شیخ با عنوان تنبیهات از آن ها یاد شده است؛ از جمله این که آیا معاطات مخصوص بیع است یا در سایر معاملات نیز جاری و ساری است؟ و

قبل از ورود به بحث به ترتیبی که ذکر شد، فهرستی از اقوال گوناگون را درباره معاطات بیان می کنیم: اقوال فقهای [218] اهل بیت (ع):

1. معاطات مثل بیع قولی مفید لزوم است مطلقاً.

2. معاطات مفید لزوم است اگر دلالت کننده بر تراضی یا بر معامله لفظ باشد.

3. معاطات مفید ملک جایز و متزلزل است که با تلف يك عوض، لازم می شود.

4. معاطات مفید اباحه جمیع تصرفات است، حتی تصرف های متوقف بر ملک.

5. معاطات مفید اباحه جمیع تصرفات است مگر تصرف های ملکی.

6. معاطات نه مفید ملک است و نه اباحه، بلکه يك معامله فاسد است.

7. معاطات معامله مستقلی است و

مفید ملک هم هست و ربطی به بیع ندارد.

اقوال نزد فقهای اهل سنت: [219] سه فرقه مالکی و حنبلی و حنفی معاطات را بیع صحیح و لازم می دانند و برای بیع دو قسم قائلند: یکی بیع قولی و دیگری بیع فعلی یا معاطات، ولی فرقه شافعی منکر این معناست.

بررسی تفصیلی معاطات

بحث اول: آیا معاطات معامله ای مستقل است یا قسمی از بیع است که با فعل داد و ستد انشا می شود، در مقابل بیع قولی که با صیغه خاصی انشا می گردد؟

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 103

ظاهراً تنها کسی که معاطات را معامله مستقلی دانسته مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء است که مرحوم سید در حاشیه از قول ایشان نقل کرده است [220] البته صاحب مفتاح الکرامه از حواشی شهید اول حکایت کرده که معاطات معاوضه مستقل باشد [221] ولی هیچ دلیلی بر آن اقامه نکرده اند، بلکه دلیل، یعنی عرف عام مردم و عرف خاص مسلمانان و عرف اخص فقهای شیعه و سنی برخلاف آن است. البته ثبوتاً ممکن است معاطات، تجارت مستقلی باشد و به عموم آیه تجارت و مانند آن استدلال شود ولی اثباتاً چنین نیست و کسی آن را معامله جدا محسوب نکرده است.

بحث دوم: آیا معاطات از معاملات صحیحه است یا از معاملات و بیوع فاسده؟ تنها علامه در کتاب نهایة الأحکام [222] قائل شده که معاطات نه بیع است و نه مفید اباحه و با مالی که به معاطات گرفته شده مثل مقبوض به عقد فاسد معامله می شود. البته ایشان در سایر کتاب ها رجوع کرده و معاطات را بیع صحیح و مفید ملک دانسته و تنها لزوم را از آن نفی کرده است. [223]

بررسی ایجاب یا عدم ایجاب ملکیت با معاطات

اشاره

بحث سوم: آیا معاطات بیع صحیح و موجب تملیک و تملک است- ولو مفید ملکیت لازمه نباشد- یا موجب ملکیت نیست و حداکثر مفید اباحه تصرف است؟ دو نظریه وجود دارد:

1. مشهور فقها تا زمان محقق ثانی گفته اند: معاطات مفید اباحه تصرف است نه ملکیت. [224]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 104

2. محقق ثانی [225]

و گروهی از فقیهان و محدثان گفته اند: معاطات مثل بیع به صیغه مفید ملکیت است. [226] ولی در این که مراد ملك جایز و متزلزل است یا ملك لازم اختلاف دارند که در مسأله هشتم از مسائل تحریر الوسیله خواهد آمد. فعلاً بررسی اصل افاده ملك مهم است. ضمناً نزاع در معاطات به قصد تملیک است، نه معاطات به قصد اباحه.

دلایل طرفین: نخست، دلایل متأخرین را می آوریم که عقیده به صحت معاطات دارند و آن را بیع صحیح و مفید ملکیت می دانند:

ادله متأخرین بر صحت معاطات

دلیل اول، سیره قطعیة عقلای عالم و خصوص مسلمین:

در طول تاریخ مردم با مالی که از طریق معاطات به دست می آوردند معامله ملك می کردند و تمام احکام ملك را بر آن مترتب می کردند؛ همین سیره در زمان معصومین (ع) هم بوده، مسلمانان هم معاملات معاطاتی داشتند و امروز هم هست و بلکه بیشتر معاملات مردم به این نحو انجام می گیرد و معاملات قول خیلی کم است این سیره به هیچ وجه از سوی شارع مقدس ردع نشده است وگرنه به دست ما می رسید و نظر شارع را می فهمیدیم و چه بسا به برکت عمومات آیات و روایاتی که در دلایل بعدی خواهد آمد، می توانیم ادعا کنیم که امضا هم نموده است، در نتیجه این سیره از سیره های مقطوعه است و موجب یقین به صحت معاطات است.

دو اشکال: الف) شیخ در مکاسب می گوید: مسلمانان از روی بی مبالاتی یا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 105

کم مبالاتی سیره های فراوانی دارند که ربطی به شارع ندارد و دارای ارزش نیست، حال شاید سیره مذکور هم از این قسم سیره ها باشد؛ پس قابل استناد نیست.

پاسخ: اولاً سیره مذکور عقلانی است و همه مردم عالم با

هر مسلک و مرام و دین و مذهبی و حتی لامذهبان عالم در معاملات خود این گونه هستند، پس سیره عقلانیه است، نه شرعیه یا متشرعیه؛ ثانیاً فقط عوام مسلمانان این کار را نمی کنند بلکه خواص و متدینان و حتی عالمان دینی هم عملاً بر مال مأخوذ به معاطات، آثار ملک مترتب می کنند، لذا نمی توان این کار را از روی بی مبالاتی دانست.

ب) این سیره رسماً از سوی شارع ردع شده است، و به دلیل اجماع و اصل فساد و برخی روایات، تا زمانی که قول نباشد ملکیتی نیست؛ پس این سیره ارزشی ندارد.

پاسخ: پاسخ این اشکال پس از دلایل متأخرین، دلایل مشهور بر عدم افاده ملکیت را خواهیم آورد و جواب خواهیم داد و روشن خواهد شد که این ها صلاحیت ندارند تا رادع باشند.

پس دلیل سیره، دلیل محکمی است و جای مناقشه ندارد؛ بلکه به قول امام راحل:

بل الظاهر بناء العقلاء بل المتشرّعة علی اللزوم أيضاً، وبالجملة: لا فرق لديهم بين إنشاء البيع بالصيغة وبين المعاطاة في شيء من الآثار صحّة ولزوماً. [227]

دلیل دوم: آیه *أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا* [228]:

محقق ثانی [229] و شیخ اعظم [230] و امام راحل [231] برای اثبات صحت و نفوذ و تأثیر معاطات و مفید ملک بودن آن - به آیه حلّیت بیع استدلال کرده اند. بیان منطقی دلیل:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 106

مقدمه اول: معاطات بیع است. مقدمه دوم: خداوند بیع را حلال نموده است. نتیجه: پس خداوند معاطات را حلال فرموده است.

توضیح مقدمه اول: صدق بیع به معنای حقیقی کلمه (مبادله مال به مال) بر معاطات مسلّم است و جای تردید ندارد و تنها کسی که معاطات را مستقل از بیع دانسته، مرحوم کاشف الغطاء

است که قبلاً نظر ایشان رد شد.

البته شبهاتی در مورد مقدمه اول وجود دارد که همگی قابل جواب است. [232]

توضیح مقدمه دوم: شیخ اعظم در مکاسب [233] می گوید: مراد از حلیت بیع در آیه، حلیت وضعی [234] نیست تا آیه مستقیم و بالمطابقه بر مدعای ما دلالت کند، بلکه مقصود

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 107

حلیت تکلیفی [235] است، زیرا اولاً ظاهر خود کلمه حلیت و حرمت یا احلال و تحریم شرعی و مولوی، همین است که عقاب ندارد یا دارد؛ ثانیاً در ادامه آیه، حرمت ربا مطرح شده که مقصود آن حتماً حرمت تکلیفی است یعنی ربا حرام و موجب عقوبت است و لفظ بیع یا معامله ندارد تا بر حرمت وضعی حمل شود. پس به قرینه مقابله از حلیت بیع هم، تکلیفی مراد است.

آن گاه در ظاهر آیه، احلال به خود بیع نسبت داده شده و آمده است: خداوند بیع را حلال نموده است و با توجه به معنایی که قبلاً برای بیع ذکر شد «البيع إنشاء تمليك عين بمال» [236] ظاهر آیه مراد نیست زیرا معنا ندارد که خداوند انشای تمليك را حلال کند؛ انشای تمليك منهای تصرفات بعدی هیچ گاه حرام نبوده است تا حلال شود؛ احتمال حرمت آن هم نمی رفت تا آیه در صدد دفع توهم حذر باشد. به ناچار باید فعل اختیاری مربوط به بیع در تقدیر باشد و آن تصرف پس از بیع است و چون فعل خاص منظور نیست بلکه در ظاهر به خود جنس و طبیعت نسبت داده شده، مقصود این است که هر تصرفی در مبيع را حلال کرده است، از جمله تصرفات متوقف بر ملك، مثل بیع و عتق و وطي و

وصیت و توریث و ... که بدون مالک بودن منعقد نمی شوند زیرا «لا بیع إلا فی ملک»، «لا عتق إلا فی ملک»، «لا وطي إلا فی ملک» و ...، آن گاه از حلیت این گونه تصرفات که لازم ملک بودن هستند، کشف می کنیم اصل ملکیت را.

پس در يك جمله: بیع مفید ملکیت است.

ولی خود شیخ اعظم در ادامه فرموده: مدلول مطابقی آیه، حلیت و اباحه جمیع تصرفات است و ما می خواهیم از این مدلول مطابقی به يك مدلول التزامی منتقل شویم و به این وسیله ملکیت را کشف کنیم. اما در مورد معاطات مشکل است؛ زیرا در بیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 108

قولی و مانند آن، ملازمه شرعی وجود دارد و به دلیل اجماع و عدم تفریق، از راه اباحه تصرفات، به ملک منتقل می شویم ولی در معاطات چنین اجماعی وجود ندارد، زیرا مشهور [237] منکر ملازمه هستند و تنها درباره اباحه تصرف گفته اند ملازمه شرعی یا عقلی یا عادی میان اباحه تصرف و ملکیت نیست. بنابراین اثبات این مدعا (معاطات مفید ملکیت است) با این دلیل (آیه حلیت بیع) ناتمام است. سپس شیخ اعظم برای پاسخ این مطالب [238] می فرماید: در این موارد راه دیگری وجود دارد؛ یعنی قول به ملکیت آنی و لحظه ای قبل از تصرف به این معنا که يك آن قبل از بیع یا عتق یا وطي و ... مالک می شود و تصرف او صحیح و نافذ است؛ به این وسیله میان ادله گوناگون جمع می گردد، ولی به کار مستدل نمی آید؛ زیرا وی مدعی است که معاطات از اول که محقق می شود مفید ملکیت است نه این که يك لحظه قبل از تصرف موجب ملک باشد. [239]

بنابراین استدلال به

آیه حلیت بیع ناتمام است. خوشبختانه خود شیخ اعظم در بخشی از ایراد خود عدول کرده و می فرماید: «الاولی التمسک فی المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من حلّ البیع، صحته شرعاً». [240] یعنی اگر حلیت بیع به معنای حلیت تکلیفی باشد مشکل آفرین است، ولی به معنای حلیت وضعی یعنی صحت و نفوذ شرعی بیع است که جز مفید ملک بودن و تأثیر در آن، معنایی ندارد. دلیل این معنا تبادر عرفی است یعنی از حلیت بیع، صحت شرعی در ذهن اهل لسان تبادر می کند و مفاد آیه صحت و نفوذ بیع است و «أحلّ» یعنی «أنفذ». آن گاه استدلال به آیه تمام است، زیرا معاطات بیع است و بیع، صحیح و مؤثر و نافذ است (مفید ملک است)؛ پس معاطات نیز چنین

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 109

است. البته شیخ از قرینه مقابله جوابی نداده است، شاید مرادش این است که مقصود از تحریم ربا هم تحریم وضعی معامله ربوی؛ یعنی فساد و بطلان است.

نقد و بررسی: سخنان شیخ درباره مقدمه دوم دلیل (کبرای کلیّ الله البیع) از آغاز تا به انجام قابل مناقشه است که اهم آن ها به قرار زیر است:

1. شیخ حلیت را در آیه به معنای تکلیفی گرفتند به قرینه خود ظاهر کلمه و به قرینه مقابله حلیت با حرمت حرّم الربوا.

اشکال این است که لفظ حلال و حرام و مشتقات آن دو، در اصطلاح فقها به معنای تکلیفی آن استعمال می شود و مراد از حلال و حرام عقابت داشتن و نداشتن است. ولی در کتاب و سنّت به معنای لغوی خودشان استعمال می شوند و حلیت در لغت به معنای ارسال، اطلاق، ترخیص، اباحه، تخییر

و رفع المنع است، و حرمت به معنای منع و حجر و عدم توسعه و ترخیص است و این معنا هیچ قیدی ندارد که از نظر تکلیفی چنین باشد یا از نظر وضعی و صحیح و نافذ و مؤثر بودن. آن گاه بر حسب موارد فرق می کند و هر کجا به قرینه مناسبت حکم و موضوع می توانیم مقصود را بفهمیم، مثلاً در مثال «شرب خمر حرام است» قطعاً مراد حرمت تکلیفی است؛ یعنی عقاب دارد نه حرمت وضعی (فساد و بطلان). در مواردی ممکن است مقصود فقط حلیت و حرمت وضعی (صحت و فساد) باشد. و در مواردی هم جامع هر دو مورد نظر است و بر هر دو قسم تکلیفی و وضعی قابل صدق است؛ مثل باب معاملات و اسباب و مسببات و از جمله در آیه مورد نظر ما، که حلیت به بیع، و حرمت به بیع ربوی بار شده است و بیع به عنوان يك مبادله اعتباری و فعل اختیاری، هم حکم تکلیفی (حلیت یا حرمت) دارد و هم حکم وضعی (صحت یا بطلان). بنابراین هیچ مانعی ندارد در آیه مورد بحث مقصود این باشد که بیع، هم تکلیفاً حلال و جایز و مباح است و هم وضعاً صحیح و نافذ است، متقابلاً بیع ربوی یا مطلق معامله ربوی، ولوربای در قرض، هم تکلیفاً حرام و ممنوع است و هم وضعاً فاسد و باطل است. ضمناً از باب استعمال لفظ در جامع و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 110

قدر مشترك است که بر هر دو فردش قابل صدق است، نه از باب استعمال در اکثر تا اشکال شود که از محالات است. افزون بر

این از نظر اصول، استعمال در اکثر هم ممکن است زیرا استعمال، علامت بودن لفظ برای معانی است نه مرآت بودن آن برای چند معنا؛ بنابراین هیچ دلیلی نداریم که حلیت در آیه را به خصوص تکلیفی معنا کنیم.

2. شیخ در ادامه فرمود: حلیت تکلیفی به خود بیع تعلق نمی گیرد زیرا بیع، انشای تملیک است و قطعاً حلال است و کسی تردید ندارد تا آیه رفع تردید کند و بگوید بیع را خداوند حلال کرده است، بر این اساس ناچار شده است از تقدیر جمیع تصرفات، آن گاه از راه اباحه جمیع تصرفات به ملکیت منتقل شده است.

اشکال این است که با بیانی که در اشکال قبل آوردیم اصلاً نیازی به تقدیر نیست و حلیت- به خود بیع به عنوان یک مبادله اعتباری اختیاری- تعلق گرفته و به هر یک از معنای تکلیفی و وضعی حلال و نافذ است و نیازی به تقدیر نیست، ضمن این که تقدیر، خلاف اصل است و تا ضرورت ایجاب نکند قول به تقدیر درست نیست.

3. شیخ در ادامه اشکال کرد و گفت: از آیه حداکثر، اباحه جمیع تصرفات استفاده می شود ولی ملکیت استفاده نمی شود؛ زیرا ملکیت عین اباحه تصرف نیست، بلکه از راه ملازمه باید ثابت شود و چنین ملازمه ای وجود ندارد. شاهد مطلب، میهمان و مستعیر و غیره است که اباحه تصرف دارند ولی مالک نیستند. در مورد بحث ما هم ملازمه نیست، وگرنه مشهور نفی ملکیت نمی کردند.

اشکال این است که آیه نمی گوید: «خداوند جمیع تصرفات را حلال کرده است»، تا شما بگویید: این معنا ملازم با ملکیت نیست، بلکه می گوید: خداوند جمیع تصرفات مترتب بر بیع را حلال کرده است. و

واضح است که مقصود تصرفاتی است که بیع در آن ها دخیل و سبب اباحه است نه این که تعبداً حلال باشند و بیع دخیل نباشد. گفتنی است دخالت بیع هم جز به ملکیت نیست، بنابراین اباحه تصرف متوقّف بر بیع، یا عین ملک یا مستلزم آن است- ضمن این که ما روی عنوان ملکیت حساسیتی نداریم و

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 111

مقصودمان این است که بیع موجب اباحه جمیع آثار است، حتی تصرف متوقّف بر ملک، و این غیر از مالکیت چیزی نیست، اگر شما نامش را ملکیت نمی گذارید، نام گذاری مهم نیست.

4. شیخ در ادامه برای حل معضله اباحه جمیع تصرفات حتی متوقّف بر ملک، و قول به عدم افاده ملکیت معاطات، ملکیت آنی قبل از تصرف درست کرد

اشکال این است که علی القاعده ملکیت از لحظه بیع و معاطات می آید و ملازمه هم درست شد؛ آن گاه نوبت به این توجیه نمی رسد و این توجیه هیچ وجه و جیهی ندارد مگر برای جمع میان ادلّه، و دیدیم که عمل به ادلّه، راه بهتری دارد؛ یعنی قول به صحت و نفوذ معاطات و افاده ملکیت از اوّل معامله است.

5. شیخ اعظم در پایان، استدلال به آیه را قبول کرد از این راه که متبادر عرفی از آیه، حلّیت وضعی (صحت و نفوذ معامله) است و بالمطابقه بر ملکیت دلالت دارد، نه بالملازمه.

اشکال این است که گرچه این بیان از بیان اوّل ایشان که از راه حلّیت تکلیفی وارد شد قوی تر است، زیرا نیازی به تقدیر ندارد و آنچه متناسب با باب معاملات است هم همین نفوذ و صحت وضعی است نه حکم تکلیفی تعبدی، ولی این هم خالی از اشکال

نیست زیرا اولاً حلیت را به معنای خصوص وضعی گرفت، در حالی که قبلاً در اشکال اول آوردیم که حلیت در لغت معنای عامی دارد؛ ثانیاً خود ایشان قبلاً حلیت وضعی را قبول نکرد و در آن تأمل داشت ولی این جا می پذیرد، و نوعی تهافت در کلام وجود دارد؛ ثالثاً در مورد حرمت ربا که به نظر شیخ، ظهور در تکلیفی دارد و مقابل حلیت بیع است توضیحی نداده است و لابد آن جا هم حرمت را به خصوص حرمت وضعی معنا می کند و متبادر می داند، در حالی که اراده خصوص وضعی در این جا مشکل تر از اراده خصوص حلیت وضعی در فراز قبلی آیه است، زیرا حرمت در ظاهر به خود ربا و زیادی بار شده است نه بیع ربوی.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 112

استدلال به آیه به شیوه ای بهتر

در آیه سه احتمال وجود دارد و برابر هر کدام از آن ها، استدلال به آیه- برای صحت معاطات و مفید ملک بودن آن- درست است ولو احتمال يك، و دو خالی از اشکال نیست:

1. مقصود حلیت تکلیفی باشد و تصرفات مترتب بر بیع در تقدیر باشد که بیان اول شیخ اعظم بود و به تفصیل بیان شد و در جواب اشکال شیخ به این احتمال، تبیین گردید که میان اباحه این تصرفات و ملکیت، ملازمه وجود دارد و از این راه ملکیت را کشف می کنیم. منتها اصل احتمال مبتلا به اشکال است که به تفصیل در اشکال اول ما به شیخ ذکر شد.

2. مراد حلیت وضعی باشد که در پایان کلام شیخ آمده است که بیان شد. طبق این احتمال هم آیه، دالّ بر صحت و نفوذ و مفید

ملك بودن معاطات است و حتی به دلالت مطابقی هم دلالت دارد. ولی این احتمال هم قبلاً مورد نقد قرار گرفت.

3. مراد از حلّیت، معنای لغوی آن باشد که اطلاق و ارسال و جواز و ترخیص و رفع المنع است و چنان که قبلاً بیان کردیم این معنای عامی است و با هر يك از حلّیت تکلیفی و وضعی سازگار است و در مورد آیه که حلّیت، به بیع و معامله مستند شده است هیچ مانعی ندارد که هر دو یا در واقع معنای جامع مراد باشد که بر هر دو قابل صدق است و تفصیلاً بیان شد.

بنابراین حلّیت بیع را هرگونه که معنا کنیم دلالت آیه بر مفید ملك بودن بیع مسلم است و معاطات هم قطعاً بیع است، پس مفید ملك است.

اشکال: تنها اشکالی که در استدلال به آیه شده این است که آیه و آیات قبل و بعد آن در مقام بیان حرمت ربا و در مقام سرزنش کسانی است که می گفتند: بیع هم مثل ربا است. آیه می فرماید: این دو با هم فرق دارند و مثل هم نیستند؛ بیع را خدا حلال کرده ولی ربا را حرام نموده است، و چون در مقام بیان حرمت ریاست از این جهت

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 113

می توانیم به اطلاق آیه استناد کنیم و بگوییم جنس ربا و مطلق ربا- ولو ربای قرضی- حرام است، ولی از جهت حکم بیع در مقام بیان نیست تا به اطلاق آن تمسك شود، بلکه در مقام اصل تشریح حلال بودن بیع است ولی درصد نیست تا بیان کند کدام بیع حلال و صحیح و نافذ است؟ بلکه قدر متیقن

بیع به صیغه را می‌گیرد، و شمول آن نسبت به معاطات معلوم نیست. [241]

پاسخ: اگر آیه با فاء تفریع، این دو جمله *أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ* و *حَرَّمَ الرِّبَا* را بر مطالب قبلی متفرع می‌کرد امکان داشت اشکال شود که قبلاً در مورد حرمت ربا بحث شده است و آیه از این جهت در صدد بیان است. ولی با واو حالیه فرموده است: *وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ*.... و این تعبیر، اعطای قاعده و کبرای کلی است، مخصوصاً که جمله *أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ* نیز اطلاق دارد، مخصوصاً که مراد از بیع در آیه بیع عرفی است و معاطات هم قطعاً بیع عرفی است و مشمول آیه است؛ بلکه ممکن است ادعا کنیم که قدر متیقن از آیه همین بیع است زیرا بیع قولی در خارج بسیار کم اتفاق می‌افتد.

نتیجه: دلالت آیه حلیت بیع بر صحت معاطات مسلّم است.

دلیل سوم، آیه تجارت: *يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ* [242]: [243]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 116

شیوه استدلال: با توجه به هفت نکته ای که ذکر شد اصل استدلال به این آیه از زبان شیخ اعظم همانند استدلال به آیه بیع است: «معاطات تجارت از روی تراضی است»، «و چنین تجارتی به حکم آیه حلال است»؛ پس معاطات حلال و جایز است. بیان شیخ همان بیان آیه بیع است و اشکال ایشان به این دلیل همان اشکال است که حداکثر اباحه تصرفات مترتب بر تجارت را می‌فهماند ولی این با ملکیت ملازمه ای ندارد تا کاشف از ملک باشد. وی نسبت به تصرفات متوقف بر ملک هم به ملکیت آنی قائل شده است. [244] ضمناً در پایان

به آیه بیع از راه تبادل حلیت وضعی استدلال کرد ولی به آیه تجارت چنین استدلالی ندارد و ظاهراً پذیرفته است که نمی توان برای صحت معاطات به این آیه استدلال کرد.

ولی همان گونه که برخی از فقهای بزرگ همچون محقق ایروانی [245] و آیت الله خوئی [246] و امام راحل [247] فرموده اند، استدلال به این آیه هم صحیح است و فرقی ندارد که «اکل»، کنایه از مطلق تصرف باشد یا کنایه از تملك و تصاحب مال دیگران، نهی مولوی باشد یا ارشادی، تجارت مرفوع باشد یا منصوب، تجارت مساوی با بیع باشد یا اعم از آن یا اخص، و بالاخره استثنا متصل باشد یا منفصل.

توضیح: به دو بیان می توانیم به آیه استناد کنیم:

1. «اکل» کنایه از مطلق تصرفات باشد و مفاد آیه این باشد که تصرف در اموال دیگران از راه های باطل حرام است ولی از راه تجارت حلال است، و این اباحه مطلق تصرفات که حکم تکلیفی است کاشف از ملك است که حکم وضعی است. جواب شیخ اعظم که منکر ملازمه شد و تنها اباحه تصرفات را قبول کرد نه ملکیت را، این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 117

است که آیه، تصرفات مترتب بر تجارت و از طریق تجارت را حلال کرده است؛ آن گاه این احتمال که جواز تصرف، يك ترخیص مستقلى است که پس از تجارت تعبداً جعل گردیده است و ربطی به تجارت ندارد، مردود است، و خصوص این احتمال که جواز تصرف، مسبب از تجارت و به سبب آن، متفاهم است و این کاشف از تأثیر و نفوذ تجارت و معامله است و تأثیر آن جز ایجاد ملك و افاده، چیز دیگر نیست.

2. «اکل» کنایه از

تملك و تصاحب باشد و مفاد آیه این باشد که تملك اموال دیگران از راه باطل و ناحق حرام است ولی از راه تجارت حلال است. طبق این احتمال آیه بالمطابقه بر ملکیت و حکم وضعی دلالت می کند. صغرای دلیل هم این است که معاطات تجارت از روی تراضی است، پس مفید ملك است.

تنها اشکال این است که جمله مشتمل بر استثناء، در مقام بیان حکم مستثنی منه است و از آن جهت اطلاق دارد، ولی در مقام بیان حکم مستثنی نیست و از این جهت اجمال دارد، و قدر متیقن این است که تجارت به صیغه مراد است و دخول تجارت معاطاتی مشکوک است.

جواب: اولاً این سخن را قبول نداریم؛ ظاهر کلام این است که در مقام بیان هم حکم مستثنی منه و هم حکم مستثنی است؛ ثانیاً بر فرض، چنان باشد که در اشکال ذکر شد ولی در استثنای متصل آن احتمال وجود دارد نه در منقطع که به منزله کلام مستقل و دارای حکم مستقل است؛ ثالثاً در آیه قرینه داریم که از جهت مستثنی نیز در مقام بیان است و آن قید «عن تراض» می باشد.

نتیجه: استدلال به آیه تجارت نیز صحیح است.

دلیل چهارم، آیه وفا به عقد: [248] يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [249]. [250]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 118

استدلال: معاطات، عقد (عهد) است که دو طرف معامله؛ یعنی متعاطیان انشا می کنند: صغرا؛ عقد صحیح و نافذ و مؤثر است: کبرا؛ پس معاطات صحیح و نافذ است: نتیجه:

صغرای دلیل در بیان مفردات آیه تشریح شد. اما کبرای کلی: آیه وفای به عقد، به دلالت مطابقی بر لزوم عقد (معاهده و معاهده) و غیرقابل فسخ

بودن آن دلالت می کند و بالملازمه بر صحت آن دلالت می کند؛ زیرا اگر صحیح نباشد و فاسد باشد معنا ندارد که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 119

لازم باشد، بلکه لزوم معامله، فرع بر صحت آن است و به طریق اولی کاشف از صحت است. [251]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 121

دلیل پنجم، حدیث سلطنت: قوله (ص):

«إِنَّ النَّاسَ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ»: [252]

مفاد مفردات حدیث واضح است زیرا «ناس» یعنی آحاد مردم و مالکین اموال، و «سلطنت»، یعنی حق هر نوع تصرفی داشتن، و «اموال» یعنی املاک مردمان.

استدلال: حذف متعلق سلطنت، مفید عموم است یا این که در مقام بیان بودن حدیث، موجب اطلاق آن است و شامل تصرفات خارجی و تکوینی (خوردن، پوشیدن، نوشیدن و ...) و تصرفات اعتباری (بیع، هبه، مصالحه، وصیت کردن و ...) است. همچنین از نظر حکم وضعی و تکلیفی، عموم دارد و هر دو را شامل می شود و جواز یا نفوذ یا حق تصرف داشتن، هم دلیل اباحه تکلیفی است که تصرف در مال خود عقاب ندارد، هم دلیل صحت وضعی است که این تصرف نافذ و سبب انتقال مال به دیگری است، از نظر کیفیت نقل یا اسباب ناقله و مملکه نیز اطلاق دارد؛ یعنی بیع به صیغه را شامل می شود، بیع معاطاتی را هم شامل می گردد.

آن گاه همان سه احتمال که در آیه حلیت بیع بود در این حدیث هم هست، یعنی یا مراد جواز تکلیفی همه تصرفات است و به ملازمه، به ملکیت دلالت دارد؛ یا مراد جواز وضعی (صحت و نفوذ) است و به دلالت مطابقی یا تضمنی یا از باب کلی و فرد، بر صحت معاطات دلالت دارد؛ و یا مراد جواز

به معنای اعم (رفع منع و ترخیص) است که با هر يك از تکلیفی و وضعی سازگار است. در هر حال بر صحت معاطات دلالت می کند.
حدیث سلطنت از لحاظ سند بی اعتبار است و از نظر محتوا دارای چند اشکال است؛ بنابراین نمی توان به آن استناد و استدلال کرد.
[253]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 124

دلیل ششم، حدیث:

«المسلمون عند شروطهم» [254] یا «المؤمنون عند شروطهم» [255]:

مفردات حدیث: از تعلیق حکم بر وصف استفاده می کنیم که مسلمان و مؤمن باید به شرطش وفا کند و نباید تخلف کند. این ویژگی علامت ایمان و اسلام است و اگر پایبند به شرط و التزام و تعهد خویش نباشد مسلمان نیست- البته عملاً، نه اعتقاداً- و این دال بر وجوب پایبندی به شرط و حرمت تخلف از آن است. از کلمه «عند شروطهم» هم می توان وجوب را فهمید، زیرا نزد شرط بودن؛ یعنی حضور با شرط و غایب نشدن و جدا نشدن از شرط. پس نوعی ملازمه میان مؤمن بودن و وفا کردن به شرط وجود دارد.

ضمناً فرقی ندارد وجوب وفا به شرط، حکم تکلیفی محض باشد که مخالفت با آن سبب عقاب و مؤاخذة است یا حکم وضعی باشد؛ به این معنا که آنچه را که مؤمن ملتزم شده صحیح و لازم و غیر قابل فسخ است.

کلمه شرط به معنای الزام و التزام است؛ گاهی يك نفر خود را ملزم می کند و خود نیز ملتزم می شود، گاهی مولی بنده اش را به کاری ملزم می کند و بنده ملتزم می شود، و گاهی دو طرف معامله یکدیگر را ملزم و ملتزم می کنند. حال آیا شرط به معنای مطلق الزام و التزام است ولو ابتدایی و استقلالی؟ یا

به معنای خصوص الزام و التزام ضمنی و در ظرف و ضمن عقدی از عقود و امری از امور است؟ گروهی معنای دوم را اختیار کرده اند، از جمله مرحوم آقای خوئی در مصباح [256] به استناد کلام دو لغوی همین معنا را قبول کرده است. فیروزآبادی در قاموس [257] می گوید: «الشرط الزام الشيء والتزامه في البيع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 125

ونحوه». اقرب الموارد [258] هم نظیر کلام قاموس را دارد. شیخ اعظم در اوایل خیرات در استدلال به حدیث فوق برای اصالة اللزوم، شرط را الزام و التزام ضمنی می داند ولی همین شیخ اعظم در دو جای مکاسب شرط را مطلق الزام و التزام معنا کرده است: یکی در مبحث معاطات، در استدلال بر لزوم آن [259] و دیگری در باب خیرات در «القول في الشروط». [260] مرحوم سید هم در حاشیه مکاسب همین را اختیار کرده [261] و استدلال کرده است به قول برخی از اهل لغت از قبیل المنجد [262] که می گوید: «الشرط الزام الشيء والتزامه» و قید «في البيع ونحوه» ندارد. به تبادر و متفاهم عرفی نیز استفاده شده است. و مهم تر از همه، روایات و دعاهای متعددی وجود دارد که از معصومین نقل شده [263] و در آن ها شرط در مطلق الزام و التزام استعمال شده است که مهم ترین شاهد مطلب همین است.

استدلال: معاطات نوعی شرط- یعنی الزام و التزام- است که طرفین با اعطا و اخذ ملتزم می شوند تا معامله را فسخ نکنند و پای التزام خود بایستند: صغرا؛ و هر شرطی لازم و غیرقابل فسخ یا واجب الوفاست: کبرا؛ پس معاطات لازم و غیرقابل فسخ است: نتیجه. آن گاه مدلول مطابقی کلام، لزوم است و همان گونه که در آیه

وفا به عقد ذکر شد، از راه لزوم، صحت را کشف می‌کنیم؛ زیرا لزوم فرع صحت است و اگر صحیح نبود لازم نمی‌شد. پس حدیث مزبور به دلالت التزامی بر صحت معاطات دلالت می‌نماید. ضمناً روایت اول صحیح عبدالله بن سنان است و به لحاظ سند هم اشکالی ندارد اگرچه در روایت دوم بحثی است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 126

ناگفته نماند که بر این حدیث چند اشکال شده است که همه دارای جواب است. [264]

ادله مشهور بر عدم صحت معاطات

نظر مشهور قدما و متأخرین تا زمان محقق ثانی این است که معاطات بیع صحیح و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 127

مفید ملك نیست، البته مثل عقد فاسد هم نیست که هیچ اثری نداشته باشد، بلکه به حکم اجماع، مفید اباحه تصرف است، کلمات جمعی از بزرگان در مکاسب شیخ اعظم نقل شده است و از ضمن آن عبارات، دلایلی بر عدم صحت و عدم افاده ملك استفاده می‌شود که به اختصار نقل و نقد می‌شود:

1. بیع قولی قدر متیقن است و حتماً مفید ملك است ولی در مورد معاطات شك داریم و از اصل فساد در معاملات استفاده می‌کنیم و بنا را بر عدم افاده ملك می‌گذاریم.

پاسخ: اصل عملی در صورتی ارزش دارد که دلیل اجتهادی برخلاف آن نباشد و با وجود سیره عقلا و آیات مذکور و روایت نبوی (ص)، نوبت به اصل نمی‌رسد.

2. شیخ طوسی در خلاف [265]: اسباب شرعی تمليك، توقیفی هستند (توقف دارند بر بیان شارع). ما نسبت به بیع قولی بیان داریم ولی نسبت به بیع معاطاتی نداریم؛ پس نمی‌توانیم آن را مفید ملك بدانیم.

پاسخ: سیره عقلا و عموماً آیات بهترین دلیل است بر این که معاطات هم

موجب ملك است و نزد شارع از اسباب مملّكه است.

3. ابن ادریس در سرائر [266]: معاطات اصلاً بیع نیست تا مفید ملك باشد، زیرا ایجاب و قبول ندارد.

پاسخ: از بحث های گذشته روشن شد که قوام بیع به ایجاب و قبول نیست بلکه به اصل مبادله مال به مال است؛ چه با قول ابراز شود چه با فعل.

4. سید بن زهره در غنیه [267]: اگر ایجاب و قبول، قولی باشد بالاجماع بیع منعقد می شود و صحیح است، ولی اگر قولی نباشد و به معاطات انجام پذیرد دلیلی بر صحت آن نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 128

پاسخ: قبلاً تبیین روشن شد که دلیل داریم و آن سیره و آیات و روایات است.

5. علامه در تذکره [268]: قبل از اعطا و اخذ، مالك اصلی مالك مال بود؛ پس از اعطا و اخذ یا بیع معاطاتی شك داریم؛ در این جا استصحاب بقای ملك جاری می شود.

پاسخ: «الأصل دليل حيث لا دليل».

6. باز هم علامه در تذکره [269]: فعل اجمال و ابهام دارد و از دلالت بر مراد طرفین قاصر است، لذا ارزشی ندارد.

پاسخ: سخن در فعلی است که به كمك قرینه، دلالتش بر مراد فاعل روشن است، نه فعلی که اجمال دارد؛ و اگر با قرینه بود قطعاً کفایت می کند چه این که در بیع قولی هم ما قول صریح یا دارای ظهور ذاتی را لازم ندانستیم و قول مجازی و کنایی و غیره را هم - اگر داری قرینه باشد و بر مراد دلالت کند - کافی دانستیم.

پس مشهور برای نفی صحت معاطات هیچ دلیل معتبری ندارند. آری به برخی از روایات هم استناد شده است یا ممکن است استناد شود - مثل: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم

الكلام»- ولی آن ها ذو وجهین هستند یعنی هم ممکن است برای نفی صحت مورد استناد باشند و هم برای نفی لزوم، لذا فعلاً از طرح آن ها صرف نظر می کنیم اما ذیل مسأله هشتم از مسائل تحریر در بحث لزوم معاطات، مطرح خواهند شد.

صحت معاطات در اشیای حقیر و خطیر

معامله گاهی در اشیای حقیر و پست یا سبب و کم ارزش [270] است مثل يك لیوان آب، يك عدد نان، يك بسته سبزی و ... و گاهی در چیزهای خطیر و گران قیمت است مثل يك باب منزل، يك تخته فرش، يك مثقال طلا و نقره و ... حال آیا در انعقاد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 129

بیع معاطاتی میان این دو دسته فرق است؟

از نظر فقه عامه به نظر مالکی و حنبلی فرقی نیست و با هر دو منعقد می شود و ظاهراً لازم است. از نظر فقه شافعی هم فرقی نیست ولی در هیچ کدام معاطات منعقد نمی شود. از منظر گروهی از حنفیه میان اشیای حقیر و خطیر فرق است به این صورت که در حقیر منعقد می شود و بیع معاطاتی هم کفایت می کند ولی در خطیر منعقد نمی شود. [271]

از نظر فقه امامیه نیز فرقی ندارد و بر مسلك مشهور قدما و متأخران تا زمان محقق ثانی، معاطات مطلقاً موجب اباحه تصرف است. و بر مسلك مشهور متأخرالمتأخرین از محقق ثانی تاکنون، معاطات مطلقاً موجب ملك است و فرقی میان خطیر و حقیر نیست. نظر امام راحل نیز همین است و در متن مسأله مورد بحث به آن تصریح کرده است. دلیل مطلب همان سیره مستمره و آیات بیع و تجارت و وفای به عقد است که مورد استناد قرار گرفتند که در آن ها تفصیلی مطرح نیست و

به اطلاق و عموم خود بیع معاطاتی ولو در اشیای خطیر را شامل می شوند.

تحقق معاطات به اعطا و اخذ واحد

بیع معاطاتی به سه صورت فرض دارد:

1. از هیچ طرف اعطا و اخذی در میان نباشد؛ این قسم قطعاً مردود است و کراراً ذکر شد که در معامله، مجرد قصد و نیت طرفین کفایت نمی کند بلکه باید به نحوی ابراز و اظهار شود- چه با قول، چه با فعل- و مجرد اعتبار نفسانی موجب تحقق معامله نیست.

2. از هر دو طرف تعاطی فعلی محقق شود یعنی همزمان یا بلافاصله یکی پس از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 130

دیگری عوضی را به دیگری بدهند و عوضی را از دیگری بگیرند و در این داد و ستد قصد تملیک و تملک داشته باشند، زیرا قصد مجرد اباحه تصرف، از مورد بحث خارج است. از نظر مشهور قدر متیقن از معاطات همین است و به قول مشهور تا محقق ثانی، این معاطات مفید اباحه تصرف است و به نظر مشهور از زمان محقق ثانی تاکنون، این معاطات مفید ملکیت است.

3. از یک طرف اعطا حاصل شود- مثلاً بایع متاع را به مشتری تسلیم کند- و از طرف دیگر اخذ محقق شود، بدون این که از طرف دیگر اعطایی صورت پذیرد. در این صورت آیا به این وسیله هم معاطات محقق می شود؟ از نظر فاضل ایروانی حتماً محقق می شود و حتی در صورت قبلی هم با اعطا و اخذ یک طرفه معاطات منعقد می شود و معقول نیست بر عطای طرفینی متوقف باشد؛ زیرا از دو حال خارج نیست:

1. یا گیرنده متاع به قصد انشای قبول و تملک فعلی آن را اخذ می کند؛ در این صورت به نفس اخذ معامله تمام

است زیرا دهنده با قصد انشای تملیک داد، و گیرنده هم با قصد انشای قبول و تملک گرفت. در معامله بیش از ایجاب و قبول قولی یا فعلی لازم نیست و در این جا هر دو حاصل شده است، و بعداً که مشتری یا گیرنده عوض را به بایع یا دهنده، عطا می کند این عطا مقوم بیع نیست و در صدق معامله دخیل نمی باشند بلکه یکی از احکام معامله، وفا به عهد و عقد است که به حکم آیه و جوب وفای به عقد ثابت است؛ 2. و یا قصد انشای قبول و تملک ندارد و بدون این قصد، اخذ می کند؛ در این صورت حتی اگر بعداً عطایی باشد و به قصد تملیک هم عطا کند فایده ای ندارد؛ زیرا عطای دوم ربطی به عطای اول ندارد، و از قبیل دو ایجاب مستقل و دو انشای تملیک جداگانه بدون قبول است که هیچ کدام منعقد نمی شود. بنابراین حتی در تعاطی فعلی از دو طرف هم اصل معامله و بیع معاطاتی با همان اعطا و اخذ اول منعقد شده و دومی، یعنی جوب تسلیم از باب وفا احکام معامله است. [272]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 131

نظیر بیع قولی که به نفس ایجاب و قبول قولی منعقد می شود و سپس احکامی دارد که وجوب تسلیم عوض باشد.

ما این نظر را قبول نداریم؛ زیرا اولاً در بیع قولی گذشت که حقیقت قبول، انشای تملک نیست بلکه اظهار رضایت قلبی به بیع و تملیک است؛ چه با قول ابراز شود چه با فعل. در مورد این بحث هم مانعی ندارد که گیرنده با عطای عوض به طرف مقابل رضایت خود را ابراز کند و منحصر

نیست به ابراز رضایت به اخذ مال طرف؛ ثانیاً بر فرض در قبول انشا معتبر باشد؛ لزومی ندارد این انشای قبول با اخذ و گرفتن محقق شود بلکه با عطاء عوض می تواند قصد انشای تملیک کند، و این که «دو تملیک مستقل می شود ربطی به هم ندارند و بیع واحد صدق نمی کند»، مورد قبول نیست؛ زیرا قبلاً در بیع قولی به تفصیل مطرح شد که انشای بیع واحد به طرق مختلف ممکن است؛ از جمله با دو انشای تملیک در صورتی که هر کدام بگویند: «ملکت هذا بهذا»، و یا وکیل هر دو طرف بگوید: «بادلت هذا بهذا». این دو از نظر عرف، تملیک مستقل و دو ایجاب بدون قبول نیست بلکه کاملاً به هم مربوط هستند و یک معامله را تشکیل می دهند.

نظریه محقق ثانی: به نظر محقق نائینی حتماً باید تعاطی از دو طرف فعلاً حاصل شود وگرنه معاطات منعقد نمی شود- به عکس فاضل ایروانی- دلیل ایشان: حقیقت بیع تبدیل مالی به مال دیگر است، نه تبدیل مکانی و غیره، بلکه تبدیل اضافه ملکیت که در واقع هرکدام از طرفین، اضافه ملکیت میان خود و مالش را به دیگری وا می گزارد و به او منتقل می کند، و اگر یک طرف این تبدیل را انجام دهد و دیگری انجام ندهد فایده ای ندارد و بیع محقق نمی شود، آن گاه- همان طور که در بیع قولی اگر ایجاب باشد و قبول نباشد بیع صدق نمی کند، چون تبدیل یک جانبه است نه دوجانبه- در معاطات هم اگر از هر دو طرف اعطا باشد مستقیماً تبدیل مکانی مالی به مال دیگر است، و این تبدیل به طبع اصلی اش، تبدیل اضافه مالی به اضافه مالی دیگر

است و چون هر دو طرف قصد تملیک و تبدیل اضافه دارند بیع صدق می کند؛ ولی اگر يك

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 132

طرف اعطا کند تبدیل اضافه يك جانبه است و معامله بر آن صدق نمی کند، مثل این است که ایجاب تنها باشد و قبول ضمیمه نشود.
[273]

پاسخ: کراً ذکر شد که بیع، مبادله اعتباری مال به مال است ولی مجرد اعتبار نفسانی کافی نیست و ابراز آن به مبرزی هم لازم است و این معنا با اعطای يك طرف به قصد تملیک در برابر عوض و اخذ طرف دیگر به قصد تملك در برابر عوض محقق می شود و بدون اعطای فعلی طرف دیگر هم، معامله صادق است. دلیل مطلب این است که عنوان معاطات در لسان آیات و روایات و در معقد اجماعات نیامده است تا ما مجبور باشیم در محدوده صدق معاطات حرکت کنیم و بر عنوان مذکور تحفظ داشته باشیم و به قدر متیقن آن (تعاطی فعلی طرفینی) اخذ کنیم؛ بلکه کلام در این است که بیع همان گونه که به سبب انشای قولی محقق می شود به سبب انشای فعلی هم محقق می شود. بنابراین، مهم ملاحظه آن فعل است، و اگر بر فعلی عرفاً عنوان بیع صدق کند حتماً بیع است و بدیهی است که اعطای يك طرف به قصد تملیک، عرفاً ایجاب فعلی است و اخذ طرف دیگر به قصد تملك به عوض، قبول فعلی است. آن گاه اعطای عوض از طرف دیگر، مقوم صدق بیع نیست بلکه از احکام بیع و از باب وفای به عقد است؛ [274] البته منحصر به این نیست و با اعطای طرف دیگر هم معاطات محقق می شود، برخلاف نظر فاضل ایروانی

که قبلاً مطالب ایشان نقد شد.

پس در این باره سه نظریه مطرح شد: 1. لزوماً معاطات به تعاطی طرفینی محقق می شود که عقیده محقق نائینی است. 2. لزوماً به اعطا و اخذ اول محقق می شود؛ حتی اگر فی المجلس و بالفعل از طرف دیگر عطایی باشد که عقیده فاضل ابروانی است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 133

3. به هر دو نحو قابل تحقق است مخصوصاً اگر همزمان و دست به دست، داد و ستد انجام بگیرد که هیچ کدام اولویت ندارد تا با آن محقق شود.

حال که معاطات به اعطا و اخذ واحد منعقد می شود و اعطای بعدی از باب وفا به عقد است پس مانعی ندارد در معاطات، ثمن، کلی و در ذمه مشتری باشد و از هر مالی بتواند بدهد و از عهده برآید، و لزومی ندارد عین خارجی مشخص باشد، برخلاف نظریه محقق نائینی که لازمه اش عین بودن هر دو عوض است؛ زیرا تعاطی و اعطا و اخذ طرفینی در خارج فقط در مورد اعیان خارجی معقول است نه در کلی در ذمه، و چون امام راحل نظر اول را قبول دارد صریحاً در متن می فرماید

: «فیجوز جعل الثمن کلیاً فی ذمه مشتری».

سپس این فرض را مطرح می کند که آیا معاطات با تسلّم عوض از مشتری (گرفتن بایع) به قصد معامله محقق می شود یا خیر؟ ایشان ابتدا می فرماید: مسأله محل اشکال است. سپس تحقق را تقویت می کند و می فرماید: تحقق معاطات خالی از قوت نیست. شاید وجه اشکال این باشد که اعطای ثمن از سوی مشتری و تسلّم آن از سوی بایع، از باب تقدم قبول بر ایجاب است و از نظر مشهور قبول باید متأخر

باشد؛ مخصوصاً اگر به لفظ «قبلت» و «رضیت» باشد یا به فعلی که دال بر رضاست. وجه قوت این است که حقیقت قبول، رضا به ایجاب است و امر رضا آسان است و به امر استقبالی هم تعلق می گیرد؛ بنابراین مانعی ندارد. و شاید وجه قوت این باشد که از نظر عرف و عقلاً فرقی ندارد که در معاطات، اول بایع عطا کند و مشتری اخذ کند یا اول از سوی مشتری اعطا و از سوی بایع اخذ باشد؛ در هر دو صورت، ایشان معامله را صحیح می داند.

در پایان به سه فرض دیگر اشاره می شود: 1. از هیچ طرف فعل (اعطا و اخذ) محقق نشده؛ بلکه صرفاً مقاوله و گفت و گو و توافق بر سر قیمت محقق شده است و قصد باطنی معامله هم دارند. آیا این مقدار هم کفایت می کند؟

پاسخ: به اتفاق کلمه این کفایت نمی کند زیرا نه بیع قولی است و نه فعلی، بلکه از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 134

قبیل مساومه و چانه زنی و بحث های پیش از معامله است و اصل معامله - که اعتبار تملیک و تملك و ابراز آن به مبرزی باشد - محقق نشده است.

2. اگر عوض ها دست طرفین است و به صرف قصد باطنی اکتفا می کنند و پس از مذاکره و توافق، هرکدام نیت می کنند که مال او ملك دیگری شود، البته در برابر عوضی که نزد او است و بدون این که انشای قولی یا فعلی انجام دهند، آیا این کفایت می کند؟

پاسخ: این هم مثل فرض قبلی است و بدون انشای قولی یا فعلی کفایت نمی کند زیرا حقیقت معامله که اعتبار تملیک و تملك است باید به سببی ابراز و ایجاد شود،

در حالی که این امر در این وجه، واقع نشده است.

3. گاهی اصلاً اعطا و اخذ حتی از يك طرف صدق نمی کند؛ بلکه مجرد ایصال و وصول است. مثلاً توسط چهارپا یا کلبی مالی به دست دیگری می رسد، یا مقداری سبزی از مغازه سبزی فروش برمی دارد و مقداری پول در داخل صندوقچه مغازه می اندازد، یا از حمام عمومی استفاده می کند و عوضی را روی میز حمامی می گذارد؛ آیا به این وسیله معامله محقق می شود؟ جواب این است که مناط، صدق عرفی معامله است؛ اگر عرف این امور را معامله بدانند شرعاً معامله محسوب می شود، زیرا ردع شرعی ندارد بلکه به برکت عمومات و اطلاعات، امضا شده است. و اگر عرفاً معامله نباشند شرعاً هم نیستند و احکام معاملات را ندارند بلکه از باب اباحه در برابر عوض می باشند که يك طرف، مالش را برای دیگری مباح می کند و او حق دارد استفاده کند و عوضی هم بدهد؛ گفتنی است در امور جزئیة و کم ارزش سیره عقلا بر همین است.

آن گاه مثال های فوق تفاوت می کند؛ مثلاً در مورد برداشتن سبزی بعید نیست عرفاً بیع صدق کند، از نظر مقررات بیع هم اشکالی ندارد، ولی در مورد استحمام و دادن عوض، صدق معامله مشکل است؛ زیرا اگر این امر بیع است باید عوض ها از هر نظر معلوم باشد، در حالی که مقدار آبی که طرف مصرف می کند معلوم نیست؛ اگر اجاره باشد باید مدت زمان استحمام تعیین شود، در حالی که چنین نیست و تعیین تخمینی و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 135

احاله به عرف کفایت نمی کند زیرا این کار، عرف ثابتی نیست؛ از باب هبه هم نیست؛ مثلاً قصد حمامی این

باشد که من استفاده از حمام را برای شما مباح کردم و آب را ملك شما کردم، به شرط عوض، بلکه نوعی اباحه در برابر عوض است. مثال سقا و نوشیدن مقداری آب و گذاشتن مقداری پول در ظرف سقا نیز از همین قبیل است؛ زیرا اگر بیع باشد دقیقاً باید اندازه آب مشخص باشد، در حالی که چنین نیست و چه بسا فردی کمتر می نوشد و دیگری بیش تر می نوشد، در صورتی که بیع غرری مشروعیت ندارد. خلاصه این که قاعده کلی را بیان کردیم و تعیین حکم موارد جزئی بر عهده عرف است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 136

معتبر بودن شرایط بیع در معاطات

اشاره

مسأله 7: يعتبر فی المعاطاه جمیع ما يعتبر فی البیع بالصیغه من الشروط الآتیه ما عدا اللفظ، فلا تصحّ مع فقد واحد منها؛ سواء كان ممّا اعتُبر فی المتبایعین أو فی العوضین، كما أنّ الأقوی ثبوت الخیارات الآتیه فیها.

ترجمه: در معاطات به جز لفظ (صیغه)، تمام شرایط بیع با صیغه معتبر است؛ پس با نبود یکی از آن شروط، معاطات صحیح نیست؛ چه از شروطی باشد که در خریدار و فروشنده معتبر است و چه از شروطی باشد که در عوض و معوض معتبر است؛ چنان که اقوا آن است که خیاراتی که در آینده بررسی خواهد شد در معاطات ثابت است.

شرح: در بیع با صیغه چهار بحث وجود دارد:

1. اقسام بیع؛ همچون از نقد و نسیه، حال و سلم.
2. شروط بیع؛ همچون شروط صیغه (عربی بودن، ماضی بودن و ...)، و شروط متعاقدین (عقل، بلوغ، قدرت بر تسلیم و ...)، و شروط عوضین (مالیت، ملکیت، معلوم بودن و ...).
3. احکام بیع؛ یعنی تمام مسائلی که در

طول کتاب بیع در هر بابی مطرح می شود.

4. خیارات گوناگون همچون خیار مجلس، خیار حیوان، خیار شرط.

آنچه مورد بحث است این که آیا همه این موارد، در معاطات و بیع فعلی هم وجود دارد یا مخصوص بیع قولی است؟ در متن، دو مورد (شرایط بیع و خیارات) ذکر شده است؛ ولی دو مورد دیگر هم معتبر است و شاید با اعتبار شروط، نیازی به ذکر آن ها نیست.

بررسی شرایط بیع

قدر مسلم این است که در بیع معاطاتی، لفظ و شروط آن (عربیت، ماضویت و ...) معتبر نیست و در واقع از باب «سالبه به انتفاء موضوع» است زیرا معاطات، قسیم بیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 137

قولی است و بدیهی است که باید فاقد لفظ باشد وگرنه قسمی از بیع قولی می شود. ولی شروط عوضین و متعاملین محور بحث اصلی مسأله است، و بر سه مبنا محاسبه می شود:

1. بنا بر این که متعاطیان به قصد اباحه تصرف، اعطا و اخذ داشته باشند نه با قصد تملیک و تملك. این مبنا از فرض بحث ما در بیع معاطاتی خارج است و بیع عرفی نیست تا مورد بحث قرار گیرد، آری اگر قصد طرفین اباحه جمیع تصرفات باشد حتی تصرف متوقف بر ملك، امکان دارد تا از این اباحه، ملكیت انتزاع شود ولی نه ملكیت از اول معاطات، بلکه يك آن قبل از تصرف. به هر حال این مبنا از بحث بیگانه است.

2. بنا بر این که قصد طرفین، تملیک و تملك و معامله باشد ولی شرعاً بر این معاطات اثر ملكیت مترتب نشود بلکه مفید اباحه تصرف باشد. [275] البته طبق این مبنا، معاطات مفید ملكیت و لزوم از اول امر نیست ولی

از لحظه تصرف، ملکیت می آید و از لحظه تلف یکی از عوضین یا هر دو و یا عوامل و ملزومات دیگر، لزوم هم می آید.

شیخ اعظم دو دلیل بر بیع بودن این معاطات و اعتبار شرایط بیع قولی در آن، ذکر کرده است که می توان هر دو را پذیرفت، ولی مهم، دلیل اول است که ما به بیان خود تقریر و از آن دفاع می کنیم:

قطعاً معاطات به قصد تملیک بیع عرفی و عقلایی است و بلکه مصداق اصلی و اولی بیع است و در روزگاران اولیه، معاملات مردم به این طریق بوده و الآن هم فرد غالب در بیوع، همین بیع است. و مقصود ادله شروط (آیات و روایات بیع، بیع عرفی است؛ زیرا خطاب به عرف متوجه است، و در معاملات، شارع مقدس مخترع نیست و معنای جدیدی را اراده نکرده است تا حقیقت شرعی یا متشرعی باشد بلکه به معنای لغوی و عرفی، آن را استعمال کرده است پس عنوان بیع در ادله، همان بیع عرفی است؛

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 138

در نتیجه تمام احکامی که در ادله ذکر شده و تمام شروطی که برای بیع بیان شده است در معاطات هم معتبر است.

سؤال: مشهور قدما ادعای اجماع کرده اند بر عدم افاده ملك؛ بلکه معاطات را مفید اباحه می دانند. آیا این اجماع، به صدق بیع بر معاطات ضرر نمی زند؟ و مانع از اعتبار احکام و شروط بیع در معاطات نمی شود؟

پاسخ: این حکم به اباحه يك حکم تبعدی شرعی است که تا قبل از تصرف در مال مأخوذ به معاطات، ثابت است و بعد از آن ملکیت هم می آید، ولی مانع از صدق بیع بر

معاطات نیست؛ نه عرفاً مانع است زیرا عرف حتماً معاطات را بیع می داند، و نه شرعاً مانع است، زیرا نمونه های دیگری وجود دارد که شرعاً از اول، امر ملکیت نمی آید ولی به اتفاق کلمه بیع صدق می کند. از جمله در بیع صرف که تا تقابض در مجلس معامله محقق نشود، ملک حاصل نمی شود ولی قطعاً بر بیع صرف بیع می گویند.

سؤال: لفظ بیع از این معاطات- که شرعاً مفید اباحه است- انصراف دارد و بر بیع مفید ملک لازم، حمل می شود و در نتیجه احکام و شروط مذکور در ادله، مخصوص بیع قولی است.

پاسخ: انصراف خارجی مانع از تمسک به اطلاق نیست.

سؤال: شاید آیات و روایات بیان اجزا و شروط و احکام بیع، در مقام بیان نباشد و در مقام اصل تشریح باشد و در نتیجه قدر متیقن بیع با صیغه را شامل می شود.

پاسخ: نسبت به روایات بیان اجزا و شروط، ادعای عدم بیان، خلف فرض است و حتی نسبت به آیات معاملات هم اطلاق، محرز است و اگر باب تمسک به این مطلقات مسدود شود باب استنباط و الفتای در معاملات، مسدود خواهد شد و هیچ فقیهی به آن ملتزم نیست.

3. بنا بر این که قصد طرفین، معامله باشد و شرعاً هم صحیح و مؤثر و مفید ملک

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 139

جایز یا لازم باشد. [276] بر این مبنا به طریق اولی احکام بیع قولی در معاطات جاری می شود، شروط لازم در بیع قولی هم در معاطات معتبر است؛ زیرا قطعاً معاطات، مصداق بیع صحیح عرفی و شرعی است و قطعاً مشمول خطابات آیات و روایات است؛ مگر این که دلیل خاص بر لزوم مراعات شرطی در

خصوص بیع قولی وجود داشته باشد که از بحث خارج است، و علی القاعده تمام شروط و احکام بیع را دارد؛ و باید داشته باشد چون حتماً بیع است نه ماهیت دیگر. ضمناً فوقی ندارد که این شرایط با دلیل لفظی (آیات و روایات) ثابت باشند یا به برکت اجماع و شهرت و امثال آن دو؛ همچون دلیل های غیر لفظی. از آن جا که تفصیل در این جهت از قبیل مناقشه در امر بدیهی است، امام راحل در متن تحریر تفصیل نداده و به قول مطلق، فتوا داده است به اعتبار شروط بیع با صیغه در معاطات.

بحث ثبوت خیارات

مقدمه: سه تعریف خیار در اصطلاح فقها:

1. مرحوم فخرالدین می گوید: «الخيار ملك فسخ العقد». [277]

2. مرحوم فاضل مقداد می گوید: «الخيار ملك اقرار العقد وإزالته». [278]

3. امام راحل در کتاب البیع می گوید: «الخيار حقّ اصطفاء الفسخ». [279]

اکنون در این جا در صدد توضیح تعریف خیار نیستیم و تنها اشاره می کنیم که طبق هر سه تعریف، خیار سلطنت بر فسخ معامله و عقد است، و تا زمانی که معامله ای نباشد خیاری نیست. با توجه به این مطالب، بحث ثبوت خیارات در بیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 140

معاطاتی را بر چهار مبنا مطرح می کنیم:

1. این که قصد متعاطیان مجرد اباحه تصرف باشد. بر این مبنا معاطات، اصلاً معامله نیست تا جای ثبوت خیار باشد و قطعاً خیارات ثابت نیست، چون موضوع ندارند.

2. این که قصد آن ها تمليك و تملك و معامله است ولی مفید ملك نیست، بلکه تنها مفید اباحه تصرف است. بر این مبنا اگرچه معاطات، بیع عرفی است. ولی باز خیارات در آن ثابت نیست؛ زیرا اگر مقصود اباحه مالکی باشد، به مجرد عدم رضایت مالك و احراز آن،

طرف حق ندارد در مأخوذ به معاطات تصرف کند، و نیازی به اعمال خیار و فسخ معامله نیست؛ و اگر مقصود اباحه شرعی باشد باز حقی است که شارع برای آخذ قائل شده است و تا زمانی که مُعطی راضی باشد نیازی به خیار نیست. و اگر حکم شرعی محض است باز هم در صورتی مقید است به فرض رضایت مُعطی که به مجرد عدم رضایت، مرتفع می شود و نیازی به خیار نیست، و اگر حکم مطلق است با عدم رضایت طرف باقی است و جای اعمال خیار نیست.

3. این که قصدشان معامله است؛ عرفاً و شرعاً معاطات معامله صحیح و مفید ملك لازم است و با بیع قولی فرقی ندارد. در این فرض یقیناً خیارات در معاطات جاری است و ادله خیارات، این معامله را شامل است و لذا شیخ اعظم متذکر این صورت نشده است.

4. این که معاطات مفید ملك جایز و متزلزل است. بر این مبنا در ثبوت خیارات سه وجه وجود دارد:

الف) همه خیارات در معاطات ثابت است؛ زیرا معاطات هم بیع صحیح عرفی و شرعی است و مشمول ادله ثبوت خیارات است. مختار امام راحل در متن تحریر و در کتاب البیع [280] همین وجه است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 141

ب) هیچ خیاری در معاطات ثابت نیست؛ به این دلیل که معاطات، خودش جایز و متزلزل بالذات است و نیازی به جواز و تزلزل بالعرض - از طریق جعل خیار - ندارد و جعل آن لغو و تحصیل حاصل است که محال می باشد.

پاسخ: اگرچه معاطات تا قبل از تصرف و تلف یکی از دو عوض، جایز و متزلزل است ولی باعث نمی شود تا جعل خیار

لغو باشد، بلکه دارای اثر و فایده است، مثل: اسقاط خیار قبل از لزوم معاطات، مصالحه بر حق الخیار و مانند آن. افزون بر این، میان جواز معاطاتی با جواز خیاری عموم من وجه است. [281] بنابراین متزلزل بودن معاطات مانع از صحت جعل خیار نیست. [282]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2؛ ص 141

شیخ اعظم در آغاز بحث، وجه اول را پذیرفته است ولی در آخر، احتمال تفصیل داده است؛ به این بیان: خیاراتی که به دلیل خاص برای معامله لازم ثابت است- مثل خیار مجلس و خیار حیوان- برای معاطات ثابت نیست؛ چون مفید لزوم نیست، ولی خیاراتی که برای مطلق معامله- ولو جایز و متزلزل- ثابت است در معاطات می آید- مثل خیار غبن و خیار عیب- زیرا معاطات نیز بیع متزلزل است. [283]

ولی این تفصیل ناتمام است؛ زیرا مفاد دلیل خیار مجلس و حیوان و ... این است که اگر مجلس تمام شد، معامله از طرف این خیار لازم می شود نه از جمیع جهات؛ اگرچه این خیار، خیار حیوان باشد؛ یا اگر سه روز تمام شد معامله از طرف خیار حیوان لازم می شود نه از جهات دیگر ولو مثل خیار شرط باشد. پس مفاد این ادله لزوم معامله با قطع نظر از ثبوت خیارات دیگر است و منافاتی ندارد که از ناحیه خیار شرط، عیب،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 142

غبن و ... جایز و قابل فسخ باشد؛ آن گاه همان طور که این خیارات در بیع قولی ثابت هستند، در معاطات نیز ثابت اند.

امام راحل در متن تحریر فرموده است: «کما أنَّ الأَقْوَى ثبوت الخيارات الآتیه فیها» که جمع با الف و لام مفید عموم است؛ یعنی جمیع خیاراتی که در

بیع قولی ثابت است در معاطات ثابت است و تفصیلی در کار نیست؛ به بیانی که ما توضیح دادیم. این فتوا بر اساس مبنای اصولی امام راحل - که میان احکام و خطابات قانونی و غیر قانونی، قائل به تفاوت است- [284] کاملاً قابل اثبات است؛ زیرا دلیل خیار مجلس و مانند آن برای کلی بیع صحیح عرفی و شرعی، ثابت است نه برای خصوص بیع لازم یا جایز تا اشکال شود که در بیع جایز چون ذاتاً جایز و متزلزل است نیازی به جعل خیار نیست؛ آری اگر دلیل خیار بر جعل آن برای خصوص معامله جایز دلالت می کرد جای مناقشاتی از قبیل لغویت، تحصیل حاصل، اجتماع مثلاًن و ... بود ولی بر اساس خطابات قانونی چنین نیست و اساساً اشکال های فوق وارد نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 143

لازم بودن معاطات

اشاره

مسأله 8: البیع بالصیغه لازم من الطرفين إلا مع وجود الخيار. نعم، يجوز الإقالة، وهي الفسخ من الطرفين، والأقوى أنّ المعاطاة أيضاً لازمة من الطرفين إلا مع الخيار، وتجري فيها الإقالة.

ترجمه: بیع با صیغه از ناحیه هر دو طرف لازم است، مگر با وجود خیار؛ البته اقاله جایز است؛ و [یک نوع] فسخ از سوی دو طرف است. و اقوا آن است که معاطات هم از هر دو طرف لازم است، مگر با بودن خیار، و در معاطات نیز اقاله جاری می شود.

شرح: در مسأله ششم صحت معاطات و مفید ملک بودن آن ثابت شد، در این مسأله درباره لزوم معاطات بحث می شود.

اصل لزوم عقود

محور اصلی بحث این است که آیا معاطات مفید ملک لازم است- تا با فسخ یک طرف، معامله باطل نگردد و به قوت خود باقی باشد- یا مفید ملک جایز و متزلزل است- تا با فسخ یک طرف از بین برود؟

قبل از بررسی این مسأله، درباره بیع قولی یا بیع با صیغه، از لزوم و جواز آن بحث می شود که آیا بیع قولی مفید ملک لازم است یا مفید ملک جایز؟ درباره اصل در بیع نیز بررسی می کنیم که آیا لزوم است یا عدم لزوم؟ شایان ذکر است فایده بیان اصل، در موارد شك روشن می شود. ما حکم معاملات مشتبه را به اصل ارجاع می دهیم. [285] اصلی که قابل بیان است و می تواند در خصوص معاطات باشد، به این نحو که: آیا اصل اولی در معاطات لزوم است یا جواز؟ و هم می تواند در مطلق بیع باشد به این نحو که آیا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 144

اصل اولی در بیع لزوم است یا

جواز؟ مرحوم علامه در تذکره [286] و قواعد [287] گفته: «الأصل في البيع اللزوم» و هم می تواند در مطلق معاملات و عقود باشد، به این نحو که آیا اصل اولی در عقود و معاملات لزوم است یا عدم لزوم؟ جواب این پرسش ها از بیان معنای اصل و دلایل آن روشن خواهد شد.

شیخ اعظم درباره معنای اصل، چهار احتمال ذکر کرده است: [288]

1. به گفته محقق ثانی: اصل به معنای راجح است؛ [289] یعنی غالب و مظنون، لزوم است. در هر موردی که شك کردیم به حکم «الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب» بر لزوم آن بنا می گذاریم.

این احتمال مردود است چه مراد، غالب عقود و معاملات باشد، چه غالب بیع ها. [290]

2. به احتمالی، اصل به معنای لغوی کلمه باشد؛ یعنی وضع معامله و بنای آن از آغاز، بر لزوم است و گویا طرفین در ضمن عقد ملتزم شده اند که فسخ نکنند و بر عقد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 145

و معامله استوار باشند. نظیر بیع متاع سالم؛ اصل به این معنا قبول است و ملاك آن سیره عقلا در معاملات است که به محض انعقاد معامله و امضای سند و قولنامه و قرارداد، خود را مالك می دانند و معامله را لازم می شمرند.

البته از آن جا که بنای عقلا فعلی و عملی است و اجمال دارد، قدر متیقن در بیع و نکاح و ... چنین بنایی است و نسبت به مطلق معاملات چنین بنایی محرز نیست تا اگر در لزوم عقدی از عقود شك کردیم - و احتمال دادیم متزلزل باشد - به بنای عقلا مراجعه کنیم. آری در مثل بیع و نکاح چنین سیره ای وجود دارد و منع و ردعی هم از سوی شارع حاصل

نشده است و در سیره های عقلایی مهمّ و مبتلابه و عام البلوی، مجرد عدم ردع کفایت می کند.

3. به گفته شهید ثانی [291] و صاحب جواهر [292] و...: اصل به معنای قاعده شرعی مستفاد از عمومات و مطلقات، کتاب و سنت است. [293] اگر اصل به این معنا باشد دایره اش همه عقود و معاملات را شامل می گردد و اصل مهمی است؛ اگر نسبت به هر معامله ای از نظر حکم شرعی (شبهه حکمی) شك در لزوم پیدا کنیم بنا را بر اصل لزوم می گذاریم. شیخ اعظم اصل به این معنا را می پسندد [294] و یکی از سه محور بحث ما در مباحث آتیه است.

4. به گفته خود علامه [295] که اولین بار «اصل لزوم در بیع» را مطرح کرده است، به احتمال، مراد از اصل، استصحاب است که اگر از قاعده مستفاد از عمومات محروم شدیم، از این قاعده به عنوان اصل عملی استفاده کنیم. ضمناً استصحاب لزوم، به

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 146

ظاهرش معقول نیست. زیرا در موردی جریان دارد که يك معامله به نحو لزوم منعقد شده باشد سپس در بقای لزوم آن شك کنیم که در این صورت از استصحاب كمك می گیریم. در حالی که محور بحث ما در معامله ای است که از اول انعقاد، در لزوم آن شك داریم و ارکان استصحاب لزوم هم ناتمام است و بلکه جا دارد کسی از استصحاب عدم لزوم استفاده کند و جواز را نتیجه بگیرد. لذا شیخ اعظم استصحاب لزوم را به «اصل عدم ارتفاع اثر عقد به مجرد فسخ يك طرف» یا به «استصحاب بقای ملك» [296] برگردانده [297] و فرموده: مراد این است و این اصل ها قابل جریان است زیرا به مجرد

تحقق عقد، اثر آن هم محقق شد و اگر بعداً فسخ کند شك می کنیم که اثر عقد مرتفع شد یا باقی است، بدون درنگ استصحاب بقای اثر جاری می شود. اصل به این معنا را شیخ اعظم پسندیده [298] و محور دیگر بحث قرار داده است.

چهار دلیل بر اصل لزوم معاطات

اشاره

پس ما در چهار محور به ترتیب بحث می کنیم تا هم اصل لزوم، تثبیت شود و هم مقدار دلالت آن معلوم گردد که در خصوص بیع یا در مطلق عقود، اصل لزوم است و جواز، دلیل خاص می طلبد.

اصل لزوم معاطات در بنای عقلا

محور اول: محور اول بنای عقلاست که اشاره شد، آمد که محدوده اش بیع و نکاح و مانند آن است. در مورد معاطات هم سیره عقلا بر صحت و لزوم است که قبلاً در ذکر دلایل صحت معاطات به آن اشاره شد و در آینده تبیین خواهد شد که این سیره حتمی است و هیچ رادعی ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 147

اصل لزوم معاطات در عمومات آیات

محور دوم: عمومات و مطلقات آیات: [299]

1. آیه وفا به عقود: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [300]. [301]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 148

استدلال شیخ به آیه

آیه به برکت فعل امر، بر وجوب وفا به هر عقدی دلالت دارد؛ وفا به عقد به معنای عمل کردن به مقتضای و مدلول عقد است؛ پس عمل به مفاد عقد واجب و نقض آن حرام است. آن گاه اگر عقد از نوع بیع- مثلاً- باشد که عقد تملیکی است و مفادش تملیک متاع به دیگری است مفاد آیه در این مورد، وجوب عمل به مقتضای عقد و تملیک است؛ یعنی باید بنا را بر مالکیت مشتری بگذارد و آثار مالکیت او را مترتب کند

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 149

که بعضی از آثار مالکیت او این است که امساک مبیع و دریغ کردن آن از مشتری حرام است، تسلیم آن به مشتری واجب است، تصرف در مبیع بدون رضایت مشتری حرام است.

ضمناً اطلاق آیه فرق نمی گذارد میان تصرف قبل از فسخ يك جانبه با تصرفات بعد از فسخ يك طرف، بدون موافقت طرف دیگر، و بر حرمت این تصرفات هم دلالت می کند؛ و این ها نیز نقض مفاد و مضمون عقد است و جایز نیست. آن گاه از راه حرمت این تصرفات منتقل می شویم به

لزوم عقد بیع و عدم انفساخ آن به مجرد فسخ يك طرف بدون رضایت طرف دیگر، و در واقع حرمت تصرفات مذکور لازم و لزوم بیع ملزوم است و چون لازم مساوی است، از آن به ملزوم می‌رسیم؛ زیرا اگر معامله لازم نبود و جایز بود حتماً پس از فسخ يك طرف، تصرفات هم جایز می‌شدند نه حرام. از این که حرام است معلوم می‌شود معامله لازم است. [302] پس شیخ اعظم در واقع از راه حکم تکلیفی حرمت تصرف در مبیع بعد از فسخ يك جانبه، بر حکم وضعی لزوم معامله و عدم انفساخ آن با فسخ يك طرف، استدلال کرد و اصولاً ایشان بر مبنای خودش راه دیگری ندارد و نمی‌تواند از آیه مستقیماً و به دلالت مطابقی، لزوم را استفاده کند؛ زیرا حکم وضعی را منتزع از حکم تکلیفی می‌داند و برای آن جعل مستقل قائل نیست تا مستقیماً از آیه استفاده شود. [303]

اشکال بر دلیل شیخ

1. استدلال مذکور از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است که تحقیقاً جایز نیست. گفتنی است مهم‌ترین اشکال بر دلیل فوق، همین اشکال است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 150

توضیح: وجوب وفا به عقد و حرمت نقض آن و لزوم ترتیب اثر بر عقد و حرمت تصرفات بعد از فسخ يك جانبه، فرع وجود عقد هستند و اگر عقدی نباشد حرمت تصرف هم نیست، وجوب وفا هم منتفی است آن‌گاه قبل از فسخ يك جانبه، عقد هست و احکام مذکور را دارد ولی بعد از فسخ يك طرف، احتمال می‌دهیم این فسخ مؤثر واقع شده و عقد را ابطال کرده است، و وجود عقد در این جا محرز نیست تا وفا واجب

و تصرف حرام باشد، و با شك در وجود عقد، استناد به عموم یا اطلاق آیه و جواب وفا به عقد و حرمت نقض عقد، از باب تمسك به عام در شبهه مصداقيه دليل عام است که صحيح نیست و شرط تمسك به عام، احراز صدق عنوان عقد است. آری از راه استصحاب می توان وارد شد و بقای عقد و آثار آن یا عدم تأثیر فسخ يك طرف را استصحاب کرد، ولی این راه علاوه بر اشکال های خود استصحاب که در جای خود بررسی خواهد شد يك اشکال مهم دارد، یعنی در این صورت، استدلال به آیه نیست بلکه به استصحاب است که يك دليل جدا است و خواهد آمد. [304]

پاسخ: فقیهان بزرگ در صدد حل این شبهه برآمده اند. از جمله محقق نائینی [305]، محقق اصفهانی [306]، میرزای شیرازی [307]، که پاسخ های آنان با نقدها در کتاب البیع [308] امام راحل تشریح شده است که در این جا به دو پاسخ اشاره می شود:

الف) مرحوم میرزای شیرازی و مرحوم آیت الله خوئی گفته اند: عقد و انشای معامله از عناوینی است که مجرد حدوث آن ها برای ترتب احکام برای همیشه کافی است. بنابراین به مجرد حدوث عقد، و جواب وفا و حرمت نقض برای همیشه ثابت است و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 151

این امری قطعی است و پس از فسخ يك طرف به حکم اطلاق آیه ثابت است و ما شك نداریم تا نیاز به استصحاب باشد.

نقد این پاسخ: گویا ایشان عنوان عقد و انشا را مثل عنوان ظلم در آیه لا ینال عهدی الظالمین [309] گرفته اند که مجرد حدوث ظلم ولو يك بار کافی است تا شخص برای همیشه از نیل به منصب امامت محروم باشد. ولی اولاً صرف

ادعاست که نفس عقد و انشا از این قبیل باشد و مجرد حدوث کافی باشد؛ حتی در مورد آیه نیز ظاهرش این است که منصب امامت به ظالم فعلی نمی رسد، نه کسی که يك بار در عمرش ظلم کرده است. ما در مورد خلفا معتقدیم که در هنگام تصدی خلافت ظالم بوده اند، و بر فرض در مورد آیه بپذیریم به دلیل خاص است که عظمت منصب الهی، امامت متناسب است با عصمت مطلقه و عدم ظلم در همه عمر و این که حتی يك نقطه سیاه در صفحه زندگی امام و جانشین پیامبر (ص) نباشد. ولی این قرینه در مورد عقد و انشا نیست؛ پس این ادعا که حدوث عقد در يك لحظه کافی است تا برای همیشه اثر مترتب شود، ادعای بدون دلیل است.

ب) يك پاسخی بهتر از پاسخ قبل وجود دارد که در سخنان امام راحل (قدس سره) به آن اشاره شده و آن عبارت از این است که همراه انشای معامله و صدور عقد، يك اعتبار نفسانی هم در نفس طرفین وجود دارد که قوام معامله به همان است و ایجاب و قبول ها یا دادن و گرفتن ها حاکی از آن و اظهار کننده آن است، و آن مبادله اعتباری که هرکدام اعتبار می کنند ملکیت مالشان را برای دیگری به امری باقی و پایدار است و قصدشان از اول همین است که مبیع برای همیشه ملك مشتری و ثمن ملك بایع باشد. این امر اعتباری عقلانی در لحظه انشا و ابراز موجود است؛ قبل از فسخ يك طرف قطعاً باقی است و بعد از فسخ يك طرف هم حتماً باقی است، حتی اگر فسخ او

باشد و یا از اول، حکم به بطلان شرعی شود- مثل بیع آلات لهو- باز آن اعتبار باقی است؛ تا چه رسد به مورد بحث ما که فسخ يك طرف شرعاً مبطل نیست، یا شك داریم که مبطل باشد، که در این فرض آن اعتبار عقلانی قطعاً باقی است و وجوب وفا و حرمت نقض هم بر همان بار شده است و ما شك نداریم تا استصحاب جاری کنیم، و اگر قطعاً باقی است پس تصرف بعد از فسخ حرام است و استدلال شیخ صحیح است که از راه حرمت تصرف کذایی به لزوم و عدم انفساخ معامله منتقل می شویم.

در نتیجه دلالت آیه بر لزوم، واضح است و مقدار دلالت آن هم هر عقدی از عقود است و به حکم آیه، اصل اولی در همه عقود و معاهدات و معاملات عرفی و شرعی، لزوم است- مگر این که معامله ای به دلیل خاص جایز باشد- از جمله اصل در مطلق بیع و در خصوص بیع معاطاتی لزوم است و با فسخ يك طرف یا تصرف غاصبانه او بدون رضای طرف دیگر، منفسخ نمی گردد.

استدلال امام خمینی (قدس سره) به آیه

مقدمه: در معنای وجوب وفا به عقد و حرمت نقض آن سه نظر وجود دارد:

1. وجوب وفا به عقد به معنای عمل کردن به مقتضای عقد است و شامل همه تصرفات بعدی هم شود و به حکم آیه، امساک مبیع حرام است و تسلیم آن به مشتری واجب است، تصرف در آن بدون رضایت مشتری، چه بدون فسخ يك جانبه و چه بعد از آن، حرام است. اطلاق آیه همه این ها را شامل می شود. شیخ

اعظم از آیه این برداشت را کرده و از راه حرمت تصرفات بعد از فسخ به لزوم عقد منتقل شده است. [310]

2. عقد یعنی معاقد و قرارداد در عالم اعتبار و التزام نفسانی؛ و وفا به عقد یعنی باقی گذاشتن آن و اتمام قرارداد، و نقض آن یعنی فسخ عقد و رجوع از اعتبار ملکیت و زوجیت و...، و تمام نظر آیه به این است و اصلاً کاری با تصرفات بعدی ندارد و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 153

حرمت آن ها دلیل جدا دارد. از کلام آیت الله خوئی [311] به پیروی از محقق اصفهانی [312] همین معنا استفاده می شود.

3. امام راحل وفا به عقد را به معنای عمل به مقتضای عقد می داند ولی نه در حد وسیعی که شیخ اعظم قائل شد؛ بلکه در حدی که پس از معامله بنا را بر مالکیت مشتری بگذارد و مبیع را امساک نکند و به مشتری تحویل دهد، و کاری با تصرفات خارجی بدون رضایت مشتری ندارد، چون آن ها از دلیل جدا استفاده می شوند. [313] از نظر متفاهم عرفی همین نظر مقبول تر است زیرا عرف، تسلیم کردن را وفا به عقد، و امساک را نقض عقد می داند و اگر يك طرف، مبیع را تحویل ندهد عرف او را مذمت می کند و می گوید مال مردم را باید به صاحبش تحویل دهی و حق نداری امساک کنی. ولی حرمت تصرفات غاصبانه، از آیه و جوب وفا فهمیده نمی شود و دلیل جدا دارد.

حال امام راحل بر این اساس به سه تقریر از آیه، لزوم معامله را به دست آورده است:

1. آیه در صدد اثبات حکم تکلیفی و جوب شرعی وفا و حرمت شرعی نقض نیست بلکه کنایه از

لزوم معامله است و گویا گفته است: «العقود لازمه». منتها ذکر لازم (و جوب وفا و حرمت نقض) کرده و اراده ملزوم (لزوم عقد) نموده است، نظیر «زید کثیر الرماد» که کنایه از جود و سخاوت زید است.

2. آیه ارشاد به حکم عقل و عقلاست: عقل مستقل به ادراک لزوم است و پس از وقوع معامله، طرف را به تسلیم و رد مال مشتری به صاحبش ملزم می سازد، عقلای عالم نیز الزام دارند و بایع را ملزم به رد مبیع و مشتری را ملزم به رد ثمن می دانند، و چون آیه در چنین موردی وارد شده است ارشاد به همان الزام عقلانی است و این الزام

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 154

به عمل به مقتضای عقد، مستلزم لزوم معامله است؛ زیرا اگر لازم نبود و جایز بود الزام نداشت و به تعبیر امام:

لعدم الانفكاك بين لزوم العمل بالمقتضى ولزوم العقد، أو للتنافی بين لزوم العمل وجواز العقد. [314]

3. آیه در مقام جعل حکم شرعی مولوی است و بر وجوب شرعی وفا و عمل به عقد و حرمت شرعی نقض آن دلالت دارد، ولی همین وجوب شرعی مستلزم لزوم عقد و کاشف از آن است، زیرا حرمت نقض یا وجوب وفا در معاملات، تبعیدی محض نیست بلکه به مناط لزوم معامله است؛ بنابراین از همین وجوب شرعی وفا به لزوم معامله و قبال فسخ نبودن آن منتقل می شویم.

حضرت امام در پایان می فرماید: برابر هر سه تقریب، آیه بر لزوم عقود دلالت دارد، ولی اگر جمود بر ظاهر آیه داشته باشیم احتمال سوم قوی تر است [زیرا اصل در امر مولوی بودن است]. و اگر اعتبار و محاسبات عقلی را بگیریم

[که در مورد الزام عقلی و عقلانی وارد شده و این قرینه بر حمل آیه بر ارشاد است] احتمال دوم قوی تر است.

وکیف کان: لا یفترق الأمر علی ما ذکرناه فی الاحتمالات الثلاثة؛ إذ علی جمیعها یشبث المطلوب. [315]

مقدار دلالت آیه هم لزوم کلیه عقود است و کاملاً یک قاعده شرعی مستفاد از آیه است و به معنای حقیقی کلمه «الأصل فی العقود اللزوم» از جمله اصل در بیع لزوم است، اصل در معاطات نیز لزوم است. البته هر عام شرعی یا عرفی قابل تخصیص است و منافاتی ندارد که مواردی به دلیل خاص از قانون مذکور استثناء شده باشد.

2. آیه حلیت بیع: وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ. [316]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 155

قبلاً در بحث صحت معاطات درباره این آیه به تفصیل بحث شد؛ اکنون خلاصه استدلال شیخ اعظم به آیه را برای اصل لزوم نقل می کنیم:

از نظر شیخ، مقصود آیه، حلیت تکلیفی به معنای جواز و مشروعیت است در برابر حرمت و نامشروع بودن و عقاب داشتن، و مقصود از بیع، انشای تملیک عین در مقابل مال است و چون بیع به این معنا قطعاً حلال است و جای توهم حرمت هم نیست ناگزیر، تقدیر (تصرفات مترتب بر بیع) لازم است و مفاد آیه این است که خداوند جمیع تصرفات مترتب بر بیع را حلال کرده است و چون اطلاق دارد تصرفات پس از فسخ یک طرف را هم شامل می شود. بنابراین مشتری حق دارد پس از فسخ بایع - بدون یکی از خیارات و بدون اقاله و تراضی طرفینی - نیز در مبیع تصرف کند و این تصرفات بر او حرام نیست. این امر کاشف از لزوم بیع است؛ زیرا

اگر لازم نبود فسخ بایع سبب انفساخ می شد و مبیع از ملك مشتری خارج می شد و تصرف او حرام می بود؛ در حالی که به حکم اطلاق آیه چنین نیست. [317]

مقدار دلالت آیه هم، اصل لزوم در خصوص بیع است و درباره سایر عقود و معاملات ساکت است، ولی در باب بیع فرقی میان بیع قولی و معاطاتی نیست زیرا آیه بیع عرفی را مفید لزوم می داند، معاطات نیز قطعاً بیع عرفی است.

اشکال بر دلیل شیخ

مهم ترین اشکال این دلیل، کلام آیت الله خوئی (رحمه الله) است: [318] در معنای حلیت سه احتمال وجود دارد و طبق هیچ کدام آیه دلیل اصل لزوم نیست:

1. حلیت تکلیفی: بیع ربوی حرمت تکلیفی دارد ولی بیع غیر ربوی حرام و موجب عقاب نیست؛ [319] آن گاه مفاد آیه این است که شرعاً بیع غیر ربوی حلال است و عقاب

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 156

ندارد، اما این که تصرفات پس از معامله چه حکمی دارد؟ و تصرف قبل از فسخ يك طرف حلال است یا حرام؟ آیه در صدد بیان آن نیست و از این جهت اطلاق ندارد؛ تا چه رسد به تصرفات پس از فسخ يك طرف که به طریق اولی از آیه حکم آن ها استفاده نمی شود تا شیخ اعظم از این راه بر لزوم بیع استدلال کند. چه این که متقابلاً تحریم بیع ربوی هم به معنای حرمت تکلیفی، اصل معامله ربوی است و این که بیع ربوی مثل بیع غرری و بیع فضولی و بیع ما لیس عندك و بیع ما لا یقدر علی سلیمه و ... نیست که تنها وضعاً فاسد باشد بلکه تکلیفاً هم حرمت دارد و نفس معامله ربوی حرام است. و اما این که

تصرفات بعد از معامله چه حکمی دارد؟ آیه در این صدد نیست و حلیت و حرمت آن ها از مفاد آیه اجنبی است.

2. حلیت وضعی: بیع ربوی حرمت وضعی دارد، یعنی فاسد و باطل است ولی بیع غیر ربوی حلیت وضعی دارد، یعنی صحیح است و منعقد می شود و اما این که پس از انعقاد، تکلیف تصرفات بعدی چه می شود و این که بیع با فسخ يك طرف باطل می شود یا نمی شود؟ اصلاً آیه در این مقام نیست بلکه تمام نظر آیه به اصل ثبوت بیع و نفوذ و صحت آن در اسلام است و کاری به بقا و عدم بقای آن ندارد تا شیخ اعظم از راه اطلاق آیه بر صحت تصرفات مشتری پس از فسخ بایع، استدلال کند و از این راه به لزوم بیع منتقل شود.

3. حلیت تکلیفی و وضعی: البته نه به این معنا که لفظ «احلّ» در هر يك از دو حلیت مذکور جداگانه استعمال شده است تا از باب استعمال در اکثر باشد بلکه به این معنا که از حلیت، معنای جامعی اراده شده است که جواز و رخصت و اطلاق و عدم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 157

منع باشد. [320] و به قرینه مقام در هر موردی بر خصوص فردی حمل می شود: گاهی بر خصوص تکلیفی، مثل نهی از بیع در وقت ندا؛ گاهی بر خصوص وضعی، مثل نهی از بیع با کودک؛ و گاهی بر جامع که آیه مورد بحث است. بنابراین آیه، هم بر حلیت تکلیفی دلالت دارد و هم بر حلیت وضعی که بیع غیر ربوی در اسلام، هم حلال است و هم صحیح، چه این که متقابلاً بیع ربوی، هم حرام

است و هم فاسد. باز آیه کاری با تصرفات بعدی ندارد تا شیخ اعظم از راه اطلاق آیه و جواز تصرفات بعد از فسخ، بر لزوم استدلال کند. پس استدلال به این آیه ناتمام است.

البته می توان ادعا کرد که مراد بیع عرفی و عقلایی است، خداوند هم این بیع را امضا کرده است، و بیع عقلایی نه تنها جایز و صحیح است، بلکه لازم و غیرقابل فسخ است و امضای الهی به همه این ها تعلق گرفته است. پس بیع شرعاً لازم است. ولی در این صورت آیه دلیل جدا نخواهد بود بلکه امضای سیره عقلا یا حکم عقلاست که قبلاً به عنوان دلیل قاطع ذکر شد و آیه هم امضای سیره و تأیید آن است و ردّ بر کسانی است که در خصوص معاطات گفته اند: این سیره از سوی شارع ردع شده است و معاطات مفید لزوم نیست، ولی دلیل جدا بر لزوم بیع نیست.

3. آیه نهی از اکل مال به باطل: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ. [321]

سومین آیه ای که برای اثبات لزوم در معاطات بلکه در مطلق بیع و بلکه در مطلق امور مالی به آن استدلال شده، آیه «نهی از اکل مال به باطل مگر [از راه] تجارت از روی تراضی» است. این آیه مشتمل بر صدر و ذیل است که به صورت استثنا آمده است. در این استثنا دو احتمال وجود دارد: یکی متصل بودن و دیگری منقطع بودن. بنا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 158

بر منقطع بودن، صدر آیه جمله ای مستقل و ذیل آن (مستثنی) جمله دیگری است که هرکدام قابل استدلال هستند. بنا بر

متصل بودن، صدر و ذیل، يك جمله و دارای يك مضمون است. بنابراین از سه جهت می توان به آیه استدلال کرد: 1. جمله مستثنی منه؛
2. جمله مستثنی؛ 3. مجموع مستثنی و مستثنی منه.

استدلال به جمله مستثنی منه (صدر آیه)

اکل در اصل لغت به معنای خوردن است ولی در غالب استعمالات، کنایه از تملك و تصاحب است و در آیه به قرینه اضافه به أموالکم که جمع مضاف و مفید عموم است، همین معنای کنایی مراد است. باطل هم به معنای باطل عرفی است؛ زیرا خطابات، به عرف عام متوجه است. البته شارع مقدس دخالت کرده و قدری دایره باطل عرفی را توسعه داده است و اموری را که عرف باطل نمی دانسته، شارع اضافه کرده و باطل قلمداد نموده است، مثل بیع ربوی، بیع منابذه، ملامست و حصات. نهی یا مولوی تکلیفی است؛ به این معنا که تصاحب مال مردم از راه های باطل حرام است و عقاب دارد، و یا ارشادی وضعی است؛ به این معنا که این تصاحب باطل است و راه های باطل، از اسباب مملکه نیستند و این تصاحب صحیح و مؤثر و نافذ و موجب ملك نیست.

شیوه استدلال به شکل منطقی: فسخ يك جانبه و تملك و تصاحب مبیع بدون رضایت طرف دیگر از مصادیق تملك مال مردم به باطل عرفی است: صغراً؛ اكل مال مردم (تملك و تصاحب) به باطل، یا حرام تکلیفی است یا وضعاً فاسد و باطل است: کبراً؛ پس فسخ مذکور تکلیفاً حرام و وضعاً بی اثر است: نتیجه. و هر کدام که باشد مُنتج است؛ زیرا اگر وضعاً فاسد باشد مستقیماً دلیل لزوم معامله است وگرنه فسخ باطل نبود، و اگر

تکلیفاً حرام باشد باز وجهی ندارد مگر عدم تأثیر فسخ يك جانبه، که باز به لزوم آن منتقل می شویم. [322]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 159

مقدار دلالت جمله مستثنی منه: این جمله به بیان مذکور بر لزوم معاطات بلکه لزوم مطلق بیع بلکه لزوم مطلق امور مالی و نقل و انتقالات مالی دلالت دارد و شامل قرض و مانند آن می شود. ضمناً اصل بیان از شیخ اعظم در مکاسب [323] است که ما به تقریر خود توضیح دادیم.

مرحوم آیت الله خوئی به صغرا و کبرای دلیل مذکور اشکال دارد.

اشکال صغرا: قبول نداریم که فسخ يك جانبه از مصادیق تصاحب مال مردم به باطل عرفی باشد، زیرا اگر یقیناً فسخ مذکور بی تأثیر باشد صغرای مذکور صحیح است ولی مجرّد احتمال است که شاید فسخ يك جانبه بی تأثیر باشد و تملك بعدی از باب اکل مال به باطل باشد و شاید مؤثر واقع باشد و تملك از این طریق، اکل مال به باطل نیست. آن گاه با وجود شبهه مذکور، تمسك به عام برای نفی تأثیر این فسخ، از باب تمسك عام در شبهه مصداقیه است که جایز نیست. [324]

تقد اشکال: به عقیده ما این اشکال وارد نیست زیرا مطمئناً فسخ بدون رضایت مشتری و تصاحب مبیع از سوی بایع، از مصادیق اکل مال به باطل عرفی است و عقلاً در این امر تردید ندارند و فسخ او را بی اثر و تصرفات او را ظالمانه می دانند و شرعاً هم ردع نشده است؛ پس صغرا تمام است.

اشکال کبرا: قبول نداریم که باطل در آیه به معنای باطل عرفی باشد که مصادیق روشنی دارد و فسخ يك طرفه از مصادیق آن نیست، بلکه به معنای باطل واقعی است،

کوثر فقه

زیرا الفاظ برای معانی واقعی وضع شده اند، و باطل واقعی بر حسب موارد فرق می کند و در مورد بحث ما معلوم نیست فسخ مذکور از مصادیق اکل مال به باطل واقعی باشد تا به حکم آیه؛ فاسد و باطل یا حرام باشد تا از این راه به لزوم برسیم. [325]

به نظر ما این اشکال نیز وارد نیست، زیرا مخاطب آیات و روایات، عرف عام است و باطل در آیه بر باطل عرفی حمل می شود البته به انضمام توسعه شرعی و افزودن مواردی از باطل به باطل عرفی. و غیر از این، باطل دیگری در معنای کلام مشهور نیست تا قابل تشکیک باشد؛ پس استدلال به صدر آیه صحیح است.

استدلال به جمله مستثنی (ذیل آیه)

بنا بر انقطاع استثنا، ذیل آیه جمله جداگانه ای است و مفاد مستثلی دارد؛ یعنی تجارت همراه با رضایت طرفین، مجوز اکل و تصرف و تصاحب مال دیگری است، خواه جواز تکلیفی باشد که حلال است نه حرام، خواه جواز وضعی باشد که صحیح است و تجارت کذائی یکی از اسباب مملکه است.

آن گاه فسخ يك طرف، بدون توافق طرف دیگر اولاً تجارت نیست- بلکه استرداد عین به ملك قدیم بایع است- ثانیاً بر فرض که تجارت باشد همراه با تراضی نیست. بنابراین مجوز اکل و تصاحب نیست چه وضعی مراد باشد- یعنی فسخ مذکور صحیح و نافذ و مؤثر نیست و سبب انفساخ معامله و مالك شدن بایع نمی گردد، و این کاشف از لزوم تجارت است- و چه تکلیفی مراد باشد- یعنی فسخ مذکور جایز نیست و حرام است و هیچ وجهی برای حرمت آن وجود ندارد جز عدم تأثیر فسخ

و عدم مالك شدن بايع، و به هر حال كاشف از لزوم تجارت همراه با تراضی است. باز اصل بيان از شيخ اعظم است [326] كه ما توضيح داديم.

مقدار دلالت آيه هم لزوم تجارت با تراضی است و قبلاً در مبحث صحت معاطات،

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 161

ذيل اين آيه درباره مفهوم تجارت بحث شد كه آيا با بيع مساوی است يا اخص مطلق است يا اعم مطلق است و يا اعم من وجه است؟ و بعيد نيست دايره تجارت از بيع وسيع تر باشد، زيرا در آيه كريمه رجالاً لا تُلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله، [327] بيع را جدا آورده و بر تجارت عطف كرده است و بعيد نيست از باب ذكر خاص پس از عام باشد.

دو اشكال بر استدلال به ذيل آيه: الف) بنا بر اين كه استثنا منقطع باشد مابعد «الا» به منزله جمله جداگانه است و حكم جدایی دارد و مفيد حصر نيست؛ زيرا ربطی به ماقبل ندارد. مفاد جمله هم اين است كه از نظر اسلام، تجارت با تراضی یکی از اسباب مملکه و مجوز اكل (تملك و تصاحب و تصرفات) است؛ [328] ولی آيه سبب ملك را منحصر در تجارت با تراضی نكرد تا غير آن هر چه هست خارج شود، از جمله اين كه فسخ يك جانبه مجوز اكل نباشد، بلكه حكم تجارت را بيان كرده و از حكم امور ديگر نفياً و اثباتاً ساكت است. بنا بر اين، استدلال به جمله مستثنی برای حرمت و بطلان فسخ يك جانبه و عدم تأثير آن و اثبات لزوم از اين طريق، ناتمام است.

ب) به گفته آيت الله خوئی (رحمه الله): جمله تجارة عن تراضٍ منكم مثل آيه اَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ

است و حداکثر دلالت می کند که تجارت با تراضی، حلال و صحیح و نافذ است اما این که بعد از تجارت مذکور و مالک شدن مشتری آیا فسخ يك جانبه بايع و تصاحب مبيع و تصرفات او قبل یا بعد از فسخ، جایز است یا حرام؟ فسخ او نافذ است یا بی اثر؟ آیه در مقام بیان این ها نیست و از این جهت اطلاق ندارد تا بگوییم تصرفات بعد از فسخ هم نافذ نیست، پس فسخ او بی اثر است، در نتیجه معامله و تجارت لازم است. آری تصرفات بايع بعد از معامله و تملك مشتری، به دلایل عقلی و نقلی جداگانه حرام است و ربطی به آیه تجارت ندارد، بلکه اگر ما بودیم و آیه تجارت، ادعا می کردیم که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 162

تجارت، صحیح و نافذ است و مشتری مالک مبيع می شود و در عین حال بايع حق دارد در مال مشتری تصرف کند. [329]

همین اشکال را مرحوم سید نیز در حاشیه دارد [330] بنابراین از جمله مستثنی لزوم تجارت فهمیده نمی شود.

استدلال به مجموع صدر و ذیل آیه بنا بر این که استثنا متصل باشد: مفاد آیه این است که تملك و تصاحب مال مردم از هر راه حرامی، حرام و فاسد است مگر این که به سبب تجارت با تراضی، که منحصرأ تجارت کذائی حلال و صحیح و سبب مملك است و کلمه «بالباطل» بیان علت حرمت اكل است؛ گویا فرموده است: «لا تأكلوا أموالكم بوجه من الوجوه إلا بوجه التجاره، فإنّ الأكل بغير هذا الوجه باطل». صدر آیه هم مفید عموم است یعنی اكل مال مردم به هر طریقی از طرق حرام است خواه از طریق سرقت و غصب

باشد، خواه از راه قمار، یا از راه فسخ معامله یا از راه تجارت با تراضی و ...، زیرا اگر صدر، مفید عموم نباشد استثنا و تخصیص لغو خواهد بود؛ نظیر «أكرم بعض العلماء إلا زيدا» که از اول، شمول خطاب نسبت به زید مشکوک است و اهمال یا اجمال دارد و استثنا معقول نیست.

بنابراین، فسخ يك جانبه و تصاحب مبيع هم اكل مال به باطل است و جایز و صحیح نیست. ذیل آیه تنها تجارت با تراضی را استثنا کرده است، و فسخ مذکور تجارة عن تراضٍ نیست، دلیل دیگری هم بر استثنای آن از عموم صدر آیه نداریم، پس به اصالت عموم آیه در شك در تخصیص زائد استناد می کنیم. نتیجه این می شود که فسخ مذکور حرام و باطل و بی اثر است و مجوز اكل نیست، پس معلوم می شود معامله لازم است، وگرنه فسخ اثر می کرد.

اشکال مهم: چگونه آیه، مجوز اكل و سبب مملک را در تجارت با تراضی منحصر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 163

کرده است در حالی که در اسلام راه های فراوان دیگری وجود دارد که مجوز تصرف در مال دیگران است، مثل قرض کردن که پس از قرض، فرد مقترض مالك پول می شود و حق هر تصرفی دارد، و مثل اباحه تصرف در مانند تصرف مهمان در طعام که مجوز اكل است، و مثل حيازت که سبب مملک و مجوز اكل است و ...، حصر آیه با این موارد سازگار نیست.

جواب: امام راحل از اشکال مذکور جواب متقنی می دهد که حاصلش این است:

در آیه علتی ذکر شد یعنی «بالباطل»، و حاصل معنی آیه این است که تصرف و تصاحب در اموال دیگران

از باب اکل مال به باطل حرام است، ذیلاً که تجارت با تراضی را استثنا کرده است به مناسبت حکم و موضوع، متفاهم عرفی این است که اکل مال مردم به سبب تجارت، اکل مال به باطل نیست بلکه به حق است؛ آن گاه مناط جواز، اکل مال به حق بودن است و به حکم «العلّة تعمّم وتخصّص» نتیجه می گیریم که هر اکل مال به باطلی جایز نیست و هر اکل مال به حقی جایز است. و این عنوان تمام موارد مذکور در اشکال و امثال آن ها را شامل می گردد، چون همگی از باب اکل مال مردم به حق عرفی یا شرعی است و شارع اجازه داده است؛ ذکر تجارت هم از باب این است که فرد جلی و عالی اکل مال مردم، به حق است؛ پس مشکل حصر هم حل شد. ضمناً تخصیص در آیه از باب تخصیص مصطلح نیست که این موارد هم موضوعاً اکل مال به باطل باشند و حکماً جایز باشند، بلکه از باب تخصیص و خروج موضوعی است و با تجویز شارع، این موارد موضوعاً اکل مال به باطل نیستند، چون اکل مال به باطل مطلقاً حرام است و لسان آیه از مواردی است که آبی از تخصیص می باشد. [331]

اشکال مهم دیگر: حال که مشکل انحصار حل شد و مفاد آیه این شد که اکل مال به باطل حرام است و اکل مال به حق جایز است، اشکال دیگری پیدا می شود که مربوط

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 164

به بحث ماست و آن لزوم تمسک به عام در شبهه مصداقیه است، زیرا فسخ يك جانبه احتمال دارد مؤثر باشد و مبيع را به ملك

بایع عودت دهد، بنابراین پس از فسخ شك داریم که تصاحب بایع و تصرف او در مبیع، از مصادیق اکل مال به باطل است تا حرام و فاسد باشد و کاشف از لزوم باشد، یا از مصادیق اکل مال به حق است که شاید فسخ اثر کرده و واقعاً مالک شده و تصرفش حلال است؟

در این مورد تمسک به عموم مستثنی منه برای اثبات حرمت فسخ يك جانبه و تصرف بعد از آن، از باب تمسک به عام در شبهه مصداقیه است که نزد محققان صحیح نیست، بنابراین حکم تصرف و تصاحب مبیع بعد از فسخ، از آیه دانسته نشد؛ آری از راه استصحاب بقای ملک مشتری پس از فسخ يك طرفه، می توانیم عدم تأثیر فسخ و ثبوت لزوم معامله را ثابت کنیم ولی در این صورت استدلال به آیه نخواهد بود بلکه استدلال به استصحاب است که دلیل جدا بر اصل لزوم در معاملات است که بعداً بررسی خواهد شد.

پاسخ: اگرچه احتمال می دهیم فسخ بایع مؤثر باشد ولی عقلاً به این احتمال اعتنا نمی کنند و عملاً و حکماً بنا را بر لزوم می گذارند و بایع را ذی حق نمی دانند، شارع هم ردع نکرده است و لذا فسخ مذکور و تصرف در مبیع از موارد اکل مال به باطل عرفی و به ناحق است و در مستثنی منه داخل است و استدلال به مجموع آیه برای اثبات لزوم معامله صحیح است.

اصل لزوم معاطات در روایات

محور سوم: دلالت روایات بر اصل لزوم در معاطات، بلکه در مطلق بیع، بلکه در مطلق معاملات:

روایت دسته اول:

«المؤمنون عند شروطهم».[332]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 165

درباره این حدیث در باب صحت معاطات بحث شد، در این جا به

اختصار توضیحاتی داده می شود تا دلالت آن بر اصل لزوم روشن شود.

الف) از روایت، وجوب وفا به شرط و حرمت نقض آن استفاده می شود نه این که فقط حُسن و رجحان استفاده شود. دلیل وجوب وفا: اولاً تکیه روی وصف ایمان است که وفا به شرط را نشانه ایمان مؤمنان دانسته است؛ گویا کسی که وفا به شرط ندارد ایمان ندارد، و این، کنایه از بزرگی گناه نقض شرط است؛ ثانیاً لفظ

«عند شروطهم»

دلالت بر ملازمه شرعی میان مؤمن، و وفا به شرط دارد که باز وجوب را می رساند؛ ثالثاً در روایاتی معصومین (ع) برای وجوب وفا، به حدیث نبوی مذکور استدلال کرده اند، مثل موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) از پدر بزرگوارش:

«إنَّ علي بن أبي طالب (ع) كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به؛ فإنَّ المسلمین عند شروطهم إلا شرط حراماً أو أحلَّ حراماً». [333]

اگر حدیث نبوی مفید وجوب نبود امام (ع) استدلال نمی کرد.

ب) شرط در روایت، یا به معنای خصوص الزام و التزام ضمنی است یا به معنای مطلق الزام و التزام است، ولو ابتدایی و استقلالی. مثل همه قراردادهای و تعهدات و میثاق نامه ها میان دو شخص یا دو شرکت یا دو دولت.

شیخ اعظم در باب معاطات شرط را به معنای مطلق التزام گرفته و معاطات را نوعی قرارداد دانسته است و برای لزوم آن به این حدیث استدلال کرده است. [334] وی در اوایل مبحث خیارات، شرط را به خصوص التزام ضمنی معنا کرده و گفته است که شامل بیع و معاطات و مانند آن نمی شود، [335] ولی در اواخر مبحث خیارات، در باب «القول فی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 166

الشروط» شرط را به

مطلق الزام و التزام تفسیر کرده است. [336] مختار ما هم همین است و قبلاً با ذکر شواهد و مدارک در مبحث صحت معاطات توضیح دادیم و استدلال بر لزوم مطلق معاهدات و معاملات بر همین اساس است.

ج) وفا به شرط به این است که طبق آن عمل کند و مخالفت و ترك نکند و وفا را به آخر برساند زیرا کسی که مدتی به شرط و قرارش پایبند باشد و بعداً آن را نقض کند در واقع اصلاً وفا نکرده است، نه این که تا به حال وفا کرده و از حالا به بعد وفا نمی کند.

د) حدیث نبوی جمله خبریه است ولی به داعی انشا صادر شده و دلالت آن بر وجوب وفاقوی تر از دلالت فعل امر بر وجوب است. مبنای این نکته در علم اصول تبیین شده است.

ه) حدیث نبوی، یا به طور مستقیم بر وجوب وضعی دلالت دارد و مفادش این است که نقض التزام و قرارداد، باطل است و قابل نقض نیست و فسخ يك جانبه بی اثر است؛ بنابراین لزوم قراردادهای معاملی از آن فهمیده می شود؛ و یا بر وجوب تکلیفی وجوب وفا و حرمت نقض دلالت دارد که باز هم برای استفاده لزوم کفایت می کند، زیرا حرمت نقض آن وجهی ندارد مگر لزوم قرارداد و معامله، و اگر لازم نبود فسخ و نقض آن حرام نمی شد و چنین نیست که حرمت نقض يك حکم تبعیدی محض باشد، بلکه به مناط لزوم است و کاشف از آن می باشد.

با این چند نکته دلالت حدیث بر لزوم پرواضح است و مقدار دلالت آن هم لزوم مطلق قراردادها و معاهدات است، از جمله لزوم مطلق بیع و

لزوم خصوص معاطات نیز استفاده می شود. و خلاصه این که آنچه در آیه أُوفُوا بِالْعُقُودِ قَبْلًا ذکر شد در حدیث «المؤمنون عند شروطهم» نیز ذکر می شود و از نظر دلالت بر لزوم مطلق عقود و عهود و قراردادهای مثل هم هستند و بلکه دلالت روایت بر وجوب وفا و حرمت نقض قوی تر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 167

است؛ زیرا جمله خبریه در مقام اثبات و به قدری اصل لزوم وفا به شرط را مسلم گرفته است که آن را به لفظ خبریه بیان نموده است.

در پایان به کلام امام راحل اشاره می کنیم که در کتاب البیع فرموده است:

بر فرض که «شرط» در حدیث به معنای خصوص شرط ضمنی باشد ولی از راه الغای خصوصیت، حکم را به شروط ابتدایی و استقلالی سرایت می دهیم؛ زیرا مناسبت حکم و موضوع اقتضا می کند که ضمنی بودن، موضوعیت نداشته باشد و مهم اصل عقد و قرارداد است که مؤمن باید به قرارش متعهد باشد و از آن تخلف نکند ولو قراردادهای معاملی ای که ابتدا به ساکن و مستقلاً منعقد می کند. دلیل الغای خصوصیت هم فهم عرف است. [337]

روایت دسته دوم: روایات عدم جواز تصرف در مال مردم بدون رضایت آن ها:

الف) توقیع شریف از ناحیه مقدسه از قول محمد بن عثمان عمری از حضرت صاحب الزمان (عج):

«لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه». [338]

ب) موثقه سماعه از حضرت صادق (ع):

«إن رسول الله (ص) قال: من كانت عنده أمانته فليؤدها إلى من أئتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه».

[339]

ج) مرسله علی بن شعبه در تحف العقول از رسول اکرم (ص) که در حجه الوداع فرموده است:

«أيها الناس إنَّما

المؤمنون إخوة ولا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه».[340]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 168

(د) مرسله عوالی اللآلی از رسول اعظم (ص):

«المسلم أخو المسلم، لا يحلّ ماله إلا عن طيب نفس منه».[341]

محور استدلال، موثقه سماعه است که سنداً حجت و دلالة روشن است.

توضیح: حلیت و عدم حلیت یا حرمت در کتاب و سنت به معنای لغوی و عرف عام باقی است؛ حلیت یعنی جواز، ترخیص، رفع المنع، اطلاق و ارسال (باز کردن و رها کردن) و حرمت یعنی منع، عدم ترخیص. و به این معنای وسیع بر حلال تکلیفی و وضعی قابل صدق است و در واقع دارای معنای عام و جامعی است که بر حسب موارد و به کمک قرینه گاهی خصوص حلیت تکلیفی اراده می شود و گاهی خصوص وضعی (صحت و نفوذ) و گاهی اعم مراد است.

در روایات مذکور- غیر از توقیع شریف- حلیت و عدم آن در ظاهر به خود مال غیر، مستند شده است که عین خارجی است و از نظر مشهور لزوماً باید فعل اختیاری متناسب با آن در تقدیر باشد و محل بحث است که جمیع افعال متناسب با مال در تقدیر است یا فعل خاصی مقدر است و آن فعل خاص کدام است؟ ما به پیروی از امام راحل در کتاب البیع [342] در چهار مرحله به موثقه استدلال می کنیم:

مرحله اول: تقدیر ضروری نیست و می توان به ظاهر حدیث اخذ کرد و حلیت و عدم آن به خود مال غیر، مستند باشد ولی با ادعای این که بدون رضایت مالک، خود مال حلال نیست و نفی حلیت از خود مال مساوی است با نفی حلیت از هر چه که

مربوط به مال غیر است؛ یعنی امساک آن، غضب آن، خوردن و نوشیدن و استفاده کردن از آن، و هر نوع دخل و تصرف دیگر. یکی از این امور فسخ يك جانبه و دخل و تصرف در مبيع است که مال مشتری شده و حدیث به عموم و اطلاق آن را نفی می کند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 169

مرحله دوم: بر فرض که تقدیر لازم باشد، ولی متفاهم عرفی، تقدیر جمیع افعال متناسب با مال غیر است و مخصوص تصرف در مال مردم نیست، آن گاه حدیث به عموم فسخ يك جانبه و تصرف در مبيع را شامل است.

مرحله سوم: بر فرض که خصوص تصرف، مقدر باشد ولی تصرف مخصوص تصرفات حسی (خوردن، نوشیدن، پوشیدن و...) نیست بلکه مطلق تقلب و تحول و تبدل را شامل است و یکی از آن ها فسخ معامله و دخل و تصرف در مبيع است. دلیل این اطلاق، کلمات اهل لغت است. [343]

مرحله چهارم: بر فرض که خصوص تصرف حسی مراد باشد، اما باز الغای خصوصیت می کنیم و مناط کلی، مال غیر بودن و حرمت تصرف حسی در مال غیر بدون رضایت او است. همین مناط در تصرف غیر حسی و بیع مال مردم یا فسخ يك جانبه و تصرف در مال مردم و رجوع بدون رضایت مشتری، وجود دارد.

نتیجه: هرگونه دخالت و تصرف و تقلب و تحولی در مال مردم بدون رضایت آن ها از جمله فسخ و رجوع يك جانبه، حلال و جایز نیست؛ خواه مقصود، حلیت تکلیفی باشد؛ یعنی حرام است و عقاب دارد و مناط آن لزوم معامله است، زیرا اگر لازم نبود وجهی برای حرمت فسخ نبود؛ خواه مقصود، حلیت وضعی باشد؛

یعنی این تقلبات و فسخ يك طرفه، صحیح و نافذ و مؤثر نیست که باز هم کاشف از لزوم معامله است؛ وگرنه فسخ تأثیر می گذاشت. بنابراین اصل دلالت موثقه بر لزوم، مسلّم است، مقدار دلالت آن هم کلیه معاملات و امور مالی است همچون بیع، اجاره، صلح، مضاربه و ...؛

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 170

مگر مواردی که به دلیل خاص جایز و متزلزل هستند.

اشکال به استدلال مزبور: در حواشی مکاسب همچون حاشیه مرحوم ایروانی و مرحوم سید و مرحوم محقق اصفهانی، ایرادهایی مطرح شده است که با توجه به تقریر استدلال، همه آن ها دارای جواب است:

1. «لا یحلّ» در حرمت تکلیفی مولوی ظهور دارد و برای حرمت وضعی قابل استدلال نیست.

جواب: دانستیم که حلیت و حرمت در کتاب و سنت معنای جامعی دارد.

2. اراده حرمت تکلیفی و وضعی از «لا یحلّ» استعمال در اکثر است.

جواب: دانستیم که لفظ در جامع استعمال شده است نه در خصوص این و آن.

3. حلیت به عین خارجی مستند شده است نه به سبب، و این با مولوی بودن مناسب است.

جواب: در مرحله اول و دوم روشن شد که معنای جامعی مراد است.

4. مقدر، خصوص تصرف است و ظهور در تصرف حسی دارد.

جواب: در مرحله سوم و چهارم روشن شد که وجهی برای ظهور فوق نیست.

5. در موثقه، درباره حرمت خون مسلمان هم صحبت شده است که حتماً مقصود، حرمت تکلیفی است و قرینه است که حرمت مال مسلمان هم به معنای تکلیفی باشد، نه وضعی تا دلیل لزوم وضعی باشد.

جواب: موثقه به صورت تعلیل و کبرای کلی بیان شده است و اگر مورد اول با حکم تکلیفی متناسب است دلیل بر این

نیست که مورد دوم هم با تکلیف متناسب باشد.

6. پس از فسخ يك جانبه، معلوم نیست مبيع مال غیر باشد تا تصرف در آن حرام باشد، زیرا شاید فسخ تأثیر گذاشت و مال خود بايع شد. بدون احراز مال غیر بودن، تمسك به روایت از قبیل تمسك به عام در شبهه مصداقيه است؛ بنابراین استدلال به خود روایت ناقص است، مگر این که استصحاب بقای ملك مشتری به آن ضمیمه شود

کوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 171

که در این صورت، استدلال، فقط به روایت نخواهد بود بلکه به کمک استصحاب است که خود، دلیل جدایی است و در ادامه بررسی خواهد شد.

جواب: قبلاً در ذیل استدلال به آیات و نیز به روایت وجوب وفا، از این شبهه جواب دادیم که عرف به احتمال تأثیر فسخ، اعتنا نمی کنند و شرعاً هم ردعی نیامده است؛ بنابراین پس از فسخ يك جانبه هم، مبيع مال مشتری است و مال غیر بودن محرز است و تمسك به عموم یا اطلاق حدیث به جا است.

روایت دسته سوم:

روایات خیار مجلس. [344] این روایات دو دسته اند:

الف) روایاتی که تصریح به مفهوم غایت ندارند و تنها منطوق را بیان کرده اند؛ اکثر روایات باب خیار مجلس از این قرار است، از جمله صحیححه محمد بن مسلم از امام صادق (ع):

«البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام». [345]

ب) روایاتی که تصریح به مفهوم غایت دارند، مثل صحیححه حلبی از امام صادق (ع):

«أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرَقَا وَجِبَ الْبَيْعُ». [346]

و مثل صحیححه فضیل از حضرت صادق (ع):

قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال:

«ثلاثة أيام للمشتري

»، قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال:

«البيعان بالخيار ما لم

البته دسته سومي هم هست که عمل امام (ع) را نقل می کند [348] ولی از آن جا که عمل، مجمل است و ممکن است از باب «قضیة في واقعة» باشد و در مورد خاصی بوده است، به این ها استدلال نمی کنیم، و به روایاتی که قول معصوم را نقل کرده است استدلال می کنیم.

شیوه استدلال: در روایاتی که صریحاً مفهوم ذکر شده است سخن امام (ع) اطلاق دارد و مفادش این است که مجلس معامله که منقضي شد معامله از هر جهت لازم است و جنس خيار منتفی است، چه خيار غبن باشد، چه خيار عیب، چه خيار شرط و...، آن گاه اگر دلیلی بر نبودن یکی از این خيارات در مابعد مجلس معامله، دلالت کرد مخصص این اطلاق خواهد بود، و منهای دلیل خاص اصل بر لزوم بیع از ناحیه مطلق خيارات است.

مقدار دلالت روایات هم لزوم مطلق بیع است - قولی یا معاطاتی - و متعرض حکم سایر معاملات نیست.

اشکال: اشکال این دلیل این است که در صدر روایت یا منطوق کلام که فرموده است: «البيعان بالخيار» مقصود، مطلق خيار و جنس آن نیست بلکه یقیناً مقصود خيار خاص است (خيار مجلس). آن گاه در ذیل که می گوید: «فإذا افترقا فلا خيار» صدر، قرینه است بر این که مقصود نفی خصوص خيار مجلس است و کاری با سایر خيارات ندارد. متفاهم عرفی هم این است که پس از تفرق، خيار مجلس یا خيار از این ناحیه منتفی است و نفیاً و اثباتاً با سایر خيارات کاری ندارد، و دست کم صدر، صلاحیت دارد تا قرینه بر مراد از ذیل باشد

و ذیل مجمل می گردد و قابل استدلال نیست.

روایت دسته چهارم: روایت سلطنت مردم بر مال خودشان.

تنها يك روایت است که مرحوم مجلسی در بحار[349] از قول ابن ابی جمهور در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 173

عوالی [350] نقل کرده که رسول اعظم (ص) فرموده است:

«الناس مسلطون علی أموالهم»

« شیوه استدلال: حدیث، سلطنت مطلقه را برای مردمان بر امولشان ثابت کرده است و مقتضای چنین سلطنتی این است که دیگران حق ندارند بدون رضای مالک در اموال او دخل و تصرف کنند و آن ها را مالک شوند، از جمله این که بایع و مالک اصلی حق ندارد با فسخ يك جانبه مبيع را تملك کند؛ زیرا با سلطنت مطلقه مالک منافات دارد، و لازمه این امر، لزوم معامله است زیرا اگر جایز و متزلزل باشد منافاتی ندارد که با فسخ کردن مالک شود.

اشکال: اشکال این دلیل این است که: اولاً روایت از نظر سند ضعیف و مرسله است و قبلاً در مبحث صحت معاطات به تفصیل ذکر شد؛ بنابراین قابل استدلال نیست؛ ثانیاً روایت در صدد بیان این است که مالک بر مال خود مسلط است و هرگونه تصرفی می تواند انجام دهد ولی در مقام بیان این نیست که اگر پس از معامله، بایع معامله را فسخ کرد چه حکمی دارد؟ آیا فسخ او نافذ است یا خیر؟ مفید حصر هم نیست تا حق هر دخل و تصرفی را از دیگری سلب کند. به هر حال نیازی به استدلال به حدیث سلطنت و احادیث خیار مجلس نداریم، و روایات عدم حلیت مال مردم و روایات وجوب وفا به شرط، و آیات نهی از اکل مال مردم، و امر به وفا به

عقد، کفایت می کند، و اصل لزوم به وضوح از آن ها استفاده می شود.

شبهات موضوعیه مصداقیه: آنچه در مباحث گذشته از عمومات قرآن مجید و روایات معتبر استفاده شد اصل لزوم در شبهات حکمیه است که رفع شك به عهده شارع است؛ مثلاً اگر در اصل لزوم صلح یا اجاره یا جعاله و ... شك کنیم، از اصل لزوم عقود و معاهدات استفاده می کنیم. و این مورد، از موارد شك در تخصیص زائد است و جای تمسك به عمومات کتاب و سنت است و اگر شك کردیم که نسبت به فلان

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 174

معامله هم تخصیص خورده است یا خیر اصاله العموم جاری می شود. حال درباره شبهه موضوعیه مصداقیه بحث می شود که منشأ شبهه، خطاب شارع نیست بلکه امور خارجی است و رفع شبهه هم وظیفه شارع نیست. مثلاً در خارج عقدی میان دو نفر واقع شده است ولی مردد است که هبه است تا جایز باشد یا بیع است تا لازم باشد؟ آیا اجاره است تا لازم باشد یا جعاله است تا جایز باشد؟ آیا هبه است تا جایز باشد یا صدقه است تا لازم باشد؟ آیا هبه به یکی از منسوبین است تا لازم باشد یا به بیگانه است تا جایز باشد؟ آیا بیع قولی است تا لازم باشد یا بیع معاطاتی است تا به قول مشهور متأخرین جایز باشد؟ و ...؛ در این موارد در چند مرحله بحث می شود:

1. این که به همان عمومات و مطلقات لزوم هر عقد تمسك کنیم و بنا را بر لزوم این فرد مردد و مصداق مشتبه بگذاریم. این مبتنی است بر جواز تمسك به عام در شبهات

مصدقیه که به تفصیل در فن اصول فقه بیان گردیده است و نظرات متفاوتی درباره اش وجود دارد: یکی جواز تمسک به عام است مطلقاً؛ نظر دیگر عدم جواز است مطلقاً؛ نظر سوم تفصیل میان مخصص لفظی و لئی است؛ نظر چهارم تفصیل میان حکم عقل ضروری و غیر ضروری است. تفصیلات دیگری نیز در مسأله وجود دارد. و تحقیقاً به نظر امام راحل تمسک به عام در شبهه مصدقیه، مطلقاً جایز نیست.

[351]

2. این که به اصول عملیه مراجعه شود؛ به این صورت که اگر اصل موضوعی یا سببی در رتبه قبل باشد و از نظر جواز و لزوم، نتیجه را روشن کند نوبت به اصل حکمی و مسببی نمی رسد. برای مثال در شك در صدقه یا هبه بودن، اصل عدم قصد قربت جاری می شود و معارضی هم ندارد، زیرا شك در صدقه بودن مسبب از شك در قصد قربت است و با اصل عدم قصد قربت، تکلیف روشن می شود؛ جواز و تزلزل. یا مثلاً بیعی در خارج واقع شده و لزوم و تزلزل آن مشکوک است. منشأ شك هم احتمال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 175

وجود یکی از خيارات است؛ اصل عدم وجود خيار که جاری شد قهراً تکلیف روشن می شود؛ یعنی لزوم بیع.

ولی این هم مبتنی است بر این که اصل موضوعی مذکور که از اصول اعدام ازلیه است قابل جریان باشند ولی تحقیقاً استصحاب عدم ازلی قابل جریان نیست.

3. اگر اصل موضوعی نباشد یا در اثر معارضه سقوط کند یا در اثر عدم ازلی بودن جاری نشود نوبت به اصل عملی حکمی می رسد. مثلاً عقدی واقع شده و بیع یا هبه بودن آن مشکوک است. اصل عدم

هبه با اصل عدم بیع تعارض می کنند و جاری نمی شوند؛ آن گاه استصحاب بقای اثر عقد و عدم زوال اثر عقد جاری می شود؛ به این معنا که اگر بعد از عقد، مالک اصلی بدون موافقت طرف دیگر رجوع کرد و عقد را فسخ کرد بقای مالکیت طرف، مشکوک می شود و استصحاب بقای ملک جاری می شود. این نظر شیخ اعظم در مکاسب است. [352]

اشکال مرحوم خوئی: مرحوم آیت الله خوئی به این اصل اعتراض دارد؛ زیرا استصحاب ملک، از استصحاب حکم است و به نظر ایشان استصحاب احکام مطلقاً جاری نمی شود؛ چه استصحاب حکم وضعی و چه تکلیفی؛ چه حکم کلی و چه جزئی. دلیل ایشان بر این مدعا در اصول مطرح است؛ [353] وی بر این اساس تنها راه را جریان استصحاب عدم ازلی می داند و آن اصل عدم هبه بودن این عقد خارجی است و نتیجه این اصل، عدم جواز رجوع و فسخ است؛ بنابراین از راه اصل عدم ازلی به لزوم می رسیم.

ایشان در جواب این اشکال- که اصل مذکور معارض دارد چون همان طور که احتمال هبه با اصل عدم هبه دفع می شود، احتمال بیع بودن با اصل عدم بیع نیز دفع می شود و نتیجه این اصل، جواز رجوع و فسخ است- فرموده اند: اگر بیع بودن،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 176

موضوع لزوم معامله بود جای اصل عدم بیع بود و با اصل عدم هبه بودن عقد، تعارض می کرد ولی احراز بیع بودن مطرح نیست و هبه نبودن برای حکم به لزوم، کفایت می کند، زیرا عموم آیه، بر لزوم هر عقدی دلالت دارد؛ دارای هر عنوانی که باشد. عقد هبه، از این عموم خارج شده است و ما شك

داریم که این عقد از قسم عقد هبه است یا نه، اصل عدم هبه بودن کفایت می کند تا به حکم عموم آیات و روایات بر لزوم آن حکم شود و معارضی ندارد.

وی در پایان فرموده است: اگر اصل عدم ازلی را قبول نکنیم چاره ای نداریم جز این که از راه قرعه و مصالحه حل مشکل نماییم؛ اگر مالک اصلی یا ورثه رجوع کردند، بیع یا هبه بودن، به قید قرعه تعیین می شود یا این که طرف ها باید از راه مصالحه دعوا را ختم کنند. [354]

این نظریه در هر دو بخش قابل مناقشه است: در بخش اول، عدم جریان استصحاب را در احکام شرعی قبول نداریم؛ مناقشه ایشان در علم اصول پاسخ داده شده است. در قسمت دوم هم استصحاب عدم ازلی قبول نیست؛ این مطلب هم در علم اصول تحقیق شده است. لذا برمی گردیم به فتوای شیخ اعظم که این جا مجرای استصحاب بقای اثر عقد و عدم زوال اثر عقد (ملکیت) است. ایرادهای این سخن بعداً در محور سوم بحث پاسخ داده خواهد شد.

البته استصحاب بقای اثر عقد (وجودی) یا استصحاب عدم ارتقاع اثر عقد (عدمی) که در کلام شیخ اعظم آمده است به نحو دیگری قابل مناقشه است: استصحاب عدمی در واقع نفی نفی است، زیرا خود ارتقاع و زوال اثر، امر عدمی است و وقتی عدم بر آن درآید، نفی نفی یا عدم عدم اثر عقد، یا سلب سلب اثر است و نفی نفی، یا عین اثبات است که استصحاب جدایی نیست و تعبیر دیگری از استصحاب بقای اثر است و ظاهراً

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 177

نظر شیخ به این است. و یا نفی نفی، مستلزم

ایجاب است که اصل مثبت می شود و حجت نیست، زیرا اثبات يك نقيض با سلب نقيض ديگر، یا سلب یکی از دو نقيض با اثبات نقيض ديگر، عقلی است نه شرعی و اصلی که اثر عقلی دارد مثبت است.

و اما استصحاب وجودی یا بقای اثر عقد: این اصل محکوم اصل ديگر است و با وجود اصل سببی و حاکم، نوبت به آن نمی رسد و اصل سببی اصل بقای خود عقد و معامله است؛ مثلاً یقین داریم عقدی واقع شده است و پس از فسخ يك طرف (مالك اصلی) شك در بقای آن داریم؛ در این صورت استصحاب خود عقد جاری می شود، و وقتی خود عقد ثابت شد آثار آن نیز حتماً مترتب می شود و نیازی به استصحاب جدایی ندارد. بنابراین از نظر فنی جای استصحاب بقای اثر نیست.

سؤال: عقد همان ایجاب و قبول قولی یا داد و ستد عملی است که يك آن موجود و قطعاً منعدم می شود، زیرا حقیقت تدریجی و متصرّم الوجود است و ما در این باره شك نداریم تا استصحاب خود عقد جاری را جاری کنیم؛ از این رو ناگزیریم از استصحاب بقای اثر عقد استفاده کنیم که قابل بقاست.

پاسخ: اگر عقد همان ایجاب و قبول باشد آری، قطعاً منتفی شده است و جای استصحاب نیست، ولی کراراً در معنای آیه وفا به عقد و روایت وفا به شرط، ذکر شد که عقد به معنای مطلق معاهده و معامله و قرارداد عقلانی است و قوامش به اعتبار نفسانی است، و ایجاب و قبول کاشف و مُظهر است و آن معامله عقلانی قابل بقا است و اگر پس از فسخ يك طرف شك کردیم، استصحاب

بقای آن را جاری می‌کنیم، و نوبت به استصحاب بقای اثر نمی‌رسد.

در ضمن استصحاب بقای عقد، هم مستقیماً اثر شرعی دارد که بقای اثر شرعی عقد (ملکیت، تازوجیت و...) باشد و از این جهت جاری می‌شود، و هم می‌تواند موضوع عمومات لزوم عقد را منقح کند. توضیح در مباحث عام و خاص از علم اصول آمده است که اگر يك عام و مخصّصی وارد شود مثل «أكرم العلماء» و «لا تکرّم الفساق منهم»

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 178

پس از تخصیص، عام در عالم غیر فاسق حجت است؛ حال در مورد فردی یقین داریم که قبلاً عالم عادل بود و الان در بقای عدالت او شك داریم، در این جا ابتدا حق نداریم به عموم عام تمسک کنیم، زیرا تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست، ولی می‌توانیم با استصحاب بقای عدالت او یا استصحاب عدم عروض فسق بر او، یا عدم اتصاف او به فسق، فاسق نبودنش را احراز کنیم تا موضوع منقح شود؛ سپس به عموم عام برای وجوب اکرام او تمسک کنیم؛ مگر این که استصحاب عدم ازلی باشد که جاری نمی‌شود. در مورد بحث نیز عمومات و مطلقات بر لزوم عقد دلالت دارند و در مورد عقدی که نمی‌دانیم هبه است یا بیع و به دنبالش نمی‌دانیم با فسخ مالک اصلی باطل شد یا نه، ابتدا نمی‌توانیم به عموم أوفوا بالعقود تمسک کنیم، زیرا عقد بودن آن محرز نیست، ولی با استصحاب بقای عقد و معامله، موضوع عام منقح و بقای عقد محرز شد؛ آن‌گاه عمومات «كلّ عقد لازم» این را شامل می‌شود و بر لزوم آن دلالت می‌کند.

در پایان گفتنی

است استصحاب عقد از نوع استصحاب شخصی نیست؛ زیرا شخص عقدی که در خارج محقق شده است، یا خصوص هبه است که با فسخ و اهب قطعاً منتفی است و شك نداریم تا استصحاب خصوص عقد هبه جاری شود؛ و یا خصوص بیع است که اگر این باشد قطعاً باقی است ولی نسبت به بیع در اصل وجود آن شك داریم و یقین سابق نداریم تا ارکان استصحاب تمام باشد. استصحاب فرد مرد هم معنا و مفهوم معقولی ندارد؛ آری کلی و طبیعی عقد، قابل استصحاب است و از نوع کلی قسم ثانی است که یا در ضمن فرد قصیرالعمر محقق شده است و یا در ضمن فرد طویل العمر؛ ولی به هر حال با تحقق فرد، کلی طبیعی که به عین فرد موجود می شود، محقق می شود. حال، ما در بقای همان کلی شك داریم. گرچه نسبت به خصوص این فرد یا فرد دیگر، ارکان استصحاب ناتمام است ولی نسبت به کلی و جامع ارکان تمام است و در فن اصول به ثبت رسیده است که این قسم از استصحاب کلی، قابل جریان است و اشکالات آن پاسخ داده شده است و به اهم آن اشکال ها در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 179

آینده، در بحث استصحاب لزوم، پاسخ خواهیم داد.

يك نکته: استصحاب بقای طبیعی عقد یا استصحاب بقای اثر عقد و عدم زوال آن به درد لزوم وفا و بقای ملکیت طرف می خورد که اثر مشترك هبه و بیع است؛ اما آثار و احکام مخصوص بیع یا مخصوص هبه را ثابت نمی کند، زیرا ترتب این آثار، فرع بر ثبوت خصوص بیع یا هبه است و چنان که ملاحظه کردیم هیچ کدام

قابل اثبات نیستند. بنابراین اگر در ترتب حکمی از احکام خصوص هر کدام تردید کردیم باید سراغ اصول و قواعد مناسب با آن برویم؛ مثلاً اگر در اشتغال ذمه قابض به عوض عین شك کردیم - که اثر بیع است - اصل برائت ذمه جاری می شود. البته منوط بر این که جریان اصل برائت در این موارد، مستلزم مخالفت قطعی با علم اجمالی نباشد، وگرنه اصل عملی در اطراف علم اجمالی، یا ذاتاً جاری نمی شود یا در اثر معارضه، ساقط می شود و نوبت به اعمال قوانین علم اجمالی می رسد که تفصیل آن در جای خود بحث شده است و در این مقام بیش از این نیاز به بیان نداریم.

استصحاب لزوم

محور چهارم؛ استصحاب لزوم: تاکنون بر اساس ادله اجتهادیه بر اصل لزوم در معاملات استدلال می شد و نتیجه عموماً کتاب و سنت، «لزوم مطلق معامله» شد. حال اگر به هر دلیلی استدلال به دلایل اجتهادی ممکن نباشد [355] نوبت می رسد به اصول عملیه (استصحاب لزوم). البته خود لزوم عقد، قابل استصحاب نیست؛ زیرا حالت سابقه یقینی ندارد و از آغاز تشریح عقود، لزوم و جواز آن ها مشکوک است، و اگر لازم باشند از روز اول لازم بوده اند، و تا یقین سابق نباشد استصحاب جاری نیست بلکه جا دارد از استصحاب عدم ازلی لزوم استفاده شود که حالت سابقه یقینی دارد - اگرچه تحقیقاً این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 180

نیز جاری نمی شود؛ در اصول فقه به ثبت رسیده که استصحاب عدم ازلی ناتمام است - ولی نیازی به استصحاب خود لزوم نداریم تا اشکال شود. استصحابات دیگری جریان می یابد که در نتیجه، لزوم مطلق عقود را ثابت می کند. این استصحاب، از نظر شیخ اعظم

در اول خیارات مکاسب [356] عبارت است از استصحاب بقای اثر عقد و عدم زوال اثر عقد با فسخ يك جانبه [357] ولی به نظر امام راحل در کتاب البیع [358]، استصحاب خود عقد و معامله جاری می شود و با وجود آن، نوبت به استصحاب بقای اثر نمی رسد؛ ولی هرکدام که باشد نتیجه اش بقای آثار و احکام عقد (ملکیت عین، ملکیت منفعت، حق انتفاع، زوجیت و...) است، و بقای آن پس از فسخ يك طرف، عین لزوم معامله یا کاشف از لزوم آن است؛ و هوالمطلوب.

استصحاب بقای ملك

تا این جا از نظر اصل عملی، به لزوم رسیدیم و نتیجه استصحاب هم لزوم مطلق عقود است مگر مواردی که به دلیل خاص، جایز و متزلزل باشد که از این اصل لزوم، خارج می شود، البته یا از باب حکومت، یا از باب ورود و یا از باب توفیق عرفی که جای بحث آن در اصول فقه است. ولی شیخ اعظم در خصوص معاطات، [359] از استصحاب بقای ملك استفاده کرده و از این راه، لزوم معاطات را اثبات کرده است و مقداری در اطراف این استصحاب بحث نموده است؛ متأخرین هم به پیروی از ایشان این بحث ها را تعقیب کرده اند؛ از جمله امام راحل که در کتاب بیع درباره آن بحث کرده است. [360] در این جا به اهم مطالب این قسمت اشاره می شود:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 181

يك مطلب این است که قبل از استصحاب ملك، استصحاب بقای خود معاطات و معامله جاری و آثار آن مترتب می شود و نیازی به استصحاب ملك نیست؛ این مطلب قبلاً ذکر شد. بحث دیگر این است که آیا استصحاب ملكیت بر فرض جریان داشتن، از نوع استصحاب

کلی قسم دوم است یا از نوع استصحاب شخصی؟ بر اساس هر دو احتمال، مسأله را بررسی می کنیم:

اما بنا بر این که استصحاب کلی قسم ثانی باشد: کلی و طبیعی ملکیت متیقن است زیرا مفروض بحث این است که معاطات، بیع صحیح و مؤثر و مفید ملک است. این طبیعی دو فرد دارد: یکی ملک جایز است و به مجرد فسخ، زائل می شود، و دیگری ملک لازم است که با فسخ يك طرف هم باقی است. حال خصوص ملک جایز قابل استصحاب نیست زیرا بر فرض حدوث، با فسخ، زائل شده و مقطوع الارتفاع است نه مشکوک البقا تا جای استصحاب باشد. و خصوص ملک لازم نیز از اول حدوثش مشکوک است و یقین سابق ندارد تا استصحاب شود. ولی کلی و طبیعی و اصل ملکیت - که قدر مشترك میان ملک جایز و لازم است - قطعاً موجود می شود. ما پس از فسخ يك طرف، در بقای قدر مشترك شك داریم؛ نسبت به خود کلی، ارکان استصحاب کامل است و جاری می شود و نتیجه اش لزوم است.

چند اشکال: ایرادهای فراوانی بر این استصحاب وارد است که برخی به مطلق استصحاب کلی قسم ثانی متوجه است و برخی به خصوص استصحاب ملکیت؛ اهم آن ها به قرار زیر است:

اشکال اول: شیخ اعظم با امر به «تأمل» شاید می خواهد بگوید: از نظر ما استصحاب در شك در مقتضی حجت نیست و تنها در شك در رافع حجت است. [361] استصحاب ملکیت هم از قبیل جریان استصحاب در شك در مقتضی است؛ زیرا شك ما در اصل

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 182

قابلیت و استعداد بقای ملکیت است که اگر جایز باشد پس از فسخ

حتماً زائل می شود و بیش از آن قابلیت بقا ندارد، و اگر لازم باشد پس از فسخ هم باقی است؛ پس شك در اقتضای بقای مستصحب است. بر مبنای شیخ، این استصحاب جاری نمی شود. این ایراد را مرحوم آخوند خراسانی ذکر کرده است. [362]

پاسخ: 1. اصل مبنای شیخ در اصول ناتمام است و مشهور متأخرین و از جمله امام راحل [363] استصحاب را مطلقاً حجت می دانند، هم در شك در مقتضی، هم در شك در رافع؛ زیرا روایات باب، اطلاق دارند.

2. بر فرض که تفصیل شیخ را بپذیریم؛ ولی شك در بقای ملکیت از موارد شك در مقتضی نیست بلکه از موارد شك در رافع است، زیرا کلیه امور اعتباری از قبیل زوجیت، ملکیت، طهارت، نجاست، وجوب، حرمت و ... به محض جعل و اعتبار قابلیت دارند تا ابد باقی باشند و از نظر اقتضا و استعداد بقا، محدودیتی ندارند، مگر این که مانع و رافعی جلوی تداوم آن ها را بگیرد و موجب رفع و زوال آن ها شود. در مورد بحث ما، فسخ مالک اصلی مطرح است که آیا مؤثر است و می تواند مالکیت مشتری را نسبت به مبیع بردارد یا خیر؟ حتی ملک یا عقد جایز نیز اقتضای بقا دارد و تا زمانی که فسخ نشود باقی است و فسخ رافع آن است، بنابراین شك ما در مقتضی نیست بلکه در رافع است و شیخ نیز قبول دارد که استصحاب در شك در رافع جاری است. پس اشکال اول وارد نیست.

اشکال دوم: اشکال مرحوم سید در حاشیه مکاسب:

مقدمه: از نظر اصولی اصل سببی بر اصل مسببی حاکم است و با وجود آن، اصل مسببی جاری نمی شود و

نیازی به جریان آن نداریم. و از نظر عقلی و فلسفی وجود کلی، مسبب از وجود فرد و عدم آن مسبب از عدم افراد است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 183

با توجه به این مقدمه ایراد مرحوم سید بیان می شود: شك در بقای کلی قسم ثانی، مسبب از شك در حدوث فرد طویل است زیرا اگر فرد قصیر حادث شده بود قطعاً منتفی شده است و کلی هم قطعاً نیست؛ آن گاه ارکان استصحاب عدم حدوث فرد طویل، کامل است و جاری می شود و وقتی سبب نبود مسبب (کلی) نیز نخواهد بود و نوبت به استصحاب کلی نمی رسد. در مورد بحث هم شك در بقای ملکیت مشترکه، مسبب از شك در حدوث ملك لازم است [364] و با اصل عدم حدوث فرد طویل، حکم می شود به عدم بقای کلی و ملك مشترك، و عدم آن احراز می شود. پس شك نداریم تا از استصحاب کلی ملك استفاده شود. [365]

پاسخ: 1. پاسخ امام راحل در کتاب البیع:

مقدمه: درباره کلی و فرد، سه احتمال وجود دارد:

الف) عینیت: کلی در خارج به عین وجود فرد، موجود است؛

ب) سببیت: وجود کلی مسبب از وجود فرد است نه عین آن؛

ج) رابطه مجرد تقدم و تأخر رتبی: وجود کلی غیر از وجود فرد است و معلول آن هم نیست بلکه وجود استقلال دارد و صرفاً از نظر عادت به دنبال وجود فرد، کلی هم به صورت جدا موجود می شود. نظیر سخنی که اشاعره دارند؛ اشاعره رابطه علی و معلول میان پدیده ها را انکار می کنند و می گویند عادت الهی بر این جاری شده است که به دنبال فلان پدیده، فلان اثر را مستقلاً ایجاد کند.

تحقیق همان رابطه عینیت است که

در کتب منطقی و فلسفی بیان گردیده است ولی چون نظر مرحوم سید، رابطه سببیت است از اشکال ایشان جواب می دهیم که استصحاب عدم حدوث فرد طویل جاری نمی شود؛ زیرا اصل مثبت است و اثر عقلی دارد، نه شرعی؛ زیرا اگر کلی، مسبب از فرد است بدیهی است که با عدم فرد (سبب)

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 184

کلی (مسبب) هم قطعاً و به حکم عقل معدوم می گردد نه شرعاً؛ حتی اگر اصل علیت و سببیت، شرعی باشد، ولی پس از جعل سببیت با وجود سبب عقلاً مسبب موجود می شود و با عدم آن هم عقلاً مسبب معدوم می شود، نه شرعاً. بنابراین، استصحاب مذکور چون مثبت است جاری نمی شود. [366] بنابراین، اصل سببی جاری نمی شود و نوبت به اصل مسببی (استصحاب بقای کلی) می رسد. البته امام راحل مسأله را بر مبنای عینیت نیز بررسی کرده و ثابت کرده است که اصل عدم حدوث فرد طویل، اصل مثبت است ولی از آن جا که اشکال بر اساس سببیت فرد برای کلی بود ما همین مقدار از جواب را بیان کردیم.

2. بر فرض که اصل مثبت را حجت بدانیم و استصحاب عدم حدوث فرد طویل هم قابل جریان باشد، ولی معارضی دارد و آن اصل عدم حدوث فرد قصیر (ملك جایز) است؛ زیرا همان گونه که نسبت به حدوث ملك لازم، تردید داریم، نسبت به حدوث ملك جایز- با خصوصیت جواز- نیز تردید داریم و در اثر تعارض تساقط می کنند؛ پس باز هم جریان استصحاب بقای کلی ملکیت بلامانع می گردد.

اشکال سوم: اشکال محقق نائینی در تقریرات: بر فرض که در سایر موارد- مثل کلی حیوان در تردد میان فیل و پشه،

و مثل کلی حدثِ مردّد میان اصغر و اکبر- استصحاب کلی قسم ثانی جاری باشد، اما در خصوص ملكِ مشترك میان باقی و مرتفع یا زائل، استصحاب کلی جاری نمی شود زیرا شرط جریان این استصحاب آن است که کلی و قدر مشترك با قطع نظر از حکم به بقا و ارتفاع آن، میان دو یا چند امر، مشترك باشد و دو نوع داشته باشد تا کلی و جامع قابل بقا باشد و با استصحاب، حکم به بقای آن شود. مثل کلی حیوان که میان فیل و پشه مشترك است و دو نوع دارد و می توان گفت با ورود فیل یا پشه به منزل، کلی حیوان موجود شد و الآن در بقا یا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 185

ارتفاع آن کلی مردد، شك داریم و استصحاب بقای کلی می شود، ولی در مورد ملكِ مشترك میان باقی و مرتفع، جدا از این دو فرد، افراد و انواعی ندارد [367] تا گفته شود کلی مردد، میان آن دو مشکوک البقا و الارتفاع است و استصحاب بقا جاری می شود، بلکه انواع ملكِ همین دو فرد باقی و مرتفع است؛ بنابراین، استصحاب کلی ملك به این معنا خواهد بود که ملكِ مشترك میان باقی و مرتفع، یقیناً حادث شده است و الآن مشکوک البقا است که استصحاب می شود و حکم به بقای ملكِ مشترك کذائی می شود.

ولی این استصحاب جاری نمی شود؛ زیرا مستلزم اخذ عقد الحمل در عقد الوضع است یعنی بقا که محمول است و می خواهد با استصحاب، بر کلی مشترك بار شود، در ناحیه موضوع- که خود کلی است- اخذ شده است و گویا گفته شده است ملكِ مشترك میان باقی

مرتفع، باقی است که در واقع به منزله این است که گفته شود ملك باقی باقی است و این به نوعی قضیه ضروریه به شرط محمول است و قبل از حمل بقا بر موضوع ملك، خود بقا در موضوع قضیه اخذ شده است و ملك باقی حتماً و ضرورتاً باقی است و استصحاب آن، امکان ندارد و تحصیل حاصل یقینی به تحصیل تعبّدی است. [368]

پاسخ: اولاً ممکن است گفته شود ملك هم، قطع نظر از بقا و ارتفاع، قابل تقسیم به ملك جایز و لازم است، و بقا و ارتفاع، از احکام و لوازم آن دو است، نه خود آن ها؛ ثانیاً طبیعت و کلی دوگونه ملاحظه می شود: گاهی تمام نظر به ذات و ذاتیات ماهیت است با قطع نظر از هر خصوصیت زائد بر ذاتی که از آن به «ماهیت مهمله»، یا «لا بشرط مقسمی» تعبیر می شود. و گاهی ماهیت را با خارج از ذات سنجیده می شود و وجود و عدم فلان خصوصیت در آن دخیل نیست لذا قیود و خصوصیات، رفض و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 186

ترك می شود که از این به «ماهیت مطلقه»، یا «ماهیت لا بشرط قسمی» تعبیر می شود. حال ملك مشترك میان باقی و مرتفع اگر با قید بقا و ارتفاع ملاحظه شود و قدر مشترك هر دو اخذ شود سپس استصحاب و به بقای آن حکم شود، ایراد محقق نائینی وارد است؛ ولی طبیعی به ملاحظه اول که تمام نظر به ذات و ماهیت است و هیچ خصوصیتی - حتی خصوصیت بقا و ارتفاع - در آن اخذ نشده است مانعی ندارد تا موضوع قرار گیرد و با استصحاب، به بقای آن حکم شود

و محذور مذکور هم پیش نیاید؛ ثالثاً ملك مشترك میان باقی و مترفع به دو قضیه منحل می شود: یکی این که ملك باقی باقی است و دیگری این است که ملك مرتفع باقی است نه این که فقط به منزله این باشد که ملك باقی باقی است.

نتیجه: استصحاب کلی قسم ثانی در مورد بحث ما (ملك مشترك) قابل جریان است و اهم اشکالات آن دفع شد. البته اشکال های دیگری هم وجود دارد که نیازی به بیان ندارد زیرا فقهای بزرگ آن ها را پاسخ داده اند، از جمله دو اشکال را امام راحل در کتاب بیع آورده و پاسخ داده است. [369]

استصحاب شخصی ملکیت

تاکنون بر این فرض بحث شد که ملکیت مثل حیوانیت يك عنوان کلی و جامعی است که دارای دو نوع قصیر و طویل است و قید جایز و لازم بودن، فصل مقوم هر نوع آن است، لذا در خود این فرد یا آن فرد، استصحاب جاری نشد و ناگزیر از استصحاب کلی و قدر جامع شدیم، ولی حقیقت این است که ملك، حقایق متعدد و متباین نیست بلکه حقیقت واحده است که همان علاقه و رابطه خاص میان مالك و مملوك و اضافه مالکی و مملوکی است و با معاطات موجود و با فسخ يك طرف، مشکوك شده است

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 187

که نفس آن استصحاب می شود، و به تعبیر فقهای عظام، استصحاب شخصی است نه کلی قسم ثانی.

توضیح: در مورد حقیقت ملکیت سه قول وجود دارد:

1. ملکیت از قبیل حیوان است و دارای دو نوع مختلف است.

2. حقیقت واحده مشککه است و دارای دو مرتبه است؛

3. حقیقت واحده بسیطه متواطیه است و دارای مراتب نیست.

احتمال اول

مردود است به این دلیل که به اتفاق کلمه، ملك مسبب از اسبابی است که از آن ها به سبب مملك تعبیر می شود، و بی تردید خود اسباب، حقیقه متصف به جایز و لازم هستند؛ مثلاً بیع عقد لازم است و هبه عقد جایز، و بدون شك، اتصاف ملك به جواز و لزوم به سبب اتصاف عقد به جواز و لزوم است. آن گاه به فرموده امام راحل در کتاب بیع [370]، بیشتر از سه فرض وجود ندارد:

الف) سبب مملك یا عقد، واسطه است در ثبوت جواز و لزوم برای ملك، حقیقه و تکویناً. مثل آتش که واسطه در ثبوت حرارت برای آب است. این احتمال باطل است زیرا عقود و اسباب مملکه و مسببات آن ها (خود ملکیت) از امور اعتباریه عقلانی و شرعی است، نه از حقایق تکوینی تا از قبیل واسطه در ثبوت به معنای مصطلح اهل معقول باشد.

ب) سبب مملك، واسطه در ثبوت لزوم یا جواز برای ملك است؛ ولی نه به معنای اصطلاحی آن، بلکه به این معنا که به دنبال عقد لازم، جداگانه لزوم برای ملك اعتبار می شود و به دنبال عقد جایز، جواز و تزلزل برای ملك جداگانه می شود. این نیز مردود است زیرا با اعتبار لزوم برای خود عقد و سبب، نیازی به اعتبار جداگانه لزوم برای مسبب و ملك نیست، و چنین اعتباری لغو است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 188

ج) از قبیل واسطه در عروض باشد که عرض لزوم و جواز، حقیقه وصف خود عقد است ولی مجازاً و بالعرض به ملك هم نسبت داده می شود، و اسناد آن به ملك از باب وصف به حال متعلق است.

طبق این احتمال، ملك دو نوع

مختلف نیست تا سخن از کلی و جامع به میان آید، و تا نوبت به استصحاب کلی قسم ثانی برسد و مورد اشکال های متعدد قرار گیرد.

احتمال دوم- که دارای مراتب باشد [371]- نیز مردود است [372] زیرا تشکیک در اموری است که دارای عرض عریض اند و واقعاً مراتب ضعیف و شدید دارند؛ از قبیل نور، سیاهی، سفیدی، وجود که دامنه اش از واجب الوجود تا ماده المواد و هیولای اولی گسترده است ولی اموری از قبیل ملکیت، زوجیت، طهارت، نجاست و ... این گونه نیستند، لذا افعال تقضیلی ندارند، یعنی نمی توان گفت ملک و ملک تر، پاک و پاک تر؛ و نمی توان گفت فلانی مالک و فلانی مالک تر است، بلکه ملک حقیقت واحد بسیطی است که اگر سبب آن کامل باشد موجود می شود و اگر ناقص باشد موجود نمی شود؛ نه این که در یک مرحله، وجود ناقص و ضعیفی دارد و در مرحله ای دیگر کامل و قوی می شود.

با این بیانات، خود به خود احتمال سوم تعیین پیدا می کند؛ یعنی ملک، حقیقت واحد بسیط غیر مشکک است و همان علاقه و رابطه خاص میان مالک و مملوک است و آثار و احکامی دارد؛ یعنی جواز تصرف مالک و حرمت تصرف غیر مالک. و خود این علاقه و ارتباط استصحاب می گردد و ارکان استصحاب در آن تمام است و اشکال های استصحاب کلی را هم ندارد، و وقتی خود ملک، استصحاب شد لازمه عقلی و قهری آن لزوم است و ترتب اثر عقلی بلامانع است؛ زیرا اصل مثبت که حجت نیست، در موضوعات است. و اما در احکام، بر استصحاب خود حکم، تمام آثار حکم مترتب

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 189

است؛ چه عقلی باشد، چه

شرعی. لذا اگر وجوب با استصحاب هم ثابت شود عقلاً اطاعت و معصیت دارد. پس در خصوص معاطات با استصحاب ملك هم لزوم قابل اثبات است، همان طور که در مطلق معاملات، قبلاً استصحاب جاری شد.

يك نکته: می توان به جای استصحاب بقای ملك، استصحاب بقای خود معامله معاطاتی را جاری کرد و بلکه این اصل مقدم است زیرا ملك، اثر معاطات است و تا اصل در مؤثر و سبب، جریان داشته باشد نوبت به اصل در اثر و مسبب نمی رسد، البته استصحاب خود عقد و معامله، از باب استصحاب کلی قسم ثانی است نه استصحاب شخصی، زیرا عقد و معامله و سبب مملك، حقیقه دارای دو نوع لازم و جایز است.

نکته دیگر: ملك از نظر جایز و لازم بودن، حقیقت شخصی است و دو قسم ندارد وگرنه فی نفسه، کلی و قابل صدق بر کثیرین است و بر هر ملکی از املاك مردم صدق می کند؛ اعم از ملك عین، منفعت و انتفاع که هرکدام مصادیقی دارند و در مورد معاطات نیز بر هر فردی از افراد ملك های حاصل از معاطات ها صدق می کند. آن گاه اگر شبهه، حکمیه باشد و حکم کلی بقای ملك پس از فسخ يك طرف، مشکوک باشد استصحاب ملك جاری می شود و تکلیف فقیه را روشن می کند، و اگر شبهه موضوعیه باشد؛ یعنی در خارج معاطاتی محقق شده و به دنبال آن، فسخ يك جانبه ای صورت گرفته باشد در بقای ملك موجود خارجي معین، شك داریم باز هم استصحاب ملك جاری می شود و حکم همین مورد را روشن می کند و بلکه با استصحاب حکم کلی نیازی به استصحاب حکم جزئی نیست.

اصل عدم لزوم عقود

براساس تتبع در کلمات

فقها درباره اصل اولی در عقود صحیح و مؤثر، پنج قول وجود دارد. تاکنون نظریه مشهور محققان بیان شد نظر این عدّه، اصل لزوم در عقود و معاملات و از جمله معاطات است. حال نظریه دوم مطرح است که از قول علامه در

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 190

کتاب مختلف [373] نقل شده است، و آن اصل عدم لزوم عقد است و در شك در لزوم و عدم لزوم هر عقدی به این اصل مراجعه می شود.

نقد نظریه عدم لزوم: اگر مراد از اصل عدم لزوم، غلبه و رجحان عدم لزوم باشد، جواب این است که: اولاً اصل غلبه را قبول نداریم و نمی پذیریم که بیشتر عقود غیر لازم باشند؛ ثانیاً بر فرض قبول اصل غلبه، اعتبار آن مردود است زیرا مفید گمان است و اصل اولی حرمت پیروی از ظن و گمان است.

و اگر مراد از اصل مزبور، قاعده برگرفته از آیات و روایات باشد، جواب این است که هیچ آیه و روایتی بر عدم لزوم عقود دلالت ندارد، بلکه عموم آیات و روایات وفا به عقد و شرط، بر لزوم مطلق عقود دلالت دارند که پیش از این، به تفصیل تبیین شد.

و اگر مراد، استصحاب عدم لزوم است به نوع عدم اصلی و ازلی، جواب این است که استصحاب عدم ازلی حجّت نیست. این مطلب هم در اصول فقه بیان شده است.

و اگر مراد، عدم عارض و حادث است، یعنی يك زمانی عقد بود و لازم نبود، بعداً در لزوم آن شك کردیم و استصحاب عدم لازم جاری کردیم؛ جواب این است که لزوم و عدم لزوم حالت سابقه ندارد تا استصحاب شود؛ بلکه اگر لزوم باشد از

اول عقد است و اگر عدم لزوم باشد از اول است و چنین نیست که عقدی باشد و لزومی نباشد و بعداً عدم لزوم استصحاب شود.

در نتیجه قول مزبور (اصل عدم لزوم) مردود است.

تفصیل شیخ

شیخ اعظم از اصل عدم لزوم پاسخی داده است که از آن، قول به تفصیل به دست می آید. حاصل کلام این است که برخی از عقود از اول که انشا می شوند دارای اثر فعلی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 191

عقلائی و شرعی هستند؛ مثل عقد بیع که موجب تملیک است، و عقد عاریه که سبب تسلیط است. برخی از عقود دارای اثر فعلی [374] نیستند، بلکه اثر تعلیقی و مشروط دارند. مانند عقد مسابقه و مرامات که به محض انشای عقد، طرفین مسابقه، نه مالک سَبَق و عوض می شوند و نه حقی پیدا می کنند، بلکه همه چیز در گرو مسابقه دادن و برنده شدن است و هرکس برنده شد مالک و مسلط می شود. حال در مورد عقد مسابقه و مانند آن اصل عدم لزوم است و اگر يك طرف، قبل از مسابقه نادم شد و فسخ کرد، معامله فسخ می شود و استصحاب عدم لزوم جاری است؛ ولی در مثل بیع و اجاره و مانند آن، اصل عدم لزوم نمی آید بلکه استصحاب بقای اثر و عدم زوال اثر جاری می شود؛ در نتیجه اصل، لزوم این گونه از عقود است. [375]

تقد تفصیل شیخ: اولاً ضرورتی ندارد که از اصل بقای اثر عقد استفاده کنیم تا اشکال شود که در عقد مسابقه فعلاً اثری نیست و لازم است استصحاب شود، بلکه بقای اثر و خود عقد و قرارداد را استصحاب می کنیم؛ نسبت به آن هم ارکان استصحاب کامل است و

عقد هم خود ایجاب و قبول نیست تا قابل استصحاب نباشد، بلکه قرارداد و اعتبار و التزام قلبی و باطنی و نفسانی است که با ایجاب و قبول، ابراز می شود و قابل ابقاست.

ثانیاً در عقد مسابقه اگرچه به مجرد عقد، ملکیت و تسلط فعلی حاصل نشده است ولی ملکیت تعلیقی حاصل است و مبنای خود شیخ اعظم در اصول [376] و سایر محققان اصولی این است که استصحاب همان طور که در احکام تنجیزی جاری می شود در احکام تعلیقی هم جاری می شود؛ بنابراین استصحاب بقای ملك تعلیقی، می تواند جریان داشته باشد و نتیجه، حکم به لزوم است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 192

تفصیل محقق نائینی

محقق نائینی عقود را دو دسته کرده است:

1. عقدهای غیر اذنی، مثل عقد بیع، اجاره، نکاح و صلح؛ 2. عقدهای اذنی، مثل عقد وکالت، عاریه، ودیعه و مضاربه که قوام این ها به مجرد اذن مالک اصلی و رضایت قلبی او است. آن گاه در عقدهای غیر اذنی، اصل لزوم عقد جاری می شود ولی در عقدهای اذنی اصل عدم لزوم جاری می شود؛ زیرا قوام این ها به اذن است و با فسخ و رجوع مالک اصلی، اذن و رضایتی نیست تا عقدی باشد، و بلکه در واقع این گونه از عقدها، عقد نیستند و تخصصاً از عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ خارج اند. [377]

تقد تفصیل نائینی: امام راحل در ردّ این نظریه سه وجه ذکر فرموده است:

1. اگر عقود اذنی، عقود نیستند پس تقسیم عقود به دو قسم و تفصیل میان دو قسم در کلام مرحوم نائینی بلاوجه است.

2. میان مضاربه و مساقات و مزارعه فرقی وجود ندارد و ماهیت هر سه یکی است و تنها متعلق هر کدام با دیگری متفاوت است؛

زیرا مساقات، قراردادی است که میان مالك باغ و باغبان منعقد می شود تا در قبال سهم معینی از میوه ها، از باغ مواظبت کند، درختان را آبیاری کند، آفات را دفع کند و مزارعه هم قراردادی است میان مالك مزرعه با دهقان که در زمین او زراعت بکارد تا از محصول آن سهم معینی مال مالك اصلی، و بقیه مال کشاورز باشد. مضاربه هم قرارداد معینی است میان صاحب سرمایه و عامل مضارب که مدت معلومی از سرمایه کار بکشد و سود حاصله به نسبت معینی تقسیم گردد. با این احوال چرا مضاربه را عقد غیر لازم دانستید ولی مزارعه و مساقات را عقد لازم می دانید؟

3. تحقیق این است که همه این ها عقد و قرارداد هستند؛ حتی ودیعه و عاریه هم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 193

نوعی عقد است، با این تفاوت که برخی از عقود به دلیل خاص، جایز و قابل فسخ است و این خود مؤید عقد بودن است، نه مزاحم صدق عقد؛ اگر عقد هستند اصل در عقود لزوم است مگر این که دلیل خاص بر جواز باشد. دلیل اصل هم یا عمومات و مطلقات آیات و روایات است یا استصحاب بقای عقد و بقای اثر آن است. [378]

تفصیلی دیگر

در معاملات قولی، اصل لزوم است ولی در معاملات فعلی، یعنی معاطات- چه در بیع، چه در اجاره و غیره- اصل، عدم لزوم است، و به دیگر سخن: اگرچه اصل اولی در معاملات لزوم است ولی معاطات به دلایل خاص (سه دلیل) از این اصل خارج می شود، یا این که مفید ملك نمی باشد و یا اگر هم مفید ملك باشد مفید لزوم نیست:

دلیل اول: شهرت فتوایی، بلکه اجماع منقول

و بلکه سیره عقلا:

این دلیل در کلام شیخ اعظم در مکاسب [379] آمده است که نخست ادعای شهرت محصّله نموده است. یعنی خودش در مسأله، تحصیل شهرت نموده و فتوای مشهور را بر عدم لزوم معاطات از نزدیک دیده است. و در قدم بعد، از قول عده ای نقل اجماع کرده است، از جمله کاشف الغطاء در شرح قواعد [380] و سید ابن زهره در غنیه [381] و محقق ثانی در جامع المقاصد [382] و شهید اول در قواعد [383]. و در قدم سوم ادعا کرده است که در خصوص اشیای گران قیمت و خطیر که بنا، بر عدم رجوع است، سیره عقلا بر این است که به مجرد تراضی قلبی، اکتفا نمی کنند و به نوعی، از قول و صیغه استفاده می کنند؛ آری در اشیای کم ارزش به معاطات بسنده می کنند و خود را ملزم به عدم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 194

رجوع نمی دانند بلکه تا زمانی که عین مال در دستان طرفین موجود است حق رجوع را محفوظ می دانند و به کسی که از رجوع امتناع کند اعتراض می کنند و کار او را منکر می دانند. پس سیره عقلا هم دلیل بر اصل عدم لزوم در معاملات معاطاتی است.

نقد و بررسی دلیل اول (شهرت): اولاً اصل وجود شهرت محل اشکال است زیرا فقیه بزرگی مثل علامه در کتاب تذکره فرموده است:

«الأشهر عندنا أنه لا بد من الصیغة

«[384] و تعبیر «اشهر» دلیل بر این است که در مقابل عده قابل ملاحظه ای مخالف لزوم صیغه هستند زیرا «اشهر» قسیم مشهور است و مشهور، قسیم شاذ است و اگر مخالف، شاذ و نادر بود تعبیر به «مشهور» می نمود. و در کتاب مختلف [385] تعبیر به اکثر نموده که مقابل

کثیر است و شاهد بر این است که جمع قابل توجهی مخالف لزوم صیغه هستند. و در کتاب تحریر حتی این تعبیر هم نیست بلکه صرفاً گفته است: «الأقوی عندی أنّ المعاطاة غیر لازم» [386] یعنی به نظر ایشان معاطات، مفید لزوم نیست و کاری با نظر دیگران ندارد.

ثانیاً بر فرض که شهرتی باشد، اما در میان متأخر المتأخرین است یعنی از محقق کرکی به بعد مشهور، طرفدار ملك جایز هستند و در میان قدما تا زمان محقق ثانی شهرتی نیست؛ [387] تا بتوان به آن ها نسبت داد که طرفدار ملك جایز هستند. انکار اصل ملك هم دلیل بر انکار لزوم بر فرض قبول ملك نیست زیرا شاید اگر آنان طرفدار ملك می شدند قول به لزوم را بر می گزیدند. دیگر این که شهرت نزد متأخران اعتباری ندارد.

ثالثاً بر فرض که مشهور فقها قدیماً و حدیثاً معاطات را مفید ملك جایز بدانند ولی در علم اصول ثابت شده است که شهرت فتوایی مفید ظن است و دلیلی بر حجیت آن نداریم.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 195

نقد اجماع: اولاً اصل وجود اجماع قابل تأمل است زیرا «شیخ مفید» از قدماست. و مخالف ملك جایز است و منسوب به ایشان قول به لزوم معاطات است. از میان متأخران هم بزرگانی امثال محقق اردبیلی، فیض کاشانی و امام خمینی (قدس سره) مخالف قول به جواز هستند و با وجود این، اجماعی که کاشف قطعی از رأی معصوم باشد حاصل نمی شود؛ زیرا اجماع حدسی ای ارزش دارد که از اتفاق جمیع فقها در همه عصرها و نسل ها و شهرها ناشی شود و بتوان از این راه حدس قطعی به رأی معصوم زد و با وجود

مخالفان بزرگواری که ذکر شد چنین حدسی نمی آید و اجماعات دیگر (حسی و دخولی، لطفی و ...) حجت نیست و مبنای آن ها مخدوش است. البته عبارت شیخ مفید در مقنعه صریح در افاده لزوم معاطات نیست و بزرگانی مثل علامه در مختلف به این امر اعتراف کرده اند [388] و بزرگی مثل کاشف الرموز از شیخ مفید و شیخ طوسی قول به لزوم لفظ مخصوص در بیع را حکایت کرده است؛ [389] ولی مخالفت بزرگان دیگری که نام بردیم کفایت می کند تا حدس قطعی به رأی امام حاصل نشود.

ثانیاً اجماع مزبور در کلام مستدل، از نوع اجماع منقول به خبر واحد است و ذاتاً حجت نیست و در علم اصول این امر ثابت است؛ ثالثاً بر فرض که حجت باشد ولی اتفاق آرا بر محور واحد نیست، بلکه مشهور تا محقق ثانی، منکر اصل ملك هستند و اباحه را قبول دارند و مخالفت آنان با ملك لازم از باب «سالبه به انتفاء موضوع» است و چه بسا اگر ملك را قبول می کردند فتوا به لزوم هم می دادند؛ رابعاً اجماع اگر محصل هم باشد کاشف از رأی معصوم نیست زیرا مسأله از مسائل تبعدی نیست بلکه از مسائل اجتهادی و استنباطی است و لذا در کلمات بزرگان، نوعاً به وجوهی از قبیل «عدم الدلیل دلیل العدم»، «اصالت بقاء ملك»، «قصور افعال از دلالت بر مقصود» و ... استناد کرده اند و اجماع مدرکی کاشف تبعدی نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 196

تقد سیره عقلاً: اولاً مجرد ادعاست که اکتفا به معاطات در امور کم ارزش، از باب عدم التزام به لزوم باشد، بلکه شاید از این باب باشد که ارزش ندارد تا

انسان مقاومت کند و مال کم ارزش را پس ندهد، وگرنه طرف گیرنده، این حق را برای خود محفوظ می داند و در جای خود مقاومت هم می کند و از حق خود دفاع می کند و مال را نمی دهد و دلیلی هم ندارد که عقلاً کار او را ناپسند بدانند و از در اعتراض وارد شوند؛ ثانیاً مستلزم تفصیل میان اشیای خطیر و گرانبها با اشیای حقیر و یسیر است که در دسته دوم معاطات می آید ولی در دسته اول نمی آید و حتماً باید لفظ باشد. قول به تفصیل به اتفاق آرا از سوی فقهای امامیه مردود است، از سوی عامه نیز اکثر قریب به اتفاق، مخالف تفصیل هستند و تنها به نقل صاحب الفقه علی المذاهب الأربعة، صاحب احیا- از حنفی ها- تفصیل را پذیرفته است. [390]

در نتیجه از راه سیره یا اجماع یا شهرت ثابت نمی شود که معاطات مفید ملك لازم نیست.

دلیل دوم: روایات: به سه دسته از روایات استدلال شده است:

الف) روایاتی که شیخ اعظم در مکاسب آورده است. به نظر شیخ این روایات اشعار دارند بر لزوم به کار بردن لفظ در اصل انعقاد بیع یا در لزوم آن نه این که صریح یا ظاهر در مطلوب باشند. در این جا به يك روایت اشاره می شود:

روایت یحیی بن حجاج: شیخ طوسی به سند خودش از احمد بن محمد بن محمد از محمد بن عیسی از یحیی بن حجاج از امام صادق (ع):

قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة، وبعينها اربحك فيها كذا وكذا؛ قال:

«لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها». [391]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 197

سند حدیث معتبر است زیرا

خود شیخ طوسی در مشیخه کتاب تهذیب [392] فرموده است: آنچه را از احمد بن محمد نقل می‌کنم به سند من از محمد بن یعقوب کلینی است. و در جای دیگر سه طریق میان خود تا مرحوم کلینی ذکر کرده است که روایت را از این طریق از کلینی نقل می‌کند و تمام آن‌ها امامی ثقه و عدل می‌باشند [393] و خود کلینی هم از عده‌ای از اصحاب امامیه از احمد بن محمد نقل کرده است [394] و احمد بن محمد و محمد بن عیسی و یحیی بن حجاج همه مورد وثوق هستند. تنها اشکال سند در تعبیر مرحوم کلینی به «عده من أصحابنا» می‌باشد که برخی توهم کرده‌اند این نقطه ضعف حدیث است؛ زیرا نام این عده ذکر نشده است. به نظر ما شاید ثقه نباشند و نتیجه تابع احسّ مقدمات است. ولی در کتب رجالی این مطلب حل شده است و تعبیر مذکور نه تنها سبب ضعف نیست بلکه سبب قوت حدیث است، چرا که کلینی نه تنها از یک نفر بلکه از عده‌ای از اصحاب امامیه که همه از مشایخ او بوده‌اند نقل می‌کند، [395] پس به احتمال قرح اعتنا نمی‌شود. شاید به همین جهت امام راحل تعبیر کرده است به: «الموثقه علی احتمال غیر بعید». [396]

دلالت یا اشعار حدیث: شیخ اعظم روی کلمه «لا تواجبه البیع» تکیه کرده و فرموده است: ظاهراً مراد از مواجهه بیع - که قبل از خریدن ممنوع و پس از خریدن و مالک شدن آن، مجاز است - مجرد اعطای عین به مشتری نیست [397] تا پس از مالک شدن، معاطات هم مشروع باشد، بلکه مراد ایجاب و قبول قولی است و مشعر به این است

که با قول منعقد می شود، نه بدون آن.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 198

نقد این دلیل: اولاً خود شیخ معترف است که تعبیر فوق، اشعار دارد، نه دلالت، و اشعار کفایت نمی کند؛ ثانیاً مواجهه به معنای ایجاب و قبول لفظی نیست بلکه به معنای ایجاب طرفینی است و از وجوب مشتق است که به معنای ثبوت یا لزوم است و معنای کلام این است که قبل از خریدن و مالک شدن، بیع را اثبات نکن (منعقد نکن، صحیح نیست) یا لازم نکن (منعقد می شود ولی لازم نیست) و پس از خریدن، مواجهه (انعقاد یا لزوم) مشروع است اما این اثبات یا الزام به چه وسیله باید باشد؟ آیا به سبب قول و ایجاب و قبول قولی باید باشد یا به سبب فعل هم کفایت می کند؟

گفتنی است این نکته از روایت استفاده نمی شود و بلکه به گفته امام راحل، چه بسا اطلاق حدیث دلیل کفایت معاطات باشد، چه این که قبل از آن فرموده است: «اشترها» و قید نکرده است که شرا قولی باشد یا فعلی که باز به اطلاقش معاطات را می گیرد. بر فرض که مواجهه به معنای انعقاد بیع به قول باشد ولی به دنبال آن فرموده است: «أو تشتريها» و با «أو» بر استیجاب عطف کرده است که تخییر را می رساند، و باز اشترا اعم از این است که به قول باشد یا به فعل؛ [398] ثالثاً باز به گفته امام راحل اصولاً روایت از نظر لزوم قول یا کفایت معاطات، در مقام بیان نیست و نظر به این ندارد تا دلیل لزوم ایجاب و قبول قولی باشد بلکه در صدد بیان حکم این مسأله است

که آیا قبل از خریدن و مالک شدن می تواند مالی را که در اختیار ندارد بفروشد یا چون «بیع ما لیس عنده» است؛ یعنی صحیح نیست و منعقد نمی شود؟ اما این که این معامله را با قول انجام دهد یا با فعل، حدیث کاری به این جهت ندارد؛ حتی اشعار هم ندارد تا چه رسد به دلالت بر اعتبار قول. [399]

ب) روایاتی که درباره خرید و فروش مُصحف (قرآن کریم) وارد شده است:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 199

یکی از این روایات موثقه سماعه بن مهران از امام صادق (ع) است که مرحوم صاحب وسائل از قول کلینی از عده ای از اصحاب از احمد بن محمد از عثمان بن عیسی از سماعه نقل کرده است:

قال: سألته عن بیع المصاحف وشرائها، فقال:

«لا تشتتر کتاب الله ولكن إشتتر الحديد والورق والدفین، وقل: أشتري منك هذا بكذا وكذا». [400]

سند حدیث جای بحث ندارد و همه روایت مورد وثوق اند. از نظر دلالت بر لزوم قول هم گفتنی است که امر امام (ع) «قل أشتري...» امر تعبیدی مولوی نیست، بلکه امر ارشادی و ارشاد به شرط بودن قول و گفتن «أشتري...» است؛ پس در خصوص معامله مصحف، انشای قول لازم است و چون این مورد خصوصیت ندارد و از باب نمونه است نه تعبداً، الغای خصوصیت می کنیم و حکم شرط بودن قول را به سایر موارد و مطلق بیع سرایت می دهیم.

نقد امام خمینی (قدس سره): امام راحل از این روایت سه جواب داده است:

1. معلوم نیست منظور حدیث، اصل ایجاد معامله و انشای بیع باشد تا ادعا شود که در این مقام قول و لفظ معتبر است و معاطات کافی نیست؛

بلکه شاید در مقام مقابله و گفت و گوی پیش از اصل معامله است؛ اگر این گونه باشد ربطی به اشتراط قول در انعقاد بیع ندارد، و «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

2. مورد روایت از مواردی است که یا معاطات امکان ندارد یا انجام معامله به این نحو دشوار است؛ زیرا سخن از فروش بخشی از مجموع مصحف است که مشتمل بر خود کلام الهی و کاغذ و جلد و ... است، و در بیع بعضی از مجموع مرکب، تعیین بعضی برای رفع غرر و جهالت لازم است و تعیین با قول آسان تر است؛ لذا امام فرموده است:

«قل أشتري منك هذا بكذا وكذا».

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 200

3. اصولاً این روایت نیز مانند دو روایت قبلی در مقام بیان لزوم و عدم لزوم قول در معامله نیست بلکه در مقام بیان این مسأله است که از نظر شرعی، خرید و فروش خود مصحف جایز نیست و اگر بخواهید معامله کنید باید بر ورق آن - که از پوست است و قیمت دارد - یا بر جلد و ... آن معامله شود.

ج) دسته سوم روایاتی است که جمله

«إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام

» در آن ها آمده است و بیشتر، روایت کلینی و شیخ طوسی از امام صادق (ع) در وسائل الشیعه است؛ از جمله:

وعنه عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن حجاج [401] [أو خالد بن نجیح] [402] قال: قلت لأبي عبدالله (ع):

«الرجل يجيئ فيقول: إشتري هذا الثوب، واربعك كذا وكذا، قال: «أليس إن شاء ترك، وإن شاء أخذ؟» قلت: بلى، قال: «لا بأس به إنما يحل الكلام ويحرّم الكلام» [403].

در سند حدیث اگر خالد بن حجاج باشد امامی مجهول الحال

است و حدیث ضعیف است، و اگر خالد بن نجیح باشد مدح شده ولی توثیق نشده است و روایت حداکثر حسن است نه موثق، که باز هم معتبر نیست، و وجود ابن ابی عمیر در سند هم دلیل بر این نیست که راویان بعد از وی تا امام (ع) همه ثقة باشند. ولی فعلاً جهت سند مهم نیست؛ زیرا همان تعبیر «

إِنَّمَا يَحْرَمُ الْكَلَامُ»

در روایات دیگر هم آمده است؛ از جمله روایت حلبی از امام صادق (ع) که سندش صحیح است. [404]

شیخ اعظم ابتدا در جمله

«إِنَّمَا يَحْلُلُ الْكَلَامُ وَيَحْرَمُ الْكَلَامُ»

« چهار احتمال داده و احتمال اول و دوم را رد کرده است، و طبق احتمال سوم و چهارم ثابت کرده است که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 201

روایت، دلیل بر عدم صحت معاطات در سایر جاها- که شخص مالک مال است و می خواهد به دیگری بفروشد- نیست. ولی در ادامه ادعا کرده است که روایت، محلل و محرم را در کلام و قول منحصر کرده است، و ظاهر حصر حقیقی است؛ یعنی به صورت ضابطه کلی در همه جا قول، شرط صحت است و مفهوم حصر، این است که معاطات کفایت نمی کند. سپس اشکال کرده و گفته است شاید وجه حصر به محلل و محرم این باشد که اصولاً در این گونه موارد، معاطات ممکن نیست چون طرف هنوز مالک نشده است تا بتواند اعطا کند، از این رو قول را لازم دانسته، سپس با امر به «تأمل» از این اشکال جواب داده است [405] و معذک روایت محلل و محرم را در کلام منحصر کرده است. شیخ در پایان گفته است: «وکیف کان فلا تخلوا الروایة عن إشعار أو ظهور». [406] پس

به نظر شیخ به دلیل شهرت محصّله و اجماع منقول و روایات مذکور، معاطات مفید لزوم نیست.

پاسخ روایات: گاهی تمام نظر به جمله «إِنَّمَا يَحِلُّ الْكَلَامُ وَيَحْرَمُ الْكَلَامُ» است با قطع نظر از صدر حدیث و مورد آن. در این نگاه به گفته امام راحل در کتاب بیع نه تنها روایت، دلیل بر عدم لزوم یا عدم صحت معاطات نیست بلکه دلیل بر صحت و لزوم آن است زیرا مکرر گفته شد که حلیت و حرمت در کتاب و سنت به معنای لغوی و عرفی است؛ حلیت به معنای جواز و آزادی و رفع منع است، حرمت هم به معنای ممنوعیت است که هرکدام جامع میان حلیت و حرمت تکلیفی و وضعی هستند و تعیین هر یک در گرو قرینه است. الف و لام «الکلام» هم الف و لام جنس است یعنی طبیعی کلام، که شامل کلام شارع مقدس هم می شود و بلکه فرد اعلای کلام محلّل و محرّم، کلام شارع است و سایر کلام ها- مثل کلام بایع و مشتری، زوج و زوجه و ... از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 202

کلیه متعاقدان- در پرتو اذن شارع، محلل و محرّم هستند؛ از جمله کلام های شارع مقدس آیه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ است که بر لزوم هر عقد و عهد و قراردادی دلالت می کند و به عمومش بر صحت و لزوم قرارداد معاطاتی هم دلالت می کند. و از جمله کلام رسول اکرم (ص) است، روایت «المؤمنون عند شروطهم» که بر وجوب وفا و لزوم شرط و التزام و معامله دلالت می کند و به عمومش معاطات را می گیرد. در نتیجه جمله «إِنَّمَا يَحِلُّ...» دلیل صحت و لزوم معاطات است.

و گاهی جمله مزبور

را با در نظر گرفتن صدر حدیث مورد ملاحظه قرار می دهیم: صدر حدیث سخن از خریدن فلان جامه و کسب ربح است و امام (ع) در جواب سائل دو فرض درست کرده و تفصیل داده است: فرض اول منطوق کلام است که اگر قبل از خریدن جامه، بیع صورت نگرفته است و طرف خود را ملزم به آن نمی داند و بعداً به اختیار خریداری می کند [407] اشکالی ندارد و اگر خود را ملزم می داند و کلام موجب التزام به بیع، بر زبان آمده است [408] اشکال دارد.

خلاصه: صدر حدیث نظر به این دو بیع دارد که بیع قبل از خریدن و مالک شدن اشکال دارد و بیع پس از آن اشکال ندارد و جمله «انما یحلّ ل...» کنایه از همین دو بیع است و به قرینه صدر، به لزوم قول و لفظ و عدم کفایت معاطات نظر ندارد، و اگر تعبیر «کلام» آورده است از باب این است که غالباً «بیع ما لیس عنده» به قول، انجام می گیرد و کمتر اتفاق می افتد که متاع دست شخص - مثل دلال، امانت دار، عاریه گیرنده، غاصب و... - باشد و به نحو معاطات معامله کنند. بنابراین ذیل حدیث در مقام نفی معاطات نیست تا مورد استدلال باشد. [409] و بر فرض که کنایه از دو نوع بیع مذکور نباشد و به قرینه صدر، ظهور در این معنا نداشته باشد، ولی ظهور در این هم ندارد که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 203

لفظ و کلام موضوعیت داشته باشد و معاطات را نفی کند بلکه حداکثر، احتمال این معنا وجود دارد: «وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال»؛ چون روایت مجمل می شود.

افزون بر این ها بر فرض که

ظهوری باشد ولی قابل اخذ نیست زیرا لازم و تالی فاسد دارد که قابل التزام نیست زیرا ظاهرش حصر محلل و محرم در کلام است و به مفهوم حصر، اصل مشروعیت معاطات را نفی می کند. دیگر این که معاطات فایده ای ندارد در حالی که به اتفاق کلمه مسلمین، معاطات حداقل مفید اباحه تصرف است و تنها علامه در موردی آن را بیع فاسد دانسته است که حتی مفید اباحه هم نیست. ولی او نیز در سایر موارد رجوع کرده و مثل مشهور، معاطات را مفید اباحه دانسته است که قبلاً بحث آن گذشت. پس چاره ای نداریم از توجیه و حمل جمله مذکور برخلاف ظاهر، از قبیل حصر غالبی، که ذکر شد.

دیگر این که تمام حرف های مذکور در کلام مستدل و در جواب ما بر فرض این است که سند روایت معتبر باشد؛ ولی روایت مجهول است زیرا خالد بن حجاج مجهول الحال است، خالد بن نجیح هم، اگرچه مدح شده ولی توثیق نشده است.

روایات باب مزارعه هم که جمله «إنما یحرّم الکلام» دارد [410] و برخی از آن ها سندش صحیح است ولی باز در مقام بیان این نیست که کلام و قول لازم است و معاطات کافی نیست، بلکه تمام نظر روایات به این است که اشتراط ثلث برای بذر و ثلث برای گاو شخم زن، اشکال دارد، چه با قول باشد، چه با نیت و فعل، ولی از آن جا که معمولاً با قول است و به زبان می آورند تا مراد روشن شود تعبیر مذکور وارد شده است.

نتیجه: از نظر روایات هم دلیل معتبری نیافتیم برای عدم لزوم یا عدم صحت معاطات و همچنان اطلاقات و عمومات آیات و روایات

صحت و لزوم، به قوت خود باقی است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 204

دلیل سوم: اصول عملیه:

برای نفی لزوم یا نفی صحت معاطات به يك سلسله اصول عملیه هم استناد شده است که همه آن ها از نوع استصحاب هستند ولی برخی اصل وجودی هستند و برخی اصل عدمی، مفاد برخی نفی صحت است و مفاد برخی نفی لزوم، برخی اصل عدم ازلی هستند و برخی عدم حادث، برخی در حکم تکلیفی جاری می شوند و برخی در حکم وضعی که فهرست آن ها از قرار زیر است:

1. استصحاب عدم حصول ملك: قبل از معاطات متاع، ملك آخذ نبود، بعد از آن شك می کنیم که ملك او شد یا نه؛ استصحاب عدم ملك جاری می شود.

2. استصحاب بقای علاقه ملکیت مالک اصلی: قبل از معاطات، مُعطی یا مالک اصلی، مالک متاع بود، پس از معاطات شك می کنیم؛ در اینجا استصحاب بقای ملك جاری می شود.

3. استصحاب عدم انقطاع علاقه ملکیت مالک اصلی: این همان استصحاب قبلی است ولی قبلی اصل وجودی بود و این اصل، عدمی است، ضمناً حاصل هر سه اصل این است که معاطات مفید ملك نیست و حداکثر مفید اباحه تصرف است.

4. استصحاب عدم لزوم: قبل از معاطات نه معامله ای بود و نه لزومی، [411] پس از معاطات ملك حاصل شد و گیرنده، مالک متاع شد ولی آیا لزوم آمد یا نه؛ در اینجا اصل عدم ازلی لزوم جاری می شود.

5. استصحاب بقای سلطنت مالک اصلی بر اعاده: قبل از معاطات، مالک اصلی، هم مالک بود و هم سلطنت مطلقه داشت، از جمله سلطنت اعاده عین به ملك؛ پس از معاطات علقه ملکیت او منقطع شد ولی آیا سلطنت بر

اعاده باقی است یا نه؛ در این جا استصحاب بقای سلطنت جاری می شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 205

6. استصحاب بقای علاقه مجلس معامله یا خیار مجلس: یقیناً تا مجلس معامله باقی است معامله لازم نیست و مالک اصلی خیار فسخ دارد، پس از انقضای مجلس شك می کنیم؛ در این جا اصل بقای حق خیار جاری می شود.

7. استصحاب علاقه استرجاع عین به مالک اصلی: قبل از معاطات این علقه برای مالک اصلی بود که اگر متاع از ملك او خارج شود وی حق دارد آن را به ملك خود برگرداند؛ پس از معاطات هم این حق استصحاب می شود.

حاصل این استصحاب ها عدم لزوم معاطات است. ضمناً این اصول در کلمات شیخ اعظم [412] و امام خمینی (قدس سره) [413] از قول منکر لزوم یا صحت معاطات، مطرح شده است.

پاسخ این دلیل: پاسخ کلی همان است که امام راحل به آن اشاره کرده است؛ یعنی با وجود دلیل های اجتهادی، [414] نوبت به اصول عملیه نمی رسد. و شاید مبنای تمسک به اصول عملیه این است که مستدل در دلالت یا سند دلیل های اجتهادی اشکال دارد، وگرنه با وجود دلیل اجتهادی جای اصل نیست. از يك يك اصول عملیه مذکور نیز می توان پاسخ داد که نیازی به طرح همه نیست، مثلاً استصحاب عدم لزوم اصل، عدم ازلی است و حجیت ندارد، استصحاب بقای سلطنت مالک هم محکوم به استصحاب بقای معامله است، ضمن این که سلطنت قدیم، تابع ملك بود و با زوال ملك، آن هم قطعاً زائل شده و سلطنت جدید هم از اول مشکوک الحدود است. استصحاب خیار مجلس هم چند اشکال دارد از قبیل این که همه جا خیار مجلس نیست تا قابل استصحاب باشد،

مضافاً با این که تفرق به ابدان، قید آن است و پس از آن اگر خیار باشد خیار دیگری است نه خیار مجلس، و نه طبیعی و کلی خیار تا قابل استصحاب باشد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 206

نتیجه نهایی: معاطات مثل بیع قولی، هم صحیح است و هم لازم، و از این نظر فرقی با بیع قولی ندارد. از دو نظر دیگر هم مثل بیع قولی است و همان احکام را دارد که در ضمن مسأله هشتم به آن اشاره شد: یکی از نظر خیار است که معاطات ذاتاً لازم است ولی بالعرض و به سبب یکی از خیارات، جایز و متزلزل می شود. در مسأله هفتم اشاره شد که خیارات در بیع فعلی هم جاری و ساری است و تنها خیار شرط مورد بحث است که در مسأله نهم بررسی خواهد شد. و جهت دیگر مسأله اقاله است که احکام آن در خاتمه کتاب بیع تحریر الوسيله خواهد آمد، ولی خلاصه مطلب از این قرار است که اقاله عبارت است از فسخ عقد از هر دو طرف معامله که منهای آن معامله صحیح و لازم است ولی با توافق دو طرف، قابل فسخ است، و اقاله در کلیه عقود، می تواند جریان داشته باشد مگر در عقد نکاح؛ حال همان طور که بیع قولی اقاله بردار است بیع فعلی یا معاطات نیز اقاله بردار است و دلیل آن اطلاقات روایات مشروعیت و رجحان اقاله است که در جای خود ذکر گردیده است. [415]

نکته پایانی: شیخ اعظم و دیگران که معاطات را صحیح، ولی جایز و غیر لازم می دانند معتقدند که معاطات از اول، مفید لزوم نیست ولی در اثر تصرف یا تلف

و مانند آن لازم می شود و به این مناسبت بحثی با عنوان «ملزومات معاطات» ذکر کرده اند. ولی بر مبنای تحقیق که مبنای امام راحل و دیگران است و معاطات را از اول، مفید لزوم می دانند، نوبت به این بحث نمی رسد و طرح آن ضرورتی ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 207

شرطپذیر بودن معاطات

مسأله 9: البيع المعاطاتي ليس قابلاً للشرط على الأحوط. فلو ارید ثبوت خيار بالشرط، أو سقوطه به، أو شرط آخر؛ حتى جعل مدّة وأجل لأحد العوضين، يتوسّل بإجراء البيع بالصيغة وإدراجه فيه، وإن كان قبوله لذلك بالمقابلة قبيله والتعاطى مبنياً عليها، لا يخلو من وجه وقوة.

ترجمه: بیع معاطاتی بنا بر احتیاط، شرطپذیر نیست؛ پس اگر بخواهند با شرط، اختیار قرار دهند، یا با شرط، اختیار را ساقط کنند، یا شرط دیگری کنند، حتی این که مدتی برای عوض یا معوض قرار دهند، به اجرای صیغه متوسل شده و شرط در آن مندرج می شود. البته شرطپذیر بودن آن در صورتی که کمی قبل از آن با مقابله شرطی شده باشد و تعاطی (داد و ستد) بر اساس آن باشد، خالی از وجه و قوت نیست.

شرح: موضوع این مسأله شرطپذیر بودن معاطات است. پیش از توضیح، توجه به يك مقدمه بایسته است:

مقدمه: به اتفاق کلمه اصحاب، تمام عقود شرطبردار هستند و دو طرف عقد یا يك طرف، می توانند در ضمن عقد، چیزی را شرط کنند. دلیل مطلب علاوه بر وجود سیره عقلا و متداول بودن این امر در میان آن ها، و علاوه بر اجماع مورد اشاره، عمومات و اطلاقات روایات متواتر باب شروط است که قدر متیقن از آن ها همین شروط ضمن عقد است و

بلکه به قول عده ای از فقها بر التزام های ابتدایی و استقلالی شرط گرفته نمی شود. این روایات در مباحث باب خیارات در باب خیار شرط و غیره خواهد آمد. البته شرط دو نوع است: شرط صحیح که با شروط صحیح و واجب الوفاست و شرط فاسد که وجوب وفا ندارد، و بحث درباره این شرط، این است که آیا مفسد عقد است یا نه؟ تفصیل این مباحث در باب خودش مطرح می شود.

اما درباره شرط صحیح گفتنی است که فرقی ندارد از قبیل شرط خیار باشد که به

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 208

جعل يك يا دو طرف ثابت می شود- مثلاً بايع می گوید: می فروشم به شرط این که تا يك ماه حق فسخ داشته باشم- یا از قبیل شرط سقوط باشد- مثلاً بگوید: فروختم و شرط می کنم که کلیه خیارات ساقط باشد- یا از قبیل شرط خیاطت و کتابت و مانند آن باشد، یا شرط مدت باشد که مثلاً يك ماه دیگر متاع را تحویل دهم و ...، تمام این ها در عقود و معاملات قولی وجود دارد؛ در بیع قولی هم هست و یقیناً شرط بردار است.

با توجه به این مقدمه سؤال این است که آیا بیع معاطاتی هم شرط پذیر است؟ شیخ اعظم در مکاسب بر این باور است که بیع معاطاتی شرط بردار نیست. البته ایشان این نظریه را در مورد خیار شرط گفته است ولی از باب مثال است و دلیل شیخ هم کلی است. وی گفته است: «والسرّ في ذلك إنّ الشرط القولي لا- يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي»؛ [416] یعنی میان شرط قولی [417] با انشای فعلی و معاطاتی ارتباط و تناسبی نیست تا شرط قولی مربوط به معامله فعلی باشد؛

بلکه وجود این رابطه ممکن نیست (عرف این دو تا را بیگانه از هم می دانند). و فرض ما هم این است که شرط باید در ضمن عقد و در متن آن بیاید، بنابراین باید معامله قولی باشد تا شرطپذیر باشد. معمولاً اهل معامله هر جا می خواهند در معامله امری را شرط کنند لزوماً باید از معامله قولی و انشای قولی استفاده کنند.

امام راحل در متن مسأله ابتدا احتیاط کرده و همین باور را مطرح نموده است؛ و ظاهر کلام این است که احتیاط واجب مورد نظر است، و در حاشیه وسیلة النجاة هم ذیل کلمه «یلزم» حاشیه زده و نوشته است: «علی الأحوط»، [418] که مؤید احتیاط واجب است. ولی در ذیل مسأله مورد بحث ما در تحریر تصریح نموده است به این که معاطات هم شرطپذیر است؛ به این صورت که مبنای نظر شیخ را قبول ندارد؛ یعنی نمی پذیرد که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 209

لزوماً باید شرط در متن عقد ذکر شود تا صحیح و لازم باشد، زیرا این مبنا اگرچه مشهور است ولی دلیل قانع کننده ای ندارد و گفت و گو و توافق قبلی بر شرطی از شروط، و انشای معامله با بناگذاری قلبی بر آن، کفایت می کند و همین قوی است. [419] بر این اساس هیچ مانعی ندارد که قبلاً بر شرطی توافق کنند و معاطاتی را مبتنی بر آن انجام دهند و معاطات هم شرطبردار است. از این «ذیل» که فتوی بر خلاف آن «صدر» است استفاده می کنیم که احتیاط مزبور از نوع احتیاط مستحبی است.

جواب از دلیل شیخ: حاصل جواب امام خمینی (قدس سره) در کتاب بیع [420] از دلیل شیخ اعظم که شرط قولی، ربطی به انشای فعلی ندارد

از این قرار است: اصل معامله، امری اعتباری است، شرطی هم که می کنند امری اعتباری است؛ رابطه شرط با اصل معامله هم اعتباری است و در امور اعتباری هیچ محذوری ندارد که معاطات یا تعاطی طرفین با بناگذاری قلبی بر شرط قبلی انجام پذیرد.

به بیان کامل تر: حقیقت معامله، اعتبار عقلانی و شرعی ملکیت است و قوام اعتبار به نفس معتبر است، ولی باید به سبب مبرزی ابراز شود: حال گاهی کل معامله و شرط ضمنی با قول ابراز می شود و گاهی اصل معامله با فعل اعطا و اخذ ابراز می شود و شرط آن با قول ابراز می شود، به گونه ای که ارتباط آن دو محفوظ باشد یعنی قبلاً توافق کرده اند و معاطات را با بناگذاری بر آن انجام می دهند. بنابراین، معاطات نیز شرط پذیر است و ضرورتی ندارد که برای ثبوت خیار شرط یا سقوط آن و یا هر شرط مشروع دیگر، به عقد قولی و انشای معامله با صیغه متوسل شویم؛ اگرچه احوط همین است و جای شبهه ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 210

حدود جریان معاطات

مسأله 10: هل تجري المعاظة في سائر المعاملات مطلقاً، أو لا كذلك، أو في بعضها دون بعض؟ سيظهر الأمر في الأبواب الآتية إن شاء الله تعالى.

ترجمه: آیا معاطات در سایر معاملات به طور مطلق جاری است و یا در هیچ يك جاری نیست؟ و یا در بعضی از معاملات جاری است و در بعضی دیگر جاری نیست؟ این مطلب به زودی در باب های آینده معلوم می شود.

شرح: روشن است که معاطات در خصوص بیع جاری است و بیع صحیح شرعی دو قسم دارد: 1. بیع قولی؛ 2. بیع فعلی. حال آیا معاطات در همه معاملات -

همچون اجاره، صلح، هبه، قرض، رهن - جاری است یا غیر از بیع در هیچ معامله ای جاری نیست؟ یا در برخی جاری است و در برخی دیگر جاری نیست؟ در این باره دو بحث مطرح است:

1. مقتضای قاعده این است که معاطات در همه معاملات جریان دارد، مگر در مواردی که دلیل خاص بر عدم جریان قیام کرده است. سرّ مطلب این است که آنچه در معاملات مهم است اعتبار نفسانی و ابراز آن به يك مبرز است و فعل هم مثل قول مبرز و آلت ایجاد اعتباری است و از نظر عقلا- فرقی در میان نیست، مقتضای عمومات باب عقود و معاملات و شروط نیز همین است؛ به بیانی که در بیع معاطاتی ذکر شد.

2. مقتضای دلیل خاص هر باب: در خصوص اجاره، صلح، و...، از دلیل باب چه چیزی استفاده می شود؟ بدیهی است که بحث از این نظر، باید در باب خود بررسی شود. فعلاً باب بیع بررسی شده است که جریان معاطات در آن مسلّم و قدر متیقن است و بقیه ابواب هر کدام در جای خود باید مورد بررسی قرار گیرد تا معلوم شود که دلیل خاص بر «جریان» دارد یا بر «عدم جریان»؟ بنابراین به گفته امام (رحمه الله) می توان گفت:

مقتضى القاعدة جریان المعاطاة في كلّ عقد أو إيقاع يمكن إنشاؤه بالفعل.... [421]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 211

بررسی لزوم یا عدم لزوم مباشرت مالک در انشای عقد

اشاره

مسألة 11: كما يقع البيع والشراء بمباشرة المالك، يقع بالتوكيل أو الولاية من طرف واحد أو الطرفين، ويجوز لشخص واحد تولّي طرفي العقد؛ أصالة من طرف ووكالة أو ولاية من آخر، أو وكالة من الطرفين، أو ولاية منهما، أو وكالة من طرف

ترجمه: همان گونه که خرید و فروش با مباشرت خود مالك واقع می شود، با وکالت دادن یا ولایت داشتن از يك طرف یا از دو طرف هم واقع می شود. و برای يك نفر جایز است که هر دو طرف عقد را متصدی شود؛ از يك طرف اصالتاً و از طرف دیگر به طور وکالت یا ولایت؛ یا به صورت وکالت از هر دو طرف یا به صورت ولایت از هر دو طرف و یا به صورت وکالت از يك طرف و ولایت از طرف دیگر.

شرح: در این مسأله درباره دو مطلب به بحث و بررسی می نشینیم:

1. بررسی لزوم یا عدم لزوم مباشرت مالك برای انشای عقد؛ 2. بررسی جواز یا عدم جواز اجرای عقد توسط يك نفر از دو طرف:

مطلب اول: بررسی لزوم یا عدم لزوم مباشرت مالك برای انشای عقد

انسان نسبت به مالی از اموال یا مالك است یا ولی [422] مالك است؛ یا وکیل شرعی و قانونی مالك است و یا فضولی است. درباره معاملات فضولی در آینده بحث خواهد شد. فعلاً راجع به مالك و ولی و وکیل بحث داریم که آیا لزوماً شرط صحت مطلق معامله - از جمله بیع و شرا - و بلکه مطلق عقود و ایقاعات، این است که مستقیماً و مباشرتاً از مالك اصلی انشا شود و با انشای ولی یا وکیل منعقد نمی شود؟ یا این که مباشرت مالك لازم نیست و توسط وکیل یا ولی شرعی هم منعقد می شود؟ دایره بحث [423]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2؛ ص 211

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 212

وسیع تر از باب معاملات است و در کلیه افعال اختیاری مکلف - از عبادات و معاملات - مطرح است که آیا مباشرت لازم است و مکلف باید شخصاً آن ها را انجام دهد یا

نیابت هم کفایت می کند، یعنی قائم مقام وی (ولی یا وکیل) هم می تواند انجام دهند؟

گفتنی است همان گونه که در کارهای خارجی و تکوینی، برخی از کارها نیابت بردار نیست و برخی نیابت بردار است. [424] در کارهای شرعی و عقلائی هم برخی از افعال به گونه ای هستند که غرض از آن حاصل نمی شود مگر با صدور آن از شخص مکلف؛ این ها نیز نیابت بردار نیستند. مثل اغلب عبادات واجبه که غرض خضوع و خشوع و تسلیم بنده در برابر مولاست.

ولی از عبادات که بگذریم در نوع معاملات و توصیلات غرض، با اصل انجام کار محقق می شود و صدور آن از شخص خاصی لازم نیست؛ مثلاً غرض از طلاق، رفع زوجیت است، غرض از صیغه نکاح، ایجاد علاقه زوجیت است و با انشای وکیل یا ولی هم تأمین می شود. این گونه از کارها نیابت بردار هستند.

براساس ضابطه فوق، در مورد بحث هم می گوئیم: همان طور که بیع و شرا با مباشرت شخص مالک واقع می شود، با وکالت و ولایت از يك طرف یا از هر دو طرف واقع می شود و مانعی ندارد که دو مالک اصلی با یکدیگر معامله کنند یا دو ولی شرعی مالک ها برای مالک ها معامله کنند، یا دو وکیل برای موکل خود خرید و فروش نمایند، یا مالک با ولی معامله کند، یا مالک و وکیل، و یا ولی با وکیل معامله کنند.

علاوه بر ضابطه فوق که فقها در کتاب وکالت مطرح کرده اند، عمومات و مطلقات ابواب معاملات، و نیز عمومات و مطلقات باب وکالت و باب ولایت، بر وقوع معامله از سوی وکیل یا ولی دلالت دارند که هرکدام در کتاب فقهی مربوطه ذکر شده است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 213

مثلاً

مطلقات بیع از قبیل: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، [425] تَجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ [426] بیع و شراء وکیل و ولی را نیز شامل می‌شوند، مطلقات باب وکالت، بیع و شراء وکیل را دربر می‌گیرند، مطلقات باب ولایت پدر و جد پدری، [427] باب ولایت وصی، باب ولایت فقیه جامع شرایط، باب منصوب از ناحیه حاکم شرعی و باب عدول مؤمنان- که هر کدام در مسأله مربوطه خواهد آمد- نیز خرید و فروش این اولیای تصرف را دربر می‌گیرند.

مطلب دوم: بررسی جواز یا عدم جواز اجرای عقد توسط يك نفر از سوی دو طرف

این که دو نفر متصدی اجرای عقد باشند قطعاً جایز و صحیح است و منعقد می‌شود، خواه هر دو مالک باشند یا هر دو وکیل یا هر دو ولی و یا مختلف باشند. اما آیا يك نفر می‌تواند از سوی هر دو طرف متصدی اجرای صیغه باشد؟ فتوای امام راحل این است که مانعی ندارد.

دلیل: تنها مانع متصور، اتحاد موجب و قابل است که به گمان برخی، مانع از تصدی عقد از سوی هر دو طرف است. جواب، این است که تغایر اعتباری کفایت می‌کند و تغایر حقیقی هیچ دلیلی ندارد، و تغایر اعتباری موجود است زیرا يك نفر به يك اعتبار موجب است و ایجاب عقد را انشا می‌کند و به اعتبار دیگر قابل است و قبول عقد را انشا یا ابراز می‌کند. ضمناً فرقی نیست که يك نفر یکی از مالک‌ها باشد که از طرف خود، اصیل و از طرف دیگری ولی یا وکیل است، یا فرد ثالثی باشد که از هر دو طرف، ولی یا از هر دو طرف وکیل یا از طرفی ولی و از طرف دیگر وکیل است و برای مولی علیه یا موکل خود معامله می‌کند.

دلیل عدم فرق میان این

دو صورت اطلاعات و عمومی است که در پایان مطلب اول این مسأله به آن ها اشاره شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 214

بررسی شرط تنجیز و اثر تعلیق دو عقد

اشاره

مسأله 12: لا يجوز علی الأحوط تعلیق البیع علی شیء غیر حاصل حین العقد، سواء علم حصوله فیما بعد أم لا، ولا علی شیء مجهول الحصول حینه، وأما تعلیقه علی معلوم الحصول حینه- كأن یقول: بعثک إن کان الیوم یوم السبت؛ مع العلم به- فالأقوی جوازه.

ترجمه: بنا بر احتیاط [واجب] معلق کردن بیع بر چیزی که در هنگام عقد حاصل نیست، جایز نمی باشد؛ چه بداند که بعداً حاصل می شود، چه نداند و [نیز، معلق نمودن آن] بر چیزی که حصول آن در وقت عقد مجهول است؛ و اما تعلیق آن بر چیزی که در وقت عقد، معلوم الحصول است مثل این که بگوید: «به تو فروختم اگر امروز روز شنبه باشد»، با این که می داند امروز شنبه است، اقوا آن است که جایز است.

شرح: این مسأله در حقیقت بیان یکی از شروط انعقاد عقود است و جای آن قبل از مسائل معاطات است که درباره شروط عقد- مثل ترتیب، موالات، تطابق و...- بحث بود، ولی در مسأله دوازدهم مطرح شده است، و آن شرط تنجیز است. عده ای از فقها [428] گفته اند: تنجیز شرط صحت و انعقاد عقد- از جمله عقد بیع- است و تعلیق، مانع صحت عقد است. البته بیشتر فقها این بحث را در کتاب وکالت آورده اند ولی برخی صریحاً سایر عقود را به عقد وکالت ملحق کرده اند، از جمله مرحوم فخرالمحققین در شرح ارشاد به نقل صاحب مفتاح الکرامه . عبارت او از این قرار است: «إنّ تعلیق الوکالة علی الشرط لا یصحّ

عند الإماميه وكذا غيره من العقود لازمة كانت أو جائزة». [429] همچنین مرحوم صاحب جواهر می گوید: «شرط الوكالة أن تقع منجزة كغيرها من العقود بلا خلاف

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 215

أجده بل الإجماع بقسميه عليه». [430] و برخی دیگر از فقها تنها در مورد عقد وکالت تنجیز را شرط دانسته اند و تعمیم نداده اند؛ از قبیل شیخ طوسی در مبسوط [431] و ابن ادریس در سرائر [432]؛ ولی از راه فحوی و اولویت برای باب بیع استدلال می شود زیرا اگر در عقد جایزی مثل وکالت که بنا، بر تسهیل و آسان گرفتن است، تنجیز شرط باشد در عقود لازمه مثل بیع و اجاره و نکاح به طریق اولی تنجیز شرط است. به هر حال طرح این شرط در کتاب بیع کاملاً به جاست.

تعريف تنجيز و تعليق

شیخ اعظم در مکاسب می گوید:

ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان إنعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها. [433]

تعليق آن است که عقد بر چیزی - مثلاً آمدن مسافر، فرارسیدن فلان زمان و ... - معلق و مشروط باشد یعنی متعاقدان قصدشان این باشد که تنها در صورت وجود آن چیز معامله منعقد شود نه در غیر آن صورت.

مقابلاً تنجیز آن است که اصل عقد و معامله بر چیزی معلق نباشد و به نحو مطلق و جزماً انشا شود ولو متعلق آن امری استقبالی و در آینده و مشروط به شرطی باشد. مثلاً بگوید: «تو وکیل من هستی» ولی متعلق وکالت را در فلان زمان یا فلان مکان باید انجام دهی.

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 216

ضمناً تعليق گاهی صریح است و در متن عقد ذکر

می شود مثل «ملکتک هذا بهذا إذا جاء زيد»؛ و گاهی ضمنی و لازم کلام است، یعنی ولو صریحاً ذکر نشده است ولی از ضمن کلام دانسته می شود، مثل «ملکتک هذا بكذا يوم الجمعة» که به منزله این است که بگوید: «ملکتک هذا بهذا إذا جاء يوم الجمعة». از نظر حکمی فرقی میان تعلیق صریح و ضمنی وجود ندارد و شیخ اعظم به آن تصریح کرده و از فتوای علامه و فخرالدین به بطلان بیع وارث، شاهد آورده است. [434]

تعلیق چند صورت دارد؛ امام راحل در متن چهار صورت ذکر کرده است: یا معلق علیه، امر معلوم الحصول است و یا مجهول الحصول و در هر یک از دو صورت، ظرف حصول آن، یا زمان حال و در هنگام عقد است و یا زمان استقبال و در مابعد عقد است.

شیخ اعظم در مکاسب هشت صورت [435] و مرحوم آقای خوئی دوازده صورت تصویر کرده اند. [436]

برای تعلیق می توان شانزده صورت فرض کرد. به این بیان که در هر یک از چهار صورت مذکور در کلام امام راحل تعلیق یا بر امری است که در «اصل صدق عنوان بیع» و مانند آن دخیل است و بدون آن، بیع یا معامله دیگر صدق نمی کند و یا در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 217

«صحت معامله» دخیل است، یا در «لزوم» آن دخالت دارد و یا در هیچ کدام دخیل نیست، ولی اصل معامله بر آن معلق گردیده است. و حاصل ضرب چهار در چهار شانزده صورت است. بلکه می توانیم بیست و چهار صورت تصویر کنیم زیرا بر حسب مقام ثبوت و تصور، معلق علیه، یا معلوم الحصول است یا مجهول الحصول و یا معلوم العدم و در هر یک از سه صورت یا ظرف

حصول یا عدم حصول در حال عقد است و یا در آینده و در هر يك از شش فرض معلق عليه یا در اصل صدق عقد دخیل است یا در صحت آن دخالت دارد، یا در لزوم آن دخیل است و یا در هیچ کدام دخیل نیست. حاصل ضرب شش در چهار بیست و چهار صورت است.

البته از مجموع این صور، هشت صورت معلوم العدم در کلمات فقها مطرح نشده است، از مجموع شانزده صورت باقی مانده، چهار صورت شرط لزوم ذکر نشده است ولی دوازده صورت دیگر مطرح و مورد بحث قرار گرفته است. شیخ اعظم در مکاسب گرچه در مقام تقسیم به چهار صورت شرط دخیل در مفهوم عقد، اشاره نکرده و به هشت صورت بسنده نموده است ولی در ضمن بحث، صور تعلیق بر شرط مقوم عقد را هم مورد بحث قرار داده است. [437]

قبل از ورود به اصل بحث، برای برخی از دوازده صورت فوق، مثال می آوریم:

مثال برای صورتی که معلق عليه معلوم الحصول در حال عقد باشد و شرط، مقوم و دخیل در معنا و مفهوم عقد باشد: مثلاً مرد در مقام انشای طلاق بگوید: «إن كانت هذه زوجتي فهي طالق» و بداند که این زن زوجه او است؛ در این جا معلق عليه (زوجه بودن زن) در حین عقد حاصل و مورد علم طرف است و قوام صدق طلاق هم به زوجه بودن است، زیرا طلاق فك زوجیت است.

مثال برای صورتی که معلق عليه مجهول الحصول و شرط مقوم باشد: مثلاً بایع به

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 218

مشتری بگوید: «بعتك هذا بكذا إن قبلت» و نداند که قبول خواهد کرد یا نه که قبول، مقوم صدق عقد بیع

است.

مثال برای صورتی که معلق علیه شرط صحت باشد بسیار زیاد است: اجمالاً یا شرط مبیع است یا شرط ثمن یا شرط بایع یا شرط مشتری، مثلاً بایع به مشتری بگوید: «بعتك هذا بهذا إن كنت عاقلاً بالغاً».

مثال برای صورتی که مجهول الحصول باشد: مثلاً بایع علم ندارد که متاع ملك او است لذا به صورت مشروط می گوید: «إن كان هذا مالي فقد بعته بكذا»، ملك بایع بودن شرط صحت بیع است.

مثال برای صورتی که معلوم الحصول و از نوع صفت باشد که دخیل در بیع نیست: مثلاً بگوید: «إن كان اليوم يوم الجمعة فقد بعته» و می داند که امروز جمعه است.

مثال برای صورتی که مجهول الحصول باشد: مثل «إذا جاء زيد من السفر فقد بعته بهذا» و نمی داند که زید خواهد آمد یا نه، یا نمی داند که آمده است یا خیر؟

بررسی اصل مطلب: آیا تعلیق به نحو مطلق مبطل عقد است یا مطلقاً موجب بطلان نیست، یا در مواردی مبطل است در مواردی قاذح نیست؟ باید دلایل شرط بودن تنجیز و مانع بودن تعلیق بررسی شود تا مقدار دلالت آن ها روشن گردد. گفتنی است در این باره هفت دلیل وجود دارد:

دلیل اول: گروهی از فقها- از جمله فخرالدین و صاحب جواهر که قبلاً عبارات آن ها ذکر شد- ادعای اجماع کرده اند و به گفته شیخ اعظم: «والعمدة في المسألة هو الإجماع». [438]

پاسخ: کراً از این دلیل جواب دادیم که: اولاً اصل وجود اجماع قابل مناقشه است زیرا ظاهراً مسأله در میان متقدمین مطرح نبوده است تا نظر آن ها بر لزوم شرط بودن

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 219

تنجیز مثبت باشد؛ ثانیاً اجماع منقول حجیت ندارد و ثالثاً بر فرض که اجماعی وجود

داشته باشد ولی به احتمال قوی مدرکی است؛ زیرا بزرگان به يك سلسله وجوه عقلی و عرفی استناد کرده و فتوی به اشتراط تنجیز داده اند، و اجماع مدرکی کاشف تبعدی از رأی معصوم نیست و بر فقیه لازم است که مستقلاً دلایل مذکور را ملاحظه کند.

دلیل دوم: اسباب عقود و ایقاعات و الفاظ معاملات، از امور توقیفی هستند و باید از سوی شارع به ما برسد و آنچه رسیده و در لسان آیات و روایات آمده است معاملات تنجیزی است، نه تعلیقی؛ بنابراین حق نداریم از عقد معلق استفاده کنیم.

پاسخ: اولاً قیاس معاملات به عبادات صحیح نیست؛ در عبادات، ادعای توقیفی بودن کاملاً صحیح است زیرا شارع، مخترع و مؤسس است ولی در معاملات، نقش امضایی دارد و معاملات عرفی را تأیید یا رد کرده است و از نظر عرف، هم قراردادهای تنجیزی معتبر است و هم تعلیقی؛ ثانیاً دلیل برخلاف داریم، یعنی اطلاقات و عمومات آیات و روایات معاملات مثل آیه تجارت، وفا به عقد، حلّیت بیع که هر يك از عقد تعلیقی و تنجیزی را شامل می شوند.

دلیل سوم: اصل اولی در معاملات، فساد و بطلان است و صحت معامله دلیل خاص می طلبد، و قدر متیقن این است که عقد تنجیزی دلیل دارد و در عقود غیر تنجیزی به اصل اولی (بطلان معامله) رجوع می شود. بنابراین به حکم اصل مذکور و از باب قدر متیقن، تنجیز شرط و تعلیق قاذح است.

پاسخ: با وجود عمومات و مطلقات نوبت به اصل عملی نمی رسد.

دلیل چهارم: از قول صاحب جواهر [439] و محقق نائینی [440] نقل شده است که اطلاقات صحت عقد از عقد معلق منصرف است و مخصوص عقد منجّز

است؛ زیرا خطابات به عرف عام متوجه است و عامه مردم در معاملات و قراردادهای فیما بین خودشان از عقد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 220

منجّز استفاده می کنند نه معلق؛ بنابراین عقود معلّقه، متعارف نیست. در نتیجه این عقود مشمول ادلّه صحت عقود نیستند و انصراف، مانع از تمسک به اطلاق آن ها می باشد.

پاسخ: اولاً قبول نداریم که عقود معلّقه مرسوم و متعارف نباشند بلکه عرف عام از این عقود فراوان انجام می دهند، مثلاً بایع می گوید: «این ماشین را به تو فروختم به شرط این که پدرم راضی باشد»، یا می گوید: «فروختم اگر استخاره راه دهد» و ... البته عقد منجّز بیشتر از عقد معلّق است، ولی عقد معلّق هم به سهم خودش بسیار است؛ ثانیاً غلبه وجود سبب انصراف خارجی است که ارزش ندارد، بلکه باید انصراف ظهوری باشد که ثابت نیست؛ ثالثاً به گفته مرحوم آقای خوئی: همه ادلّه صحت عقد مطلقات نیست تا ادعای انصراف شود، بلکه عموماً هم هستند، مثل *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*، «المؤمنون عند شروطهم». و به ظهور وضعی عقد معلق را هم شامل می شوند و به مقدمات حکمت نیست تا ادعا شود که انصراف به فرد متعارف و غالب، مانع از تمسک به اطلاق است. [441]

البته ما این پاسخ را قبول نداریم زیرا آیه وفا به عقد از نظر کمّیت و افراد عقد بیع و اجاره و صلح و بیع زید و بکر و خالد و ... عموم وضعی دارد ولی از نظر کیفیت عقد که منجّز است یا معلّق، اطلاق احوالی دارد، و این که هر اطلاقی نیازمند مقدمات حکمت است و امکان دارد ادعای انصراف شود ولی جواب اول و دوم کامل است.

دلیل پنجم:

از قول علامه در تذکره [442] و شهید اول در قواعد و فوائد [443] نقل شده است که جزم حتماً در معامله معتبر است و تردید، قاح است و تعلیق با جزم در عقد، منافات دارد و با هم جمع نمی شوند و جمع آن دو، نوعی تناقض است؛ بنابراین تعلیق موجب بطلان است و تنجیز شرط است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 221

پاسخ: اولاً همه جا تعلیق با جزم منافات ندارد، مثلاً کسی که می داند مشتری قبول خواهد کرد، یا می داند که فلان متاع مال او است، یا می داند که امروز جمعه است اگر به صورت معلق بگوید «بعث إن قبلت» یا «بعث إن كان مالی»، یا «بعث إن كان الیوم یوم الجمعة» با جزم در معامله هیچ منافاتی ندارد؛ ثانیاً اصل جزم دلیل ندارد- نه در عبادات و نه در معاملات- و وقتی اصل دلیل ندارد نمی توانیم قاح بودن تعلیق را بر آن مبتنی کنیم؛ ثالثاً دلیل برخلاف داریم که اطلاقات، ادله صحت عقود و ایقاعات باشند.

دلیل ششم: صاحب جواهر گفته است: ظاهر دلیل صحت عقد، مثل آیه اوفوا بالعقود این است که مسبب عقد و حکم آن، در حال وقوع آن مترتب شود و به مجرد انعقاد عقد، وجوب وفا بیاید. زیرا عقد، تمام موضوع این حکم، یا سبب این مسبب است و حکم از موضوع، انفکاک زمانی ندارد، و در عقد معلق این گونه نیست. بلکه پس از تحقق معلق علیه، وجوب وفا محقق می شود نه از زمان عقد؛ پس عقد معلق مشمول ادله سببیت عقد نیست و غیر از آن دلیل دیگری نداریم. پس عقد معلق باطل است و تحت اصل فساد داخل است. [444]

شیخ اعظم از این

دلیل چند پاسخ داده است که از آن میان سه پاسخ از اهمیت بیشتری برخوردار است:

1. آیه بر وجوب وفا به عقد و قرارداد عرفی دلالت می کند و بستگی دارد به این که خود عقد چگونه باشد؟ اگر به نحو منجّز انشا شده باشد آیه بر وجوب وفا از زمان عقد دلالت دارد، و اگر به نحو معلق انشا شده باشد بر وجوب وفا از زمان تحقق معلق علیه دلالت دارد، و هیچ قیدی نیست تا بیانگر وجوب وفا مخصوص عقد منجّز باشد بلکه به اطلاق احوالی هر دو را شامل می شود. و وجوب وفا در هر عقدی متناسب با همان عقد است. و بالجمله امضای شارع تابع انشا و جعل متعاقدین است؛ اگر منجّز باشد

کوتر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 222

و وجوب وفای تنجیزی دارد و اگر معلق باشد وجوب وفای تعلیقی دارد.

2. موارد فراوانی وجود دارد که در آن ها عقد معلق است و در عین حال وجوب وفا از عقد جدا نیست و تخلف مسبب از سبب یا محمول از موضوع پیش نمی آید؛ از جمله در شرط مقوم عقد که بایع می گوید «بعتك هذا بهذا إن قبلت»، و نمی داند قبول خواهد کرد یا نه؛ در این جا عقد، معلق است بر آمدن قبول در آینده، ولی وجوب وفا، منفک از عقد نیست زیرا بعداً که قبول آمد عقد کامل می شود و بلافاصله اثر عقد بار می شود.

3. اصولاً مقتضای طبیعت و ذات برخی از عقود و ایقاعات این است که اثر از حین انعقاد عقد و صیغه مترتب نشود و از نظر زمان، منفک از معامله باشد که در این موارد انفکاک نه تنها قاذح نیست بلکه به گونه ای ضرورت دارد،

از قبیل عقد وصیت که الآن از سوی موصی انشا می شود و موصی له قبول می کند ولی اثر آن و وجوب وفا به آن و مالک شدن موصی له، پس از مرگ موصی است که شاید سال ها به طول بیانجامد. [445]

شاید منشأ استدلال مزبور خلط امور تکوینی با امور اعتباری باشد که در امور تکوینی تخلف مسبب از سبب محال است ولی امور اعتباری با تکوینی قابل قیاس نیست و تابع اعتبار معتبر است و گاه ضرورت معیشت ایجاب می کند از این عقود و ایقاعات هم داشته باشند.

دلیل هفتم: هفتمین دلیل از قول مرحوم سید یزدی است که محقق نائینی هم آن را پذیرفته است: همان طور که ایجاد تکوینی تعلیق بردار نیست و محال است که معلق بر امری باشد [446] همین طور ایجاد انشائی هم تعلیق بردار نیست بلکه نفس انشا- مثل انشای تملیک و تزویج- یا هست و یا نیست، و این مخصوص انشا هم نیست بلکه در اخبار

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 223

نیز خود خبر دادن، معلق به چیزی نیست؛ بلکه یا خبر می دهد و کلام را بر زبان می آورد و یا خبر نمی دهد و بر زبان نمی آورد. لذا اساساً انشا (عقد و ایجاب و قبول) تعلیق بردار نیست تا بحث شود که آیا انشای معلق صحیح است یا نه؛ انشا همیشه منجز است. آری منشأ به انشا- مثل خود ملکیت و زوجیت- قابل تعلیق است و نه تنها ممکن است بلکه در شرعیات و عرفیات فراوان واقع شده است. مثلاً در باب وصیت، انشای آن فعلی و حالی و در هنگام وصیت است، ولی منشأ به آن ملکیت پس از مرگ موصی است. در تدبیر، انشای عتق، الآن

است ولی خود عتق پس از مرگ مولا است، و هکذا در جعاله، سبق و رمایه، نذر و عهد و مانند این ها. [447] مبنای این سخن از نظر محقق نائینی این است که قضایای شرعی، از نوع قضایای حقیقیه هستند که در واقع به يك سلسله قضایای مشروطه برمی گردند که شرط آن ها وجود موضوع در خارج است، مثلاً ایجاب حج بر مستطیع، هزار و چهارصد و اندی سال قبل انشا شده است ولی مُنشأ آن (وجوب فعلی) منوط به این است که در خارج انسان مستطیع و جامع شروط استطاعت، موجود شود. [448] در نتیجه هر جا تعلیقی وجود دارد لزوماً به مُنشأ برمی گردد؛ نه به خود انشا. مرحوم آقای خوئی نیز این مطلب را پذیرفته است. [449]

پاسخ امام خمینی (قدس سره): حاصل جواب سه مطلب است: اولاً به عقیده ایشان خود انشا قابل تعلیق است زیرا اگر انشا ایجاد معنی با لفظ باشد- که نظر مشهور است- تعلیق را بر نمی تابد، بلکه یا هست یا نیست. [450] ولی حقیقت انشا و جعل و تشریح این نیست، انشا غیر از تلفظ به الفاظ مخصوصی است که موجد آن هستند، زیرا این الفاظ خودشان

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 224

وجود تکوینی دارند که به قول سید، تعلیق آن ها محال است. حقیقت انشا همان اعتبار تملیک و ایجاد اعتباری است که قائم به نفس معتبر است و در همه انشاهای طلبی- مثل امرها و نهی ها- و غیرطلبی- مثل صیغ عقود و ایقاعات- وجود اعتباری دارد و الفاظ عقود و ایقاعات دالّ بر آن امر اعتباری و کاشف و مبرز آن است، و مکرر ذکر شد که حقیقت معامله همین اعتبار تملیک و تزویج و مانند

آن است و قوام معامله به اعتبار است. زمام امر اعتباری هم به دست اعتبار کننده است و کاملاً معقول است که مثلاً تملیک روز جمعه را اعتبار کند و با صیغه «بعثک هذا بهذا إذا جاء يوم الجمعة» ابراز نماید و نفس انشا (طلب و بعث یا تملیک و تزویج) معلق بر امری باشد. کلام مرحوم سید و مرحوم نائینی از باب خلط امور اعتباری با امور تکوینی است که قیاس مع الفارق است. [451]

ثانیاً برخلاف نظر سه فقیه بزرگوار که نام بردیم، به نظر امام راحل این مُنشأ است که تعلیق بردار نیست. مثلاً ملکیت روز جمعه، ملکیت بر فرض آمدن زید، و ... معقول نیست زیرا تعلیق در مورد قضیه است که دارای نسبت و تصدیق است مثل جمله خبریه و انشائیه؛ و اما در مُنشأ مثل خود ضَرْب، وجوب، ملکیت، زوجیت و ... که امور تصویری هستند تعلیق معنا ندارد بلکه یا هستند- اگر سبب موجود باشد- و یا نیستند- اگر سبب آن ها موجود نباشد- و ناگزیر باید تعلیق ها به خود انشا برگردد.

ثالثاً بر فرض که رجوع تعلیق به خود مُنشأ ممکن باشد؛ اما ناچاریم به انشا ارجاع دهیم زیرا رجوع آن به مُنشأ، لازم غیرقابل التزامی دارد و هیچ فقیهی به آن ملتزم نشده است و آن تعدد و تکثر ملکیت است زیرا تعلیق چه به صورت شرط و چه به نحو صفت، قید است و خاصیت قید، تکثیر و تعدد مقید است؛ یعنی مقید با این قید، امری

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 225

است و بدون آن یا با قید دیگر امر دیگری است.

برای مثال، ملکیت روز جمعه غیر از ملکیت روزهای دیگر است و

اگر قید به خود ملکیت برگردد معنای عقد بیع این می شود که ملکیت روز جمعه خودم را نسبت به متاع، به مشتری تملیک نمودم، و ملکیت روزهای بعد را تملیک ننموده است. پس نسبت به روزهای بعد باید اجتماع دو مالک بر یک مملوک شود که محال است. و نیز مستلزم این است که زید هزاران ملکیت نسبت به متاعی داشته باشد؛ در حالی که وجداناً علاقه ملکیت یک امر مستمر است. و مالکیت عین در بیع، مثل مالکیت منفعت در اجاره نیست که به تملیک منافع هر روز جدا جدا در برابر اجرت معین منحل گردد. در نتیجه چاره ای نیست جز ارجاع تعلیق به نفس انشا که امری اعتباری است و کاملاً تعلیق بردار است. [452] و اما قضیه حقیقیه بودن خطابات شرعی و تعلق حکم به افراد و مصادیق، و عنوان مشیر بودن عناوین مأخوذه در خطابات که مبنای کلام محقق نائینی است بحث دیگری می طلبد که در فن اصول فقه باید دنبال شود.

نتیجه بحث در مسأله: عمومات و مطلقات ابواب معاملات، عقد معلق را نیز شامل می شود و بر صحت آن دلالت می نماید و هیچ دلیل قابل قبولی بر تقیید و تخصیص آن ها وجود ندارد؛ زیرا تمام ادله اشتراط تنجیز و مانع بودن تعلیق، ذکر شد و از تمام آن ها جواب دادیم، و لذا تحقیق در مسأله، عدم اشتراط تنجیز است مخصوصاً در تعلیق به اموری که شرط مقوم عقد می باشند و در اصل مفهوم عقد یا ایقاع دخالت دارند، مثل زوجه بودن در طلاق، عبد بودن در عتق، قبول و مشیت مشتری در معاملات و ... که به طریق اولی تعلیق عقد و

ایقاع بر این ها مبطل نیست؛ زیرا عقد یا ايقاع در واقع بر این امور معلق است؛ چه در متن صیغه انشا ذکر بشوند، چه ذکر نشوند. بنابراین ذکر این ها در عقد چیزی زائد بر خود مقتضای عقد نیست تا موجب قرح باشد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 226

و نیز مخصوصاً در تعلیق به اموری که شرط صحت هستند- همچون مالیت، ملکیت، معلومیت عوضین، عاقل و بالغ بودن طرفین- از نظر عقلا یا از نظر شارع وجودشان معتبر است و باید در واقع باشند تا معامله صحیح باشد و ذکر یا حذف آن ها در متن عقد تفاوتی ندارد و چیزی زائد بر مقتضای عرفی یا شرعی معامله نیست. و بالأخص اگر معلق علیه امری باشد که معلوم الحصول در حین عقد باشد؛ مثلاً می داند که این متاع مال او است و می گوید: «إن كان مالي فقد بعته»، یا می داند امروز جمعه است و می گوید: «إن كان اليوم يوم الجمعة فقد بعته» که در این موارد تعلیق، صد در صد صوری و ظاهری است، نه واقعی و حقیقی که از تردید و شك ناشی شود، و واضح است که تعلیق صوری قرح نیست.

در پایان، نظر سه فقیه اعظم را نقل می کنیم:

1. شیخ اعظم در مکاسب می گوید:

وبالجملة فإنّ هذا الشرط في العقود- مع عموم أدلتها ووقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق- بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً. [453]

2. مرحوم خوبی در مصباح می گوید:

نتیجه البحث: أنه لا دليل على بطلان العقود بالتعليق لكي يكون ذلك الدليل مخصّصاً لأدلة صحة العقود، وعليه فالعمدة في المقام هو الإجماع فإنّ تمّ فهو وإلا فالمرجع هو العمومات والإطلاقات، وقد عرفت عدم تمامية الإجماع في

المقام، ومن هنا جزم المحقق القمي بصحة الوكالة المعلقة.... [454]

3. حضرت امام در کتاب البيع می گوید:

فالتحقيق: عدم اعتبار التنجيز في المعاملات مطلقاً سواء كانت معلقة على معلوم

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 227

في الحال أو الاستقبال أو مجهول كذلك بل أو معلوم العدم كذلك ثم بان تحقّقه. [455]

در عین حال امام راحل در متن تحریر الوسيله چهار صورت اصلی تعلیق را آورده و در يك صورت [456] فتوا به جواز تعلیق داده است؛ زیرا تعلیق، صوری محض است و واقعی نیست تا مبطل باشد. ولی در سه صورت دیگر، [457] بنا بر احتیاط، تعلیق را جایز ندانسته است، و چون این احتیاط مسبوق و ملحق به فتوا بر خلاف نیست حتماً احتیاط واجب است ولی باید منشأ آن را بیان کنیم:

لزوم احتیاط یا در شبهه بدویه قبل از فحص است، که قطعاً مورد بحث ما از این باب نیست؛ زیرا بعد از فحص از ادله است. و یا در موارد علم اجمالی و شبهه مقرون به علم اجمالی است، قطعاً این مورد نیز در مورد بحث مطرح نیست؛ زیرا وجهی برای لزوم انشای تعلیقی و تنجیزی وجود ندارد و کسی هم به آن قائل نشده است. و یا در موارد دوران بین تعیین و تخییر که از باب قدر متیقن، جانب تعیین اختیار می شود، این مورد هم از بحث خارج است و با وجود اطلاقات و عمومات، جای اجمال و احتیاط و قدر متیقن نیست. بنابراین منشأ احتیاط امام راحل این است که به فتوای مشهور فقها تنجیز شرط است، و بلکه عده ای از بزرگان ادعای اجماع کرده اند و در این گونه موارد نوعاً فقیه با فتوای فقها مخالفت کلی

نمی‌کند؛ مگر این که دلیل قاطع و صریحی داشته باشد، بلکه احتیاط می‌کند و این کاملاً عقلانی و حکیمانه است؛ زیرا در هر رشته‌ای اگر مشهور دانشمندان آن فن بر نظری متفق باشند، دانشمند بعدی تا دلیل روشنی نداشته باشد مخالفت نمی‌کند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 228

گفتنی است در میان اهل سنت، تنها شافعی‌ها در این باره نظر روشنی دارند و می‌گویند:

أما إذا علق الصيغة بقول إن شاء الله أو بأيّ تعليق لا يقتضيه العقد كقوله: إن شاء فلان، فإنّ ذلك يبطل العقد. [458]

و از قول حنابله نقل کرده که تنها تعلیق به مشیت الهی (إن شاء الله) را بیان کرده‌اند و گفته‌اند: چه بایع و چه مشتری اگر عقد را بر آن معلق کنند اشکالی ندارد. [459]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 229

احکام مقبوض به بیع فاسد

اشاره

مسألة 13: لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، وكان مضموناً عليه، بمعنى أنّه يجب عليه أن يرده إلى مالكة، ولو تلف - ولو بأفة سماوية - يجب عليه ردّ عوضه من المثل أو القيمة. نعم، لو كان كلّ من البائع والمشتري راضياً بتصرف الآخر مطلقاً فيما قبضه - ولو على تقدير الفساد - يباح لكلّ منهما التصرف والانتفاع بما قبضه ولو بإتلافه، ولا ضمان عليه.

ترجمه: اگر خریدار، آنچه را که با عقد باطل خریده است قبض کند، مالک آن نمی‌شود و ضمان آن بر عهده او می‌باشد؛ یعنی واجب است که آن را به مالکش برگرداند، و اگر تلف شود - ولو به آفت آسمانی باشد - بر او واجب است که مثل یا قیمت آن را رد کند. البته اگر هرکدام از فروشنده و خریدار، به تصرف نمودن طرف دیگر در آنچه که آن را قبض

می‌کند مطلقاً- ولو بر فرض این که باطل باشد- راضی باشند، برای هر یک از آن‌ها تصرف و بهره‌مند شدن- ولو به این که آن را تلف نمایند- مباح است و ضمانی بر او نیست.

احکام تکلیفی، وضعی و ...

اشاره

شرح: موضوع بحث در این مسأله، مقبوض به بیع فاسد و باطلی انجام دادند و مشتری متاع مورد معامله را قبض کرد- از نظر تکلیفی، وضعی، و مطالب فراوانی که بر آن متفرع است- چه احکامی دارد؟ از آن جا که این بحث یکی از مصادیق قاعده مشهور فقهی است و از زمان علامه مطرح شده است، لازم است ابتدا خود این قاعده مورد بحث قرار گیرد سپس مصداق مورد بحث، در این مسأله تشریح شود.

قانون مزبور اصلی دارد با عنوان «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، و عکسی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 230

دارد که عبارت است از «وکل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»، و هر دو باید بررسی شود. قانون فوق با تعبیر دیگری هم آمده است: «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده». دایره این عبارت وسیع تر است، زیرا عقد مخصوص اموری است که ایجاب و قبول لازم دارند، ولی «مای» موصول، اعم از عقود و از مثل جعاله و خلع است که چه بسا ماهیت ایقاعی دارند ولی از جهاتی شبیه عقد هستند، مثلاً در خلع اول باید زوجه مال را به زوج بذل کند تا زوج طلاق خلع را انشا کند.

در مورد قانون فقهی مزبور سه مطلب وجود دارد:

1. معنای قاعده و بیان مفردات تصویری آن؛

2. دلایل اثبات آن؛ [460]

3. موارد تطبیق آن در فقه. این مورد از حوزه بحث ما خارج و در قواعد

معنای قاعده و بیان مفردات آن

کلمه عقد در موضوع قاعده، هر يك از عقد جایز و لازم را شامل می باشد و مخصوص عقد لازم نیست. مثلاً بیع که عقد لازم است صحیح آن موجب ضمان است، فاسدش نیز موجب ضمان است. و عقد وکالت که عقد جایز است صحیح آن موجب ضمان و فاسدش نیز موجب ضمان است. کلمه «کل عقد» عامّ و مفید عموم است ولی آیا از نوع عموم انواعی است [461] یا از نوع عموم اصنافی، [462] یا از نوع عموم افرادی؟ [463] نظر شیخ

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 231

انصاری این است که مراد، عموم اضافی است و نظر امام راحل این است که مراد، عموم افرادی است. [464]

کلمه ضمان در لغت به معنای تعهد مالی است، ولی در معاملات صحیح، ضمان به عوض معین و مسّی در متن عقد است و در معاملات فاسد، ضمان به عوض واقعی (مثل یا قیمت) است. حال آیا ضمان دو معنای متفاوت دارد؟ ظاهراً ضمان در همه جا به معنای ضمان به مالیت شیء است منتها در معاملات صحیح، مالیت شیء همان مقداری است که طرفین با توافق، تعیین کرده اند. و در معاملات فاسد مالیت شیء مالیت واقعی یا مقداری است که عقلاً و عرفاً بازار تعیین می کنند. خلاصه این که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 232

مقبوض به عقد فاسد هدر و ضایع نیست بلکه بر عهده قابض است؛ اگر عین موجود باشد باید همان را به مالک اصلی عودت دهد و اگر تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بپردازد. پس ضمان چند معنی متفاوت ندارد.

- حرف باء در «بصحیحه» و «بفاسده» یا به معنای «فی» است، یعنی هر عقدی که در

صحیح آن ضمان ثابت است در فاسدش نیز ثابت است. و یا به معنای سببیت است - که احتمالش قوی تر است - یعنی هر عقدی که صحیح آن، سبب ضمان است فاسدش هم سبب ضمان است. البته مقصود، سببیت تامه نیست، زیرا تنها «عقد فاسد» سبب تام ضمان نیست. بلکه قبض و استیلا بر مال غیر هم لازم است؛ تا قبض و اقباضی نباشد ضمانی نخواهد بود، حتی در عقد صحیح هم خود عقد علت تامه ضمان به عوض المسمی نیست؛ زیرا در مثل بیع صرف و سلم تا تقابض، یا قبض ثمن نیاید ضمانتی در کار نیست. در تمام بیوع هم قانون این است: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»؛ بنابراین قبض هم در ضمانت دخیل است؛ لذا مقصود، مطلق سببیت عقد است ولو جزء سبب باشد، و جزء دیگر قبض باشد.

از آن جا که قانون «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و عکس آن نه آیه قرآن است و نه روایت، بلکه سخن فقهاست نیاز به اثبات دارد و باید دلایل اثبات آن بررسی شود. این مطلب را می توان تحت عنوان احکام مقبوض به عقد فاسد بررسی کرد.

بررسی احکام مقبوض به عقد فاسد

الف) ضمان مقبوض به عقد فاسد

برای این منظور به چند وجه استناد شده است:

وجه اول، قانون ضمان بالید: منظور حدیث مشهور نبوی (ص) است که به تعابیر مختلف نقل گردیده است که گاهی با عبارت «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» یا «تؤدیه» نقل شده است، گاهی با عبارت «علی الید ما قبضت حتی تؤدی» نقل شده است، و گاهی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 233

با تعبیر «علی الید ما جنت حتی تؤدی». عبارت اخیر برای ید جانیه است، مثل ید

عدوانی و ظالمانه، و معامله فاسدی را که طرفین از روی جهل قصوری انجام داده اند شامل نمی شود. ولی عبارت حدیث مشهور، اولین عبارت مذکور است و ید معاملی به معامله فاسد را نیز می گیرد. درباره این حدیث سه بحث وجود دارد:

1. سند حدیث: در منابع معتبر حدیثی امامیه، خبر و اثری از این حدیث وجود ندارد؛ تنها ابن ابی جمهور احسائی در کتاب عوالی اللالی [465] آن را نقل کرده است که خود او و کتابش مورد طعن و قدح می باشند. مرحوم حاجی نوری هم در مستدرک [466] از کتاب مذکور نقل کرده است. آری در منابع معتبر اهل سنت - مثل مسند احمد [467] و سنن ابی داود [468] و سنن بیهقی [469] و غیره - از قول سمره بن جُندب از رسول اکرم (ص) نقل شده است. شایان ذکر است روایتی که عامه متفرد به نقل آن باشند از نظر فقهای امامیه اعتباری ندارد، مخصوصاً که راوی آن سمره بن جُندب باشد و حتی بزرگان عامه؛ مثل ابن ابی الحدید معتزلی [470] در او قدح کرده و مطاعن متعدد او را ذکر نموده است.

عده ای از بزرگان فقهای ما - مثل صاحب جواهر [471] و شیخ اعظم [472] و صاحب قواعد فقهیه [473] فرموده اند: از آن جا که حدیث میان فریقین مشهور است کفایت می کند و ضعف سند با شهرت فتوایی بر طرق آن جبران می گردد، لذا روایت حجّت است.

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 234

ولی بارها از این دلیل جواب داده شد که شهرت فتوائیه نه حجیت دارد، و نه ضعف سند را جبران می کند و تازه اصل عمل مشهور به این روایت محرز نیست تا سخن از جبران باشد. بنابراین روایت از نظر سند اعتبار ندارد و نمی تواند دلیل

بر مدعای مذکور باشد.

امام راحل عظیم الشان درباره سیر تاریخی این حدیث در فقه امامیه تحقیق منحصر به فردی دارد که حاصل آن چنین است: روایت در منابع فقهی مهمی از قبیل مقنع و هدایة شیخ صدوق، مراسم سلار، وسیله ابن حمزه و جواهرالفرقه قاضی ابن براج- که از منابع قدیم امامیه هستند و معمولاً فتاوی آنان متن روایت است- وجود ندارد. آری در کتب فقهی سید مرتضی (انتصار) و شیخ طوسی (خلاف و مبسوط) و ابن زهره (غنیه) آمده است ولی نه به عنوان دلیل بر حکم در مسأله، و فرعی از فروع، بلکه به عنوان احتجاج علیه عامه. [474] بنابراین حدیث در میان قدما شهرت فتوایی و عملی ندارد. اولین کسی که در چندین مورد جزماً این روایت را به پیامبر (ص) نسبت داده این ادریس در سرائر است که با وجود این که ایشان خبر واحد مجرد از قرینه را- ولو خبر عادل باشد- حجت نمی داند، ولی به این روایت استناد کرده است. اما این هم مشکل سند را حل نمی کند؛ زیرا شاید بر اساس اجتهاد خودش به قرائن علمی دست یافته و قاطع شده است نه بر اساس حسن و سند معتبر، مخصوصاً که وی از این روایت در کتاب خود، مثل شیخ طوسی و سید مرتضی، برای احتجاج علیه اهل سنت استفاده کرده است که به احتمال قوی در سایر موارد هم به این روش، مشی کرده است نه این که سند را قبول دارد و به آن فتوی داده باشد.

آری از عصر علامه به بعد روایت در کتب بزرگان مثل شهید اول، محقق ثانی، شهید ثانی و دیگران مطرح شده و به آن استناد شده است

گردیده و در نزد متأخر المتأخرین از شهرت مورد قبولی برخوردار گردیده است تا رسیده به عصر صاحب جواهر و شیخ و فاضل نراقی و دیگران که آن را مسلّم گرفته و گفته اند: «لا- ینبغی التکلم فی سنده» یا «نحن فی غنی عن البحث فی سنده». بنابراین حدیث حتی از شهرت عملی قدمایی برخوردار نیست تا مورد قبول باشد، آری ممکن است فقیهی از قوّت و استحکام و فصاحت متن حدیث، به وثوق خبری دست یابد که همین هم حجت است و وثوق مخبری لازم نیست، ولی این هم برای شخص فقیه واثق ارزش دارد نه برای فقیه دیگر. [475] ولی این هم مشکل است زیرا اگر حدیث، طولانی و حاوی مطالب متعدد و از کلمات جامعه بود، مثل روایت چهارصد اصل امیرالمؤمنین (ع)، می توان از خود متن روایت، وثوق به صدور پیدا کرد ولی صدور یک جمله زیبا از هر کسی ممکن است، مخصوصاً بنای عقلاً هم بر این است و لذا از متن و محتوا نیز به وثوق نمی رسیم، لذا روایت از نظر سند حجت نیست. در عین حال مرحوم امام بحث را خاتمه نمی دهد و با امر به تدبّر می فرماید:

«فتدبّر لعلّ الله یحدث بعد ذلك شیئاً»

«[476] که اقتباس از آیه کریمه است. [477]

2. دلالت حدیث: در این باره سه قول وجود دارد:

الف) فاضل ایروانی در حاشیه مکاسب خود می گوید: حدیث، ظهور در حکم تکلیفی دارد و مفادش وجوب تکلیفی حفظ مال مردم است تا زمانی که به صاحبش رد کند و برای حکم وضعی ضمان ید، قابل استدلال نیست، زیرا کلمه «علی» همه جا ظهور در

و جوب تکلیفی دارد و مفاد حدیث این است:

«يجب على الآخذ حفظ ما اخذت إلى زمان الأداء».

این ظهور با دو قرینه دیگر در حدیث تأیید می شود: یکی کلمه «الید» است که «علی» به آن مستند شده و متناسب با آن تکلیف است، زیرا کار ید و دست حفظ و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 236

نگاهداری مال مردم یا رساندن آن به مالک اصلی است؛ و دیگری ماء موصول است که ظهور در عین مال دارد و مفاد حدیث، حفظ و رد عین مال دیگران است و این هم با وجوب تکلیفی مناسب است نه با ضمان، زیرا ضمان پس از تلف مطرح می شود نه وقتی که عین مال موجود است؛ در نتیجه یا روایت ظهور در وجوب تکلیفی دارد و یا مجمل است و به هر حال برای ضمان وضعی قابل استدلال نیست. [478]

ب) شیخ اعظم در مکاسب قائل به تفصیل شده و گفته است: اگر «علی» به فعل اختیاری مکلف مستند شود، مثل وَلَّيْهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ [479] یا «عليك بصلاة الليل» [480] ظهور در وجوب تکلیفی دارد ولی اگر به مالی از اموال مستند شود- مثل مورد حدیث که به ماء موصول، یعنی مال اسناد داده شده است و مثل علیه دین یا علی دین- ظهور در مجرد استقرار مال در عهده خود آخذ یا مقرّ دارد و مفادش وجوب تکلیفی نیست بلکه استقرار و ثبوت مال بر ذمه طرف است که با ضمان متناسب است- آری پس از استقرار ضمان، یکی از احکام آن، وجوب حفظ و وجوب ادای مال به مالک است؛ بر این اساس از نظر شیخ دلالت حدیث بر ضمان هم مثل سند

ج) امام راحل در کتاب البیع می فرماید: کلمه «علی» در همه جا ظهور در ضمان دارد و بر استقرار عین یا دین بر عهده و ذمه طرف دلالت دارد و فرقی ندارد که به فعلی از افعال مکلف اسناد داده شود- مثل آیه حج- یا به مالی از اموال مستند باشد- مثل روایت مذکور. همان طور که متفاهم از «زید علی السطح» استقرار او بر بام است، مفاد روایت هم این است که مالی را که بدون مجوز شرعی و عرفی از کسی گرفته بر عهده اش مستقر شده است، البته نه به این معنا که وجود تکوینی و خارجی مال بر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 237

گردنش آمده است تا خود متاع آویزه گردن او باشد، بلکه وجود اعتباری آن بر عهده آمده است. ضمان هم غیر از این نیست که مالی بر عهده کسی بیاید و باید از عهده برآید یعنی تا عین مال موجود است خود آن بر عهده است و باید از عهده برآید و وقتی تلف شد باید از مال خود تدارک کند و مثل یا قیمت آن را بپردازد. [482]

همین قول مطابق دلیل است، زیرا در کلمه «علی» دو احتمال وجود دارد: یکی این که ظرف مستقر باشد که عامل آن یکی از افعال عموم- مثل مستقر، ثابت، کائن و... است و دیگر این که ظرف لغو باشد و عاملش فعل خاص باشد- مثل یجب در مورد حدیث که به قرینه مقام است. احتمال اول قوی است زیرا احتمال دوم محتاج به تقدیر است که گفته شود: «یجب علی الید» [483] حفظ ما اخذت حتی تؤدی؛ زیرا وجوب تکلیفی اگر هم در ظاهر به

عین مستند باشد باید فعلی از افعال اختیاری، مقدر باشد؛ یعنی «حفظ»، «اداء»، «اعطاء» و...؛ ولی احتمال اول محتاج به تقدیر نیست و مستقیماً گفته می شود: «استقرت علی الید ما اخذت...». تقدیر هم خلاف اصل است. در نتیجه روایت نبوی از نظر دلالت بر ضمان نقصی ندارد و همان طور که شیخ اعظم گفته دلالتش ظاهر است [484] ولی از نظر سندی اشکال دارد.

3. مقدار دلالت روایت: شیخ اعظم در مکاسب چنین آورده است:

ودلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبراً إلا أنّ مورده مختص بالأعیان فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاس. [485]

حاصل سخن شیخ: مدعا این است که هر عقدی که صحیح آن ضمان دارد فاسدش موجب ضمان است؛ خواه بیع فاسد باشد که از نظر مشهور به اعیان تعلق می گیرد- ولو

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 238

تحقیقاً بیع منفعت و عمل جایز است و قبلاً بحث شد- و خواه اجاره فاسده باشد که به منافع عین- مثل سکنای منزل، رکوب دابه و...- یا به عمل حرّ تعلق می گیرد؛ در حالی که حدیث علی الید به سه دلیل مخصوص اعیان خارجی- مثل این کتاب، آن فرش و...- است و منافع و اعمال را شامل نمی شود:

دلیل اول: دلیل خود شیخ: در روایت کلمه «اخذت» آمده و اخذ، ظهور در اخذ حسی و خارجی دارد که انسان چیزی را بگیرد؛ مثل گرفتن کتاب. نسبت به اعیان، اخذ و قبض حسی معقول است ولی نسبت به منافع و اعمال، اخذ و قبض معنا ندارد، بنابراین روایت این موارد را شامل نمی باشد. [486]

پاسخ: اگرچه در ابتدا لفظ اخذ و قبض مثل هر لفظ دیگر در امور حسی به کار رفته

است ولی یقیناً اختصاص به آن ندارد و در امور غیرحسی هم فراوان به کار رفته است، مثل اخذ عهد و میثاق، قبض روح و اخذ علم از معلم، و حتی در امور مادی هم در بسیاری از موارد، اخذ به معنای گرفتن با دست نیست بلکه کنایه از استیلاست، مثل گرفتن منزل و باغ. بنابراین اخذ کنایه از استیلاست و شامل استیلا بر منافع و اعمال هم می شود. ضمن این که در منافع، اخذ بدون واسطه نیست ولی اخذ مع الواسطه هست و آن حصول منافع در دست طرف به سبب گرفتن عین است، و همین کفایت می کند.

دلیل دوم: دلیل مرحوم مامقانی در حاشیه مکاسب: بر فرض که اخذ، کنایه از مطلق استیلا بر چیزی باشد ولی باز هم شامل منافع و اعمال نمی شود؛ زیرا قوام استیلا به وجود شخص مستولی شونده و شیء مستولی شده است اگر این شیء از اعیان باشد که وجود مستقر دارند و همه اجزای آن ها مُجامع در وجود هستند، هر دو رکن محقق است و استیلا بر آن حقیقه صدق می کند، ولی اگر از منافع یا اعمال باشد که وجود

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 239

تدریجی و متصرم دارند و ذره ذره موجود و معدوم می شوند استیلا صدق ندارد، زیرا مستولی علیه نیست چون منفعت این لحظه، تا موجود شد بلافاصله معدوم شد و منفعت «آن» های بعدی هنوز موجود نشده است و در واقع مستولی علیه معدوم است، و امکان ندارد امر عدمی طرف اضافه امر وجودی باشد و قوام موجود به معدوم باشد. بنابراین اخذ، چه به معنای گرفتن حسی باشد و چه کنایه از استیلا باشد در مورد منافع، معقول نیست. [487]

پاسخ:

استیلا در هر موردی متناسب با همان مورد است؛ مثلاً در مورد عین خارجی - از قبیل کتاب و مانند آن - به گرفتن آن است و در مثل باغ و منزل، به گرفتن کلید منزل و باغ است و در مورد منافع هم به استیلا - بر اولین جزء از منفعت (سکنای منزل) است. اگر به دقت عقلی محاسبه کنیم مطلب همان است که در دلیل دوم ذکر شد ولی از نظر عرف همه آنات و لحظات سکنای منزل در طول مدت اجاره يك امر مستمر و ممتد است که جزء اول آن فعلی است و اجزای بعدی به تدریج حاصل می شوند؛ چه مستأجر این منفعت را استیفا کند و چه نکند. بنابراین در مورد منافع هم يك امر موجود تدریجی مستمر است که استیلا بر آن، به استیلا بر جزء اول است و قوام استیلا به امر موجود است نه معدوم.

دلیل سوم: در آخر روایت لفظ «حتّی توّدی یا توّدیّه» ذکر شده که غایت ضمان است و ظاهرش تأدیه، و رد خود مالی است که طرف، آن را اخذ کرده و بر آن مستولی شده است، آن گاه اگر عین خارجی باشد رد خود آن به صاحبش ممکن است و «حتّی توّدی» صدق می کند، ولی اگر منفعت یا عمل باشد رد خود آن به صاحب منزل یا صاحب عمل ممکن نیست، لذا «حتّی توّدی» صدق نمی کند و منافع و اعمال به سبب ذیل حدیث و غایت آن مشمول حدیث نمی باشند. مرحوم آقای خوئی بر این اساس

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 240

تسلیم اشکال شده و مثل شیخ اعظم حدیث را مخصوص اعیان دانسته است که اخص از مدّعاست. [488]

پاسخ امام:

امام راحل از این دلیل هم پاسخ داده و تسلیم اشکال نشده است، حاصل جواب از این قرار است: درباره حدیث «كَلَّ شَيْءٌ نَظِيفٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَدْرٌ» [489] در اصول به طور مفصل بحث شده است که مفاد آن چیست؟ در مجموع هفت احتمال ذکر شده است: به نظر مشهور، غایت «حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَدْرٌ» قید موضوع است و حدیث مخصوص قاعده و اصل طهارت است، گویا گفته شده است: «كَلَّ شَيْءٌ شُكٌّ فِي طَهَارَتِهِ وَنَجَاسَتِهِ ظَاهِرٌ». بنابراین غایت خود حکم طهارت، ذکر نشده است؛ یعنی هر چیزی که طهارت و نجاست آن مشکوک است تا زمانی که علم به قذارت پیدا شود پاک است، اما این که چه زمانی علم خواهد آمد و اساساً آیا حصول علم به قذارت ممکن است یا ممکن نیست، روایت از این جهت در مقام بیان نیست و تمام توجه حدیث به بیان طهارت ظاهری شیء مجهول و مشکوک العنوان أو الحکم است.

حدیث علی الید نیز از این قرار است یعنی غایت «حَتَّى تَوَدَّى» قید موضوع (ما اخذ) است و تمام عنایت حدیث به این است که «المال المأخوذ أو المستولی علیه غیر المؤدَّى إلى صاحبه مالم یؤدَّ إلى صاحبه مضمون علی الآخر أو المستولی»، اما این که آیا امکان تأدیه خود آن موجود است یا خیر، از این نظر در مقام بیان نیست و با هر یک از دو مورد امکان رد- مثل خود عین- و عدم امکان آن- مثل منفعت و عمل- سازگار است. [490] بنابراین حدیث علی الید، هم دلیل ضمان عین است و هم دلیل ضمان منفعت و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 241

عمل، و در نهایت دلیل مساوی با مدعاست

نه اخص از آن، [491] ولی از نظر سندی قابل اعتماد نیست، لذا از استدلال به آن صرف نظر می شود.

وجه دوم، قانون اقدام بر ضمان: شیخ طوسی در چند جا در کتاب مبسوط [492] و به پیروی از ایشان شهید ثانی در مسالك [493] برای ضمان مقبوض به عقد فاسد یا قضیه «کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» به قانون اقدام، استدلال کرده اند که به صورت شکل اول منطقی از این قرار است:

القابض أقدم علی الضمان: صغراً؛ و کل من أقدم علی الضمان فهو ضامن: کبراً؛ فالقابض ضامن: نتیجه.

حاصل کلام: کسی که به موجب معامله فاسدی مال طرف را می گیرد اقدام بر ضمان کرده است و به تعبیر خود شیخ طوسی: «دخل علی أن یكون المال مضموناً علیه بالمسمی» و قانون کلی این است که هرکس اقدام بر ضمانت کند شرعاً ضامن است، اما اگر معامله صحیح باشد وی ضامن عوض تعیین شده در متن عقد است و اگر فاسد باشد - که فرض ما همین است - عوض المسمی را ضامن نیست و قهراً نوبت به عوض واقعی؛ یعنی مثل یا قیمت می رسد. بنابراین به موجب قانون اقدام، قابض ضامن است.

نقد این دلیل: شیخ اعظم در مکاسب با دو بیان این استدلال را رد نموده است:

الف) کبرای کلی، نه جامع افراد است و نه مانع اغیار یعنی چنین نیست که هر جا اقدام بود ضمان هم باشد؛ بلکه گاهی اقدام هست و ضمان نیست، و چنین نیست که هر جا اقدام نبود ضمان نباشد یا هر جا ضمان بود اقدام هم باشد؛ بلکه گاهی ضمان هست ولی اقدام نیست. اما اقدام بدون ضمان در مثل تلف مبیع قبل از قبض است که

کوثر فقه

به حکم قانون «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» خسارت بر بايع وارد می شود و مشتری ضامن نیست با این که با ورود در معامله، اقدام بر ضمان نموده و متعهد شده است که عوض المسمی را بپردازد.

و اما ضمان بدون اقدام در مثل معامله ای است که مشتری شرط کرده است که اگر مبیع پس از قبض هم تلف شد بر عهده بايع باشد و ضرری به مشتری نخورد در این جا ضمان هست ولی اقدام نیست. همچنین مثل بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت که در آن، ضمان هست ولی اقدام بر ضمان نیست.

به نظر تحقیق، این بیان شیخ اعظم ناتمام است؛ زیرا در مثل تلف مبیع قبل از قبض، حکم این است که به محض تلف، اصل معامله منفسخ می گردد و به دنبال آن اقدام معاملی منتفی می شود پس مشتری هم ضامن نیست، اما نه از باب این که اقدام هست و ضمان نیست بلکه از باب این که اقدام منتفی است و نبود ضمان به نبود موضوع آن است. و در مثل شرط بودن تلف مبیع از مشتری، اقدام بر ضمان هست (طرفین معامله هر دو متعهد شده اند که عوض را بدهند) ضمان هست، آری شرط مذکور امر زائدی است که ضمن عقد آمده است و بستگی دارد که شرط صحیح باشد یا فاسد؛ و اگر فاسد است آیا مفسد عقد است یا نه؟ ولی این موارد ربطی به اصل اقدام معاملی و ضمان معاملی ندارد. در مثل بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت نامش را بیع یا اجاره گذاشته اند و گرنه واقعاً بیع و اجاره نیست؛ زیرا قوام بیع به

عوضین، و قیام اجاره به اجرت است و در واقع از نوع هبه و عاریه است که نامش بیع و اجاره نهاده شده است. تکلیف هبه و عاریه هم روشن است؛ زیرا صحیح آن‌ها موجب ضمان نیست تا فاسدش موجب ضمان باشد؛ پس نه ضمان هست و نه اقدام.

ب) دلیل اصلی شیخ اعظم این است که اقدام طرفین در معامله فاسده، بر مطلق ضمان نیست تا شامل ضمان به عوض واقعی (مثل یا قیمت) هم باشد. بلکه بر ضمان خاصی (به عوض المسمی) اقدام کرده اند، و فرض این است که معامله فاسد است و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 243

شارع این ضمان خاص را امضا نکرده است؛ ضمان به مثل یا قیمت هم مورد اقدام نیست تا برای اثبات آن به قانون اقدام استدلال شود. بنابراین دلیل از مدعا اجنبی است، زیرا مدعا ضمان به عوض واقعی است که مورد اقدام نیست و دلیل، قانون اقدام است که بر عوض المسمی است. [494]

بنابراین استدلال به قانون اقدام هم مثل استدلال به حدیث «علی الید» ناتمام است.

شیخ اعظم در پایان توجیه می‌کند و می‌گوید: شیخ طوسی قانون اقدام را دلیل مستقلاً نمی‌داند، بلکه دلیل اصلی را ید و استیلا بر مال دیگری می‌داند که مقتضی برای ضمان ذی الید و مستولی است، و قانون اقدام را از قبیل عدم المانع می‌داند؛ زیرا اگر تسلیط مجانی و بدون عوض باشد مانع از ضمان قابض و متصرف است. گفتنی است در مورد بحث ما این جهت نیست و گیرنده به عنوان معامله اقدام کرده است، پس مانعی از ضمان وجود ندارد و دلیل اصلی، همان ید و استیلا بر مال غیر است. [495] بنابراین

اعتراض به شیخ طوسی متوجه نیست. البته شهید ثانی در مسالك هرکدام از قانون ید و قانون اقدام را دلیل جدایی دانسته است. [496] دو اشکالی هم که ذکر شد به ایشان متوجه است. [497]

در نتیجه شیخ اعظم می پذیرد که دلیل اصلی، حدیث «علی الید» است و قانون اقدام بر ضمان هم از قبیل عدم المانع برای تأثیر مقتضی است، ولی قبلاً ما دلیل «علی الید» را نیز نپذیرفتیم، و از این راه به نتیجه نمی رسیم که قابض مال طرف به عقد فاسد ضامن باشد.

وجه سوم، روایات احترام مال مؤمن: شیخ اعظم پس از تقد دلیل اقدام و قبول

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 244

حدیث «علی الید» و مناقشه در شمول حدیث، نسبت به ضمان منافع و اعمال و تخصیص آن به اعیان خارجی، با عبارت «اللهم إلا أن يستدل...» [498] به روایات احترام مال مؤمن برای حکم به ضمان منافع و اعمال استدلال کرده است. این روایات سه دسته است:

الف) روایات »

لا یحلّ مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه

« در میان این دسته روایات دو روایت معتبر وجود دارد که هر دو را مرحوم کلینی در کافی آورده است. [499] مرحوم صاحب وسائل هم به نقل از مرحوم صدوق به سند معتبر نقل کرده است. [500]

شیوه استدلال: عدم حلیت مال دیگران، مخصوص حال وجود مال، در دست غیر نیست تا مراد، حرمت تکلیفی تصرف در مال دیگران و اتلاف آن باشد، بلکه حال تلف مال غیر را نیز شامل می شود. معنای عدم حلیت مال غیر هم در حال تلف یا حرمت آن پس از تلف، جز ضمانت نیست، یعنی نباید مال مردم ضایع شود و هدر برود و راهی ندارد

مگر ضمان و تدارك به مثل یا قیمت. و کسی که به سبب معامله فاسدی مال دیگری را گرفته است، تصرف در حال وجود آن، حرام است و در حال تلف آن ضامن است.

تقد این دلیل: در ظاهر کلام، حکم حرمت یا عدم حلیت، به عین خارجی مستند شده است و چون معنای معقولی ندارد باید فعل اختیاری مکلف در تقدیر باشد. گفتنی است در اینجا فعل مناسب، تصرف در مال غیر است و مفاد حدیث، حرمت تکلیفی دخل و تصرف است. و اما این که اگر تصرف کرد و تلف نمود یا خود به خود تلف شد ضامن هم باشد مطلب دیگری است که از حدیث استفاده نمی شود و به قول امام راحل: دلالت حدیث بر ضمان روشن نیست. [501]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 245

(ب) روایات

«حرمة مال المؤمن كحرمة دمه».

این تعبیر در سه حدیث آمده است: یکی در موثقه ابی بصیر از امام باقر (ع): قال: قال رسول الله (ص):

«سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية وحرمة ماله كحرمة دمه».[502]

دیگری روایت ابی ذر از رسول خدا (ص) است، [503] و سومی مرسله شیخ صدوق (رحمه الله) است. [504] در سند روایت دوم اشخاص ضعیف وجود دارند. روایت سوم هم مرسله است، ولی روایت اولی موثقه است و کفایت می کند.

شیوه استدلال: محقق اصفهانی [505] و به پیروی از ایشان مرحوم آیت الله خوئی [506] گفته اند: حدیث برای حرمت تکلیفی است و خون مؤمن محترم است؛ یعنی ریختن آن حرام است و احترام مالش هم مثل احترام خون او است؛ پس تصرف در آن حرام است و اما این مطلب که «پس از ریختن خون یا تلف کردن مال، ضامن است و نباید خون یا مال

مؤمن ضایع و هدر شود و باید تدارك شود» از روایت استفاده نمی شود، مخصوصاً که لفظ حرمت، ظهور در تکلیفی دارد، و جمله در سیاق و ردیف چند جمله دیگر است که همه آن ها ظهور در حکم تکلیفی دارند. ولی امام راحل معتقد است که حرمت و احترام خون مؤمن - که مشبّه به است - از هر دو جهت روشن است و از صدر اسلام در آیات قرآن، هم حرمت تکلیفی آن ذکر شده است و هم این که نباید هدر رود و باید قصاص شود یا دیه بدهد؛ و چون در حدیث، احترام مال مؤمن به احترام خون او تشبیه شده و قیدی هم نیامده است، ظاهراً اطلاق و عموم تشبیه است و هر حکمی که خون مسلمان دارد مال مسلمان هم دارد. پس تصرف در آن حرام است و هم اگر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 246

تصرف کرد و تلف شد نباید هدر رود بلکه باید جبران شود. معنای ضمان نیز همین است، [507] از روایت موثقه امام باقر (ع) همین نظر تأیید می شود؛ زیرا قطعاً قبل از آن حضرت، در لسان قرآن و پیامبر اعظم (ص) حکم خون مسلمان تکلیفاً و وضعاً بیان شده است و تشبیه کلی مال او به خویش، شاهد این است که حکم وضعی و تکلیفی مال مؤمن را بیان کرده است. پس روایت دلیل ضمان است و وحدت سیاق هم قرینه محکمی نیست تا از این بخش حکم تکلیفی مراد باشد؛ لفظ حرمت هم ظهور در حرمت تکلیفی ندارد بلکه به معنای احترام مال مؤمن است و با حکم وضعی ضمان نیز سازگار است.

اشکال اصلی این روایات این است که مخصوص فرض

اتلاف هستند نه تلف سماوی؛ زیرا هیچ کس فتوا نداده است بر این که اگر کسی مسلمانی را حبس کرد و او در زندان به مرگ طبیعی از دنیا رفت ضامن باشد، یا اگر مال مؤمنی در گوشه ای از دنیا تلف شد دیگران ضامن باشند. آری، اگر سبب یا مباشر در قتل یا اتلاف باشد ضامن است نه مطلقاً؛ در حالی که مدعا اعم از فرض تلف و اتلاف است، وانگهی در فرض اتلاف هم نیازی به استدلال به این روایات نداریم چون دلایل محکمی دارد. بنابراین دلیل اخص از مدعاست.

ج) روایات

«لا یصلح ذهاب حق احد».[508]

این دسته از روایات شامل سه روایت است که در باب وصیت ذکر شده است. روایت اول صحیحه کناسی [509] و دومی صحیحه محمد بن مسلم [510] و سومی روایت سماعه است.[511]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 247

روایت سوم به خاطر محمد بن عیسی ضعیف است ولی روایت اول و دوم کفایت می کند و اشکال سندی ندارند.

شیوه استدلال: روایات می گوید: حق هیچ کس یا هیچ مسلمانی نباید ضایع شود و از بین برود، و اگر در معامله فاسد، مشتری میباید را بگیرد و تلف کند و ضامن نباشد حق بایع از بین رفته است، بنابراین حکم به ضمان قابض می شود تا حق دیگری تأمین شود.

نقد این دلیل: اولاً عبارت «لا یصلح» مثل عبارت «لا ینبغی» ظهور در حرمت ندارد تا مفادش این باشد که نباید حقی ضایع شود تا دال بر ضمان باشد؛ بلکه ظهور در کراهت و مرجوحیت دارد و از آن، ضمانت و لزوم تدارک، استفاده نمی شود؛ ثانیاً بر فرض که دلیل ضمان باشد اما باز هم دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا تنها در فرض

اتلاف مال یا اتلاف حق دیگری، ضمان را ثابت می کند و نباید حق دار هدر رود، و فرض تلف قهری و سماوی را شامل نیست و هیچ کس فتوا نداده است به این که در فرض تلف قهری هم اگر مال یا حق کسی از بین رفت دیگران مسئول باشند.

وجه چهارم، حدیث نفی ضرر: در کتاب کافی، در دو روایت عبارت «لا ضرر ولا ضرار» ذکر شده است. هر دوی این روایات در مورد قضیه سمره بن جندب است و از قول رسول اعظم (ص) نقل شده که حضرت فرموده است:

«فإنَّه لا ضرر ولا ضرار

» [512] یا فرموده است:

«ولا ضرر ولا ضرار علی مؤمن

». [513] سایر روایات، یا راویان آن ضعیف هستند و یا به صورت مرسل نقل شده و قابل استناد نیستند. البته از دو روایت مورد اشاره نیز روایت دوم، مرسله است؛ زیرا «عن بعض أصحابنا» دارد، ولی روایت اول موثق است - به خاطر ابن بکیر که فطحی مذهب ولی ثقه است - و برای استفاده حکم شرعی فرعی کفایت می کند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 248

شیوه استدلال: به صورت قیاس منطقی می گوئیم: اگر در مقبوض به عقد فاسد، قابض ضامن نباشد لازمه اش تضرر مالک اصلی - مثلاً بایع - است و به حکم روایت نفی ضرر، این لازم منتفی است پس ملزوم (عدم ضمان) نیز منتفی می گردد و وقتی عدم ضمان نبود حتماً ضمان می آید، وگرنه ارتفاع تقيضان می شود که محال ذاتی است.

نقد این دلیل: اولاً لا ضرر و لا حرج و مانند آن مُشرِّع نیستند تا توسط آن ها حکم تکلیفی یا وضعی (ضمان) ثابت گردد بلکه حداکثر نافی می باشند و حکم ضرری را بر می دارند، و به تعبیر دیگر ضرری که از ناحیه

حکم شرعی پیش آید با لا ضرر نفی می گردد و ضرری که از ناحیه عدم حکم شرعی (عدم ضمان) بیاید با حدیث لا ضرر منتفی نمی گردد.

ثانیاً بر فرض که حدیث، برای نفی این ضرر هم به کار آید ولی دلیل از مدعا اخص است؛ زیرا در خصوص تصرف و اتلاف مال غیر، طرف ضامن است تا ضرر به مالک اصلی وارد نشود، ولی در مورد تلف قهری و به آفت سماوی به ویژه با تحفظ قابض بر مال، لا ضرر حکم به ضمان نمی کند. زیرا در مقام امتنان بر جنس امت است و نباید به گونه ای باشد که در حق فردی مایه امتنان، و در حق دیگری خلاف امتنان باشد؛ وگرنه لا ضرر این با لا ضرر آن تعارض می کنند، و در فرض تلف قهری اگر قابض ضامن باشد بدون دلیل، متضرر می شود و لا ضرر این را نفی می کند.

ثالثاً به گفته امام راحل:

إنّ التحقيق في دليل نفي الضرر أنّه حکم سلطاني من رسول الله (ص) ونهي منه من الإضرار وإيقاع الحرج على الغير كما يشهد به مورد القضية صدرأ وذيلاً. [514]

یعنی اصولاً حدیث نفی ضرر در مقام بیان حکم شرعی الهی نیست تا بتوانیم از آن، حکم شرعی به دست آوریم و بر طبق آن فتوا دهیم، بلکه يك حکم حکومتی و سلطانی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 249

است که پیامبر اسلام (ص) به عنوان حاکم و ولی امر صلاح دیده و حکم کرده است تا برای رفع فتنه ها چنین دستوری بدهد؛ و مورد حدیث هم گواه این مطلب است. [515]

وجه پنجم، سیره عقلا: مرحوم آیت الله خوئی برای اثبات ضمان در مورد بحث (مقبوض به عقد فاسد) به سیره قطعی عقلا، و عدم

ردع شارع استدلال کرده است. خلاصه استدلال وی از این قرار است: بناء عملی قطعی عقلا در طول تاریخ این گونه استقرار یافته که اگر کسی بدون تسلیط مجانی مالک اصلی، بر مال دیگری استیلا پیدا کند و آن را در اختیار بگیرد مسئول و ضامن است و باید از عهده آن برآید. از این سیره قطعی، فرض تسلیط مجانی و امانت مالکی خارج است و فرض غصب و معامله فاسد داخل است. بنابراین از نظر عقلا، قابض مال به دنبال عقد فاسد، ضامن است. و این سبب یقیناً در عصر معصوم بوده و مع ذلك ردعی صورت نگرفته است و در سیره های مهم و مورد ابتلای عموم، عدم ردع هم کفایت می کند. و ما به این دلیل به ضمان مقبوض به عقد فاسد حکم می کنیم. [516]

نقد این دلیل: اگر چنین سیره ای وجود داشته باشد، بر ضمان به عوض المسمی است، نه به عوض واقعی؛ در حالی که شرعاً اگر ضامن باشد به عوض واقعی (مثل یا قیمت) است؛ بنابراین عدم ردع در این موارد فایده ای ندارد و لا اقل مقطوع نیست، و تا سیره قطعی نباشد قابل استدلال نیست.

نتیجه: تا این جا تمام دلائل ضمان را بررسی کردیم و هیچ کدام پذیرفتنی نبود. بنابراین برای اصل قضیه «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» دلیل نداریم و ناچاریم در مورد هر عقد فاسدی جداگانه بحث کنیم؛ مثلاً آیا بیع فاسد موجب ضمان مشتری

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 250

نسبت به عین هست یا خیر؟ اجاره فاسده موجب ضمان مستأجر نسبت به عمل اجیر می شود یا نه؟ و ... در ادامه درباره خصوص مقبوض به بیع فاسد، بحث خواهد شد که متن مسأله

درباره عکس قاعده مذکور یا قضیه «کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» مدعا این است که هر عقدی که در مورد صحیح آن ضمان نیست در مورد فاسد آن نیز ضمان نیست؛ مثل عقد رهن، وکالت، مضاربه، عاریه، ودیعه، هبه و ... خلاصه این که در مقبوض به یکی از عقود فاسد مزبور، ضمانی نیست و قابض (مرتهن، وکیل، عامل مضارب، مستعیر، ودعی، متهب و ...) ضامن عین مرهونه و مستعاره و مستودعه و مستوهبه و ... نمی باشند، این عکس دارای دو دلیل است:

1. اولویت: شیخ طوسی در مبسوط به این دلیل استدلال کرده است و در مورد رهن فاسد می گوید: «إن صحیحه لا یوجب الضمان فکیف یضمن بفاسده». [517]

شیخ اعظم در توضیح آن می گوید: اگر صحیح از عقود مذکور و مانند آن ها مقتضی ضمان نباشد- با این که شارع مقدس آن را امضا نموده و مؤثر قرار داده است پس فاسدش که به منزله عدم است و گویا عقدی نیست به طریق اولی مفید و مؤثر در ضمان نخواهد بود؛ زیرا ضمان یا از اقدام قابض بر ضمانت ناشی می شود، یا از قانون ضمان یدی «علی الید ما اخذت ...»، و یا از حکم شارع. گفتنی است هر سه مورد اشکال دارد زیرا قابض اگر اقدام بر ضمان کرده بود صحیح این عقود ضمان آور بود؛ اما نیست؛ اگر «علی الید» مدرک ضمان باشد ید مجانی را شامل نیست و این موارد تخصیصاً یا تخصّصاً از تحت قاعده «علی الید» خارج می باشند. دلیل خاص شرعی هم بر ضمان عقود مذکور نداریم، بنابراین صحیح از این عقود موجب ضمان نیست پس فاسد آن ها به طریق اولی ضمان آور نیست؛ چون فرض

این است که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 251

لغو غیر مؤثر است و وجودش کالعدم است. [518]

سپس شیخ اعظم مناقشه کرده و گفته است در مثل رهن و اجاره صحیح از آن جا که قابض (مرتهن و مستأجر) بر عین مرهونه و مستأجره مسلط می شوند و مالک اصلی، آن ها را مجاناً مسلط کرده است ضامن نیستند ولی در رهن و اجاره فاسد، چنین تسلطی نیست و وجود آن ها کالعدم است پس تسلیط مجانی نیست و به طریق اولی ضامن نیست؛ بنابراین اولویت مورد نظر، مخدوش است. [519]

2. عمومات ادله استیمان: خود شیخ اعظم به این عمومات استدلال کرده و گفته است: عموم ادله ای که دلالت دارند بر این که «من لم یضمّنهُ المالك فهو غیر ضامن». سپس می گوید:

سواء ملكه إياه بغير عوض أو سلّطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقه، أو العمل فيه بلا اجرة أو معها، أو غير ذلك. [520]

خلاصه: مالک اصلی، مال را به هر کسی که بدهد و او را ضامن قرار ندهد، شرعاً ضامن نیست، خواه مال را مجاناً به او تملیک نماید، [521] یا او را بر مالش مسلط کند تا از آن انتفاع برد، [522] یا او را امین بداند و به او اعتماد کند و مال را به او بدهد تا حفظ کند، [523] یا این که مالی را به او بدهد تا عند اللزوم، حق خود را استیفا کند، [524] یا مال را به کسی بدهد تا در آن عمل کند بدون اجرت یا با اجرت و ... بنابراین کبرای کلی «من لم یضمّنهُ المالك فليس بضامن» شامل عقود فاسد و مذکور می شود همان طور که صحیح آن ها را

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 252

می گیرد؛ زیرا

در هیچ کدام، مالک اصلی قابض را ضامن قرار نداده است، بلکه این عمل، تسلیط مجانی است نه معاملی و معاوضی که عین تضمین باشد.

تقد دلیل دوم: اولاً همان گونه که مرحوم شهیدی در حاشیه [525] و امام راحل در کتاب بیع [526] تصریح کرده اند چنین دلیلی وجود ندارد که «من لم یضمّنه المالك فهو غیر ضامن» تا مورد استدلال قرار گیرد. آری در ابواب مختلف از قبیل باب امانت [527] و عاریه [528] و اجاره [529] و مانند آن روایاتی وجود دارد مبنی بر این که امین، ضامن نیست ولی از این روایات، هرگز علیت استفاده نمی شود تا بگوییم «العلّة تعمّم» در نتیجه قاعده کلی (در کلیه عقودی که صحیح آن ضامن ندارد فاسدش نیز ضامن ندارد) به دست آید. آری در روایاتی تعلیق حکم بر وصف است که مشعر به علیت است و کافی نیست، و در مواردی هم به صورت جمله شرطیه آمده است، [530] ولی این که تعبیر کلی داشته باشیم که هر کجا تسلیط مجانی بود یا گیرنده امین بود ضامن نباشد، از روایات ابواب مشارالیها بر نمی آید.

ثانیاً روایات ابواب مورد اشاره هرکدامش از نظر سند و دلالت قابل بحث و بررسی است که در کتب مربوطه (کتاب اجاره، کتاب رهن و ...) باید بررسی شود. ثالثاً در خصوص اجاره و رهن، اصل امانت بودن عین مقبوضه و اصل تسلیط مجانی بودن قابل مناقشه است؛ زیرا موجر عین مورد اجاره را به رسم امانت به مستأجر نداده است تا در حفظ آن بکوشد بلکه برای استیفای حقتش و از باب وفا به عقد اجاره تسلیم نموده است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 253

3. عدم دلیل بر ضامن: بهترین دلیل بر عدم ضامن در عقود

فاسد مذکور، نبودن دلیل بر ضمان است؛ زیرا ضمانت، حکم شرعی است و دلیل می طلبد، و ما هر جا که شك کردیم از اصل براءت و عدم ضمان استفاده می کنیم و در مثل رهن و مضاربه حکم به عدم ضمان می شود مگر این که طرف، افراط یا تقریط کند و سبب تلف مال گردد که بحث دیگری است؛ اتلاف عمدی یقیناً سبب ضمان است.

(ب) بررسی مسأله ضمان مقبوض به بیع فاسد

تاکنون درباره قانون کلی ضمان مقبوض به عقد فاسد قضیه «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» بحث شد و در نتیجه دلیلی بر آن نیافتیم. این جا به بررسی خصوصی ضمان مقبوض به بیع فاسد که موضوع اصلی بحث ما در کتاب بیع است می پردازیم. مدعا این است که: «لوقبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملکه وکان مضموناً علیه» عین این تعبیر در مکاسب [531] و سرائر [532] نیز آمده است. شیخ طوسی، [533] کاشف الغطاء [534] و ابن ادریس [535] هم ادعای اجماع کرده اند. ظاهراً در اصل ضمان مشتری نسبت به مبیع مقبوض به عقد فاسد مخالفی وجود ندارد. البته قبل از حکم به ضمان، فتوا به عدم ملك داده اند ولی این واضح است و دلیل نمی خواهد؛ زیرا ملکیت اثر بیع صحیح است و وقتی بیع، فاسد بود قطعاً مؤثر و مفید ملك نخواهد بود. آن که مهم است حکم به ضمان مشتری نسبت به مبیع مقبوض است آن هم نه ضمان به عوض المسمی؛ زیرا وقتی عقد فاسد باشد بایع هم مالک عوض معین نیست و حق مطالبه ندارد. «تنها سبب ضمان» به این عوض، بیع صحیح است که در این فرض منتفی است. بنابراین محل

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 254

بحث، ضمان به عوض واقعی

(مثل یا قیمت) است.

دلایل اثبات این مدعا:

1. ادعای اجماع.

جواب: بارها از این دلیل پاسخ داده ایم و آن را در حدّ مؤید قبول داریم.

2. حدیث

«علی الید ما اخذت حتی تؤدّی». [536]

جواب: قبلاً درباره قانون

«کل عقد یضمن بصحیححه یضمن بفاسده

» به این حدیث استدلال شد که از نظر سندی مبتلا به اشکال بود؛ لذا قابل استدلال نیست.

3. خود قضیه: خود قضیه کلی مزبور یکی دیگر از دلایل ضمان مبیع است که بدان استناد شده و بر مورد بحث منطبق می باشد.

جواب: ولی این دلیل نیز ناتمام است؛ زیرا قبلاً تحقیق شد و هیچ دلیل قانع کننده ای بر آن وجود نداشت.

4. روایات بیع امة مسروقه: [537] این روایات اگرچه نوعاً ضعیف می باشند ولی در میان آن ها روایت موثقه هم وجود دارد؛ مثل موثقه جمیل بن دراج از امام صادق (ع). این روایت به خاطر معاویه بن حکیم موثقه نامیده شده است وگرنه سایر راویان حدیث، امامی عدل هستند. [538]

متن روایت:

فی الرجل یشتري الجارية من السوق فیولدها ثم یجىء مستحق الجارية؛ قال (ع)

:(«یأخذ الجارية المستحق ویدفع إلیه المبتاع قيمة الولد ویرجع علی من

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 255

باعه بضمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه». [539]

شیوه استدلال: ولد در مورد حدیث، نماء غیر مستوفات است؛ یعنی نتاج و منفعت کنیز است و استیفاء هم نشده است، [540] در عین حال مشتری ضامن آن است و باید قیمت ولد را به صاحب کنیز بدهد. [541] حال اگر مشتری، نماء غیر مستوفات را ضامن است پس نماء مستوفات (خدمات جاریه اگر استیفا کرده باشد) را به طریق اولی ضامن است؛ [542] طریق اولی خود کنیز را ضامن است، یعنی اگر عین موجود است همان را باید به مولای جاریه مسترد کند

و اگر تلف شده باشد باید قیمت آن را پردازد. وجه اولویت در این جا این است که نماء جاریه، فرع بر خود جاریه است و عقلانی نیست که نماء را ضامن باشد ولی خود عین را ضامن نباشد. ضمناً مورد حدیث هم مقبوض به بیع فاسد است؛ زیرا بیع سارق فضولی است و فرض این است که صاحب کنیز امضا نکرده، پس باطل است. در مورد بیع فاسد هم، امام (ع) حکم به ضامن نموده است. بنابراین به برکت این موثقه، مقبوض به بیع فاسد، مورد ضمان است.

دو اشکال مهم:

1. اشکال شیخ اعظم در مکاسب: استیلا [543] از مصادیق اتلاف مال غیر است [544] و بدیهی است که اتلاف عمدی، سبب ضمان است ولی دلیل بر این نیست که تلف قهری

هم سبب ضمان باشد در حالی که بحث ما، یا در تلف قهری و یا در اعم از تلف و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 256

اتلاف است؛ در نتیجه دلیل اخص از مدعاست.

خلاصه پاسخ شیخ اعظم: [545] استیلا از قبیل اتلاف نماء عین نیست تا اشکال شود. بلکه از قبیل ایجاد نماء عین است به نحوی که قابل تملک برای صاحب کنیز نیست. [546] و فرض این است که مشتری خبر ندارد که کنیز مسروقه است، و با جهل مرکب با او نزدیکی کرده و صاحب فرزند گردیده است. چنین فرضی مثل نماء مُتَلَف نیست که عمداً تلف شده باشد بلکه مثل نماء تالف است که گویا قهراً تلف شده است. از این جهت شامل تلف قهری یا شبه آن نیز می شود، مخصوصاً اطلاق کلمه «ویرجع علی من باعه» که فرض تلف و اتلاف هر دو را شامل است.

2. اشکال

مرحوم آیت الله خوئی: این روایات از مرکز بحث ما بیگانه می باشند؛ زیرا مورد بحث در بایعی است که مالک اصلی است ولی معامله فاسد و باطل است و مورد روایات در بایعی است که غاصب است. [547]

پاسخ: اگرچه در مورد روایات، بایع، غاصب و سارق است ولی روایت ابتداءً حکم به ضمان غاصب نمی داند بلکه مشتری را ضامن می داند و طبق آن مالک جاریه، قیمت را از او می گیرد. از این نظر، دلیل ضمان در مقبوض به بیع فاسد است و با بحث ما بیگانه نیست. البته چون غاصب موجب چنین ضرری به مشتری شده است در ادامه روایت، تکلیف او هم مشخص شده است؛ یعنی مشتری هم حق دارد به غاصب رجوع کند و پولی را که بابت کنیز داده و نیز قیمت ولد را بگیرد. پس ضمان بر عهده غاصب استقرار می یابد.

نتیجه: روایت موثقه، دلیل بر ضمان مقبوض به بیع فاسد است و اجماعات صدر

بحث و حدیث علی الید و فتوای قطعی مشهور نیز مؤید آن است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 257

ج) وجوب ردّ عین و حرمت امساک

چند نکته درباره ضمان

امام راحل درباره معنای ضمانت می فرماید:

«بمعنی آنکه يجب علیه أن یردّه إلى مالکة ولو تلف ولو بافہ سماویة يجب علیه ردّ عوضه من المثل أو القیمة». [548]

پیش از بیان هر نکته ای توجه به سه نکته بایسته است:

الف) حضرت امام (رحمه الله) ضمانت را - که يك حکم وضعی است - به وجود ردّ - که يك حکم تکلیفی است - معنا کرده است. این معنا با مبنای شیخ اعظم [549] موافق است. شیخ برای حکم وضعی جعل مستقل قائل نیست و آن را تبعی و انتزاعی می داند. حتی در پاره ای از تعابیرش، حکم وضعی را

به حکم تکلیفی ارجاع داده و عین آن می داند. وی ضامن را به معنای «من يجب عليه الغرامة» می گیرد. ولی بر مسلك اصولیان متأخر از شیخ اعظم، حکم وضعی عین حکم تکلیفی نیست و هرکدام جداگانه قابل جعل می باشند که تفصیل مطلب در باب استصحاب علم اصول فقه مطرح است و اجمال قضیه در مورد ضمانت این است که حقیقت آن نوعی التزام و کفالت- در مورد اموال- است و وجوب ردّ عین یا عوض آن، از احکام ضمانت است و لازم المعنی به جای خود معنا اخذ شده است. مناسب تر این بود که این احکام را از فروعات مقبوض به بیع فاسد بیان می کرد چنان که در مکاسب شیخ اعظم و در کتاب البیع خود حضرت امام این گونه مطرح شده است. البته این نزاع ثمره عملی ندارد؛ زیرا ضمانت را چه به معنای خود وجوب ردّ بگیریم و چه این که وجوب ردّ، از آثار و لوازم آن باشد در هر حال این احکام مطرح است، و چون تمام غرض فقیه بیان آثار و احکام ضمانت است امام

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 258

را حل ضمانت را به خود وجوب ردّ عین یا عوض معنا کرده است؛ نظیر تفسیر صحت و فساد به موافقت امر و عدم آن، که در اصل به معنای تمامیت و نقصان است ولی تفسیر فقیه از باب تفسیر به غرض اصلی او است.

ب) در مورد حقیقت ضمان، نظر مشهور این است که: «الضمان عهدة الدرك والخسارة والغرامة» و به گفته شیخ اعظم در مکاسب: «أما الضمان بمعنی کون تلفه علیه»، [550] و در جای دیگر می گوید: «المراد بالضمان هو کون درك المضمون علیه بمعنی

کون خسارته ودرکه فی ماله الاصلی»، [551] و یک جا می گوید: «فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تدارکه بعوضه الواقعی». [552] از همه تعابیر مزبور به وضوح استفاده می شود که ضمان، فعلی و منجز است و به معنای حقیقی کلمه، بعد از تلف مقبوض به عقد فاسد است زیرا تدارک، خسارت، غرامت، عوض واقعی و ... دالّ بر همین مطلب است. بنابراین قبل از تلف و تا زمانی که عین مقبوض در دست قابض موجود است تنها حکم تکلیفی حرمت امساک و وجوب ردّ، مطرح است نه ضمانت؛ اگر هم بحث ضمان مطرح شود یک ضمان تعلیقی است: «أی عهدة التدارک لو تلف العین».

از برخی کتب لغت نیز همین استفاده می شود؛ مثلاً المنجد در ماده ضمن می گوید: «الضمان عبارة عن التزام ردّ مثل الهالك إن كان مثلیاً أو قیمته إن كان قیمیاً». [553] أقرب الموارد نیز عین این عبارت را دارد. [554]

ولی از عبارت پیش گفته امام راحل، معنای عامی استفاده می شود و به دست می آید که ضمان مخصوص فرض تلف نیست، بلکه قبل از تلف هم صدق می کند و عین مال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 259

بر عهده قابض است، و وی ضامن است و باید از عهده برآید؛ به این صورت که اگر عین موجود است همان را به مالک اصلی ردّ کند و اگر تلف شده است مثل یا قیمت آن را ردّ کند. برخی از کتب لغت از قبیل فیومی در مصباح، ضمان را به معنای مطلق التزام معنی کرده [555] که فرض وجود عین را نیز شامل است. لذا می توان همین معنا را پذیرفت؛ زیرا اولاً صدق عرفی دارد و عرف کسی را که مال مردم

را به ناحق گرفته باشد ضامن می داند؛ ثانیاً خود شیخ اعظم و مشهور که حدیث «علی الید» را قبول دارند کلمه «علی» را به معنای استقرار بر عهده؛ یعنی ضمانت که حکم وضعی است دانسته اند و از «علی الید» ضمان را فهمیده اند؛ در حالی که مورد حدیث، خود مالی است که طرف از صاحبش گرفته است، مخصوصاً غایت (حتی تودیه) که ضمان را مغیا کرده است به اداء خود مال مأخوذ، یا اعم از خودش و بدلش؛ ثالثاً در معاملات صحیح، تعبیر به ضمان به «عوض المسمی» می شود و هرکدام ضامن هستند، در حالی که تلفی مطرح نیست. بنابراین بهتر است ضمان را به معنای مطلق التزام و بر عهده آمدن بگیریم که شامل استقرار عین بر عهده و استقرار بدل آن بشود.

ج) در کلام امام، فرض تلف قهری یا تلف با آفت سماوی ذکر شده و فرض تلف اختیاری یا اتلاف ذکر نشده است. از برخی تعبیر شیخ اعظم در مکاسب [556] نیز همین (تلف قهری) به دست می آید. سرّ مطلب این است که اولاً فرض اتلاف، جداگانه دلیل دارد و اجماعاً مُتَلَف ضامن است و قانون اتلاف «من أتلّف مال الغیر فهو له ضامن» از قواعد مسلّم است و جای بحث ندارد تا در مورد مقبوض به بیع فاسد مطرح شود؛ ثانیاً اگر در فرض تلف قهری، قابض ضامن باشد در فرض اتلاف، به طریق اولی ضامن است؛ بنابراین نیازی به ذکر فرض اتلاف نیست.

با توجه به سه نکته پیشین، سومین حکم از احکام مقبوض به بیع فاسد، این است

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 260

که ردّ عین به مالک، واجب و امساک آن حرام است.

در این باره سه بحث وجود دارد:

1. آیا تصرف در مقبوض به بیع فاسد جایز است یا حرام؟

2. بر فرض حرمت، آیا بر قابض واجب است مبیع را به مالک اصلی ردّ کند، یا این که تخلیه و رفع ید کفایت می کند؟ به این معنا که از اداء آن ممانعت نکند و اعلان آمادگی کند.

3. بر فرض که ردّ واجب باشد، اما اگر رد کردن، مخارجی داشته باشد، این مخارج آیا بر عهده مالک اصلی است یا بر عهده قابض است؟

حکم تصرف در مقبوض به بیع فاسد

کبرای کلی عقلی و شرعی مسلّم است؛ یعنی تصرف در مال دیگران بدون اذن و رضایت مالک عقلاً قبیح و شرعاً حرام است. نزاع در صغرای مطلب است: آیا در مورد بحث ما، تصرف قابض در مقبوض به بیع فاسد، از مصادیق تصرف در مال دیگری بدون اذن مالک است تا حتماً قبیح و حرام باشد یا تصرف با اذن مالک است تا تکلیفاً حرام نباشد- ولو وضعاً موجب ضمان باشد؟ در این باره سه وجه وجود دارد:

1. نظر مشهور- از جمله شیخ اعظم در مکاسب [557] و مرحوم آقای خوئی در مصباح [558] و امام راحل در کتاب بیع [559] و در متن تحریر- حرمت تصرف است مطلقاً؛ [560] زیرا تنها مجوز تصرف، معامله است که آن هم علی الفرض، فاسد و باطل است و مجوز دیگری وجود ندارد. بنابراین تصرف مذکور از نوع تصرف در مال غیر بدون اذن مالک است و به حکم عقل و نقل جایز نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 261

2. از نظر برخی از محشّین مکاسب از جمله مرحوم ایروانی [561]، تصرف مذکور شرعاً و تکلیفاً حرام نیست- اگرچه وضعاً ضامن است- به این دلیل که

اذن ضمنی وجود دارد و مالک اصلی با این معامله فاسدی که انجام داده است و به دنبالش، مال را به مشتری تحویل داده و او را بر مالش مسلط کرده است در واقع راضی است که مشتری در مالش تصرف کند و تصرف در مال غیر با اذن و رضای مالک جایز است.

اشکال: اذن و رضایت مالک، مطلق نیست بلکه مقید به فرض معامله و حصول ملکیت است، و فرض این است که معامله باطل است و مشتری مالک مبیع نشده است. پس وقتی قید نبود، مقید (رضایت) هم نبود است. و علی الفرض رضایت دیگری هم وجود ندارد تا مجوز تصرف باشد؛ اگر هم وجود داشته باشد، از محل بحث خارج است.

3. مرحوم سید در حاشیه، میان فرض علم و جهل دافع، تفصیل داده و فرموده است: اگر دافع، جاهل به فساد معامله بوده است و به گمان این که معامله صحیح است متاع خود را به طرف معامله تسلیم کرده ولی بعداً فهمیده است که معامله باطل است قابض حق ندارد در آن مال تصرف کند. ولی اگر عالم به فساد بوده و با اراده خودش، مال را به طرف داده باشد و او هم گرفته باشد، شرعاً و تکلیفاً حق دارد تصرف کند؛ حتی می تواند اتلاف کند و این کارش هم حرام نیست اگرچه وضعاً ضامن عین و منافع آن است، ولی تکلیفاً کار حرامی نکرده است.

حاصل دلیل سید این است که معامله دو جهت دارد: یکی تملیک مال به غیر، و دیگری اذن و رضایت مالک به تصرف طرف در این مال. جهت اول وجودش کالعدم است و مؤثر در ملکیت

نیست؛ زیرا مالک شدن، منوط به عقد صحیح و جامع همه اجزاء و شروط است که علی الفرض چنین نیست؛ ولی جهت دوم یا اذن در تصرف، مشروط به

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 262

شرطی نیست و از هر راهی که اذن و رضایت حاصل شود، مجوز تصرف در مال است؛ بنابراین با فرض فساد معامله، اگر عالماً و عامداً دفع کرده باشد، معنایش رضایت و طیب نفس به تصرف دیگری است و همین تمام موضوع جواز تصرف است. [562]

اشکال: اولاً قبول نداریم که در معامله دو جهت (تملیک و اذن) وجود داشته باشد بلکه وجداناً و از نظر متفاهم عرفی، حقیقت معامله همان تملیک اعتباری است نه اذن در تصرف؛ آری پس از حصول ملکیت، جواز تصرف هم می آید چه مالک اصلی اذن بدهد چه اذن ندهد. گفتنی است این از احکام و آثار ملک است نه از ارکان و مقومات معامله و تملیک؛ ثانیاً مقصود از اذن در تصرف به عنوان یکی از دو جهت معامله چیست؟ اگر مقصود، اذن تبعی و ضمنی و مقید باشد قبلاً در پاسخ نظریه دوم بیان شد که با بطلان و انفساخ معامله، اذن در ضمن آن و تابع آن نیز منتفی می شود؛ اگر مقصود، اذن مطلق و مستقل است و دافع، جدا از معامله، راضی به تصرف است، می گوئیم:

اولاً وجداناً چنین اذنی منتفی است؛ ثانیاً بر فرض که چنین اذنی احراز شود از بحث ما خارج است؛ زیرا کلام در جواز تصرف در مقبوض به بیع فاسد به عنوان مقبوض کذائی است، نه در تصرف در مقبوض که با صرف نظر از این عنوان، مورد اذن در تصرف است.

نتیجه: قابض

حَقّ ندارد در مال مقبوض به بیع فاسد تصرف کند؛ آری با جهل به فساد اگر تصرف کند و جاهل قاصر هم باشد عقاب ندارد و حرمت فعلی از او برداشته می شود، ولی اگر با علم به فساد تصرف کند مشمول تصرف در مال غیر بدون اذن مالک می شود که عقلاً و نقلاً جایز نیست. البته فعلاً بحث ما در عقود و معاملات از قبیل بیع و اجاره است و اما عقودی از قبیل وکالت و عاریه و ... که به قول محقق نائینی عقود اذنیه می باشند بحث دیگری دارد که در باب خودش باید مطرح شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 263

وجوب ردّ مال و حرمت امساک

حال که تصرف حرام است آیا بر قابض واجب است مال را به صاحبش ردّ کند و حرام است امساک کند و نزد خود نگهدارد؟ یا ردّ واجب نیست و مجرد تخلیه و رفع ید کفایت می کند؟ البته اگر مال را حبس کند و از ردّ آن به صاحبش امتناع کند و امتناع او به ناحق باشد، اشکال دارد؛ زیرا این کار غصب و ظلم در حَقّ مالک است؛ ولی بحث ما در فرض عدم امتناع از ردّ است که آیا همین کفایت می کند یا علاوه بر آن باید اقدام کند و مال را به مالکش برگرداند؟

شیخ اعظم در مکاسب [563] می گوید: ردّ واجب و امساک حرام است و مجرد تخلیه کافی نیست. و جوبش هم فوری است و در اولین فرصت ممکن باید اقدام کند، وگرنه مرتکب حرام شده و مستحق عقوبت است.

مهم ترین دلیل شیخ دو روایت است: یکی توقیع مروی از حضرت ولی عصر (عج) است که در بخشی از آن می خوانیم:

«لا یحلّ لأحد

أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ

«[564] و دیگری روایت نبوی (ص) است که در بخشی از آن می فرماید:

«وَلَا يَحِلُّ دَمُ امْرَأٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيِّبِ نَفْسِ عَنِّهِ».[565]

شیوه استدلال: استدلال به روایت نبوی این گونه است که: در ظاهر روایت، حرمت به خود عین خارجی (مال مسلمان) اسناد داده شده است، و چون اسناد حکم تکلیفی باید به فعل اختیاری مکلف باشد نه به عین خارجی - که ربطی به مکلف ندارد - ناگزیر از تقدیر هستیم و چون حذف متعلق، مفید عموم است می گوئیم مقدر، جمیع افعال مربوط به مال غیر است که از جمله آن ها امساک یا بودن مال، نزد غیر مالک

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 264

است؛ بنابراین، امساک مال غیر بدون اذن مالک، حرام است و به حکم فهم عرفی رد آن به صاحبش به وجوب فوری واجب است.

اشکال مرحوم خوئی: مقدر فقط یکی از افعال اختیاری است و در هر موردی به تناسب حکم و موضوع آن فعل معلوم می شود، مثلاً در «حرم علیکم الخمر» فعل مناسب «شرب» است. در مورد بحث هم فعل مناسب، تملك مال غیر یا انتفاع از آن است. حداکثر این است که مطلق تصرف در مال غیر حرام است ولی مجرد امساک و نگهداری، بدون امتناع از رد، تصرف نیست تا مشمول حدیث باشد. به همین دلیل، وی بحث را روی قاعده برده است که اگر امساک، همراه با امتناع باشد از باب غضب حرام است و اگر بدون آن باشد حرمتی ندارد تا رد آن واجب باشد. ایشان در نهایت به کفایت تخلیه رأی داده است.[566]

امام راحل در کتاب البیع نظر شیخ اعظم را پذیرفته و از

حدیث نبوی (ص) حرمت امساک را به دست آورده است، ولی نه از راه شیخ و مشهور (نیاز به تقدیر)، بلکه از راه حقیقت ادعائیه. خلاصه شیوه امام راحل این است که در حدیث، حرمت به ذات مال غیر نسبت داده شده است و حرمت ذات مال به این است که جمیع شئون مربوط به آن حرام باشد؛ زیرا اگر برخی از شئون مال غیر حرام نباشد اسناد حرمت به ذات، صحیح نیست. یکی از شئون مال غیر، امساک آن در نزد دیگری بدون اذن مالک است، بنابراین روایت شأن امساک را نیز می‌گیرد و بر حرمت آن و برابر فهم عرفی بر وجوب رد آن دلالت می‌کند. در این صورت، نیازی به تقدیر هم نیست و بر فرض که نیازی به تقدیر باشد، نوبت به تقدیر فعل خاص نمی‌رسد؛ زیرا اگر فعل خاص، منظور بود بیان می‌کرد تا مجمل گویی نباشد. و همان طور که شیخ اعظم گفت، جمیع افعال مربوطه در تقدیر است که یکی از آن‌ها امساک مال غیر و بودن آن در اختیار غیر مالک است. [567]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 265

با نگاه عرفی به روایت نیز همین معنا فهمیده می‌شود، مثلاً اگر واقف بگوید: این موقوفه فقط مال سادات است و برای دیگران ممنوع است، متفاهم این است که ورود به آن موقوفه و هر نوع استفاده‌ای از آن، برای غیر سادات جایز نیست. بنابراین روایت نبوی (ص) دلالتش کامل است، سندش هم به اعتبار سماعه، موثق است و بر حرمت امساک و وجوب رد دلالت دارد.

اشکال مرحوم آخوند: [568] مرحوم آخوند و محقق اصفهانی [569] نیز به استدلال شیخ اشکال کرده و گفته‌اند: روایت بر حرمت

امساک دلالت می کند و مدعای شما وجوب ردّ است و ردّ و امساک ضدّان هستند؛ آن گاه استدلال کردن از راه حرمت امساک بر وجوب ردّ، مبتنی بر مبنائی است که خود شیخ اعظم قبول ندارد و آن مسأله اقتضای امر به شیء، نسبت به نهی از ضدّ خاص و متقابلاً اقتضای نهی از شیء، نسبت به امر به ضدّ آن است تا بتوانیم از راه نهی از امساک بر امر به ردّ استدلال کنیم. بنابراین مبنای دلیل مذکور به نظر شما [570] ناتمام است [571] چگونه استدلال را بر آن مبتنی کرده اید؟ آیا از مبنای خود رجوع کرده اید یا آن را فراموش نموده اید؟!

پاسخ امام راحل: [572] خلاصه سخن امام از این قرار است: شیخ اعظم مبنای اصولی خویش را فراموش نکرده است، و البته استدلال فوق، مبتنی بر آن نیست زیرا مسأله اقتضا، نسبت به ضد خاص در علم اصول، بر یکی از دو مسلك «مقدمیت» یا «تلازم» که صد در صد عقلی و برهانی اند مبتنی است. البته شایان ذکر است که هر دو مسلك باطل است؛ ولی استدلال شیخ بر اساس فهم عرف و عقلاست زیرا هر عاقلی، از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 266

حرمت امساک، به وجوب ردّ منتقل می شود و نیازی به برهان دقیق عقلی ندارد. در خود روایت هم ابتدا وجوب ردّ امانت به صاحبش را بیان کرده سپس این کبرای کلی را آورده و فرموده است: «ولا یحلّ دم امرءٍ مُسلم ولا ماله إلا بطیب نفس منه» و قضیه حرمت همه شئون مال دیگری- از جمله حرمت امساک آن را- بر مورد وجوب ردّ، منطبق کرده و در واقع بدان معلّل ساخته است. که

در این جا تعلیل به امر ارتکازی عرفی است. بنابراین اثبات وجوب ردّ از راه حدیث فوق، امری عقلانی و عرفی است و ربطی به مبنای باب ضدّ که کاملاً عقلی و برهانی است، ندارد.

نتیجه: دلالت روایت بر وجوب ردّ مال مقبوض به بیع فاسد به صاحب آن، خالی از اشکال است و به گفته امام راحل در متن: «یحب علیه أن یرده إلی مالکة».

در این باره بحث های بیشتری مطرح است. مرحوم نائینی نیز در این باره مطالبی بیان داشته است که می توان در کتاب منیة الطالب [573] به مطالعه آن پرداخت.

بررسی تأمین مخارج ردّ

بر فرض که ردّ واجب باشد و تخلیه کفایت نکند؛ آیا مخارج ردّ بر عهده مالک است، یا بر عهده قابض، یا تفصیل وجود دارد؟

در این باره پنج احتمال وجود دارد:

1. تمام مخارج بر عهده مالک است و تفصیلی مطرح نیست. این احتمال نه دلیل دارد و نه قائل.

2. مخارج ردّ مطلقاً بر عهده قابض است؛ چه کم باشد چه زیاد؛ به مقدار متعارف باشد یا بیشتر؛ طرفین عالم به فساد باشند یا جاهل. این قول از جناب علامه [574] و محقق

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 267

ثانی [575] نقل شده و دلیل آن ها این است که خود ردّ بر قابض واجب است و آن بدون مؤونه و مخارج حاصل نمی شود؛ پس، از باب مقدمه واجب باید مخارج ردّ را بپردازد تا بتواند واجب (ردّ) را انجام دهد.

پاسخ: اولاً وجوب شرعی مقدمه واجب را قبول نداریم تا از این راه بر وجوب ادای مؤونه استدلال شود؛ ثانیاً بر فرض قبول، قانون نفی ضرر آن را برمی دارد.

3. اگر مؤونه کم باشد باید قابض بپردازد و اگر زیاد باشد واجب نیست، زیرا ضرر

است و به حکم قانون نفی ضرر، برداشته می شود. این نظریه از پاسخ شیخ به استدلال علامه و محقق ثانی به دست می آید. [576]

پاسخ: این تفصیل ناتمام است، زیرا اگر نفی ضرر حاکم است فرقی میان ضرر کم و زیاد نیست و این قانون، جنس حکم ضرری را برمی دارد؛ بنابراین اگر ضرر قلیل هم باشد منتفی است، مگر این که به قدری ناچیز باشد که اصلاً وجودش کالعدم باشد و عرف آن را ضرر نداند.

4. محقق خراسانی و محقق نائینی [577] تفصیل دیگری داده اند: آن مقدار مؤونه ای که مقتضای طبیعت ردّ است، و ردّ لو خلی و طبعه آن را اقتضا می کند و در واقع مقدار متعارف است، بر عهده قابض است و لا ضرر در آن جاری نمی شود؛ زیرا قانون نفی ضرر، احکامی را که بر حسب طبع اصلی و اولی، ضرری هستند شامل نمی شود، مثل وجوب خمس، زکات، حج و ... ولی آن مؤونه ای که بیش از مقدار متعارف است بر قابض واجب نیست؛ زیرا موجب ضرر است و به حکم قانون «لا ضرر» برداشته شده است. این نظریه، نظریه محقق خراسانی [578] و محقق نائینی [579] است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 268

پاسخ امام راحل: چنین نیست که طبیعت ردّ اقتضای مؤونه ای داشته باشد، بلکه مؤونه از مقدمات برخی از مصادیق ردّ است؛ یعنی در موارد زیادی ردّ مال محقق می شود بدون آن که مخارجی متحمل شود، و در موارد فراوان دیگری، ردّ مال غیر بدون تحمل هزینه ممکن نیست. بنابراین مؤونه مقتضای طبع ردّ نیست و گرنه از آن جدا نمی شد، و غالباً یا دائماً ردّ باید همراه مؤونه ای باشد. آری در موارد معدودی - که از خصوصیات شخصیه آن موارد است -

نظیر وجوب وضو و غسل که در مواردی ضرری است و در مواردی ضرری نیست؛ ولو مؤونه متعارف باشد مشمول قانون نفی ضرر است و تفصیل مذکور ناتمام است. [580] البته این سخنان بر مبنای مشهور است که قانون «لا ضرر» را دلیل عنوان ثانوی و حاکم بر ادله احکام می‌داند، وگرنه بر مبنای خود امام، این قانون يك حکم حکومتی و سلطانی است و بر ادله احکام، حاکم نیست. [581]

5. نظریه امام خمینی (رحمه الله) خود امام راحل با عبارت: «نعم یمکن أن یقال...» تمایل به تفصیل دیگری دارد که عبارت است از:

1. اگر دافع، جاهل به فساد معامله و اهل مبالات در دین است، و چون گمان می‌کرد که معامله صحیح است مبیع را تسلیم کرده باشد ولی قابض عالم به فساد بود و اهل مبالات در دین نباشد و با علم و عمد قبض کرده باشد، تمام مؤونه ردّ، بر عهده قابض است؛ زیرا او به منزله غاصب است و بلکه خود غاصب است و «الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال» و به هر قیمتی که باشد باید مال مردم را ردّ کند؛ اگرچه دچار ضرر و عسر و حرج شود.

2. اگر دافع عالم به فساد است و اهل مبالات نیست و با علم و عمد، مبیع را داده است، ولی قابض، جاهل به فساد است و اهل مبالات در دین است و گمان می‌کرد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 269

مالك شده است و حقّ قبض دارد، مؤونه ردّ بر دافع است؛ و بر قابض جز اصل ردّ، واجب نیست. [582]

البته دو فرض دیگر هم وجود دارد که در کلام امام راحل نیامده است.

حکم نفس قبض مال

حکم خود قبض مالی

که به بیع فاسد معامله شده است:

دانستیم که تصرف در این مال حرام است، امساک آن ولو تصرف نباشد حرام است و رد آن به صاحبش واجب است. حال اصل قبض آن از مالک اصلی چه حکمی دارد؟ اصل قبض هم حرام است؛ زیرا موثقه سماعه، جمیع شؤن مربوط به مال غیر را دربر می گیرد. یکی از آن شؤن، گرفتن مال دیگری بدون رضایت مالک و استیلا بر آن است که به برکت اطلاق موثقه، حرام است. آری اگر قابض جاهل باشد و در امر دین هم بی مبالا نباشد، قبض در حق او حرمت فعلی و منجز پیدا نمی کند و عذاب ندارد و مشمول حدیث رفع می گردد؛ چه این که تصرف و امساک بدون علم به فساد معامله، حرمت تنجیزی و عقاب ندارد، رد هم وجوب فعلی و فوری ندارد؛ اگرچه واقعاً حرام است.

ضمان منافع

شیخ اعظم [583] و به پیروی از ایشان، امام راحل در کتاب البیع [584]، پس از بحث وجوب رد، مبحث ضمان منافع مقبوض به عقد فاسد را به عنوان یکی از فروع بحث مقبوض به

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 270

عقد فاسد، عنوان کرده اند، و انصافاً بحث مهمی است. ولی امام راحل در متن تحریر در مسأله 13 ضمان منافع مستوفات و غیر مستوفات را عنوان نکرده اند و تنها ضمان خود عین را بیان کرده اند، ما نیز بر اساس متن، ضمان منافع را بررسی نمی کنیم؛ چون محل اصلی آن کتاب غصب است؛ زیرا در آن جا مکرر بیان خواهد شد که مقبوض به عقد فاسد به منزله غصب است، یا گفته می شود: «المغصوب وما بحکمه» که مقصود، همین مقبوض به عقد فاسد و مانند آن است و راجع به

ضمان منافع «مغضوب و ما بحکمه» بحث می شود. بنابراین مبحث ضمان منافع را به کتاب غضب تحریر ارجاع می دهیم.

تلف مبیع به بیع فاسد

اتلاف چندین مال قطعاً موجب ضمان است و باید مُتَلَف از عهده برآید و عوض آن را به صاحب مال بپردازد و قانون «من أتلف مال الغير بغیر إذن مالکة فهو له ضامن»، از قواعد فقهی مشهور و مسلّم و بلکه اجماعی است، و سیره عقلا بر آن است. البته قاعده فوق، با همان عبارت در آیه یا روایتی ذکر نشده و تنها در معقد اجماعات آمده است؛ ولی از روایات متفرقی که در ابواب مختلف- از قبیل باب رهن، باب اجاره، باب عاریه، باب ودیعه، باب مضاربه- آمده، این قاعده اقتباس و اصطیاد گردیده است. افزون بر این روایات، کتب قواعد فقهی به آیه اعتداء و روایات احترام مال مؤمن و مانند آن ها نیز استدلال کرده اند.

گذشته از تمام این ها سیره قطعی عقلا بر ضمانت مُتَلَف مستقر شده است و جای کمترین مناقشه ای نیست؛ مهم، تلف قهری آن است که در نزد قابض بدون کمترین افراط یا تقریظی و بدون کمترین دخالتی خود به خود تلف شده و از قابلیت استفاده خارج گردیده است. اصل این مطلب که اگر تلف شد قابض ضامن است و باید تدارک کند و عوض آن را به صاحبش بدهد مسلّم است و اصولاً معنای ضمان از نظر مشهور همین است. حتی اگر معنای ضمان اصل التزام باشد، و جوب ردّ بدل و عوض، از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 271

احکام و لوازم قطعی و مسلّم آن است و نیازی به اثبات و استدلال ویژه ای ندارد لذا بزرگان فقه از قبیل شیخ اعظم، امام

راحل و دیگران، بحث را روی این نقطه متمرکز کرده اند که اگر مثلی باشد، قابض ضامن به مثل آن است و تا مثل به قیمت متعارف موجود است نوبت به قیمت نمی رسد؛ مگر این که طرفین راضی باشند، یا مثل متعذر باشد، یا اگر هم میسر باشد، قابض مجبور است آن را به قیمت گزافی تهیه کند و به مالک تحویل دهد که در ادامه به این جهات پرداخته خواهد شد. اگر قیمی باشد ضامن به قیمت آن است. عبارت مشهوری در این باره وجود دارد که امام راحل آن را در کتاب البیع بیان کرده است: «إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله وإن كان قيميّاً وجبت قيمته».[585]

بحث موضوعی: مقصود از مثلی و قیمی چیست؟ شیخ اعظم در مکاسب هفت تعریف از بزرگان فقه امامیه و اهل سنت را نقل کرده است.[586] اما گفتنی است این تعریف ها از نوع تعریف ماهوی و منطقی و عقلی نیستند تا تعریف به اجناس و فصول یا اعراض خاصه باشند؛ زیرا شرایط تعریف منطقی را ندارند. شیخ اشاره ای به تعریف قیمی ندارد و تنها فرموده است:

«والقیمیّ بخلافه».

اما به نظر می رسد واژه های مثلی و قیمی به معنای عرفی خود باقی هستند و هر معنایی را که اهل بازار از آن اراده می کنند، فقیه در مقام بیان حکم همان است. عرف، مثل و مثلی را برای هدف های متفاوتی به کار می برد؛ غرض ما نیز در مورد بحث، مماثلت و مساوات در قیمت است، که آن هم در گرو مشابهت در صفات است. شایان ذکر است که در این جا دو دسته از صفات مطرح است:

1. صفاتی که هیچ گاه در مالیت و قیمت شیء

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 272

2. صفاتی که از نظر عرف در ارزش اشیاء و کم و زیاد شدن قیمت آن ها کاملاً دخیل اند. منظور ما مماثلت در این صفات است آن هم یا مشابهت دو فرد از يك صنف، یا مشابهت دو صنف از يك نوع مورد نظر است. مشابهت دو نوع از يك جنس مورد نظر نیست، وگرنه گندم که اظهر مصادیق مثلی است انواعی دارد و قیمت هر نوع با نوع دیگر بسیار متفاوت است.

اما در خارج اشیایی وجود دارد که قیمی یا مثلی بودن آن ها از نظر عرف و اهل بازار مشکوک است که این موارد باید به برکت اصل عملی روشن گردد.

امام راحل در کتاب البیع وارد بحث تعریف ها نشده و تنها می فرماید: ملاک، نظر عرف است:

فهما موكولان إلى العرف سیما الثاني منهما (القیمی)؛ فإِنَّهُمَا كسائر العناوين المأخوذة في الأدلة، التي مرجع تشخیصها العرف واللغة. [587]

و در تحریر الوسیله، کتاب غضب، مسأله 23 نیز تصریح می فرماید که تعیین مثلی و قیمی بودن، موكول به عرف است.

بحث حکمی: برای فقیه بیان حکم مهم است؛ لذا امام راحل در کتاب البیع به تعریف نپرداخته و مستقیماً در مقام اثبات حکم شرعی برآمده است. مدعا این است: مالی که مشتری به عقد فاسد قبض کرده و نزدش تلف شد؛ اگر مثلی است ضامن باید مثل آن را به مالک اصلی بدهد و اگر قیمی است باید قیمت آن را بپردازد. بر این مدعا به کتاب و سنت و اجماع و... استدلال شده است.

دلیل اول: کتاب

آیه اعتداء: ظاهراً اولین بار شیخ طوسی در دو کتاب مبسوط [588] و خلاف [589] به آن

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 273

استدلال

کرده است: ... فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيكُمْ.... [590]

تقریب استدلال: در این آیه حکم اعتدا و تجاوز ابتدایی بیان نشده است؛ و در صدد بیان آن هم نیست بلکه حکم آن از خارج روشن است؛ یعنی تعدی و تجاوز به حدود و حقوق دیگران و حریم شخصی آنان جرم است و قبح عقلی و حرمت شرعی دارد و همه خردمندان جهان، فرد متجاوز را مستحق مذمت و کیفر و مجازات می دانند.

آیه حکم اعتدای مجازاتی را بیان کرده و فرموده است که اگر کسی بر شما تعدی نمود شما هم متقابلاً بر او تعدی کنید. البته امر در آیه، امر ایجابی نیست تا مفادش وجوب مقابله به مثل باشد؛ زیرا چه بسا فردی مورد تعدی و تجاوز قرار گیرد و عفو کند و انتقام نگیرد؛ بلکه مقصود، اصل جواز تعدی به مثل است و امر ترخیص از قبیل امر إذا حَلَلْتُمْ فَاصْدُّوا [591] یا امر فَكُلُوا مِمَّا اُمْسَكْنَ [592] و نظائر آن است که در مقام دفع توهم حظر است. پس آیه کریمه، اعتدا به مثل را اجازه داده، ولی حدود آن را بیان نکرده است که اعتدا، در چه جهتی مجوّز اعتدا به مثل است؟ امکان دارد آیه به سبب اطلاق جنبه جانی و مالی و آبرویی و ... را شامل شود. ولی قطعاً مواردی، از این اطلاق بیرون است؛ مثلاً اگر کسی به ناموس دیگری تعدی کند، طرف حق ندارد به ناموس متعدی تعدی کند؛ قدر مسلم این است که در جنبه جانی و مالی، اعتدا به مثل اجازه داده شده است، بنابراین اگر کسی به ناحق مال دیگری را تلف کرد طرف او

حَقِّ دارد به همان اندازه، مال متجاوز را بگیرد و در آن دخل و تصرف کند نه بیشتر از آن. بر همین اساس، بزرگان، از امر به اعتدال به مثل، بهره جسته اند که: متجاوز به مال و مُتَلَف مال مردم ضامن است و باید از عهده برآید، و ادعا کرده اند مماثلت در آیه، به معنای عام کلمه است یعنی اگر مثلی بوده مثل آن را ضامن است و اگر قیمی بوده

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 274

قیمت را ضامن است؛ زیرا مماثل هر چیزی متناسب با همان چیز است، مماثلِ مثلی، مثل آن است و مماثلِ قیمی، قیمت آن است. [593]

نتیجه: آیه کریمه کاملاً مدعا را ثابت می کند؛ یعنی اگر مال تالف، مثلی بود طرف، ضامن به مثل آن است و اگر قیمی بود، ضامن به قیمت آن است.

اشکال: به استدلال فوق، چند اشکال وارد شده است که به یکی از مهم ترین آن ها (اشکالی که از سوی امام خمینی (رحمه الله) وارد شده است) اشاره می شود: [594]

حضرت امام (رحمه الله) می فرماید: آیه شریفه در ضمن آیات جهاد و قتال [595] وارد شده و به گفته مفسران در مورد صلح حدیبیه است که در سال ششم هجری در ماه ذی القعدة منعقد شد و مسلمانان حج نرفتند ولی به جای آن سال هفتم حج کردند. اشاره جمله اول آیه، یعنی الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ [596] به این است که ذی قعدة امسال که به مکه آمدید و مناسک حج را به جا آوردید در مقابل ذی قعدة سال قبل است که از انجام مناسک، منع شدید. و شاید مقصود این باشد که قتال شما با مشرکان در ماه حرام (ذی القعدة) در برابر قتال آنان با

شما در این ماه است. طبق این احتمال معنای جمله دوم آیه، یعنی وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ [597] این است که قتال شما در منطقه حرم و در ماه حرام و در شهر حرام (مکه) در برابر قتال مشرکان با شما و هتک حرمت آنان نسبت به این سه حرام است.

در ادامه می فرماید: ... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ.... [598]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 275

دو احتمال در این بخش آیه وجود دارد: 1. به قرینه فاء تقریر، مخصوص قتال و جنگ با مشرکان است، بنابراین ربطی به امور مالی ندارد و دلیل بر ضمان مورد بحث ما نیست؛ 2. بر فرض که آیه اطلاق داشته باشد و مفادش کبرای کلی باشد و امور مالی را هم دربر بگیرد، ولی قطعاً مورد آیه (اعتدا به جنگ) را شامل می شود و طبق آن، خروج مورد، قبیح است و نسبت به مورد آیه (قتال با مشرکان) قطعاً مراد این نیست که با آنچه آنان تعدی و قتال کردند شما نیز همان گونه و با همان چیز و به همان اندازه تعدی کنید؛ مثلاً اگر يك نفر از شما را کشتند شما هم يك نفر از آنان را بکشید، اگر يك تیر زدند شما هم يك تیر بزنید، اگر شمشیر آنان بر عضو خاصی از بدن شما وارد شد شما هم بر همان عضو کافر شمشیر بزنید و حق ندارید بر عضو دیگر بزنید. خود این قرینه است که مراد از مثل در آیه مماثلت در مقدار اعتدا و در معتدی به نیست؛ بلکه مراد این است که: «الکفار إن اعتدوا علیکم فاعتدوا علیهم كما أنهم اعتدوا علیکم»؛ یعنی همان گونه

که آنان بر شما تعدی می کنند شما هم بر آن ها تعدی کنید و با آنان بجنگید. و وقتی نسبت به مورد آیه، مقصود ممانعت در مقدار و در معتدی به، نبود نسبت به سایر موارد- از جمله امور مالی و ضمانت آن- نیز ممانعت در مقدار و در معتدی به مقصود نخواهد بود. به این معنا که مفادش این نیست که اگر مثلی بود ضامن به مثل باشد و اگر قیمی بود ضامن به قیمت باشد.

نتیجه: آیه شریفه دلیل بر ضمان مورد نظر مشهور نمی باشد. [599]

دلیل دوم: روایات

برای مدعای مذکور (ضمان مثل در مثلی و ضمان قیمت در قیمی) به چند دسته از روایات استدلال شده است:

1. اطلاعات ضمان: در ابواب مختلف فقه، مثل باب غضب، ودیعه، عاریه، رهن و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 276

غیره آمده است که اگر مال کسی در دست دیگری تلف شد. در روایات، حکم به ضمان شده و تصریح گردیده است: «هو ضامن»، ولی نحوه ضمانت بیان نشده است؛ بنابراین، چند احتمال در این باره به وجود آمده است که هرکدام نتیجه ای دارد:

الف) شاید این روایات در مقام اصل تشریح ضمان است و در مقام بیان کیفیت ضمان نیست، و چون از این نظر اجمال یا اهمال دارند باید به قدر متیقن (در مثلی، مثل و در قیمی، قیمت) رجوع شود. مطلوب مشهور هم همین است.

این احتمال باطل است؛ زیرا اگر روایات ابواب معاملات در مقام بیان نباشند دست ما از استدلال به آن ها کوتاه می شود و هیچ فقیهی به آن ملتزم نیست و اصولاً اصل در روایات معصومین (ع) این است که در مقام بیان هستند نه در صدد اهمال یا اجمال.

ب) شاید

روایات در مقام بیان است و از نظر کیفیتِ ضمان، اختیار با خود ضامن است که مثل مال تالف را بدهد یا قیمت آن را؛ فرقی هم ندارد که تالف، مثلی بوده است یا قیمی. مثل «اعتق رقبه» که از نظر احوال و افراد اطلاق دارد و مکلف مخیر است تا در هر حالی از حالات و هر عبدی را که مایل است آزاد کند. طبق این احتمال، فتوای مشهور - در مثلی مثل و در قیمی قیمت معین است و ضامن مختار نیست - ثابت نمی شود و کسی هم به آن قائل نشده است. [600]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2؛ ص 276

به نظر شیخ اعظم در مکاسب از این اطلاقات يك قاعده کلی استفاده می شود و آن این که، چون در مورد ضمان مال، متعارف و متفاهم عرفی وجود دارد روایات بر آن اعتماد کرده اند و نیازی به بیان ندیده اند و روایات متفرقه در ابواب مختلف ضمانات با وجود تعدد و کثرت همه جا، یا در اکثر موارد به بیان اصل ضمان بسنده کرده اند و مقدار و کمیت و کیفیت را بیان نکرده اند و احاله به عرف داده اند و متعارف این است که در قدم اول معیناً باید مثل مال تالف را بدهد؛ زیرا مثل از دو جهت به تالف نزدیک تر است یکی از جهت صفات و خصوصیات و یکی از لحاظ مالیت و ارزش، و قانون این است که «الأقرب أولى» یا «الأقرب یمنع الأبعد» و با وجود آن نوبت به دورتر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 277

نمی رسد. و در قدم ثانی اگر مثل، متعذر شد باید قیمت تالف را بر اساس نقد رایج بلد بپردازد؛ زیرا اگرچه از

نظر صفات شبیه تالف نیست ولی از نظر مالیت به آن نزدیک تر است و سلسله مراتب باید عمل شود. [601]

این احتمال هم اولاً مقصود مشهور را تأمین نمی کند؛ زیرا مشهور طرفدار «در عرض هم بودن ضمان به مثل و قیمت» هستند و از اول می گویند: در مثلی ضامن به مثل است و در قیمی ضامن به قیمت؛ ولی احتمال فوق، دلالت بر طولیت و ترتب دارد؛ ثانیاً خود شیخ به این دلیل اشکال دارد و نظیر اعتراضی که به آیه داشت به عرف و قاعده مستفاد از مطلقات هم دارد که نسبت این دلیل با مدعای مشهور عموم من وجه است؛ ثالثاً اصل بیان شیخ قابل مناقشه است و در ادامه خواهد آمد که از نظر حکم عرف و عقلا، در مثلی مثل را ضامن است و در قیمی قیمت را. شایان ذکر است که طولیت ناتمام است ضمن این که کبرای کلی «الأقرب أولى» و ...، پایه و اساسی جز استحسان و ظن و مانند آن ندارد تا قبول کنیم.

د) به نظر ما روایات در مقام بیان هستند و اطلاق دارند. علت بیان نکردن کیفیت ضمان هم این است که خود عرف می فهمد و خطابات هم منزل بر عرف است و نیازی به بیان نیست. توضیح بیشتر درباره فهم عرف در دلیل چهارم فتوای مشهور بررسی خواهد شد.

2. روایت ضمان ید، حدیث معروف «علی الید ما اخذت حتی تؤدی»: ظاهر حدیث، با وجود ضمیر منصوب در «تؤدی» که به «ما» ی موصول برمی گردد- این است که آخذ و قابض، خود مال مأخوذ را ضامن است. در این حدیث هم چند احتمال وجود دارد:

الف) احتمال دارد مفاد حدیث

ضمان، خود عین مأخوذه باشد مطلقاً و إلى الأبد؛ یعنی حتی پس از تلف هم ضامن به عین است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 278

این احتمال باطل است زیرا به گفته امام راحل: تعلیق به محال است [602] و به تعبیر ما تکلیف به غیر مقدور است که صدور آن از حکیم، محال وقوعی است.

ب) شاید مفادش این باشد که تا عین مال موجود است، شخص ضامن است و باید مال را به صاحبش رد کند و به محض تلف عین، ضامن هم منتفی می شود، زیرا بقاء ضمان خود عین، لغو است.

این احتمال نیز باطل است و هیچ فقیهی قائل به سقوط ضمان نیست و عقلاً هم بر آن، قائل نیستند، سایر روایات هم این را رد می کنند.

ج) به احتمالی، مفادش این باشد که شخص ضامن است و باید خود مال یا بدل آن را بدهد تا فرض تلف را نیز شامل شود.

این احتمال مستلزم در تقدیر گرفتن لفظ «أو بدله» است که خلاف اصل است، زیرا «الأصل عدم التقدير».

د) شاید مفاد حدیث، مثل مفاد روایات قبلی باشد به بیان شیخ اعظم که طولیت و ترتب درست کرده است. مرحوم آقای خوئی نیز از حدیث، همین مطلب را استفاده کرده است. [603]

اشکال این احتمال همان است که در نقد کلام شیخ ذکر شد.

ه) به عقیده مرحوم شهیدی در هدایة الطالب مفاد روایت این است که آخذ ضامن خود مال مأخوذ است مطلقاً ولو تلف شده باشد؛ منتها به این صورت که تا زمانی که عین موجود است خود حقیقی آن را ضامن است و وقتی عین تلف شد خود ادعائی و تنزیلی را ضامن است که مثل در مثلی و

قیمت در قیمی باشد و مدعای مشهور را ثابت می کند. [604]

(و) امام راحل در کتاب البیع می فرماید: حدیث «علی الید» مثل مطلقات ابواب

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 279

مختلف ضمانات، اصل ضمان را بیان کرده اما کیفیت آن را بیان نکرده است؛ زیرا از نظر عقلاً، مشخص است که شخص ضامن، در مثلی، ضامن به مثل و در قیمی، ضامن به قیمت است. اگر شارع نظر دیگری داشت بیان می کرد با این که در مقام بیان بود؛ چون بیان نکرده است، کشف می کنیم که نظرش همان نظر عرف است و کیفیت ضمان را به عرف محوّل کرده است. بنابراین حدیث «

علی الید

» بر مدعای مشهور دلالت دارد [605] ولی مع الأسف روایت از نظر سند پذیرفتنی نیست و قبلاً در مدرک قانون «کل عقد یضمن...» به تفصیل بیان کردیم و در این جا نیازی به تکرار نیست.

3. روایت احترام مال مؤمن: «

حرمة ماله كحرمة دمه»:

این روایت نیز قبلاً در بیان دلایل قاعده «کل عقد یضمن...» در غالب دلیل سوم آن قاعده ذکر شد و اصل دلالت آن بر ضمانت را از راه اطلاق و عموم تشبیه ثابت کردیم ولی از نظر نحوه ضمان، بیانی ندارد. تنها می توان گفت مثل روایت «ضمان بالید» و اطلاقات ابواب ضمانات است که احاله به عرف است.

دلیل سوم: اجماع

یکی دیگر از دلایل فتوای مشهور ادعای اجماع است که در کلمات فقها نقل شده است و شیخ اعظم در مکاسب [606] آن را مطرح کرده است ولی ما بارها به این دلیل (به اجماع) پاسخ داده ایم و گفته ایم: اولاً اجماع منقول حجت نیست؛ ثانیاً بر فرض که حجت باشد اجماع تعبدی به مناط کشف از رأی

معصوم، ارزشمند است و اجماع در مورد بحث، به احتمال قوی مدرکی است و مستند آن آیه اعتدا یا روایات مذکور یا حکم عرف و عقلاست که بعداً بررسی خواهد شد. دیگر این که اجماع مدرکی ارزشی ندارد.

دلیل چهارم: سیره عقلا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 280

مهم ترین دلیل فتوای مشهور، سیره عقلای عالم است که هم مرحوم آیت الله خوئی [607] و هم امام راحل در کتاب البیع به آن استدلال کرده اند. چون بیان امام کامل تر است آن را تقریر می کنیم. البته امام راحل مثل شیخ انصاری [608] باب مثلی و باب قیمی را جدا مطرح کرده است، [609] ولی ما هر دو بخش را در این جا نقل می کنیم تا استدلال کامل باشد و بتوان تمام مدعای مشهور را ثابت کرد.

همان طور که اصل ضمان، امری عقلایی است و همه عقلای عالم به آن حکم می کنند. کیفیت ضمان نیز امری عقلایی است و اختصاص به مسلمانان ندارد. از نظر عقلا اگر کسی بدون مجوز قانونی و عقلایی مال دیگری را بگیرد و بر آن سلطه پیدا کند، تا زمانی که عین مال، نزد قابض باشد خود آن را مطالبه می کنند و اگر غاصب امتناع کند شکایت می کنند و در تمام دنیا، محکمه طرف را محکوم و ملزم به ادای خود عین می نماید [610] دلیل مطالبه عین مال این است که علاوه بر دارا بودن صفات و خصوصیات و مالیت، جهات شخصی هم دارد؛ چه بسا مورد غرض انسان است. اگر عین نزد غاصب و ضامن تلف شود در صورتی که مثلی باشد مثل را مطالبه می کنند و به سراغ قیمت نمی روند مگر در موارد خاصی که مثل، متعذر باشد یا طرفین توافق کنند و

دلیل مطالبه مثل

این است که مماثل تالف، همه جهات مورد توجه عقلا را دارد؛ یعنی از نظر صفات و خصوصیات و قیمت، همانند تالف است؛ تنها هویت شخصی مثل با عین، متفاوت است که نوعاً مورد غرض عقلا نیست؛ اگرچه گاهی متعلق غرض شخصی است، به همین سبب با يك درجه تنزل، این مماثل خود همان عین است. اگر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 281

قیمتی باشد- مثل انواع حیوانات- و نزد کسی تلف شود، سیره عقلا این است که مستقیماً سراغ قیمت می روند و ابدأً بحث مثل را مطرح نمی کنند.

حال در شرع مقدس یقیناً از این سیره، ردع و منعی صورت نگرفته است و حتماً يك مورد نداریم که شارع آن را محکوم کرده باشد بلکه در چند مورد معدود، بر وفق سیره حکم کرده است، مثلاً در مورد سکه ای که به نام سلطان قبل بوده و در زمان او نقد رایج بوده و فردی از دیگری هزار دینار قرض کرده- که قطعاً مثلی است- اگر دوران او گذشت و دوره سلطان جدید آمد و آن سکه ها از رواج افتاد، باز هم حضرت می فرماید از همان سکه های قدیم قرضش را ادا کند [611] و در اغلب ابواب ضمانات- مثل ودیعه، عاریه، رهن و...- به صورت کلی حکم به ضمان کرده، اما کیفیت آن را بیان نکرده است. البته نیازی هم به بیان نیست؛ زیرا خطاب به عرف است و حکم عرف و عقلا روشن است؛ یعنی ضامن در مثلی، مثل و در قیمی، قیمت را باید بدهد. بنابراین دلیل اصلی فتوای مشهور این است.

حکم موارد مشکوک

آنچه تا به حال بیان شد در موردی بود که به اتفاق کلمه، مثلی یا

قیمتی است. حال مواردی وجود دارد که نه بر مثلی بودن مالی اجماع داریم و نه بر قیمی بودن آن و امر بر ما مشتبه است [612] قاعده چیست؟

ابتدا اگر يك قاعده اجتهادی برگرفته از عمومات و مطلقات کتاب و سنت وجود داشته باشد حتماً به این قاعده مراجعه می کنیم، ولی چنین قاعده ای وجود ندارد؛ زیرا همان گونه که در ضمن سیره عقلا اشاره شد، شارع مقدس در بیش تر موارد، نحوه

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 282

ضمان را بیان نموده و امر آن را به خود عرف محوّل فرموده است.

آن گاه نوبت به قاعده فقاهتی یا اصل عملی می رسد؛ باید دید مقتضای اصول عملیه چیست؟ آیا مقتضای اصلی عملی ضمان به مثل است و ضامن معیناً باید مثل تالف مشکوک را بدهد یا مقتضای آن، ضمان به قیمت است و معیناً باید قیمت را پردازد؟

آیا مفاد اصل عملی، تخییر مالک میان مثل و قیمت است، به این معنا که هرکدام را اختیار کرد ضامن ملزم است - از باب یقین به فراغ ذمه - همان را تهیه کند و به مالک ردّ کند.

یا مقتضای اصل عملی، این است که ضامن از باب اصل برائت ذمه از تعیین، مُخیر است میان مثل و قیمت؟ آیا مقتضای اصل عملی تخییر ضامن است ولی نه از باب اصل برائت، بلکه از این باب که دوران بین محذورین است و احتیاط ممکن نیست و به حکم عقل مخیر است، یا این که باید احتیاط کند و هم مثل را بدهد، هم قیمت را؟

آیا مفاد اصل عملی بر حسب موارد متفاوت است و در واقع، تفصیل مطرح است، یا به قید قرعه معلوم می شود، یا جای مصالحه

است؟

تمام این وجود در مسأله وجود دارد و باید يك يك آن ها مورد بحث و بررسی قرار گیرد:

بررسی احتمال اول (تعیین ضمان مثل): برای این احتمال سه دلیل ذکر شده است:

1. ابتدا، دادن مثل بر ضامن، واجب است- چه در مثلیات و چه در قیمیات- زیرا مثل از هر جهت (صفات، خصوصیات و مالیت) به تالف مشکوک نزدیک تر است؛ ولی شارع مقدس ارفاق کرده و در قیمیات، دادن قیمت را کافی دانسته و بر مثل اصرار نکرده است؛ زیرا مثل آن به ندرت یافت می شود و تهیه اش برای ضامن دشوار است. آن گاه هر جا شك کردیم که ضامن به مثل است یا به قیمت، به قاعده مذکور رجوع می کنیم.

پاسخ: در مهم ترین دلیل مسأله بیان شد که قاعده عرفی و عقلایی این است که در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 283

مثلیات ابتداءً مثل، واجب است و در قیمیات، قیمت و ما قاعده ای مبنی بر این که اصل در همه جا بر ضمانت به مثل باشد نداریم؛ اقربیت هم دلالت ندارد.

2. بالأخره ضامن مشغول الذمه است که یا مثل تالف را بدهد یا قیمت را؛ در جانب قیمت که یقیناً احتمال تعیین نیست ولی در جانب مثل این احتمال وجود دارد. این مسأله از موارد دوران بین تخییر و تعیین یا محتمل التعیین است و در این موارد جانب تعیین مقدم است؛ زیرا اشتغال یقینی مستدعی فراغت یقینیه است که بدون جانب تعیین حاصل نمی شود.

پاسخ: وقتی به حکم عقلا، از ابتدا، در مثلی مثل واجب است و در قیمی قیمت، پس هر دو در عرض هم هستند و هیچ کدام متعین یا محتمل التعیین نیست تا بحث احتیاط مطرح شود.

3. مرحوم آقای خوئی همین احتمال

(و جوب تعینی مثل) را اختیار کرده و پس از نقد دو دلیل قبلی، این گونه استدلال کرده است: سیره عقلا بر این است که اگر کسی مال دیگری را به ناحق گرفت، تا زمانی که عین موجود است خود عین را باید بدهد و اگر عین تلف شد مثل را باید بدهد؛ چون نزدیک تر به تالف است. و این امر، قانونی و مقتضای قاعده است. از این قاعده مواردی که قطعاً قیمی هستند خارج شده و موارد مشکوک در تحت قاعده باقی است و ضامن باید مثل را بدهد مگر این که مثل متعذر باشد یا توافق کنند و نوبت به قیمت برسد. [613]

پاسخ: سخنان آقای خوئی دارای تناقض است؛ زیرا قبلاً در اثبات فتوای مشهور به سیره عقلا استدلال کرد و ثابت نمود که قانون اصلی در هر کدام یک چیز است، [614] ولی در این جا در اثبات تعیین مثل، به همین سیره استدلال کرده و در فرض تلف عین، قانون

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 284

را انتقال ضامن به مثل دانسته است [615] و این دو کلام با هم جمع شدنی نیست. در نتیجه ما احتمال اول را قبول نداریم.

بررسی احتمال دوم: مسأله از باب دوران میان اقل و اکثر است؛ اقل که متیقن است بر ضامن واجب است و اکثر یا مازاد که مشکوک است مجرای اصل برائت است.

توضیح: منظور از اکثر، صفات و خصوصیات مال تالف و مالیت آن است که مجموعاً مثل عین تالف است. و منظور از اقل، مالیت تنها بدون صفات و خصوصیات دخیل در مالیت (قیمت تالف) است؛ آن گاه مالیت، قدر متیقن است و در هر صورت تأمین آن بر ضامن واجب است ولی

وجوب تأمینِ مازاد بر آن (صفات و خصوصیات) مشکوک است و در علم اصول تحقیق شده است که در اقل و اکثر - چه استقلالی و چه ارتباطی - نسبت به اکثر و مشکوک، اصل برائت جاری می شود؛ بنابراین خصوص ادا کردن مالیت و قیمت واجب است، نه ادا کردن مثل.

پاسخ: مثل و قیمت نه عرفاً اقل و اکثرند، نه عقلاً؛ از نظر دقت عقلی مالِ دارای فلان صفات، از باب بشرط شیء است و مالِ فاقد آن صفات، یا بشرط لا است؛ در صورتی که مقید به عدم آن باشد، و یا لا بشرط قسمی است؛ اگر مقید به هیچ کدام نباشد. در هر حال اعتبارات بشرط شیء و بشرط لا یا لا بشرط قسمی، قسیم یکدیگر و مباین هستند. از نظر عرف هم مثل، غیر از قیمت است و مباین آن است، مخصوصاً این که مقصود از مالیت، هر مالیتی نیست بلکه خصوص نقد رایج بلد است. نتیجه این که مسأله از موارد علم اجمالی و دوران بین متباینین است نه اقل و اکثر.

بررسی احتمال سوم (وجوب جمع میان مثل و قیمت): احتمال سوم این است که بر ضامن واجب باشد، هم مثل عین تالف را بدهد و هم قیمت را، دلیل این احتمال همان است که در پایان پاسخ احتمال قبل ذکر شد؛ یعنی علم اجمالی و دوران بین

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 285

متباینان است و از نظر اصولی علم اجمالی منجز واقع است - خواه علت تامه باشد خواه مقتضی - و راه امثال یقینی، احتیاط و جمع هر دو است، نظیر علم اجمالی به وجوب ظهر و جمعه.

پاسخ: در امور مالی قطعاً جمع هر دو و دادن

مثل و قیمت، بر ضامن واجب نیست زیرا اجماع قاطع داریم بلکه ضرورت دین بر آن قائم است، بلکه عقل، قاطع به عدم وجوب مثل و قیمت است؛ زیرا ظلم بر ضامن است، قانون لا ضرر نیز آن را نفی می کند.

بررسی احتمال چهارم: اصل عملی، تخییر مالک است بین مطالبه مثل یا قیمت و هرکدام را که اختیار کرد بر ضامن واجب است آن را پردازد و حق ندارد امتناع کند. دلیل این احتمال این است که اشتغال ذمه ضامن، قطعی است و اشتغال یقینی مستدعی فراغت یقینیه است؛ آن گاه اگر اختیار به دست ضامن نباشد فراغ یقینی حاصل نمی شود زیرا او مثل را اختیار می کند، در حالی که شاید در واقع قیمی باشد و باید قیمت را بدهد، و یا بالعکس. ولی اگر مالک یکی را اختیار کند در هر حال ضامن، بری الذمه می شود؛ زیرا یا بدل واقعی را اختیار کرده است یا بدلِ بدل واقعی را. مثلاً او قیمت را اختیار کرد و در واقع، متاع قیمی بود؛ پس خود قیمت ادا شده است و اگر در واقع مثلی بود، بدل واقعی، مثل است و قیمت بدلِ بدل است ولی چون مالک اصلی، خودش موافقت کرده و راضی شده است یقیناً ضامن بری الذمه است.

پاسخ: راه فراغ یقینی منحصر در تخییر مالک نیست بلکه راه های دیگری هم وجود دارد، مثلاً خود ضامن مثل و قیمت را در اختیار مالک بگذارد تا او یکی را اختیار کند که به محض در اختیار قرار دادن هر دو، قطعاً بری الذمه می شود، یا مثلاً به قید قرعه یکی را معین کنند- البته بنا بر این که در شبهات

حکمیة نیز قانون قرعہ، مشروع باشد، کہ جای بحث از آن در اواخر استصحاب است- و یا مصالحہ کنند کہ عمومات و اطلاقات صلح قطعاً این جا را دربر می گیرد، آن ہم با مصالحہ اختیاری کہ بنشینند و

کوثر فقہ (محمدی)، ج 2، ص: 286

توافق کنند، یا بہ مصالحہ قہری و اجباری کہ نزد حاکم شرع ببرند و او حکم کند بہ مصالحہ، یا این کہ خودش یکی را اختیار کند و بہ این وسیلہ فصل خصومت شود.

بررسی احتمال پنجم: اصل عملی، تخییر ضامن است؛ ضامن ہرکدام را کہ اختیار کرد مالک باید قبول کند و حق امتناع ندارد. دلیل این احتمال ہم اصل برائت از لزوم تعیین مثل یا قیمت است کہ با توجہ بہ این کہ جمع ہر دو واجب نیست، و سقوط ہر دو ہم معنا ندارد و تعیین ہرکدام ہم با برائت برداشتہ شد، پس تنہا راہ، تخییر ضامن است.

پاسخ: نظیر پاسخی کہ از احتمال قبلی ذکر شد در این احتمال ہم ذکر می شود و راہ منحصر بہ آن نیست.

بررسی احتمال ششم: بہ قید قرعہ مثل یا قیمت را تعیین کنند. این راہ مبتنی است بر این کہ ادلہ قرعہ، اطلاق داشتہ باشد و شبہات حکمیہ را شامل شود ولی از نظر مشہور، مورد مناقشہ است. اگرچہ بہ نظر امام خمینی تعیین بہ قید قرعہ بلا مانع است و تفصیل آن در علم اصول بیان گردیدہ است. [616]

بررسی احتمال ہفتم: این راہ بہترین راہ مصالحہ است؛ عمومات باب صلح این مورد را دربر می گیرند. شایان ذکر است صلح یا اختیاری است کہ طرفین بہ نحوی تراضی کنند و یا مثل را بپذیرند یا قیمت را، و یا در نصف

مثل و در نصف قیمت. یا این که قهری و اجباری است؛ به این نحو که اگر طرفین به توافقی نرسند و «كُلُّ يَجْرُ النَّارِ إِلَى قَرَصِهِ» که برای فصل نزاع، نزد حاکم می روند و حاکم آن ها را مجبور به صلح می کند و یا خودش یکی را اختیار می کند و ضامن را ملزم می کند به ادای آن و مالک را به قبول آن. این کار از باب تخییر در فتوا به یکی از متعارضین در مسأله شرعی فرعی - که مربوط به منصب افتای حاکم است - نمی باشد بلکه از باب حکم حاکم برای رفع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 287

خصوصت است که به جنبه منصب قضای او مربوط می شود. البته فرض صلح و قرعه از موضوع بحث (مقتضای اصول عملیه) بیرون است و پنج احتمال قبلی در بحث داخل است. در این جا احتمال دیگری هم وجود دارد که شیخ اعظم به آن اشاره دارد. احتمال ششم تخییر ضامن است از باب دوران بین المحذورین، اگرچه خود ایشان تخییر مالک را اقوا دانسته است.

نوع رضایت متعاملین

حضرت امام در ادامه مسأله سیزده فرموده است: «نعم لو كان كل من البائع والمشتري...» که اشاره به نوع رضایت متعاملین دارد. رضایت هرکدام از بایع و مشتری به تصرف دیگری در مال او دو گونه است:

1. رضایت مقید به بیع که تاکنون بحث شد و نتیجه این شد که در معامله باطل هیچ کدام حق ندارند در مال دیگری تصرف کنند؛ زیرا مقید که منتفی شد، قید آن نیز منتفی می شود.

2. رضایت مطلقه که در عبارت فوق، به صورت تبصره ذکر شده است؛ یعنی طرفین هرکدام راضی اند که دیگری در مال او تصرف کند

خواه معامله صحیح باشد، خواه صحیح نباشد. البته در این صورت تصرف حلال است، حتی اگر معامله باطل باشد و حتی اگر رضایت به مطلق تصرف باشد، حق دارد تلف هم بکند- نظیر میهمانی که از طعام میزبان استفاده می کند- دلیل این جواز، مفهوم موثقه «لا یحلّ مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه» است و اگر تلف کند ضامن نیست و هیچ کدام از دلایل ضمانت این صورت را نمی گیرد.

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 289

گفتاری درباره شروط بیع

اشاره

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 291

القول: فی شروط البیع

وهي: إمّا في المتعاقدين، وإمّا في العوضين

القول: فی شرائط المتعاقدين

وهي امور:

الأول: البلوغ، فلا یصحّ بیع الصغیر- ولو كان ممیزاً وكان بإذن الولي- إذا كان مستقلاً في إيقاعه؛ علی الأقوی في الأشياء الخطيرة، وعلی الأ-حوط في غيرها، وإن كان الصحّة في السيرة إذا كان ممیزاً ممّا جرت علیه السيرة لا تخلو من وجه وقوة، كما أنّه لو كان بمنزلة الآلة- بحيث تكون حقيقة المعاملة بين البالغين- ممّا لا بأس به مطلقاً. وكما لا تصحّ معاملة الصبي في الأشياء الخطيرة لنفسه، كذلك لا تصحّ لغيره أيضاً إذا كان وكیلاً؛ حتّى مع إذن الولي في الوكالة، وأمّا لو كان وكیلاً لمجرّد إجراء الصیغة، وكان أصل المعاملة بين البالغين، فصحّته لا تخلو من قرب، فليس هو مسلوب العبارة، لكن لا ینبغي ترك الاحتياط.

ترجمه: گفتاری درباره شروط بیع؛ این شروط یا در [باره] خریدار و فروشنده است و یا در [باره] عوض و معوض.

شرایط خریدار و فروشنده؛ این شرایط چندتاست:

[شرط] اول: «بلوغ»: بیع نابالغ- اگرچه ممیز باشد و بیع با اذن ولی باشد- در

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 292

صورتی که در واقع ساختن آن مستقل باشد صحیح نیست؛ البته در بیع اشیای قابل توجه و با اهمیت «بنا بر اقوا» صحیح نیست و در غیر آن ها بنا بر «احتیاط [مستحب]»؛ اگرچه صحت معامله برای ممیز، همین چیزهای جزئی و مختصری که سیره عقلا بر آن جاری است، خالی از وجه و قوت نیست. چنان که اگر نابالغ به منزله وسیله باشد به گونه ای که حقیقت معامله بین دو بالغ باشد مطلقاً اشکالی ندارد. و همان طور که معامله نابالغ برای خودش در چیزهای با اهمیت

صحیح نیست، برای غیر خودش هم در صورتی که وکیل باشد- ولو با اذن ولی- صحیح نیست. و اما اگر تنها جهت اجرای صیغه، وکیل باشد و اصل معامله بین دو بالغ باشد صحت آن خالی از قرب نیست؛ پس نابالغ مسلوب العبارة نیست، لکن سزاوار نیست که احتیاط، ترك شود.

شرایط خریدار و فروشنده

اشاره

شرح: به طور کلی صحت بیع دارای دو دسته شروط است:

1. شرایط متعاقدين؛ [617]

2. شرایط عوضين؛ [618]

شروطی که در هر يك از بايع و مشتری معتبر است عبارت است از:

شرط اول: بلوغ

اشاره

در صورتی معامله صحیح است که هر دو طرف معامله بالغ باشند و به سن تکلیف رسیده باشند.

درباره انواع اقوال و افعال شخص نابالغ و احکام آن ها مباحث متنوع و جالبی وجود دارد؛ از قبیل این که: آیا اسلام نابالغ پذیرفته است؟ آیا عبادات صغیر شریعت دارد یا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 293

صرفاً تمرینی است؟ آیا اتلاف صبی سبب ضمانت است؟ آیا قبض صبی ارزشمند است؟ آیا وصیت صبی نافذ است؟ نشانه های بلوغ کدام است؟ آیا دخول سبب جنابت او می شود؟ و

محور بحث ما در کتاب بیع در باب شروط متعاقدين، درباره صحت یا عدم صحت معاملات كودك و عقود و ایقاعات او است. ضمناً کلام در معاملات «طفل ممیز» است اما تصرفات و معاملات طفل غیر ممیز به اتفاق کلمه و به حکم عقل و نقل نافذ نیست. در این جا چهار مطلب مهم است که به بررسی آن ها می پردازیم:

1. آیا فرد نابالغ در معاملاتش (عقود و ایقاعات) استقلال دارد و صحت معاملات او متوقف بر اذن قبلی ولی و اجازه بعدی او نیست یا این که او چنین استقلالی ندارد؟

2. بر فرض نبود استقلال مزبور آیا با اذن یا اجازه ولی، معاملات كودك صحیح است؛ به گونه ای که يك اذن کلی بدهد و پس از آن كودك در معاملاتش مستقل باشد و محتاج نباشد که برای هر معامله ای اذن بگیرد و تحت نظر ولی عمل کند یا این که چنین استقلالی هم

ندارد؟

3. بر فرض عدم استقلال مذکور، آیا

معاملات صبی به نیابت و وکالت از ولیّ او صحیح و نافذ است- به گونه ای که به وکالت از ولیّ، در اموال خود صغیر تصرف کند و معامله انجام دهد، یا در اموال فرد ثالث دخالت کند و به وکالت از مالک، معامله کند، یا این که چنین حقی هم ندارد؟

4. بر فرض نبود حقّ مزبور آیا مجرد انشای صیغه از سوی نابالغ صحیح است تا بتواند در مجرد صیغه، وکیل ولیّ یا فرد ثالث باشد، یا این که حتی عقد صادر از او نیز لغو و بی اثر است و کاملاً مسلوب العبارة است؟

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 294

عدم صحت معامله صبی بر فرض استقلال

اشاره

منشأ این بحث ها قرآن کریم و روایات صادره از معصومین است. بعضی از این آیات و روایات را در این جا مورد بررسی قرار می دهیم تا اصل دلالت و مقدار دلالت آن ها معلوم شود:

بررسی آیه: **وَإِيتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا**.... [619]

اگر صدر و ذیل آیه کریمه روی بلوغ تکیه کرده بود و مثلاً فرموده بود:

«وابتلوا الیتامی حتّی إذا بلغوا النکاح فإذا بلغوا فادفعوا إلیهم أموالهم»

مقصود روشن بود که تمام ملائک استقلال یتیم و قطع ولایت ولیّ، رسیدن به سن بلوغ است. و اگر روی ایناس رشد [620] تکیه می کرد و می فرمود:

«وابتلوا الیتامی حتّی إذا آنستم منهم الرشد فإذا آنستم منهم رشداً فادفعوا إلیهم أموالهم»

باز هم مقصود روشن بود که تمام ملائک «رشد» است. ولی صدر آیه روی بلوغ تکیه کرده و ذیل آن روی «رشد». در این جا درباره آیه، چهار احتمال وجود دارد:

1. تمام مناط بلوغ است و رشد دخالتی ندارد؛

2. تمام مناط رشد است و بلوغ

3. مناط استقلال مجموع بلوغ و رشد است؛

4. مناط استقلال، هر يك از بلوغ و رشد جداگانه است و هرکدام که زودتر محقق شد همان مناط استقلال است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 295

بررسی احتمالات

امام راحل در کتاب بیع [621] در این باره چهار احتمال را مورد بحث قرار داده است:

الف) احتمال دارد کلمه «حتی» برای انتهای غایت باشد، ضمناً از مواردی باشد که ما بعد «حتی» یعنی غایت، داخل در مغياست؛ نظیر «كُلِّ السَّمَكَةِ حَتَّى رَأْسِهَا». بنا بر این احتمال، معنای آیه این است که یتیمان را امتحان کنید حتی پس از رسیدن آنان به سن بلوغ؛ پس اگر پس از امتحان آنان را رشید یافتید اموال شان را به آن ها بدهید.

بر اساس این احتمال، تمام ملاك برای استقلال یتیمان و قطع ولایت ولی، رشد است، خواه قبل از بلوغ باشد یا پس از آن، و ذکر «حتی» إذا بلغوا النکاح» برای این است که کسی گمان نکند امتحان مخصوص افراد نابالغ است و بالغ محتاج امتحان نیست.

ب) احتمال دارد کلمه «حتی» برای غایت باشد و از مواردی باشد که مابعد «حتی» داخل در ماقبل آن نیست؛ نظیر: ... كُتِبُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ... [622] و شاید معنای آیه این باشد که یتیمان را تا لحظه بلوغ امتحان کنید و به محض رسیدن به مرز بلوغ، امتحان تمام می شود. این که در دنبال آیه فرموده: فَإِنْ أَنْتُمْ... [623] متفرع بر ابتلا تا زمان بلوغ است؛ یعنی اگر در این فاصله زمانی آن ها را امتحان می کنید، رشید یافتید اموال شان را بدهید، و اگر نیافتید ندهید؛ اما پس از بلوغ، مال آن ها را بدهید اگر چه رشید

نباشند تا بالغ اسوءً حالاً از غير بالغ نباشد.

بر اساس اين احتمال مفاد آيه اين است كه يكي از دو امر، مناط استقلال یتيمان است: يا رشد آن ها، اگرچه قبل از بلوغ حاصل شود و با امتحان برای شما معلوم گردد؛ و يا بلوغ آن ها، اگرچه رشيد نباشند.

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 296

ج) احتمال دارد كلمه «حتی» برای غایت باشد و بر لزوم استمرار و تداوم امتحان تا زمان بلوغ دلالت کند؛ نظیر: «كُلُّ شَيْءٍ طَاهِرٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذِرٌ» كه ظاهرش اين است كه هر چيز مشكوكی در ظاهر پاك است تا زمانی كه علم به نجاست آن پيدا كنی، یعنی تا علم به نجاست نیامده آن پاکی ظاهری مستمر است. مفاد آیه این است كه واجب است یتيمان را امتحان كنید تا زمانی كه به سن بلوغ برسند. متفرع و مترتب بر آن فرموده است: پس از امتحان مستمر كذائی تا بلوغ، از دو حال خارج نیست: يا رشيد بودن آنان معلوم می شود پس مال شان به آن ها رد می شود؛ و يا رشيد بودن آن ها معلوم نمی شود، پس مال شان رد نمی شود.

بر اساس اين احتمال، هيچ کدام از بلوغ و رشد مستقلاً علت تامه و تمام الموضوع برای دفع مال نیستند؛ بلکه هرکدام جزء علت هستند و پس از بلوغ اگر رشد هم احراز شد ولایت ولی قطع می شود و مال به یتيم دفع می شود، در غير اين صورت، خير.

د) احتمال دارد كلمه «حتی» برای ابتدا و استيناف باشد، نه برای دلالت بر غایت. معنای حرف استيناف اين است كه مابعد آن، يك جمله مستأنفه و مستقل است؛ یعنی جمله إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا

فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ [624] که کلمه إذا شرطیه است و فعل بلغوا النکاح فعل شرط، و جمله فَإِنْ أَنْتُمْ...، جزای شرط است که خودش يك جمله شرطیه است و جزای آن، مترتب بر شرط آن است و کل این شرط و جزا مترتب بر فعل شرط است. مفاد آیه این است که: وقتی یتیمان به سن بلوغ رسیدند اگر رشید بودند باید مال شان را به آن ها بدهید؛ مفهوم شرط این است که اگر رشید نبودند مال شان را ندهید. در این گونه موارد اگر اصل بلوغ نباشد جزا هم نیست و اگر اصل بلوغ باشد و رشد نباشد باز وجوب ادا نیست، باید هر دو با هم باشند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 297

نتیجه احتمال چهارم مثل احتمال سوم است؛ یعنی مجموع بلوغ و رشد دخالت دارند، و احتمال اخیر نظیر این مثال است که: «إِذَا جَاءَكَ زَيْدٌ فَإِنْ قَبْلَ يَدِكَ فَاکْرَمَهُ» که مفهومش این است که مجرد آمدن، کافی نیست بلکه اگر پس از آمدن دست تو را هم بوسید اکرامش واجب است و اگر هر دو یا یکی از آن دو نباشند وجوب اکرام نابود است. پس به ترتیب، هم معنی زید دخیل است و هم در طول آن تقبیل ید دخیل است.

نقد احتمالات

تمام موضوع بودن بلوغ برای استقلال یتیم و دخیل نبودن رشد، از آیه استفاده نمی شود؛ زیرا آیه روی ایناس رشد هم تکیه کرده و وجوب دفع مال یتیم یعنی استقلال او را بر رشد او مترتب کرده است.

علت تامه بودن هر يك از بلوغ و رشد به صورت جداگانه، نه قائل دارد و نه با ظاهر آیه هماهنگ است؛ زیرا در آیه حرف «أو» یا

«إمّا» نیامده است تا دالّ بر تخییر و عدم انحصار باشد؛ مخصوصاً برای بلوغ نکاح جزائی ذکر نشده و از خارج با ضمیمه مقدمه «لزوم اسوئیت حال» باید استقلال او ثابت شود که خلاف ظاهر آیه است.

دو احتمال قائل دارد:

یکی از دو احتمال این است که علت تامه استقلال، رشد باشد و به محض احراز رشد حتی در صورت بالغ نبودن، مستقل می شود و اگر در آیه، بحث بلوغ مطرح شده از باب این است که طریق به سوی احراز رشد است وگرنه موضوعیت ندارد. دلیل این احتمال اطلاق جمله **فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** است که در مقام بیان مستقلاً روی ایناس و احراز رشد تکیه کرده و آن را سبب وجوب دفع مال دانسته است، نه بلوغ را. [625]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 298

ولی این احتمال درست نیست؛ زیرا لازمه اش لغویت ذکر غایت؛ یعنی **حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ** است، و حمل بر طریقت و اماره بودن، موجب خروج از لغویت نیست و بلکه خلاف ظاهر است؛ زیرا اصل این است که هر قیدی که ذکر می شود موضوعیت دارد نه طریقت.

نظریه امام خمینی (رحمه الله)

احتمال دیگر که مختار مشهور است و بزرگانی از قبیل محقق نائینی [626] مرحوم آیت الله خوئی [627] و امام راحل [628] آن را اختیار کرده اند این است که مجموع بلوغ و رشد علت تامه هستند و هرکدام جزء موضوع استقلال صغیر می باشند.

دلیل حضرت امام (رحمه الله)

استدلال امام راحل در کتاب البیع به صورت خلاصه، از این قرار است: کلمه «حتی» ظهور در غایت دارد و مابعد آن، قید برای ماقبل است، و اراده عطف یا استیناف در موارد خاصی است که قرینه می طلبد. کلمه «اذا» پس

از «حتی» ظهور در ظرفیت دارد و صرفاً به معنای زمان و وقت است و اراده شرطیت دلیل می‌طلبد. بر این اساس مفاد صدر آیه این است که آزمایش یتیمان تا زمانی است که بالغ شوند، گویا فرموده است

: «وابتلوا الیتامی الی أن یبلغوا».

البته بدیهی است که مبدأ این آزمایش از زمان احتمال رشد و عقل است، نه از لحظه تولد آنان؛ زیرا در این صورت امر لغو می‌شود. منتهای آن هم تا زمان بلوغ است و بررسی پس از آن، لزوم اختبار از آیه استفاده نمی‌شود بلکه مفهوم غایت، عدم وجوب آن است در صورتی که غایت قید حکم باشد.

حال پس از بلوغ تکلیف چیست؟ این مسأله را ذیل آیه، با فاء تقریر - که بر ترتیب

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 299

و تأخر زمانی دلالت دارد - بیان نموده و فرموده است عملاً دو حالت متعارف است: حالت اول این است که پس از بلوغ در آنان رشد و تدبیر احراز می‌شود، پس باید مال آن‌ها را داد. [629] بر این مطلب، منطوق شرط دلالت دارد و متعارف و غالب نیز همین است. حالت دوم این است که به مرز رشد و تدبیر و اصلاح مال نرسیده است، پس نباید مال او را به او بدهد. [630] معمولاً کسی که پس از بلوغ رشید نیست فرد استثنایی و عقب افتاده است که تا آخر عمر هم سفیه می‌ماند. با این توضیح گویا خداوند فرموده: «اختبروا الیتامی الی زمان بلوغهم فإذا اختبرتموهم الی بلوغهم فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إلیهم أموالهم». پس هم بلوغ معتبر است و هم رشد. ایناس رشد هم در حال بلوغ مهم است نه قبل از آن

تا تمام الموضوع خود رشد باشد، زیرا فاء تفریع، ترتیب و طولیت و تأخر زمانی را می فهماند. [631]

نتیجه: تا این جا از آیه کریمه، شرطیت بلوغ و رشد (هر دو با هم) استفاه شد و معلوم شد تا زمانی که یتیم به سن بلوغ نرسد و پس از آن رشید نشود استقلال ندارد و معاملات او صحیح نیست.

عدم استقلال و عدم صحت معاملات صبی

آنچه ذکر شد در فرض استقلال کودک بود؛ یعنی زمانی که صبی بدون اذن و اجازه ولی عمل کند، حال آیا با اذن ولی استقلال در معامله پیدا می کند؟ یعنی يك اذن کلی از ولی بگیرد و به دنبالش مستقلاً عمل کند و در اموال خویش دخل و تصرف کند. آیا مجرد اذن یا اجازه بعدی ولی کفایت می کند؟ آنچه از آیه به دست می آید عدم استقلال صبی است که به دو بیان اثبات می شود:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 300

1. بیان امام راحل. حضرت امام از راه نکته عقلایی اختیار و عدم استقلال وارد بحث شده است که به صورت خلاصه از این قرار است: از نظر عقلا سرّ عدم استقلال صبی و محجور بودن او از تصرف این است که سرمایه يك عمر زندگی را در آغاز راه از بین نبرد و وابسته و محتاج دیگران نشود و اهل بازار سرمایه او را به ثمن بخش از او نستانند و همین نکته در صورت اذن کلی و استقلال در تصرف صبی به دنبال اذن، وجود دارد، بنابراین باز هم معاملات او نافذ نیست. [632]

2. آیه کریمه. آیه اطلاق دارد و به قول مطلق، بلوغ و رشد را شرط دانسته است و بدون این دو امر طفل را محجور می داند. دیگر

این که آیه قید نکرده است که اگر بدون اذن ولی باشد صحیح نیست.

وکیل تام الاختیار بودن صبی

کودک مستقل نیست اما وکیل تام الاختیار ولی است و به وکالت از او در اموال خویش تصرف می کند و وارد معامله می شود؛ حکم این فرض چیست؟ آنچه در صورت قبل ذکر شد در این صورت هم طابق النعل بالنعل جاری و ساری است.

آیا غیر بالغ در مجرد انشای صیغه عقد یا ایقاع هم استقلال ندارد و محجور است و عبارت او کالعدم است؟ یا در این جهت مأذون است و مسلوب العبارة نیست؟ این صورت از آیه کریمه استفاده نمی شود؛ زیرا طفل در مال خود یا دیگران تصرف نکرده است تا نافذ نباشد، بلکه صرفاً در زبان خود تصرف کرده و پس از این که ولی طفل تمام کارها را مهیا کرد و مقدمات را فراهم ساخت و با طرف توافق کرد، به کودک اجازه می دهد که صیغه بیع را به وکالت از ولی اجرا کند، و این فرض از حوزه مفاد آیه بیرون است لذا باید از روایات و فتاوا استفاده شود که در ادامه مطالب، بررسی خواهد شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 301

حکم معاملات امتحانی کودک

آیا بلوغ و رشد در صحت و نفوذ مطلق معاملات یتیم، شرطیت دارد یا مخصوص معاملات غیر امتحانی او است و معاملات امتحانی او محکوم به صحت است؟

برخی از فقها از اطلاق جمله «وابتلوا الیتامی...» به دست آورده اند که ولی می تواند یتیم را با اموال خود او امتحان کند؛ به این صورت که بخشی از سرمایه او را در اختیارش قرار دهد تا با آن معامله کند و به این وسیله رشد او را بفهمد؛ زیرا جمله فوق، هیچ قیدی ندارد و امتحان یتیم به تجارت در مال خود یتیم را شامل می شود. این دسته از فقها

از راه مشروعیت یا لزوم این امتحان، صحت و نفوذ معامله او را نتیجه گرفته اند و لازم آن دانسته اند. اما این نظریه مردود است و لازمه امتحان مزبور، صحت معامله نیست؛ بلکه اعم از این است که معامله اش صحیح باشد یا فاسد. ولی با اصل معامله، غرض از امتحان محقق شود، یا با معامله صوری، غرض حاصل شود و در واقع همه کارها را خود ولی انجام داده است. بنابراین از اثبات اعم به اثبات اخص نمی‌رسیم.

نتیجه: جمیع معاملات کودک تا زمانی که بالغ و رشید نشده باشد باطل است. آری وکالت او در مجرد انشای عقد با اذن دادن به او در اجزای صیغه، ممنوعیتی ندارد و از آیه به دست نمی‌آید که کودک از این جهت هم محجور باشد.

بررسی روایات

در این باره سه دسته روایت وجود دارد:

الف) روایات عدم جواز

دسته اول از روایات، روایات عدم جواز و نفوذ امر کودک است که از نظر معنا با آیه فوق، کاملاً هماهنگ هستند. این دسته از روایات، خود دارای چهارگونه روایت است:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 302

1. روایاتی که تنها مسأله بلوغ را مطرح کرده و آن را موضوع جواز و نفوذ تصرفات کودک دانسته و اشاره‌ای به موضوع رشد نکرده است. ما از اطلاق مقامی آن استفاده می‌کنیم که تمام الموضوع برای استقلال کودک، رسیدن به مرز بلوغ است؛ زیرا اگر رشد هم دخیل بود حتماً بیان می‌کرد تا اخلال به غرض نشود.

یکی از این روایات، روایت حمران از امام صادق (ع) است:

«إنَّ الجارية لیست مثل الغلام، إنَّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنین، ذهب عنها الیتیم، ودفع اليها مالها، وجاز أمرها فی الشراء

والبیع واقیمت علیها الحدود التامة، واخذت لها وبها. قال: والغلام لا يجوز أمره فی الشراء والبیع، ولا یخرج عن الیتیم حتی یبلغ خمس عشرة سنة أو یحتلم أو یشعر أو ینبت قبل ذلك». [633]

2. روایاتی که تنها مسأله رشد و عقلانیت را مطرح کرده و از طرح مسأله بلوغ سکوت کرده است. در این جا هم مثل مورد قبلی، از اطلاق مقامی آن (سکوت در مقام بیان) به دست می آوریم که بلوغ معتبر نیست.

یکی از این روایات، روایت اصبغ بن نباته از امیر مؤمنان (ع) است

: «أنه (ع) قضی أن یُحجر علی الغلام المفسد حتی یعقل». [634]

مقصود از عقل در روایت، عقل در مقابل جنون نیست، بلکه در مقابل سفاهت است که سبب افساد و تضییع مال می شود و تا مُفسد و تباه کننده مال است محجور است و وقتی عاقل و مدبر گردید محجوریت مرتفع می شود. نکته دیگر این که بر اساس ظاهر حدیث، این يك حکم کلی و قانون اسلام است نه این که صرفاً يك قضیه شخصیه و مربوط به مورد خاص باشد.

3. روایاتی که ظهور دارند در این که هر يك از بلوغ و رشد - مستقل از دیگری - موضوعیت دارد و سبب رفع حجر است و هرکدام زودتر محقق شد کودک استقلال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 303

پیدا می کند. مانند صحیحہ عیص بن قاسم از امام صادق (ع):

قال: سألته عن الیتیمه متی یدفع إلیها مالها؟ قال:

«إذا علمت أنها لا تقسد ولا تضییع»

، فسألته: إن كانت قد زوّجت؟ فقال:

«إذا زوّجت فقد انقطع ملك الوصی عنها». [635]

احراز رشد در جمله نخست، به صورت شرط مستقل ملاک دانسته شده است. عبارت

«لا تقسد ولا تضییع»

« اشاره به همین مطلب است. در جمله بعدی بلوغ مستقلاً مطرح شده

است؛ زیرا مقصود از ازدواج، ازدواج فعلی نیست- که به اتفاق کلمه دخالت ندارد- بلکه کنایه از رسیدن به سن بلوغ و قابلیت ازدواج است، یا ازدواج طریق و کاشف از بلوغ است؛ پس معلوم می شود هرکدام جداگانه موضوع استقلال کودک هستند.

4. روایاتی که هر دورا با هم شرط دانسته و به یکی از آن دو اکتفا نکرده اند و بلکه تصریح دارند که بلوغ کفایت نمی کند و باید رشید هم باشد. یکی از این روایات، صحیح هاشم از امام صادق (ع) است که می فرماید:

«انقطاع یتیم بالاحتلام، وهو أشده، وإن احتلم ولم یؤنس منه رشده وکان سفیهاً أو ضعيفاً فلیمسک عنه ولیه ماله».[636]

در آخر روایت ابی بصیر هم می فرماید:

«وإن احتلم ولم یکن له عقل لم یدفع إلیه شیء أبداً».[637]

هر دو روایت صراحت دارند بر این که علاوه بر احتلام و بلوغ، رشد و عقلانیت هم لازم است و اگر محتلم می شود ولی سفیه و ناتوان است و نمی تواند اموال خود را مدیریت کند همچنان محجور است.

امام راحل عظیم الشان پس از دسته بندی روایات به چهار دسته ای که ذکر شد در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 304

صدد جمع میان روایات برآمده و ابتدا اطلاق گروه اول و دوم را با تقیید گروه سوم و چهارم تقیید کرده است که جمعی کاملاً عرفی و عقلایی است و جای بحث ندارد. سپس در وجه جمع گروه سوم- که رشد و بلوغ را جدا جدا مطرح کرد- و گروه چهارم- که هرکدام را جزء علت می دانند- فرموده است: گروه سوم حداکثر، ظهور در استقلال بلوغ و رشد دارند. ولی گروه چهارم نصّ در اعتبار هر دو هستند و قانون، تقدیم نصّ یا

اظهر بر ظاهر و تأویل ظاهر و رفع ید از استقلال هرکدام است. [638]

نکته دیگری که شایان ذکر است این که بر فرض، این روایات قابل جمع نباشند، اما روایات گروه چهارم مقدم و دارای حجت فعلی هستند؛ زیرا موافق ظاهر قرآن؛ یعنی آیه *وَابْتَلُوا الْيَتَامَى...* هستند، و گروه سوم مخالف ظاهر کتاب است و از نظر فنی، یا اصلاً حجت نیستند [639] و یا بر فرض حجیت، مرجوح اند و اخبار موافق کتاب رجحان دارند. [640] به هر حال تکلیف این است که به روایات گروه چهارم اخذ کنیم. در نتیجه طایفه اول از روایات با آیه کریمه هماهنگ است و بر اعتبار بلوغ و رشد (هر دو) دلالت دارند.

مقدار دلالت روایات: همان طور که در ذیل آیه مطرح شد، در ذیل این روایات هم مطرح است، و اطلاق روایات، به وضوح شامل سه صورت می شود:

1. استقلال کودک در معاملات، بدون اذن یا اجازه ولی؛

2. استقلال او پس از اذن ولی؛

3. استقلال او به نمایندگی از ولی، که وکیل تام الاختیار او باشد.

در هر سه صورت، عبارت «لا يجوز أمره» صدق می کند؛ زیرا پس از اذن کلی یا پس از توکیل هم امر (تصرف و کار) امر خود موئی علیه یا کودک است و به حکم روایات،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 305

نافذ نیست. بهترین دلیل اطلاق روایات، صحت استناد است که بگوید:

«لا يجوز أمره إلا باذن وليه أو إجازته» یا «لا يجوز أمر الطفل إلا بتوكيل من الولي»

حکمت و راز محجوریت که قبلاً درباره آیه ذکر شد درباره این روایات هم وجود دارد؛ یعنی کودک تا زمانی که بالغ و رشید نشود نمی تواند مال خود را حفظ کند و

سبب تباهی و تضييع مال می گردد

البته روایات فوق، شامل صورت چهارم- که بحث استقلال در تصرف باشد مطرح نیست بلکه صرفاً بحث اذن و توکیل در اجرای صیغه است- نمی شود و حکم این صورت، از این روایات استفاده نمی شود؛ مخصوصاً در برخی از روایات سفیه را استثنا کرده است که قرینه خوبی بر اراده استقلال در تصرف است نه محجوریت از مجرد اجرای صیغه، زیرا یقیناً سفیه، مسلوب العبارة نیست و از اجرای صیغه منع نگردیده است.

(ب) روایات رفع قلم

دسته دوم از روایات، روایات رفع قلم از نابالغ است که برای نمونه فقط به يك روایت اشاره می شود. گفتنی است روایت شیخ صدوق در خصال [641]، از ابن ظبیان به دلیل مجهول الحال بودن محمد بن عبدالله حضر می و نبودن نام ابراهیم بن ابی معاویه در رجال، ضعیف است؛ روایت قاضی نعمان مصری در دعائم الاسلام [642]، به دلیل مرسله بودن قابل استناد نیست؛ روایت عبدالله بن جعفر حمیری در قرب الإسناد [643] از امیرالمؤمنین علی (ع) نیز به دلیل این که ابوالبختری یکی از راویان آن است ضعیف است.

مؤتفه عمار سبابی از امام صادق (ع):

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 306

قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ فقال

: «إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة، وجرى عليه القلم، والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم». [644]

این روایت به لحاظ سند معتبر است. از لحاظ دلالت هم گفتنی است از مفهوم شرط دو جمله ای که در روایت وجود دارد به خوبی استفاده می شود که تا پسر بچه یا دختر بچه به سن بلوغ نرسند

نماز بر آن ها واجب نیست و قلم بر آن ها جاری نیست؛ یعنی قلم از آن ها مرفوع است.

عده ای از بزرگان به این روایات استدلال کرده اند؛ برای مثال شیخ طوسی در کتاب مبسوط در باب اقرار می گوید:

فأما غير مكلفين فمثل الصبيّ والمجنون والنائم فهؤلاء إقرارهم لا يصح لقوله (ع): «رفع القلم...» ورفع القلم عنهم يقتضى إلا يكون لكلامهم حكم. [645]

سید بن زهره در غنیه [646]، ابن ادریس در سرائر [647]، علامه در تذکره [648] و محقق ثانی در جامع المقاصد [649] نیز به این روایات استدلال کرده اند.

شیوه استدلال: مقصود از قلم، قلم تشریح و جعل حکم در حق نابالغ است. روایات رفع قلم هم اطلاق دارد و شامل مطلق احکام می گردد- هم حکم تکلیفی، هم وضعی، هم نسبت به افعال ارادی و اختیاری او و هم نسبت به اقوال او، بنابراین معاملات او- چه مستقل باشد و چه به اذن یا اجازه ولی- حکمی ندارد. حتی اجرای صیغه از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 307

طرف او حکمی ندارد و عبارت او مثل عدم عبارت است. نتیجه این که نابالغ نه تنها از تصرف محجور است و بر فعل او اثری مترتب نیست، از اجرای صیغه نیز محجور است و اثری بر آن مترتب نیست و عقد او سبب تملیک نیست و وی مسلوب العبارة است.

نقد و بررسی استدلال: بزرگان از فقها از جمله شیخ اعظم در مکاسب [650]، مرحوم آقای خوئی در مصباح [651] و امام راحل در کتاب بیع [652] استدلال فوق را نقد و بررسی کرده اند. حاصل این نقدها به قرار زیر است:

در مورد روایات «رفع قلم» چهار احتمال وجود دارد:

1. ممکن است مقصود روایت رفع قلم، جعل شرعی به قول مطلق باشد؛ اعم از تکلیفی و

وضعی و اعم از حکم فعل کودک یا قول او. شایان ذکر است استدلال فوق، بر همین اساس بود.

2. ممکن است مقصود، رفع خود قلم و از باب حقیقت ادعائیه باشد؛ به این معنا که چون افعال و اقوال صبی شرعاً اثری ندارد گویا خود قلم از او برداشته شده است. این ادعا کنایه از رفع جمیع احکام شرعی از نابالغ است؛ در نتیجه با احتمال اول یکی است اما نسبت به احتمال اول اولویت دارد، چون نیاز به تقدیر و مجاز در حذف یا مجاز در کلمه ندارد.

3. امکان دارد مقصود، رفع خصوص احکام الزامیه باشد؛ یعنی آن احکام الزامیه ای که متوجه مکلفان می شود از کودک برداشته شده است؛ هم الزامات استقلالی، مثل ایجاب ها و تحریم ها و هم الزامات تبعی که از حکم وضعی استفاده می شود، همچون وجوب وفا به عقد، وجوب تسلیم مبیع، وجوب اخذ به اقرار او، و بنابراین احکام

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 308

غیر الزامی؛ همچون مستحبات و احکام وضعیه از قبیل جنابت، ضمانت، صحت معامله، صحت عقد و ... از او برداشته نشده است، بلکه اگر دخول حاصل شود جنب می شود ولی ملزم به غسل نیست، اگر مال کسی را تلف کند ضامن است ولی ملزم به ادای آن نیست، اگر معامله ای انجام دهد با اذن ولی صحیح است اما ملزم به تسلیم مال نیست بلکه ولی او ملزم است یا خود او پس از بلوغ ملزم می شود، نه فعلاً.

4. امکان دارد مقصود، رفع کتابت سیئات در حق او باشد. در روایتی از امام صادق (ع) نقل شده است:

«... فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات».[653]

به قرینه مقابله می فهمیم که

از شخص غیر بالغ، قلم نوشتن سیئات و بدی ها برداشته شده است، نه حسنات و خوبی ها، نه صحت معامله و سببیت عقد صبی برای ملکیت و زوجیت و

حال اولاً وجود دو احتمال اخیر کافی است تا روایات رفع قلم از قابلیت استدلال برای مدعای مذکور ساقط شود زیرا

«إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال

»؛ ثانیاً احتمال سوم قرینه محکمی دارد و آن ورود روایت در مقام امتنان است که متناسب با آن رفع الزامات یا رفع کتابت سیئات است نه رفع مطلق احکام، چون رفع حسنات منافی با امتنان است؛ قرینه دیگر هم ثبوت احکام وضعیه در حق کودکان است. بنابراین روایات رفع قلم دلیل بر این نیست که حتی عبارت و قول کودک هم بی فایده باشد و وی مسلوب العبارة باشد، یا حتی معاملات او تحت نظارت ولی بی اثر باشد و سبب ملکیت نباشد.

(ج) روایات دالّ بر خطا بودن عمد صبی

دسته سوم از روایات، روایاتی است که بیانگر خطا بودن عمد صبی یا یکسان بودن عمد و خطای او است.

یکی از این روایات، صحیحه یا حسنه محمد بن مسلم از امام صادق (ع) است که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 309

فرموده اند:

«عمد الصبیبی و خطأه واحد». [654]

روایت دیگر، معتبره اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) از پدر بزرگوارش که فرموده اند:

«إِنَّ عَلِيًّا (ع) كَانَ يَقُولُ: عَمَدُ الصَّبِيَّانِ خَطَأٌ يَحْمَلُ عَلِيَّ الْعَاقِلَةَ». [655]

در سند آن غیاث بن کلّوب است ولی چون به روایات او عمل شده لذا معتبره است. روایت قبلی به خاطر ابراهیم بن هاشم حسنه است ولی ملحق به صحیحه است زیرا فقهاء به روایات او عمل کرده اند.

روایات دیگری هم در این زمینه وجود دارد اما از نظر مضمون، مثل روایت

اسحاق است و چون سند آن ها ضعیف است نیازی به نقل و بیان ندارد.

شیوه استدلال: شیخ اعظم به اطلاق حسنه یا صحیحه محمد بن مسلم استدلال کرده و حاصلش از این قرار است:

افراد بالغ اگر از روی عمد و قصد جنایتی انجام دهند قصاص می شوند و اگر از روی خطا باشد دیه دارد، و معاملات آن ها اگر از روی قصد باشد صحیح است و اثر شرعی دارد، اگر از روی شوخی و غلط و خطا باشد اثر ندارد. حال در مورد کودکان اگر همین کارها از روی عمد و قصد انجام بگیرد به منزله خطاست؛ یعنی اگر جنایتی بکند دیه آن بر عاقله است و اگر معامله ای انجام دهد و عقد، یا ایقاعی ایجاد کند اثر ندارد و وجودش کالعدم است. و چون روایت اطلاق دارد معاملات صبی را نیز شامل می شود و در نهایت دلالت می کند بر این که افعال و اقوال صبی عمدشان به منزله خطای آن هاست و به تعبیر شیخ:

فَعَقْدُ الصَّبِيِّ وَإِيقَاعُهُ مَعَ الْقَصْدِ كَعَقْدِ الْهَازِلِ وَالْغَالِطِ وَالْخَاطِيِ وَإِيقَاعَاتِهِمْ. [656]

نتیجه: بلوغ شرط است و معاملات صبی باطل است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 310

نقد دلیل فوق: چند اشکال به این استدلال وارد شده است:

اشکال اول: حسنه ابن مسلم اگرچه اطلاق دارد و معاملات کودک را نیز شامل می شود، ولی معتبره اسحاق و سایر روایات، مقید است؛ زیرا در ذیل آن ها سخن از ثبوت دیه بر عاقله است، و همین قرینه می شود تا صدر آن ها نیز مخصوص باب جنایات باشد. بنابراین، بر اساس قانون اطلاق و تقیید، اطلاق حسنه را مقید و بر مورد جنایات صبی حمل می کنیم که در این صورت مورد معاملات صبی خارج می شود.

پاسخ: درست است

که جای، تقييد و حمل مطلق بر مقيد است ولی این در مواردی است که مطلق و مقيد متنافيان باشند، و مراد جدی و واقعی یکی باشد تا از نظر عرف یکی همان مقيد باشد و مطلق را قيد کنیم. ولی در مواردی که متنافيان نباشند جای تقييد نیست بلکه به مطلق هم عمل می شود، خواه هر دو نافی باشند

مثل «لا تعتق رقبة» با «لا تعتق الرقبة الكافرة»

و خواه هر دو مثبت باشند، مثل «

فی الغنم زكاة» با «فی الغنم السائمة زكاة».

البته در صورتی که وصف دارای مفهوم باشد تنافی پیدا می شود ولی چون تحقیقاً وصف مفهوم ندارد تنافی ای وجود ندارد. بحث ما هم از همین قبیل است؛ یعنی مطلق و مقيد مثبت هستند، و منافاتی ندارد که به مطلق در مورد خودش عمل شود، و در نتیجه حکم شود به صحت معاملات صبی.

اشکال دوم: ظاهر تنزیل دلالت دارد بر این که عمد صبی به منزله خطای او است و هر يك از عمد و خطا جداگانه دارای حکم هستند و در مورد غیر صبیان عمدشان يك حکم و خطای شان حکمی دیگر دارد. آن گاه در مورد غیر بالغ می فرماید: عمد او به منزله خطاست؛ یعنی احکام فعل عمدی را ندارد بلکه حکم فعل خطای را دارد، و آن منحصر به مورد جنایات است که عمدش سبب قصاص و خطای آن، سبب دیه است و شایسته است بگوید: عمد صبی در این مورد به منزله خطاست یعنی سبب دیه است که عاقله باید پرداخت کند. بنابراین، مورد معاملات را شامل نیست زیرا در این مورد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 311

خطای افراد بالغ حکمی ندارد تا عمد صبی به منزله

خطا و دارای همان احکام باشد. [657]

نقد امام راحل: قبول نداریم که تعبیر مزبور مخصوص مواردی از قبیل باب جنایات باشد و هرکدام از عمد و خطای آن ها دارای حکمی؛ بلکه یا مخصوص مواردی است که تنها عمد آن ها دارای حکم شرعی است. [658] و یا اطلاق دارد و هر یک از دو مورد [659] را شامل است و ادعای اختصاص به باب جنایات بدون وجه است. [660]

اشکال سوم: خود امام راحل در نقد این استدلال (استدلال به سومین دسته از روایات) می فرماید:

از آن جا که تمام روایات وارده در مورد مجنون و اعمی و تعبیر «عمده خطا» مخصوص جنایات صبی است و ربطی به معاملات او ندارد قرینه از «عمد الصبی و خطاه واحد» در مورد صحیحه نیز مخصوص جنایات صبی باشد، و اگر مؤلفی قید کرده برای آن است که امر معهودی بوده و متکلم بر همین معهود بودن اتکال کرده و نیازی به بیان ندیده، آن گاه احتمال مذکور که قوی است موجب و هن اطلاق حسنه می شود و قابل استدلال نخواهد بود. [661]

نتیجه: روایات طایفه سوم مثل روایات رفع قلم از مورد بحث ما اجنبی است و ربطی به صحت معاملات کودکان ندارد. آری طایفه اول از روایات مثل آیه ابتلاء یتامی به خوبی بر اشتراط بلوغ دلالت دارند و همان ما را کفایت می کند. البته فرض توکیل یا اذن در مجرّد انشای صیغه را شامل نمی شوند و علی القاعده در این جهت غیر بالغ هم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 312

می تواند انشای عقد و ایقاع داشته باشد ولی معامله کردن برای خود، چه به صورت مستقل، چه با اذن ولیّ و چه با وکالت تامّه، جایز نیست.

شهرت فتوایی و اجماع منقول

اشاره

شیخ اعظم در مکاسب مهمّ ترین، بلکه

تنها دلیل عدم تأثیر عبارت صبی را- و به طریق اولی عدم نفوذ تصرفات او را- شهرت محققه و اجماع منقول می داند و می گوید:

«فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظيمة

». [662] در جای دیگر می گوید:

«فالإنصاف أنّ الحجة في المسألة هي الشهرة المحققة والإجماع المحكي عن التذكرة» [663]

و در پایان می گوید: »

وکیف کان فالعمل علی المشهور

«[664] بنابراین به فتوای شیخ اعظم فرد نابالغ حتی از اجرای صیغه عقد و ایقاع نیز محروم است و انشای او تأثیری ندارد و مسلوب العبارة است.

صاحب جواهر افزون بر اجماع منقول، ادعای اجماع محصل نیز کرده و بلکه مطلب را از ضروریات و مسلمات فقه گرفته است. [665]

ممکن است کسی ادعای بنای عقلا هم بکند و حتی ادعا کند که عقل انسان مستقل به عدم صحّت معاملات کودکان است؛ زیرا واگذار کردن اموال آنان به خودشان نوعی ظلم و خیانت در حقّ آنان است.

نقد دلیل فوق: در مورد کودکان غیر ممیز که سود و زیان خویش را نمی شناسند و ممکن است کوهی را با کاهی معاوضه کنند، ادعای فقها و بلکه ادعای بنای عقلا و بلکه حکم عقل مستقل، کاملاً صحیح است و عقل هر عاقلی مستقل است به این که دادن سرمایه به دست او ظلم و خیانت است، و فردی که سرمایه چنین کودکی را در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 313

اختیارش قرار دهد مستحق سرزنش و توبیخ است. سیره عقلای عالم نیز بر همین امر استوار است؛ از نظر شرعی هم واضح است؛ یعنی تارشد و عقل و تدبیر و اصلاح مال نیاید ولیّ یا وصیّ یا حاکم حقّ ندارند مال صغیر را به او بدهند. ولی در مورد

کودک ممیز و رشید، عقل مستقل به قبح دفع مال به او نیست؛ بنای عقلا نیز چنین نیست، و بلکه از نظر عقل و عقلا سنّ رشد و تمیز کفایت می‌کند، ولی از نظر شرعی: اولاً خود شهرت فتوایی حجت نیست، اجماع منقول نیز حجت نیست و از انضمام دو لا حجت به حجت نمی‌رسیم چه این که از جمع دو صفر به عدد نمی‌رسیم.

گفتنی است استدلال شیخ اعظم در فقه، در مورد بحث ما به شهرت و اجماع منقول مخالف مبنای اصولی ایشان است، مگر این که از انضمام آن دو به اطمینان برسیم که علم عادی و حجت است، وگرنه مجرد ظن ولو ظن غالب کفایت نمی‌کند.

ثانیاً ادعای اجماع در مسأله ناتمام است و جالب است که خود شیخ اعظم عباراتی از بزرگان نقل می‌کند که تمام آن‌ها نقض و نفی وجود اجماع است به ویژه این که عباراتی از علامه نقل می‌کند که برخلاف ادعای اجماع او در تذکره است [666] و قبل از همه جناب شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌گوید:

لا يصح بيع الصبيّ وشراؤه سواء أذن له فيه الوليّ أم لم يأذن وبه قال الشافعي وقال أبوحنيفة: إن كان بإذن الوليّ صحّ وإن كان بغير إذنه وقف على إجازة الوليّ. دليلنا أنّ البيع والشراء حكم شرعيّ ولا يثبت إلا بشرع وليس فيه ما يدلّ على أنّ بيع الصبيّ وشراؤه صحيحان وأيضاً قوله رفع القلم.... [667]

امام راحل پس از نقل عبارت فوق می‌فرماید:

طریقه شیخ طوسی در کتاب خلاف استناد به اجماع است و هر مسأله‌ای را که مطرح می‌کند می‌گوید: «دلیلنا إجماع الفرقة...» ولی در این مورد به اجماع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 314

استناد نکرده

و سراغ اصل رفته (اصل توقیفی بودن ...) که معلوم می شود در زمان ایشان عدم صحت بیع و شراء صبی اجماعی نبوده است. [668]

ثالثاً بر فرض که اجماع وجود داشته باشد و حتی محصل آن موجود باشد ولی با وفور روایات و آیه در مسأله، احتمال قوی می دهیم بلکه یقین داریم که اجماع مورد نظر، «مدرکی» است و از اجماعات تبعیدی محض نیست تا کاشف قطعی از رأی معصوم باشد و به مناط کشف حجّت باشد و اگر مدرکی شد بر فقیه بایسته است که مستقلاً در آن مدارك نظر کند و کاری با فتوای فقیهان دیگر نداشته باشد.

رابعاً نوع عبارات فقهای بزرگ درباره استقلال صبی در تصرف در اموال خویش است - چه با اذن ولیّ چه بدون اذن - و فرض توکیل او در مجرد انشای عقد را متعرض نیستند تا شیخ اعظم در این مورد به اجماع یا شهرت استناد کند و مسلوب العبارة بودن صبی را ثابت کند. امام راحل در این باره عباراتی را از برخی از بزرگان نقل نموده است که ملاحظه آن ها خالی از فایده نیست. [669]

نتیجه: از راه شهرت و اجماع نمی توانیم بلوغ را به عنوان یکی از شروط صحت معامله ثابت کنیم. و قبلاً از راه روایات

«عمد الصبیّ خطأ»

« نیز این مدعا ثابت نشد، از راه روایات «رفع قلم از صبی» نیز ثابت نشد و عمده دلیل مسأله آیه ابتلاء یتامی و روایات عدم جواز امر صبی است که به صورت مبسوط بررسی شد.

مقدار دلالت آیه و روایات

مصدق اکمل آیه و روایات فوق، استقلال صبی در تصرف در اموال خویش، آن هم بدون اذن و اجازه ولیّ است که قطعاً مشمول آیه است. صبی تا بالغ و

رشید نشود ولایت ولی قطع نمی شود و حق ندارد اموال صغیر را به او بدهد. این حکم، يك حکم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 315

تکلیفی تعبدی محض نیست بلکه کنایه از عدم ولایت صبی بر اموال خویش و عدم نفوذ تصرفات او است. و نیز قطعاً مشمول روایت عدم جواز و نفوذ امر و فعل و تصرف کودک است؛ زیرا تصرف استقلالی او، امر او است و امر او در این مورد نافذ نیست. و عبارات: «

لا يجوز أمره في البيع والشراء» یا «لا يدفع إليه شيء من ماله» یا «فليمسك عنه وليه ماله» یا «يحجر حتى يعقل

» و... قطعاً این فرض را دربر می گیرد.

صورت دیگر (تصرف استقلالی کودک در اموال خودش با اذن کلی ولی یا اجازه کلی او) نیز مشمول آیه و روایات مزبور است و به وسیله اطلاقتان این فرض را شامل می شوند. دلیل اطلاق، صحت استثنا است که بگوید: «لا يجوز أمره إلا باذن الولي أو إجازته». از عدم تقييد در مقام بیان هم، اطلاق احراز می شود.

صورت دیگر وکالت تفویضی و استقلالی است که وکیل تام الاختیار ولی باشد و در اموال خودش دخل و تصرف کند، بفروشد، بخرد، ببخشد، عاریه دهد، اجاره دهد و...، باز این فرض هم مشمول اطلاق آیه و روایات است، مخصوصاً روایاتی که می گوید: «لا يدفع إليه شيء من ماله» که به هر عنوان، دفع مال به کودک را رد می کند و به عنوان وکالت را نیز شامل می شود. پس از وکالت تامه، تصرف کودک در مال خودش از مصادیق دفع مال به او و از مصادیق امر او در معامله است و آیه و روایات امر او

را نافذ نمی دانند، دفع مال به او را جایز نمی دانند، و ولایت ولی را منقطع نمی شمارند.

صورت دیگر این است که اگر کودک عاقل رشید ممیز، وکیل کسی شود و به وکالت از او در مال موکل تصرف کند نه در مال فرد صغیر، آیا این تصرف نیز اشکال دارد و امرش نافذ نیست؟ امام راحل در کتاب البیع می فرماید:

این صورت مشمول آیه و روایات عدم نفوذ امر نیست؛ زیرا فرض این است که مال یتیم به او داده نشده [است] تا ممنوع باشد و نیز در مال خودش تصرف نکرده [است] تا مشمول روایات

«لا یجوز أمره فی ماله

» باشد بلکه در مال موکل با اذن موکل تصرف می کند و ما دلیل نداریم بر بطلان وکالت

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 316

صبی از دیگران در انجام معاملات آن ها. [670]

بنابراین اطلاعات صحت وکالت و صحت معامله وکیل برای موکل این صورت را شامل است. ولی در متن تحریر الوسیله در بخش اخیر مسأله می فرماید: حتی این فرض هم صحیح نیست و تصرف طفل در اموال دیگران به نحو توکیل هم اشکال دارد. و وجه اشکال این است که برخی از روایات عدم جواز امر صبی، اطلاق دارد و قید «فی ماله» یا «فی أمواله» ندارد بلکه به طور مطلق می گوید:

«لا یجوز أمره فی الشراء والبیع

» و این اطلاق فرض توکیل را هم می گیرد که پس از وکالت، این وکیل مستقل است [تا] هر معامله ای را [که] صلاح بداند انجام دهد. و [گفتنی است] امر او صدق می کند و روایت عدم جواز امر، این مورد را نیز دربر می گیرد.

آخرین صورت توکیل کودک، در مجرد اجرای عقد و انشای صیغه است که قطعاً این

مورد مشمول آیه و روایات مزبور نیست و ما دلیلی بر حجر كودك از آن نداریم؛ به همین سبب حکم به صحّت می شود؛ اگرچه امام در پایان احتیاط می کند، ولی احتیاط مستحبّی است.

معاملات کودکان در چیزهای کم قیمت

به فتوای اشهر [671] یا مشهور [672] معاملات کودکان باطل است حتی اگر ممیز و عاقل و رشید باشند. به فتوای غیر مشهور معاملات کودکان ممیز صحیح است. حال آیا مطلقاً باطل است یا مطلقاً صحیح است؟ یا این که میان چیزهای خطیر و مهمّ و پر ارزش با چیزهای حقیر و یسیر و کم ارزش فرق است و آیا معاملات آنان در اشیای کم ارزش - اگر ممیز باشند - اشکالی ندارد؟ در این باره سه نظریه وجود دارد:

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 317

1. از نظر مشهور فرقی ندارد و مطلق معاملات كودك؛ حتی درباره خرید يك قرص نان باطل است. شیخ اعظم در مکاسب همین نظر را اختیار کرده است و می گوید:

ثمّ إنّ ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا فرق في معاملة الصبيّ بين أن تكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة لعموم النص والفتوى. [673]

يك دليل این فتوا اطلاق یا عموم نص (آیه و روایات) است که در مقام بیان می گویند امر كودك در بیع و شراء نافذ نیست و روی جنس بیع و شراء تکیه دارند که خرید و فروش چیزهای کم ارزش را هم شامل می شود. دلیل دیگر، اطلاق فتوای فقهای عظام است که میان امور یسیر و خطیر تفصیل نداده و فرق نگذاشته اند.

2. نظر غیر مشهور این است که مهمّ رشد و تمییز است و آیه روی ایناس رشد تکیه کرده و فرموده است: «اگر احساس کردید که آنان واقعاً دارای رشد و تدبیر شده اند تمام اموالشان را

بدهید»، کنایه از این که ولایت ولّی و وصّی قطع می شود و خود کودک ولایت پیدا می کند و در همه اموال خود حقّ دارد تصمیم بگیرد و معامله کند؛ بدیهی است که در میان همه اموال، چیزهای مهمّ و گران قیمت نیز وجود دارد.

البته اصل این سخن ناتمام است و قبلاً ذیل آیه و روایاتِ عدم جواز امر صبی به طور مبسوط تبیین شد که رشد، تمام الموضوع نیست و بلوغ نیز معتبر است.

3. عدّه ای - از جمله مرحوم فیض کاشانی در مفاتیح [674] و مرحوم محقق تستری در مقابس - تفصیل داده و معاملات کودکان را در امور خطیره منع کرده اند، [675] ولی در امور یسیره تجویز کرده و صحیح دانسته اند. از جمله امام راحل در کتاب البیع [676] و در متن تحریر در مسأله مورد بحث همین تفصیل را برگزیده است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 318

دلایل صحت در امور یسیره

به چهار دلیل معاملات کودکان در امور یسیره صحیح است:

1. سیره مستمره عقلا: در طول تاریخ از هنگامی که جوامع مدنی و انسانی تشکیل گردید و داد و ستد رواج یافت، همواره این گونه بوده است که همگان از هر مکتب و مرامی در امور یسیره با کودکان معامله کرده و می کنند، برای خرید نان و سبزی و مانند آن بچه ها را می فرستند، از آنان چیزهای کم ارزش را خریداری می کنند و تردید به خود راه نمی دهند، از سوی شارع هم این سیره، ردع و ابطال نشده است، پس مورد تأیید و امضای شارع است و حجیت دارد.

اشکال: شیخ اعظم در مکاسب در نقد این دلیل می گوید: این سیره مثل بسیاری از سیره های مردم از بی مبالاتی آنان در امر دین ناشی می شود و چنین سیره هایی ارزشمند

نیست. اصولاً شیخ به سیره های عامه مردم بدین است.

جواب: سیره مزبور در محدوده افراد بی مبالات یا کم مبالات نیست بلکه متدینان و افرادی هم که خیلی متشرع و پای بند هستند و حتی علمای دین، این سیره را دارند و در امور یسیره به معاملات صبی ترتیب اثر می دهند. اشکال مهم درباره این سیره این است که عمومات آیه و روایات عدم جواز معاملات صبی، معاملات آن ها را در امور یسیره شامل است و رادع می باشند؛ البته ردع عمومی نه خصوصی، ولی همین نیز کافی است. و شایان ذکر است که سیره مردوعه ارزشی ندارد.

نظریه امام راحل (رحمه الله): اگر اطلاق نصوص معاملات صبی را قبول کردیم حتماً رادعیت دارند و کسی نمی تواند سیره مذکور را مخصص عمومات مذکور قرار دهد؛ زیرا فرع بر حجیت سیره است که آن هم فرع بر عدم ردع شارع است و عمومات، صلاحیت رادعیت دارند.

آری بی راه نیست که ادعا کنیم اساساً آیه و روایات باب - معاملات صبی - در امور

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 319

یسیره انصراف دارند و این گونه معاملات را شامل نمی باشند تا بتوانند رادع باشند و سیره را از حجیت ساقط کنند.

بیان حضرت امام این است که سه احتمال بیشتر وجود ندارد:

الف) اصولاً در عصر نزول آیه و صدور روایات، خرید و فروش کودکان وجود خارجی نداشته و مرسوم نبوده [است] تا روایات ناظر به این باشد. این احتمال قطعاً باطل است و از اوایل اجتماعات بشری، معاملات صبی در امور یسیره وجود داشته است.

ب) معاملات صبی وجود داشته و آیه و روایات هم اطلاق دارند ولی مع ذلك همه مسلمانان در این امر شایع و رایج به مخالفت برخاسته

و در خصوص امور یسیره به دستور شارع اعتنا نکردند و نهی شارع از این امر فاسد مفسد را نادیده گرفتند. این نیز قطعاً باطل است و فسادش از احتمال قبلی بیش تر است.

ج) اساساً نصوص، معاملات یسیره را شامل نبوده [است] و از اول، از این مورد انصراف دارد و حکم معاملات صبی را در امور خطیره بیان کرده [است]، چون در امور یسیره، امر رایجی بوده است نیازی به بیان و تصحیح ندیده اند؛ ولو صحیح می دانستند. برابر این احتمال سیره مذکور ردع نشده و حجت است. البته قدر متیقن در مواردی است که اذن و رضایت ولیّ محرز باشد و کودک با اذن ولیّ اقدام به معاملات کوچک بنماید و فرض استقلال او بدون اذن و اجازه را شامل نیست؛ زیرا سیره، عمل است و باید قدر متیقن آن اخذ شود. [677]

2. قانون نفی حرج: مرحوم فیض کاشانی به این استناد کرده و فرموده است:

ترك معامله با صبی حتی در اشیاء یسیره حرجی است و حرج در اسلام منفی است، پس معامله مذکور بلامانع است. [678]

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 320

شیخ اعظم در نقد این دلیل می گوید: منظور از حرجی بودن چیست؟ آیا ترك معامله با صبیان برای خود کودکان حرجی است یا برای بزرگ ترها؟ هیچ کدام حقیقت ندارد؛ نه بچه ها که اگر معامله نکنند در عسر و حرج واقع می شوند- و نه بزرگ ترها که اگر با بچه ها معامله نکنند دچار حرج می شوند؛ بنابراین استدلال فوق، ناتمام است.

3. موثقه عبید بن زراره: محقق تستری در مقابسه به این روایت استدلال کرده است:

قال: سألت أبا عبدالله (ع) عن شهادة الصبي والمملوك؟ فقال:

«على قدرها يوم أشهد: تجوز في الأمر

نقد این دلیل روشن است زیرا قیاس معاملات صبی به شهادت او باطل است و هیچ ملازمه ای نیست که اگر شهادت کودک در امر دون و پست و کوچک پذیرفته شد معاملات او نیز در این امور صحیح باشد.

4. موثقة سکونی از امام صادق (ع):

قال:

«نهی رسول الله (ص) عن کسب الإمام فإِنَّها إن لم تجد زنت إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهی عن کسب الغلام الصغیر الذی لا یحسن صناعة یبده فإنه إن لم یجد سرق». [680]

شیوه استدلال: کلمه کسب یا به معنای مصدری است؛ یعنی اکتساب و تجارت و داد و ستد کودک، و یا به معنای اسم مصدر است؛ یعنی مال مکسوب صغیر، که در این صورت هم به دلیل اطلاقش، مال کسب شده از راه تجارت را نیز دربر می گیرد؛ اگرچه مخصوص آن نیست و مکسوب از راه التقاط و حیازت و تکدی گری و... را هم شامل می شود؛ اما در هر حال قابل استدلال است. استدلال، این گونه است: نهی در این جا نهی تنزیهی است و بر کراهت و مرجوحیت تجارت و معامله صغیر دلالت دارد،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 321

و چه بسا به قرینه تقیید غلام صغیر به قید «

الذی لا یحسن صناعة یبده

« استفاده شود که اگر صنعتی بداند کراهت هم مرتفع می شود و جایز است.

شاهد حمل نهی بر تنزیه دو امر است: 1. صدر حدیث یا جمله اول آن، که در مورد تجارت کنیزان است و از آن نهی کرده است؛ در حالی که قطعاً معامله کنیز با اذن مولی صحیح است و این قرینه ای است بر این که این نهی، تحریمی نیست. به وحدت سیاق، نهی

از کسب صغیر هم تنزیهی است. 2. تعلیل ذیل روایت که نهی از معامله کودک را معلّل نکرد به این که جامع شرایط نیست و سبب نقل و انتقال نمی شود بلکه معلّل کرد به این که «

فأثّه إن لم یجد سرق

« و عدول از تعلیل به امر ذاتی، به تعلیل به امر عرضی، قرینه ای است بر این که اصل معامله فاسد و باطل نیست بلکه صحیح است.

بنابراین از روایت سکونی استفاده می شود که معاملات صبی صحیح و قدر متیقن در این جا، معامله در امور کم ارزش که متعارف و مرسوم است با کودکان معامله می شود.

نقد دلیل فوق: مرحوم آقای خویی درباره سند این روایت می گوید: در سند این روایت شخصی به نام «نوفلی» وجود دارد و وی توثیق نشده است؛ بنابراین روایت ضعیف است. [681]

اما این سخن پذیرفتنی نیست؛ زیرا در مورد صداقت و وثاقت نوفلی و سکونی و ... امارات ظنیه گوناگونی وجود دارد که در کتب رجال در ذیل نام آنان آمده است. وانگهی تراکم ظنون، سبب وثوق و اطمینان است. به همین سبب امام راحل به حق به «موثقه سکونی» تعبیر کرده است. [682]

از نظر ما ضعف دلالت حدیث مهم است؛ زیرا اولاً نهی - خواه صیغه لا تفعل باشد یا ماده نهی - با مشتقات آن، ظهور در منع دارد و از نظر لغت، اعم از منع تکلیفی و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 322

وضعی است و در حدیث، ارشاد به حکم وضعی و فساد است و دو شاهد مذکور در کلام مستدل قابل نقد است، زیرا وحدت سیاق قرینه محکمی نیست و در موارد زیادی فقها به آن اعتنا نکرده اند. تعلیل مذکور هم می تواند از قبیل حکمت، یا تعلیل

به امر تعبدی باشد. به صرف تعلیل مذکور نمی توان از ظهور قوی نهی در منع، صرف نظر کرد و حمل بر کراهت نمود. بنا بر این، حدیث ظهور در منع و تحریم و بطلان دارد نه در صحت و جواز. و اگر ظهور در منع نداشته باشد ظهور در جواز هم ندارد و مجمل است و قابل استدلال نیست.

دیگر این که بر فرض، روایت بر جواز و صحت معاملات صبی دلالت کند ولی قیدی ندارد و به وسیله اطلاقش تمام معاملات صبی را شامل است چه؛ در امور خطیره، چه در امور سیره؛ در نتیجه با اطلاق آیه و روایات عدم جواز امر صبی در بیع و شراء تعارض دارد، نه این که اخص از آن ها باشد و سبب تخصیص گردد. پس از معارضه، جمع عرفی ممکن نیست زیرا تباین کلی دارند و از مصادیق متعارضان می باشند و چون روایات عدم جواز، موافق قرآن هستند رجحان دارند و روایت سکونی طرح می شود و طبق آن فتوا نمی دهیم.

نتیجه: مهم ترین دلیل بر جواز معاملات کودکان در امور کم ارزش، همان سیره مستمره است و امام راحل بر اساس همان، تفصیل را پذیرفته است. قدر متیقن از سیره هم معامله با اذن ولی است نه بدون اذن و رضایت او. در رساله عملیه امام راحل نیز می خوانیم:

... ولی اگر بچه ممیز باشد و چیز کم قیمتی را که معامله آن برای بچه ها متعارف است معامله کند اشکال ندارد.

مورد دیگری را هم که امام راحل در متن تحریر استثنا کرده و تجویز نموده است در رساله عملیه- در ادامه مطلب قبلی- می خوانیم:

و نیز اگر طفل وسیله باشد که پول را به فروشنده بدهد و جنس

خریدار برساند، یا جنس را به خریدار بدهد و پول را به فروشنده برساند- چون واقعاً دو نفر بالغ با یکدیگر معامله کرده اند- معامله صحیح است ولی باید فروشنده و خریدار یقین داشته باشند که طفل، جنس و پول را به صاحب آن می رساند.

مشهور که معاملات کودک را حتی در امور سیره صحیح نمی دانند سیره مستمره را بر همین اساس توجیه کرده و می گویند در واقع، کودک يك وسیله در ایصال و وصول است و اصل معامله میان بزرگ ترها انجام گرفته است- خواه به صورت قولی باشد که قبلاً ولی طفل با طرف دیگر، عقد را خوانده اند و دادن و ستاندن کودک کاشف از آن است، یا طرف معامله هر دو طرف عقد را به عهده گرفته و به وکالت از ولی و به استقلال از طرف خود، انشای عقد کرده است و طفل وسیله رساندن معوض و گرفتن عوض است، و خواه به صورت معاطات باشد که بیشتر همین قسم، رایج است و در معاطات تعاطی طرفین از دو عاقل بالغ لازم نیست؛ بلکه مجرد ایصال و وصول هم کفایت می کند.

محقق نائینی در منیه [683] همین توجیه را بیان می کند اما مورد تأیید امام راحل نیست و آن را خلاف واقع می داند. [684] در ضمن اگر طفل وسیله باشد و اصل معامله میان دو طرف به نحو معاطات انجام بگیرد، وسیله بودن، مخصوص طفل نیست. آری بر مسلك امام راحل و کسان دیگری که تفصیل دادند و معاملات صبی را در امور سیره صحیح دانستند و خود صبی را طرف معامله می دانند، میان کودک و مجنون و سکران و بهیمه و ... فرق

است؛ زیرا عمده دلیل تفصیل، سیره مستمره است و قدر متیقن از سیره، معاملات صبی است نه مجنون و دیگران و نیز قدر متیقن، در امور حقیر و کم قیمت است نه در همه امور.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 324

شرط دوم: عقل

الثانی: العقل، فلا یصحّ بیع المجنون.

ترجمه: [شرط] دوم: «عقل»؛ یعنی که دیوانه انجام دهد صحیح نیست.

شرح: شرط دوم از شروط صحت معامله که در طرفین معامله معتبر و لازم می باشد «عقل» است؛ بنابراین اگر هر دو طرف یا یکی از طرفین، دیوانه باشند معامله باطل است. فقهای عظام معمولاً در مورد شرط بلوغ به تفصیل بحث کرده و درباره اشتراط عقل تنها به ذکر همین شرط بسنده نموده اند؛ چون نیازی به بحث مجدد نیست. به گفته صاحب جواهر: «لا أجد فيه خلافاً، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل الضروره من المذهب بل الدین».[685] و می توان اضافه کرد: «بل ضرورة العقلاء» یعنی مطلب جهانی است و در هیچ جای عالم مردم با دیوانه معامله نمی کنند و اگر کسی چنین کند مورد سرزنش قرار می گیرد و عقلاً آن را فاقد اعتبار می دانند. این مطلب از آیات و روایات نیز قابل استدلال است: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ...» [686] بنابراین که مقصود، اموال خود سفیهان یا اعم از آن و از مال خود اولیا باشد. وقتی سفیه محجور است و تصرفات او نافذ نیست به طریق اولی معاملات دیوانه صحیح نیست زیرا سفیه، خرد تکلیف را دارد و مکلف است ولی خرد معیشت او ضعیف است و به گفته صاحب جواهر: «فاقد العقل المعتمد به»، [687] در حالی که مجنون، فاقد حتی عقل تکلیف است و اسوء حالاً از سفیه

است.

آیه دیگر... فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... [688] است: این آیه گرچه

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 325

در مورد یتیمان است ولی رشید و عاقل و مدبر بودن را شرط دانسته است و بلکه به یک تعبیر تمام موضوع استقلال، رشید بودن است و به مفهوم شرط دلالت می کند که یتیم تا زمانی که عاقل نشود مستقل در تصرف نمی شود و این مناط، در مجنون هم وجود دارد. در باب روایات عدم جواز امر صبی تعابیری وجود دارد که حکم معاملات مجنون را روشن می کند. [689] مثلاً در صحیح هاشم می خوانیم: «

وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفياً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله».

و در روایت ابو بصیر می خوانیم: «

وإن احتلم ولم يكن له عقل لم يدفع اليه شيء أبداً».

روایت رفع قلم هم مجنون را در ردیف صبی و نائم قرار داده بود. اگر دلالت این دسته از روایات تمام باشد به وضوح بر اشتراط عقل دلالت دارند، البته ما دلالت آن را قبول نکردیم. بنابراین متعاملان باید عاقل باشند و بیع مجنون باطل است، ضمناً فرقی ندارد که مجنون اطباقی باشد یا ادواری. [690] و نیز فرقی ندارد که به طور طبیعی و مادرزادی دیوانه باشد یا در اثر عارضه ای دیوانه شده باشد. یا در اثر شرب مسکرات، مست لا یعقل گردد و مشاعرش را از دست بدهد. [691]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 326

شرط سوم: قصد

اشاره

الثالث: القصد، فلا يصح بيع غير القاصد كالهازل والغالط والساهي.

ترجمه: [شرط] سوم: «قصد»؛ بیع کسی که قصد بیع ندارد، مانند مزاح کننده و اشتباه کار و فراموش کار صحیح نیست.

شرح: منظور از قصد مدلول، همان عقدی است که متعاقدان بر

زبان می آورند. [692] بنابراین معامله کسانی که فاقد چنین قصد و اراده ای باشند باطل است. نکته قابل توجه این که فرقی نیست بین این که متعاقدان اصلاً قصد مدلول نداشته باشند- مثل کسی که در خواب بگوید خریدم، فروختم- یا قصد داشته باشند ولی قصد مدلول نداشته باشند و تنها قصد خود لفظ را داشته باشند، یا این که قصد مدلول هم داشته باشند ولی قصد مدلول الفاظ این عقد را نداشته باشند. مثلاً یکی قصد اجاره دارد ولی به اشتباه از لفظ «بعث» استفاده می کند، یا قصد مدلول همین لفظ را هم دارد ولی قصد انشا ندارد بلکه قصد حکایت و اخبار دارد. یا این که قصد انشا دارد ولی به صورت جدی معامله نمی کند و از باب شوخی و مسخره بازی «بعث» می گوید، یا مال را به کسی می دهد [693] که در واقع معامله صوری و شکلی است نه واقعی و عقلایی. معاملات تمام این ها باطل است.

يك نکته: اصل اعتبار قصد مدلول عقد، مسلم است ولی وزان این شرط با شروط دیگر متعاقدان متفاوت است و در واقع، شرط مصطلح نیست بلکه مقوم اصل عقد و معامله است و بدون آن، معامله عقلایی صدق نمی کند.

توضیح: شروط اصطلاحی اموری هستند که پس از تحقق حقیقت و ماهیت شیء- در ظرف مناسب خودش- مطرح می شوند که خارج از ذات و ماهیت مشروطند و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 327

به نوعی در صحت یا لزوم آن دخالت دارند؛ مثل بلوغ، عقل، مالکیت، اختیار و... قصد مدلول از این قبیل نیست بلکه بدون قصد مدلول، اصل ایقاع عقد امکان پذیر نیست. اما باید یادآور شد مهم نیست که نامش را شرط بگذاریم یا مقوم اصل معامله؛

بلکه مهم، اصل اعتبار آن است.

قصد تعیین مالک ها

گاهی عوض و معوض عین خارجی هستند و خود به خود، مالک آن ها معین است و نیازی به تعیین متعاملین ندارند. ولی گاهی عوض یا معوض کلی و در ذمه است و بدون تعیین طرفین معین نمی گردد؛ آیا در این گونه موارد، تعیین مالک ها در نیت و قصد یا علاوه بر آن، ذکر مالک ها و تلفظ به آن، لازم و معتبر است و در ضمن عقد یا در متن آن باید وجود داشته باشد یا بدون آن نیز معامله صحیح است - اگر چه بعداً تعیین لازم است -.

فلسفه تعیین این است که عقد به وجوه گوناگونی قابل تحقق است، مثلاً کسی که می گوید «صد من گندم به ذمه فروختم به قیمت یک میلیون تومان» ممکن است قصدش ذمه خودش یا ذمه موگلسش باشد. یا مثلاً وقتی می گوید: «این صد من گندم کلی را به یک میلیون تومان خریدم» ممکن است برای خودش یا برای موگلسش یا برای صغیر یا برای اجنبی به عنوان شراء فضولی باشد، یا مثلاً در فرضی که برای موگل معامله می شود ممکن است هرکدام چندین موگل داشته باشند. در این جا وکلا باید تعیین کنند از جانب کدام موگل، یا برای کدام موگل معامله می کنند، و هکذا در فرض ولایت بر چند نفر، و هکذا در فرض فضولی که برای اجنبی معامله می کند باید معین شود که بر ذمه چه کسی و برای چه کسی معامله می شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 328

حال به نظر محقق تستری در مقابله [694] و شیخ اعظم در مکاسب [695] تعیین مالک ها در ضمن عقد - در نیت تنها یا با تلفظ به آن - لازم است و بدون

آن، معامله باطل است و تعیین بعد از عقد هم فایده ای ندارد. این گروه به وجوهی استدلال کرده اند:

1. دلیل عقلی مرحوم تستری: ملك یا مملوك بدون مالك یا طرف اضافه یا مضاف الیه ممتنع است؛ زیرا آن دو متضایفان هستند و از هر جهت (امکان و امتناع، قوه و فعل) متكافئان، و معقول نیست که مملوك یا مضاف و اضافه ملکیت، فعلی باشد اما مضاف الیه یا مالك، فعلی نباشد و حین العقد وجود نداشته باشد؛ در صورتی که مالك ها معین باشند و متعاملین، آن ها را در نیت یا به زبان معین کنند محذوری بیش نمی آید ولی اگر تعیین نکنند و مبهم بگذارند لازم می آید تحقق مملوك بدون مالك واقعی باشد و این محال است. [696]

پاسخ: اولاً این گفته کلیت ندارد؛ در بعضی از موارد بدون تعیین هم معامله منعقد می شود و مملوك بدون مالك نیست، مثلاً فروشنده می گوید: «صد من گندم را به یکی از دو یا ده تاجر فروختم» و خریدار را تعیین نمی کند ولی یکی از آن دو برای خودش قبول می کند که به مجرد قبول، معامله منعقد می شود و همان فرد، مالك می شود و محذور تحقق ملك بدون مالك محقق نمی شود.

ثانیاً به گفته امام راحل در کتاب بیع: نتیجه برهان شما- بر فرض قبول- این است که معامله فعلاً تأثیر نمی گذارد و موجب ملکیت نمی شود نه این که ایجاب و قبول از ریشه ملغی باشد و بعداً هم اثر و ملکیت محقق نشود و به کلی باطل باشد.

توضیح: اگر الفاظ معاملات از قبیل علل واقعی تحقق ملك و اثر بودند حق با شما بود؛ یعنی محال است علت وجود داشته باشد ولی معلول نه.

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 329

معقول نيست، ولي ايجاب و قبول سبب عرفي و عقلايي هستند و موضوع براي اعتبار عقلا و شارع، و هيچ مانعي ندارد كه عرفاً يا شرعاً مشروط باشند به يك سلسله شروط متأخر تا با تحقق آن ها نقل و انتقال و ملكيت محقق شود. [697] بنا بر اين هيچ محذور عقلي اي ندارد كه با تعيين بعدي مالك ها، ملك محقق شود و برهان شما اين را محكوم نمي كند. [698]

2. دليل نقلي محقق تستري: در معاملات، جزم معتبر است و تردد، مضر است. اگر در ضمن عقد مالك ها تعيين نشوند و عقد مبهم باشد لازم مي آيد جزم، محقق نشود و از اين نظر اشكال دارد. [699]

پاسخ: اصل لزوم جزم را گرچه برخي در عبادات قائل شده اند [700] ولي در خود عبادات هم دليل معتبري بر قصد جزم و تعيين نداريم، بلكه تنها بر قصد قربت دليل داريم؛ بنا بر اين چيزي كه اعتبارش در عبادات ثابت نيست نمي تواند مبنای استدلال در معاملات قرار گيرد و از راه لزوم جزم، بر لزوم تعيين مالك ها استدلال شود كه نوعي مصادره به مطلوب است.

مرحوم تستري در ادامه گفته اش به نكته اي اشاره مي كند كه مي تواند دليل سوم باشد؛ يعني عدم شمول اطلاقات صحت معامله نسبت به فرض عدم تعيين مالك ها، زيرا اين فرد، شايع و متعارف نيست و اطلاقات از اين فرد انصراف دارد و معاملات

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 330

شايع معهود را شامل مي شود كه مالك ها معين هستند. [701]

پاسخ: صرف شيوع و غلبه خارجي منشأ انصراف نمي شود و چنين انصرافي بدوي است و ارزشمند نيست، بنا بر اين ما به موجب همين مطلقات و عمومات تجارات و معاملات، حكم مي كنيم به صحت معاملاتي

که در زمان نزول آیات و صدور روایات، وجود خارجی هم نداشتند و به مرور پیدا شده اند ولی آن ها را صحیح می دانیم مگر این که دلیلی از عقل یا نقل برخلاف آن بیابیم. اگر این ها به حکم اطلاعات صحیح است پس معاملاتی که در آن زمان بوده ولی شاذ و نادر بوده است- بدون تعیین مالک و با مبهم گذاردن آن ها- به طریق اولی مشمول اطلاعات است.

3. استدلال شیخ اعظم: از نظر ایشان تعیین مالک ها در هنگام انشای معامله- در نیت یا در تلفظ- مثل سایر شروط، يك شرط مستقل و در عرض آن ها نیست بلکه اعتبار آن برای این است که در معامله، ملکیت و مالیت عوضین قطعاً معتبر است و در مواردی که ثمن یا مثن، کلی و در ذمه است تا به ذمه شخص معینی اضافه نشود آن کلی ملک و مال نمی شود و تا این ها نباشند معامله محقق نمی شود، لذا لازم است صاحب ذمه یا کسی که این کلی بر ذمه او می آید معین گردد تا این کلی، ملک و مال شود. مثلاً «صد من گندم کلی» یا «هزار دینار کلی» وجود ندارد و به همین صورت کلی با تجرید از اضافه آن به ذمه شخصی، مورد معامله واقع نمی شود و کسی برای آن مالیتی قائل نیست، آری وقتی اضافه شد و گفت: «صد من گندم بر ذمه خودم می فروشم» یا «بر ذمه موگلم فروختم» کاملاً ملکیت و مالیت می آید و عقلاً اقدام به معامله می کنند و تمام آثار و احکام ملک را بر آن مترتب می کنند. [702]

پاسخ: اولاً در مقدمات مبحث بیع ذکر شد که بیع، تنها مبادله مال به مال یا ملک

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 331

ملك يا ملك به مال نيست تا تعيين مالك ها براي اين منظور ضروري باشد، بلكه مبادله حق به حق، منفعت به منفعت و ... نيز بيع است؛ ثانياً بر فرض كه مبادله مال به مال يا ملك به ملك باشد ولي دليلي ندارد كه قبل از معامله يا از لحظه شروع در معامله و انشاي ايجاب، مال و ملك باشد بلكه كافي است كه از لحظه تمام شدن عقد و تحقق قبول، ماليت و ملكيت محقق شود، يا حتي پس از معامله، صاحب ذمه را تعيين كند و مثل اجازه در فضولي باشد كه مخصوصاً بر مسلك ناقله بردن به مجرد انشاي عقد، نقل و انتقال محقق نشده است و پس از اجازه محقق مي شود.

خلاصه: از اين راه نيز دليل بر اعتبار تعيين مالكين يافت نشد تا به عنوان شرط مستقلي معتبر باشد. البته متعارف اين است كه در متن عقد، مالك را تعيين مي كنند ولي به ندرت بدون تعيين قبلي هم معقول است.

تعيين مالك ها در معامله اعيان خارجي

در مواردی كه مالك ها خود به خود معين هستند؛ مثل معامله بر اعيان خارجي اي كه مالك مشخص دارند و تنها براي مالك واقعي واقع مي شود آيا تعيين مالك ها در نيت يا در تلفظ در هنگام انشاي معامله لازم است، يا اين كه تعيين لازم نيست ولي قصد خلاف يا تصريح به خلاف، قاذح است و نبايد باشد و حداقل مطلق بياورد تا صحيح باشد؟

بررسی لزوم تعیین خود مالك ها: بنا بر اين كه در بيع كلي و ما في الذمه، تعيين در متن عقد لازم نباشد- كه تحقیقاً لازم نبود- در بيع شخصي و عين خارجي، به طريق اولي لازم نيست زيرا

بدون قصد یا تصریح به مالک ها عین شخصی، ملکیت و مالیت دارد و کمبودی ندارد. ولی بنا بر لزوم تعیین مالک ها در بیع کلیات- که بر مسلك مرحوم شیخ اعظم و مرحوم تستری لازم بود- این بحث مطرح است که آیا در بیع عین خارجی هم تعیین لازم است یا نه؟

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 332

اگر متعاقدين علم تفصیلی دارند که مبیع، ملك فلانی و ثمن خارجی، ملك فلانی است و در هنگام عقد هم غافل از این امر نیستند قصد تعیین یا تصریح به نام مالک لازم نیست. به این دلیل که مالک ها ذاتاً معین هستند و نیازی نیست تا با نیت یا به لفظ تعیین شوند؛ حتی می توان گفت قصد تعیین، تحصیل حاصل و لغو است.

آری، اگر علم اجمالی و ابهام و اجمالی در میان باشد یعنی عاقد نمی داند که متاع معین، ملك خودش است یا ملك موکل، یا نمی داند که ملك این موکل است یا آن موکل، ملك این اجنبی است یا آن اجنبی، یا مثلاً دو عین خارجی وجود دارد که اجمالاً می داند یکی ملك زید است یا هر دو ملك زید است ولی عقد را بر یکی به صورت غیر معین انشاء می کند. و... در این موارد اگر قصد مالک واقعی داشته باشد صحیح است زیرا مالک واقعی معین است، اگرچه ما نمی دانیم، ولی اگر به صورت مبهم و مردد، یکی از آن دو مالک یا دو عین را قصد کند بحث لزوم تعیین در حال انشا مطرح می شود و طبعاً آنچه در مورد بیع کلیات مطرح شد- دلیلاً و جواباً- در این جا نیز مطرح می شود و تحقیقاً تعیین در حال

انشا و قبل از آن لازم نیست.

فرض اطلاق: این فرض به فرض قبلی بازمی‌گردد زیرا در واقع، مالك‌ها معین هستند و اطلاق، انصراف به همان دارد. در این جا هم حکم به صحت معامله می‌شود.

فرض قصد خلاف یا تصریح: اگر متعاقدين یا یکی از آن دو با علم و آگاهی از مالك واقعی، او را قصد نکند و بلکه غیر او را قصد کند یا غیر او را بر زبان آورد، مثلاً می‌گوید: «بعث مالی عن فلان» به این معنا که عین خارجی، مال و ملك بایع است ولی از طرف فرد دیگر فروخته شود، یا بگوید: «بعث مالی لفلان» به این معنا که عین، مال من است ولی معامله برای دیگری واقع شود و ثمن به ملك او درآید. این نوع انشا باطل است زیرا وی از نظر عقلاً قصد جدی معامله ندارد و به هزل، اقرب از حدّ است و تا قصد جدی نباشد معامله واقعی نیست بلکه صوری است. از نظر عقلی هم محال است که مبیع مادامی که ملك کسی نشده از او به دیگری منتقل شود، در حالی که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 333

انتقال از او به مشتری فرع بر مالك شدن او است. از نظر ماهیت معامله هم، گفتنی است معامله، مبادله مالی به مالی است به گونه ای که معوض از ملك هر کسی که خارج شود عوض به ملك او داخل می‌شود و جای خالی آن را پر می‌کند، و معقول نیست که مثنی از ملك بایع و عاقد خارج شود ولی ثمن به ملك دیگری داخل شود.

و اگر از روی جهل به مالك واقعی قصد خلاف یا تصریح به

خلاف شود، چنانچه از نوع خطا در تطبیق باشد صدمه ای به معامله نمی زند، ولی اگر عقیده به خلاف، سبب شود تا معامله برخلاف واقع، واقع شود باز هم محکوم به بطلان است. مثلاً کسی وکیل است که فرس زید را به بکر بفروشد ولی در مقام انشا می گوید: فرس بکر را به این ده دینار فروختم. این گفته خلاف قصد معتبر در معامله است و «العقود تابعه للقصد»، و در این مورد «ما قصد لم یقع» و «ما وقع لم یقصد».

نتیجه: تعیین مالک ها به عنوان يك شرط در حال انشاء معتبر نیست و موضوعیت ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 334

شرط چهارم: اختیار

اشاره

الرابع: الاختیار، فلا یقع البیع من المکره، والمراد به الخائف علی ترک البیع من جهة توعید الغیر علیه بإيقاع ضرر أو حرج علیه، ولا یضّر بصحّته الاضطرار الموجب للإلجاء؛ وإن كان حاصلاً من إلزام الغیر بشیء، كما لو ألزمه ظالم علی دفع مال، فالتجأ إلى بیع ماله لدفعه إليه، ولا فرق فی الضرر المتوعدّ بین أن یكون متعلّقاً بنفس المکره- نفساً أو عرضاً أو مالاً- أو بمن یكون متعلّقاً به کعیاله وولده؛ ممّن یكون إيقاع المحذور علیه بمنزلة إيقاعه علیه، ولو رضی المکره بعد زوال الإكراه صحّ ولزم.

ترجمه: [شرط] چهارم: «اختیار»: بیع از شخصی که اکراه شده است واقع نمی شود. مقصود از «مکره» کسی است که از ترک بیع ترسان باشد؛ از این جهت که دیگری او را بر بیع تهدید نماید به این که ضرر یا حرج بر او واقع نماید؛ ولی اضطراری که او را به فروختن وا دارد، به صحت بیع ضرر نمی رساند اگرچه این اضطرار به خاطر این باشد که دیگری او

را به چیزی الزام نموده است. مثلاً ظالمی او را ملزم کند که مالی را بپردازد و او هم ناچار شود مالش را بفروشد تا آن را به او بپردازد. و [در مورد اکراه] فرقی نیست بین این که ضرری که به او وعده اش داده می شود به جان یا عرض و یا مال خود شخص مکره متعلق باشد یا به کسی که به او وابسته است، مانند عیال و فرزند او؛ [یعنی] از جمله کسانی که ضرر زدن به آنان همانند ضرر زدن به خود او است. و اگر شخص مکره بعد از برطرف شدن اکراه راضی شود بیع صحیح و لازم می شود.

شرح: شرط چهارم از شروط متعاقدين اختيار است. بنابراین، بیع مکره و مجبور واقع نمی شود. درباره این شرط ابتدا شش مطلب را بررسی می کنیم، آن گاه چند مسأله را در مورد ابعاد و زوایای گوناگون بیع مکره تبیین می نماییم:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 335

مطلب اول: معنای اختیار

معنای لغوی اختیار: اختیار و تخیر در لغت عرب به معنای انتخاب و برگزیدن و ترجیح دادن است؛ چه ترجیح یکی از دو جانب فعل و ترك بر دیگری، چه ترجیح یکی از دو امر وجودی بر دیگری.

در کتاب المنجد می خوانیم:

«تخیر واختار: اصطفاه وانتقاء، استخار استخارة: طلب الحيرة». [703]

معنای اصطلاحی اختیار: اختیار در اصطلاح فقها به قرار زیر است: شیخ اعظم در مکاسب می گوید:

المراد بالاختيار القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة و عدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر. [704]

از همین جا تفاوت شرط چهارم (اختیار) با شرط سوم (قصد) روشن می شود. در شرط سوم اصل قصد تحقق معنا و مدلول عقد مطرح بود ولی در این جا از

روی رضا و طیب نفس بودن آن مطرح است یعنی از روی میل باطنی و طیب خاطر مضمون عقد قصد شود نه از روی کراهت باطنی و اجبار و تحمیل از خارج.

کلمه اختیار گاهی در مقابل جبر و الجاء به کار می رود؛ منظور از جبر این است که شخص هیچ اراده ای از خود ندارد و عملش مثل حرکت دست مرتعش است و در واقع مانند آلت و ابزاری در دست دیگری است و بدون اراده کاری انجام می دهد؛ مثلاً کسی را بخوابانند و شراب در حلقش بریزند. در این جا به قرینه مقابله، مختار کسی است که با اراده خود کاری را انجام دهد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 336

کلمه اختیار هم گاهی در مقابل اضطرار به کار می رود؛ مضطر کسی است که در اثر ضرورت و نیاز مبرم تصمیم می گیرد و اقدام می کند. مثلاً کسی برای نجات از هلاکت، از گوشت مردار تغذیه می کند یا برای مداوای بیماری یا ادای دین ناچار می شود مال ارزشمندی را بفروشد بدون این که کسی از خارج بر او تحمیل کند.

در مقابل، مختار کسی است که چنین ضرورتی ندارد و در شرایطی عادی اقدام به معامله یا کار دیگر می کند.

کلمه اختیار در بعضی از موارد در مقابل اکراه به کار می رود؛ مکره کسی است که ظالمی او را تهدید مالی یا جانی یا آبرویی کند و او از ترس عملی شدن تهدید معامله یا کار دیگر مورد اکراه را انجام دهد. در مقابل، مختار کسی است که به طیب نفس و بدون تحمیل از خارج اقدام به معامله می کند.

حال این بحث مطرح است که آیا اختیار، معانی و موارد استعمال متعددی دارد یا در

همه جا به يك معنا اطلاق می شود؟ امام راحل بر این باور است که اختیار در همه جا يك ماهیت و معنا دارد و به اختلاف موارد، مفهوم و ذات آن مختلف نمی گردد و همه جا دارای يك معناست- چه در برابر جبر به کار برده شود، چه در مقابل اضطرار و چه در مقابل اکراه-.

به نظر امام راحل، اختیار، انتخاب و برگزیدن و ترجیح يك طرف بر طرف دیگر است که از مبادی فعل ارادی است و جمیع افعالی که با التفات و اراده از انسان صادر می شود مسبوق به اختیار و ترجیح و گزینش است. البته گاهی منشأ ترجیح يك کار، ملائمت با نفس بودن و موافق با شهوت و تمایلات فاعل است که فاعل با شوق و رغبت، آن را انتخاب و اراده می کند و انجام می دهد. و گاهی عملی مخالف میل و هوای نفس او است و از آن نفرت و کراهت دارد ولی عقل او درك می کند که انجامش به صلاح

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 337

است- مثل دفع افسد به فاسد- لذا اختیار و اراده می کند و انجام می دهد. [705]

از همین جا امام راحل به این نکته متفطن شده است که اختیار، يك شرط جدا در کنار سایر شروط نیست زیرا اگر به معنای ترجیح باشد در بیع مکره نیز وجود دارد و به حکم عقل برای فرار از شرّ ظالم، معامله را انتخاب می کند و انجام می دهد، پس باید بیع مکره صحیح باشد در حالی که به اتفاق کلمه فقهای شیعه، بیع مکره باطل است؛ حتی صاحب جواهر در این باره ادعای ضرورت مذهب کرده است. [706] و اگر به معنای طیب نفس باشد و بیع

کسی که کراهت نفس دارد باطل باشد، پس باید بیع مضطر هم باطل باشد زیرا کراهت نفسانی دارد و دلش نمی خواهد متاعش را بفروشد ولی ناچار است؛ در حالی که بیع مضطر به اتفاق کلمه صحیح است. و اگر طیب نفس به معنای قصد جدی، نسبت به وقوع معامله باشد باز هم باید بیع مکره صحیح باشد؛ زیرا گاهی قصد جدی به وقوع دارد.

امام راحل از این جا به این نتیجه رسیده است که اساساً طرح اختیار به عنوان یکی از شروط متعاقدان صحیح نیست و بهتر است عدم اکراه را شرط بدانیم یا به عبارتی، وجود اکراه را مانع صحت بدانیم یا اختیار را به معنای سلبی عدم اکراه و اجبار معنا کنیم. [707] به همین دلیل، امام راحل در کتاب طلاق در مسأله سوم چنین فرموده است:

يشترط في الزوج المطلق: القصد والاختيار؛ بمعنى عدم الإكراه والإجبار.... [708]

البته در مورد بحث ما در بیع، مثل مشهور اختیار را شرط دانسته و عدم وقوع بیع مکره را بر این شرط مبتنی کرده است.

به هر حال مقصد اصلی در شرط چهارم بیان بطلان بیع مکره است و متعاقدين نباید

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 338

مکره باشند و از این مکره نبودن به مختار بودن تعبیر شده است، ولی مقصود، روشن است.

مطلب دوم: دلایل لزوم اختیار و عدم وقوع بیع مکره

دلیل اول: فرد مکره اصلاً قصد تحقق مدلول عقد را ندارد تا عقد او صحیح باشد و منعقد شود، و قطعاً قصد تحقق مدلول عقد، شرط صحت عقد و بلکه مقوم آن است؛ زیرا عقود و ایقاعات از عناوین قصدیه اند و بدون قصد، صدق بیع و مانند آن مختل است.

این دلیل از ظاهر کلام برخی از فقها از جمله

شهید اول در دروس [709] و شهید ثانی در مسالك و فاضل نراقی در مستند استفاده می شود. این عدّه از فقها می فرمایند: باید قصد مدلول احراز شود تا معامله منعقد شود. نسبت به مکره این امر محرز نیست و مشکوک است؛ لذا منعقد نمی شود. از کلام برخی از فقها نیز استفاده می شود که مکره در قصد تملیک خود جدی نیست؛ زیرا راضی به معامله نیست تا به حدّ انشای معامله کند، و جدی بودن امری قلبی و قصدی است و اکراه پذیر نیست، و تا قصد المدلول جدّاً نیاید معامله منعقد نمی شود و موقوف به رضایت بعدی هم نیست.

پاسخ: اولاً فرض مختار بودن و مکره نبودن متعاقدان به عنوان شرط چهارم پس از فرض قصد مدلول همان شرط سوم است که قبلاً ذکر شد، و اگر ادّعا شود که مکره چون قصد مدلول ندارد یا محرز نیست یا جدی نیست، خواهیم گفت شرط چهارم به شرط سوم برمی گردد و شرط جدایی نخواهد بود و خود فقهای مزبور نیز به آن ملتزم نیستند.

ثانیاً ملاحظه موارد اکراه نشان می دهد که از ناحیه قصد مدلول عقد، کمبودی ندارد. مثلاً کسی که زیر شکنجه به جرمی اعتراف می کند قطعاً چنین نیست که صرفاً الفاظی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 339

بدون معنا و بدون قصد مدلول بر زبان جاری می کند؛ بلکه کاملاً قصد مدلول دارد و بر اساس اعترافات، مورد محاکمه و مجازات قرار می گیرد و علیه او احتجاج می شود.

ممکن است سرچشمه اصلی طرح بحث اکراه و مکره و رفع اثر سخن یا عمل اکراهی، آیه ... إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ... [710] باشد که در مورد سبّ و براءت از پیامبر

(ص) وارد شده است و از آیه و روایات استفاده می شود که فلان سخنان واقعاً سبّ معصوم و تبرّی از او است، ولی چون اکراهی است مؤاخذه و اثری ندارد نه این که سبّ نباشد؛ در حالی که اگر صرفاً قصد لفظ باشد بدون قصد مدلول، صدق سبّ و لعن و برائت ناتمام است.

ثالثاً از فتاوی گوناگون فقها در فروع گوناگون بیع اکراه، به روشنی استفاده می شود که مکره قصد تحقق مدلول هم دارد و جلاً انشای بیع می کند ولی منشأ آن اکراه است. برای مثال به فتوای مشهور اگر پس از زوال اکراه، طرف راضی شود و اجازه کند معامله منعقد می شود. این فتوا در صورتی صحیح است که طرفین در هنگام انشای معامله، قصد تحقق مدلول را دارند و تنها رضایت و طیب نفس ندارند که آن هم لزومی ندارد در هنگام عقد باشد، بلکه اگر فعلاً هم ضمیمه شود کفایت می کند. و اگر از اول، قصد مدلول نباشد اصلاً بیع صدق نمی کند و معنا ندارد که بعداً صحیح و لازم گردد و «الشيء لا ینقلب عمّا هو علیه».

نتیجه: دلیل اول ناتمام است و از این راه بطلان عقد مکره و اشتراط اختیار و عدم اکراه ثابت نمی شود و چون ظاهر سخن شهید ثانی و دیگران پذیرفتنی نیست شیخ اعظم و دیگران در صدد توجیه برآمده اند که طرح آن ها ضرورت ندارد. [711]

کوثر فقه (محمدی)؛ ج 2؛ ص 339

ته دیگر این که آنچه تا به حال تبیین شد بر این فرض بود که داعی مکره بر عقد، واقعاً دفع اکراه باشد و صرفاً از ترس ظالم اقدام به انشای عقد یا اقدام به امضای سند

کوثر

کند، اگرچه دارای کراهت باطنی است. اما اگر به دنبال اکراه، خودش هم تصمیم به فروش گرفت به گونه ای که اگر اکراه نبود متاع مورد نظر را می فروخت. در این صورت بیع او صرفاً عقیب اکراه مکره واقع شده است. قطعاً این بیع صحیح و لازم است و از مفروض بحث خارج است.

دلیل دوم: اجماع، عده ای در مورد بحث، ادعای اجماع کرده اند. [712] اصل ادعای نفی خلاف و بلکه ادعای اجماع بعید نیست و از فقهای امامیه کسی مخالفت نکرده است ولی اشکال این جاست که این اجماع، اجماع تعبدی کاشف از رأی معصوم نیست بلکه مدرکی است و مدرکش آیه تجارت و روایت رفع اکراه و روایات طیب نفس مالک و روایات طلاق مکره است که به تفصیل بررسی خواهد شد.

دلیل سوم: آیه تجارت از روی تراضی: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا [713] درباره این آیه به تفصیل در دلیل سوم از ادله مفید ملک بودن معاطات، بحث شد. در این جا به چند نکته اشاره می شود آن گاه کیفیت استدلال بررسی می گردد:

الف) کلمه «اکل» در آیه، کنایه از مطلق تصرف در مال دیگران و تملک و تصاحب اموال دیگران است و خصوص خوردن به عنوان فعل مخصوص، مورد نظر نیست و گرنه باید اموالکم مخصوص مأكولات باشد که تخصیص اکثر است و قبیح.

ب) حرف باء در بِالْبَاطِلِ برای مقابله نیست بلکه برای سببیت است. دلیل آن هم قرینه داخلی و خارجی است. قرینه داخلی ذیل آیه است، یعنی تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...؛ زیرا منظور از تجارت، سبب مملک است

و به قرینه مقابله، مراد از بِالْبَاطِلِ، اسباب مملکه دیگر، غیر از تجارت صحیح است. قرینه خارجی روایاتی است که باطل را به قمار و دزدی و مانند آن تفسیر کرده است که این ها راه های باطل و نامشروع تملك مال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 341

مردم هستند. [714] بنابراین، مفاد صدر آیه این است که از راه های باطل و ناصحیح، اموال یکدیگر را تملك و تصاحب نکنید بلکه از راه داد و ستد با تراضی اقدام کنید.

ج) دو احتمال در استثنا: یکی استثنای متصل و دیگری استثنای منقطع که به صورت مشروح در بحث معاطات تبیین شد.

د) کلمه تراض در آیه به معنای قصد مدلول نیست تا مقصود این باشد که تجارت با قصد مدلول، مجوّز اکل و تصرف و تملك است، بلکه به معنای طیب نفس داشتن و مکره نبودن است زیرا اگر به معنای قصد مدلول باشد آوردنش لغو خواهد بود که کلام حکیم برتر از آن است.

توضیح: خود کلمه تجارت بر قصد مدلول دلالت می کند زیرا تجارت از عناوین قصدی است و بدون قصد مدلول، معامله و بیع و تجارت صدق نمی کند. بنابراین، نیازی به ذکر عَنْ تَرَاضٍ به معنای «عن قصد الطرفين المدلول» نیست. پس ذکر آن لغو یا توضیحی است که مثل لغو است؛ آری به معنای مکره نبودن و به زور معامله نکردن و با طیب نفس تجارت کردن است و لغو نیست.

با توجه به چند نکته فوق، استدلال به آیه از سه راه متصور است:

1. یا به مفهوم وصف آیه استناد شود که تجارت را مقید کرده است به قید تراضی، و مفهومی این است که تجارتهای که با تراضی نباشد

منعقد نمی شود. این بیان ناتمام است زیرا در اصول بیان شده است که وصف مفهوم ندارد.

2. یا به مفهوم حصر آیه استناد شود، بنابراین که استثنا متصل باشد. بر این اساس استدلال کاملاً صحیح است زیرا مفید حصر است و مفادش این است که تنها مجوز اکل، تجارت با تراضی است و مفهوم حصر استثنا این است تجارتی که بدون تراضی باشد منعقد نمی شود و معامله فرد مکره از مصادیق تجارت بدون تراضی است، پس واقع نمی شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 342

ولی قبلاً در بحث معاطات بیان شد که استثنا منقطع است نه متصل. بنابراین، این بیان نیز ناتمام است.

3. بنابر این که استثنا منقطع باشد علی القاعدة مفید حصر نیست و مفهوم ندارد، زیرا ذیل کلام به منزله جمله مستقلی است و گویا گفته شده است: «التجاره عن تراض مجوّز للأكل»، و چون مفید حصر نیست مفهوم ندارد که تجارت بدون تراضی باطل باشد. ولی از آن جا که آیه در صدد بیان اسباب صحیح تملك و تمیز آن ها از اسباب فاسد و باطل است و در این مقام دو قسم بیشتر بیان نکرده است می توان برداشت حصر کرد؛ یعنی تنها راه تملك اموال مردم، تجارت با تراضی است؛ آن گاه می توان گفت بیع مکره منعقد نمی شود. به بیان دیگر می توان گفت: تجارت با تراضی موضوعیت دارد و یکی از مصادیق، تملك مال دیگران به حق است و آیه در مقام بیان، تملك را دو قسم کرده است: یکی تملك به غیر حق و دیگری تملك به حق، و قسم سوم ندارد. آیه در مقام بیان تملك به حق، تراضی را قید کرده و فرموده است منحصراً

با این قید، تملك به حق است و بدون آن تملك به حق نیست و چون بیع مکره این قید را ندارد پس تملك به حق نیست.

دلیل چهارم: روایات طیب نفس. مهم ترین روایت، موثقه سماعه از امام صادق (ع) است:

فی حدیث أن رسول الله (ص) قال:

«من كانت عنده أمانته فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسٍ منه». [715]

شیوه استدلال: در ظاهر کلام، حکم شرعی «

لا يحلّ

« به عین خارجی «خون و مال» اسناد داده شده است و در این گونه موارد از نظر مشهور فعل اختیاری مکلف باید مقدر باشد. بنا بر یک قول، مقدر «فعل مناسب» است و در این جا «تصرف» مقدر است. ولی این احتمال هیچ شاهی ندارد. بنا بر قول دیگر تمام افعال مربوطه به مال مردم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 343

(امساک، تصرف، تملك، هدیه دادن و ...) در تقدیر است و حذف متعلق، مفید عموم است. بنا بر تقدیر همین احتمال قوی است و در نتیجه قابل استدلال است؛ زیرا تملك مال مردم بدون رضایت و طیب نفس مالک، ممنوع است و اگر بیع اکراهی صحیح بود و جهی برای منع نبود. و بنا بر قول دیگر نیازی به تقدیر نیست و اساساً تقدیر، خلاف اصل است و ظاهر حدیث، اسناد حرمت به خود مال است و منظور، حرمت ذات و ماهیت مال مردم است و حرمت ذات به حرمت تمام افعال مربوط به آن است؛ از جمله تملك آن و حرمت تصاحب بدون طیب نفس، دلیل بر عدم انعقاد بیع مکره است.

یک اشکال: حرمت، ظهور در حرمت تکلیفی دارد و حدیث فوق، حداکثر بر حرمت

تکلیفی تصرف در مال مردم دلالت دارد و حکم وضعی آن را بیان نمی کند تا دلیل بر بطلان بیع مکره باشد.

جواب: اولاً حرمت جمیع جهات مربوط به مال مردم، برای کشف بطلان کافی است، زیرا اگر بیع مکره باطل نباشد وجهی برای حرمت تصرف نداریم، مگر این که تعبداً حرام باشد که قطعاً حرام نیست؛ ثانیاً واژه حلال و حرام در روایات به معنای عرفی و لغوی آن (رخصت و ممنوعیت) است و هرکدام از تکلیف و وضع را شامل می شود.

نتیجه: دلالت روایت فوق، بر عدم انعقاد بیع مکره، خالی از اشکال است.

دلیل پنجم: روایات باب طلاق و عتق مکره:

در این جا مهم ترین روایت، حسنه یا صحیح زراره از امام باقر (ع) است:

قال: سألته عن طلاق المکره وعتقه؟ فقال:

«لیس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق...» [716]

شیوه استدلال: در این حدیث، یا مقصود این است که بر طلاق و عتق مکره، اسم و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 344

عنوان طلاق و عتق صدق نمی کند تا احکام و آثار آن ها مترتب شود، و یا مراد این است که طلاق و عتق مکره صحیح نیست، دارای فایده و اثر هم نیست و موجب جدایی و آزادی نمی گردد. در این میان، احتمال دوم قوی است زیرا در روایت، امام (ع) بر طلاق و عتق مکره، اطلاق طلاق و عتق کرده و اگر بلافاصله در ذیل آن نفی ماهیت طلاق کند صدر و ذیل، یک کلام متناقض می شود، یعنی هم طلاق هست و هم طلاق نیست؛ و هکذا در عتق. ولی به هر حال به خوبی از روایت استفاده می شود که طلاق و عتق مکره منعقد نمی شود و وجود آن کالعدم است، آن گاه به

ضمیمه عدم فصل قطعی، [717] در سایر عقود و ایقاعات نیز عقد اکراهی اثر ندارد و منعقد نمی شود؛ پس بیع مکره نیز واقع نمی شود.

دلیل ششم: حدیث معروف رفع از رسول اکرم (ص) که شیخ صدوق (رحمه الله) در دو کتاب خصال [718] و توحید [719] از امام صادق (ع) نقل کرده است:

قال: قال رسول (ص):

«رفع عن امتي تسعة: الخطأ، والنسيان، وما اكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطرّوا إليه، والحسد، والطيرة، والتفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفة».

شاهد، جمله »

وما اكرهوا عليه

« است که قطعاً از ماء موصول حکم شرعی اراده نشده است؛ زیرا حکم فعل اختیاری خداوند است و معقول نیست که بنده نسبت به فعل خداوند مکره باشد، بنابراین مقصود، فعل مکلف است؛ یعنی ظالمی او را بر انجام آن مجبور کرده است. دیگر این که نفی حقیقی فعل اکراهی هم مقصود نیست [720] زیرا این معنی مستلزم کذب است و وجداناً مسلمانانی را مشاهده می کنیم که توسط ظلمه و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 345

طواغیت بر انجام کارهایی مکره می شوند. بنابراین، منظور نفی خود فعل اکراهی نیست بلکه نفی آثار آن است.

گفتنی است در این جا چند احتمال وجود دارد: 1. این که خصوص مؤاخذه در تقدیر باشد؛ یعنی فعل اکراهی مسلمانان سبب مؤاخذه و عقاب آنان نیست.

اشکال این احتمال: مؤاخذه امری عقلی و به حکم مستقل عقل است و ربطی به شارع بما هو شارع ندارد و وضع آن به دست او نیست تا رفعش به دست او باشد.

2. خصوص اثر شرعی بارز و ظاهر، مقدر باشد که متناسب با هر فرازی از فرازهای حدیث رفع، اثر خاصی وجود دارد.

اشکال این احتمال: هیچ دلیل وجود

ندارد که اثر بارز مقدر باشد؛ افزون بر این، تعیین اثر بارز در هر مورد مشکل است.

3. جمیع آثار و احکام شرعی (هم تکلیفی و هم وضعی) مقدر باشد. شاهد این گفته حذف متعلق است که مفید عموم است.

بنابراین احتمال، حدیث رفع دلیل بر آن است که فعل اکراهی نه تکلیفاً حرام است و نه وضعاً صحیح و لازم؛ بلکه حرمت و صحت و لزوم برداشته شده است.

ولی احتمال قوی تر که مختار امام راحل در کتاب بیع است این است که اصولاً تقدیر، خلاف اصل است و ضرورتی هم ندارد؛ بلکه ظاهراً رفع به خود فعل اکراهی نسبت داده شده است و می توان گفت خود فعل اکراهی برداشته شده است اما نه حقیقتاً و وجداناً بلکه از راه ادعا و تنزیل. یعنی از آن جا که وجود فعل اکراهی شرعاً مثل عدم آن است گویا اصلاً محقق نشده است و در نتیجه یا هیچ اثری بر آن مترتب نیست و یا معظم آثار شرعی بر آن مترتب نیست؛ اگر هم اثر نادری دارد قابل اعتنا نیست.

بنا بر این احتمال نیز حدیث رفع به وضوح دلالت دارد بر این که وجود بیع اکراهی کالعدم است و اثری ندارد. مطلوب ما نیز همین است.

[721]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 346

وجه قوت این احتمال: سایر احتمالات، عموماً در تقدیر و حذف مضاف، مشترك بودند؛ تقدیر هم خلاف اصل است. ولی در این احتمال تقدیر مطرح نیست بلکه صرفاً تصرف در امر عقلی است؛ یعنی ادعا کرده ایم که وجود کار اکراهی مثل عدم آن است که سپس لفظ در مفاد خودش استعمال شده است.

نتیجه: حدیث رفع به خوبی بر عدم انعقاد بیع

مکره دلالت دارد و نیازی به استشهاد به صحیحه ابی نصر بزنی [722] نیست که شیخ اعظم به آن تکیه کرده است. [723]

دلیل هفتم: این دلیل از امام راحل در کتاب بیع نقل می شود. حضرت امام فرموده است:

مضافاً إلى أن الأمر كذلك عند العقلاء أيضاً فإنهم لا يلزمون العاقد مكرهاً بالعمل به وأدلة نفوذ المعاملات منصرفه عن مثله أيضاً. [724]

ممکن است این جمله امام دو دلیل باشد: یکی سیره عقلای عالم که بر معاملات مکره ترتیب اثر نمی دهند و فرد مکره را به وفا به عقد و عمل به موجب آن و تسلیم مبیع به مشتری، ملزم نمی کنند و شرعاً هم این سیره ردع نگردیده است پس معتبر است.

دلیل دیگر انصراف است. ادله صحت و لزوم معاملات، یعنی أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ، أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ... از بیع مکره انصراف دارند و بر بیع متعارف و عقلایی (بیع مختار) حمل می شوند و در نتیجه بیع مکره مشمول اطلاقات و عمومات نیست، لذا به اصل اولی در معاملات (اصل فساد) برمی گردیم.

حال اگر انصراف ادله را بپذیریم بیع مکره مقتضی برای صحت ندارد و اگر نپذیریم و ادله به اطلاق خود باقی باشند و بیع مکره را نیز شامل شوند و مقتضی موجود باشد،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 347

روایات بطلان بیع مکره مانع است و جلوی مقتضی را می گیرند و چون به عنوان ثانوی است حاکم بر اطلاقات و عمومات صحت و نفوذ است و دامنه آن ها را محدود می کند. پایان سخن این که اکراه مانع است و بیع مکره واقع نمی شود.

یک نکته: فقهای عظیم الشأن، از جمله امام راحل شرط بلوغ و عقل و قصد را که مطرح کرده اند به دنبالش صریحاً گفته اند: «فلا یصحّ

بيع الصبي، فلا يصح بيع المجنون...». ولی به شرط اختیار و عدم اکراه که رسیده اند تعبیرشان عوض شده و گفته اند: «فلا يقع البيع من المکره». منظور این است که فعلاً بیع مکره منعقد نمی شود ولی منافاتی ندارد که پس از زوال اکراه اگر راضی شد بیع صحیح باشد؛ مثل بیع فضولی که با اجازه بعدی صحیح است. این مسأله در مطلب هشتم شرط اختیار، در ادامه همین مسأله تشریح خواهد شد.

مطلب سوم: حقیقت اکراه

در مطلب قبلی درباره حکم بیع مکره بحث شد؛ در این مطلب درباره موضوع اکراه بحث می شود. اکراه در اصطلاح فقه معنای خاصی ندارد، بلکه به معنای لغوی و عرفی خود باقی است: در کتاب المنجد می خوانیم:

أكره الرجل: حملة على أمر يكرهه وأكره فلاناً على الأمر: حملة عليه قهراً. [725]

در المصباح المنیر آمده است:

أكرهته على الأمر إكراهاً: حملته عليه قهراً. [726]

در مفردات راغب آمده است:

والإكراه يقال في حمل الإنسان على ما يكرهه. [727]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 348

در أقرب الموارد می خوانیم:

أكرهه على الأمر: حملة عليه قهراً، أكره فلاناً: حملة على أمر يكرهه. [728]

شیخ اعظم در مکاسب می فرماید:

ثم إن حقيقة الإكراه لغة وعرفاً: حمل الغير على ما يكرهه. [729]

بنابراین، اکراه از حقایق لغوی و عرفیه عامه است و از کلام مصباح و از بخشی از کلام المنجد و أقرب الموارد به دست می آید که با زور و قهر و غلبه کسی را بر کاری وادار کردن اکراه است؛ خواه کاری باشد که فرد مکره قلباً از آن متنفر است و کراهت دارد و یا کاری باشد که قلباً متنفر نیست و بلکه مشتاق است ولی به زور نمی خواهد انجام دهد و با میل و رغبت می خواهد انجام دهد.

ولی بعضی دیگر

از کلمات المنجد و أقرب الموارد و نیز از کلام راغب در مفردات دلالت دارد بر این که اکراه، حمل انسان است بر کاری که کراهت دارد. قدر متیقن از کلام اهل لغت هم همین معناست، و لذا شیخ اعظم قید «یکرهه» را در تعریف آورده است. البته در مورد کسی که از قبل کراهتی بر او نیست ولی از دستور دادن دیگری خشنود نیست و اگر امر کنند ناراحت می شود اکراه صدق می کند ولی بالعرض و پس از حمل و امر غیر است نه قبل از آن.

شیخ اعظم برای صدق اکراه قیودی را اضافه نموده و چنین گفته است:

ويعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل: اقتترانه بوعيد منه، مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل، مضر بحال الفاعل أو متعلقه نفساً أو عرضاً أو مآلاً. [730]

از این عبارت سه قید به دست می آید: 1. حمل، مقرون به تهدید فرد حامل و مکره باشد؛ 2. مکره ظن داشته باشد و احتمال قوی بدهد که اگر فعل اکراهی را انجام ندهد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 349

طرف تهدیدش را عملی می کند؛ 3. تهدید بر چیزی باشد که به حال خود فاعل (مکره) یا متعلقین او ضرر مالی یا آبرویی یا جانی داشته باشد.

بررسی قیدهای مزبور:

الف) آیا اقتران به تهدید، در صدق اکراه دخیل است و بدون آن، اکراه صدق نمی کند یا مجرد امر و طلب بیع از يك فرد ظالم جائری که از شرّ و ضرر او ایمن نباشد کفایت می کند؟ شیخ اعظم اقتران را معتبر دانسته است. البته غالباً هم در خارج چنین است ولی ضرورت ندارد و به صرف طلب يك فرد ظالم هم اکراه صدق می کند.

ب) گاهی

مکره یقین دارد که مکره تهدیدش را عملی می کند و به وی ضرر می زند یا او را شدیداً در مضیقه قرار می دهد، و گاهی یقین ندارد ولی ظن و گمان دارد و احتمال قوی و غالب می دهد، و گاهی مجرد احتمال عقلایی است و خائف است از این که ضرری به او بزنند، شیخ اعظم صریحاً ظن به ترتب ضرر را قید کرده اند ولی هیچ دلیلی ندارد و مجرد خوف از ضرر و نگرانی از عملی شدن تهدید کفایت می کند و از نظر عقلاً فرد، مکره شمرده می شود؛ به همین سبب است که امام راحل در تعریف «مکره» از لفظ «الخائف...» استفاده کرده است. و چه بسا احتمال ضعیف است ولی محتمل قوی است و طرف احتمال می دهد که اگر انجام ندهد کشته می شود؛ در این جا احتمال ضعیف هم کفایت می کند و اکراه صادق است.

ج) اگر ملاک، ضرر به حال فرد مکره باشد، افراد متفاوت هستند و چه بسا ضرر مالی خاصی برای کسی ضرر مالی کثیر به حساب آید اما در حق فرد دیگری ضرر قابل اعتنایی نباشد. این، يك ضابطه کلی ندارد. آری اگر مناط را ضرر معتنابه و عقلایی بدانیم ضابطه مند می شود و هر جا که ضرر، قابل ملاحظه باشد اکراه صدق می کند و چه بسا تهدید به از دست دادن منفعت قابل ملاحظه کافی، باشد تا اکراه صدق کند.

خوشبختانه خود شیخ اعظم در جای دیگر خوف ضرر را مطرح کرده و گفته است:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 350

لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعد به على الترك. [731]

و شاید تعبیر شیخ در آغاز بحث، به ظن به ضرر، متابعت از فقهای عظام است که

آن ها نیز به پیروی از شیخ طوسی در مبسوط چنین تعبیر کرده اند [732] شیخ همچنین در مکاسب محرمة در باب ولایت از ناحیه حاکم جائز بحث خوف ضرر را عنوان کرده که پیدا است منظور شیخ، خوف ضرر است ولو ظن به ضرر نباشد.

د) گاهی داعی و انگیزه مکره بر عمل، صددرصد دفع اکراه و تهدید و ضرر از خود است که در این جا حتماً اکراه صدق می کند، ولی گاهی به دنبال اکراه، خود شخص واقعاً تصمیم می گیرد و عمل را انجام می دهد، به گونه ای که اگر اکراه نباشد آن عمل را انجام می دهد. گفتنی است چنین کاری اکراهی نیست.

ه) گاهی در ضرری که محتمل و عقلایی است اگر به فرد مکره متوجه شود، معلوم می شود ضرر از سوی خود آمر به فعل است. در این جا یقیناً اکراه صدق می کند، ولی گاهی از سوی شخصی دیگر است و یقینی است که خود طالب عمل، آسیبی به شخص نمی زند ولی از ناحیه اطرافیان او احتمال آسیب و ضرر می رود. گاهی هم ضرر از سوی خداوند؛ یعنی ضرر، آسمانی است؛ مثلاً پیامبری یا امامی یا یکی از اولیاء از فردی می خواهند که فلان کار را انجام دهد و تهدیدش می کنند که در صورت انجام ندادن، عذاب الهی و بلائی آسمانی نازل می شود که مخاطب، از ترس عذاب آن کار را انجام می دهد.

از کلام سید در حاشیه استفاده می شود که تنها در صورت اول اکراه صدق می کند و در صورت دوم و سوم اکراه نیست. [733] ولی این سخن قابل مناقشه است، چون در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 351

صورت دوم نیز عرفاً اکراه صادق است و حکم فعل اکراهی بر آن مترتب

است. آری در صورت سوم اکراه صدق نمی کند؛ زیرا قوام اکراه به حمل و وادار کردن يك انسان به وسیله انسان دیگر است نه وادار کردن و تهدید کردن به نزول بلای آسمانی و عذاب الهی.

و) شیخ اعظم در ادامه، مناط صدق اکراه را سقوط فاعل از استقلال در تصرف دانسته است، ولی این هم قابل مناقشه است؛ زیرا اگر منظور این است که داعی فاعل از فعل، دفع شرّ ظالم است- و او اگر مکره نبود انجام نمی داد- صحیح است؛ ولی اگر منظور این است که اراده فاعل دخالت ندارد و او به منزله آلت و ابزاری بی اراده است، یا اراده او جزء علت فعل او است ما قبول نداریم؛ فعل اکراهی مثل فعل اختیاری صد در صد با اراده فاعل انجام می گیرد و استقلال دارد، منتها عامل ترجیح و انتخاب جانب فعل و سپس اراده کردن و انجام آن، دفع شرّ و ضرر ظالم است.

ز) آخوند نکته ای را از شیخ اعظم آورده که متین است. شیخ می گوید مطلق انجام کار برای دفع يك ضرر را اکراه نمی گویند؛ مثلاً يك ظالمی شخصی را مکره کرده است که مقداری پول به او بدهد و فرد مکره راهی ندارد مگر این که متاعی را بفروشد و پول تهیه کند و به ظالم بدهد؛ این شخص در این جا بر خود بیع، مکره نیست و بیع صحیح است، بلکه بر دادن پول مکره است که آن هم غیر از خود بیع است. بیع برای دفع ضرر است و اگر به صرف این عمل، اکراهی باشد باید نیمی از کارهای روزمره انسان ها اکراهی باشد؛ زیرا افعال انسان یا برای جلب منفعت است

و یا برای دفع ضرر؛ و هیچ کس به این لازم ملتزم نیست.

نتیجه: حقیقت اکراه روشن شد؛ یعنی کسی را به زور بر کاری وادار کردن؛ خواه با تهدید زبانی باشد، خواه بدون آن؛ خواه ظن به ضرر وجود داشته باشد، خواه خوف ضرر در میان باشد؛ خواه به حال شخص مکره ضرر داشته باشد، خواه ضرر نداشته باشد. دیگر این که بیش تر مصادیق فعل اکراهی از نظر خود عقلاً روشن است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 352

اکراه به حق

اکراه به حق یا اکراهی که از سوی حاکم شرع و فقیه عادل است یا از سوی امام و پیامبر و یا از سوی خدا؛ مثل اکراه مدیون بر فروش املاک و مستغلات خود و پرداخت دیون مردم، یا اکراه محتکر بر بیع ارزاق عمومی، یا مکره نمودن راهن بر فروش عین مرهونه و پرداخت حق مرتهن و آیا معاملات چنین مکرهی - که به حق اکراه شده - صحیح است یا این نوع نیز منعقد نمی شود؟

پاسخ این است که حتماً منعقد می شود و معامله صحیح و لازم است و مشمول حدیث رفع «رفع ما اکرهوا علیه» نیست، زیرا اولاً چنین اکراهی موضوعاً از اکراه مصطلح و معروف خارج است، زیرا در اکراه معروف، فرد ظالم و جائری، اکراه کننده است در حالی که در این جا اکراه از ناحیه شریعت و شارع است که مالک حقیقی و صاحب اختیار خود ما و همه دارایی انسان هاست؛ ثانیاً بر فرض که اکراه صدق کند ولی قطعاً از حدیث رفع مستثناست زیرا قطعاً خود شارع در این موارد امر به بیع نموده و یا آن را اجازه داده است؛ و اگر باز هم این

بیع منعقد نشود این اذن و ترخیص یا امر شارع لغو خواهد بود که با حکمت خدای حکیم منافات دارد.

مطلب چهارم: معاملات مضطر

مطلب چهارم در ذیل شرط چهارم درباره بیع انسان مضطر است. اگر کسی مضطر و ناچار شد و از روی ضرورت و نیاز شدید همچون مداوای بیماری، سدّ جوع، رفع عطش و ... مجبور شد مالی را بفروشد آیا این معامله مثل معامله مکره منعقد نمی شود یا این که صحیح است و منعقد می شود؟

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 353

تفاوت اکراه و اضطرار

حاصل نظریه شیخ اعظم در مکاسب [734] از این قرار است: اضطرار آن است که از ناحیه کارِ انسان دیگری پیش نمی آید، بلکه به سبب گرسنگی و تشنگی و بیماری و مانند آن پیش می آید. ولی اکراه آن است که از سوی دیگران کاری بر انسان تحمیل می شود و انسان مجبور می شود آن را انجام دهد. اکراه دو نوع است: گاهی اجباری است که به درجه الجاء می رسد، یعنی فرد مکره هیچ راه فراری ندارد و تمام راه ها به روی او بسته است و او ناچار از انجام کار اکراهی است؛ نظیر اکراه عمار یاسر و پدر و مادرش بر دشنام پیامبر (ص). چنین اکراهی هم حکم وضعی را برمی دارد و صحیح نیست، مثل طلاق مکره و هم حکم تکلیفی را برمی دارد، که اگر منهای اکراه، حرام بود با اکراه، حرمت و عقوبت ندارد.

و گاهی اکراهی است که به این درجه نمی رسد بلکه صرفاً نبود رضایت و طیب نفس است- نظیر اکراهی که از سوی همسر یا والدین انسان به او متوجه می شود. این اکراه تنها حکم وضعی را برمی دارد و اثر تکلیفی را مرتفع نمی کند. ملائک مکره بودن در معاملات، همین مرتبه از اکراه است و نبود طیب نفس، سبب عدم انعقاد عقد و ایقاع است حتی

اگر به درجه الجاء و اجبار نرسیده باشد.

مدرک شیخ اعظم روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) است [735] که به زودی در مسأله یکم از مسائل بیع مکره مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

محقق اصفهانی در حاشیه مکاسب [736] می گوید: اکراه با همه مراتب آن (همان دو مرتبه ای که شیخ فرمود) مخصوص احکام وضعی است یعنی صحت و فایده و لزوم را برمی دارد و کاری با حکم تکلیفی ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 354

نظریه امام راحل (رحمه الله)

امام راحل نظریه شیخ اعظم و مرحوم اصفهانی را نقد می کند، اما ابتدا تفاوت اکراه و اضطرار را بیان می فرماید: اضطرار صفتی برای شخص مضطر است و از صفات انفعالی است؛ یعنی در واقع، فرد مضطر از چیزی متأثر و منفعل است و تحت تأثیر عاملی مثل گرسنگی و بیماری و مانند آن ناچار از بیع است، ولی اکراه اگر مصدر به معنای اسم فاعل باشد صفت فرد مکره و از صفات فعل است که از فعل او انتزاع می شود اگر به این معنا باشد میان اضطرار و اکراه هیچ رابطه ای نیست؛ نه مفهوماً و نه مصداقاً، بلکه این دو با هم تباین کلی دارند. اگر اکراه مصدر به معنای اسم مفعول باشد صفت فرد مکره است و از صفات انفعالی است. اگر به این معنا باشد گرچه مفهوماً غیر از اضطرار است ولی از نظر موارد تصادق، عام و خاص من وجه می باشند: ماده اجتماع، انسانی است که هم مکره است و هم مضطر؛ ماده افتراق، اکراه انسانی است که مکره شده و دیگری به زور وادارش کرده است ولی مضطر نیست؛ به این صورت که اگر نفروشد در مضیقه و

حرج

شدید باقی خواهد ماند و از گرسنگی یا بیماری تلف خواهد شد. ماده افتراق هم اضطرار مضطری است؛ به این صورت که اگر نفروشد در مضیقه قرار خواهد گرفت ولی هیچ تهدید و زوری علیه او وجود ندارد. [737]

امام راحل درباره این سخن شیخ اعظم که گفته است اضطرار مخصوص الجائی است که از ناحیه غیر نیست و از ناحیه خود شخص است می فرماید: گاهی منشأ اضطرار و ضرورت گرسنگی و تشنگی و مانند آن است که آدمی را تهدید می کند و در معرض هلاکت قرار می دهد، و گاهی از الزام و اجبار دیگری سرچشمه می گیرد، اما نه از الزام بر خود بیع مال تا نامش اکراه باشد. چنین شخصی در این جا مضطر به بیع است ولی مکروه بر بیع نیست و منشأ اضطرار هم الزام غیر است. بنابراین دایره اضطرار وسیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 355

است و عرفاً بر این امر، اضطرار صدق می کند و طرف معمولاً می گوید: ناچار بودیم. اتفاقاً همین معنا از بخشی از کلام شیخ استفاده می شود. وی می گوید:

ولیس دفع مطلق الضرر الحاصل من إيعاد شخص يوجب صدق المكروه عليه فإنَّ مَنْ أكره على دفع مال وتوقف على بيع بعض أمواله فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال إلا أنه ليس مكروهاً عليه. [738]

امام راحل در کتاب البیع [739] در نقد این کلام شیخ [740] فرموده است: این تفصیل خلاف اطلاق حدیث رفع و آیه رفع اکراه است. ایشان به طور مطلق اکراه را رافع اثر وضعی و تکلیفی دانسته است، لذا پذیرفتنی نیست. [741] در نقد کلام محقق اصفهانی [742] هم می فرماید: این نیز خلاف اطلاق آیه و روایات

رفع اکراه است و پذیرفتنی نیست. [743]

نتیجه: هر جا که اکراه صدق کند- به هر مرتبه اش که باشد- هم رافع اثر تکلیفی است و هم رافع اثر وضعی. معاملات مکره هم منعقد نمی شود.

فرد مضطر: اضطرار قطعاً مثل اکراه رافع تکلیف است، اما آیا مثل اکراه رافع وضع نیز هست تا بگوییم معاملات مضطر منعقد نمی شود؟ ممکن است کسی به اطلاق حدیث رفع استناد کند و بگوید اضطرار نیز رافع تمام آثار تکلیفی و وضعی است و در نتیجه معاملات مضطر باطل است. ولی این استدلال

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 356

قطعاً باطل است، زیرا حدیث رفع در مقام امتنان وارد شده است. آنچه متناسب با این مقام است این است که برای مکلف توسعه و تسهیل ایجاد کند و به حال او ارفاق باشد و کلفتی را از دوش او بردارد و قول به این که این فراز اثر وضعی (صحت معامله) را هم برمی دارد ضد امتنان است؛ زیرا موجب تحریج و تضییق مکلف مضطر است. بنابراین صحت را بر نمی دارد؛ آری تکلیف را برمی دارد، که این کاملاً مناسب امتنان است.

ممکن است توهم شود که فراز «رفع ما اکرهوا» نیز به همین دلیل نباید رافع صحت باشد. پاسخ روشن است زیرا در مورد مکره، حکم به صحت، ضد امتنان است و به این معناست که وی چه راضی باشد چه راضی نباشد معامله اش صحیح است و این مضیقه و حرج است و حکم به عدم انعقاد، مناسب و مطابق امتنان است؛ به عکس مضطر.

نتیجه: بیع مکره منعقد نمی شود ولی بیع مضطر منعقد می شود و صحیح و لازم است.

مطلب پنجم: تهدید شخصی

در این بخش، صدق اکراه از زاویه دیگری بررسی می شود، و آن این که

گاهی يك ستمگر خود انسان را تهدید می کند؛ مثلاً می گوید اگر فلان بیع را انجام ندهی به خودت آسیب مالی یا جانی یا آبرویی می رسد؛ در این جا قطعاً اکراه صدق می کند. شایان توجه است که قدر متیقن یا مصداق اکمل بیع مکره، همین مورد است.

گاهی تهدید متوجه یکی از بستگان درجه يك انسان- که اضرار به آنان اضرار به خود انسان است- متوجه می شود. مثلاً انسان تهدید می شود که اگر فلان بیع را انجام ندهی به فرزند یا همسر یا پدر و مادرت آسیبی وارد می شود؛ از نظر عرف در این جا هم اکراه صدق می کند، و شخص اگر به داعی دفع این شرّ کالای مورد نظر را بفروشد حتماً بیع او بیع اکراهی است و محقق نمی شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 357

وجه دیگر این است که تهدید گاهی متوجه یکی از همسایگان او، یا هم وطنان او، یا هم کیشان شخص می شود، مثلاً تهدید کننده می گوید: اگر فلان بیع را انجام ندهی به فلان مسلمان ضرری متوجه می شود؛ در این جا قطعاً از نظر عرف و لغت اکراه بر بیع صدق نمی کند و وی مکره نیست و اگر برای دفع شرّ از مسلمانی یا مظلومی این بیع را انجام دهد، بیعش منعقد می شود. البته چون ملاک، صدق عرفی است مصادیق مشتبه و مجملی هم وجود خواهد داشت، مثل آسیب به یکی از دوستان صمیمی انسان یا به یکی از بستگان دور انسان یا به رهبر سیاسی و مذهبی انسان و ... که اگر صدق اکراه مشتبه باشد، عمومات صحت و لزوم بیع مرجع خواهد بود و بر اساس آن ها حکم به صحت می شود.

مطلب ششم: تأثیر ضرر پس از زوال اکراه

آخرین نکته درباره تأثیر و

فایده رضایت متأخر و پس از زوال اکراه است. بیع مکره از اول واقع نمی شود چون اکراه مانع است؛ ولی اگر مکره پس از زوال اکراه رضایی شد آیا کفایت می کند و بیع صحیح و لازم می گردد یا رضایت متأخر، اثری ندارد و بیع مکره از اساس باطل است یا این که چنین نیست و تفصیل در میان است؟

به قول شیخ اعظم: به فتوای مشهور [744] و به قول صاحب حدائق به فتوای همه فقها [745] رضای متأخر، مؤثر است و مکره اگر بعد از رفع اکراه رضایی شود معامله صحیح و لازم است. فتوای امام راحل در متن تحریر نیز همین است.

تنها دلیل مشهور این است که عقدی که از مکره صادر شده يك عقد حقیقی و جدی است که از اهلیش (مالک) صادر شده و بر محل مناسب آن (عین مملوک) وارد شده است؛ مقتضی برای صحت موجود است و همه شرایط صحت (عقل و بلوغ و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 358

قصد متعاقدان، و مالیت و قدرت بر تسلیم و معلومیت عوضین) نیز وجود دارد. تنها شرطی که فعلاً نیست رضایت و طیب نفس و اختیار است، یا تنها مانع، تأثیر اکراه است که آن هم با رضایت بعدی مرتفع می شود و وقتی مقتضی موجود و مانع مفقود است و معامله، جامع جمیع شروط صحت است قطعاً مشمول اطلاقات و عمومات صحت و لزوم بیع خواهد بود.

در مقابل مشهور، عدّه ای بیع مکره را از اصل باطل می دانند و رضای بعدی را مؤثر نمی دانند و یا حداقل در تأثیر آن تأمل و اشکال دارند؛ مثل محقق ثانی [746] و مقدس اردبیلی [747]:

دلایل مشهور: 1. اطلاقات صحت و لزوم بیع،

به فرد متعارف آن انصراف دارند و فرد متعارف، بیع با رضایت طرفین است؛ یعنی باید از اول راضی باشند. این اطلاقات شامل فرض لحوق رضا به بیع نیستند.

پاسخ: این انصراف بدوی است و ارزشی ندارد؛ زیرا از غلبه وجود سرچشمه می‌گیرد، و انصراف ظهوری ناشی از کثرت استعمال لازم است تا مانع شود.

2. اصولاً تا رضایت نباشد عقد صدق نمی‌کند و وجود رضا، مقوم صدق عقد است و در مفهوم آن دخیل است؛ وقتی بیع صدق نمی‌کند نوبت به انعقاد و صحت آن نمی‌رسد و سالبه به انتفاء موضوع است.

پاسخ: اگر رضایت به معنای قصد مدلول باشد حتماً در مفهوم عقد دخیل است؛ [748] ولی اگر به معنای طیب نفس باشد - که چیزی زائد بر قصد مدلول است - دلیلی نداریم که این نیز در مفهوم بیع دخیل باشد و در تعاریف بیع کسی طیب نفس را قید نکرده است. افزون بر این، لازمه اش عدم صدق بیع بر بیع فضولی و بر بیع مکره به حق است

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 359

که گمان نمی‌رود خود مستدل به این لوازم ملتزم شود.

3. قبول داریم که رضایت در مفهوم بیع دخیل نیست ولی در صحت و تأثیر عقد بیع دخیل است. رضایت، شرط تأثیر است و تا نباشد بیع صحیح نیست.

پاسخ: اصل دخالت رضای مالک در صحت معامله و حصول نقل و انتقال را ما نیز قبول داریم ولی دلیلی وجود ندارد که رضا مقارن با عقد باشد، بلکه رضای بعدی هم کفایت می‌کند. دلیل کفایت اطلاقات صحت بیع است؛ علاوه بر این که ممکن است دخالت رضا در تأثیر، به باب بیع مکره به حق، نقض شود که

بیع منعقد می شود با این که تا آخر هم رضایت نمی آید. مگر این که کسی بگوید: این مورد استثنا است و دلیل خاص دارد، وگرنه اصل در معاملات این است که رضایت هم باشد تا صحیح و مؤثر باشد؛ ولی پاسخ اول کفایت می کند.

4. روایت عدم حلیت مال مسلمان بدون طیب نفس او، بر اعتبار و اشتراط رضا و دخالت آن در تأثیر معامله دلالت دارد و بدون آن منعقد نمی شود.

پاسخ: از این روایات هم لزوم اصل وجود رضایت استفاده می شود و مقارن بودن آن با عقد هرگز استفاده نمی شود.

5. آیه تجارت: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ.... [749]

شیوه استدلال: کلمه عَنْ ظهور در مجاوزت دارد و مثل «رمیت السهم عن القوس» است یعنی تیر را از کمان پرتاب کردم و از آن تجاوز کرد و به هدف اصابت کرد. پس تیر باید از کانال کمان بگذرد تا مجاوزت صدق کند؛ تا کمانی نباشد مجاوزت تیر از آن معنا ندارد. در مورد بحث هم باید تجارت از کانال تراضی عبور کند و از آن ناشی شود تا تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ صدق کند و با لحوق رضایت بعدی، این عنوان صدق نمی کند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 360

بر همین اساس گفته اند عَنْ برای نشوء است؛ یعنی تجارت باید از تراضی سرچشمه بگیرد و مسبب از آن باشد تا مجوّز اکل باشد. از همین بیان، برای يك لحظه، مقارنتِ رضایت با تجارت و بلکه سبقتِ تراضی بر تجارت استفاده می شود تا ناشی از آن باشد و از آغاز تجارت، تراضی هم باشد. از آن جا که آیه در صدد حصر است

مفهومش این است که منحصراً تجارت ناشی از تراضی، موجب تملك است و اثر دارد و بیع مکره- ولو بعداً راضی شود- تجارت مقرون به تراضی نیست؛ پس مجوز اکل و سبب مملک نیست، لذا بیع مکره، از ریشه باطل است و با رضایت بعدی هم منعقد نمی شود. این نهایت تقریر استدلال است.

پاسخ شیخ اعظم [750]: دلالت آیه بر مدعای مستدل (لزوم مقارنت رضایت با تجارت) یا به مفهوم وصف آیه است و یا به مفهوم حصر [751] آن، که هر دو مخدوش است:

اما مفهوم وصف: اولاً در علم اصول به ثبت رسیده است که جمله وصفیه، مفهوم ندارد؛ ثانیاً بر فرض که دارای مفهوم باشد ولی وصف غالبی [752] مفهوم ندارد، مثل آیه حرمت ربائب: ... وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ.... [753] در این جا هم چون غالباً تجارت میان مالک ها و مأذون هاست و از آغاز، تراضی وجود دارد به این جهت قید عن تراضی را آورده است، وگرنه موضوعیت ندارد تا تراضی لاحق را نفی کند؛ ثالثاً اصل صفت بودن عن تراضی برای تجارة قابل خدشه است زیرا در این عبارت سه احتمال وجود دارد: [754] یکی از آن ها این است که عن تراضی خبر بعد از خبر باشد؛ گویا فرموده است: «إلا أن يكون سبب الأكل تجارة وتكون التجارة عن تراضٍ» که در این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 361

صورت قطعاً مفید حصر نیست و اثبات شیء نفی ما عدا نمی کند بلکه صرفاً در منطوق آیه، تجارت همراه با تراضی را صحیح و مؤثر دانسته است ولی درباره تجارتی که بعداً تراضی به آن ملحق شود ساکت است.

و اما مفهوم حصر: اگر استثنا در آیه از نوع متصل [755] بود

مفید حصری بود، ولی از نوع منقطع [756] است و مفید حصر نیست. وجه منقطع بودن این است که در ناحیه مستثنی منه روی «اکل مال به باطل» تکیه شده و آن را موضوع حرمت قرار داده است و در ناحیه مستثنا روی تجارة عن تراضی تکیه شده است که یقیناً اکل مال به باطل نیست. وجه عدم افاده حصر هم این است که استثنای منقطع به منزله کلام مستأنف و مستقلی است و مفادش این است که تجارت با تراضی مجوز اکل است، ولی مفهومش این نیست که تجارت با تراضی لاحق، مجوز اکل نباشد. نتیجه این که آیه نسبت به بیع مکره با لحوق تراضی بعدی ساکت است و ما به برکت اطلاقات و عمومات صحت و لزوم تجارت، حکم به صحت و لزوم آن می کنیم و می گوئیم: بیع مکره با رضای بعدی صحیح است.

نقد کلام شیخ: در نقد کلام شیخ سه بیان مطرح است که برابر هر کدام، آیه مفید حصر است و از این جهت سخنان شیخ ناتمام است، ولی در عین حال به نفع مستدل نیست که بیع مکره، باطل باشد.

الف) بیانی از مرحوم آیت الله خوئی: اصل در استثنا متصل بودن است، و در آیه بر همین حمل می شود تا ظاهر محفوظ باشد؛ به این بیان که مستثنی منه «اکل مال مردم» است و قید بالباطل در موضوع داخل نیست بلکه بیان علت حکم است. بنابراین تجارة عن تراضی هم از مصادیق «اکل مال مردم» است و موضوعاً داخل است ولی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 362

حکماً خارج شده است که حرام نیست. مثل این است که آیه فرموده باشد

: «لا تأکلوا أموالکم بینکم إلا أن تكون

تجارة عن تراض لأنكم إذا أكلتم بغير تجارة عن تراض كان الأكل باطلاً» یا «لأنه باطل».

بنابراین، روشن است که افاده حصر تنها، تجارت با تراضی مجوز اکل است. در عین حال آیه دلیل بر بطلان بیع مکره کذابی نیست؛ زیرا در مستثنی منه، حکم عدم جواز اکل، معلل شده است به «باطل بودن» و یقیناً بیع مکره با رضای بعدی، از نظر عرف و عقلا اکل مال به باطل نیست تا داخل در مستثنی منه باشد. همین مطلب کافی است تا بیع مکره مشمول آیه نباشد و لزومی ندارد دخول آن در ذیل آیه ثابت شود بلکه عدم شمول صدر کافی است تا بگوییم: بیع مکره با حقوق رضا مشمول اطلاقات و عمومات صحت بیع است. [757]

اشکال عمده این بیان خلاف ظاهر بودن آن است؛ زیرا ظاهر کلام این است که بالباطل قید موضوع و دخیل در آن است و «اکل مال به باطل» موضوع منع است نه این که خارج از موضوع و بیان علت حکم باشد.

ب) بیان دیگری از مرحوم آقای خوئی: آیه تجارت در مقام بیان است زیرا اگر اهمال یا اجمالی داشته باشد. منکر صحت بیع مکره نیز حق ندارد به آن استدلال کند. آیه در مقام بیان همه اقسام و صور است نه برخی از اقسام، وگرنه باز هم اهمال و اجمال دارد و کسی به آن ملتزم نیست. آن گاه در مقام بیان، دو قسم بیشتر بیان نکرده است: یکی اکل مال به باطل که ممنوع است و دیگری «تجارت از تراضی» که جایز است. آن گاه بیع مکرهی که بعداً درباره اش رضا باید، قطعاً در قسم اول داخل نیست، پس در قسم دوم داخل

است چون قسم سومی وجود ندارد. بنابراین محکوم به صحت و لزوم است. تنها مشکل این بیان، این است که در ظاهر کلمه عن که بر نشوء دلالت دارد- و ظاهرش ناشی شدن تجارت از تراضی و مقرون بودن تجارت به تراضی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 363

است- تصرف کنیم و بگوییم: قید از نوع قید غالبی است [758] و موضوعیت ندارد، و حمل قید بر غالبی بودن نظیر دارد، مانند آیه تحریم ربائب. ظهور تقسیم هم در حصر قوی تر از ظهور عن در موضوعیت داشتن مقارنت است و سبب این حمل و توجیه آن می شود. در نتیجه حصر محفوظ است و بیع مکره در ذیل آیه داخل است. [759]

ج) بیان امام راحل: کار شارع مقدس، جعل حکم شرعی برای موضوعات یا متعلقات است و کار معصومان (ع) بیان حکم شرعی موضوعات و متعلقات است؛ مثل حرمت خمر و وجوب نماز و ... حال گاهی موضوع حکم، خودش امری جدید و حادث است و اهل لسان و عرف عام عرب ها با آن بیگانه اند، مثل نوع عبادات (وضو، غسل، تیمم، نماز و حج). در این موارد بیان موضوع نیز بر عهده اولیای دین است که آن ها را به تمام و کمال در اخبار بیانیه تبیین کرده اند.

گاهی هم موضوع و متعلق حکم، امری است که عرف به خوبی آن را می شناسد و از چند و چون آن آگاه است؛ مثل غالب موضوعات عرفی از قبیل: آب، شراب، بیع، نکاح. در این موارد وظیفه شارع تنها بیان حکم است و بیان موضوع را به خود عرف واگذار نموده است [760] و عرف در مواردی برای عنوان مأخوذ در لسان دلیل، خصوصیت و

موضوعیت قائل است و گاهی از آن الغای خصوصیت می کند و آن را به عنوان مثال و فرد رایج و غالب موضوع اصلی می داند و تشخیص این موارد هم برای عرف دشوار نیست، چون با ملاحظه مناسبات حکم و موضوع و اموری که در ذهن او مغروس و مرتکز است می تواند آن را بفهمد.

با توجه به این مقدمه گفتنی است در آیه تجارت دو جمله ذکر شده است: جمله اول، صدر آیه یا مستثنی منه است که روی عنوان «اکل مال به باطل» تکیه کرده است

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 364

خواه بالباطل قید موضوع باشد، که متفاهم عرفی همین است، خواه علت حکم باشد و حکم عدم جواز دائرمدار آن باشد. و کاملاً متفاهم عرفی دارد که تمام الموضوع برای حکم به عدم جواز اکل مال دیگران، «بالباطل» بودن اکل و تصرف و تملك است.

جمله دوم، ذیل آیه یا مستثنی منه است که روی فردی از اکل مال به غیر باطل، یعنی روی تجارة عن تراض تکیه کرده است. اما این مورد خاص مقابل عنوان کلی «اکل مال به باطل» نیست زیرا قرض هم اکل مال به باطل نیست، صلح و هبه و جعاله و ... نیز «اکل مال به باطل» نیستند. از این جا عرف می فهمد که ذکر «تجارت با تراضی» از باب نمونه و مثال است و موضوع اصلی برای جواز اکل و تصاحب «اکل مال به حق» بودن است که کاملاً قسیم و مقابل اکل مال به باطل است. بنابراین اگر «تجارت کذا» را آورده است از باب این است که مصداقی از این عنوان کلی است و علت انتخاب این فرد این است که در

خارج، فرد غالب و متعارف تملك مال مردم به حق، تجارت و داد و ستد است و افراد دیگر آن (قرض، صلح، هبه و ...) نسبت به تجارت خیلی کم هستند، لذا روی فرد غالب انگشت نهاده است. بر این اساس می‌گوییم:

بیع مکره با لحوق رضایت بعدی یقیناً از باب اکل مال به باطل نیست و این را عرف می‌فهمد. وقتی از این باب نبود یقیناً از باب اکل مال به حق است و در ذیل آیه داخل است، زیرا با بیان فوق، قسم سوم امکان ندارد. [761] بنابراین، حکمش جواز اکل و تملك است نه بطلان و عدم جواز. [762]

نتیجه: آیه تجارت نه تنها دلیل بر بطلان بیع مکره با رضای بعدی نیست بلکه دلیل جواز و نفوذ و صحت و لزوم آن است.

6. حدیث رفع: «

رفع ... ما اکرهوا علیه

«: [763] آخرین دلیل قول به بطلان بیع مکره و عدم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 365

کفایت رضایت بعدی، بخشی از حدیث رفع است؛ یعنی «رفع ما اکرهوا علیه».

شیوه استدلال: مفاد حدیث رفع، بیع اکراهی است که از مصادیق کارهای اکراهی است. به صورت قیاس منطقی می‌توان گفت: بیع مکره از کارهای اکراهی است: صغراً؛ کارهای اکراهی در اسلام برداشته شده‌اند و وجود آن‌ها کالعدم است یا هیچ حکم و اثری - از جمله صحت - ندارند: کبراً؛ پس بیع فرد مکره برداشته شده است؛ یعنی گویا بیعی نیست، یا هیچ اثری ندارد؛ پس صحت آن هم برداشته شده است: نتیجه.

بنابراین، لحوق رضایت پس از زوال اکراه فایده‌ای ندارد، زیرا شرعاً چیزی نیست که ناقص باشد و با لحوق رضا کامل شود. [764] بنابراین بیع مکره از همان ابتدا باطل و معدوم است

و چیزی نیست تا رضایت بعدی، آن را تکمیل کند.

پاسخ شیخ اعظم: پاسخ اول: حدیث رفع چون در مقام امتنان وارد شده تنها مؤاخذه و عقوبت بر عمل مورد اکراه را برمی دارد، زیرا مؤاخذه بر آن ضد امتنان است، و نیز الزام مکره و هر حکمی را که به الزام او منتهی شود و دستش را ببندد، از دوش او برمی دارد؛ مثلاً الزامش بر بیع اکراهی ای که انجام داده و باید به آن وفا کند. زیرا چنین الزامی ضد امتنان است. اما توقف صحت و لزوم بیع مکره بر رضایت بعدی او ضد امتنان نیست تا با حدیث رفع، مرتفع شود بلکه عین امتنان است که به او اجازه دهند تا اگر بعد از رفع اکراه راضی شد معامله صحیح باشد.

به دیگر سخن: حدیث رفع حکم فعل اکراهی را تا زمانی که اکراهی است برمی دارد و کاری به پس از زوال اکراه ندارد و مانعی ندارد که فعلاً و موقتاً و تا غایت زوال اکراه، معامله او بی اثر باشد، ولی پس از زوال اکراه و امضا و رضایت، معامله صحیح و لازم باشد، البته پس از زوال اکراه حق ندارد مماطله (امروز و فردا) کند و باید يك طرف را انتخاب کند؛ یعنی یا رضایت دهد یا فسخ کند. این الزام بعدی ضد امتنان

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 366

نیست بلکه از توابع حقی است که دارد اما چون امتنان در حق يك فرد نباید ضد امتنان در حق دیگری باشد و طرف مقابلش نباید متضرر شود، از باب جمع میان حقوق، باید اختیار کند.

نتیجه: به نظر شیخ اعظم حدیث رفع نیز دلیل بطلان بیع مکره

نقد پاسخ شیخ: همان گونه که قبلاً بیان شد مفاد حدیث رفع، تقدیر خصوص مؤاخذه یا خصوص اثر بارز، یا خصوص آثار تکلیفی الزامی نیست بلکه مفاد آن یا تقدیر جمیع آثار شرعی فعل اکراهی است که یکی از آن ها صحت معامله است و یا رفع ادعایی خود فعل اکراهی است که گویا محقق نشده است؛ رفع خود آن هم به رفع تمام آثار آن است. بنابراین با حدیث رفع صحت معامله هم مرتفع شده است و استدلال مستدل پیش می آید، یعنی وقتی اصل صحت مرتفع شده و معامله از اول باطل است و منعقد نگردیده است، رضای بعدی فایده ای ندارد و معدوم را موجود نمی کند، باطل را صحیح نمی کند؛ «لأنَّ الشَّيْءَ لَا يَنْقَلِبُ عَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ».

پاسخ دوم: مفاد اطلاقات و عمومات صحت و لزوم بیع و عقد؛ مثل آیه *أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ* و آیه *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* این است که به مجرد تحقق عقد و بیع، تمام الموضوع برای حصول اثر است و با تحقق آن، اثرش هم فعلاً محقق می شود. به تعبیر خود شیخ اعظم: عقد، علت تامه و سبب مستقل برای صحت و لزوم و ترتب اثر است و حدیث رفع چون به عنوان ثانوی است و بر ادله عناوین اولیه حکومت دارد، بر مطلقات و عمومات مذکور حاکم و مقدم است و حکومتش به نحو تضییق است، ولی مفادش رفع مطلق امور و آثار و احکام نیست بلکه رفع اموری است که منهای اکراه، ثابت بودند و با اکراه، آن امور برداشته می شوند.

حال آنچه لولا الاکراه در باب عقود ثابت است تأثیر فعلی و سببیت مستقل بودن

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص:

آن‌ها برای اثر مربوطه است و در فرض اکراه، این جهات مرتفع می‌شود و عقد اکراهی تأثیر فعلی و حال ندارد و تمام السبب برای ملکیت نیست، و این منافات ندارد که تأثیرش موقوف بر رضای متأخر باشد و خود عقد جزء سبب برای تأثیر باشد؛ این جهت را حدیث رفع برنمی‌دارد؛ بنابراین حدیث رفع هم دلیل بر بطلان عقد مکره نیست.

نقد پاسخ شیخ: شیخ اعظم در ادامه پاسخ خود را نقد کرده است:

حدیث رفع نسبت به مطلقات صحت و لزوم بیع، از باب تقیید و اطلاق [766] است و قانون مطلق و مقید این است که پس از تقیید، مطلق در ماعدای مقید حجت می‌شود؛ یعنی بیع غیر اکراهی صحیح و لازم است و مقید هم در مفاد خودش که بیع اکراهی است حجت است و بر عدم صحت و لزوم آن دلالت می‌کند. بنابراین، نسبت به مفروض بحث ما [767] نه دلیل مطلق شامل است؛ زیرا تقیید خورده و نه دلیل مقید شامل است، و وقتی دلیل اجتهادی نداریم نوبت به اصل اولی در معاملات (اصاله الفساد) می‌رسد و این در نتیجه به نفع منکران صحت بیع مکره تمام می‌شود.

شیخ اعظم برای رفع مشکل می‌گوید: سه دسته دلیل داریم:

1. اطلاقات صحت و لزوم بیع که ظهور در سببیت استقلالی بیع، برای ترتب اثر دارند.

2. ادله اربعه دلالت دارند بر لزوم طیب نفس مالک، و بدون آن دخل و تصرف در مال دیگران جایز نیست و مفاد این‌ها اطلاق دارد؛ یعنی دلالت دارند بر این که رضایت مالک شرط است ولی فرقی نیست بین این که رضای سابق و مقارن با عقد باشد یا رضای لاحق باشد. اصل

جمع این دو دسته آن است که عقدی با رضایت باشد؛ اگرچه این رضایت بعداً ملحق شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 368

3. حدیث رفع که بر اطلاقات صحت، حکومت دارد؛ آن جا که از اول رضایت باشد جای حدیث رفع نیست. جایی که از اول اکراه وجود داشته است حدیث رفع می آید و دلالت می کند که آن تأثیری که لولا الاکراه بود (سببیت مستقله بودن) در مورد اکراه نیست و فرض جزء سبب بودن را بر نمی دارد، البته اگر همین دو دسته دلیل بود جای اشکال بود که در بخش قبلی، خود شیخ جواب خود را نقد کرد، ولی ادله رضا و طیب نفس هم وجود دارد که دارای اطلاق اند و رضای بعدی را کافی می دانند و به برکت این ها به ضمیمه جزء سبب عقد، علت تامه می شود و تأثیر می آید. بنابراین عقد مکره با لحوق رضایت، صحیح و لازم است. [768]

نظریه امام راحل (رحمه الله): خلاصه فرمایشات حضرت امام از این قرار است:

گفته های شیخ اعظم - در جواب اول و دوم ایشان از حدیث رفع - عموماً مبتنی است بر این که تقدیر، ضروری و لازم باشد و خصوص مؤاخذه یا الزام و یا احکام منتهی به الزام مقدر باشد یا این که استقلال در تأثیر، در تقدیر باشد و ... ولی تمام این ها خلاف اصل است؛ الاصل عدم التقدیر. رفع هم در ظاهر حدیث، نه به آثار شرعی تعلق گرفته است نه به استقلال عقد در سببیت؛ بلکه به ذات فعل اکراهی (عقد) تعلق گرفته است [769] و چون رفع تکوینی معقول نیست ناگزیر، بر رفع ادعایی حمل می شود یعنی عقد اکراهی موجود، به منزله معدوم است و گویا عقدی محقق نشده

است. با توجه به این نکته اگر رفع به ذات عقد تعلق گرفته باشد و اکراهی بودن، حکمت تعلق رفع به ذات عقد باشد حق با طرفدار بطلان عقد اکراهی است زیرا وقتی ذات عقد مرتفع شد و وجودش کالعدم بود دیگر چیزی نیست تا علت ناقصه باشد و با لحوق رضا کامل شود بلکه فرض بقای عقد اعتباراً با ادعای رفع تنزیلی ذات عقد از قبیل جمع متنافیان است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 369

دو احتمال دیگر در این باره وجود دارد: یکی این که رفع، روی ذات عقد با قید و حیثیت اکراهی بودن رفته است و این حیثیت، یا تقيیدی است یا تعلیلی؛ هر کدام که باشد دلالت بر بطلان عقد اکراهی ندارد؛ زیرا اگر حیث تقيیدی باشد مفادش این است که بیع مکره به عنوان اکراهی بودن، مرتفع است و واضح است که پس از زوال اکراه و لحوق رضا این عنوان صدق نمی کند تا حدیث رفع برقرار باشد. اگر حیث تعلیلی باشد مفادش این است که بیع چون اکراهی است رفع شده است و حکم رفع دائرمدار علت آن است و اگر اکراه زائل شد حکم رفع هم زائل می شود؛ در نتیجه آن بخشی که از اطلاعات صحت و لزوم خارج شده فرض عقد اکراهی است و با زوال آن، حدیث رفع می رود و اطلاعات صحت، بدون مانع و مزاحم می شود و قابلیت جریان می یابد و با رضایت بعدی، حکم به صحت و لزوم می شود. [770]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 370

بررسی توریه در اکراه

اشاره

مسألة 1: الظاهر أنه لا يعتبر في صدق الإكراه عدم إمكان التفصّي بالتورية، فلو الزم بالبيع واعد على تركه، فباع قاصداً للمعنى مع

إمكان أن لا يقصد، أو يقصد معنى آخر غير البيع، يكون مكرهاً إذا كان التفصّي مشكلاً ومحتماً لوقوعه في المحذور، كما هو كذلك نوعاً في مثل المقام، وأما مع التفاته إلى التورية وسهولتها له بلا محذور فمحلّ إشكال، بل اعتبار عدم سهولتها كذلك لا يخلو من وجه.

ترجمه: ظاهر آن است که در صدق اکراه، ممکن نبودن فرار از آن با تورية معتبر نیست، پس اگر اجبار به بيع و تهديد بر ترك شود و او قصد معنای بيع کند و بفروشد با این که ممکن بود قصد نکند یا معنای دیگری غير از بيع را قصد نماید، مکره است [البته] در صورتی که فرار کردن مشکل باشد و احتمال در محذور واقع شدن، وجود داشته باشد. معمولاً در چنین مواردی مسأله نوعاً این چنین است. و اما با توجه او به تورية و سهولت تورية کردن بدون آن که محذوری [771] داشته باشد محل اشکال است، بلکه اعتبار [و در نظر گرفتن] این که تورية چنین سهولتی نداشته باشد [772] خالی از وجه نیست.

شرح: در ذیل شرط چهارم از شروط متعاقدان سه مسأله مطرح است:

مسأله نخست درباره اعتبار عجز از تفصّي در صدق اکراه است؛ انسانی که بر کاری یا سخنی مکره می شود. گاهی هیچ راه فراری ندارد و ناگزیر باید مکره علیه را مرتکب شود وگرنه تهديد درباره اش عملی می شود. در این فرض وی یقیناً مکره است و احکام قول یا فعل اکراهی بدون تردید بر عمل یا عقد او بار می شود. و گاهی راه فرار دارد که مکره علیه را مرتکب نشود، ولی به گونه ای است که اگر فرار کند و مکره علیه را انجام ندهد متضرر می گردد و شخص مکره به او

ضربه مالی یا آبرویی وارد می کند، در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 371

این صورت هم یقیناً مکروه است و حکم اکراه (رفع حرمت فعل، وجوب قضا، حد الهی، کفاره، صحت، لزوم و ... مترتب است). گاهی امکان تقصی وجود دارد بدون این که ضرری به او برسد ولی اگر فرار نکند تهدید درباره اش عملی می شود.

اصل بحث در این است که آیا بر مجرد تهدید و وادار کردن، اکراه صدق می کند [773] یا شرط صدق اکراه، عجز از تقصی است مطلقاً یا این که میان معاملات و غیر معاملات فرق است [774] و یا میان امکان توریه با امکان سایر امور، همچون مسافرت کردن و مخفی شدن تفاوت وجود دارد، [775] و یا میان مشکل بودن و آسان بودن توریه فرق است؟ [776] قبل از بررسی اقوال و احتمالات، شایسته است نگاهی به تعریف توریه بیفکنیم:

تعریف توریه

اشاره

فیومی در مصباح می گوید:

وَرِيْتُ الْحَدِيثَ تَوْرِيَةً: سترته وأظهرت غيره

در ادامه می گوید:

فالتورية أن تطلق لفظاً ظاهراً في معنى وتريد به معنى آخر يتناوله ذلك اللفظ

لكنه خلاف ظاهره. [777]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 372

لبنانی در أقرب الموارد می گوید:

وَرِي تورية الشيء: أخفاه، وعن كذا: أراد وأظهر غيره، والخبر وعن الخبر جعله ورائه وأخفاه، ووارى موارد: أخفاه. [778]

مرحوم آقای خوئی در مصباح می فرماید:

التورية في اللغة بمعنى الستر والإخفاء وإلقاء كلام ظاهر في معنى وإرادته خلاف ظاهره مع إخفاء القرينه على المراد فكأن المتكلم واري مراده عن المخاطب بإظهار غيره وَحَيَّلَ إِلَيْهِ أَنَّهُ أَرَادَ ظَاهِرَ كَلَامِهِ. [779]

خلاصه: توریه یعنی پنهان کردن چیزی و وانمود کردن چیز دیگر؛ یعنی کلام، ظهور در مطلبی دارد و مقصود گوینده خلاف ظاهر است

ولی آن را مکتوم و مخفی می کند و در ظاهر قرینه ای بر مراد نمی آورد و به

مخاطب وانمود می کند که ظاهر را اراده کرده است و او را به شك و تردید یا جهل و سردرگمی می افکند تا از شرش رهایی یابد، بدون این که حرامی مرتکب شود.

و همان گونه که از عبارت أقرب الموارد والمنجد و مانند آن ها استفاده می شود توریه اختصاص به گفتار ندارد بلکه هم در گفتار وجود دارد، هم در فعل؛ هر چند غالباً در مورد گفتار، بیشتر به کار می رود. [780]

البته محور بحث ما توریه در گفتار است که فرد مکره وانمود می کند که انشای

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 373

بیع یا طلاق یا عتق می کند ولی در واقع منظور دیگری غیر از انشاء حقیقی بیع و عتق دارد.

بررسی مطلب

شیخ اعظم میان عجز از توریه [781] و عجز از غیر توریه تفصیل قائل شده است و می گوید: عجز از توریه شرط صدق اکراه نیست و با قدرت بر توریه هم در صورتی که واقعاً و جدّاً و به قصد نقل و انتقال، انشاء بیع کند ولی داعی او تهدید جائز باشد، اکراه صدق می کند و چنین بیعی واقع نمی شود و لازم نیست قصد خود لفظ را بنماید یا قصد معنای دیگری داشته باشد و وانمود کند که قصد بیع دارد، اما عجز از غیر توریه با امکان تفصّی و تخلّص از کار اکراهی به شیوه های دیگری غیر از توریه شرط است؛ مثلاً مسافرت کردن، اکراه صدق نمی کند و اگر با تمکن کذائی مرتکب شود مکره نخواهد بود و احکام اکراه را ندارد. [782]

دلیل شیخ: شیخ اعظم برای بخش دوم، دلیل جداگانه ای نیاورده است البته نیازی هم نیست، زیرا فهم عرف و قضاوت عقلا بهترین دلیل بر عدم صدق اکراه با تمکن مذکور است. مهم، بخش

اول تفصیل است که با تمکن از توریه اکراه صدق می کند. دلایل شیخ برای این بخش عبارت است از:

الف) اطلاق معاهد اجماعات و شهرت های فتوائیه ای که در آغاز مسأله بیع مکره ذکر شد و از نظر لزوم توریه قیدی نداشت؛ در حالی که اگر با تمکن از آن، اکراه صدق

نکند حتماً قید می شد.

ب) اطلاق حدیث رفع: این حدیث با وجود در مقام بیان بودن، قید نکرده است که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 374

اگر متمکن از توریه نباشد حرمت و سایر احکام رفع می شود بلکه به قوله مطلق فرموده است: کاری که بر آن مکره شده اید از شما برداشته شده است؛ خواه عاجز از توریه باشید، خواه عاجز نباشد.

ج) اطلاقات روایات طلاق و عتق مکره؛ [783] این روایات هم مثل حدیث رفع قیدی ندارند و فرض تمکن از توریه را نیز شامل می شوند. گفتنی است بر این حالت هم اکراه صدق می کند.

د) اطلاقات اکراه بر قسم دروغ [784] نیز فرض تمکن از توریه را شامل می شود.

ه- داستان عمار یاسر هم گواه دیگری است بر عدم وجوب توریه و صدق اکراه با تمکن از توریه. زیرا وقتی او را مکره کردند و او به زبان اظهار برائت نمود اصحاب گفتند یا رسول الله عمار کافر شد. حضرت فرمود: هرگز! عمار سرتا پا مالامال از ایمان است و ایمان با گوشت و خون او درآمیخته است؛ در این میان عمار در حالی که گریه می کرد وارد شد. رسول خدا (ص) اشک چشمان او را پاک کرد و فرمود:

«مالك؟ أن عادوا لك فعدهم بما قلت»

یعنی تو را چه شده است؟ اگر آنان دوباره هم خواستند تبری کنی مُجازی و می توانی این کار را

بکنی. [785] حضرت نفرمود که توریه کن، در حالی که اگر توریه واجب بود و با تمکن از آن، مکره نبود حتماً رسول رحمت و پیامبر شفیق و رئوف و رحیم او را متنبه می کرد که توریه کن.

(و) از نظر عرف قدرت بر توریه، کلام را از اکراهی بودن خارج نمی کند؛ بنابراین صدق عرفی محرز است و مناط هم صدق عرفی است.

(ز) روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع):

قال أبو عبدالله (ع):

«لا یمین فی غضب ولا فی قطیعة رحم ولا فی جبر ولا فی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 375

إكراه، قال: قلت، أصلحك الله، فما الفرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب وليس ذلك بشيء. [786].

شیوه استدلال: بر اصرار و اجبار همسر و والدین، اکراه اطلاق شده است در حالی که زوج یا فرزند قدرت دارد توریه کند یا ترك عمل کند. پس با قدرت بر توریه هم اکراه صدق می کند.

پاسخ ادله فوق: درباره دلیل الف و ب و ج و دال گفتنی است: اولاً تمام این ها در مقام بیان حکم کار اکراهی است و کاری با تعیین موضوع ندارند و فهم موضوع را- که اکراه صدق می کند یا نه- از عرف و لغت باید به دست آوریم نه از اطلاق روایتی که در مقام بیان حکم موضوعی است. آری اگر در موردی صدق اکراه، عرفاً مسلم باشد ولی از نظر شرعی در دخالت قید زائندی در حکم آن تردید کنیم می توان به اطلاقات مورد نظر استدلال کنیم.

ثانیاً اگر اطلاق روایات و اجماعات مزبور ملاک و دلیل بر صدق اکراه باشد، اطلاقات میان فرض تمکن از توریه و تمکن از راه

فرار، فرق نگذاشته و نتیجه آن ها تفصیل شیخ اعظم نیست بلکه صدق اکراه است، البته با امکان تفصّی به سبب توریه یا غیر توریه؛ بنابراین با این ادلّه، مدعای شیخ اعظم ثابت نمی شود.

امّا پاسخی بر روایت داستان عمار یاسر: اصولاً توریه امری است که نوع مردم از آن غافلند و مقذور آن ها نیست، و اگر در روایت عمار یا روایات دیگر به آن اشاره نشده است به خاطر این است که غالباً ممکن نیست به همین سبب به آن اشاره نکرده اند، نه این که توریه واجب نباشد و با تمکن از آن اکراه صدق کند. به هر حال جریان خاص

عمّار دلیل کلی نیست.

و امّا پاسخ به قضاوت عرف: این ادعای شیخ است وگرنه ممکن است فقیه دیگر

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 376

ادعا کند که با تمکن از توریه، اکراه صدق عرفی ندارد و لذا علامه حلی در تحریر در مورد طلاق مکره فرموده است: اگر مکره به طلاق شد و با نیت و قصد واقعی طلاق داشت منعقد می شود؛ [787] در حالی که اگر با تمکن از توریه اکراه صادق باشد و جهی برای حکم به وقوع طلاق نخواهد بود.

و امّا پاسخ به روایت ابن سنان: اولاً سند این روایت ضعیف است، زیرا در سند آن موسی بن سعدان حنّاط وجود دارد که ضعیف است و نیز عبداللّه بن قاسم حضرمی وجود دارد که نجاشی او را تضعیف نموده و در شأن او گفته است: «کذّابٌ غالٍ یروی عن الغلاه، لا خیر فیہ ولا یعتمد بروایتہ». [788] ثانیاً قبول نداریم که زوج در صورت اکراه زوجه، همیشه متمکن از فرار باشد بلکه گاهی واقعاً مکره است و راه فراری ندارد؛ مثلاً

در جایی که زوجه تهدید می کند اگر فلان چیز را برای من تهیه نکنی فریاد می کنم و آبروی تو را می برم و زوج از ترس هتک حرمت و برای حفظ آبرو تسلیم می شود. ثالثاً در این روایت تنها روی امکان تفصّی به طریق توریه تکیه نشده است و از این جهت اطلاق دارد و در نهایت، دلیل تفصیل شیخ اعظم نیست. [789]

نظریه امام راحل (رحمه الله)

نظر حضرت امام در کتاب البیع [790] و در متن تحریر الوسیله در مسأله مورد بحث این است که: [اگر فرد مکره عالم به توریه است، نه جاهل، و ملتفت به آن است، نه غافل و

ناسی و] توریه کردن برای او آسان است و محذوری ایجاد نمی کند و خوف از وقوع در ضرر ندارد باید توریه کند و اگر توریه نکند اکراه صدق نمی کند و معامله صحیح

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 377

است. دلیل ایشان این است که: «ففي مثله لا شبهه في عدم صدق الإكراه لو أوقع المعاملة مع التفات ولم يورّ»؛ [791] یعنی از نظر عرفی قطعاً در این جا اکراه صدق نمی کند. ایشان در ادامه می افزاید: «إنصراف الأدلّة عن الذي يقدر على التوريه بسهولة وبلا خوف كشف الحال». [792] می توان این نکته را اضافه کرد که در فرض سهولت توریه، بر فرض که عدم صدق اکراه محرز نباشد، اما دست کم صدق آن مشکوک است و دلیل رفع اکراه جاری نمی شود، زیرا از نوع تمسک به عام در شبهه مصداقی است؛ ولی عمومات و مطلقات صحت و لزوم بیع این جا را می گیرد.

در صورتی که مکره جاهل به توریه باشد یا در اثر وحشت، غافل است و فراموش کرده و یا ملتفت است ولی توریه برای او آسان و

خالی از محذور نیست و خلاصه خوف از وقوع در ضرر محفوظ است اکراه صدق می کند و حکم بیع اکراهی مترتب می شود، و به تعبیر امام راحل: «وَأَمَّا لَوْ كَانَ خَائِفًا مِنْ كَشْفِ الْحَالِ فَيُصَدَّقُ «الإكراه»،» [793] و قبلاً در بیان ماهیت اکراه ذکر شد که تهدید فعلی ملاک نیست و خوف از وقوع در ضرر از سوی ظالم کفایت می کند که این مناط در مورد بحث وجود دارد. بنابراین تفصیل امام راحل خالی از اشکال است. البته از آن جا که بحث در اکراه بر بیع است و راه فرار، توریه کردن است بحث سهولت یا صعوبت توریه مطرح شده است، زیرا راه فرار در این بحث، توریه کردن است، ولی می توان این مناط را به سایر محرمات هم توسعه داد. [794]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 378

نقش انواع محذوریت ها در تحقق اکراه

اشاره

مسألة 2: لو أكرهه على أحد الأمرين: إمّا بيع داره، أو عمل آخر، فباع داره، فإن كان في العمل الآخر محذور ديني أو دنيوي يتحرّز منه، وقع البيع مكرهاً عليه، وإلا وقع مختاراً.

ترجمه: اگر او را به یکی از دو چیز مجبور کند: یا فروش خانه اش و یا کار دیگر، و او [هم] خانه اش را بفروشد، اگر در آن کار محذور دینی یا دنیوی باشد که از آن اجتناب نموده است، بیع به طور اکراه واقع شده است، وگرنه به طور اختیار بوده است.

شرح: اکراه بر يك کار حرام یا غیر حرام و به خصوص اکراه بر معامله- اعم از عقود و ایقاعات- و بالاخص اکراه بر بیع، صور فراوانی دارد که از زوایای گوناگون شایسته تأمل و بررسی است. مهم ترین این صور در مسأله دوم و سوم بیع مکره در

تحریر الوسيله تبیین شده است. در این جا به ترتیب منطقی به صور مزبور اشاره می شود:

بررسی صور مختلف اکراه

صورت اول: شخص، مکره شده است بر بیع مال معین یا انجام کار معین.

برای مکره در مقام عمل چهار فرض مطرح است:

الف) یا خصوص عمل مورد اکراه را انجام می دهد؛ مثلاً متاع معین را می فروشد. حکم این فرض روشن است و مصداق اکمل مباحثی که تاکنون در بیع اکراهی بررسی شد همین فرض است؛ یقیناً بیع او اکراهی است و بدون رضای لاحق باطل است.

ب) یا عمل دیگری غیر از متعلق اکراه را انجام می دهد؛ مثلاً متاع دیگری را می فروشد. این معامله قطعاً اکراهی نیست و منعقد شده است؛ زیرا آنچه متعلق اکراه بوده انجام نشده است و آنچه انجام شده است مورد اکراه نبوده تا منعقد نشود.

ج) یا بر عمل اکراهی، عمل دیگری را افزوده است؛ مثلاً بر بیع کتاب، مکره بوده

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 379

است ولی در مقام بیع کتاب دیگری را ضمیمه کرده و هر دو را با هم فروخته است. در این فرض نسبت به مورد اکراه، معامله منعقد نمی شود و منوط به رضای بعدی است ولی نسبت به ضمیمه منعقد می شود. دلیل مطلب روشن است؛ زیرا نسبت به اولی بیع اکراهی صدق می کند و حکم اکراه جاری می شود و نسبت به ضمیمه، بیع اکراهی صدق نمی کند و اطلاعات صحت معامله جاری می شود. امام راحل در پایان مسأله سوم به این فرض اشاره کرده است. شیخ اعظم نیز در مکاسب چنین گفته است:

ولو أكره على بيع معين فضم إليه غيره وباعهما دفعه فالأقوى الصحه في غير ما أكره عليه. [795]

البته گاهی بیع ضمیمه هم اکراهی است،

مثلاً اگر يك جلد از يك كتاب نفيس دو جلدی را بفروشد ناقص می شود و به حال او فايده ای ندارد. در اين جا اگر به بيع يکی از آن دو- معیناً- مکره شد از روی ناچاری کتاب یا ضمیمه دیگر را هم می فروشد، و بعید نیست که صدق اکراه باشد. و در غير اين صورت نسبت به ضميمه اکراه نیست، و اگر بعداً اکراه زائل شد فرد مکره، بيع عين مورد اکراه را اجازه نکرد نسبت به آن معامله باطل می شود و مشتری خيار تبعض صفتقه پیدا می کند که بررسی آن فعلاً مورد نظر ما نیست.

صورت دوم: شخص، مکره شده است بر فروش تمام خانه اش، ولی در مقام معامله بخشی از آن را فروخته است. آیا بر بيع اين بخش، اکراهی بودن صدق می کند؟ پاسخ

این است که اگر با طيب نفس معامله کرده باشد اکراهی بودن صادق نیست اگرچه به دنبال اکراه و تهديد باشد. اگر معامله بدون طيب نفس و به قصد امثال امر ظالم بوده است ولی از آن جا که برای خرید تمام منزل، مشتری وجود نداشت نصف آن را به فردی فروخته و برای دفع شرّ ظالم مصمم است نصف دیگر را به فرد دیگر بفروشد

کوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 380

حتماً اکراهی است زیرا اکراه بر کل و مجموع، اکراه بر ابعاض مشاع آن نیز هست. [796]

اگر فروش نصف به قصد این است که امیدوار است فرد اکراه کننده به همین مقدار قناعت کند و دست از اکراه بردارد، باز بر بيع نصف، اکراهی بودن صدق می کند زیرا معامله از روی ترس بوده است وگرنه قلباً راضی نبوده و طيب نفس ندارد.

شيخ اعظم در ذيل اين فرض

می گوید: «لکن فی سماع دعوی البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر» [797] و فرض اختلاف بائع و مشتری را مطرح کرده اند که اگر بائع مدعی شد که فروش نصف از روی اکراه و برای دفع شرّ مکروه بوده و مشتری انکار کرد آیا ادعای بائع پذیرفته است؟ اگر اماره و قرینه صدق باشد پذیرفته است ولی بدون آن محل نظر است. [798] گفتنی است احتمال اول صحیح است و نفس اکراه، اماره و قرینه است بر اکراهی بودن بیع نصف؛ زیرا اکراه بر مجموع، اکراه بر اجزاء آن هم هست.

صورت سوم: شخص، مکروه شده است بر فروش همه اموال یا آزاد کردن همه بندگان یا طلاق همه همسرانش. [799] در این صورت اگر تمام اموال خویش را در یک

معامله بفروشد قطعاً بیع اکراهی صدق می کند، اگر هر متاعی را جداگانه بفروشد- کما هو الغالب- ولی مراد مکروه بیع مجموع است نه بیع هر متاعی به صورت جداگانه، پس صدق اکراه بر آن بعید است. ولی معمولاً به حال مکروه فرقی ندارد و هدفش از اصل بیع تمام دارایی زید است خواه دفعه واحده باشد یا تدریجاً. در این فرض بیع هر متاعی اکراهی است و احکام اکراه مترتب می شود. ضمناً فرقی ندارد که احکام به عناوین و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 381

طبایع متعلق باشند و از عنوان، به معنونات و افراد سرایت نکند- و صدق امثال به آوردن فرد از باب انطباق طبیعی بر فرد باشد که قهری است و به دنبال آن مجزی بودن، عقلی است که تحقیق همین است. مبنای امام راحل در خطابات کلی و قانونی نیز همین است- [800] یا این که احکام از عنوان به معنونات سرایت کند

و در واقع حکم، مال افراد و مصادیق باشد و به تعداد آن ها منحل شود. در این فرض واضح است که هر بیعی جداگانه بیع اکراهی است و مشمول حدیث رفع است. ولی بر مبنای تحقیق هم از آن جا که طبیعی بدون خصوصیات فردی، قابل تحقق نیست و در ضمن فرد موجود می شود با انجام هر فردی عنوان اکراهی بودن صدق می کند.

نکته قابل توجه این که عناوین باید از یکدیگر تفکیک شوند؛ مثلاً در میان اموال او قرآن و عبد مسلمانان هم وجود دارد و باید آن ها را نیز بفروشد، اما به صرف اکراه حق ندارد، تا زمانی که مضطر نباشد و مشتری دیگر باشد مصحف را به مشتری کافر بفروشد. اگر این کار را بکند کار حرامی کرده است، ولو از نظر وضعی چون اکراهی است صحیح و لازم نیست.

صورت چهارم: شخص مکره شده است بر اصل ایجاد طبیعت و صرف الوجود آن، نه طبیعت ساریه و مطلق الوجود آن؛ مثلاً بر اصل شرب خمر مکره است، بر اصل ایجاد بیع، مکره است نه بر فروش همه اموال. این صورت دارای سه فرض است:

فرض اول: اگر خصوص مالی را اختیار کرد و فروخت، بر این بیع، اکراهی بودن صادق است؛ زیرا صرف الوجود طبیعت، به اول وجود آن منطبق می شود و این فرد حقیقه اکراهی است و اگر تدریجاً شروع کرد، اموال دیگر را هم فروخت، نسبت به معاملات بعدی اکراهی بودن صدق نمی کند و صرف الشیء تثنیه و تعدد و تکرار پذیر نیست. ولی اولین معامله حتماً اکراهی است زیرا اگر چه شخص بر خود طبیعت، مکره

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 382

شده است نه بر فرد خاص اما از آن جا

که طبیعی به عین وجود فرد موجود می شود پس با وجود اولین فرد، طبیعت مورد اکراه موجود شده است و جای تردید ندارد. این نظر محققان است. امام راحل نیز در کتاب البیع [801] همین نظریه را اختیار کرده است.

در مقابل این نظریه، نظریه برخی از فقها از جمله محقق تستری در مقابس [802] است وی می گوید:

اگر فرد خاصی را اختیار کرد و معامله را روی آن انجام داد، بیع منعقد می شود؛ زیرا آنچه متعلق اکراه [803] است مورد اختیار مکره نیست تا منعقد نشود، و آنچه مختار [804] او است متعلق اکراه نیست، بنابراین مانعی ندارد.

پاسخ: اگرچه اکراه به طبیعی و جامع تعلق گرفته است نه به خصوص این فرد یا فرد دیگر، اگر طبیعی منهای خصوصیت، قابل ایجاد بود و وجود منهازی داشت استدلال مذکور صحیح بود؛ ولی هرگز طبیعی به وصف کلیت و جدا از تشخصات فردی، وجود خارجی ندارد و قابل تحقق نیست. [805] بنابراین همواره طبیعی، به وجود فرد موجود می شود و به قول اهل فن «الحق أن الطبيعي يوجد بعین وجود فرد» و اولین فردی را که

مكلف اختیار می کند و انجام می دهد حتماً طبیعی بر آن منطبق می شود: «الانطباق قهری»، و به دنبال آن یقیناً اکراه صدق می کند «والإكراه عقلي».

در نتیجه بر ایجاد اولین وجود طبیعی، عنوان بیع اکراهی صدق می کند و حکم آن روشن است؛ یعنی بدون رضای لاحق منعقد نمی شود. ضمناً ما از مبنای خود- که احکام به طبایع و عناوین کلیه تعلق می گیرند، نه به افراد و معنونات- رفع ید نکرده ایم،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 383

بلکه مبنا همان است و انجام فرد خاص از باب انطباق کلی بر آن است، نه از باب

مأمور به بودن خصوص آن.

نکته قابل ملاحظه این است که اگر بر حرامی از حرام های الهی مکره شد باید اهمّ و مهمّ کند و با تمکن از فرد غیر اهمّ حقّ ندارد فرد اهمّ را- که مفسده اش بیشتر است- انجام دهد و اگر انجام دهد معذور نیست زیرا به گفته امام راحل، حدیث رفع در مقام امتنان، حرمت و مؤاخذه را برمی دارد ولی ملائک واقعی و مفسده ملزمه را بر نمی دارد و چنین نیست که در موارد اکراه، ملائک واقعی حرام مرتفع شود؛ اگر مفسده واقعی باقی است به حکم عقل باید آن را که اضعف مناطاً است اختیار کند و انجام دهد و با امکان آن حقّ ندارد اشد و ازید و اکثر ملائک را انجام دهد. [806] مثل اکراه بر دروغ بستن به يك مسلمان یا دروغ بستن به خدا و رسول خدا.

نتیجه: اگر بر ایجاد طبیعی بیع مکره شد و جهت دفع شرّ مکره، فردی را اختیار کرد و همان را فروخت عنوان بیع اکراهی عقلاً و عرفاً و وجداناً بر آن منطبق و صادق است.

فرض دوم: اگر به دنبال اکراه، اموال متعددی را تدریجاً و در ضمن بیع های متعدد مورد معامله قرار داد، در این جا بدیهی است که بر اولین معامله، اکراهی بودن صدق می کند ولی بر معاملات بعدی، اکراه صدق نمی کند و از اول صحیح و لازم هستند، زیرا

مطلوب مکره، صرف الوجود بیع است و قانون صرف الوجود این است که یا اولین وجود، محقق می شود و قابل تشبیه و تعدد و تکرار نیست.

فرض سوم: اگر به دنبال اکراه، حرام های متعددی را انجام داد یا اموال متعددی را در يك معامله و يك جا فروخت:

محل بحث است که آیا

بیع همه اموال باطل است یا بیع همه صحیح است یا بیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 384

یکی باطل و بقیه صحیح است و دیگری به قید قرعه معین می شود؟

در این باره چند احتمال وجود دارد که قبل از بررسی آن ها شایسته است ریشه و منشأ بحث شناخته شود:

اصل بحث در باب اوامر مطرح است؛ یعنی اگر مولی ما را به ایجاد اصل طبیعت، امر کند و مطلوب او صرف وجود طبیعت باشد و ما در مقام عمل، هم زمان چند فرد را ایجاد کنیم آیا هرکدام جداگانه امثال امر مولی به حساب می آید و به تعداد افراد، امثال و اطاعت و ثواب وجود دارد یا امثال به واحد معینی از این افراد است و یا به واحد غیر معین است یا امثال به مجموع افراد من حیث المجموع است یا امثال به خود جامع و طبیعی است یا این که اصلاً چنین فرضی امثال امر مولی نیست و باید دوباره طبیعی را در ضمن فرد خاصی بیاورد تا امثال حاصل شود؟ از میان این چند احتمال تنها دو احتمال مهم است: احتمال این که هر فردی به صورت جداگانه امثال باشد، و این که امثال به جامع محقق شود. [807] مرحوم آقای بروجردی و امام راحل (رحمه الله) قائل به این دو

احتمال هستند:

نظریه مرحوم بروجردی: ظاهر کلام مرحوم آقای بروجردی (اعلی الله مقامه) در حاشیه کفایه [808] و در نهاییه الاصول [809] این است که امثال به هرکدام از مصادیق است و به عدد افراد موجود، امثال محقق می شود زیرا مطلوب مولی وجود و ایجاد طبیعت است

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 385

و طبیعت به وصف جامعیت و کلیت، وجود خارجی ندارد، آنچه موجود است فرد خاص است که

طبیعت به وجود آن موجود می شود و فرض این است که وجود خارجی، متعدد و متکثر است و شخص، چند فرد را انجام داده است پس چند وجود طبیعت موجود شده است و با نفی سایر احتمالات و با توجه به این که خود جامع و طبیعی به وصف کلیت قابل تحقق نیست ناگزیر باید بپذیریم که در این گونه موارد به تعداد افراد، امثال حاصل می شود.

نظریه امام راحل (رحمه الله): حاصل کلام امام راحل در تقریرات بیع: مولی در مقام امر، خود طبیعت را لحاظ می کند با قطع نظر از هر خصوصیتی، حتی خصوصیت لحاظ هم مغفول عنه است و گرنه ذهنی می شود و دیگر قابل تحقق نخواهد بود. در مقام امر هم به خود طبیعت امر می کند؛ زیرا خصوصیات در غرض او دخیل نیست، و هر امری هم ما را به متعلق خودش دعوت می کند. بنابراین مطلوب مولی ایجاد اصل طبیعت است، منتها طبیعی قابلیت دارد تا در خارج یا به یک فرد ایجاد شود یا مثلاً به ده فرد؛ هم قابل انطباق بر واحد است و هم قابل انطباق بر کثیر. اما این ها در اصل طبیعت دخالت ندارد و مطلوب مولی ایجاد طبیعت در ظرف عین و خارج است و در کیفیت امثال و ایجاد طبیعت ممکن است مکلف به وجود واحد ایجاد کند یا به وجودهای متعدد [810] بنابراین

امثال واحد است و آن هم به ایجاد خود طبیعی و جامع است. [811]

با توجه به مطلب پیشین شایان ذکر است که در باب اوامر، در مسأله اکراه بر ایجاد حرام یا بر ایجاد طبیعی معامله، بحث از این قرار است: گاهی شخص بر اصل ایجاد حرام مکره می شود؛

مانند ظلم کردن و ضرب و جرح، در این جا حقّ ندارد طبیعی را در

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 386

ضمن دو فرد ایجاد کند؛ مثلاً حق ندارد به دو نفر هم زمان ستم کند. اگر چنین کرد یقیناً نسبت به یکی مکره نیست و کار حرامی کرده است و این مورد، جای حدیث رفع نیست زیرا امکان تفصّی وجود دارد.

و گاهی بر ایجاد طبیعی معامله مکره می شود و در مقام عمل عقد بیع را بر بیش از يك مال انشا می کند: مثلاً تمام اموالش را می فروشد تا قسمتی را معامله کند در حالی که با بیع یکی هم اکراه مرتفع می شد. حال آیا بیع همه اموال باطل است یا بیع همه صحیح است یا بیع یکی باطل و بقیه صحیح است و بیع صحیح با قید قرعه باید تعیین شود؟ در این جا سه وجه وجود دارد:

وجه اول: ظاهر کلام شیخ اعظم این است که چنین معامله ای صحیح است، چون آنچه متعلق اکراه بوده (ایجاد صرف الوجود طبیعی بیع) محقق نشده است تا باطل باشد، و آنچه واقع شده است (ایجاد افراد متعدد طبیعی) مورد اکراه نیست تا مشمول حدیث رفع باشد. بنابراین، وقتی حدیث رفع یا دلیل عنوان ثانوی جاری نشد جای عمومات صحت و لزوم بیع است. [812]

پاسخ: اگر اکراه به طبیعی به نحو بشرط لا یا به قید وحدت تعلق گرفته بود [813]

استدلال فوق، صحیح بود، ولی اکراه به طبیعی به نحو لا بشرط از وحدت تعلق گرفته و مقصود، اصل ایجاد طبیعی است - با توجه به این که ایجاد طبیعی، هم در ضمن يك فرد ممکن است ایجاد شود و هم در ضمن افراد کثیره - اگر دو یا

چند فرد را ایجاد کرد یقیناً مورد اکراه (ایجاد طبیعت) را ایجاد کرده است و به قطع، اکراه صدق می کند و جای حدیث رفع است نه اطلاعات صحت و لزوم؛ البته نه نسبت به بیع هر دو، یا هر ده مال، بلکه فی الجمله. این مطلب بزودی بررسی خواهد شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 387

وجه دوم: ظاهر کلام محقق اصفهانی بطلان این معامله است. دلیل وی این است که اگر بخواهد صحیح باشد، یا نسبت به هر دو یا همه صحیح است، یا نسبت به واحد معین، یا نسبت به واحد مردد، یا این که باید به قید قرعه تعیین شود. هر چهار احتمال باطل است و احتمال پنجمی هم وجود ندارد تا از آن راه، حکم به صحت شود. وقتی حکم به صحت رد شد قهراً حکم به بطلان درست می شود؛ زیرا میان صحت و بطلان، واسطه ای وجود ندارد.

پاسخ: می توان احتمال اخیر را انتخاب کرد و از شبهه محقق اصفهانی این گونه جواب داد که روایات قرعه، اطلاق دارند و به اموری که واقعاً معین و ظاهراً مردد هستند اختصاص ندارند، بلکه امر مجهول یا مشکل یا مشتبه شامل مجهول و مشکل و مشتبه واقعی هم می شود.

وجه سوم: این وجه پذیرفتنی است و دلیل آن به نقل از تقریرات درس امام راحل از این قرار است:

تردید نیست که در مفروض بحث ما اکراه صدق می کند؛ زیرا اصل ایجاد بیع دو یا چند متاع، مستند به اکراه مکره است، و وجداناً اگر اکراه نبود، مکره اقدام به معامله نمی کرد، داعی او بر بیع، اکراه است، هر چند در مقام عمل این فرض را برگزیده و چند مال را فروخته

است. و نیز تردیدی نیست که نسبت به زائد، اکراه صدق ندارد زیرا او

مکروه شده است به ایجاد طبیعی، و ایجاد طبیعی با وجود یکی حاصل می شود. نسبت به بقیه هم امکان تفصّی وجود دارد و با این حال اقدام کرده است. در نتیجه نه حکم به صحت جمیع مقبول است و نه حکم به بطلان جمیع، بلکه یکی باطل و بقیه صحیح است اما آن که باطل است از ریشه باطل نیست بلکه موقوف به رضایت بعدی است.

بنابراین اگر پس از رفع اکراه، بیع مزبور را اجازه داد نسبت به همه صحیح و لازم می شود و اگر اجازه نداد با قید قرعه معین می شود که کدام اکراهی است. قرعه متمم و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 388

مکمل معامله است و به کمک آن حکم به صحت می شود. [814]

صورت پنجم: اکراه بر یکی از دو یا چند عمل: سه صورت قبلی در متن تحریر الوسیله مطرح نشده است، اما برای تکمیل همه صور متصوره با استفاده از کتاب البیع امام راحل این صور را با شعبی که داشت بررسی کردیم.

صورت چهارم (اکراه بر یکی از دو یا چند عمل به صورت تخییر و لا علی التعین) در مسأله دوم و سوم تحریر الوسیله بیان شده است و شعب متعددی دارد که به ترتیب بیان می کنیم:

بررسی شعب صورت چهارم

الف) اکراه بر یکی از امور تکلیفی؛ مثل اکراه بر انجام یکی از دو حرام، یا اکراه بر ترك یکی از دو واجب، یا اکراه بر ترك يك واجب یا انجام يك حرام. حکم این فرض روشن است و آن اختیار حرامی است که مفسده اش کمتر است یا ترك واجبی که مصلحت آن کمتر

است. مکره در این جا حق ندارد حرام شدید یا شدیدتر را به جا آورد یا واجب مهم تر را ترك کند؛ زیرا با امکان تقصی از آن، مکره نیست و با عدم اکراه، وجوب یا حرمت مرتفع نیست.

ب) شخص، مکره شده است بر بیع فلان مال یا بر انجام فلان کار. مثلاً یا باید منزلش را بفروشد و یا باید شراب بنوشد. امام راحل در مسأله دوم تحریر که مورد بحث ما است چنین فرموده است: چنانچه در عمل دیگر که طرف اکراه است محذور دینی یا دنیوی عقلائی وجود دارد که به خاطر آن، طرف از انجام عمل دیگر پرهیز دارد و به خاطر محذور مذکور، جانب بیع منزل را اختیار می کند و انجام می دهد در این فرض نسبت به بیع یقیناً اکراه صدق می کند و احکام معامله اکراهی جاری است. دلیل صدق هم، عرف و عقلا هستند که او را مکره می دانند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 389

اشکال: نسبت به ادای دین، اکراهش به حق است و ادله رفع اکراه، فرض اکراه به حق را شامل نمی شوند و این صورت تخصیصاً یا تخصّصاً از حدیث رفع خارج است. بنابراین اگر برای فرار از چنین عملی اقدام به بیع کند نباید باطل باشد.

پاسخ: نسبت به ادای دین، اکراهش به حق است- زیرا زمان ادای آن فرا رسیده و اگر ادا نکنند مکره می شود و حاکم یا طلب کار او را مجبور می کنند، بلکه شرعاً اگر در یسر است باید بپردازد- ولی اکراه بر بیع نه عین اکراه بر ادای دین است و نه ملازم است تا بر این هم اکراه به حق صدق کند. وانگهی اگر ملازم هم باشد دلیلی نداریم

که هر حکمی که یکی از دو متلازم دارد لزوماً دیگری هم آن را داشته باشد. آری از باب مقارنت اتفاقیه، بیع در کنار ادای دین قرار گرفته است و شخص به یکی از آن دو مکروه شده است و یقیناً اگر اکراه دین، اکراه به حق باشد دلیل بر این نیست که اکراه بر بیع هم به حق باشد. بنابراین اکراه بر بیع از حدیث رفع خارج نیست و احکام آن را دارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 390

اکراه بر بیع یکی از اموال

اشاره

مسألة 3: لو أكرهه على بيع أحد الشيئين على التخيير، فكلّ ما وقع منه لدفع ضرره يقع مكرهاً عليه، ولو أوقعهما معاً فإن كان تدريجاً فالظاهر وقوع الأوّل مكرهاً عليه، دون الثاني إلا إذا قصد إطاعة المکره بالثاني فيقع الأوّل صحيحاً، فهل الثاني يقع صحيحاً أو لا؟ وجهان: أوجههما الأوّل. ولو أوقعهما دفعة ففي صحته بالنسبة إلى كليهما أو فسادة كذلك أو صحّة أحدهما والتعيين بالقرعة، وجوه لا يخلو أولها من رجحان، ولو أكرهه على بيع معيّن فضمّ إليه غيره وباعهما دفعة، فالظاهر البطلان فيما أكره عليه والصحة في غيره.

ترجمه: اگر او را بر بیع یکی از دو چیز - به طور تخییر - اکراه نماید، هر چه را که برای جلوگیری از ضرر واقع می سازد، بیع اکراهی است؛ و اگر هر دو بیع را واقع کند چنانچه تدریجی باشد ظاهر آن است که بیع اوّل اکراهی است، نه دومی؛ مگر این که قصد کند با بیع دوم، اکراه کننده را اطاعت کند که در این صورت بیع اوّل صحیح است. [درباره این که آیا بیع دوم صحیح است یا نه؛ دو وجه وجود دارد که بهترین آن ها وجه اوّل است. و

اگر هر دو را يك دفعه- و با هم- ايجاد کرده باشد، در اين که بيع نسبت به هر دو صحيح است، يا نسبت به هر دو باطل است، يا يکی صحيح است و با قرعه [بايد] تعيين شود، چند وجه وجود دارد که وجه اول خالی از رجحان نيست. اگر او را به بيع چيز معيني اکراه نمود و او چيز ديگری را به آن ضميمه کرد و هر دو را به يك باره فروخت، ظاهر اين است که در آنچه مکره بوده باطل است و در غير آن صحيح است.

شرح: صورت سوم از صور اکراه بر يکی از دو يا چند عمل به نحو تخيير، اکراه بر بيع يکی از دو يا چند مال است. در اين مسأله چهار فرض مطرح شده است. سه فرض نخست مربوط به اين مسأله است و فرض چهارم مربوط به صورت اول از چهار

کوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 391

صورت اصلي فرض های گوناگون اکراه است که قبلاً در جای خودش بررسی شد و در اين جا تکرار نمی شود.

بررسی سه فرض مختلف

اشاره

فرض اول: اگر بر فروش يکی از دو مال مکره شد و يکی از آن دو را اختيار نمود و برای دفع ضرر و شر مکره آن را انجام داد يقيناً اکراه بر همان بيع صدق می کند و حکم بيع اکراهی را دارد.

فرض دوم: اگر به دنبال اکراه هر دو مال مورد نظر را فروخت ولی به تدريج معامله کرد، به نظر شيخ انصاری اولی اکراهی است و منعقد نمی شود و دومی اکراهی نيست. شيخ پس از بيان اين نظريه بلافاصله احتمال می دهد که تعيين بيع اکراهی به خود بايع واگذار شود و بايد از

او پرسید که کدام را به قصد اکراه و کدام را با طیب نفس انجام داده است؟ [815] شاید دلیلش این باشد که نیت، امری قلبی و تنها از ناحیه خود بایع قابل تعریف است و در اموری که از این قبیل باشند ادعای بایع مسموع است.

نظریه امام راحل (رحمه الله): امام راحل در متن تحریر نخست مثل شیخ اعظم فتوا به اکراهی بودن بیع اولی داده است ولی بلافاصله تبصره ای می زند و می فرماید اگر بایع با بیع اول خود قصد اکراه دارد بدون تردید همان اکراهی است و بیع بعدی اکراهی نیست و منعقد می شود، ولی اگر به هر دلیل در بیع اول قصد امثال مکره را ندارد، یا این که با التفات و توجه یا به سبب نسیان و غفلت از اکراه، واقعاً با طیب نفس معامله می کند بیع اول قطعاً صحیح و لازم است؛ زیرا به اعتراف بایع، اکراهی در میان نیست و اقرار انسان عاقل بر ضرر خودش نافذ است.

نکته دیگر این که آیا بیع بعدی صحیح است یا خیر؟ امام راحل می فرماید: این نیز

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 392

صحیح است؛ زیرا اگرچه بایع با این بیع، قصد دفع شرّ مکره را دارد. ولی واقعاً این بیع اکراهی نیست؛ زیرا در اکراه بر بیع یکی از دو مال به نحو تخییر هرکدام که اول انجام شد با همان، شرّ مکره دفع شده است. اما نسبت به دومی اکراه واقعی نیست و قهراً مرتفع شده است. حداکثر این است که توهم اکراه در این مورد وجود دارد و ما دلیلی بر تأثیرگذاری خیال اکراه نداریم. اکراه واقعی مشمول حدیث رفع است نه اکراه اعتقادی و

فرض سوم: اگر به دنبال اکراه، هر دو مال را با هم در يك معامله بفروشد آیا بیع هر دو صحیح است یا بیع هر دو باطل است یا بیع یکی منعقد می شود و آن یکی با قید قرعه تعیین می شود؟

در پاسخ این سؤال ها سه احتمال وجود دارد که قبلاً در بحث اکراه بر طبیعی و جامع و بیع هر دو مال مطرح شد. استدلال ها همان است که پیش تر تبیین شد، با این تفاوت که نظر امام راحل در دو مورد متفاوت است. دو جواب در کتاب البیع [816] در پاسخ محقق اصفهانی آمده است. که به تصریح خود امام راحل، پاسخ دوم اوجه از پاسخ اول است و آن تعیین صحیح واقعی به قید قرعه است. حضرت امام (رحمه الله) مورد بحث را به باب بیع فضولی تشبیه می کند و می فرماید: همان گونه که بیع فضولی سبب ناقص است و اجازه بعدی متمم آن است انشای بیع بر هر دو مال هم، سبب ناقص است و قرعه متمم آن است.

اما مرحوم امام (رحمه الله) در متن تحریر وجه اول (حکم به صحت هر دو) را ترجیح می دهد و در بیان علت آن، در جای دیگری از کتاب البیع می فرماید: چون اکراه بر بیع یکی از دو مال است به طور تخییر و بدون تعیین، و با بیع جانب تعیین را اختیار کرده و معیناً هر دو را با هم فروخته است قطعاً مکروه نیست، پس حتماً صحیح است زیرا آنچه که متعلق اکراه بود واقع نشده است و آنچه که واقع شده است متعلق اکراه نیست تا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 393

منعقد نشود. [817] فرض پایانی مسأله

هم قبلاً در ضمن شقوق صورت اول ذکر شد. تا این جا صور مربوط به مسأله دو و سه که در تحریر الوسیله آمده است تبیین و تشریح شد. فروع دیگری هم وجود دارد که شیخ اعظم آن ها را در مکاسب آورده و امام راحل در کتاب البیع متعرض آن ها شده است.

بررسی چهار فرع در مسأله

فرع اول: اکراه بر افراد طولی امر موسع یا امر تخییری: تاکنون ضمن مسأله دو و سه اکراه بر افراد عرضی امر تخییری مطرح بود، اما در فرع یکم اکراه بر افراد طولی و تدریجی مطرح است. [818]

طرح بحث: در این زمینه برای مکره سه بحث پیش می آید: 1. آیا این شخص مخیر است؟ در این صورت اگر طبیعت را در ضمن هر فردی از افراد طولیه ایجاد کند، ولو در ضمن فرد اول، اکراهی بودن صدق می کند و حکم آن مترتب می شود یا نه؟ 2. آیا مختار نیست و لزوماً باید فرد آخر، وقت یا آخرین فرد طولی را برگزیند و انجام دهد و اگر فرد اول یا وسط را انجام داد اکراهی بودن صدق نمی کند؟ در این صورت اگر حرام را مرتکب شود مؤاخذه دارد، و اگر معامله را انجام دهد منعقد می شود؟ 3. آیا تفصیل وجود دارد و میان اکراه بر تکلیف و وضع فرق است؟ به این صورت که اگر حرام تکلیفی را در وسعت وقت یا در ظرف امروز انجام دهد اکراهی نیست و حرمت برداشته نمی شود ولی اگر معامله را در وسعت وقت انجام دهد اکراهی است و مشمول حدیث رفع است؟

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 394

بررسی سه نظریه در مسأله: 1. نظریه محقق نائینی: ایشان میان معاملات و محرمات و به

تعبیر دیگر میان وضعیات و تکلیفیات تفصیل قائل شده و گفته است: اگر به حرامی از محرمات الهی به نحو موسع، مکره یا مضطر شود حق ندارد مبادرت کند و به بهانه مکره شدن، در اول وقت مثلاً اقدام به شرب خمر کند؛ زیرا ارتکاب حرام نیاز به مجوز دارد. اما کسی که فعلاً و در اول وقت ملزم به ارتکاب نیست مجوز ندارد و در صورت ارتکاب، حرمت و مؤاخذه و سایر احکام شرب خمر اختیاری درباره او اجرا می شود. در این باره فرقی میان این که احتمال تخلص بدهد یا از پیدا شدن راه فرار مایوس باشد وجود ندارد.

اما اگر بر معامله ای مکره شود، مثلاً بر فروش منزل به نحو موسع، چنانچه احتمال تخلص بدهد اما صبر نکند و در اول وقت اقدام کند، معامله اش اکراهی نیست و منعقد می شود ولی اگر از امکان فرار ناامید باشد و یقین به عدم راه فرار تا آخر وقت هم نداشته باشد اقدام او به معامله در آغاز وقت اکراهی است و منعقد نمی شود. [819]

2. نظریه مرحوم آیت الله خوئی: ایشان تفصیل مرحوم نائینی را نپذیرفته و گفته است: تا زمانی که احکام واقعی و اولی عمل مرتفع نشود بر اقدام کردن در وسعت وقت و به جا آوردن فرد اول وقت، عنوان اکراه و اضطرار صدق نمی کند؛ چه آن عمل، فعل حرامی باشد یا یک معامله. دلیل وی این است: ضرری که از ناحیه مکره مورد تهدید است و به مکره متوجه می شود بر ترك مجموع (حرام را در کل وقت وسیع ترك کند، معامله را در تمام وقت انجام ندهد) است نه بر ترك خصوص فرد اول وقت؛ بنابراین

نسبت به فرد اول ملزم نیست و اگر اقدام کرد و فرد متقدم را انجام داد در محرمات الهی حرام را مرتکب شده است؛ در معامله هم عنوان رضا و طیب نفس صدق می کند و محکوم به صحت است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 395

آری اگر فرد متقدم را ترك کند ناچار باید فرد متأخر را انجام دهد، وگرنه ضرر متوجه او می شود. در این جا اکراه و اضطرار حقیقه صدق می کند و احکام بیع اکراهی را دارد. در نتیجه در افراد طولی امر تخییری یا امر موسع، تنها فرد اخیر متعلق اکراه یا اضطرار است، و فرقی بین معاملات و غیر معاملات هم نیست. [820]

3. نظریه امام راحل در کتاب البیع: اگر مکره «یقین» دارد تا آخر وقت، اکراه باقی خواهد ماند و راه فراری هم نخواهد بود فرقی میان اجزاء وقت نیست؛ یعنی اگر عمل را در هر جزئی از اجزاء وقت مرتکب شود اکراهی بودن صدق می کند. در این باره فرقی هم بین معاملات و غیر معاملات نیست.

دلیل امام راحل (رحمه الله) بر نبود تفاوت میان وضع و تکلیف، اطلاق حدیث رفع اکراه و رفع اضطرار است که هم حکم وضعی را دربر می گیرد، هم حکم تکلیفی را. و دلیل ایشان بر نبود تفاوت میان اجزاء وقت عرف است. خلاصه این که بر عمل مکره، اکراهی بودن، صدق می کند و صرف این که مختار است تا اول عمل را در وقت انجام دهد یا آخر وقت، دلیل بر این نیست که اگر اول وقت انجام دهد اکراه صدق نکند. و همان طور که اگر در عرض هم به یکی از دو کار مکره شود و یکی را به داعی

اکراه انجام دهد اکراه صادق است، اگر به یکی از دو کار طولی مکره شود و فرد متقدم را اختیار کند و به داعی اکراه انجام دهد نیز اکراه صادق است. در عین حال امام راحل در پایان بحث، احتیاط می کند و می فرماید: «لکن الاحتیاط فی التأخیر إلی ضیق الوقت».[821] بدیهی است که این احتیاط، مستحبی است زیرا ایشان قبلاً فتوا به جواز بدار در فرض اکراه و علم به عدم ارتفاع آن تا آخر وقت داده است. با این بحث حکم اکراه بر افراد طولی امر تخییری هم روشن شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 396

فرع دوم: اکراه یکی از دو یا چند نفر بر کار معین یا بر یکی از چند کار: مثال: شخص ظالمی از میان جمعی، دو یا چند نفر را بر کار معینی مکره می کند؛ مثلاً می گوید: باید یکی از شما دو نفر این جام شراب را بنوشد، یا این مظلوم را تازیانه بزند. یا این که آن افراد را بر یکی از دو کار مکره می کند؛ مثلاً می گوید: یکی از شما دو نفر باید زمین خود را به من بفروشد وگرنه شیخ اعظم در مکاسب به طور مطلق هر دو نفر را مکره می داند و قائل است هرکدام که اقدام کنند عمل شان حکم عمل اکراهی را دارد.[822]

امام راحل و مرحوم آقای خوئی تفصیل داده اند. ایشان عقیده دارند اگر یکی یقین دارد یا دست کم مطمئن است که دیگری متعلق اکراه را- چه به دلیل ترس و چه به دلیل بی مبالاتی به ارتکاب محرمات- انجام خواهد داد، بر اقدام او اکراهی بودن صدق نمی کند. زیرا راه فرار دارد و می داند که دیگری انجام

می دهد و او ملزم به فعل نیست. بنابراین اگر معامله ای بود و انجام داد معامله اش منعقد می شود و اگر عملش، کار حرامی بود و مرتکب شد مؤاخذه دارد و جای حدیث رفع نیست. ولی اگر شك دارد و احتمال عقلایی بر ترك فعل توسط شخص دیگر می دهد یا یقین یا اطمینان بر آن دارد مکره است؛ اگر اقدام کرد عنوان عمل، این مناط اکراهی بر آن منطبق می شود و حدیث رفع جاری خواهد شد زیرا مناط اکراه، خوف ضرر است که در این صورت، این مناط وجود دارد. [823] بنابراین نباید به طور کلی حکم به اکراهی بودن عمل شود، بلکه جای تفصیل است. شاید منظور شیخ اعظم نیز همین فرض باشد.

يك نکته: امام راحل در ذیل فرع مزبور، فرع دیگری را مطرح می کند و می فرماید اگر جائری یکی از دو نفر را بر انجام کاری، مثلاً معامله یا غیر معامله، مکره نمود و یکی از آن دو قادر بود که مشخصاً دیگری را بر انجام کار مکره کند و به این وسیله،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 397

خودش از ارتکاب متعلق اکراه فرار کند، آیا عنوان اکراه بر فعل او صدق نمی کند؟ امام راحل در جواب این سؤال می فرماید: اگر اکراه او به حق باشد؛ مثلاً طلب کار بدهکار را مکره می کند تا ملکش را بفروشد و دین خود را ادا کند، راه فرار دارد و با امکان تخلّص مکره نیست و اگر خواسته جائر را انجام داد عنوان اکراه بر فعل او منطبق نیست. اما اگر اکراه او به حق نباشد و راه فرار داشته باشد ولی از نظر عقلا و شرع، راه فرار نداشته باشد و با قدرت بر

اکراه دیگری خودش متعلق اکراه را انجام دهد عنوان اکراه صدق می کند و حکم عمل اکراهی درباره او جاری می شود. [824]

يك نکته: از تفصیل فوق، اکراه وکیل و موکل خارج است؛ مثلاً اگر وکیل یا موکل را مکره کنند تا فلان مال موکل را بفروشد. در این صورت هرکدام با علم و اطمینان از اقدام دیگری معامله کنند اکراه صدق می کند؛ زیرا اگرچه وکیل و موکل در ظاهر دو نفر هستند اما از آن جا که عمل صادره از هرکدام مربوط به مال يك نفر (موکل) است و تعددپذیر نیست مثل این است که خصوص وکیل یا خصوص موکل را ملزم کند.

فرع سوم: اکراه از يك زاویه گاهی به شخصی که هم مالک است و هم عاقد، تعلق می گیرد و جائز، مالک عاقد را بر انجام معامله مکره می کند. و گاهی به کسی که مالک است تعلق می گیرد ولی عاقد، مختار است و گاهی به عاقد تعلق می گیرد ولی مالک مختار است. [825]

بررسی صورت اول: تاکنون تمام بحث های معامله اکراهی درباره همین صورت بود و خلاصه این شد که بیع اکراهی واقع نمی شود.

بررسی صورت دوم: مثلاً: جائزی مالک را مکره کند که باید فلانی را وکیل کنی تا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 398

مال تو را بفروشد وگرنه ...، ولی وکیل با طیب نفس، وکالت را می پذیرد و با اختیار، عقد را انشا می کند. چنین وکالتی به گفته شیخ اعظم در مکاسب [826] و به گفته امام راحل در کتاب البیع [827] باطل است. این نوع عقد، فضولی است و احکام عقد فضولی را دارد که منوط به اجازه مالک اصلی است. این نکته که آیا اجازه ناقله است یا کاشفه به

کشف حقیقی یا کشف حکمی، بزودی در مباحث بعدی به صورت تفصیلی بررسی خواهد شد.

يك نکته: در ذیل این صورت، مرحوم آقای خوئی [828] و امام راحل (رحمه الله) [829] فرعی درباره اکراه بر طلاق آورده اند: آیا اگر جائری مردی را مکره کند تا به دیگری وکالت دهد که زوجه مکره را طلاق دهد ولی وکیل با اختیار و طیب نفس صیغه طلاق را انشا کند طلاق محقق می شود؟ پاسخ منفی است زیرا طلاق در صورتی صحیح است که یا مستند به موکل (خود زوج) باشد و یا به وکیل شرعی و قانونی. اما در این فرع، نه مستند به زوج موکل [830] و نه مستند به وکیل کذائی است [831] بررسی توقف صیغه بر اجازه بعدی: اگر چنانچه بعداً هم اجازه نکند قطعاً باطل است. و اگر اجازه کند و قائل شویم که ایقاعات، فضولی بردار نیستند - که نظر مشهور همین است و بلکه ادعای اجماع شده است - باز هم محکوم به بطلان است، ولی اگر فضولی را در ایقاعات هم جاری بدانیم باز اگر قائل به نقل شویم و اجازه را ناقله بدانیم یا فایده ندارد زیرا بنا بر نقل، تصرفات

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 399

قبلی وکیل ارزشی ندارد و پس از اجازه معتبر است. فرض ما نیز همین است که قبلاً طلاق را انشا کرده است؛ آری اگر اجازه را کاشفه بدانیم - چه کشف حقیقی و چه حکمی - می توان حکم به صحّت طلاق کرد. ولی اصل مبنا (جاری بودن فضولی در ایقاعات) ناتمام است. این مطلب در ابتدای بیع فضولی به تفصیل بررسی خواهد شد.

بررسی صورت سوم: مثلاً جائر، مالک اصلی و صاحب اختیار عقد یا ایقاع دیگری را

مکره می کند تا به وکالت از وی زوجه اش را طلاق دهد یا بنده مالک را آزاد کند یا اموال او را بفروشد. در صحت چنین عقدی یا ایقاعی دو وجه مطرح است:

الف) بطلان. چهار دلیل بر بطلان وجود دارد:

1. چون عاقد قصد مدلول ندارد و قصد قطعاً معتبر است.

جواب: در آغاز بیع مکره بررسی شد و معلوم شد که مکره نیز قصد مدلول دارد و از این جهت کمبودی ندارد؛ اگرچه به ندرت ممکن است قصد مدلول نکند و قصد لفظ داشته باشد، یا توریه کند؛ ولی غالباً چنین نیست بلکه در اثر ترس و وحشتی که بر او عارض می شود حقیقه به قصد انشای جدی معامله می کند.

2. چون طیب نفس و رضایت ندارد و رضا معتبر است.

جواب: آنچه مهم است رضایت مالک اصلی است که در بحث مورد نظر ما وجود دارد.

3. به گفته شهید ثانی: چون مکره مثل مجنون، مسلوب العبارة است عقدش منعقد نمی شود. [832]

جواب: این، قیاس مع الفارق است زیرا اگر مکره مثل مجنون باشد عقدش از اساس باطل خواهد بود در حالی که به فتوای مشهور، با رضای لاحق، صحیح و لازم می گردد، و مثل فضولی است نه مجنون یا صغیر.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 400

4. چون عاقد مکره است عقدش مشمول حدیث رفع است، لذا باطل است.

جواب: حدیث رفع چون در مقام امتنان است چیزی را برمی دارد که از وضع آن، کلفت و سنگینی و مضیقه ای برای مکره پیش آید. در مورد بحث ما چنین نیست؛ زیرا نسبت به مالک اصلی که اثر دارد و کلفت آور است اکراه نیست چون او راضی است و اساساً خودش عاقد را مکره به اجرای

عقد یا ایقاع کرده است و از اول رضایت دارد و اگر رضای بعدی مالک در صحت عقد مؤثر باشد پس از رضای مقارن، و از اول امر، به طریق اولی مؤثر است. و اما نسبت به عاقد که مکره است عقدش اثری ندارد تا اکراه آن را بردارد. بر فرض هم اگر اثری باشد که ملازم یا مقارن اتفاقی عقد یا ایقاع او باشد با حدیث رفع برداشته نمی شود؛ مثلاً اگر بر طلاق دخترش مکره شود، در خود انشای طلاق، برای مجری صیغه اثری نیست تا با حدیث رفع برداشته شود. البته اگر طلاق محقق شود گاهی بالملازمه یا بالمقارنه اثر دارد که چون دختر او است. اگر طلاق منعقد شود باید مخارج دخترش را بپردازد ولی حدیث رفع احکام و آثار شرعی خود اکراه را برمی دارد نه آثار ملازمات یا مقارنات را.

ب) صحت. صحت، فتوای فقهای بزرگی از جمله شیخ اعظم [833] و مرحوم آقای خوئی [834] و امام راحل [835] است. مهم ترین دلیل این فتوی وجود مقتضی و نبود مانع است؛ موانع همان چهار وجهی بود که ذکر شد و پاسخ دادیم، وجود مقتضی هم اطلاق و عمومات صحت و لزوم عقود و ایقاعات است که مفروض بحث ما را دربر می گیرد.

فرع چهارم: علامه در کتاب تحریر گفته است:

«لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق».[836]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 401

نظر مشهور این شد که طلاق مکره- و هکذا بیع و عتق و نکاح او باطل است و واقع نمی شود، ولی علامه (رحمه الله) فرموده است: اگر شخصی بر طلاق مکره شود و به دنبال آن با نیت و قصد طلاق دهد طلاق واقع می شود.

شیخ

اعظم در مکاسب و محقق نائینی در منیه الطالب درباره مقصود سخن علامه چند احتمال ذکر شده است.

بررسی احتمالات: 1. گرچه طلاق به دنبال اکراه واقع شده است ولی اکراه هیچ دخالتی در وقوع طلاق ندارد و صد در صد با رضایت و طیب نفس انجام شده است. اکراه در واقع نه علت وقوع طلاق است و نه داعی بر وقوع آن، بلکه مجرد مقارنت اتفاقی یا تعاقب زمانی است. مثلاً خود زوج مصمم به طلاق بود و برای غرض نفسانی قصد طلاق داشت ولی مکره از این امر خبر نداشت و زوج را تهدید به طلاق کرد ولی این اکراه هیچ تأثیری در تصمیم او نداشت؛ زیرا او قبلاً تصمیم قطعی بر طلاق گرفته بود. یا این که قصدی نداشت ولی به دنبال اکراه، تصمیم به طلاق گرفت. این تصمیم ربطی به اکراه ندارد و صرفاً از نظر زمانی پس از اکراه است و گرنه از تهدید باکی ندارد و حاضر است هرگونه ضرر و تهدیدی را تحمل کند ولی خودش تصمیم به طلاق گرفته است.

چنین طلاق قطعاً واقع می شود و مشمول ادله صحت است. منظور علامه از فرع مذکور این احتمال نیست؛ زیرا اگر مقصودش این بود تعبیر به «فالأقرب» نمی کرد [837] بلکه قاطعانه فتوا به وقوع می داد و شهید ثانی در مسالك [838] احتمال عدم وقوع نمی داد.

2. اکراه در ایجاد داعی و انگیزه طلاق دخیل است و زوج بدون آن انگیزه طلاق نداشت؛ ولی اکراه علت تامه نیست بلکه جزء علت است و جزء دیگر، يك امر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 402

اختیاری است و آمیزه ای از اکراه و اختیار- با هم- علت تامه هستند. شیخ اعظم در این

فرض نیز قاطعانه فرموده است طلاق واقع می شود «وكذا لا ينبغى التأمل فى وقوع الطلاق»؛ [839] شاید به این دلیل باشد که حدیث رفع اکراه، مخصوص موردی است که اکراه، علت مستقل باشد و فرض ضمیمه و جزء علت را نمی گیرد و نمی تواند مانع از شمول عمومات و مطلقات صحت و وقوع طلاق باشد و در واقع از باب مقتضی و لا مقتضی است، و لا اقتضاء (دلیل اکراه) با اقتضاء مقتضی (مطلقات صحت) تعارض ندارند.

مرحوم آقای خوئی می گوید: «لكن الظاهر هو بطلان الطلاق في هذه الصورة»؛ نه به این دلیل که اکراه مانع از صحت است یا مقتضی فساد است - زیرا مانع بودن آن مخصوص فرضی است که اکراه، علت تامه و مستقل در تأثیر باشد و متفاهم عرفی از دلیل اکراه همین است - بلکه به این دلیل که مقتضی صحت وجود ندارد زیرا مقتضی، عمومات و مطلقات صحت و لزوم عقود و ایقاعات است؛ مثل تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ و

مستفاد از این ادله هم این است که عقد و ایقاع با رضایت و طیب نفس صادر شود و متفاهم عرفی آن است که رضا و طیب نفس علت تامه صدور عقد و ایقاع باشد نه جزء علت آن.

بنابراین مواردی که رضا جزء علت و اکراه، جزء دیگر است ادله عقود و ایقاعات شامل آن ها نمی شود. پس مقتضی برای صحت منتفی است. [و على القاعدة باید به اصاله الفساد برگردیم و حکم به بطلان کنیم].

امام راحل درباره این صورت تفصیل داده است که پس از ذکر صورت سوم و چهارم تبیین خواهد شد زیرا این تفصیل، مربوط به هر سه صورت است.

3. این احتمال تنها در

کلام محقق نائینی وجود دارد و در مکاسب ذکر نشده است

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 403

بر اساس این احتمال، هرکدام از اکراه و رضای باطنی علت تامه و سبب مستقل برای ایجاد طلاق هستند؛ به گونه ای که اگر اکراهی هم نبود حتماً طلاق محقق می شد چون شخص، طیب نفس دارد، و همین طور اگر طیب نفس هم نبود، به خاطر اکراه حتماً طلاق می داد. به نظر محقق نائینی این طلاق باطل است و منعقد نمی شود؛ زیرا هرگاه دو علت مستقل بر يك معلول واحد شخصی وارد شوند میان آن دو تدافع در می گیرد و در نتیجه هیچ کدام تأثیر نمی گذارند. [840]

پاسخ مرحوم آقای خوئی: اگر اکراه مقتضی فساد بود می توان گفت این جا از باب توارد دو علت مستقل بر معلول واحد است، مثل این که در يك فضا، هم عامل سرمایشی وجود داشته باشد و هم عامل گرمایشی که چون این دو با هم تدافع دارند در نتیجه آن فضا نه سرد است، نه گرم. ولی این چنین نیست و اکراه مانع از صحت است و جلوی تأثیر مقتضی صحت را می گیرد. وقتی رضا و طیب نفس هم استقلال داشته باشد مقتضی صحت وجود دارد. در این صورت مسأله از موارد تعارض دو مقتضی متدافع نیست بلکه از موارد تعارض مقتضی و لا مقتضی است، و بدیهی است که مقتضی صحت مقدم است.

علاوه بر این که وقتی رضا و طیب نفس مستقل است و مطلق، صد در صد راضی است حکم به بطلان طلاق او خلاف امتنان است و در چنین موردی حدیث رفع نمی آید؛ زیرا در مقام امتنان صادر شده است و حکم ضد امتنانی را ثابت نمی کند.

بر این اساس مرحوم آقای خوئی

فتوا به صحت طلاق داده و قیاس این صورت به صورت دوم (جزء سبب) را مع الفارق دانسته است زیرا در صورت دوم، مقتضای صحت [841] نبود تا حکم به صحت شود، ولی در صورت سوم مقتضای وجود دارد و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 404

عمومات صحت شامل این صورت هم می شود. [842]

نظریه امام راحل (رحمه الله) در این باره نیز پس از تبیین صورت چهارم تشریح خواهد شد.

4. اکراه از قبیل داعی بر طلاق باشد یعنی اکراه موجب شده است تا طرف واقعاً و تکویناً راضی شود و طیب نفس پیدا کند، سپس طلاق دهد. در واقع اسناد طلاق به اکراه در طول اسناد آن به رضایت قلبی است و علت قریب آن طیب نفس است و علت بعید آن اکراه است. [843]

مرحوم آقای خوئی می گوید: درباره این صورت دو احتمال وجود دارد:

الف) احتمال صحت طلاق، به دلیل این که بر اساس اراده و رضایت واقع شده است.

ب) احتمال بطلان آن، به دلیل این که بالأخره هر چیزی به دورترین علت خود مستند می شود و داعی اصلی و اولی در این جا اکراه است، پس طلاق اکراهی است و باطل است. از نظر عرفی هم این نوع طلاق، طلاق اکراهی است و مناط در باب احکام شرعی نیز همین امر است. به نظر آقای خوئی همین احتمال، اقرب است. وی احتمال داده، مقصود علامه از فرع مذکور در تحریر همین صورت باشد چون فتوا به صحت طلاق داد و این را اقرب دانست؛ [844] زیرا داعی قریب رضا و طیب نفس است؛ زیرا کسی بر نیت مکره نمی شود.

امام راحل در کتاب البیع به هر سه احتمال مذکور (این که اکراه، جزء سبب باشد، هر کدام از اکراه و رضا علت

مستقل باشند، اکراه داعی بر داعی باشد) از قول محقق نائینی [845] اشاره کرده و در نقد هر سه مطالبی بیان کرده است که آن را با مقدمه ای تبیین می کنیم:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 405

در آغاز شرط چهارم گفته شد از نظر فقها اختیار به معنای رضایت باطنی و طیب نفس است و اکراه به معنای «حمل الغیر علی ما یکرهه» یا وادار کردن غیر بر کاری که طیب نفس ندارد. ولی از نظر امام راحل اختیار به معنای ترجیح یکی از دو طرف و انتخاب و انجام آن بود اگرچه منشأ آن اکراه مکره باشد که باعث می شود انسان برای دفع ضرر و شرّ، جانب معامله را اختیار کند و با اراده و رضایت، معامله ای را انجام دهد. اکراه به نظر امام راحل به معنای الزام قهری است؛ یعنی کسی با زور و قهر و غلبه دیگری را وادار کند به کاری اگرچه طرف، ذاتاً طیب نفس داشته باشد، ولی با مطرح شدن الزام غیر ناراحت می شود و بنای مخالفت می گذارد. همان جا بیان شد که میان اکراه به این معنا با اختیار به معنای مزبور، عموم من وجه است.

خلاصه کلام امام راحل: بر مسلك فقها که رضا را به طیب نفس معنا کرده اند و اکراه را به خلاف آن، تفسیر کرده اند در هر سه صورت مذکور، طلاق باطل است. وجهی هم برای فتوا به صحت یا احتمال صحت وجود ندارد؛ زیرا محال است که در مورد عقد یا ایقاعی، هم کراهت باطنی و عدم طیب نفس باشد و هم طیب نفس و رضای باطنی؛ چه به نحو علت مستقل باشد و چه به نحو جزء علت.

چون اجتماع تقيضان محال است. به نحو داعی بر داعی هم محال است زیرا داعی دوم (رضایت باطنی) که آمد داعی اول (اکراه و کراهت باطنی) را طرد می کند. [846] بنابراین معقول نیست که رضای باطنی، معلول اکراه باشد و از باب اسبق العلل مطرح شود. گذشته از این، بر فرض که در صورت استقلال در علیت، هر دو مجتمع شوند و از باب توارد دو علت بر يك معلول باشد اما نمی توان دلیل محکوم را که دلیل صحت طلاق است مقدم کرد یا احتمال تقدم داد و کلام علامه را بر این صورت حمل کرد. بلکه دلیل حاکم (حدیث رفع) باید مقدم شود و قاطعانه فتوا به بطلان داده شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 406

اما بر مسلك ما که رضا را رضای معاملی می دانیم و می گوئیم حتی پس از اکراه هم موجود است و اکراه را به معنای الزام قهری بر کاری می دانیم - حتی اگر مکره ذاتاً طیب نفس داشته باشد. فرض این که هر دو مستقل باشند یا از قبیل داعی بر داعی باشند محال است، و رضا و اکراه، قابل جمع نیستند زیرا اگر رضای معاملی بر اساس حوائج شخصی باشد که در موارد اضطرار چنین است و چنین رضایتی علت تام و مستقل بر اقدام باشد معقول نیست که طرف از امر و الزام قهری دیگری هم منبعث شود و این هم علت مستقل باشد، بلکه وجود امر و الزام او کالعدم است و موجب اکراه نمی شود. همان گونه که معقول نیست امر و الزام قهری، داعی باشد بر داعی قریب؛ یعنی رضای معاملی ناشی از حوائج و نیازهای شخصی.

البته در يك صورت، رضا با

اکراه جمع می شود: اگر رضا به معنای اختیار و انتخاب باشد که اعم است از این که به سبب ضرورت و نیاز شخصی باشد یا این که از اکراه مکره‌هی حاصل شود. اصولاً در معاملات اکراهی، اکراه داعی بر انتخاب و اختیار معامله و رضای معاملی است؛ پس هم اکراه وجود دارد هم رضای معاملی. هر جا هر دو مجتمع باشند - چه علت مستقل باشند چه داعی بر داعی - دلیل اکراه حاکم و مقدم است و سبب فساد و بطلان معامله می شود و در این دو صورت طلاق باطل است. گفتنی است اگر هر کدام جزء علت باشند اجتماع بلا مانع است؛ یعنی هم امر قاهر و الزام قهری باشد و هم داعی نفسانی ناقص، و هر دو با هم علت تامه باشند. در این جا به نظر امام راحل معامله صحیح است زیرا رضای معاملی موجود است و دلیل اکراه، قاصر است از شمول این صورت؛ چون ظهور دارد در علت مستقل بودن اکراه که در این جا نیست. دلیل تجارت نیز ظهور در استقلال دارد ولی شامل رضای حاصل به سبب اکراه هم می شود و چون تنها دلیل رفع اکراه حاکم است مقدم می شود، و در مورد بحث فعلی، حکومتی نیست تا مانع باشد.

5. اکراه در دعویّت، مستقل و علت تامه اقدام باشد با این فرض که ضرری که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 407

مکره به آن تهدید شده است ضرری است که به خود مکره متوجه است، مثلاً فرزند به پدر می گوید یا همسرت را طلاق بده یا خودکشی می کنم. در این فرض اگر ضرر به مکره، به منزله ضرر بر مکره باشد به نظر امام اکراه صدق می کند و طلاق

یا بیع، اکراهی و باطل است. ولی اگر اجنبی باشد و عرفاً، ضرر به او ضرر بر مکره نباشد، مثلاً اجنبی تهدید کند که «طَلَّقَ زَوْجَتَكَ وَإِلَّا قَتَلْتُ نَفْسِي» اکراه صدق نمی کند و اگر طلاق دهد صحیح است، ولی مرحوم شیخ فرموده است: خالی از اشکال نیست. [847][848]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2؛ ص 407

باز هم اکراه استقلالاً داعی است؛ اقدام مکره هم نه به خاطر ضرری است که متوجه او می شود بلکه به خاطر شفقت دینی است که بر مکره یا بر مطلقه دارد یا بر کسانی است که قصد دارند با زوجه ازدواج کنند، مثلاً برای این که دیگران یا زوجه در حرام واقع نشود او را طلاق می دهد. در این فرض هم شیخ اعظم اشکال کرده و صحت یا بطلان را اختیار نکرده، [849] ولی امام راحل فرموده است: از نظر عرفی در این صورت اکراه صدق نمی کند و اگر اقدام کرد و طلاق داد صحیح است. [850]

7. باز هم اکراه استقلالاً داعی بر معامله است و صرفاً برای تخلص از ضرری است که متوجه خود مکره است. این گونه که وی برای توریه کردن غافل است و گمان می کند تنها راه دفع شر، این است که واقعاً قصد طلاق کند. بنابراین تصمیم می گیرد و خود را برای طلاق زوجه و اعراض و رفع ید از او مهیا می کند و با نیت طلاق، انشای طلاق می کند. درباره این صورت شیخ اعظم اول فرموده است حکم، خالی از اشکال نیست ولی بلافاصله گفته است: تحقق اکراه اقرب است. [851]

8 و 9. اکراه مستقلاً داعی است و به دنبال اکراه، طرف توطین نفس می کند و خود را

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 408

آماده طلاق واقعی

می کند ولی منشأ این توطین نفس، جهل به حکم شرعی است یعنی خیال می کند طلاق اکراهی هم صحیح است و واقع می شود، یا مثلاً در اثر این که فتوای برخی از اهل سنت مثل ابوحنیفه را شنیده است که طلاق مکره را صحیح می دانند [852] با قصد، طلاق را انشا می کند، این فرض هم برای بسیاری از عوام، اتفاق می افتد. سخن شیخ در این باره نیز همانند فرض قبلی است و حق همان است؛ یعنی اکراه عرفاً صدق می کند و قدر مسلّم از دلیل اکراه و حدیث رفع همین فرض جهل به حکم یا اعتقاد به وقوع است نه صورت علم به حکم و به سایر جهات و خصوصیات.

شاید مقصود علامه از فرع تحریر، این صورت یا صورت قبلی باشد. امام راحل می فرماید: کلام علامه ظهور دارد در این که با امکان توریه اکراه صدق نمی کند- زیرا «فطلق ناویاً». یعنی می توانست قصد مدلول نکند اما قصد کرد، پس توریه ممکن است- ولی امام کلام علامه را بر تفصیل خودش حمل می کند و می فرماید اگر توریه آسان باشد و بدون خوف ضرر می تواند توریه کند اکراه صدق نمی کند. ولی اگر مشکل باشد، اکراه صادق است و با امکان توریه هم مکره است. دلیل ایشان این است که مقصود از امکان تخلّص مجرد امکان ذاتی و عقلی یا امکان وقوعی- به هر صورت که باشد- نیست بلکه مقصود، امکان به نحو عرفی است؛ یعنی شخص بتواند به راحتی توریه کند. بیشتر مردم در اثر وحشت قادر به توریه نیستند، حتی امکان دارد کسی بخواهد توریه کند اما بر اثر اضطراب شدید، خود را لو دهد. بر همین اساس امام راحل می فرماید مقصود

شرط پنجم: مالک بودن متعاقدان

اشاره

الخامس: كونهما مالکین للتصرف، فلا يقع المعامله من غير المالك إذا لم يكن وكيلاً عنه أو ولياً عليه - كالأب والجدّ للأب والوصي عنهما والحاكم - ولا من المحجور عليه لسفه أو فلس أو غير ذلك من أسباب الحجر.

ترجمه: [شرط] پنجم [از شروط متعاقدان این است که]: هر دو، مالک تصرف باشند؛ پس معامله از غیر مالک در صورتی که از طرف مالک وکیل نباشد یا بر مالک ولایت نداشته باشد؛ مانند پدر و جدّ پدری و وصی از طرف آن دو و حاکم شرع، واقع نمی شود و همچنین است از کسی که به خاطر سفاهت یا افلاس یا غیر این ها از اسباب حجر، محجور باشد.

شرح: شرط پنجم از شرایط متعاقدان - به گفته شیخ اعظم - این است که متعاقدان هر دو مالک اصلی باشند، یا از ناحیه مالک، اذن در تصرف داشته باشند؛ مثل وکیل مالک، و یا از ناحیه شارع مقدس مأذون باشند؛ مثل ولیّ شرعی یا وصی یا حاکم شرعی. [854] به گفته امام راحل در کتاب البیع متعاقدان باید نافذ التصرف باشند، مثل مالکی که به سبب یکی از اسباب حجر، از تصرف ممنوع نیست و مثل ولیّ شرعی. [855] امام راحل در متن تحریر الوسيله می فرماید: متعاقدان باید مالک تصرف باشند که این تعبیر اعم است از این که مالک عین باشند و محجور هم نباشند، و یا اگر مالک نیستند از سوی مالک یا شارع مقدس مأذون باشند.

بنابراین معامله از سوی دو گروه منعقد نمی شود: 1. کسانی که نه مالک هستند و نه اذن مالکی یا شرعی دارند؛ یعنی فضولی مصطلح یا فرد اعلی

و مصداق جلی فضولی؛ 2. کسانی که مالک هستند ولی به خاطر یکی از اسباب حجر محجورند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 410

در مورد بحث از فضولی هر دو گروه اراده شده اند و مناط، کلی عدم نفوذ تصرف متعاقدان است حتی اگر مالک عین باشند. به همین سبب شیخ اعظم در مکاسب می گوید:

وكيف كان فيشمل العقد الصادر من الباكره الرشیده بدون إذن الولي، ومن المالك إذا لم يملك التصرف؛ لتعلق حق الغير بالمال ...
و حينئذٍ فيشمل بيع الراهن والسفيه ونحوهما وبيع العبد بدون إذن السيد. [856]

امام راحل نیز در کتاب البیع می گوید:

ف عقد الفضولی لا یصح فعلاً، ولا یتربّ علیه أثر قبل لحوق الإجازة به، سواء كان الفضولي مالکاً غیر نافذ التصرف كالمحجور علیه أو غیر مالک كذلك. [857]

پس فضولی در این بحث معنای وسیعی دارد و هر انسان غیر مالک تصرف را دربر می گیرد. دیگر این که مقصود از فضولی کودک و مجنون و مکره و مانند آن نیست بلکه مقصود، انسان کاملی است که مالک تصرف نیست.

اصل اعتبار شرط پنجم بدیهی است و نیاز به اثبات ندارد؛ زیرا صحت معاملات فضولی بدون اجازه مالک اصلی یا صاحب حق و به تعبیر دیگر استقلال او در معامله و ترتب اثر بر نفس معاملات او - بدون اجازه یا اذن مالک التصرف - به تناقض منتهی می شود، چراکه مالک اصلی هم سلطنت کامل بر مال خود دارد، هم سلطنت ندارد، مرتهن و طلب کار و مانند این ها نسبت به فلان مال هم حق دارند، هم حق ندارند. افزون بر این، يك يك موارد عدم وقوع معامله از فضولی و راهن و مفلس و مانند این ها در باب خود دلیل دارند که در ادامه

مباحث بیع فضولی بررسی خواهد شد.

آنچه در این جا مهم است این است که آیا معاملات فضولی از اساس فاسد است و با اجازه بعدی هم صحیح نمی شود یا مراعا و متزلزل و منوط به اجازه لاحق است؟ پاسخ این سؤال و بحث در این باره در ادامه تحریر الوسیله در مسأله چهارم خواهد آمد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 411

ولی قبل از آن، بحث کوتاهی درباره ایقاعات فضولی مطرح است که شیخ اعظم در مکاسب اشاره کرده [858] و بطلان ایقاعات فضولی را مسلم گرفته است. اما امام راحل در کتاب البیع [859] و مرحوم آقای خوئی در مصباح [860] مخالفت کرده اند و فضولی را به عقد او ملحق نموده اند. شایان توجه است که چون این بحث در جای دیگر بررسی نمی شود، ما در همین جا اشاره ای به آن می کنیم:

بحثی درباره عقد فضولی

در مورد عقد فضولی سه مبنا وجود دارد که طبق هرکدام بحث می کنیم:

مبنای اول: معاملات فضولی مشمول عمومات و اطلاقات صحت معامله نیست و اصل اول در معاملات، فساد و بطلان است، بنابراین مقتضای قاعده بطلان است. بر این مبنا ایقاعات فضولی باطل و به طریق اولی فاسد است و اجازه لاحق هم اثری ندارد.

مبنای دوم: معاملات فضولی مشمول عمومات صحت است و مقتضای قاعده، صحت آن با اجازه و رضایت بعدی است و روایات خاصه هم تأیید و تأکیدی بر قانون فوق است. این نظریه مشهور است.

مبنای سوم: صحت معاملات فضولی مقتضای عمومات و اطلاقات نیست ولی نوبت به اصل فساد هم نمی رسد؛ زیرا به دلایل خاصی - که به آنها اشاره خواهد شد - محکوم به صحت است. بر اساس این مبنا باید ایقاعات او نیز دلیل خاص داشته باشند،

اما ظاهراً دلیل ندارد ولی بر مبنای دوم اطلاقات صحت طلاق و عتق و مانند آن، ایقاع فضولی را شامل می‌شوند و بر انعقاد آن با حقوق اجازه دلالت دارند و از این نظر انعقاد ایقاع فضولی هم مقتضای قاعده است و نیاز به دلیل خاص ندارد. در عین حال برای منع از ایقاع فضولی به چند صورت استناد شده است که عموماً قابل نقد هستند:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 412

وجه اول: ایقاعات تعلیق بردار نیستند و ایقاع فضولی در معنا معلّق است بر اجازه صاحب حق یا مال؛ به همین سبب منعقد نمی‌شوند.

پاسخ: اولاً چنین نیست که همه جا مفاد آن در نظر موقّع معلّق باشد بلکه گاهی در اثر ادعای مالکیت یا حق پس از غضب عبد، یا در اثر جهل مرکب گمان می‌کند مالک عبد یا شوهر فلان زن است و منجزاً انشای عتق یا طلاق می‌کند؛ ثانیاً از این نظر عقد و ایقاع فرقی ندارند و اگر تعلیق، امری محال است در عقود هم باید محال باشد، در حالی که قبلاً مسأله تعلیق عقد، بررسی شد و دلیل بر امتناع یا بطلان آن یافت نشد.

وجه دوم: طلاق اکراهی زوجه باطل است؛ بنابراین طلاق فضولی - که اصلاً زوج نیست - به طریق اولی باطل است و به ضمیمه عدم فصل، عتق فضولی نیز باطل است.

پاسخ: قبلاً در بحث عقد مکره ذکر شد که معنای بطلان عقد یا ایقاع مکره، از اساس فاسد بودن نیست بلکه منظور این است که چنین عقد و ایقاعی دارای اثر فعلی نیست و استقلال در تأثیر [861] ندارد و با صحیح و مؤثر بودن با اجازه و رضایت بعدی منافاتی ندارد.

منظور مشهور از صحت همین است، نه صحت فعلی.

از این جواب، پاسخ استدلال به روایات «لا عتق إلا فی ملک» و نیز روایاتی که می گوید امر طلاق به دست شوهر است دانسته شد و جوابش همان است.

وجه سوم: مهم ترین دلیل مخالفان، ادعای اجماع است. این اجماع را شیخ اعظم به نقل از شهید در غایة المراد [862] ذکر کرده است. ولی این نیز ناتمام است؛ زیرا اولاً اجماع منقول اعتباری ندارد؛ ثانیاً اصل وجود اجماع مخدوش است و ماده نقض دارد، چون فقها عتق مرتهن با اجازه راهن را صحیح می دانند و این وصیت، نسبت به مازاد بر ثلث با اجازه وارث صحیح است؛ البته بنابراین که وصیت از ایقاعات باشد.

نتیجه: دلیل بر بطلان ایقاعات فضولی نداریم.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 413

معنای عدم وقوع عقد فضولی

اشاره

مسألة 4: معنی عدم الوقوع من غیر المالك للتصرف عدم النفوذ والتأثیر لا کونه لغواً، فلو أجاز المالك عقد غیره، أو الولیّ عقد السفیه أو الغرماء عقد المفلس، صحّ ولزم.

ترجمه: معنای واقع نشدن بیع از کسی که مالک تصرف (بیع) نیست این است که نفوذ و تأثیر ندارد، نه این که لغو باشد؛ پس اگر مالک، عقد غیر خود را، یا ولیّ، عقد سفیه را و یا طلب کارها، عقد مفلس را اجازه دهند صحیح و لازم می شود.

شرح: در شرط پنجم ذکر شد که عقود فضولی (عقد کسی که مالک تصرف نیست) واقع نمی شود. امام راحل در این مسأله عدم وقوع را معنا می کند و در واقع به اقوال و آرای که در مورد معاملات فضولی وجود دارد اشاره می کند. در این باره چهار قول وجود دارد اما در متن مسأله قول مشهور بررسی شده

است.

قول اول: مشهور می گویند معاملات فضولی از اصل باطل و کالعدم نیست بلکه موقوف و مراعا و متزلزل است؛ یعنی اگر مالک اصلی بعداً اجازه و امضا کرد صحیح و لازم است و اگر رد کرد باطل است. و معنای عدم وقوع این معاملات - که در شرط پنجم ذکر شد - عدم نفوذ و تأثیر فعلی و استقلالی و از حین عقد است نه این که راساً لغو و باطل باشد.

قول دوم: عدّه ای از بزرگان نظیر فخرالدین [863] و محقق اردبیل [864] و محدث بحرانی [865] گفته اند: معاملات فضولی از اول فاسد و باطل است و اجازه بعدی مالک هم فایده ای ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 414

قوم سوم: برخی قائل به تفصیل شده اند؛ به این معنا که اگر معامله فضولی مسبوق به منع مالک است - یعنی قبلاً مالک اصلی او را از انجام فلان معامله نهی کرده باشد معامله حتماً باطل است، ولی اگر مسبوق به منع سابق نیست موقوف بر اجازه است. [866]

قول چهارم: برخی قائل به تفصیل دیگری هستند و می گویند اگر فضولی وثوق و اطمینان به رضایت مالک اصلی دارد و اقدام می کند، معامله اش موقوف بر اجازه مالک است و اگر چنین وثوقی ندارد، از اساس باطل است. [867]

اقوال علمای امامیه و عاّمه

اشاره

قبل از اشاره به دلایل دو قول مشهور و غیر مشهور سه عبارت از فقهای امامیه و دو عبارت از اهل سنت نقل می شود.

اقوال علمای امامیه: شیخ طوسی در کتاب نهاییه می گوید:

لا- يجوز أن يبيع الإنسان إلا- ما يملكه في الحال فإن باع ما لا يملك كان البيع موقوفاً على صاحبه، فإن أمضاه مضى، وإن لم يمض كان باطلاً. [868]

شیخ مفید در کتاب مقنعه قائل شده است:

ومن باع ما لا يملك

بيعه كان البيع موقوفاً على إجارة المالك له أو إبطاله إياه، فإن أجازته كان ماضياً وإن لم يُجزه كان مردوداً. [869]

علامه در كتاب تذكره می فرماید:

مسألة: يُشترط أن يكون البائع مالكاً أو من له ولاية كالأب والجدّ له والحاكم وأمينه والوكيل، فلو باع الفضولي صحّ ووقف على إجازة المالك وبه قال مالك

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 415

وإسحاق وأبوحنيفة والشافعي في القديم وأحمد في إحدى الروايتين، ... وقال أبو ثور وابن المنذر والشافعي في الجديد وأحمد في الرواية الأخرى: يبطل البيع وهو قول لنا. [870]

از فتوای هر سه فقیه بزرگ، قول مشهور به وضوح استفاده می شود، ولی جناب علامه به آرای اهل سنت هم اشاره کرده و گفته است مالکی و حنفی مثل مشهور امامیه فتوا داده اند و شافعی و حنبلی دو نظریه دارند. نظر دوم آنان بطلان است. فتوای جمعی از ما نیز همین است.

اقوال علمای اهل سنت: در کتاب شرح فتح القدير آمده است:

ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعي: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها للمالك أو بإذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية وصار كبيع الأبوق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم. [871]

در كتاب الفقه على المذاهب الأربعة آمده است:

عن الشافعيه: ومن شرائط المعقود عليه أن يكون للعاقده عليه ولاية فلا يصح بيع الفضولي. [872] وعن المالكية: الرابع أن يكون العاقده مالكاً أو وكيلاً عن مالك فلا يلزم بيع الفضولي [873] وعن الحنفية: أمّا بيع ملك الغير بوكالة منه فإنه صحيح نافذ، ويبيعه بدون وكالة فهو صحيح موقوف على إجازة المالك وهذا هو بيع الفضولي. [874]

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 416

بررسی دلایل نظریه های فوق

اشاره

دلایل

فتوای مشهور امامیه: مهم ترین دلایل مشهور امامیه بر موقوف بودن بیع فضولی بر اجازه مالک به قرار زیر است:

دلیل اول: وقوع عقد فضولی از اهل آن و محل مناسب آن

در کلام مشهور این تعبیر آمده است که عقد فضولی عقدی است که از اهل آن [875] و در محل و موضع مناسب آن [876] واقع شده است. چنین عقدی حتماً صحیح است و وجهی ندارد که از اساس باطل باشد؛ تنها موقوف بر اجازه مالک اصلی است. [877]

البته این مقدار از بیان قصور دارد و قابل مناقشه است. شهید در غایة المراد [878] فرموده است: این استدلال مصادره به مطلوب است، زیرا اصل این سخن که عقد فضولی؛ عقدی است صادر شده از اهل آن و واقع شده در محل آن، محل بحث است، چون شاید اذن سابق و یا دست کم رضای قلبی مقارن عقد، لازم باشد. در نوع معاملات فضولی این جهت منتفی است و پیش از این که اصل صدور از اهل و وقوع در محل، احراز شود به آن استناد کرده اند.

در این باره بیان کامل تری از شیخ اعظم [879] و مرحوم آقای خوئی [880] و امام راحل [881] وجود دارد. ایشان می فرمایند: در معاملات فضولی مقتضی برای صحت موجود است و مانع از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 417

آن مفقود؛ پس مقتضی اثر خود را می گذارد.

بررسی وجود مقتضی: یقیناً بیع فضولی اجاره، نکاح و سایر عقود او. بیع عرفی و عقلایی است و نیز یقیناً بر عقد فضولی عقد صدق می کند، و بر تجارت او با مال دیگری تجارت صدق می کند. بنابراین، عموماً صحت عقود و معاملات، عقد فضولی را شامل می شود.

بررسی وجود مانع: اعتبار مباشرت [882] مانع از صحت است، لزوم اذن قبلی و حداقل لزوم و اشتراط رضای قلبی مقارن، مانع

از صحت است، ولی خوشبختانه دلیلی بر اعتبار آن‌ها وجود ندارد تا مانع شوند. بر فرض شك در اعتبار هم به اصاله العموم یا اصاله الاطلاق آیات و روایات معاملات تمسك و اعتبار آن‌ها را نفی می‌کنیم. در نتیجه تنها فردی که به یقین، از عموم و اطلاق استثنا شده است معامله فضولی عاری از اذن قبلی و اجازه بعدی خواهد بود. سایر افراد مشکوک الخروج هستند و جای استناد به اصل لفظی عموم یا اطلاق است.

نتیجه این دلیل: صحت معاملات فضولی با اجازه مالك، کاملاً قانونی و مقتضای قاعده است و نیاز به استدلال به روایات و ادله خاصه نیست. البته از باب تأکید و تأیید و توضیح مطلب، استناد به این‌ها منعی ندارد. به همین دلیل به آن‌ها اشاره خواهد شد. اما قبل از آن شبهات این دلیل را بررسی می‌کنیم:

يك شبهه: مهم‌ترین شبهه‌ای که در این باره وجود دارد این است که آیه وجوب وفا به عقد می‌فرماید: *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*. [883] در مورد عقود فضولی وفا کردن به عقد بر فضولی واجب نیست؛ زیرا وفا به عقد یعنی عمل کردن به مقتضای عقد و ترتیب اثر دادن و آن را نقض نکردن. شایان ذکر است که این امور مخصوص مالك عین است و از فضولی ممکن نیست، و نیز وفا کردن بر هر دو (مالك و فضولی) واجب نیست؛ به همان دلیل

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 418

که ذکر شد. بنابراین احتمال سوم (وفا بر مالك عین واجب) متعین است؛ یعنی پس از اجازه به مقتضای عقد و معامله عمل کند و قبل از اجازه، بر مالك هم وفا لازم نیست وگرنه ملزم به اجازه

و امضا می شود که از باب مقدمه باید اجازه کند، در حالی که هیچ فقیهی ملتزم به لزوم اجازه نیست.

نسبت به مالک هم چنین نیست که به هر عقدی، از هر عاقدی نسبت به هر معقودی وفا واجب باشد بلکه متفاهم عرفی از آیه این است که به عقد خودش وفا کند، پس *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* یعنی «أوفوا بعقودکم». عقد فضولی عقد خود مالک نیست تا بر مالک، وفا به آن واجب باشد در نتیجه از این راه، صحت عقد کشف شود، بلکه عقد غیر مالک و عقد اجنبی است و پس از اجازه هم حقیقه عقد مالک نمی شود بلکه عقد غیر مالکی است که از سوی مالک اجازه و امضا شده است و از مفاد آیه خارج است. بنابراین بیع فضولی بلکه مطلق عقد فضولی از اطلاعات و عمومات باب عقود خارج است و صحت آن محتاج دلیل خاص است نه این که مقتضای قواعد و عمومات باشد. [884]

پاسخ شبیهه: در کلام فقها این مطلب آمده است که اگر مفاد آیه «أوفوا بما عقدتم» بود، به این معنا که وفا به آنچه خود مالک، انشای عقد کرده واجب است، جای این مناقشه وجود دارد که عقد فضولی را خود مالک، انشا و ایجاد نکرده است، ولی مفاد آیه «أوفوا بعقودکم» است یعنی به عقدی که مضاف و منتسب به خودتان است وفا کنید. در این صورت عقد فضولی هم پس از اجازه مالک، به خود او منتسب می شود و همین کافی است و انکار این اضافه و نسبت مکابره است. بنابراین عقد فضولی هم پس از اجازه مالک مشمول عموم آیه است. [885]

نقد پاسخ: این پاسخ مخدوش است، زیرا

مسامحي است نه به نحو حقيقت. و صحيح اين است كه بگوئيم عقد غيري است كه از سوي مالك اجازه شده است و گوياء عقد خود مالك است نه تحقيقاتاً و حقيقه؛ به عبارت ديگر «كأن» است نه «أن». ظاهر آيه هم اين است كه حقيقتاً عقد خودتان باشد.

پاسخ صحيح: درباره اين شبهه سه پاسخ صحيح وجود دارد كه در كلمات امام راحل در كتاب بيع آمده است:

پاسخ اول: در آيه تعبير «بعقودكم» نيامده است تا بحث شود كه عقد فضولي حقيقتاً عقد خود مالك است يا خير؟ بلکه عبارت بِالْعُقُود آمده است، يعنى وفا به عقدها واجب است، و ما از خارج مى دانيم كه وفا بر عقدي واجب است كه بر مال خود انسان باشد نه بر عقدي كه بر مال ديگران است. مفاد آيه هم اين است كه بر عقدي كه بر مال شما واقع شده است وفا كنيد و از اين جهت اطلاق دارد؛ يعنى فرقى ندارد كه عقد بر مال شما از زبان خود شما صادر و انشا شود يا از وكيل شما يا از مأذون از سوي شما و يا از اجنبي و فضولي باشد و شما آن را اجازه كنيد كه پس از اجازه باز وفا به عقد صدق مى كند و واجب است. بنابراین عقد فضولي هم پس از اجازه مالك، مشمول آيه وفا به عقود است.

پاسخ دوم: جواب تقضى: وفا كردن بر عقد خود مالك، بر عقد وكيل است، بر عقد كسى كه از ناحيه مالك مأذون است ولو وكيل او نيست

[886] و بر عقدي

هم که مقارن با رضایت قلبی مالک باشد واجب است؛ بنا بر نظریه مشهور که در مسأله هشتم بررسی خواهد شد. این موارد قدر متیقن از آیه و مصادیق مورد قبول آن است. با توجه به این نکته، وفا بر عقدی هم که از فضولی مثلاً بر مال من صادر شده است ولی من آن را بعداً اجازه کرده ام مثل عقد مقارن به رضای باطنی و مثل عقد مسبوق به اذن است زیرا در تمام این ها اسناد و انتساب عقد به مالک، مجاز و مسامحی است و در حقیقت عقد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 420

غیری است که از سوی مالک اجازه شده یا اذن داده و یا قلباً به آن راضی بوده است. حال اگر عقد فضولی مشمول آیه نباشد، عقد مسبوق به اذن قبلی و عقد مقارن با رضا هم نباید مشمول آیه باشد بلکه حتی عقد وکیل هم حقیقه عقد موکل نیست بلکه عقد وکیل او است و اسناد آن به موکل مسامحی است «ولهذا لو استفسر من المالك أنك بنفسك بعت؟ لقال: لا، بل باع وکيلي يا ذني». بنابراین در بیع فضولی یا اجازه بعدی مالک هم همین جهات وجود دارد و اگر این از عمومات خارج باشد باید عقد وکیل و مأذون هم خارج باشد؛ در حالی که کسی به آن ملتزم نیست.

پاسخ سوم: جواب حلّی دیگر: بر فرض که مفاد آیات: «أوفوا بعقودکم» و «أحلّ الله بیعکم» باشد و به مدلول لفظی، عقد فضولی را شامل نباشند ولی از راه الغای خصوصیت شامل می شوند؛ زیرا عرفاً تمام الموضوع برای وجوب وفا و نفوذ معامله این است که تجارت و معامله بر

مال کسی واقع شود و صاحب مال هم راضی باشد- خواه قبلاً اذن داده یا هم زمان با عقد راضی بوده باشد و یا بعداً اجازه کند- و مهم نیست که الفاظ معاملات از زبان چه کسی صادر شود؛ مالک یا وکیل یا ولی یا مأذون یا فضولی. از نظر شرعی هم دلیل معتبری بر عدم وقوع از فضولی وجود ندارد. دلایل مخالفان هم در آینده نقد خواهد شد.

ممکن است از آیه تجارَةً عَنْ تَرَاضٍ هَمین امر عرفی استفاده شود که مهم اصل تجارت و تراضی بر آن است؛ حتی اگر رضایت مالک لاحق و متأخر باشد. گفتنی است همین مناط در بیع فضولی هم وجود دارد. پس آیه با الغای خصوصیت، بیع فضولی را در بر می گیرد و در نتیجه صحت آن با حقوق اجازه، مقتضای قواعد (اصاله العموم و الاطلاق) است و به تعبیر خود امام راحل:

فتحصّل من ذلك: أنّ عقد الفضولي موافق للقاعدة وكذا إيقاعه ولا يتوقف لزوم ترتّب الأثر إلا على الإجازة ولا يلزم أن يكون العقد عقده أو الإيقاع إيقاعه. [887]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 421

دلیل دوم: روایت عروه بارقی

دلایلی که پس از این ذکر می شود دلایل خاصّه است و بر فرض این است که صحت بیع فضولی مقتضای قاعده نباشد و از اطلاق و عموم آیات و روایات ابواب معاملات استفاده نشود. وگرنه نیازی به این دلایل نیست که تحقیق همین است. بنابراین روایات خاصه را در تأیید و تأکید مفاد اطلاقات و عمومات می آوریم.

یکی از روایات خاصه که به عنوان دلیل دوم از ادلّه مشهور مطرح است روایت عروه ابن ابی الجعد بارقی از رسول اکرم (ص) است. در این روایت نقل شده است که

حضرت، يك دينار به عروه داد و فرمود:))

إشتر لنا به شاةً للأُصِيحة

«؛ وی با يك دينار دو گوسفند خرید، سپس در راه که می آمد یکی از آن دو را به يك دينار فروخت و با يك گوسفند و يك دينار خدمت رسول اکرم (ص) رسید، حضرت به او فرمود:

«بارك الله لك في صفقة يمينك».[888]

بحث سندی: این روایت اگرچه در منابع درجه يك اهل سنت و در صحاح و مسانید آنان ذکر شده [889] ولی در منابع مهم شیعه ذکر نشده است و تنها در کتاب عوالی اللالی ذکر گردیده که هم خود کتاب و هم نویسنده آن مورد طعن و قدح هستند. مرحوم مجلسی هم در بحار الأنوار، مرحوم خاتم المحدثین حاجی نوری هم در مستدرک از همین کتاب نقل کرده اند. بنابراین روایت از نظر سند اعتباری ندارد و قابل استدلال نیست.

مرحوم صاحب جواهر [890] می گوید: روایت در میان ما شهرت عملی دارد و مشهور متأخران به آن استناد کرده اند و همین کفایت می کند تا ضعف سند جبران شود، و به تعبیر مشهور: «کلّ ما أزداد وهناً أزداد صحّة».

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 422

این مطلب درست نیست؛ زیرا اولاً شهرت عملی و فتوایی بر طبق يك حدیث، نه استقلالاً حجت است [891] و نه جابر ضعف سند است، زیرا جابر بودن، دلیل می طلبد و ما دلیل نداریم و قضیه مذکور هم پشتوانه ای ندارد. ثانیاً اصل اشتها عمل به این روایت ثابت نیست؛ زیرا شاید فتوای مشهور به صحت معاملات فضولی، بر اساس عموم و اطلاق آیات باشد که در دلیل اول ذکر شد، و ذکر این روایت هم از باب مؤید باشد نه دلیل؛ در نتیجه روایت

عروه برای حکم به صحت بیع فضولی قابل استدلال نیست.

بحث دلالتی: به دو بخش از روایت ممکن است برای صحت بیع فضولی استدلال شود:

1. بخش دوم که عروه در میان راه یکی از گوسفندها را به يك دیناری فروخت: ظاهراً عروه وکیل پیامبر (ص) در معاملات او نبوده است تا همه خرید و فروش های او صحیح باشد؟ و ظاهراً در مورد بیع گوسفند به دینار، اذن قبلی نداشته است. بنابراین بیع او فضولی است و با وجود این، رسول اکرم (ص) کار او را تقریر و امضا نمود و به او تبریک گفت. اگر بیع فضولی از اساس باطل بود حضرت هرگز آن را تقریر نمی کرد. بنابراین، دلالت بخش دوم بر صحت بیع فضولی با اجازه بعدی، واضح است.

2. بخش اول روایت که حضرت با امر «اشتر» به عروه اذن داد تا گوسفندی را با يك دینار خریداری کند ولی او با این دینار دو گوسفند خریداری کرد. در این جا چهار احتمال متصور است و هر احتمال دارای نتیجه ای است:

احتمال اول: هم يك گوسفند موضوعیت دارد؛ یعنی بیشتر از يك گوسفند نباشد و هم يك دینار موضوعیت دارد؛ یعنی باید دقیقاً فحص کند و يك گوسفند را که معادل يك دینار است خریداری کند. طبق این احتمال، خریدن دو گوسفند فضولی است فی الجملة؛ یعنی نسبت به یکی از آن دو. شایان توجه است که پیامبر (ص) با جمله

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 423

«بارك الله...» تقریر نموده است، پس این بخش از حدیث هم دلیل بر صحت معامله فضولی است.

گفتنی است این احتمال، خلاف متفاهم عرفی است؛ زیرا از نظر عرف، يك دینار موضوعیت

ندارد و لزومی ندارد که حتماً فحص کند و گوسفند سالم و فربه و معادل يك دينار را خریداری کند بلکه به کمتر از يك دينار هم کفایت می کند و معمولاً در این موارد، پول بیشتری می دهند تا خریدار متمکن از خرید باشد.

احتمال دوم: مناط نه يك گوسفند بودن است و نه به قیمت يك دينار بودن؛ بلکه خریدن جنس گوسفند است که بر چند گوسفند هم صدق می کند و لازم نیست جنس شاه را به يك دينار کامل خریداری کند بلکه به کمتر هم کفایت می کند. طبق این احتمال، شراء مذکور فضولی نیست بلکه با امر به شراء، مورد اذن است و از بحث خارج است.

این احتمال هم در قسمت اول ناتمام است زیرا اگر جنس شاه مورد نظر بود با الف و لام جنس یا بدون تنوین بیان می شد، در حالی که با تنوین منکر آمده است که بر يك گوسفند دلالت دارد.

احتمال سوم: در مورد گوسفند، جنس ملاك است ولی در مورد دينار مهم نیست که جنس غنم را به يك دينار خریداری کند یا به کمتر. طبق این احتمال هم، شراء او فضولی نیست ولی اراده جنس، خلاف ظاهر است.

احتمال چهارم: در مورد گوسفند، فرد واحد ملاك است و ظاهر «شأتاً» همین است، و در ناحیه دينار هم يك دينار موضوعیت ندارد و در صورتی که به کمتر از يك دينار هم خریداری کند مانعی ندارد و به طریق اولی مورد پذیرش مالك است. همین احتمال متفاهم عرفی از «إشتر لنا به شأتاً» است و شراء بیش از يك گوسفند فی الجمله فضولی است؛ امّا با وجود این رسول اکرم (ص) آن

را تقریر کرده است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 424

پس بخش اول هم دلیل بر صحت معامله فضولی است. البته اگر دو گوسفند را تدریجاً و در دو معامله خریداری کند اولی فضولی نیست و معیناً دومی فضولی است. و اگر هر دو را در یک معامله خریداری کند- که ظاهر روایت همین است- یکی از آن دو به صورت غیر معین فضولی است و برای تعیین آن باید از قرعه و مانند آن استفاده شود یا حکم به تخییر شود.

نتیجه: هر دو بخش روایت بر فتوای مشهور (صحت بیع فضولی موقوفاً علی اجازه المالك) دلالت دارد.

اشکال: از سوی فقها چند اشکال بر این دلیل وارد شده است. مهم ترین آن ها اشکال شیخ اعظم در مکاسب است. وی می گوید: استدلال به این روایت مبتنی بر این است که معامله مقرون به رضای مالک اصلی، در بیع فضولی داخل باشد، اما چنین نیست.

توضیح: ظاهراً عروه می دانست که پیامبر (ص) به این معامله راضی است [892] و معامله ای که از اول مقرون به رضایت مالک باشد موضوعاً فضولی نیست تا ما در مسأله مورد بحث مان به آن استدلال کنیم. بهترین دلیل بر فضولی نبودن این است که قبض و اقباض هم صورت گرفته است؛ یعنی عروه پس از معامله، گوسفندی را به مشتری داد و دیناری از او گرفت. یکی از قواعدی که در معامله فضولی وجود دارد این است که فقط انشای معامله بلامانع است و قبض و اقباض حرام. و اگر چنین بود پیامبر (ص) منع می کرد و اعلام می کرد که عروه کار حرامی کرده است، در حالی که با سکوت خود آن را تقریر فرمود. همین شاهد

صادقی بر فضولی نبودن معامله است؛ زیرا از چهار احتمال خارج نیست:

1. یا بیع فضولی است و قبض و اقباض هم حرام است و با وجود این، پیامبر (ص)

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 425

آن را تقریر کرده است. این احتمال قطعاً مردود است و هرگز معصوم کار حرام را تقریر نخواهد کرد.

2. یا بیع فضولی است ولی قبض و اقباض - از باب این که عروه می دانست پیامبر (ص) بعداً اجازه خواهد کرد - جایز است. این احتمال هم باطل است؛ زیرا علم به تعقب اجازه کافی نیست و وجود خارجی اجازه، مجوز تصرف است.

3. یا بیع فضولی است و قبض و اقباض جایز است؛ از باب این که، هم عروه و هم مشتری می دانستند که معامله فضولی است و با وجود این، قبض و اقباض کردند و آن را از باب امانت می دانستند و می دانستند تا اجازه بعدی مالک، استیذان بلامانع است و مالک اصلی به آن راضی است. این احتمال هم مردود است؛ زیرا هرگز از روایت استفاده نمی شود که مشتری هم عالم به فضولیت بوده است و هر دو به رسم امانت موقت، قبض و اقباض کردند.

4. می توان گفت اصولاً چون بیع مقرون به رضا بوده و عروه هم می دانست، فضولی نیست و قبض و اقباض هم حرام نیست؛ مخصوصاً که دادن گوسفند به مشتری و گرفتن دینار از وی به نحو معاطات بوده است. در صحت معاملات هم تراضی طرفین کفایت می کند و مناط، مجرد تراضی باطنی و وصول عوضین به دست طرفین است، چه با اقباض مالک باشد چه با اقباض فضولی. یا اصلاً اقباضی در میان نبوده و مجرد وصول بوده است حتی به سبب وزش

باد یا حمل يك حیوان و رساندن آن به مالک. در مورد بحث ما هم فضولی آلتی برای ایصال و وصول است و تمام ملاک، رضایت باطنی مقرون به بیع است؛ بنابراین، چنین بیعی قطعاً فضولی نیست. [893]

پاسخ اشکال: اولاً گرچه به نظر مشهور بیعی که مقرون به رضای قلبی باشد فضولی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 426

نیست ولی به نظر برخی باید اذن قلبی وجود داشته باشد و رضای مقارن کفایت نمی کند. [894]

ثانیاً بر فرض که نظر مشهور صحیح باشد و بیع مقرون به رضایت، فضولی نباشد ولی در مورد بحث ما معلوم نیست که معامله، مقرون به رضای مالک بوده باشد. شاهد مطلب تعبیری است که در مسند احمد حنبل آمده است: وقتی عروه نزد پیامبر (ص) آمد و گفت این يك دینار شما، این هم گوسفند شما، حضرت فرمود: «صنعت کیف»؟ عروه جریان را گفت «حدیثه الحدیث» و وقتی حضرت مطلع شد دعا کرد و فرمود: «

اللهم بارک له فی صفقة یمینه».

از پرسش مزبور معلوم می شود که پیامبر (ص) از این بیع خبر نداشته است تا راضی باشد؛ اگر ملتفت می شد چه بسا راضی می شد. ولی این رضایت تقدیری است و کفایت نمی کند. مهم رضای فعلی است که وجود نداشته است تا بیع از فضولی بودن خارج شود، آری عروه معتقد بود که حضرت (ص) راضی است، ولی علم و اعتقاد او موضوعیت ندارد و کافی نیست و جهل مرکب بوده است، و بعداً معلوم شد که اصلاً حضرت ملتفت نبوده است تا راضی باشد. بنابراین معامله فضولی بوده و روایت دلیل بر صحت بیع فضولی است.

و اما جواب از موضوع قبض و اقباض، این است

که هیچ ملازمه ای میان فضولی بودن معامله و حرمت قبض و اقباض وجود ندارد؛ زیرا در معامله فضولی حکم وضعی صحت معامله مطرح است و در قبض و اقباض، حکم تکلیفی جواز و حلیت مطرح است و امرش آسان است؛ زیرا کافی است طرف به رضایت مالک معتقد باشد و برای او قطع حاصل شود و در حق چنین کسی قبض و اقباض حرام نیست زیرا جاهل قاصر است. بنابراین مسأله قبض و اقباض هم دلیل بر فضولی نبودن نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 427

بررسی ادعای معاطاتی بودن: این ادعا نیز ادعای ناتمامی است و هرگز از روایت عروه به دست نمی آید که فروش يك گوسفند و خرید آن به قیمت يك دینار، به نحو معاطات بوده است، بلکه «باع» و «اشتری» اعم از این است که به نحو معاطات باشد یا به نحو قولی و انشای عقد.

در پایان گفتنی است احتمال این که عروه وکیل خرج پیامبر بوده و از این جهت بیع او فضولی نبوده است و یا قضیه شخصیه ای بوده که در مورد خاص صادر شده است و قابل استدلال برای مطلق بیع فضولی نیست [895] ادعای خلاف ظاهر روایت است و پذیرفتنی نیست. به گفته مرحوم سید در حاشیه:

«لم أفهم هذه الدعوى ولم أدر من أين هذا الظهور». [896]

نتیجه: روایت عروه از نظر دلالت بر صحت بیع فضولی نقصی ندارد. آری از نظر سند ضعیف است و قابل احتجاج نیست و در حد مؤیدی برای عمومات و مطلقات، ارزش دارد.

دلیل سوم: صحیحه محمد بن قیس

یکی دیگر از دلایل مشهور از میان روایات خاصه صحیحه محمد بن قیس است:

عن أبي جعفر (ع) قال: قضی فی ولیدة باعها ابن سیدها وأبوه غائب،

فاشترها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال (ع): «خذ وليدتك وابنها»، فناشده المشتري، فقال (ع): «خذ ابنه- يعني الذي باع الوليدة- حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه».[897]

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 428

مطلب فوق را مرحوم شيخ طوسي در تهذيب نقل کرده است و با نقل مرحوم كليني در كافي تفاوت هايي وجود دارد.

بررسی سند حدیث: روایت را مشایخ ثلاث نقل کرده اند و جناب شيخ الطائفة به دو طریق آن را نقل کرده است که مرحوم صاحب وسائل اشاره به همه این ها کرده است.[898] طبق بعضی از طرق، روایت صحیحه است و بر طبق یکی از دو طریق شيخ طوسي و طریق كليني در سند روایت «ابراهيم بن هاشم» واقع شده است ولی فقها به روایات او عمل می کنند و به منزله صحیح است. به هر حال این روایت اشکال سندی ندارد.

بررسی دلالت حدیث: صدر حدیث که مولای اولی با دومی مخاصمه نمود و ادعا کرد که پسر من بدون اذن من کنیزم را فروخته است، کاملاً با بیع فضولی موافق است. یعنی با بیع بدون اذن مالك، مالی را می فروشد. سخن امام (ع) که می فرماید: «تو هم فرزند مولی را بگیر تا مالك اصلی معامله را تنفیذ کند» بهترین دلیل است بر این که بیع فضولی با اجازه بعدی مالك صحیح است زیرا اگر باطل بود امام (ع) این راه را نشان نمی داد.

در ادامه حضرت باقر (ع) فرمود: «وقتی مولای کنیز دید که مشتری هم

فرزند او را گروگان گرفته است بیع پسر را اجازه کرد» باز حضرت باقر (ع) جریان را نقل کرد و سکوت فرمود که این سکوت علامت صحت معامله با اجازه بعدی است والا آن را نقد می کرد. بنابراین دلالت حدیث هم روشن است.

چند شبهه: اشکال های متعددی بر استدلال مذکور وارد شده است که در حاشیه مرحوم سید [899] و حاشیه مرحوم مامقانی [900] تبیین شده است. از این میان تنها يك اشکال مهم در مسأله مورد نظر ما مطرح است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 429

اشکال: در مورد روایت، اجازه مسبوق به رد است و در بیع فضولی بر فرض که اجازه نافذ و مؤثر باشد اجازه ای است که مسبوق به رد نباشد وگرنه به حکم اجماع و به موجب قواعد اجازه، نافذ نیست؛ زیرا پس از رد بیع، عقد و معامله منفسخ و منعدم می گردد و چیزی نیست تا اجازه بعدی در آن مؤثر باشد. از این رو یا باید روایت را طرح کنیم؛ چون خلاف اجماع و خلاف قاعده است و یا باید علم آن را به اهلش واگذار کنیم و یا ثابت کنیم که در مورد حدیث اجازه، مسبوق به رد نیست، یا این که توجیه کنیم اصلاً معامله فضولی نبوده است و مولای اول واقعاً به فرزندش اذن در بیع داده بود و اکنون آن را انکار می کند. ولی امام (ع) از واقع امر با خبر است و به مولای دوم يك ترفند شرعی آموخت تا حق به حق دار برسد و کنیز و فرزندش به مولای دوم بازگردانده شود.

به هر حال حدیث، دلیل بر صحت معامله فضولی با اجازه مالک نیست. اما برخی از فقها برای

اثبات این ادعا که اجازه مسبوق به رد بوده است شواهدی از خود تعبیر صحیحه اقامه کرده اند که ظهور دارند در رد بیع از سوی مالک اصلی. یکی از این شواهد، عبارت «فخاصم سیدها الأخر» است که مخاصمه را کاشف از رد بیع دانسته اند. چون اگر غیر از این بود با مالک دومی منازعه نمی کرد و امر را نزد امام (ع) نمی برد. شاهد دیگر عبارت: «خذ ولیدتک و ابنها» یا «الحکم أن يأخذ ولیدته و ابنها» است که به قول مطلق فرمود: مولای اول حق دارد کنیزش را با فرزند او بگیرد و این هم کاشف از رد بیع فضولی است، زیرا اگر رد نکرده بود امام به نحو مطلق حکم به اخذ ولیده نمی کرد، بلکه آن را مقید می کرد به فرض رد معامله و عدم اجازه آن.

شاهد سوم مناشده مولای دوم است که اگر مالک اصلی معامله را رد نکرده بود نیازی به مناشده و قسم دادن امام و الحاح و اصرار بر آن نبود. و بالأخره راه حلی که امام نشان داد که او هم فرزند کنیز را بگیرد...» قرینه ای است بر این که مالک اصلی رد کرده بود وگرنه نوبت به این راه حل نمی رسد و در این صورت باید منتظر می ماندیم تا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 430

اجازه کند یا رد نماید یا حاکم او را به اجازه و رد وادار کند.

پاسخ شبیهه: اولاً روایت نه صریح است در این که اجازه مسبوق به رد است، و نه ظهور قابل اطمینانی دارد تا ارزشمند باشد؛ حداکثر محتمل است که این گونه باشد و احتمال قادح نیست. چهار بخش مذکور در حدیث هم دلیل بر مسبوق بودن

اجازه بر رد نیست. حداکثر نقشی که دارد این است که دلیل بر کراهت باطنی مولای اول است یا دلیل تردد و توقف او است نه ردّ حتمی او.

بررسی عبارت «مخاصمه...»: مخصوصه دلیل رد معامله نیست بلکه به طور طبیعی وقتی کسی از مسافرت بیاید و ببیند که ملک او در اختیار دیگری است، ناراحت می شود و طرح دعوا می کند که چرا بدون اذن او مالش را خریده است؟ ولی مفاد مخصوصه این نیست که قبول ندارد و رد می کند، بلکه با احتمال توقف و تردد و عدم رد هم می سازد و حداکثر کراهت باطنی او را نشان می دهد؛ ولی این کافی نیست وگرنه بیع مکره باید باطل باشد، در حالی که قبلاً بحث شد که اگر پس از رفع اکراه اجازه کند صحیح است.

اما عبارت «تُخَذُ وَلِيدَتِكَ وَإِبْنَهَا» یا «الحکم أن يأخذ وليدته وإبنها». این نیز کاشف از ردّ معامله نیست؛ زیرا وجه این قضاوت امیر مؤمنان روشن نیست که از چه باب است؟ شاید از باب این است که رد کرده و کنیز مال او است و حق دارد بگیرد، و شاید از این جهت باشد که بالأخره مدتی گذشته و فرزند او ثمن را از بین برده است و مولی حق دارد به مشتری رجوع کند و کنیز و فرزندش را بگیرد. البته متقابلاً مشتری هم حق دارد فرزند مولی را که بایع بوده گروگان بگیرد تا به حق خود برسد، زیرا قانون این است که «المغرور يرجع إلی من غره». بنابراین حکم فوق هم کاشف از ردّ معامله نیست.

مناشده مشتری هم کاشف از ردّ بیع از سوی مولای اول نیست بلکه

احتمال دارد کاشف از این باشد که او هم به حق خودش برسد وگرنه فرزند مشتری دوم به او ملحق و آزاد است و معامله چه صحیح باشد چه باطل، مولی چه اجازه بکند چه اجازه

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 431

نکند، ولد به تبع مشتری آزاد است. از همین جا وضع عبارت بعدی- که حضرت فرمود: تو هم فرزند او را بگیر تا معامله را تنفیذ کند و حق به حق دار برسد- روشن می شود.

بنابراین روایت نص یا ظاهر در مسبوقیت اجازه به ردّ نیست تا اشکال شود و از این جهت خلاف اجماع یا خلاف قاعده باشد. افزون بر این که بر فرض مسبوق به رد باشد باز هم جای بحث دارد که آیا چنین اجازه ای بی اثر است یا نه؟ دلیل آن ادعای اجماع و خلاف قواعد بودن است که هر دو قابل مناقشه اند. بررسی این مطلب در ضمن مسأله پنجم خواهد آمد. پس یکی از دلایل صحت بیع فضولی با اجازه بعدی مالک، صحیح محمد بن قیس است.

دلیل چهارم: فتوای روایات باب نکاح

برخی از بزرگان علم فقه از قبیل صاحب ریاض [901] و صاحب جواهر [902] و دیگران برای فتوای مشهور (صحت بیع فضولی با اجازه بعدی مالک) به فتوای روایات باب نکاح استدلال کرده و گفته اند: به حکم روایات، نکاح فضولی با اجازه بعدی صحیح است؛ خواه نکاح انسان حرّ باشد یا نکاح عبد، برای نمونه به دو روایت اشاره می شود:

1. روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع):

إِنَّهُ سَأَلَ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَتْهُ أُمُّهُ وَهُوَ غَائِبٌ؟ قَالَ: «

النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل، وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه». [903]

بدیهی است که اگر مادری بدون اطلاع پسرش زنی

را به ازدواج او در آورد، نکاح فضولی است. حضرت هم حکم به بطلان نکرد بلکه فرمود: این نکاح جایز و مشروع است، منتها موقوف به نظر پسر است؛ اگر خواست می پذیرد و به تزویج مزبور

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 432

رضایت می دهد و اگر نخواست ترك می کند.

2. صحیح زراره از امام باقر علیه الصلاه والسلام:

قال: سألت عن مملوك تزوج بغير إذن سيده؟ فقال:

«ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما»

قلت: أصلحك الله إنَّ الحكم بن عتيبه وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنَّ أصل النكاح فاسد، ولا تُحلَّ إجازة السيد له؟ فقال أبو جعفر (ع):

«إنَّه لم يعص الله وإنَّما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز». [904]

این نکته هم بدیهی است که ازدواج مملوك بدون اذن مولی، فضولی است. حضرت هم حکم به بطلان نکرد بلکه فرمود: اختیار این ازدواج به دست مولاست؛ اگر بخواهد اجازه می کند و اگر بخواهد فسخ می کند و میان آن دو جدایی می افکند.

اگر نکاح فضولی با اجازه بعدی صحیح است بیع فضولی به طریق اولی صحیح خواهد بود. وجه اولویت این است که در امر نکاح، شارع مقدس سخت گیری دارد و بنا را بر احتیاط گذارده و حتی آن را سزاوارترین چیز برای مراعات احتیاط دانسته است. او به امر نکاح اهتمام ویژه ای دارد و آن مقدار که در امور مالی مسامحه و تساهل روا داشته است در امر نکاح و ازدواج روا نداشته است؛ با این اوصاف اگر نکاح فضولی - که مبتنی بر دقت و عدم تسامح است - صحیح باشد به طریق اولی بیع فضولی - که مبتنی بر احتیاط و دقت نیست - صحیح خواهد بود.

دو اشکال: دو اشکال مهم بر دلیل چهارم وارد

اشکال اول: این اشکال را شیخ اعظم در مکاسب ذکر کرده است: از روایتی که در باب وکالت وجود دارد به دست می آید که قیاس بیع به نکاح ناتمام است و قضیه برعکس است، یعنی باید نکاح با بیع قیاس شود.

توضیح: اهل سنت می گفتند: وکیلی که عزل شده است ولی خودش خبر ندارد، اگر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 433

مالی از موکل را بفروشد معامله صحیح است ولی اگر برای موکل خود زن بگیرد یا موکله خویش را به عقد مردی در آورد نکاحش باطل است؛ به این دلیل که مال عوض دارد ولی بضع عوض ندارد.

امام صادق (ع) در نقد کلام آنان فرموده است:

«سبحان الله! ما أجور هذا الحكم وأفسده إنَّ النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج، ومنه يكون الولد، إنَّ علياً (ع) أئته امرأة...».

[905]

یعنی اگر بیع چنین وکیلی صحیح است نکاح او سزاوارتر است که در آن احتیاط شود و حکم به صحت شود زیرا نکاح، منشأ فرزند می شود و اگر حکم به صحت نشود امکان دارد زنا با ذات البعل محقق شود و فرزندان از زنا متولد شوند.

نظریه شیخ اعظم: طبق این روایت، «بیع» اصل است و «نکاح» فرع. و امام (ع) نکاح را به بیع قیاس کرده است نه بیع را به نکاح. بر همین اساس اگر در فرع «نکاح» حکمی ثابت شود؛ یعنی نکاح فضولی صحیح باشد، دلیل بر آن نیست که در اصل «بیع» نیز همان حکم ثابت شود. پس اولویت مزبور در اصل دلیل، ناتمام است. شیخ در پایان گفته است: مورد روایت ربطی به مسأله فضولی ندارد؛ زیرا در مورد وکیل معزول است، ولی قانونی که

از حدیث استفاده می شود يك قاعده کلی است؛ یعنی هر جا عقود مالی صحیح و مورد امضا باشد عقد نکاح هم چنین خواهد بود ولی این گونه نیست که هر جا عقد نکاح صحیح و مُمضات بود حتماً عقود مالی هم صحیح باشند. مبنای استدلال چهارم نیز همین است که در روایت باب وکالت نقد شد. [906]

پاسخ امام راحل از اشکال شیخ اعظم [907]: این که اهل سنت بیع وکیل معزول را صحیح و نکاح او را باطل می دانند از باب احتیاط نیست تا شیخ اعظم استنباط کند که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 434

اگر ابقای بیع، احتیاط است ابقای نکاح به طریق اولی احتیاط است. استدلال سنی ها این است که مال عوض دارد و بضع عوض ندارد و این يك استدلال استحسانی است و روایت امام صادق (ع) در رد آن وارد شده است که با تعجب می فرمایند: چقدر این حکم جائزانه و فاسد و باطل است، و ربطی به قیاس اولویت مورد نظر شیخ ندارد. البته حضرت در ادامه فرموده است: نکاح از هر چیزی سزاوارتر است که در آن احتیاط شود. اگر روایت و نص وارد نشده است باید احتیاط کنیم نه این که بگوییم این نکاح حتماً باطل یا حتماً صحیح است. حضرت، راه احتیاط را بیان نکرده است، اما به نظر می رسد يك راه می تواند این باشد که مجدداً عقد نکاحی خوانده شود تا اگر در واقع نکاح وکیل باطل بوده است عقد جدید صحیح باشد و زنا محقق نشود. راه دیگر این است که اگر راضی نیستند، طلاق انشا شود تا اگر در واقع صحیح بوده است زن مطلقه شود و اگر با مرد دیگری ازدواج کرد

زنا با زن شوهردار محقق نشود. بنابراین ایراد شیخ اعظم وارد نیست.

اشکال دوم: اشکال اصلی دلیل چهارم، در کلام امام راحل [908] و مرحوم آقای خوئی [909] آمده است. خلاصه این اشکال از این قرار است: اگرچه شارع مقدس به امر خود نکاح و ازدواج، اهتمام قائل است و سخت گیری نموده و احتیاط را لازم کرده است ولی این دلیل نمی شود تا در سبب آن (انشای عقد نکاح) هم سخت گیری و احتیاط را لازم کرده باشد، بلکه اهمیت ازدواج ایجاب می کند تا در سبب آن آسان گرفته شود؛ زیرا سخت گیری گاهی سر از وقوع در حرام و زنا در می آورد.

مثلاً اگر در انشای صیغه، شرط کند که صیغه باید به عربی صحیح و فصیح و با لهجه عربی باشد، لازم می آید عقد همه مردم غیر عرب باطل باشد زیرا معمولاً لهجه را مراعات نمی کنند، و نیز عقد بسیاری از عرب ها باطل باشد زیرا برخی مثل عرب لبنانی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 435

«ج» را «ژ» تلفظ می کنند و به جای «زوجت» «زوّژت» می گویند، یا برخی «زوّگت» می گویند و همچنین سخت گیری در این موارد مستلزم بطلان عقد و تحقق زنا و انعقاد نطفه از زنا می شود که خلاف مصالح عالیّه شریعت است. بر همین اساس، شارع در سبب ایجاد نکاح آسان گرفته و با کم ترین کلام دارای شروط، حکم به صحت کرده است. روزی مردی خدمت رسول خدا (ص) عرض کرد فلان زن را به من تزویج کن. حضرت فرمود: «

زوّجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلّمها یتاه

«[910] و اصرار نکرد که تو هم قبول کن یا حتماً باید فلان مقدار مهریه قرار دهی و اگر قبول نکنی عقد نمی کنم و

.... در نتیجه ممکن است عقد نکاح فضولی صحیح باشد- که همین طور هم هست- ولی دلیل بر این نمی شود که عقد بیع فضولی به طریق اولی صحیح باشد، زیرا امکان دارد در سایر انشاءات این مقدار آسان گرفته نشده باشد. پس اولویت مذکور ناتمام است و بر فرض قبول، یک اولویت ظنی است که ارزشی ندارد زیرا ما از ملاکات احکام الهی با خبر نیستیم.

دلیل پنجم: صحیحه دوم زراره

اشاره

پنجمین دلیل هم مثل دلیل چهارم صحیحه ای از زراره است که از امام باقر (ع) نقل شده است. البته استدلال به این صحیحه به اولیبتی که از صدر حدیث استفاده شده است نیست بلکه به عموم تعلیل ذیل حدیث استناد شده است که می فرماید:

«إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ وَإِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ فَإِذَا أُجِزَ فَهُوَ لَهُ جَائِزٌ». [911]

شیوه استدلال: ظاهر تعلیل فوق، این است که تمام مناط بطلان، معصیت الهی است یعنی این که کاری خلاف شرع باشد و از سوی شارع، تشریح نشده باشد و اگر از ناحیه شارع مانعی ندارد و خلاف شرع نیست و تنها معصیت انسانی است، با رضایت و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 436

اجازه بعدی او قابل حل است و این يك کبرای کلی می شود و با استناد به قانون «العلّه تعمّم» می گوئیم: هر چیزی که خلاف شرع و معصیت خداوند است هرگز منعقد نمی شود و قابلیت ندارد که اجازه بعدی به او ملحق شود؛ مثلاً نکاح در حال عدّه خلاف شرع است و از اول باطل است، نکاح با محارم همین طور است، خرید و فروش خمر و خنزیر و آلات لهو و لعب و ... معصیت مولاست و از ریشه فاسد است. ولی هر عملی خلاف شرع نیست

بعضی از کارها خلاف حق آدمی و تصرف در محدوده سلطنت او است و با رضایت بعدی می تواند منعقد شود زیرا مانعی برای آن وجود ندارد. در این بین، نکاح عبد بدون اذن مولی - که مورد روایت است - از همین قبیل است زیرا اصل نکاح جزء شریعت است و فقط باید حق مولی هم مراعات شود و اذن گرفته شود ولی این کار صورت نگرفته است که آن هم با اجازه لاحقہ درست می شود.

در بیع فضولی هم همین طور است؛ یعنی اصل بیع، خلاف شرع نیست بلکه عقدی است که از اهلش و در محلّ صحیح آن واقع شده است. تصرفی هم صورت نگرفته است تا قبیح و حرام باشد، تنها انشای عقد شده و با اجازه مالک اصلی هیچ مانعی از صحت و لزوم وجود ندارد. پس به حکم تعلیل فوق، در صحیحہ زرارہ می توان فتوا به صحت بیع فضولی، بلکه مطلق عقود فضولیہ با رضایت مالک داد.

نقد مرحوم خوئی: مرحوم آیت الله خوئی در نقد این دلیل می گوید: [912] این روایت و مانند آن، به هیچ وجه نمی تواند دلیل بر صحت بیع فضولی با لحوق اجازه باشد، زیرا میان مفاد روایت با بیع فضولی تفاوت روشنی وجود دارد و آن این که: در مورد حدیث، عبد برای خودش زن گرفته و انشای نکاح کرده است نه برای دیگری تا فضولی مصطلح باشد بلکه عقدی است که از اهلش صادر شده و در محل آن واقع شده است. تنها اذن مولی وجود ندارد که آن هم با اجازه بعدی جبران می شود، ولی در بیع فضولی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 437

این گونه نیست چون بایع، مال را برای خودش نمی فروشد و

مال خودش را نمی فروشد، بلکه مال دیگری را برای مالک آن می فروشد که در این صورت، اصل انعقاد بیع متزلزل است. بنابراین اگر نکاح عبد با رضایت بعدی مولی صحیح است دلیل بر این نمی شود که بیع فضولی هم با اجازه مالک صحیح باشد.

اگر تعلیل این گونه بود که: «هر عقدی که در آن معصیت خدا نباشد و معصیت مخلوق باشد با رضایت مخلوق صحیح است» امکان داشت به باب بیع هم تعدی شود ولی چنین نیست؛ بلکه تعبیر این است که عبد در مورد نکاح، معصیت خدا را مرتکب نشده است. ... اگر قابل تعمیم و تعدی هم باشد به موارد مشابه آن در نکاح- مثل نکاح دختر برادر همسر یا دختر خواهر او- سرایت داده می شود نه به سایر موارد که با مورد روایت تفاوت روشنی دارند.

گفتنی است بر فرض تعمیم به بیع و مانند آن، به مثل بیع مالک راهن و مفلس تعمیم پیدا می کنند که خودشان مالک هستند و حق بیع دارند و برای خودشان می فروشند ولی از آن جا که اموالشان متعلق حق مرتهن یا غریم و طلب کار است باید آن ها هم راضی شوند، ولی تعمیم به بیع فضولی مصطلح که اصلاً مالک نیست و اهلیت برای بیع ندارد، صحیح نیست.

به عقیده ما از این نظر اشکالی نیست و در تمام موارد نکاح عبد بدون اذن مولی، نکاح دختر برادر بدون اذن عمه، نکاح دختر خواهر بدون اذن خاله، بیع راهن بدون اذن مرتهن، بیع مفلس بدون اذن طلب کار، و بیع یا نکاح فضولی مصطلح، در همه جا اهلیت وجود دارد و به قول مشهور در دلیل اول: «عقد صدر من أهله ووقع فی

محلّه؛ زیرا عاقد، بالغ و عاقل و قاصد و مختار است و از این نظر نقصی ندارد. معقود علیه هم مالیت، ملکیت، منفعت حلال و ... دارد و به قول ما: مقتضی موجود و مانع مفقود است.

در اوائل مسأله بیع فضولی اشاره شد که منظور از فضولی خصوص اجنبی نیست بلکه اعم از اجنبی و از مالک غیر نافذ التصرف است، بنابراین از این نظر تفاوتی وجود

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 438

ندارند و اگر قضیه کلیه ای باشد همه را شامل می شود و با رضایت بعدی صحیح می شود.

آری از يك نظر اشکال داریم که از تعبیر روایت عمومیت و کلیت استفاده نمی شود بلکه در خصوص عبید و در خصوص نکاح او برای خودش است که می فرماید: «إنّه لم يعص الله وإنّما عصی سیّده»، ضمیرهای مفرد عموماً به عبید برمی گردد و استفاده کبرای کلی [913] از تعبیر فوق، مشکل است. به همین دلیل، شیخ اعظم در مکاسب [914] این وجه را به عنوان مؤید ذکر کرده است نه به عنوان دلیل؛ زیرا دلیل بودن در گرو اثبات کبرای کلی مزبور است و ثابت نیست چون احتمال دارد مخصوص نکاح عبید و مانند آن باشد

«وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال

دلیل ششم: روایات دیگری در باب نکاح عبد و امه

در این دلیل هم به روایات نکاح عبد و امه استدلال می شود ولی از نگاه دیگر، قبل از آن روایتی را ذکر می کنیم:

صحیححه علی بن جعفر از برادرش حضرت امام هفتم (ع):

قال: سألته عن مملوکه بین رجلین زوّجها أحدهما والآخر غائب هل يجوز النکاح؟ قال: «إذا کره الغائب لم یجز النکاح». [915]

این نکاح از نوع نکاح فضولی است زیرا یکی از دو مولی اذن نداده بود و بی اطلاع بود. در این مورد امام فرموده

است: اگر مولای غائب کراهت دارد- یعنی وقتی با خبر شد راضی نشد- نکاح جایز نیست و منعقد نمی شود. مفهوم شرط کلام امام این است که اگر راضی باشد نکاح جایز است. حال از مجموع روایات نکاح فضولی انسان آزاد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 439

یا برده به دست می آید که نکاح فضولی با اجازه بعدی صحیح است ولی آیا می توان صحت بیع فضولی را از این روایات دریافت؟ در مجموع سه راه وجود دارد:

الف) فحوا یا مفهوم موافقت و اولویت. این راه در دلیل چهارم بررسی شد و پذیرفته نشد.

ب) عموم تعلیل صحیح زاره و مانند آن که فرمود: «

إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ وَإِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ فَإِذَا أُجِزَ فَهُوَ لَهُ جَائِزٌ».

این راه در دلیل پنجم بحث شد و آن را قبول نکردیم.

ج) الغای خصوصیت. باب نکاح خصوصیتی ندارد و صحت نکاح فضولی، حکمی تبعیدی نیست تا به مورد آن قناعت شود بلکه سیاق پرسش و پاسخ در روایات می فهماند که پرسش از صحت نکاح فضولی به خاطر این است که مولای دیگر یا اجنبی یا عبدی که بدون اذن مولی ازدواج کرده است به نوعی به حریم سلطنت او تعدی کرده و حق او را مراعات ننموده است. اگر چنین است اختصاص به نکاح ندارد. بیع فضولی هم مثل نکاح است و با اجازه بعدی مالک و صاحب حق صحیح می شود. ذکر نکاح در این مسأله از باب مثال است و بحث، اختصاص به نکاح ندارد. حال در دلیل ششم این راه مطرح است، ولی انصافاً چنین ظهور و متفاهمی برای ما محرز نیست؛ اگرچه محتمل و بلکه مظنون است و در امور توصلی جای تعبد نیست،

ولی تا ظهور درست نشود فایده ای ندارد. بنابراین دلیل ششم نیز پذیرفته نیست و کلاً روایات باب نکاح فضولی، دلیل بر صحت بیع فضولی نیست. تنها در حد مؤید پذیرفتنی است.

دلیل هفتم: روایات باب مضاربه

برخی از روایات باب مضاربه است که واضح تر از همه موثقه جمیل از امام صادق (ع) است:

فی رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربه فذهب فاشتری

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 440

به غیر الذی امره، قال:

«هو ضامن، والربح بينهما علی ما شرط»، [916]

کسی مالش را به مردی داد تا با آن متاع خاصی را خریداری کند و با آن مال به صورت مضاربه تجارت کند، وی متاع دیگری - که مورد مضاربه نبود خریداری کرد - که از این جهت شراء او فضولی و بدون اذن مالک است - امام در این باره فرمود: این مرد ضامن است یعنی اگر کالای خریداری شده تلف شود باید تدارک کند و خسارت صاحب سرمایه را بدهد و سودی که حاصل می شود برابر قرارداد باید میان آن دو قسمت شود. در این جا نسبت به شراء مذکور اذن قبلی وجود نداشته و از این نظر فضولی است. امام هم حکم به بطلان نکرد بلکه فرمود:

«الربح بينهما

» که کاشف از صحت شراء فضولی است علاوه بر این، امام به طور مطلق حکم به صحت کرد و قید نکرد که اگر صاحب پول راضی شود و اجازه کند صحیح است و مالک سود می شود.

درباره حدیث فوق، دو احتمال وجود دارد:

1. حدیث را بر ظاهرش حمل کنیم و بگوییم شراء در خصوص مورد حدیث (مضاربه) به دلیل نص خاص، نیاز به اجازه بعدی ندارد. طبق این احتمال، حدیث دلیل بر صحت بیع فضولی با اجازه

بعدی نیست [917] ولی در حد استیناس قابل استناد است، زیرا معامله فضولی مورد بحث، با شراء مورد روایت از این نظر که در هر دو اذن سابق وجود ندارد مشترك هستند، و اگر با نبودن اذن قبلی، شراء مذکور صحیح است پس معامله فضولی هم صحیح است. البته از خارج دلیل داریم، یعنی باید اجازه بعدی ضمیمه شود ولی در مورد حدیث چنین دلیلی نداریم.

2. حدیث را بر فرض وجود رضایت مالك مال حمل کنیم و بگوییم: اگرچه در حدیث به وجود رضایت بعدی تصریح نشده است ولی نیازی هم به آن نبود زیرا در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 441

غالب معامله های سودآور مالك اصلی راضی می شود. بنابراین در مورد حدیث هم، صحت شراء و مالك شدن سود با رضای بعدی بوده است. طبق این احتمال روایت، دلیل بر صحت معامله فضولی است.

شیخ اعظم پس از طرح دو احتمال فوق، در پایان فرموده است: از آن جا که احتمال اول هم منتهی نیست دلیل بودن این روایات ناتمام است ولی به عنوان تأیید مطلب مشهور، ارزشمند است. [918]

مرحوم آقای خوئی هر دو احتمال را رد کرده و نتیجه گرفته است که حتی استیناس هم درست نیست تا روایت باب مضاربه تأیید کلام مشهور باشد.

توضیح: اشکال احتمال دوم (وجود داشتن رضایت بعدی و فضولی بودن معامله) این است که معامله فضولی با اجازه مالك برای خود مالك مال واقع می شود و سودی هم که دارد تماماً مال او است در حالی که روایت فرمود:

«والربح بینهما علی ما شرطه»

و این برخلاف قوانین باب معاملات فضولی است.

اما احتمال اول: اولاً مجرد استیناس ارزشمند نیست و احتمال یا ظن می آورد که «لا یغنی

من الحق شيئاً؛ ثانياً اصل استیناس را قبول نداریم زیرا به صرف این که معاملات فضولی با شریاء در مورد روایات در يك جهت اشتراك دارند (وجود نداشتن اذن قبلی در هیچ کدام) دلیل بر این نیست که هر حکمی را یکی داشت دیگری هم داشته باشد، و چون شریاء مذکور صحیح است معاملات فضولی هم صحیح باشد، والا باید معاملات فضولی هم محتاج به اجازه بعدی نباشد؛ زیرا شریاء مورد حدیث این گونه است، و هیچ فقیهی ملتزم به این نیست که معامله فضولی، بدون اجازه صحیح باشد. در نتیجه روایات مضاربه به عنوان مؤید هم ارزشمند نیستند. [919]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 442

دلیل هشتم: روایات اتجار با مال یتیم

شیخ اعظم در مکاسب می گوید: روایات اتجار غیر ولیّ با مال یتیم [920]- که تجارتش فضولی است و اذن سابق ندارد- مثل روایات مضاربه است، یعنی در هر دو اذن سابق وجود ندارد و در هر دو امام (ع) حکم به صحت کرده است. «الربح بینهما» یا «الربح للیتیم» کاشف از صحت است و در ظاهر حدیث، رضای بعدی هم مطرح است، همان دو احتمالی که در مورد روایات مضاربه وجود داشت در این مورد هم وجود دارد. بنابراین، روایات اتجار با مال یتیم مؤید است نه دلیل. [921]

اشکال: مرحوم آقای خوئی به این دلیل دو اشکال وارد کرده است:

1. همان ایرادی که بر دلیل هفتم ذکر شد بر این دلیل نیز وارد است و در نتیجه نه استیناس به این ها صحیح است و نه دلیل قرار گرفتن آن، زیرا برخلاف قانون فضولی است؛ یعنی اگر صاحب اختیار (ولیّ) رد کند معامله باطل می شود و اگر اجازه کند برای فضولی واقع می شود؛ در نتیجه اگر سودی دارد

تماماً مال یتیم است و اگر ضرری دارد بر مال یتیم وارد می شود. و حکم به این که اگر ضرر کرد خود متّجر ضامن است و اگر سودی بود مال یتیم است با قانون معامله سازگار نیست.

2. روایات تجارت با مال یتیم، صراحت در تجارت غیر ولیّ ندارند تا برای صحت معامله فضولی به آن ها استناد شود، بلکه دو دسته هستند: برخی از آن ها مقید به تجارت خود ولیّ اند. دسته اول دارای دو روایت است: یکی از علی بن اسباط [922] و دیگری از ابی الربیع شامی [923] که در مورد تجارت برادر بزرگ تر با مال برادر صغیری است که از سوی پدر به وصایت برگزیده شده است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 443

دسته دیگر این روایات اطلاق دارند و تجارت ولیّ و غیر ولیّ را در بر می گیرند. مثل روایت ربیع بن عبدالله [924] و روایت محمد بن مسلم. [925]

بررسی دسته اول روایات: ولیّ شرعی یا با مال یتیم برای خود یتیم تجارت می کند- این قسم قطعاً فضولی نیست زیرا ولی شرعی نیاز به اذن کسی ندارد و مأذون الهی است- یا برای خودش تجارت می کند؛ یعنی از مال یتیم استقراض می کند و مالک آن مقدار می شود و برای خود، معامله ای انجام می دهد. این قسم هم قطعاً فضولی نیست و تمام سود مال خود ولیّ و تمام زیان هم بر ولیّ است، و اصل استقراض هم در فرضی که ولیّ، ملّی [926] باشد بلامانع است [927] ولی این بحث فعلاً مدّ نظر ما نیست.

بررسی دسته دوم روایات: توجیه دسته دوم روایات که به ظاهرش بر جواز تجارت با مال یتیم برای یتیم دلالت دارد و به اطلاقش تجارت غیر ولیّ را هم در

بر می‌گیرد و مقید به رضایت بعدی هم نیست، و حمل آن‌ها بر فرض حقوق اجازه، بلاوجه است. این روایات بیانگر این نکته است که در هر حال باید مصلحت یتیم رعایت شود و با رعایت بالّتی هی احسن دیگران برای یتیم تجارت کنند تا سرمایه اش، راکد نماند و در آینده وبال گردن دیگران نباشد. این حکم، یک حکم ویژه‌ای در مورد تجارت با مال یتیم است و ربطی به معامله فضولی و قوانین آن باب ندارد، در غیر این صورت امام می‌فرمود: اگر ولیّ اجازه داد صحیح است و معامله برای یتیم واقع می‌شود و در نتیجه اگر سودی وجود داشت تمام سود برای یتیم است و اگر زبانی بود تمام آن بر یتیم است نه این که بر فرد متّجر باشد؛ چون خلاف قواعد معامله است. بنابراین حکم مذکور یک حکم تبعیدی خاص است و قابل تعمیم به ابواب دیگر

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 444

نیست و در نتیجه روایات مذکور به کار بیع فضولی نمی‌آید.

یک نکته: غیر از روایات مذکور، روایات دیگری هم به عنوان مؤید یا دلیل ذکر شده است که نیازی به طرح آن‌ها نیست. مهم‌ترین دلیل بر صحت بیع فضولی، عمومات و مطلقات ابواب معاملات و عقود و تجارتات است که در دلیل اول بیان شد و گفته شد مقتضی موجود است و مانع هم مفقود. مخالفان صحت بیع فضولی هم به وجوهی استناد کرده‌اند و خواسته‌اند آن‌ها را مانع قرار دهند ولی تمام آن وجوه دارای جواب است و نمی‌تواند مانع از صحت بیع فضولی باشد. پس بیع فضولی با اجازه بعدی صحیح است.

دلایل بطلان بیع فضولی

اشاره

دلایل گروهی از فقها که طرفدار بطلان بیع

این عده می گویند بیع فضولی از اساس فاسد است و با اجازه مالک هم منعقد نمی شود، و در واقع یکی از معاملات فاسد، معامله فضولی است. این گروه برای اثبات مدعای خود به چهار دلیل (کتاب، سنت، اجماع و حکم عقل) تمسک کرده اند.

دلیل اول: قرآن

طرفداران بطلان، به آیه تجارت استدلال کرده اند؛ آیه می فرماید: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ [928] مفردات آیه قبلاً به نحو مبسوط در بیع معاطات بررسی شد. به این آیه با دو بیان استدلال شده است:

بیان اول: مفهوم حصر آیه: در عربی هرگاه در کلام «لا» و «إلا» ذکر شود مفید حصر است خواه «لا» ناهیه باشد؛ مثل «لا تکرّم أحداً إلا الخالد» یا نافییه باشد؛ مثل «لا

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 445

صلاه إلا بفاتحه الكتاب». در آیه مذکور هم ابتدا فرموده است: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ سِوَىٰ مَا بَيْنَ يَدَيْكُمْ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...»

مفاد آیه این است که منحصراً تجارته که از تراضی مالکان ناشی شود سبب تملک و تصاحب و مجوّز اکل است و چون قید و مقید ذکر شده مفهوم حصر کلام این است که اگر اصلاً تجارت نباشد- بلکه غصب و سرقت و مانند آن باشد- مجوّز اکل و تملک نیست، و اگر تجارت باشد ولی قید عن تراض نباشد باز هم مجوّز اکل نیست و چون نهی، ارشادی وضعی است، صحیح نیست و طرف مالک نمی شود تنها تجارته که از تراض سرچشمه بگیرد و دارای رضای مالک ها باشد صحیح و مملک است. بیع فضولی تجارت است ولی عن تراض نیست و به حکم مفهوم حصر، سبب مملک نمی باشد و مجوّز اکل

نخواهد بود. معنای بطلان هم چیزی جز این نیست.

اشکال: لحوق اجازه باعث می شود تا بیع فضولی در تجارة عن تراضٍ داخل شود و صحیح باشد.

پاسخ: هرگز اجازه بعدی باعث نمی شود تا عنوان تجارة عن تراضٍ بر آن صدق کند، زیرا بیع فضولی که منعقد شد ناشی از تراضی نبود، بعداً هم چنین نخواهد بود؛ «لأنّ الشيء لا ينقلب عمّا وقع عليه».

پاسخ مشهور و شیخ اعظم به بیان مذکور: اگر استثنا در آیه از نوع استثنای متصل باشد حق با شماست؛ مفید حصر است و بیع فضولی را کنار می زند؛ ولی استثنای فوق، از نوع منقطع است و مستثنا موضوعاً از مستثنی منه خارج است، زیرا در صدر کلام و در ناحیه مستثنی منه، موضوع حرمت «اکل مال به باطل» است و در جانب مستثنی موضوع جواز تجارة عن تراضٍ است و چنین تجارتی اکل مال مردم به سبب باطل نیست تا موضوعاً در مستثنی منه داخل باشد، بلکه اکل مال دیگران به سبب حق و از راه معقول و مشروع و عقلایی است، علاوه بر این، بزرگان تفسیر و ادب؛ مثل شیخ طوسی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 446

در تبیان [929] مرحوم طبرسی در مجمع [930] و زمخشری در کشاف [931]، تصریح کرده اند که این استثنا از نوع منقطع است.

معنای انقطاع این است که مابعد إلا ربطی به ماقبل ندارد و جمله مستثلی است که معنای خود را دارد، آن گاه مفاد صدر یا مستثنی منه این است که تملك اموال دیگران به ناحق جایز نیست و مفاد ذیل یا مستثنی این است که تجارت ناشی از تراضی، سبب مُمَلِّک است و البته بیع فضولی را شامل نیست زیرا ناشی از تراضی نیست. و

مفید حصر هم نیست تا آن را نفی کند؛ اثبات شیء هم نفی غیر نمی کند. بنابراین آیه از بیان حکم بیع فضولی ساکت است ولی آیات دیگر به عموم یا اطلاق شان بیع فضولی را در بر می گیرند و مانعی از شمول آن ها وجود ندارد و ما به حکم آن آیات فتوا به صحت بیع فضولی با اجازه مالک می دهیم. [932]

اشکال مرحوم خوئی: مرحوم آیت الله خوئی به جواب مشهور سه اشکال وارد کرده است:

اشکال اول: استثنا يك قسم بیشتر ندارد و آن متصل است. استثنای منقطع از اغلاط است و معنا ندارد کسی بگوید: «ما رأیتُ عالماً إلا الجاهل» یا بگوید: «ما اتَّجرت تجارة فاسدة إلا تجارة صحيحة». این گونه سخن گفتن از کسانی که دستی در ادبیات و آیین سخن وری دارند بعید است، تا چه رسد به کلام خدا که به عنوان معجزه نازل شده و عالم را تا قیامت تحدی کرده و به مبارزه دعوت فرموده است. با این وصف چگونه انسان به خود اجازه می دهد که بگوید در قرآن غلط و اشتباه وجود دارد؟! در نتیجه استثنای مذکور در آیه از نوع متصل است که در اشکال بعدی بیشتر توضیح داده خواهد شد. [933]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 447

پاسخ شارح: ایراد مذکور را قبول نداریم زیرا اولاً ادبای زبان عربی به اجماع، استثنا را به دو قسم متصل و منقطع تقسیم کرده اند و وجود استثنای منقطع را قبول دارند و سخن آقای خوئی خلاف اتفاق نظر اهل فن است. ثانیاً چنین نیست که همه جا استثنای منقطع خلاف فصاحت باشد بلکه گاه بر لطافت کلام می افزاید. نمونه های متعددی از این دست در قرآن و متون دیگر آمده است.

از جمله آیه: لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيهَا إِلَّا قِيْلًا سَلَامًا سَلَامًا. [934] در این آیه قول سلام، موضوعاً از سخن لغو و گناه خارج است. و از جمله آیه: ... مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا اتِّبَاعَ الظَّنِّ.... [935] در این آیه نیز ظن موضوعاً از علم خارج است.

اشکال دوم: بر فرض قبول کنیم استثنا دو قسم دارد که یکی از آن‌ها منقطع است، اما باز هم ادعا می‌کنیم که استثنای مذکور در آیه از نوع متصل است نه منقطع.

توضیح: ایشان در باب بیع معاطات مدعی شد «هو الظاهر الموافق للقواعد العربية»؛ [936] ولی در مورد بحث ما می‌فرماید قبل از استثنا سه کلمه (اکل، مال و باطل) ذکر شده است که هیچ کدام صلاحیت ندارند تا مستثنی منه باشند و هیچ توضیحی نداده اند. وی در ادامه مدعی شده است مستثنی منه در تقدیر است؛ گویا آیه فرموده است: «لا- تأكلوا أموالكم بينكم بسبب من الأسباب» یا «بشيء من الأسباب» یا «بطريق من الطرق» و کلمه بالباطل را خارج از موضوع حکم و علت آن دانسته است. گویی آیه فرموده است: «فإنه باطل» و مدعی است که علت، قائم مقام مستثنی منه شده است. ایشان می‌گویند نظیر این مطلب در قرآن آمده است؛ یعنی جزا حذف و علت جایگزین آن شده است، مثل «إِنْ تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ...» [937] «إِنْ تَكْفُرُوا فَلَنْ تَضُرُّوا اللَّهَ شَيْئاً فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ...»

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 448

سپس نتیجه گرفته است که استثنا در آیه از نوع متصل است، زیرا «شيء من الأسباب» یا «سبب من الأسباب» تجارت ناشی از تراضی را هم در بر می‌گیرد، تجارت بدون تراضی سابق را هم

در بر می گیرد؛ تمام این ها موضوعاً داخل در مستثنی منه اند و اکل مال غیر، بسبب من الاسباب هستند. آن گاه ایشان در ناحیه مستثنی، تنها تجارت از روی تراضی را خارج نموده است و یقیناً استثنای کذایی مفید حصر است؛ یعنی منحصرأ تجارت ناشی از تراضی، صحیح و مشروع است و مفهوم حصر کلام این است که تجارتي که ناشی از تراضی نباشد صحیح نیست و بیع فضولی را ابطال می کند. [938]

پاسخ شارح: اگرچه بر اساس مقتضای قواعد عربیت، اصل در استثنا متصل بودن، و حمل آن بر منقطع خلاف اصل و خلاف ظاهر است ولی در مورد آیه، حمل استثنا بر متصل، بیشتر خلاف اصل و ظاهر است؛ زیرا اولاً مستلزم حذف و تقدیر مستثنی منه است و «الأصل عدم التقدير»؛ ثانیاً مستلزم این است که بالباطل از دایره موضوع نهی یعنی لا تأكلوا خارج و به منزله علت حکم باشد. اما این نیز خلاف متفاهم عرفی است و ظاهر کلام این است که موضوع یا متعلق نهی «اکل مال به سبب باطل» است نه مطلق اکل مال به هر سببی از اسباب و به هر طریقی از طرق. افزون بر این، لفظ بالباطل ظهور در علیت ندارد و گرنه می فرمود: «لأنه باطل» یا «فإنه باطل». البته اشعار به علیت دارد اما این به تنهایی کافی نیست؛ ثالثاً دامنه اکل مال دیگران به سببی از اسباب، خیلی گسترده و وسیع است و شامل اسباب نامشروع، مانند غصب و سرقت و قمار و اسباب مشروع، همچون هبه، وقف، وصیت، صلح، تجارت ناشی از تراضی هم می شود. اما در آیه تنها تجارت از روی تراضی استثنا شده و بقیه اسباب مشروع و صحیح اکل

و تصرف استثنا نشده است. ناگزیر باید حصر را اضافی بگیریم نه حقیقی. اما این نیز خلاف ظاهر است. خلاصه این که حمل استثنا بر متصل بودن پذیرفتنی نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 449

اشکال سوم: بر فرض که قبول کنیم استثنا در آیه از نوع منقطع است و مفید حصر نیست بلکه بر حسب ظاهر خطاب، صدر آیه از اکل مال به سبب های باطل نهی می کند، ذیل آیه تجارت ناشی از تراضی را مشروع می داند و قسم ثالثی هم به نام بیع فضولی وجود دارد که نه عرفاً از اسباب باطله است تا در صدر آیه داخل باشد و نه از مصادیق تجارت ناشی از تراضی است تا در ذیل آیه داخل باشد. علی الظاهر آیه از این نظر اهمال یا اجمال دارد و متعرض حکم آن نیست، ولی به قرینه مقامیه می توان ثابت کرد که از آیه، حصر فهمیده می شود، و آن مقام تحدید و اعطای ضابطه است.

خداوند در این آیه در مقام بیان اسباب مشروع و صحیح معاملات و تمیز آن ها از اسباب فاسد است و در چنین مقامی اهمال روا نیست؛ زیرا موجب اخلال به غرض متکلم است. بنابراین مفاد آیه این است که تنها تجارت ناشی از تراضی، صحیح و مشروع و مجوز اکل است؛ در نتیجه، تجارت فضولی باطل و نامشروع است زیرا در حصر مزبور نیست. [939]

پاسخ شارح: غیر از تجارت از روی تراضی، اسباب صحیح و مشروع دیگری هم وجود دارد که مجوز اکل و تصرف هستند؛ مثل هبه، جعاله، وقف، وصیت، سبق و رمایه. بر این اساس اگر آیه در مقام اعطای ضابطه، خصوص تجارت ناشی از تراضی را صحیح

بداند باید غیر تجارت عن تراضٍ (موارد فوق) و تجارت لا عن تراضٍ (بیع فضولی) خارج شوند؛ در حالی که موارد فوق، به یقین، صحیح و مشروع اند. پس، از قرینه مقام هم نمی توان حصر را به دست آورد و اگر ادعا شود که تمام این موارد از آیه استثنا شده اند، مستلزم تخصیص کثیر است. اگر گفته شود آیه از بیان حال آن ها ساکت است خلاف مقام بیان و اعطای ضابطه و خلاف بیان حد و مرز سبب صحیح از فاسد است، گفتنی است حدّ باید جامع و مانع باشد. بنابراین اشکال سوم هم وارد نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 450

البته راه دیگری که خالی از اشکال است برای بیان ضابطه وجود دارد و در ادامه بحث به آن اشاره خواهد شد.

بیان دوم: مفهوم وصف آیه: بیان دوم استدلال به مفهوم وصف آیه است که تجارت را به عن تراضٍ قید کرده است.

توضیح: وصف مذکور دلیل انحصار حکم جواز و مشروعیت به مورد وصف است وگرنه ذکر وصف لغو می بود، آن گاه مفهوم وصف کلام این است که تجارتي که ناشی از تراضی نباشد جایز و مشروع نیست.

بیع فضولی از همین نوع است، پس صحیح نیست.

پاسخ شیخ، شیخ اعظم سه پاسخ به این بیان داده است:

1. وصف مفهوم ندارد و حداکثر بر نفی شخص حکم، از غیر مورد وصف دلالت دارد. مفهوم داشتن به معنای انتفای سنخ حکم است نه شخص آن.

2. بر فرض که وصف دارای مفهوم باشد، اما مخصوص صفتی است که اگر مفید حصر نباشد و بر مفهوم دلالت نکند فایده دیگری ندارد و لغو است، لغو هم از شأن حکیم به دور است. در مورد

آیه، شایان ذکر است که قید عن تراض و وصف غالبی است و صرفاً برای بیان حال غالب افراد تجارت ذکر شده است. معمولاً همه تجارت‌ها میان مالک‌های اصلی صورت می‌گیرد و طبعاً ناشی از تراضی طرفین است ولی هرگز حکم جواز و مشروعیت، مخصوص مورد وصف نیست بلکه در مورد فرد نادر هم می‌تواند باشد. پس بدون مفهوم داشتن هم وصف لغو نیست و فایده دارد، نظیر آیه ... وَرَبَائِبِكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ... [940] که وصف الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ و وصف غالبی است و صرفاً در مقام بیان، این مطلب است که غالب ربیبه‌ها در دامان شوهر جدید بزرگ می‌شوند و در مقام بیان، حکم حرمت ازدواج مخصوص ربیبه‌های کذایی نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 451

3. بر فرض که وصف دارای مفهوم باشد و غالبی هم نباشد ولی همه این‌ها در صورتی است که عن تراض صفت برای تجارۀ باشد، ولی احتمال دارد خبر بعد از خبر برای تکون باشد که در این صورت موضوعاً از باب جمله وصفیه و مفهوم وصف خارج می‌شود؛ بنابراین بیان دوم نیز ناتمام است. [941]

پاسخ مرحوم خوئی: مرحوم آقای خوئی دو اشکال به این پاسخ وارد کرده است که در این جا اشکالی که مهم تر است به طور خلاصه تبیین می‌شود: بر فرض که وصف دارای مفهوم نباشد ولی در خصوص مورد آیه به قرینه مقایسه، دارای مفهوم است و بر انتفای حکم از غیر مورد وصف دلالت می‌کند.

توضیح: آیه در مقام اعطای ضابطه کلی برای اسباب صحیح و مشروع و تمییز آن، از اسباب فاسد و نامشروع تصرف در اموال دیگران است و فرموده است: تجارتی که عن تراض باشد مجوز و سبب

اکل و تصرف است. قانون تحدید و القای ضابطه این است که مانع و جامع باشد و اهمال و اجمال نداشته باشد، بر این اساس قید عن تراض خصوصیت دارد و دخیل است و گرنه در مقام تحدید ذکر نمی شد. حال که دخیل است پس تجارتی که عن تراض نیست مجوز اکل نخواهد بود. بیع فضولی همین گونه است، پس مشروعیت ندارد. بنابراین آیه به مفهوم وصف بر نفی مشروعیت از بیع فضولی دلالت دارد. نکته قابل ذکر این که وقتی به قرینه مقامیه مفید حصر شد عن تراض چه حقیقه صفت برای «تجارت» باشد، چه خبر دوم برای «تکون»، تجارتی را که ناشی از تراضی نباشد نفی می کند. [942]

پاسخ شارح: در بیان ایشان تجارة عن تراض موضوعیت دارد و با مقام اعطای ضابطه متناسب نیست؛ زیرا اگر مفاد آیه این بود که تجارت بدون تراضی سبب اکل نیست و تجارت عن تراض سبب اکل است می توان گفت بیع فضولی خارج است و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 452

آیه به مفهومش متعرض این نکته نشده است، نه این که آن را مسکوت گذاشته باشد. یا اگر مفاد آیه تنها جمله اخیر و ذیل آیه بود و آیه ضابطه سبب مشروع را تجارت ناشی از تراضی می دانست باز هم می توان گفت بیع فضولی خارج است. اما مفاد کل آیه صدرأ و ذیلاً- که در مقام اعطای ضابطه و تمییز اسباب صحیح از اسباب فاسد اکل مال مردم است- بسیار وسیع تر از محدوده تجارت است و صدر آیه با آوردن کلمه بالباطل [943] مفادش این است که تصرف در مال دیگران به هر سبب باطل و ناحق و نامشروع، همچون تجارت باطل یا قمار

و ... جایز نیست. ذیل آیه هم که ضابطه اسباب صحیح اکل را بیان می کند تنها روی تجارۀ عن تراض تکیه کرده و متعرض سایر اسباب مشروع، مثل وقف، وصیت، هبه و اباحه تصرف نشده است؛ پس اهمال دارد و با مقام ضابطه مناسب نیست.

يك روش بهتری وجود دارد تا هم مقام اعطای ضابطه محفوظ باشد که ظاهر آیه است و هم جامع و مانع باشد. این روش در کلام امام راحل آمده است. حضرت امام می فرماید: متفاهم عرفی از صدر آیه این است که «اکل مال به باطل» موضوعیت دارد و تصرف در مال مردم به هر سبب باطل و نامشروعی جایز نیست آنچه با صدر آیه متناسب است، این است که مراد از ذیل هم قضیه کلیه باشد؛ یعنی تصرف در مال مردم به هر سبب حق و مشروعی جایز است؛ خواه تجارت ناشی از تراضی باشد یا ناشی از غیر تراضی. و اگر تجارۀ عن تراض ذکر شده است از این باب است که غالباً سبب اکل مال مردم، تجارت و معامله است و غالباً هم بین مالک هاست و ناشی از تراضی است وگرنه موضوعیت ندارد و مصداق بارز در اعلامی اکل به سبب حق و از راه مشروع است. [944]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 453

با توجه به مطالب فوق، مفاد صدر این است که اکل مال مردم از هر طریق و راه باطلی جایز نیست و مفاد ذیل این است که تصرف در مال مردم به هر سبب حقی جایز است. این ضابطه جامع و مانع است و همه سبب های مشروع را در بر می گیرد و دارای اهمال نیست. البته سبب حق و

صحیح و سبب باطل و نامشروع را بیان نکرده و در واقع این نکته را مفروض و مفروغ عنه گرفته است.

دیگر این که عمومات و مطلقات تأیید می کند بیع فضولی با اجازه مالک سبب صحیح اکل است؛ بنابراین مشمول ذیل آیه است و دارای اهمال نیست و مشکل متناسب نبودن با مقام ضابطه را ندارد. از نظر عرف هم مناط حق بودن، تجارت مورد رضایت مالک است و میان سابق بودن رضایت یا مقارن یا لاحق بودن آن تفاوتی نیست. از نظر امام راحل بین متصل بودن یا منقطع بودن استثنا و منصوب یا مرفوع بودن کلمه «تجارت» و صفت یا خبر بعد از خبر بودن کلمه «عن تراض» تفاوتی وجود ندارد. بنابراین آیه دلیل بر بطلان تجارت فضولی نیست، بلکه دلیل بر صحت آن است. [945]

جواب مرحوم خوئی: خطاب آیه به مالکان اموال است [946] و به آن ها می گوید باید تجارتتان همراه با تراضی باشد نه این که خطاب به فضولی و غیر مالک باشد. نسبت به مالک ها بیع فضولی از ابتدا، تجارت مالک محسوب نمی شود بلکه پس از اجازه مالک اصلی تجارت مالک به حساب می آید. و اجازه هم قطعاً مقرون به رضایت است؛ پس قبل از اجازه، یک تجارت صوری ظاهری انشایی محض است که اثری ندارد، اما پس از اجازه، تجارت واقعی و مؤثر می گردد. پس از آن هم تجارت «عن تراض منکم ای من المالکین» است و مشمول ذیل آیه است. بنابراین به حکم آیه، بیع فضولی قبل از اجازه باطل است یعنی اثری بر آن مترتب نیست، پس از اجازه، صحیح و مؤثر است ولی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 454

تجارت فضولی نیست، تجارت مالکان

است و مهم همین است. [947]

نظریه امام راحل (قدس سره): از منظر امام راحل این راه نیز ناتمام است؛ زیرا پس از اجازه حقیقه بر تجارت مزبور، تجارت خود مالک ها نیست بلکه تجارت فضولی است که مالک آن را اجازه داده است. این تجارت به منزله تجارت خود او است و با توسع و تجوّز، عنوان تجارت مالک بر آن صدق می کند؛ بنابراین ادعای تجارت خود مالک بودن، بعد از اجازه تسامحی است. البته لزومی ندارد عنوان تجارت خود مالک بر آن صدق کند، بلکه کافی است تجارت بر مال مالک با رضایت او باشد؛ خواه با رضای سابق باشد، خواه با رضای لاحق که عرفاً کفایت می کند. [948] امام راحل نظیر این مطلب را قبلاً در اطلاقات و عمومات فرمودند که «أوفوا بالعقود به معنای «أوفوا بالعقودکم» نیست بلکه به معنای عقود است که بر مال شما انشا شده است؛ چه خودتان انشاء کرده باشید، چه فضولی انشا کرده و شما اجازه داده و امضا کرده باشید. بنابراین بهترین جواب از آیه همان است که از امام راحل نقل شد.

دلیل دوم: سنت

اشاره

برای بطلان بیع فضولی به چند روایت استناد شده است:

1. روایت مستفیض نبوی (ص)

این روایت از طریق خاصّه و عامّه نقل شده است. از طریق عامه در سنن بیهقی در سه جا چنین آمده است که رسول خدا (ص) در جواب حکیم بن جزام فرمود:

«لا بیع ما لیس عندک». [949]

از طریق خاصه هم دو روایت در وسائل الشیعه [950] و دو روایت در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 455

مستدرک [951] نقل شده که رسول خدا (ص) بیع ما لیس عند البائع را نهی کرده است. از این روایت نبوی، خبر واحد مستفیض است؛ از سه روایت متجاوز است ولی متواتر هم نیست.

شیوه استدلال: نهی رسول خدا (ص) از چنین بیعی از نوع نهی مولوی تعبدی نیست تا فقط دلالت بر حرمت تکلیفی چنان بیعی کند، بلکه نهی ارشادی وضعی است و اشاره به بطلان آن دارد، زیرا از نظر قواعد اصولی هرگاه نهی به ذات معامله ای تعلق گرفت ارشاد به فساد است. اصل در نهی از معاملات همین است و مولوی تعبدی بودن، نیازمند دلیل خاص است؛ مثل نهی از بیع در وقت ندا برای نماز جمعه.

و قطعاً ظاهر عبارت «ما لیس عندک» مقصود نظر نیست، یعنی منظور این نیست که بایع نباید متاعی را که نزدش نیست بفروشد؛ زیرا

وجود مال در نزد بايع موضوعيت ندارد و شرط صحت يا لزوم معامله نيست بلکه مالک مي تواند مال خود را در هر جا که باشد به ديگري بفروشد. بنابر اين تعبير فوق، يا کنايه از عدم تملك است؛ يعنى متاعى را که مالک نيستى نبايد بفروشى، و يا کنايه از عدم تسلط بايع بر تسليم است؛ يعنى متاعى را که نمى توانى به مشتري تحويل دهى نبايد بفروشى.

در این جا وجه عدم تسلط، عدم تملك است؛ یعنی چون ملك تو نیست تسلط بر تسلیم نداری؛ یعنی لازم را ذکر نموده و ملزوم (عدم تملك را) اراده نموده است. خلاصه این که مفاد حدیث می گوید بیع مالی که مالك آن نیستی باطل است و بایع فضولی هم مالك مبیع نیست پس بیع او باطل است. مطلوب مستدل نیز همین است.

نقد دلیل: جواب های چندی در نقد حدیث نبوی وجود دارد:

الف) ضعف سند: اولاً طریق عامه برای ما اعتباری ندارد و توثیق آنان نزد ما حجت نیست؛ ثانیاً در طریق خاصه هم دوروایتی که از وسائل الشیعه نقل شده به سبب وجود

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 456

نام سلیمان بن صالح در روایت دوم و شعیب در روایت پنجم مجهول الحال اند پس ضعیف السندند. دوروایت مستدرک الوسائل نیز از عوالی اللالی نقل شده که صاحب آن و کتابش مورد طعن است، بنابراین روایت ضعیف السند است و قابل استناد نیست. شهرت عملی هم ندارد تا ضعف آن را جبران کند؛ زیرا مشهور از این روایت اعراض کرده اند و بیع فضولی را صحیح دانسته اند، یا آن را بر غیر بیع فضولی حمل کرده اند که می شود بیع مالی ولو با وجود این که متاع، ملك مالك است قدرت بر تسلیم نخواهد داشت، مثل فروش پرنده ای که در حال پرواز است و مال کسی نیست، ماهی دریا، عبد آبق و قدرت بر تسلیم شرط صحت است، علاوه بر این که شهرت عملی ضعف سند را جبران نمی کند.

ب) ماء موصول در حدیث، عام است و متاع کلی را هم که نزد بایع نیست و فعلاً وجود خارجی ندارد شامل می شود. مفاد حدیث این است

که بیع کلی در ذمه هم باطل است در حالی که برابر روایات صحیحیه از جمله صحیحیه عبدالرحمن بن حجاج [952] و به اجماع فقهای امامیه، بیع کلی چه به صورت حالّ و چه به صورت سلّم صحیح است. روایت نبوی چون مخالف اجماع امامیه و روایات معتبر امامیه است بر فرض پذیرش سند آن، ناچاریم حمل بر تقیه کنیم زیرا با مذهب عامه موافق است و برای بیان حکم واقعی نیست تا صلاحیت استناد داشته باشد.

شیخ اعظم در مقام نقد استدلال به حدیث نبوی فرموده

: «الظاهر من الموصول هي العين الشخصية للإجماع والنص على جواز بيع الكلّي» [953]

ولی این هم توجیه است وگرنه ظاهر حدیث و متفاهم عرفی نیست. مورد حدیث هم که حکیم بن حزام قبلاً کالای بازرگانان را می فروخت و بعد خریداری می کرد و تحویل می داد ... دلیل بر این نیست که متاع مورد معامله عین شخصی باشد، بلکه ظاهراً حکیم دلال بوده است و قبلاً با

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 457

کاسب ها معامله می کرد، بعد خریداری می کرد و تحویل می داد و با «کلی فروختن متاع» سازگاری دارد. علاوه بر این فرض که مورد سؤال حکیم از عین مشخص باشد ولی ملاک، پاسخ پیامبر (ص) است. پاسخ پیامبر کلی است و به صورت کبری کلی فرموده است: «لا تبع ما لیس عندک» [954]

ج) بر فرض که منظور، عین شخصی باشد ولی ظاهر روایت این است که حکیم بن حزام متاع دیگری را قبل از آن که مالک شود برای خودش می فروخت سپس خریداری می کرد و تحویل می داد نه این که برای مالک اصلی بفروشد و از نوع بیع فضولی مورد بحث باشد، و صد البته بیع پیش گفته در حدیث،

از نظر فقه امامیه باطل است زیرا غرری است و معلوم نیست مالک اصلی به او بفروشد تا او بتواند به مشتری تسلیم کند. ناگفته نماند که بیع غرری باطل است؛ البته به صورت مقاوله مانعی ندارد ولی به صورت منجّز، قبل از این که مالک شود، باطل است. بنابراین روایت از مورد بحث ما اجنبی است بر فرض دلیل بر بطلان بیع فضولی باشد مربوط به مسأله سوم از مسائل فضولی، یعنی «بیع لنفسه» است، در صورتی که بحث ما فعلاً درباره بیع فضولی برای مالک اصلی است.

د) بر فرض که حدیث بر بطلان مطلق فضولی دلالت کند ولی مفادش این است که بیع به صورت منجّز و برای بایع واقع نمی شود که با وقوع بیع برای مالک، اجازه بعدی مالک اصلی منافاتی ندارد، مخصوصاً روایات صحت بیع فضولی برای مالک اصلی - مثل صحیحه محمد بن قیس - صریحاً بر صحت دلالت می کنند و اطلاق روایت نبوی را - یا به فرض عدم لحوق اجازه، یا به فرض بیع فضولی برای خودش نه برای مالک اصلی - تقیید می کنند. خلاصه این که روایت نبوی قابل استناد نیست و بر فرض وجود تعارض، باز هم جواز بیع فضولی رحجان دارد زیرا با عمومات و مطلقات قرآنی، یعنی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 458

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ... موافق است.

ه- بعید نیست «ما لیس عندک» کنایه از عدم قدرت بر تسلیم باشد؛ یعنی مالی را که نمی توانی به مشتری تسلیم کنی نباید بفروشی و این بیع باطل است؛ زیرا قدرت بر تسلیم، شرط معامله است. اگر نهی به خاطر این باشد باز هم از مورد بحث ما (بیع فضولی) اجنبی است زیرا میان

عدم قدرت بر تسلیم و عدم تملك عین یا فضولی بودن بایع، عموم من وجه است؛ این گونه که گاهی نه قدرت بر تسلیم دارد و نه مالك است؛ گاهی، هم قدرت دارد و هم مالك است؛ گاهی قدرت بر تسلیم ندارد ولی مالك است؛ و گاهی مالك نیست ولی قدرت بر تسلیم دارد و مال غیر در اختیار او است.

در این جا مدعا بطلان بیع فضولی به عنوان بیع فضولی و عدم تملك است- چه قدرت بر تسلیم باشد چه نباشد- ولی دلیل، دلالت دارد بر بطلان بیعی که تسلیم در آن غیر مقدور است چه مالك باشد چه نباشد. بنابراین میان دلیل و مدعا عموم من وجه است و چنین دلیلی برای چنان مدعایی سودمند نیست؛ حتی احتمال مطلب فوق، کافی است تا حدیث را از قابلیت استدلال ساقط کند، زیرا «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

2. روایت دیگر نبوی (ص)

رسول گرامی اسلام می فرماید:

«لا طلاق إلا فیما تملك، ولا عتق إلا فیما تملك، ولا بیع إلا فیما تملك».[955]

استدلال به این نبوی از دو نظر بهتر از استدلال به نبوی قبلی است: 1. با توجه به عبارت «لا تبع» در حدیث قبلی، گرچه نهی از خود معامله ظهور در ارشادی وضعی دارد ولی احتمال دارد که مولوی تعبدی باشد و صرفاً بر حرمت تکلیفی دلالت کند نه فساد وضعی، اما در این نبوی، عبارت «لا بیع» آمده است که ظهور در نفی جنس دارد و به احتمالی، مقصود نفی حقیقی خود جنس است؛ یعنی بیع مالی که ملك بایع نیست در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 459

واقع اصلاً بیع نیست و وقتی بیع نبود طبعاً احکام آن را هم نخواهد داشت. به احتمال دیگر،

مقصود نفی ادعایی جنس است؛ یعنی در حقیقت نفی تمام آثار بیع مورد نظر است و اگر هیچ اثری ندارد گویا بیع نیست. و به دیگر احتمال، مقصود نفی خصوص اثر بارز بیع (صحت) است که در هر صورت بر نفی صحت دلالت می کند.

2. در نبوی قبل عبارت «ما لیس عندك» وجود دارد و حداکثر کنایه از نفی ملك است. ولی به احتمال قوی منظور از آن؛ مالی است که ملك بایع است اما قدرت بر تسلیم ندارد. از این نظر است که بیع اشکال دارد نه از فضولی بودن بایع و عدم ملکیت متاع؛ ولی در این نبوی عبارت «فیما یملك» وجود دارد که صریح در مالک بودن مبیع است و اراده عدم تسلط بر تسلیم خلاف ظاهر است. البته احتمال دارد به صورت فعل مجهول باشد، یعنی چیزی که مملوک واقع نمی شود و قابل تملك نیست، مثل خمر و خنزیر که در این صورت از مورد بحث ما بیگانه می گردد. اما این احتمال هم ضعیف است زیرا در روایات بعدی به صورت فعل معلوم به کار رفته است. به هر رو «فیما یملك» را به صورت فعل معلوم ملاحظه می کنیم.

شیوه استدلال: حدیث با «لا» و «الا» مفید حصر است؛ یعنی منحصرأبیع «ما یملك» بیع است و صحیح. مفهوم حصر این است که بیع «ما لا یملك» اصلاً بیع نیست یا صحیح نیست. مقصود مستدل نیز همین است.

نقد دلیل: اولاً سند آن ضعیف است زیرا طبق نقل مرحوم حاجی نوری از عوالی اللآلی خود کتاب و نویسنده اش مورد طعن و قدح است؛ ثانیاً از نظر دلالت هم مفاد حدیث بیانگر این است که بیع برای خود بایع واقع

نمی شود نه این که برای مالک اصلی با اجازه بعدی هم واقع نشود. بنابراین حدیث مال مسأله سوم از مسائل فضولی است؛ ثالثاً اگر فرض کنیم که حدیث از این نظر اطلاق دارد و دلالت می کند بر عدم وقوع بیع «ما لا یملک» نه برای فضولی و نه برای مالک اصلی حتی پس از اجازه، ولی روایات صحت بیع فضولی و وقوع آن برای مالک با اجازه بعدی - مثل صحیححه محمد بن قیس

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 460

- مقید و مخصوص وقوع بیع برای مالک اصلی است و اطلاق این نبوی را تقیید می کنند. به همین دلیل، روایت حمل می شود بر فرض عدم لحوق اجازه یا فرض وقوع بیع برای فضولی؛ رابعاً اگرچه فرض کنیم دو روایت مزبور متعارضان هستند اما باز هم روایات صحت، مقدم است؛ زیرا موافق عمومات و مطلقات قرآنی هستند و روایات بطلان و منع، مخالف ظاهر کتاب است و به عبارتی اصلاً حجیت ندارند و بر فرض که حجت باشند، ولی مرجوح اند و روایات موافق، راجح.

خلاصه این که فقیه نمی تواند به این حدیث نبوی استدلال کند.

3. صحیححه صفار از حضرت عسکری (ع)

مردی چند قطعه ملک در قریه ای داشت و آماده سفر حج بود و فرصت نداشت به آن جا برود و حدودش را معین کند لذا به صورت کلی تمام املاک قریه را - که قسمتی از آن مال دیگران بود - فروخت. آیا چنین معامله ای صحیح است؟ حضرت عسکری (ع) در جواب مرقوم فرمود:

«لا یجوز بیع ما لیس یملک، وقد وجب الشراء من البایع علی ما یملک». [956]

مرحوم صاحب حدائق به این حدیث استدلال کرده و فرموده است: «لا یجوز» فریاد می زند که این معامله حرام و نامشروع است، نه این که

جایز و موقوف به اجازه مالك باشد. هیچ وجهی برای تحریم وجود ندارد جز این که بایع، مالك مبیع نیست و بدون اذن مالك نقل و انتقال درست نیست. پس این روایت دلیل منع و بطلان بیع فضولی است. [957] معامله فقط نسبت به مقداری که ملك خود او است واجب و ثابت است.

نقد دلیل: به این روایت، از نظر سند اشکالی وارد نیست و مشایخ ثلاث به سند معتبر آن را نقل کرده اند؛ ولی از نظر دلالت اشکال دارد؛ زیرا اولاً به قرینه جمله بعدی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 461

- که تعبیر به «وجب» دارد و بر لزوم بیع دلالت می کند- مقصود از «لا یجوز...» این است که بیع برای بایع نحو لزوم واقع نمی شود و با وقوع به نحو جواز و تزلزل برای مالك اصلی و موقوف بودن بر اجازه او منافاتی ندارد. قرینه این مطلب تعبیر «وجب الشراء» است که نسبت به ما یملك خود بایع، حکم به وجوب و لزوم بیع کرده است. به قرینه مقابله نیز مقصود از «لا یجوز» نفی نفوذ بر وجه لزوم است. عبارت «لا یجوز» به فراوانی، در عدم نفوذ استعمال شده است؛ ثانیاً بر فرض که مقصود روایت، نفی صحت و مشروعیت باشد و دلالت بر بطلان بیع فضولی کند ولی با اطلاقی که دارد وقوع بیع برای مالك اصلی را نفی می کند اما روایات صحت، ویژه وقوع بیع برای مالك با اجازه مالك است و موجب تقیید می شود؛ ثالثاً بر فرض وجود تعارض بین این دو دسته از روایات، روایات صحت تقدم دارند. وجه تقدم در حدیث قبلی گذشت.

4. صحیح محمد بن قاسم بن فضل از امام هفتم (ع)

در روایت آمده است:

عن رجل اشتری

من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم وكتب عليها كتاباً بأنّها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيهما المال أم يمنعهما؟ قال: «قل له: ليمنعهما أشدّ المنع فإنّها باعتها ما لم تملكه».[958]

محل شاهد در تعلیل ذیل است که دلیل منع را مالک نبودن بایع و فضولی بودن بیع دانسته است. به همین رو بر اساس حکم «العلّه تعمّم»، بیع فضولی کلاً باطل است.

تقد دلیل: در روایت، سؤال از اصل بیع نیست بلکه سؤال از اعطای ثمن به بایع فضولی (زن) است که امام در پاسخ می فرماید: حق ندارد ثمن را به او بدهد بلکه شدیداً باید ممانعت کند. این سخن امام کاملاً مطابق قواعد است زیرا در بیع فضولی قبض و اقباض حرام است. دیگر این که امام در مقام تعلیل فرمود اصل معامله باطل

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 462

است، بلکه فرمود معامله فضولی است. اگر معامله باطل بود تعلیل به آن اولی بود؛ زیرا با وجود تعلیل به امر ذاتی یا امر در رتبه متقدم، نوبت به تعلیل به امر عرضی یا متأخر نمی رسد. بنابراین سؤال درباره پرداخت ثمن است و جواب هم منع از آن است؛ تعلیل هم با منع ثمن کاملاً مناسب است ولی هرگز دلالت بر بطلان فضولی نمی کند و بر فرض دلالت، باز هم روایات صحت تقدم دارند.

5. مکاتبه حمیری از حضرت ولی عصر

در این روایت آمده است:

«الضیعة لا یجوز ابتیاعها إلا عن مالکها أو بأمره أو رضا منه».[959]

شیوه استدلال: امام، جواز ابتیاع ضیعه (مزرعه، باغ، ملک) را در خریدن از مالک آن یا خرید به امر مالک (از وکیل وی) و یا خرید با رضایت مالک منحصر کرده است. ظاهر حدیث، این است که نفس ابتیاع-

حتی انشای صیغه معامله- باید با رضای مالک باشد. مفهوم حصر این است که اگر هیچ کدام از سه گزینه نبود ابتیاع جایز نیست و متفاهم عرفی از عدم جواز، عدم مشروعیت و بطلان معامله است و تردیدی نیست که معامله فضولی در این مفهوم داخل است؛ پس جایز نیست و مشروعیت ندارد.

نقد دلیل: اولاً این روایت مرسله است و حجیت ندارد؛ ثانیاً در مواردی که معامله معصیت خداست، «لا یجوز» به معنای بطلان از اساس است. ولی در مثل مورد بحث ما (معامله فضولی) تنها معصیت مالک شده است و دلیل بر بطلان از اساس نیست و با نتیجه گرفتن عدم نفوذ و تأثیر فعلی از حدیث سازگاری دارد. یعنی معامله فضولی مثل معاملات دیگر نیست که از اول صحیح و نافذ باشد ولی با نافذ و مؤثر بودن به سبب اجازه مالک منافاتی ندارد؛ ثالثاً مقصود از ابتیاع در مورد حدیث، مجرد انشای صیغه نیست بلکه مقصود، ابتیاع واقعی است که آن هم از مالک و با اجازه مالک است و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 463

مانعی ندارد. پس «ابتیاع واقعی» از فضولی نافذ نیست نه این که انشای بیع و شراء هم جایز نباشد.

رابعاً در روایت قید نشده است که رضای مالک، سابق بر عقد یا مقارن با آن باشد. روایت از این نظر اطلاق دارد و با رضای لاحق هم می سازد [960] بنابراین نه تنها دلیل بر بطلان نیست بلکه دلیل بر صحت بیع فضولی با اجازه مالک است؛ خامساً بر فرض که روایت، بر منع و بطلان دلالت کند ولی اطلاقش معامله برای خود فضولی و فرض عدم لحوق اجازه را هم در بر می گیرد.

گفتنی است روایات صحت از این نظر مقید به لحوق اجازه است و مقدم می‌باشند. سادساً اگر بر فرض، تعارض یا تساقط کنند نوبت به مطلقات صحت می‌رسد. یا اگر روایات منع چون مخالف ظواهر کتاب است حجیت نداشته باشند جای اخذ به روایات صحت است. و یا از باب ترجیح موافق کتاب بر مخالف، روایات صحت تقدم داشته باشند. به هر حال روایت فوق، دلیل بر منع و بطلان بیع فضولی نیست.

6. صحیحہ محمد بن مسلم از امام باقر (ع)

قال: سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بغم النيل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم، وأهل الأسياف يقولون: هي أرضنا؟ فقال (ع):

«لا تشتريها إلا برضا أهلها». [961]

شیوه استدلال به این حدیث همانند شیوه استدلال به مکاتبه حمیری است و پاسخ ما نیز همان است به جز اشکال سندی که در مکاتبه بود و در صحیحہ نیست.

غیر از روایات پیش گفته روایات دیگری هم مورد استدلال واقع شده است؛ از جمله روایت شراء سرقت [962] و خیانت که شیوه استدلال به آن‌ها و نقدشان از شیوه

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 464

استدلال و نقد روایات پیشین دانسته می‌شود و نیازی به بازگویی نیست.

بررسی نسبت اخبار صحت با اخبار منع

در پایان بحث درباره روایات بیع فضولی، شایسته است نسبت دو دسته روایت را بررسی کنیم: در این باره سه نظریه وجود دارد: یکی نظر شیخ اعظم [963] است که تاکنون ذکر شد. شیخ قائل است بین دو دسته روایت نسبت عام و خاص یا مطلق و مقید وجود دارد. نظر امام راحل [964] و مرحوم آقای خوئی [965] نیز همین است.

نظریه دوم، نظر محقق نائینی است. وی دو دسته روایت را متباین دانسته است.

با این توضیح: بیع فضولی مال مردم برای خود فضولی قطعاً باطل است و جای توهم صحت نیست تا روایات منع شامل این صورت شود و بر بطلان دلالت کند. و نیز بیع فضولی برای مالک اصلی، بدون اجازه مالک هم قطعاً باطل است و توهم صحت آن روا نیست و روایات منع، آن‌ها را در بر نمی‌گیرد. بنابراین مورد روایات منع هم بیع برای مالک با حقوق اجازه است که توهم صحت رواست و روایات بر بطلان دلالت دارد. روایات صحت هم برای همین فرض است و بر صحت دلالت دارند؛ بنابراین تباین کلی دارند، و نفی و اثبات هستند که جای تعارض است نه تقیید و تخصیص. [966]

نقد نظریه نائینی: حمل روایات منع بر خصوص فرض بیع برای مالک با حقوق اجازه و اخراج دو فرض دیگر، در صورتی پذیرفتنی است که بیع فضولی برای خودش، بدون اجازه مالک مرسوم و متعارف نباشد و توهم صحت به جا نباشد در حالی که در خارج، چنین چیزی شایع است و افراد فاسق و فاجر و جاهل و بی‌مبالات به امر دین، اموال مسروقه و مغصوبه و مال حاصل از ربا و اختلاس و خیانت و قمار و غیره را مثل

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 465

مال خود می‌دانند و برای خود می‌فروشند و منتظر اجازه مالک هم نمی‌مانند؛ بنابراین مانعی ندارد روایات منع به اطلاقش، بیع لنفسه را هم در بر بگیرد و بیع بدون اجازه بعدی را هم شامل شود و اعم از روایات جواز باشد. بر فرض تباین و تعارض هم قبلاً بیان کردیم که روایات جواز، مقدم هستند. زیرا راجح یا حجت فعلی اند.

نظریه سوم، نظریه

مرحوم ایروانی است. وی نسبت میان دو دسته روایت را عموم و خصوص من وجه می داند و می گوید روایات منع از يك نظر اخص است و بیع فضولیِ لِنَفْسِهِ را در بر می گیرد و از نظر دیگر (بود و نبود اجازه بعدی) اعم است. روایات جواز از يك نظر (فرض لحوق اجازه) اخص است و از نظر دیگر (لِنَفْسِهِ بَدَنِ يَآ لِّلْمَالِكِ بَدَنِ بَيْعِ) اعم است. بر همین اساس، ماده افتراق روایات منع، در فرضی است که فضولی برای خودش بفروشد و مالک اصلی هم اجازه ندهد؛ ماده افتراق روایات جواز، در فرضی است که فضولی برای مالک بفروشد و مالک هم اجازه دهد؛ و ماده اجتماع فرضی است که برای خودش بفروشد و مالک هم اجازه دهد. در این جا چون برای خودش فروخته است مشمول روایات منع است و چون اجازه مالک را دارد مشمول روایات جواز است؛ بنابراین تعارض دارند و تقدیم هیچ کدام اولی نیست. [967]

پاسخ نظریه ایروانی: اَوَّلًا اگر روایات منع مخصوص بیع فضولیِ لِنَفْسِهِ باشد از بحث ما خارج است و با روایات صحت نسبت ندارد؛ زیرا بحث ما فعلاً در بیع فضولی برای مالک است. جای بحث درباره بیع فضولیِ لِنَفْسِهِ در مسأله سوم از مسائل بیع فضولی است که بعداً بررسی خواهد شد؛ ثانیاً وجهی برای اختصاص وجود ندارد؛ روایات منع اطلاق دارد و بیع فضولی للمالك الاصلی را نیز در بر می گیرد؛ ثالثاً بر فرض که تعارض و تساقط وجود داشته باشد در این صورت جای رجوع به عمومات و مطلقات است و مشهور با استناد به آن ها فتوا به صحت داده اند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 466

دلیل سوم: اجماع

سومین دلیل طرفداران بطلان

بیع فضولی اجماع است. جمعی از بزرگان فقه، در مسأله، ادعای اجماع کرده اند؛ از جمله شیخ طوسی. وی در کتاب خلاف ضمن این که پذیرفته عده ای از فقها قائل به صحت هستند ولی عذر آورده است که مخالفت آنان قادح نیست. [968] سید بن زهره نیز در کتاب غنیه [969] و ابن ادریس در کتاب سرائر در باب مضاربه ادعای اجماع کرده اند. ابن ادریس گفته است: اگر غاصب با عین مال غصبی - که ملک غیر است - متاعی خریداری کند بلاخلاف معامله اش باطل است؛ [970] بنابراین به حکم اجماع، بیع فضولی باطل است.

نقد دلیل: اولاً با مخالفت عمده فقهای متقدم و متأخر جای ادعای اجماع نیست، حتی خود شیخ طوسی در کتاب نهاییه که آخرین کتاب او است مخالفت کرده و فتوا به صحت داده است [971] ثانیاً اجماعات مذکور برای ناقلان آن هم اگر محصل باشد، ولی برای ما منقول به خبر واحد مستفیض است و ذاتاً حجت نیست، ثالثاً محصل هم باشد به احتمال قوی مدرکی است - به استناد آیه تجارت یا روایات منع یا به حکم عقل، فتوا به بطلان داده اند - اجماع تعبدی به مناط کشف قطعی از رأی معصوم ارزشمند است نه هر اجماعی. بنابراین دلیل سوم نیز ناتمام است.

دلیل چهارم: حکم عقل

چهارمین دلیل طرفداران بطلان بیع فضولی حکم عقل و تأیید نقل است. توضیح درباره این دلیل به صورت قیاس منطقی در سه مرحله بیان می شود:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 467

مرحله اول: بیع فضولی تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک است (صغرا) و تصرف کذائی عقلاً قبیح است - زیرا ظلم و تعدی به حدود حریم مالک است - (کبرا) پس بیع فضولی قبیح عقلی دارد. (نتیجه)

مرحله دوم: هر جا قبیح

عقلی به مناط ظلم و مفسده عامه باشد [972] کاشف از حرام شرعی است. وانگهی روایاتی هم وجود دارد که دلالت بر حرمت شرعی می کنند و مؤید حکم عقلی اند؛ از جمله توقیعی که در کتاب احتجاج از حضرت ولی عصر نقل شده است. حضرت می فرماید:

«لا یحلّ لأحدٍ أن یتصرّف فی مال غیره بغیر إذنہ» [973]

بنابراین بیع فضولی حرمت شرعی دارد.

مرحله سوم: حرمت و نهی اگر به معامله ای تعلق بگیرد مستلزم فساد آن است؛ بنابراین بیع فضولی شرعاً باطل است. مطلوب مستدل نیز همین است.

نقد دلیل: اولاً صرف انشای عقد بر مال دیگری آن هم با امید به این که مالک اصلی اجازه دهد و بیع برای او واقع شود، عرفاً تصرف در مال دیگری به حساب نمی آید. فضولی در واقع در زبان خودش تصرف کرده و اجرای صیغه نموده است. آری اگر قبض و اقباضی در میان باشد یا واقعاً نقل و تملیک اعتباری محقق شود تصرف شمرده می شود ولی مجرد اجرای صیغه خواه از وکیل در مجرد انشا و خواه از فضولی، تصرف نیست تا حرام باشد. در این جا بین این که فضولی برای مالک بفروشد یا برای خودش، فرقی وجود ندارد و باز هم مجرد انشای عقد، تصرف به حساب نمی آید. بنابراین صغرای مرحله نخست ناتمام است.

ثانیاً کبرای مرحله نخست هم اشکال دارد؛ زیرا بر فرض که مجرد انشای عقد، تصرف شمرده شود ولی چنین نیست که مطلق تصرف در مال دیگری حرام باشد، بلکه برخی از تصرفات و انتفاعات از مال غیر به اتفاق کلمه جایز است و خود عقل، مستقلاً

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 468

به جواز آن حکم می کند، مانند استفاده از سایه دیوار کسی، استفاده

از نور چراغ دیگران، انتفاع از حرارت و گرمای آتش دیگران بدون این که وارد ملک آن ها شود. صرف بهره برداری های فوق، حرمت و قبحی ندارد، حتی بدون اذن مالك دق الباب کردن، قبح و حرمت ندارد. با وجود این می توان نتیجه گرفت که انشای عقد بالاتر از این ها نیست.

ثالثاً بر فرض که انشای عقد تصرف باشد و مطلق تصرف هم حرام باشد ولی در معاملات، میان حرمت تکلیفی و قبح عقلی به مناط مفسده نوعیه، با فساد و بطلان وضعی، ملازمه قطعی وجود ندارد و در مباحث اصولی ثابت شده است. آری اگر نهی، ارشادی وضعی باشد مفید بطلان است نه نهی تبعیدی شرعی که بر مجرد تحریم دلالت دارد.

رابعاً آیات و عمومات صحت، بر صحت وضعی مطلق بیع و عقد- از جمله صحت عقد فضولی- و حکم عقل و نقل مذکور، بر حرمت و قبح تصرف و تعدی و ظلم دلالت می کنند.

در اصول فقه ثابت شده است که احکام، از عناوین به معنونات سرایت نمی کنند و اجتماع امر و نهی جایز است یعنی عمل واحد (بیع فضولی) از این نظرگاه که بیع و عقد است صحیح و نافذ است و از این نظرگاه که تصرف و تعدی و ظلم است حرام و قبیح است، نظیر نماز در مکان غصبی که به عنوان صلاتی امر دارد و به عنوان غصبی نهی دارد و مانعی از فعلیت هر دو نیست.

نتیجه: مقتضی برای صحت بیع فضولی؛ یعنی عمومات و اطلاقات عقود و معاملات موجود است. و مانع از صحت هم مفقود است؛ زیرا موانع متصور یا متوهم همان است که تاکنون تحت عنوان ادله اربعه بر بطلان ذکر شد و پاسخ همه

آن‌ها را دادیم. بنابراین بیع فضولی محکوم به صحت شأنی است؛ یعنی موقوف بر اجازه مالک است و از این نظر مثل نکاح فضولی و بیع مکره است نه این که رأساً باطل باشد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 469

عدم تأثیر قصد فضولی در صحت بیع

اشاره

مسألة 5: لا- فرق في صحّة البيع الصادر من غير المالك مع إجازته، بين ما إذا قصد وقوعه للمالك أو لنفسه، كما في بيع الغاصب، ومن اعتقد أنّه مالك، كما لا فرق بين ما إذا سبقه منع المالك عنه وغيره؛ على إشكال فيه. نعم، يعتبر في تأثير الإجازة عدم مسبقيتها بردّ المالك بعد العقد، فلو باع فضولاً وردّه المالك ثمّ أجازته، لغت الإجازة على الأقرب وإن لا يخلو من إشكال، ولو ردّه بعد الإجازة لغا الردّ.

ترجمه: در صحت بیعی که توسط غیر مالک، با اجازه مالک، انجام شده است فرقی نمی‌کند که آن شخص، قصد کرده باشد بیع برای مالک واقع شود و یا برای خودش، مانند بیع غاصب و کسی که معتقد است خودش مالک است. چنان که فرقی نیست بین این که مالک قبلاً او را و [یا] غیر آن منع کرده باشد. [البته] اشکالی در این مورد [با منع قبلی] وجود دارد. البته در تأثیر اجازه بعد از عقد معتبر است که مالک آن را پیش از اجازه رد نکرده باشد. پس اگر به طور فضولی بفروشد و مالک آن را رد کند بعد اجازه دهد، این اجازه بنا بر اقرب، لغو است؛ اگرچه خالی از اشکال نیست. و اگر بعد از اجازه دادن رد کند، ردّش لغو است.

شرح: درباره بیع فضولی سه مسأله اساسی وجود دارد:

مسأله اول: این که فضولی برای مالک اصلی معامله کند

با امید به رضایت و اجازه مالك. منع قبلی هم در میان نیست. مانند آنچه در روایت عروه بارقی - که برای پیامبر اسلام (ص) بیع فضولی انجام داده بود - ذکر شد که اصل و پایه طرح بیع فضولی است. تاکنون حکم این مسأله تبیین شد. نظر مبارك امام راحل مثل نظر مشهور فقها و قوف بیع بر اجازه مالك اصلی است و با اجازه او صحیح و نافذ خواهد بود.

مسأله دوم: این که فضولی برای مالك اصلی معامله کند منع سابق هم وجود داشته باشد؛ یعنی مالك اصلی فضولی را از این بیع یا شراء منع کند اما او با وجود منع، این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 470

کار را انجام داد، به امید این که بعداً مالك وقتی مطلع شد اجازه کند.

مسأله سوم: این که فضولی برای خودش معامله کند و مال مردم را برای خودش بفروشد یا با پول مردم برای خودش کالایی خریداری کند. این صورت دارای دو بخش است:

1. بررسی این مطلب که آیا معامله برای خود فضولی صحیح است یا نه؟ این حالت در صورتی رخ می دهد که فضولی قبلاً چیزی را بفروشد سپس خودش آن را مالك شود و بعد، بیع فضولی خود را اجازه کند: «من باع شیئاً ثم ملكه فأجاز». کار دلال ها و واسطه ها نوعاً از این قبیل است که فعلاً بحث مورد نظر ما نیست.

2. بررسی این مطلب که آیا معامله برای مالك اصلی صحیح است یا خیر؟

آنچه مورد نظر است بحث درباره بخش دوم است. در این مبحث درباره دو نوع معامله کننده بحث می شود:

1. بحث درباره کسی است که واقعاً گمان می کند مالك است و با این اعتقاد معامله می کند و

متاع را برای خودش می فروشد؛ غافل از این که در واقع مالك نیست و مال مردم را برای خودش فروخته است. مثل وارثی که گمان می کند مورث از دنیا رفته است و ماترك او را به ارث برده و مالك شده است که بر همین اساس معامله می کند اما بعداً معلوم می شود مورث زنده است و وی مال پدرش را برای خودش فروخته است.

2. درباره کسی است که غاصبِ اموال مردم است و با علم و عمد این اموال را برای خودش می فروشد تا ثمن آن ها به ملك خودش درآید. بیش ترین مصداق بیع فضولیِ لِنَفْسِهِ که در مسأله سوم مطرح است، همین مورد (بیع غاصب) است.

حال از نظر ترتیب طبیعی، نخست باید مسأله دوم را بررسی کنیم، ولی از آن جا که در متن تحریر الوسیله در آغاز مسأله پنج، درباره مسأله سوم بحث شده است ما نیز از آن متابعت می کنیم و ابتدا به تشریح این مسأله می پردازیم، آن گاه درباره «بیع الفضولی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 471

للمالك مع سبق المنع منه» به بحث می نشینیم.

قطعاً بیع مزبور برای خود غاصب و فضولی واقع نمی شود و ثمن در ملك او داخل نمی شود، ولی این سؤال وجود دارد که آیا با اجازه دادن مالك اصلی، بیع برای خودش واقع می شود یا از اساس باطل است؟ دو پاسخ به این سؤال داده شده است:

1. به فتوای مشهور، معامله فوق صحیح است و برای مالك اصلی واقع می شود. دلیل ایشان در مسأله قبلی (مسأله چهارم تحریر) تشریح شد؛ یعنی اطلاعات و عمومات. صحیحه محمد بن قیس نیز بر همین مطلب دلالت دارد و ظاهراً مورد آن همین مسأله سوم است.

2. به

فتوای جمعی دیگر این معامله باطل است و اجازه هم مؤثر نیست. این عده دلایلی دارند که به عنوان موانع اطلاق و عموم مطرح است؛ زیرا با وجود اطلاق و عمومات عقود و معاملات، مقتضی برای صحت موجود است و اگر مانعی نباشد فتوا به صحت داده می شود ولی منکران صحت، اموری را مانع دانسته اند که اگر حق با آنان باشد عمومات و اطلاق صحت معاملات به این مسأله تخصیص و تقیید می شوند و بیع فضولی برای خودش، از آن ها استثنا می شود و بر فرض شك جای تمسك به عام و مطلق نیست؛ زیرا از قبیل تمسك به عام در شبهه موضوعیه مصداقیه است که جایز نیست. بنابراین برای ما مهم است که این موانع را مورد بحث قرار دهیم. در این جا سه مانع وجود دارد: 1. نقلی؛ 2. عقلی؛ 3. عرفی و عقلائی.

مانع اول: مانع نقلی: اولین مانع، روایات منع است که در مسأله قبل ذکر شد، مثل حدیث نبوی «لا تبع ما لیس عندك» و نبوی دیگر «لا بیع إلا فیما یملك» که یا ظهور در بیع الفضولی لفسه دارند و یا قدر متیقن همین است و یا بر فرض اطلاق، بیع فضولی لفسه را هم شامل می شوند و از چنین بیعی نهی می کنند. نهی یا نفی مذکور هم مفید فساد و بطلان است.

پاسخ شارح: قبلاً شش روایت از روایات منع ذکر شد و جداگانه مورد بحث قرار

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 472

گرفت به لحاظ سند و دلالت یا از جهت دلالت بر این روایات اشکال شد و این نتیجه به دست آمد که دلالت آن ها بر بطلان ناتمام است.

مانع دوم: مانع عقلی: معامله هنگامی

صحیح است که طرفین به قصد معاوضه جدی و واقعی، انشای معامله کنند و قصد هزل و معامله ظاهری و صوری کفایت نمی کند. در معامله فضولی (بیع مال مردم برای خود فضولی) قصد معاوضه واقعی منتفی است، لذا باطل است بلکه اصلاً معاوضه نیست.

توضیح: معاوضه حقیقی جابه جا شدن ثمن و مضمن است اما نه به تبادل مکانی بلکه به تبادل اضافه ملکیت؛ به این معنا که مضمن از ملك هر کسی که خارج شد ثمن به ملك همان برمی گردد تا معاوضه صدق کند و هرکدام جای خالی دیگری را در ملك او پر کند. در معامله فضولی مورد بحث تبادل، این گونه نیست زیرا مضمن از ملك مالك اصلی خارج می شود و ثمن در ملك بایع فضولی داخل می شود و جای مضمن در ملك مالك، خالی می ماند که این معاوضه واقعی نیست. از نظر شکل ظاهری معاوضه ای انجام گرفته است اما قطعاً فایده ای ندارد.

پاسخ و رفع مانع عقلی: شیخ اعظم در مکاسب فرموده است: چنین چیزی از قبیل مجاز ادعایی اصولی است. [974] توضیح این که گاهی تصرف در اسناد و نسبت است و از قبیل «اسناد الشیء الی غیر ما هوله» است؛ گاهی تصرف در ظاهر کلمه و استعمال آن در غیر موضوع له است و گاهی تصرف در امر عقلی است؛ یعنی ابتدا ادعا می کنیم که مثلاً رجل شجاع، فردی از افراد اسد است و در نیت، آن را نازل منزله حیوان مفترس می کنیم و برای اسد دو فرد واقعی و ادعایی قائل می شویم، سپس کلمه اسد را در فرد ادعایی استعمال می کنیم پس این ادعا و تنزیل و این استعمال در معنای مجازی نیست بلکه

در فرد ادعایی است. نام این عملیات ذهنی نامش حقیقت ادعایی است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 473

درباره بحث هم می‌گوییم: نخست فرد غاصب خود را به منزله مالك حقیقی فرض می‌کند که این فرض صد در صد جعل و اعتبار و تنزیل است و حقیقی نیست [975] ولی به دنبال این جعل و تنزیل که خود را مالك فرض کرد به طور جدی و واقعاً قصد معاوضه می‌کند نه مجازاً و به نحو شوخی. بنابراین منافاتی ندارد که اصل معاوضه، جدی و حقیقی باشد ولی در عین حال، بر يك امر جعلی و تنزیلی مبتنی باشد. آنچه در این جا مهم است حقیقت بودن خود معاوضه است. بنابراین مانع عقلی هم منتفی است. [976]

نظریه محقق ایروانی: محقق ایروانی این پاسخ را پسندیده و در رد آن فرموده است: چگونه امکان دارد معاوضه ای که بر يك امر ادعایی و غیر حقیقی (همان ادعای مالکیت غاصب و جعل خود به منزله مالك اصلی) مبتنی است خودش حقیقی و واقعی باشد؟! آیا این فرع زائد بر اصل نیست؟ بنابراین معقول نیست که مالکیت بایع ادعایی و فرضی باشد ولی بیع او برای خودش حقیقی و واقعی باشد بلکه حداکثر، این هم ادعایی و مجازی و صوری خواهد بود و قطعاً ارزشی ندارد و نافذ نخواهد بود. [977]

نظریه امام راحل (قدس سره): امام راحل نیز همین اشکال را به شیخ اعظم وارد کرده و فرموده است: محال است غاصب با التفات و توجه به غصبیت و ادعای مالکیت، قصد تملیک حقیقی و جدی داشته باشد؛ زیرا چنین قصدی فقط از مالك حقیقی، متمشی (میسور) است؛ بنابراین هر چیزی - از جمله معاوضه غاصب - که بر حقیقت ادعایی مبتنی

باشد خودش نیز ادعایی می شود و در حیظه حقیقی و واقعی بودن وارد نمی شود، حتی نزد خود مدعی مالکیت نیز ادعائی است، نه حقیقی. [978] آنچه ارزشمند است معامله حقیقی است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 474

نظریه مرحوم خوئی: مرحوم آقای خوئی به دفاع از شیخ اعظم برخاسته و مقصود شیخ را به گونه ای بیان نموده که رافع اشکال محقق ایروانی باشد. وی می گوید، فعلاً کاری به صحت و سقم این معامله از منظر شارع یا از نظر عرف و عقلاً نداریم؛ [979] زیرا این ها بحث از احکام بیع است، فعلاً اصل صدق و تحقق مفهوم و حقیقت بیع مهم است و در صدق آن وجود متعاقبین و عوضین کفایت می کند و شناخت مالک ها مهم نیست. آن گاه مقصود اصلی بایع غاصب، اصل انشای تملیک عین به عوض و اصل مبادله مال به مال است، و لازم لا ینفک آن قصد دخول مبیع در ملک کسی است که ثمن از ملک او خارج شده است. همین مقدار در تحقق معاوضه حقیقی کفایت می کند.

در ضمن، فضولی قصد کرده است که معامله برای خودش واقع شود؛ زیرا خود را به منزله مالک واقعی قرار داده است، ولی این قصد، زیادی و لغو است و شرعاً و عرفاً اثری بر آن مترتب نیست اما قصد جدی اصل معاوضه محفوظ است و رضایت بعدی مالک اصلی هم که ضمیمه شود شرعاً و عرفاً نقصی ندارد و محکوم به صحت است. [980]

نظریه شارح: این پاسخ قابل خدشه است؛ زیرا اگر دو قصد در کار باشد یعنی فضولی یک قصد به اصل تحقق معاوضه و یک قصد به وقوع آن برای خودش دارد- خواه دو قصد در عرض

هم و مستقل باشند، خواه در طول هم، و دومی در ضمن اولی و تابع آن باشد، که منظور ایشان همین است.

شاید گفته شود قصد دوم زیادی و لغو است و به اصل وقوع معامله صدمه نمی زند، ولی حقیقت این است که فضولی يك قصد خاص و مقید دارد، یعنی قصد وقوع معامله برای خودش. اما قانون مقید این است که اگر قید، منتفی شد مقید هم منتفی می شود و قصد اصل معامله جدا نیست تا محفوظ باشد. منظور شیخ اعظم هم این مطلب نیست بلکه عکس آن است؛ زیرا شیخ مدعی بود که اول، جعل و ادعا و تنزیل است سپس [981]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2؛ ص 475

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 475

قصد معاوضه حقیقی مبتنی بر آن، ولی مدعای آقای خوئی این است که قصد اصلی به اصل ایجاد بیع تعلق دارد و يك قصد ثانوی و تبعی به وقوع بیع برای خود فضولی. اما این سخن غیر از سخنی است که شیخ اعظم مدعی بود.

پاسخ دیگری از امام راحل (قدس سره): امام راحل در کتاب بیع پاسخ دیگری از مانع عقلی داده و فرموده است: ایجاب و قبول در معاملات از قبیل اسباب واقعی و علل حقیقی برای ایجاد ملکیت و زوجیت و مانند آن نیست تا به محض انشای عقد و تحقق ایجاب و قبول، مسبب آن (ملکیت و مانند آن) حتماً محقق شود؛ نظیر ایجاد و وجود که از نظر رتبه گفته می شود: «اوجِد فُوجِد» یا نظیر کسر و انکسار، که با تحقق کسر لزوماً انکسار محقق می شود، بلکه از قبیل موضوع برای اعتبار عقلاست که وجود ایجاب و قبول

زمینه را برای اعتبار ملکیت از سوی عقلا فراهم می کند ولی این اعتبار مبادی خاص خود را دارد؛ در مواردی عقلا به دنبال ایجاب و قبول، ملکیت و مانند آن را اعتبار نمی کنند و در مواردی اعتبار می کنند. این موارد عبارت اند از: ایجاب و قبول مالک اصلی، ایجاب و قبول فضولی برای مالک اصلی، ایجاب و قبول فرد مکره و ایجاب و قبول غاصب. در تمام این ها اصل انشا و ایجاب و قبول بر يك روال است و قصد همه به اصل تحقق مبادله و انشای تملیک عین به عوض است ولی غرض ها متفاوت است. غرض انشاکننده اصیل این است که قبول هم ضمیمه شود تا عقلای عالم اعتبار ملکیت کنند، غرض فضولی به قصد مالک این است که اجازه مالک اصلی لاحق شود تا عقد و اعتبار ملکیت کنند، غرض مکره این است که از ضرر مورد تهدید فرار کند، و غرض غاصب هم از انشای تملیک عین به عوض، این است که به سودی برسد.

اگر در تمام این ها ایجاب و قبول به يك روال انشا می شود و مفاد آن ها، اصل مبادله مال به مال است و تنها غرض ها متفاوت باشد، مانعی ندارد که با اجازه بعدی مالک، برای مالک واقع شود و معامله صحیح باشد. [982]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 476

پاسخ دیگری از مانع عقلی: بر فرض که در مورد بیع غاصب ملتفت به غصب، این اشکال وجود داشته باشد ولی در مورد بیع جاهل غافل - که گمان می کند مال خود او است و با این اعتقاد وارد معامله می شود - این اشکال وجود ندارد؛ زیرا وی صرفاً ادعای مالکیت ندارد تا قصد معاوضه هم ادعایی

و صوری باشد و قصد معاوضه حقیقی از وی متمشی و مقدر نباشد، بلکه در اثر نسیان و غفلت، قصد جدی معامله را دارد و از این نظر نقصی ندارد، نظیر کسی که در مکان غصبی نماز می خواند ولی در اثر جهل به حکم یا موضوع، قصد قربت هم می کند و از این نظر نقصی ندارد، برخلاف عالم عامد. بنابراین مانع عقلی مرتفع شد. بر فرض وجود مانع عقلی، گفتنی است که مخصوص غاصب عالم عامد است و دلیل، اخص از مدعاست.

مانع سوم: مانع دوم به اصل قصد و معامله جدی و حقیقی مربوط بود، در مانع سوم این جهت مفروغ عنه گرفته شده و به اجازه مالک اصلی مربوط است. درباره این نوع بیع گفتنی است که قطعاً بدون اجازه مالک اصلی منعقد نمی شود و محتاج به اجازه است و از دو حال خارج نیست: یا همان را که با بیع فضولی انشا و قصد کرده است مالک اصلی اجازه می دهد و یا غیر آن را امضا می کند. صورت نخست اولاً قابل اجازه نیست؛ زیرا با حقیقت معامله یا حداقل با صحت آن منافات دارد زیرا معنا ندارد که مبیع از ملک مالک اصلی خارج شود ولی ثمن در ملک با بیع فضولی داخل شود؛ ثانیاً بر فرض که قابل اجازه باشد؛ اما قصد مالک اصلی این نیست که ثمن، ملک فضولی شود بلکه قصدش این است که ثمن در ملک خود او داخل شود. درباره صورت دوم هم شایان ذکر است که: اجازه، امضای عقدی است که انشا شده است، اما فضولی بیع را برای مالک اصلی انشا نکرده است؛ مشتری اصیل هم ثمن را به

مالك اصلی تملك نکرده است تا آن را امضا کند، بلکه برای فضولی انشا شده است؛ بنابراین «ما انشی لم یجز وما اجیز لم یُنشأ». پس چنین اجازه ای مؤثر نیست.

پاسخ: جواب های گوناگونی درباره نقد مانع سوم داده شده است که برای اختصار

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 477

تنها به پاسخ شیخ انصاری اشاره می شود. [983]

پاسخ شیخ اعظم: در این جا به پاسخ شیخ انصاری و به پیروی از ایشان پاسخ مرحوم آقای خوئی و امام راحل می پردازیم:

حقیقت معامله، مبادله مال به مال یا انشای تملیک عین به مال است و در این حقیقت غیر از تبادل مال ها در اضافه مالیت و ملکیت چیز دیگری دخالت ندارد، و این که مبیع از ملک چه کسی منتقل می شود و ثمن از ملک چه کسی؟ آیا عاقد و منشأ، مالک اصلی است یا وکیل است یا فضولی، مقوم مبادله نیست بلکه تمام این ها خارج از ماهیت بیع و جزء توابع و لوازم و مقارنات است. در مورد بحث ما توجه به این نکته ضروری است که بایع، خود را مالک می داند- یا ادعای مالکیت دارد و یا اعتقاد دارد که مالک است- قصد وقوع بیع برای خودش می کند ولی این قصد او صدمه ای به اصل معامله نمی زند و مانع از تحقق اصل مبادله نیست. بنابراین اگر قصد او مطابق واقع باشد و در واقع مالک باشد بحثی نیست و اگر قصدش مطابق واقع نباشد، خود این قصد لغو است و اجازه مالک اصلی، به اصل بیع و معامله تعلق می گیرد و معامله برای او واقع می شود چون مالک اصلی است. با این حساب مُجاز و مُنشأ تطابق دارند و همان که انشا

شده اجازه شده است و از این نظر اشکال و نقصی وجود ندارد تا باطل باشد. [984]

نتیجه: مانعی از شمول عمومات و مطلقات ابواب عقود و معاملات وجود ندارد و بیع فضولیِ لِنَفْسِهِ را شامل می‌شوند. و تفاوتی میان بیع فضولیِ لِنَفْسِهِ با شراء فضولیِ لِنَفْسِهِ وجود ندارد و در هر دو حال با اجازه مالک اصلی صحیح است و برای خود مالک واقع شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 478

بررسی بیع فضولی با وجود منع مالک

اشاره

بخش دوم: مسأله پنجم درباره بیع فضولی با وجود منع مالک از بیع است. درباره صحت این معامله با رضایت بعدی مالک اصلی و با امضای آن، دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول: به فتوای مشهور چنین بیعی منعقد می‌شود و عمده دلیل آنان اطلاقات و عمومات است که با نظر عرف و عقلا توافق دارد. زیرا از نظر عرف، به صرف انعقاد معامله جدی و حقیقی بر مال کسی و موافقت مالک اصلی کفایت می‌کند. عقلا هم مالک را ملزم به عمل به مفاد عقد می‌دانند و استدلال می‌کنند به امضا و رضایت خود او. مفاد آیات نیز همین است؛ یعنی تجارت، بیع و عقد بر مال کسی محقق شود و او هم رضایت می‌دهد؛ چه با رضای لاحق یا مقارن و چه با رضای سابق. بنابراین، مشمول اطلاقات و محکوم به صحت و لزوم وفاست؛ در نتیجه مقتضی برای شمول موجود است.

شیخ اعظم علاوه بر اطلاقات به صحیحه محمد بن قیس نیز استدلال کرده است؛ بر اساس این روایت، امام (ع) استفصال نکرد و از وجود منع سابقی یا مجرّد عدم اذن سؤال نکرد. ترك استفصال هم مفید عموم است پس با منع قبلی هم

اگر بعداً اجازه کرد صحیح و لازم است [985] ولی این استدلال قابل خدشه است و معلوم نیست ترك استفصال همه جا مفید عموم باشد.

اشكال: مالك وليده در مقام مشاجره گفته است: «إنّھا وليدتي باعھا ابني بغير إذني». بنابراین می توان گفت عدم اذن، اعم از این است که مجرد فقدان اذن قبلی باشد یا اصلاً با منع سابق باشد.

جواب شارح: از نظر منطقی آری اعم است ولی منطقاً از اثبات اعم، اثبات اخص لازم نمی آید و نمی توان گفت حتماً شامل فرض منع سابق می شود، بلکه فقط احتمال

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 479

آن وجود دارد؛ احتمال هم فایده ای ندارد. از نظر عرفی هم گفتنی است عدم اذن، با نهی سابق مبیئت دارد و فرق است میان کسی که در مقام نزاع بگوید: «من اذن نداده بودم» یا بگوید: «من نهی کرده بودم»؛ چرا که مبین شامل مبین نیست. بنابراین استدلال به صحیحیه ابن قیس مانند استدلال به فحوای روایت نکاح فضولی اشكال دارد ولی این مهم نیست، زیرا اطلاقات و عمومات دست مایه مناسبی برای استدلال ما هستند.

نظریه دوم: در مقابل مشهور، کسانی در مسأله قبلی بیع فضولی را از ریشه باطل دانستند، در این مسأله نیز بیع را باطل می دانند. این گروه به وجوهی استناد کرده اند که در این جا آن ها را با عنوان موانع شمول اطلاق و عموم بررسی می کنیم:

مانع اول: اصولاً چنین انشایی، با توجه به وجود نهی قبلی، بیع یا عقد نیست و موضوعاً از مطلقات خارج است.

این دلیل مردود است؛ زیرا اصل بیع و معامله جدی و حقیقی بودن مقطوع است و قابل انکار نیست و عرفاً هم نمی گویند چنین چیزی بیع نیست بلکه می گویند:

فلانی را مالک از فلان بیع نهی کرده بود ولی او نافرمانی کرد و آن بیع را انجام داد.

مانع دوم: اطلاقات، خطاب به مالکان است و مفادشان این است که «أوفوا بعقودکم» یا «أحلّ الله بیعکم» و ... با وجود منع سابق عقد فضولی، عقد مالک و بیع مالک نیست تا مشمول اطلاقات گردد.

این دلیل نیز مردود است و قبلاً بیان شد که به نظر عده ای عقد، قبل از اجازه، عقد و بیع مالک نیست ولی پس از اجازه نام عقد بر آن صدق می کند. البته ما این نظریه را نپذیرفتیم؛ زیرا پس از اجازه هم صدق حقیقی ندارد و حقیقه عقد مالک نیست بلکه عقد فضولی است که مورد اجازه مالک است و اسناد آن به مالک مسامحی است. ولی جواب بهتری داده شد اما آیه ای درباره آن وجود ندارد. در جواب گفته شد «أوفوا بعقودکم» تا تلاش شود و عقد خود مالک درست شود. اما آیه فرموده است: أوفوا بالعقود یعنی به عقدهایی که محقق می شود وفا کنید، البته اگر عقد بر مال دیگری

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 480

باشد وفای به آن، به شخص من ربطی ندارد- اگرچه ممکن است گفته شود: همین نیز به ما مربوط است، زیرا وقتی عقدی بر مال کسی واقع شد ما نیز باید آثار ملک مشتری را مترتب کنیم و بدون رضایت او تصرف نکنیم- ولی اگر عقدی بر مال من واقع شد اطلاق آیه آن را در بر می گیرد و از خارج باید رضایت من احراز شود تا منافی حکم عقل و نقل [986] نباشد. در مورد بحث، عقد و رضایت بعدی وجود دارد و نقصی در

میان نیست تا مشمول اطلاقات نشود.

مانع سوم: مهم ترین دلیل بیع فضولی داستان عروه بارقی است و در مورد آن منع سابقی وجود نداشته است و مورد بحث ما (وجود منع سابق) را شامل نمی شود.

این مانع نیز مردود است؛ زیرا دلیل اصلی ما عمومات و مطلقات است نه روایت عروه که به لحاظ سند ناتمام است. بنابراین مانع سوم هم باطل است.

مانع چهارم: وقتی قبلاً منع کرده- و مثلاً به شریک یا به فرزند خود گفته است: «حق نداری فلان جنس را بفروشی»- کاشف از کراهت باطنی است و معمولاً تا پس از عقد فضولی هم پایدار است و حداقل شامل یک آن، پس از بیع هم می شود. اگر کسی ادعا کند که در ردّ بیع مزبور، همین کراهت و عدم رضای باطنی کفایت می کند، و اجازه بعدی از موارد اجازه ای است که مسبوق به ردّ است و اجماعاً چنین اجازه ای نافذ نیست.

این مانع نیز مردود است؛ زیرا اولاً اصل بطلان مسبوق بودن اجازه بر ردّ، محل بحث است. مرحوم سید در حاشیه صریحاً می گوید:

الحقّ أنّ الردّ من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك ولا- يوجب الفسخ ... وأما ظهور الإجماع فمضافاً إلى المنع منه لا دليل على حجّيته ما لم يصل حدّ القطع.... [987]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 481

ثانیاً همان طور که مجرد رضای باطنی در انشای عقد و تحقق بیع و صحت آن کافی نیست و باید به مبرزی ابراز شود همین طور مجرد کراهت باطنی هم کفایت نمی کند و دلیل بر ردّ نیست بلکه باید به قول یا فعل، ابراز شود و مثل فسخ بیع است که نیاز به انشا دارد، به ویژه این که

دلیل بطلان و لغویت اجازه پس از ردّ، اجماع است و قدر متیقن از آن، فرض انشای ردّ است و در مورد بحث ما انشا نشده و صرف کراهت باطنی است.

مانع پنجم: اولویت. اگر ردّ لاحق، موجب انهدام معامله شود و اجازه پس از آن فایده ای ندارد پس منع سابق به طریق اولی عقد را منهدم می کند و اصلاً مانع از انعقاد می شود؛ زیرا دفع آسان تر از رفع است.

این مانع نیز مردود است؛ زیرا اولویتی که مبتنی بر «الدفع أسهل في الرفع» باشد يك اولویت ظنی و استحسانی است و ارزشی ندارد.

مانع ششم: اخبار و روایات منع. در مسأله قبلی چند روایت ذکر شد، مثل

«لا تبع ما ليس عندك

» و «

لا بيع إلا فيما يملك

«ولی همان جا از يك يك روایات جواب داده شد و از نظر دلالت یا از نظر سند و دلالت بر آن ها خدشه و اشکال وارد شد. بنابراین مانعی از شمول نیست و فتوای مشهور صحیح است و بیع فضولی با نهی سابق مالک در صورتی که بعداً اجازه کند صحیح است. بر همین اساس، امام راحل در متن فرموده است: «کما لا فرق بین ما إذا سبقه منع المالك منه وغيره علی إشکال فیه». وجه اشکال همان است که در موانع پیش گفته، ذکر شد که عمده اش مانع چهارم و ششم است ولی دارای اشکال و جواب بودند. به همین سبب، ایشان در کتاب البیع فرموده است:

لوبياع الفضولي مع سبق نهی المالك؛ بحيث وقع بيعه منهياً عنه من قبله فالظاهر صحته وصلوحه لتعقب الإجازة. [988]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 482

جریان بیع فضولی در بیع کلی در ذمه

گاهی ثمن و مثنم عین شخصی جزئی خارجی اند، مثل این کتاب،

آن دینار، و ... که قطعاً مالیت و ملکیت دارند و معامله بر آن ها منعقد می شود. ولی گاهی هر دو یا یکی کلی است و به ذمه طرف می آید و باید صاحب ذمه از عهده برآید. آنچه مورد بحث ماست همین کلی است.

نظریه مرحوم خوئی: ایشان فرموده است کلی بما هو کلی مالیت ندارد و تا به ذمه ای اضافه نشود متصرف به مالیت نمی شود. آن هم باید ذمه شخصی معین باشد؛ مثل يك خروار گندم به ذمه زید. ذمه کلی، مثل صد من گندم بر ذمه یا بر ذمه ای، بی فایده است؛ زیرا اضافه کلی به کلی موجب تعین و تشخیص نمی شود. [989] البته اضافه به ذمه شخص خاص و در واقع تعیین مالک ذمه، مقوم بیع نیست [990] بلکه اضافه به ذمه خاص از باب مقدمه است تا کلی مالیت پیدا کند و صلاحیت معامله داشته باشد. [991]

نظریه امام راحل: ایشان فرموده است: کلی بما هو کلی هم مال است اگرچه به ذمه ای اضافه نشود. شاهد مطلب این است که عقلاً (اهل بازار و اهل خبره و کارشناسان قیمت) برای يك تن گندم، مالیت قائل اند و بدون اضافه به فردی می گویند يك تن گندم مثلاً يك میلیون تومان قیمت دارد، يك مثقال طلا فلان مقدار ارزش دارد، و ... البته باید کلی صلاحیت وجود و تحقق داشته باشد [992] ولی بیش از آن لازم نیست که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 483

به ذمه ای اضافه شود. دیگر این که اگر خود کلی، مالیت نداشته باشد با اضافه آن به ذمه، مالیت درست نمی شود، زیرا اضافه ناقصه، [993] مثل عدم اضافه است و کفایت نمی کند و مالیت نمی آورد. اضافه تامه [994] هم فایده ای ندارد زیرا

بیع مبادله مال به مال است و باید قبل از انشای بیع، مالیت داشته باشد تا بیع بر مال واقع شود و مبادله مال با مال صدق کند نه این که به نفس انشا مالیت درست شود، چراکه امکان ندارد انشای بیع، اول چیزی را مال کند و در مرتبه بعد تملیک آن به غیر شود. بنابراین کلی بدون اضافه هم مالیت دارد. [995] امام راحل در ادامه فرموده است: اضافه به ذمه نه تنها موجب مالیت نمی شود بلکه مالیت را از کلی سلب می کند؛ زیرا خود ذمه و عهده، امری عقلی (ذهنی) است و کلی مقید به آن هم عقلی می شود و قابل تحقق در خارج نخواهد بود؛ زیرا مقید به قید عقلی تنها در عقل تحقق دارد نه در خارج. پس مالیت ندارد، بنابراین لزوماً خود کلی بما هو کلی - مثل صد من گندم - مالیت دارد [996]. [997]

با توجه به مطالب پیش گفته: اگر فردی عین شخصی ملک خود را بفروشد یقیناً بیع،

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 484

صحیح و شرعی است و تمام احکام بیع را دارد، اگر دین خود را بفروشد - مثلاً صد من گندم بر ذمه زید طلب کار است و مالک صد من بر ذمه زید است و آن را به بکر می فروشد - باز هم قطعاً بیع صحیح و مشروع است. و اگر ابتداءً چیزی را بر عهده خود معامله کند - مثلاً صد من گندم بر ذمه خودش بفروشد، یا حالاً و یا سلماً، نقداً یا به نسیه - باز هم قطعاً بیع است و احکام آن را دارد. و چون از طرف اصیل صورت گرفته است موقوف به اجازه کسی نیست.

ولی اگر شخص دیگری که نه مالک

است و نه مأذون، عین مال کسی را بفروشد- برای خودش یا برای مالک اصلی بدون منع سابق، یا با منع سابق- قطعاً بیع، فضولی است و مطالبی که در سه مسأله اصلی بیع فضولی مطرح شد شامل این فرض هم می شود و با اجازه مالک اصلی صحیح خواهد بود.

اگر دین کسی را بدون اذن صاحب و مالک ذمه به دیگری بفروشد- مثلاً بگوید: يك تن گندمی که زید بر ذمه بکر طلب دارد به خالد فروختم- باز هم قطعاً بیع فضولی است و همان دو نظریه در این جا وجود دارد و به فتوای مشهور با لحوق اجازه صحیح است. سخن در این جاست که ابتداءً مالی را بر عهده کسی بفروشد یا متاعی را بر عهده کسی خریداری کند، اصل فضولی بودن معامله معلوم است ولی مباحثی چند مطرح است و قبل از طرح آن ها باید بدانیم که صاحب ذمه یا به تصریح با بیع فضولی، معین می شود و یا از ظاهر کلامش فهمیده می شود و یا در قصد و نیت فضولی است. با توجه به این مطلب چند بحث مطرح است:

الف) آیا با اجازه بعدی صاحب ذمه این معامله صحیح است یا رأساً باطل است؟ از نظر مشهور این معامله هم محکوم به صحت است. دلیل ایشان اطلاقات و عمومات است. از نظر غیر مشهور این معامله فضولی باطل است و علاوه بر موانعی که پیش تر در مورد بیع عین شخصی ذکر شد، دو مانع دیگر در خصوص بیع کلی در ذمه وجود دارد:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 485

1. کلی مالیت ندارد تا بیع و مبادله از مال به مال صدق کند، بنابراین تخصّصاً از

اطلاق و عموم خارج است.

از این مانع در مقدمه همین بحث پاسخ دادیم؛ یعنی کلی بما هو کلی مالیت دارد خواه با اضافه به ذمه معین باشد که در مورد بحث چنین است، خواه بدون اضافه به ذمه باشد که فعلاً مورد بحث نیست.

2. کلی ملکیت ندارد و بیع، مبادله اضافه مالکیه است؛ یعنی بایع اضافه مالکیت خود را نسبت به مبیع به مشتری منتقل می کند، متقابلاً مشتری هم علاقه مالکیت خود نسبت به ثمن را به بایع منتقل می کند. پس کلی قابل بیع نیست.

پاسخ این مانع هم روشن است؛ زیرا در تعریف بیع، سخن از مبادله مال با مال است نه مال با ملک یا ملک با ملک. قبلاً تبیین شد که نسبت مال و ملک، عموم من وجه است: امکان دارد چیزی مال باشد، مورد معامله هم واقع شود ولی ملک کسی نباشد، مانند اوقاف عامه بنا بر این که عنوان یا جهت مالک نباشند.

نتیجه: از نظر مشهور بیع فضولی در بیع کلی در ذمه نیز جاری و ساری است و با اجازه صاحب ذمه محکوم به صحت است، آری اگر صاحب ذمه ردّ کرد معامله باطل می شود.

سؤال: چه اشکالی دارد همان طور که در بیع الفضولی لنفسه قید «لنفسه» بودن را الغا کردیم در این جا هم قید «در ذمه دیگری بودن» را الغا کنیم و با ردّ صاحب ذمه به بطلان معامله حکم نکنیم بلکه به وقوع آن برای خود بایع فضولی حکم کنیم؟

جواب: اضافه کلی به ذمه دیگری و قصد وقوع معامله برای صاحب ذمه باعث می شود تا معامله معیناً برای او باشد و چنین نیست که قید «فی ذمه الغیر» بودن زیادی باشد

تا با الغای آن، برای عاقد واقع شود، بلکه مقوم اصل معامله است و با ردّ صاحب ذمه کلاً باطل است؛ زیرا «ما قصد لم يقع» و عقود تابع قصودند.

(ب) در فرضی که «فی ذمه الغیر» را ذکر نکرده و تنها قصد و نیت باطنی اش غیر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 486

است ولی عبارت عقد مطلق است. در این جا يك بحث این است که اگر صاحب ذمه اجازه کرد معامله صحیح است و طرف اصیل برای استیفای دین و ما فی الذمه به او مراجعه می کند و ثمن را هم به او می دهد، ولی اگر ردّ کرد محل بحث است.

به نظر مشهور چنین معامله ای رأساً باطل است. [998]

نظریه محقق نائینی: اگر صاحب ذمه اجازه داد معامله برای او واقع می شود و او طرف الزام و التزام می شود؛ ولی اگر رد کرد معامله واقعاً برای بایع واقع می شود نه این که ظاهراً علیه او حکم شود. ایشان برای اثبات صحت واقعی بیع برای بایع، سه امر مسلم در باب معاملات را مطرح کرده است:

1. امور بنایی، [999] و غرض های مورد نیت [1000] هیچ تأثیری در عقد و معامله ندارد.

2. هر يك از متعاقدان مالك الزامات و التزامات و تعهدات عقدی هستند؛ یعنی مشتری می تواند بایع و موجب را به انجام تعهدش ملزم کند، متقابلاً موجب هم می تواند قابل را به آن ملزم نماید.

3. در معاملات، تعیین مالك ها معتبر و شرط نیست و بدون آن هم معامله با تعیین عوضین و وجود متعاقدين محكوم به صحت است.

نتیجه: خود عاقد ملزم به تعهدات صریح یا ضمنی و قصدی است نه دیگران، پس یا باید رضایت صاحب ذمه جلب شود و مبیع بر ذمه او بیاید

باید از عهده برآید و وجهی برای بطلان معامله نیست. [1001]

پاسخ امام راحل (قدس سره): امام راحل در پاسخ محقق نائینی فرموده است: عدم تأثیر امور بنایی و غرض های مورد نیت ارتباطی با مورد بحث مورد نظر ما ندارد؛ زیرا در آن موارد غرض منوی و امر بنایی، خارج از عقد است و رکن مقوم آن نیست ولی در مورد بحث ما تعیین مالک صاحب ذمه با قصد، رکن مقوم است و قطعاً عقود تابع قصد است و بایع از ابتدا به قصد غیر، انشا کرده نه به قصد خودش؛ بنابراین وجهی ندارد که عقد با رد صاحب ذمه، برای عاقد واقع شود در حالی که مقصود از معامله نیست و عقد تابع قصد است.

از این جا بطلان مقدمه دوم که خود طرفین عقد ملزم باشند به دست می آید، زیرا بایع فضولی طرف الزام و التزام نیست تا مشتری اصیل حق داشته باشد به او مراجعه کند. وی چیزی را بر عهده نگرفته است تا ملزم باشد؛ فقط انشای عقد کرده است بر ذمه دیگری.

البته اگر طرف اصیل قصد او را انکار کرد یا اظهار بی اطلاعی کرد در ظاهر حق دارد به او رجوع کند و او را ملزم نماید که این، بحث دیگری است. علاوه بر این که کلی بما هو کلی تا به ذمه ای اضافه نشود تعیین پیدا نمی کند و بایع آن را به ذمه دیگری اضافه کرده است و در واقع او طرف معامله است و اگر اجازه نکرد معامله باطل است. [1002]

(ج) گاهی عاقد، هم عقد و معامله را به خود اضافه می کند و هم ذمه

را، مثلاً می گوید: «اشتریتُ هذا لنفسی بدرهم علی ذمّتی»؛ یقیناً چنین معامله ای صحیح است و نیازی به ذکر هر دو قید («لنفسی» و «علی ذمّتی») یا ذکر یکی از آن دو نیست و اطلاق کلام هم بر خود عاقد جمع می شود؛ زیرا ارتکاز عرفی و عقلایی همین است که برای خود و با پول خود خریداری می کند.

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 488

گاهی هر دو را به شخص دیگر اضافه می کند، مثلاً می گوید: «اشتریت هذا لزید بدرهم علی ذمّته»؛ این هم قطعاً فضولی است و منوط به اجازه صاحب ذمه است.

گاهی یکی را به خود اضافه می کند و دیگری را به فرد دیگر نسبت می دهد. مثلاً شراء را به دیگری اضافه می کند و ذمه را به خودش، و می گوید: «اشتریت هذا لفلان بدرهم علی ذمّتی». یا به عکس آن؛ یعنی شراء را به خودش اضافه می کند و ذمه را به دیگری و می گوید: «اشتریت هذا لنفسی بدرهم علی ذمه فلان» که در واقع جمع متنافیان کرده است؛ زیرا معقول نیست متاع به ملك کسی درآید در حالی که ثمن از ملك او خارج نمی شود و بر عهده او نمی آید. متقابلاً معقول نیست که عهده کسی به ثمن مشغول شود در حالی که متاع در ملك او داخل نمی شود و این خلاف مقتضای معامله است. حال در این گونه موارد چه باید گفت؟

شیخ اعظم در مکاسب در مورد مثال اول دو احتمال داده است: 1. بطلان معامله؛ زیرا اضافه های مذکور منافی با مقتضای عقد است و در واقع مثل این است که فردی با عین مال خودش متاعی را برای دیگری خریداری کند که ثمن از ملك آن

فرد خارج شود ولی مضمن در ملك ديگري داخل شود؛ اين مبادله، مبادله حقيقي نيست تا صحيح باشد.

2. صحت معامله؛ با الغای یکی از دو قید مذکور یا باید قید «لفلان» را نادیده بگیریم و حکم کنیم به صحت معامله برای خود عاقد، و یا قید «علی ذمّتی» را ملغی کنیم و معامله را برای غیر، صحیح بدانیم که از نوع فضولی می شود و با اجازه غیر، صحیح است.

درباره مثال دوم نیز دو احتمال وجود دارد: 1. معامله مذکور از قبیل دین باشد که انسان با عین مال دیگری برای خودش متاعی خریداری کند. این حالت قبلاً در صدر مسأله پنجم بیان شد و راهش این بود که قصد اصل مبادله مال به مال محفوظ و قصد نفس ملغاست. در مورد بحث هم که با کلی در ذمه دیگری متاعی را برای خود

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 489

خریداری می کند قصد نفس لغو باشد و با اجازه صاحب ذمه برای او واقع شود. البته راه این که شراء مذکور معقول شود، این است که یا ادّعی مالکیت کند یا معتقد باشد که بر ذمه غیر طلب دارد و مالک در همی است و با آن متاعی را برای خودش خریده است و چون در واقع طلب کار نیست قصد نفس لغو و قصد اصل معامله بر ذمه غیر صحیح است و با اجازه او برای صاحب ذمه واقع می شود. 2. معامله برای خود عاقد صحیح باشد؛ زیرا در مقام انشای اول، قید «لنفسه» را آورده و خودش را قصد کرده است سپس قید «علی ذمه فلان» را آورده است، چون با قید قبلی منافات دارد پس باطل و بی اثر

خواهد بود. ضمناً شیخ اعظم در مورد مثال دوم احتمال بطلان را ذکر نکرده است؛ در پایان هم يك طرف را اختیار نکرده و فرموده است:

«والمسألة تحتاج إلى تأمل

».[1003]

نظریه محقق نائینی: ایشان در این باره دو مطلب بیان کرده است: 1. قید «لفلان» و «علی ذمّتی» یا قید «لنفسی» و «علی ذمّه فلان» تعارض دارند و تساقط می کنند [1004] و حکم به صحت معامله برای خود عاقد می شود و ملزم خواهد بود. طرف اصیل هم حق دارد به او مراجعه کند؛ زیرا پس از سقوط قیدها اطلاق عقد

«اشتریت هذا بدرهم

» می ماند که به طور طبیعی به عاقد منصرف می شود. [1005] منظور ایشان از انصراف بحسب طبعه، همان ارتکاز عرفی است؛ به این معنا که طرف برای خودش خریداری می کند نه برای دیگری.

نقد امام راحل (قدس سره): حضرت امام این مطلب را نقد کرده و فرموده است: اگر از اول، به صورت مطلق انشا کرده بود جای رجوع به عاقد بود؛ زیرا ارتکاز عرفی بیانگر همین مطلب است. ولی در مورد بحث ما از ابتدا عقد را به صورت مقید انشا کرده و قید «علی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 490

ذمّه فلان» یا «لفلان» را اخذ کرده است در کلی در ذمّه هم اضافه به ذمّه معین، در اصل معامله دخیل است و کلی بدون آن قابل معامله نیست. به همین سبب قصد غیر، رکن و مقوم است و با سقوط آن در اثر تعارض اصل معامله باطل است؛ زیرا عقد تابع قصد است و با سقوط قصدها، عقد هم سقوط می کند و با فرض انشای مطلق از اول امر، قابل قیاس نیست. [1006]

2. مطلب دوم محقق نائینی در مورد مثال اول، یعنی «اشتریت

هذا لفلان بدرهم فی ذمتی» است. وی می گوید: شراء برای غیر صحیح است. ایشان از دوراه این نظریه را توجیه کرده است: یکی از راه هبه ضمنی یعنی عاقد با انشای مذکور، نخست يك درهم در ذمه خود را به فلانی هبه کرده سپس برای فلانی با مال خود او متاعی خریده است که با اجازه فلانی صحیح خواهد بود، یا هم زمان با انشای واحد، هم هبه کرده و در ملك او داخل کرده است و هم شراء کرده و از ملك فلانی خارج کرده است.

دیگری از راه ضمانت است؛ معنای انشای مذکور این است که برای فلانی متاعی را خریدم به يك درهم در ذمه خود او ولی ضمناً ضمانت می کنیم که اگر نداد من از عهده برآیم، و اگر بر ذمه خودش متاعی برایش خریدم فضولی است و با اجازه صاحب ذمه صحیح است. [1007] بنابراین جای حکم به بطلان نیست.

این مطلب محقق نائینی هم ناتمام است؛ زیرا انشای واحد «اشتریت هذا لفلان بدرهم علی ذمتی» نه بالمطابقه بر انشای هبه یا انشای ضمانت دلالت دارد، نه بالتضمن، نه به التزام لفظی و نه به التزام عقلی؛ بلکه آنچه محقق نائینی ذکر کرد توجیهی بیش نیست؛ در نتیجه وجهی برای حکم به صحت معامله در موارد جمع متنافیان وجود ندارد و علی القاعده باید باطل باشد.

ضمناً کلام شیخ اعظم نیز ناتمام است: در مورد مثال اول چون هیچ وجهی برای

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 491

الغای یکی و حفظ دیگری نیست، و در مورد مثال دوم به این دلیل که از نظر عرف، صدر و ذیل کلام با هم ملاحظه می شود و تقدم در

ذکر در کلام واحد، مناط رجحان نیست بلکه عرف آن دو را متناقض می داند و قضاوت می کند که صدر و ذیل سخن شما تناقض گویی است و جای تساقط است نه ترجیح یک قید بر دیگری.

و این که در مثال دوم شراء متاع را برای خودش به کلی در ذمه غیر، قیاس کرد به باب شراء لنفسه با عین مال دیگری قیاس مع الفارق است؛ زیرا در عین خارجی، خود مال وجود دارد و مبادله حقیقه صدق می کند و ذمه نفس لغو است، ولی در کلی در ذمه تا به ذمه معینی اضافه نشود قابل معامله نیست، با اضافه به ذمه هم قصد ذمه، رکن و مقوم است و معامله بدون آن یا نیست یا باطل است زیرا »

العقود تابعة للقصور

« در نتیجه در هر دو مثال جمع متنافیان جای حکم به بطلان انشای مذکور است نه جای صحت. لذا امام راحل در کتاب البیع می فرماید:

إن قلنا: بأن هذه المبادلة لا تنافي ماهية البيع... فلا تنافي بين القيدین ويصحّ البيع بالإجازة، وإن قلنا: بمنافاتها لها، فالظاهر بطلان البيع في كلتا صورتين. [1008]

جریان فضولی در معاطات

از بحث های پیشین به دست آمد که بیع فضولی با اجازه مالک اصلی صحیح است و بیع، برای خود مالک واقع می شود، ولی قدر متیقن، بیع فضولی قولی است که با قول و لفظ انشا می شود یعنی فضولی بر مال کسی انشای بیع می کند و بعداً مالک اصلی آن را اجازه می کند. اما آیا فضولی، در معاطات و بیع فعلی هم جریان دارد و معاطات فضولی هم با اجازه مالک اصلی صحیح است یا نه، معاطات فضولی از اساس فاسد است؟ در این باره دو نظریه وجود دارد:

نظریه

اول: از نظر مشهور، معاطات فضولی وجود دارد و از نظر اقسام و احکام بیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 492

فضولی فرقی بین انشای بیع به قول یا به فعل وجود ندارد. نظریه شیخ اعظم [1009] و امام راحل [1010] و آقای خوئی [1011] همین است. ایشان دو دلیل برای گفته خود دارند: دلیل اول: عمومات و مطلقات باب بیع و سایر ابواب معاملات است. آیه در خصوص بیع می فرماید: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ. [1012] پیش تر بحث شد که معاطات قطعاً بیع است و به حکم آیه، حلال و صحیح است، البته اگر از فضولی واقع شد رضایت مالک اصلی هم لازم است و از نظر عرف و عقلاً بیش از اصل تحقق معامله جدی و عقلایی و رضایت مالک، چیزی معتبر نیست. اطلاق هم نظر عرف را تأیید می کند و رضایت هم با اجازه بعدی حاصل می شود و هیچ دلیلی بر مقارنت طیب نفس به عقد وجود ندارد. بنابراین مقتضی برای صحت و مشروعیت معاطات فضولی با اجازه مالک، موجود است و به زودی موانع هم منتفی خواهد شد؛ پس مشمول اطلاق آیه است.

دلیل دوم: خصوص روایت صحیحه محمد بن قیس است که قبلاً در اوایل مسأله پنجم بررسی شد. اطلاق صحیحه بیع فعلی و معاطاتی را شامل است و روایت عروه بارقی هم که ظاهرش معاطات است مؤید صحیحه است و اگر سندش مخدوش نبود خود، دلیل معتبری می شد.

نظریه دوم: گروهی غیر از مشهور قائل اند، بر فرض که فضولی در بیع با صیغه جاری باشد، اما در معاطات جاری نیست. این گروه دلایلی دارند که آن دلایل با عنوان موانع مشمول اطلاقات در این جا مطرح می شود تا ثابت شود

که مانع هم مفقود است و اطلاعات صحت، شامل معاطات هم می شوند:

مانع اول: معاطات یا اعطا و اخذ و قبض و اقباض با قصد تملیک و تملک، قطعاً

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 493

تصرف در ملك دیگری بدون اذن مالك است، و چنین تصرفی قطعاً قبح عقلی و حرمت شرعی دارد. ما هم از نهی شرعی، به حکم ملازمه به فساد و بطلان منتقل می شویم. در نتیجه معاطات فضولی باطل است و با اجازه مالك هم منعقد نمی شود.

نقد مانع: اولاً بر فرض که مالك اصلی راضی به تصرف نباشد ولی هر تصرفی، در هر حالی و از هر کسی حرام نیست بلکه از انسان عالم عامد حرام است و اگر از روی سهو و نسیان یا از روی خطا و اشتباه یا از روی اعتقاد و جهل مرکب و به گمان این که مال خودش است، در آن تصرف کند چنین تصرفی حرام نیست و حدیث رفع، حرمت خطا و نسیان را واقعاً رفع می کند. [1013] آن گاه در فرض خطا و نسیان، تصرف و قبض و اقباض حرام نیست تا کسی از راه حرمت بر فساد و بطلان استدلال کند.

ثانیاً در مواردی یقین داریم که مالك اصلی به اصل تصرف راضی است - هر چند به بیع راضی نیست - مثلاً متاعی را به فردی می دهد تا نزد کسی امانت بگذارد و به او تحویل دهد، او هم ضمن تحویل دادن، قصد تملیک می کند. چنین معاطاتی نیز حرام نیست تا مستلزم فساد باشد.

ثالثاً در مواردی یقین داریم که مالك اصلی به بیع هم رضایت دارد ولی آن را ابراز نکرده است، باز بنا بر این که به مجرد رضایت باطنی، معامله از

فضولی بودن خارج نشود [1014] چنین معاطاتی حرام نیست زیرا در باب حکم تکلیفی تصرف، اگر رضایت باطنی محرز باشد کفایت می کند و حرمت می رود، باز هم وجهی ندارد که از این راه به فساد منتقل شویم.

رابعاً در علم اصول ثابت شده است که در معاملات میان حرمت و فساد ملازمه ای وجود ندارد و چه بسا معامله ای تکلیفاً حرام باشد ولی وضعاً فاسد نباشد بلکه صحیح

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 494

باشد؛ نظیر بیع و تجارت در هنگام اقامه نماز جمعه. [1015]

خامساً بر فرض که مستلزم فساد یا ارشاد به فساد باشد اما فساد در موردی است که نهی به خود معامله تعلق گیرد، مثل نهی از بیع خمر و خنزیر و آلات قمار و ... ولی در مورد بحث ما نهی به عنوان کلی تصرف در ملک غیر تعلق گرفته است و این عنوان بر معاطات هم منطبق است. متقابلاً امر و ترخیص به عنوان بیع تعلق گرفته و بر معاطات منطبق است و از موارد اجتماع امر و نهی است و در علم اصول ثابت شد که اجتماع امر و نهی در شیء واحد جایز است و در واقع اجتماع حقیقی نیست؛ زیرا احکام از عناوین، به معنونات سرایت نمی کند. پس مانعی ندارد که عمل واحد (معاطات فضولی) به عنوان تصرف در مال غیر حرام باشد و به عنوان بیع حلال و صحیح باشد.

نتیجه: مانع عقلی و شرعی، از راه استدلال فوق، از شمول مطلقات، درست نمی شود.

مانع دوم: محقق تستری می گوید: معاطات در گرو دو امر است: یکی تراضی طرفین و دیگری قصد تملیک داشتن و هر دوی این امور از شؤون مالک اصلی است و از فضولی قابل صدور

و تحقق نیستند؛ پس معاطات فضولی واقع نمی شود. [1016]

نقد مانع: این مانع اولاً نقض می شود بر مطلق بیع فضولی؛ زیرا در همه جا تراضی مالکین و قصد تملیک آن ها معتبر است و مخصوص معاطات نیست، پس باید بیع فضولی با قول هم منعقد نشود، در حالی که مستدل این مطلب را نمی گوید.

ثانیاً ما منکر دو جهت مزبور نیستیم و رضایت مالک اصلی هم معتبر است ولی دلیلی بر لزوم سابق بودن آن بر معامله یا مقارن بودن با آن وجود ندارد. رضایت و قصد تملیک لا حق هم کفایت می کند که آن هم با اجازه بعدی حاصل می شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 495

مانع سوم: اصولاً معامله فضولی خلاف اصل و قاعده است و در امور کذایی به قدر متیقن که در این جا بیع فضولی قولی است بسنده می شود، و در معاطات فضولی به اصل فساد رجوع می شود.

نقد مانع: اولاً در بیع فضولی ثابت شد که این بیع هم مقتضای قاعده است و از نظر عرف و عقلاً آنچه مهم است اصل معامله و رضایت مالک است، اگرچه متأخر باشد. عموم و اطلاق هم بر همین نکته دلالت دارد. ثانیاً بر فرض که خلاف قاعده باشد ولی دلیل خاص (صحیح محمد بن قیس و روایت عروه بارقی و ...) وجود دارد که معاطات فضولی را هم در بر می گیرد. گفتنی است با وجود دلیل اجتهادی عام یا خاص نوبت به اصل فساد نمی رسد.

مانع چهارم: محقق نائینی می گوید: در معاملات قولی که با انشای تملیک محقق می شود حاصل و نتیجه مصدر از خود مصدر قابل انفکاک است یعنی ممکن است الآن انشای تملیک ایجاد شود ولی خود ملکیت که

حاصل آن است بعداً با اجازه مالك اصلی محقق شود. لذا فضولی در آن راه دارد و انشای قولی از هرکدام از مالك اصلی و فضولی میسر است. ولی در معاطات، حاصل مصدر (عطای خارجی) از خود مصدر (اعطا) قابل انفکاک نیست و تکویناً به محض اعطا، عطا محقق می شود.

بنابراین اگر اعطا از مالك اصلی با قصد تمليك باشد عمل او دو عنوان پیدا می کند: یکی عنوان ذاتی اعطا و دیگری عنوان عرضی و ثانوی تمليك؛ در واقع دو تبدیل وجود دارد: یکی تبدیل تکوینی مکانی است که مکان دو مال، عوض می شود و هرکدام به جای دیگری می روند؛ دیگری تبدیل اعتباری یعنی تبدیل اضافه مالکیت ها که هرکدام اضافه مالکیت خود را به دیگری منتقل می کند و لذا بیع معاطاتی هم محقق می شود؛ ولی اگر از سوی فضولی محقق شود تنها اعطای تکوینی مکانی است و دو جنس، مکانشان جابه جا شده است ولی اضافه های مالکی جابه جا نشده است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 496

تبدیل اضافه منحصرأ یا به ایجاد مادّه با هیئت [1017] است، و یا به فعل و اعطای مالك با قصد بیع است که از فضولی ممکن نیست و اجازه بعدی هم تأثیری ندارد؛ «لأنّ الشيء لا يتقلب عمّا وقع عليه». بنابراین معاطات فضولی منعقد نمی شود. [1018]

نقد مانع: قصد بیع کردن در ضمن معاطات و اعطای خارجی کاملاً امکان پذیر است؛ همان طور که فضولی با انشای قولی، قصد بیع می کند و با اجازه بعدی مالك، منعقد می شود، با اعطای خارجی هم می تواند قصد بیع و تمليك کند، و امر قصد آسان است. آن گاه اعطای او هم دو عنوان پیدا می کند: یکی عنوان ذاتی و اولی که همان

اعطای خارجی است و دیگری عنوان ثانوی اعتباری که با قصد معامله عطا می کند. در تحقق معامله و صدق آن هم بیش از این دخالت ندارد که نخست اعتبار ملکیت کند سپس آن را با مبرزی ابراز کند که همان فعل خارجی است، و از این لحاظ با انشای قولی فرقی ندارد. بنابراین فضولی در معاطات هم جاری است و اگر مالک اصلی اجازه کرد برای او واقع می شود.

البته تمام این بحث ها بنا بر مسلک تحقیق است که معاطات را هم بیع حقیقی جدی عرفی و مفید ملک و حتی تحقیقاً مفید ملک لازم می دانند. ولی بنا بر مسلک مشهور که معاطات را مفید اباحه تصرف می دانند آیا فضولی در آن جاری می شود؟ بنابراین که متعاطیان قصد اباحه تصرف داشته باشند، به شیوه فضولی بردار امکان پذیر نیست زیرا به محض این که فضولی، مال دیگری را بدون اذن مالک به فرد ثالثی داد و او هم گرفت - چه عالم باشد و چه جاهل - کار حرامی کرده، اگرچه در صورت جهل، معذور است و کیفر ندارد. چیزی هم که شرعاً و عقلاً به نحو حرام و قبیح محقق شد امکان ندارد با اجازه بعدی مالک اصلی مباح شود و از حرمت درآید: «لأنَّ الشَّيْءَ لَا يَنْقَلِبُ عَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ». از وقتی که اجازه آمد اباحه هم می آید ولی ربطی به معاطات فضولی ندارد؛

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 497

فضولی تنها به منزله آلتی برای ایصال و وصول است و در اباحه تصرف، مهم، رضایت مالک است که حاصل شده است و به دنبال آن، تصرف قابض مباح است.

ولی بنا بر این که قصد آن ها ملکیت است ولی شارع ملک را امضا

نکرده و اباحه تصرف را امضا کرده است آیا با اجازه مالک، معاطات فضولی مفید اباحه تصرف می شود یا خیر؟ پاسخ این سؤال در گرو این نکته است که اجازه را کاشف حقیقی بدانیم یا کاشف حکمی یا ناقل؟ کشف حقیقی که دلیل ندارد؛ بنا بر کشف حکمی هم اجازه نمی تواند در گذشته تأثیر کند و اباحه حکمی بسازد، زیرا از اول به نحو حرام محقق شده و قابل تبدل نیست، مخصوصاً که قصد طرفین ملکیت بوده است، نه اباحه. اباحه هم که خلاف مقتضای قاعده است. در این امور به قدر متیقن (معاطات مالک ها) بسنده می شود. بنا بر ناقل بودن اجازه هم مطلب روشن است که معاطات قبلی تأثیری نمی کند. اجازه مالک که آمد اباحه تصرف هم می آید. فضولی هم تنها مثل ابزاری برای ایصال و وصول است.

نتیجه: بنا بر این که معاطات، مفید اباحه باشد به صورت فضولی ایجاد نمی شود ولی بنا بر تحقیق که مفید ملک لازم است تمام احکام بیع فضولی قولی در معاطات فضولی هم می آید و با اجازه مالک اصلی منعقد می شود.

بررسی نافذ بودن شرط تأثیر اجازه

اشاره

بر مبنای مشهور [1019] اگر مالک ابتداءً اجازه و امضا نمود قطعاً نافذ است و مشمول عمومات و مطلقات صحت و لزوم معامله خواهد بود. ولی اگر ابتدا معامله فضولی را رد کرد سپس اجازه نمود آیا باز هم اجازه مؤثر است یا لغو است؟ به دیگر سخن: آیا شرط تأثیر اجازه مسبوق نبودن آن به رد است یا مطلقاً نافذ است، حتی اگر مسبوق به رد باشد؟

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 498

شیخ اعظم در مکاسب این امر را شرط می داند و می گوید:

«من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد». [1020]

در پایان هم

فرموده است:

وبالجملة فالظاهر هنا وفي جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب الفسخ. [1021]

بنابراین اگر ابتدا ردّ کند سپس اجازه کند فایده ای ندارد.

دلایل عدم نفوذ اجازه پس از ردّ

دلیل اول: اجماع: صاحب جواهر صریحاً ادعای اجماع کرده است [1022] شیخ اعظم هم می گوید ظاهراً مطلب اجماعی است. [1023] شاید مقصود این است که در مسأله کسی مخالفت نکرده است اگرچه عدّه ای سکوت نموده و مطلب را اصلاً مطرح نکرده اند. ولی به هر حال این دلیل پذیرفتنی نیست؛ بارها گفته شد که اجماع منقول حجیت ندارد، بر فرض که حجت باشد یا اجماع محصّل باشد، مدرکی یا محتمل المدرکیه است و ارزشی ندارد، مخصوصاً که قدما سکوت کرده اند.

دلیل دوم: این دلیل مهم ترین دلیل شیخ اعظم است که با ذکر مقدمه ای به آن می پردازیم: مفاد آیه أوفوا بالعقود این است که

«أوفوا بالعقود کم أیها المالکین

»، زیرا بر دیگران قطعاً وفا به عقد واجب نیست، و در معامله فضولی تا مالک اصلی اجازه نکند مخاطب به این خطاب نمی شود، پس از اجازه، مجیز به منزله یکی از دو طرف عقد می شود [1024] و عقد فضولی عقد مالک ها می شود و مالک ها مشمول خطاب مزبور می شوند.

تبیین اصل استدلال: همان گونه که اگر در عقد مالک ها، میان ایجاب و قبول، ردّ

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 499

فاصله شود و قبل از انشای قبول، فسخ بیاید معامله منفسخ می شود و با ردّ مذکور، عنوان عقد (معاهده و معاهده) منتفی می شود و قبول پس از ردّ بی فایده نخواهد بود همین طور اگر در عقد فضولی، قبل از اجازه، مالک اصلی رد کند اجازه بعدی فایده ای ندارد؛ زیرا مالک اصلی به منزله یکی از دو طرف عقد است و اجازه او به منزله یکی از ایجاب یا قبول است و

ردّ قبل از اجازه مثل ردّ قبل از قبول اصیل است که مانع از تحقق عقد و معاهده می شود و مشمول عموم آیه أوفوا بالعقود نمی شود؛ وقتی عموماً و مطلقاً آن را شامل نشد به اصل فساد برمی گردیم و حکم به بطلان می کنیم. بنابراین شرط تأثیر اجازه این است که مسبوق به ردّ نباشد. [1025]

نقد دلیل دوم: نه مقدمه و مبنای دلیل پذیرفتنی است و نه خود دلیل. مقدمه را نمی توان پذیرفت چون آیه از این نظر قیدی [1026] ندارد تا به ناچار با توجیه عقد، مالک بودن درست شود بلکه کافی است عقد بر مال مالک باشد. رضایت مالک هم لازم است تا وجوب وفا بیاید و این جهات با عقد فضولی و رضایت بعدی مالک تأمین می شود اگرچه قبلاً رد کرد و بعداً نادم شد و امضا کرد.

اصل دلیل هم پذیرفتنی نیست چون این ادعا که ردّ، مانع از تحقق عقد است نه در مقیاس علیه (ردّ در اثنای ایجاب و قبول) مورد قبول است نه در مقیاس (ردّ معامله فضولی قبل از اجازه). درباره اصل یا مقیاس علیه گفتنی است اگر ردّ ایجاب، از سوی مشتری باشد و بعداً قبول کند حتماً این ردّ آن ایجاب را از بین نمی برد زیرا ایجاب چه به معنای اراده مظهره باشد چه به معنای بناگذاری قلبی بر تملیک باشد، چه تعهد و التزام به تملیک باشد چه خود انشای تملیک یا تملیک به عوض، حتماً محقق شده است و مبادی خاص خود (تصور و تصدیق و شوق و اراده) را دارد. و تا این مبادی هست ایجاب هم هست و ردّ قابل، آن را نابود نمی کند تا قبول بعدی به

تعلق بگیرد و منعقد نشود. بنابراین پس از ردّ هم اگر نادم شد و انشای قبول کرد. عقد و معاهده محقق می شود و خطاب أوفوا بالعقود آن را شامل می شود. آری اگر قابل، رد کرد و رفت، به گونه ای که موجب از برگشتن او ناامید شد و دست از اراده و بناگذاری قلبی و تعهد خود برداشت، خود به خود ایجاب هم منتفی می شود و قبول تصادفی بعدی تأثیری ندارد.

و اگر ردّ ایجاب، از سوی خود موجب باشد؛ یعنی اگر قبل از قبول مشتری پشیمان شد و رجوع کرد و گفت: «نمی فروشم» بر مبنای مشهور- که ایجاب، اراده مظهره یا تعهد قلبی یا قرار قلبی است- منهدم می شود؛ چون یقیناً اراده و بنای قلبی ندارد و قبول بعدی از سوی مشتری فایده ای نخواهد داشت.

بر مسلك امام راحل که حقیقت ایجاب را «تملیک به عوض» می دانند این امر با ایجاب محقق شده است و حتی از سوی موجب، قابل انهدام نیست بلکه او باید پایبند شرط و التزام خویش باشد؛ چون خطاب أوفوا بالعقود شامل او می شود؛ مخصوصاً بر اساس مبنای دیگر امام راحل که مقوم معامله، نفس ایجاب است و در ناحیه قبول، انشای تملك لازم نیست و رضایت به مضمون ایجاب کفایت می کند. بنابراین با انشا، ایجاب معامله محقق شده است و موجب، حق ندارد آن را رد کند و اگر رد کرد نافذ نیست و بر فرض شك، استصحاب بقای ایجاب جاری می شود؛ [1027] بنابراین ردّ ایجاب در اثنای معامله حتی از سوی خود موجب، ایجاب را معدوم نمی کند و صلاحیت دارد تا قبول بعدی ملحق و معامله کامل

شود، چه رسد به ردّ ایجاب از سوی مشتری و قابل.

و اما در مورد فرع و مقیاس که مورد بحث است: بر فرض که ردّ وسط، ایجاب قبلی را منهدم کند ولی قیاس مورد بحث ما به ردّ قبل از قبول، مع الفارق است. زیرا در این جا عقد محقق شده است [1028] و ردّ مالک اصلی آن را منهدم نمی کند و بنا بر جمیع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 501

مبانی موجود است. [1029] و وقتی عقد باقی است کافی است که انتساب به مالک هم پیدا کند تا بالفعل مؤثر باشد؛ و این با رضایت مالک حاصل می شود. بنابراین اجازه حتی اگر مسبوق به ردّ باشد باز مؤثر است و دلیل فوق، ناتمام است.

دلیل سوم: دلیل سوم [1030] شیخ اعظم قانون سلطنت یا حدیث

«إِنَّ النَّاسَ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» [1031]

است: مفاد مطابقی حدیث، سلطنت تام و مطلق مردم بر اموالشان است. یکی از مقتضیات و آثار و لوازم سلطنت مزبور اجازه یا ردّ کردن عقدی است که دیگران بر مال او انشا کرده اند. همان طور که اجازه اش مفید و مؤثر است ردّ او نیز مؤثر است و موجب می شود علاقه طرف دیگر عقد از مال او منقطع شود.

لازمه تأثیر ردّ این است که اجازه بعدی او شرعاً تأثیری ندارد؛ زیرا اگر باز هم اجازه اش مؤثر باشد ردّ او تأثیری ندارد و اگر ردّ، بی اثر باشد معلوم می شود سلطنت تامّه ندارد و این خلف فرض است، [1032] و خلف محال و باطل است. در نتیجه ردّ او مؤثر است و عقد فضولی را منهدم می کند و علقه شأنی طرف را از مال مالک قطع می کند. شیخ اعظم گفته است:

مع أنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم

تأثير الردّ في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما يلحقه الإجازة. [1033]

در پایان امر به تأمل کرده که نشانه ضعف این دلیل است.

نقد دلیل سوم: روایت اولاً به لحاظ سند مرسله است و از کتاب عوالی اللآلی نقل شده که مورد طعن است، لذا حجت نیست و ضعف آن هم جبران نشده است تا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 502

ارزشمند باشد. البته این ایراد در مثل حدیث سلطنت مهم نیست؛ زیرا اصل قاعده، عقلایی است و حدیث هم ارشاد یا تأکید و امضای همان حکم عقلاست و نیازی به سند قوی ندارد.

ثانیاً در مبحث معاطات بیان شد که این حدیث مُشَدَّرَع نیست تا در موارد شك به آن تمسك کنیم و مشروعیت امری را ثابت کنیم، بلکه در محدوده عرف و شرع، مردم بر اموالشان سلطنت دارند. بر این اساس استدلال به حدیث در مورد بحث ناتمام است زیرا آنچه مشکوک است این است که آیا تأثیر اجازة و نفوذ آن پس از ردّ شرعاً و عرفاً نافذ است یا خیر؟ مستدل با حدیث سلطنت، عدم تأثیر آن و لغو بودن اجازة بعدی و عدم مشروعیت آن را اثبات کرد؛ در حالی که اول باید از خارج، عدم مشروعیت اجازة ثابت شود تا در این محدوده از حدیث استفاده شود. بنابراین استناد به آن ناتمام است.

ثالثاً موضوع حدیث سلطنت، اموال مردم است؛ یعنی صاحب اموال بر اموال خود سلطنت دارند و دیگران حق ندارند بدون رضایت آن ها در مالشان دخالت و تصرف نمایند، در حالی که در مورد بحث ما، فضولی در مال مالك تصرفی نکرده، بلکه صرفاً انشای عقد نموده است و حدیث

دلالت ندارد که مالک بر مجرد انشای عقد دیگری بر مالش سلطنت دارد؛ اصولاً امکان ندارد مالک بر عقد فضولی مسلط باشد و آن را رد کند و با ردش عقد منهدم شود، زیرا عقد محقق شده است و به هر معنا که باشد [1034] تابع اراده و تعهد طرفین عقد است و ربطی به مالک اصلی ندارد تا آن را نفی و معدوم کند. و شاید «فتأمل» در کلام شیخ اشاره به همین جهت باشد.

رابعاً تا مالک اصلی برای طرف اصیل در معامله اجازه نکند، علاقه ملکیتی پیدا نشده است تا مالک با ردّ خود، آن علاقه و ارتباط را قطع کند بلکه کما کان بر ملک مالک اصلی باقی است و هیچ حق و پیوندی برای طرف حاصل نشده است، بنابراین ردّ

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 503

قبلی اثر ندارد تا مانع از اجازه بعدی باشد.

سخن محقق نائینی: محقق نائینی دلالت حدیث سلطنت را بر اشتراط تأثیر اجازه، به عدم ردّ سابق، کامل می داند و از سه اشکال مهمی که ذکر شد- غیر از اشکال سندی که مهم نبود- جواب داده است.

جواب از اشکال اول: اولاً قبول نداریم که اسقاط عقد [1035] از قابلیت حقوق اجازه، حکم شرعی است بلکه همان گونه که بیع، یکی از حقوق مالک است و مالک حق دارد مالش را بفروشد و اگر فروخت، بیعش نافذ است، ردّ نیز یکی از حقوق مالک است و اگر رد کرد نافذ و مؤثر است و نوبت به اجازه نمی رسد.

ثانیاً بر فرض که اسقاط جزء احکام شرعی باشد نه از حقوق مالک، ولی مثل جواز بیع و هبه است که حکم شرعی اند، و در عین

حال اگر مال خود را فروخت حق ندارد پس بگیرد و باید به عقدش وفا کند: «إذا تحقَّق البيع من المالك ينفذ عليه ولا يمكنه حلّه وإيجاد ضده». در صورتی هم که رد کرد و عقد را از قابلیت لحوق اجازه ساقط کرد حق ندارد اجازه کند و ردّ او علیه خودش نافذ است و باید به آن پایبند باشد و پشیمانی بعدی اش سودی ندارد.

جواب از اشکال دوم: جواب، داستان عدم تصرف فضولی در مال مالك است. اگرچه فضولی تکویناً در مال مالك تصرفی نکرده است [1036] و نیز تصرف اعتباری شرعی و عرفی (تملیک و تملك) هم نکرده است، زیرا با انشای فضولی مُنشأ (ملکیت) در عالم اعتبار هم محقق نمی شود و نیاز به اجازه مالك دارد، ولی به نظر خود فضولی، تصرف اعتباری شده و ملکیت برای مشتری محقق شده است، و اطلاق سلطنت مردم بر مالشان این انشا را باطل می کند و مالك حق دارد جلوی تصرف خیالی و تحقق ملکیت در خیال فضولی را بگیرد، و اگر این حق برای او محفوظ است پس ردّش نافذ است و اگر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 504

رد کرد نوبت به اجازه بعدی نمی رسد.

جواب از اشکال سوم: این جواب، جواب داستان عدم حصول علقه است. اولاً گرچه شرعاً علقه ملکیت حاصل نشده ولی عرفاً حاصل شده است و همین برای لغو نبودن ردّ مالك کافی است و علقه عرضیه را ابطال می کند؛ ثانیاً لازم نیست علقه فعلی باشد تا ردّ مؤثر باشد، بلکه کافی است علقه شأنی و قابلیت حصول ملك برای اصیل باشد؛ بدون شك این قابلیت در عقد فضولی وجود دارد، به گونه ای که نیاز

به انشای جدید نیست. بنابراین، ردّ مالک، این شأنیت و قابلیت را نابود می‌کند و عقد را از قابلیت لحوق اجازه و حصول فعلی ملکیت، ساقط می‌کند.

در لابه لای سخنان محقق نائینی دو قیاس هم مشاهده می‌شود:

1. وی ردّ مالک قبل از اجازه را به اجازه مالک قبل از ردّ قیاس کرده و گفته است: همان طور که اگر اول اجازه کند بعداً حق ندارد ردّ کند و ردّ او نافذ نیست، اگر اول ردّ کرد بعداً حق ندارد اجازه کند و اجازه اش نافذ نیست.

2. ردّ مالک را به باب فسخ بیع خیار قیاس کرده و گفته است: همان طور که فسخ ذی الخیار موجب فسخ معامله خیار می‌شود و رضایت بعدی هم قطعاً فایده ای ندارد و نیاز به عقد جدید دارد، ردّ مالک اصلی هم موجب انفساخ عقد فضولی می‌شود و آن را از قابلیت اجازه ساقط می‌کند.

نتیجه: از نظر محقق نائینی استدلال به حدیث سلطنت خالی از اشکال است. [1037]

پاسخ امام راحل (قدس سره): حضرت امام در کتاب البیع از همه این سخنان پاسخ داده است حاصل کلام ایشان به صورت خلاصه به قرار زیر است: سخن محقق نائینی (قیاس ردّ به بیع و این که چون حق بیع دارد حق ردّ هم دارد و چون پس از بیع حق ندارد فسخ کند و باید به آن وفا کند، پس از ردّ هم حق ندارد اجازه کند...) قیاس مع الفارق است

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 505

زیرا بیع، نوعی تصرف [1038] است و کلیه حقوق برای مالک محفوظ است ولی انشای فضولی تصرف در ملک غیر نیست تا به بیع قیاس شود؛ فضولی دایره سلطنت و اختیارات مالک را محدود نکرده است

تا حدیث سلطنت اجرا شود و حق ردّ را برای او ثابت کند. [1039] همچنین اگر مال خود را بفروشد مشمول اطلاق اوفوا بالعقود می شود و وفا بر او واجب است و حق فسخ ندارد، ولی اگر بیع فضولی را ردّ کند دلیلی بر لزوم وفا بر ردّ وجود ندارد و حق ندارد اجازه کند.

و اما مسأله تصرف فضولی در مال مردم به نظر خودش: اولاً فضولی اگر ملتفت باشد و برای مالک هم بفروشد حتی به نظر خودش تصرف اعتباری نکرده است تا ردّ به این برگردد؛ ثانیاً دلیل سلطنت کاری به نظر و عقیده و پندار طرف ندارد بلکه به واقع کار دارد؛ یعنی هر اختیاری واقعاً برای مالک وجود دارد و هیچ امری در واقع نباید مزاحم سلطنت او باشد و مجرد خیال تصرف ارزشی ندارد.

و اما داستان حصول علقه عرفی یا شأنی: به نظر متعاقدان علقه ملکیت حاصل شده است و گرنه شرعاً و عرفاً - نزد عقلا - علقه ای پدید نیامده است تا ردّ مالک، قطع آن علقه باشد. علقه شأنی هم کفایت نمی کند و نیازی به ردّ ندارد بلکه عدم اجازه و امضا کافی است و در حقیقت مالک اصلی، بر امضا و ترك آن مسلط است نه بر ردّ انشای دیگری که ربطی به مالک ندارد و تابع اراده و تصور و تصدیق فضولی است.

و اما قیاس ردّ به اجازه: این قیاس، مع الفارق است؛ زیرا پس از اجازه مشمول عمومات و جوب وفا می شود و بدیهی است که فسخ و ردّ بعد از اجازه لغو است ولی پس از ردّ سابق، دلیلی بر واجب بودن وفا به ردّ وجود ندارد؛ بنابراین حق اجازه

قیاس ردّ به فسخ معامله خیارى هم مع الفارق است زیرا فسخ به دلیل خاص، مبطل عقد و سبب انفساخ آن است و بدیهی است که پس از انفساخ، عقدی وجود ندارد تا دوباره اجازه و امضا کند، ولی در مورد ردّ دلیلی نداریم که سبب بطلان باشد؛ استدلال به حدیث سلطنت هم مصادره به مطلوب است بنابراین انشای فضولی منهدم نشده و قابل لحوق اجازه است. در نتیجه استدلال به حدیث سلطنت ناتمام است. [1040]

دلایل نفوذ اجازه پس از ردّ

تاکنون دلایل عدم نفوذ بررسی شد و نتیجه این شد که دلیل معتبری بر مشروط بودن تأثیر اجازه به عدم سبق ردّ وجود ندارد. گفتنی است نه تنها دلیلی بر اشتراط مزبور نداریم بلکه دو دلیل برخلاف آن داریم که اجازه پس از ردّ را هم نافذ می دانند:

1. صحیححه محمد بن قیس است که قبلاً نقل شد.

شیوه استدلال: مخاصمه، دلیل بر عدم رضایت است و اخذ ولیده و فرزندش، ردّ عملی معامله است؛ پس ابتدا معامله فضولی را ردّ کرد ولی بعداً مجبور شد و رضایت داد و همین رضایت و اجازه کفایت کرد. امام هم نفرمود: این اجازه کفایت نمی کند، بلکه با احکامی که صادر کرد زمینه را برای آن فراهم نمود. پس اجازه مالک پس از ردّ معامله هم نافذ است.

شیخ اعظم اصل ظهور حدیث را قبول کرده و حتی شبهه فعلی بودن ردّ را پاسخ داده و گفته است مانعی ندارد؛ ردّ فعلی هم مثل ردّ قولی صحیح است. ولی از آن جا که به نظر ایشان دلیل اول و دوم از ادله مشهور بر اشتراط کامل است و ظاهر صحیححه برخلاف آن است،

به طرح یا تأویل حدیث حکم کرده و گفته است:

وبالجمله فالظاهر هنا وفي جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 507

الفسخ فإن سلم ظهور الرواية في خلافه فلتطرح أو تؤوّل. [1041]

ولی قبلاً در ذیل صحیحه بحث شد که اصل ظهور آن در ردّ فعلی قبل از اجازه، مخدوش است؛ زیرا نه مخاصمه دلیل روشنی بر ردّ است و نه اخذ جاریه دلیل واضحی بر ردّ فعلی، بلکه شاید جاریه را به قصدهای دیگر گرفته است. اصولاً نیازی به قصد خاص ندارد بلکه جاریه ملک او است و تا زمانی که اجازه نداده است حق دارد ملک خود را دست هر کسی یافت، بگیرد؛ بنابراین اصل ظهور، اشکال دارد وگرنه با قبول ظهور نوبت به طرح یا تأویل نمی رسد. قبلاً هم در جواب دلیل شیخ اعظم ذکر شد که چنین عقدی هم مشمول عمومات و مطلقات، و محکوم به صحت است.

2. صحیحه ابن بزيع از امام هفتم (ع):

سألت أبا الحسن (ع) من امرأة أبتليت بشرب النبيذ فسكرت، فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفافت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلالاً هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال (ع):

«إذا أقامت معه بعد ما أفافت فهو رضاً منها»،

قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال

: «نعم». [1042]

شيوه استدلال: درباره حدیث نخست گفتمی است عقد نکاح بدون رضایت و طیب نفس لازم در معاملات، انشا شد، سپس زن آن را ردّ کرد، [1043] سپس به گمان این که عقد، شرعاً لازم است، به آن راضی شد. پس رضایت او بعد از ردّ است و با وجود این، حضرت

فرمود: این رضایت کفایت می کند و نکاح مزبور نافذ و مشروع است. پس رضایت و اجازه بعد از ردّ مؤثر است.

سه شبهه: 1. در مورد حدیث شایان ذکر است زن که اختیار نکاح به دست او است

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 508

و مالک امر نکاح است عقد نکاح را انشا کرده است: «ظاهر فرؤجت نفسها رجلاً فی سکرها»، و قیاس مورد بحث ما به این مورد ناتمام است زیرا ممکن است در این مورد که خودش انشاکننده است رضایت بعدی کافی باشد ولی در مورد بحث که فضولی انشای عقد کرده است رضایت پس از ردّ نافذ نباشد.

پاسخ: ظاهر حدیث این است که زن در حال مستی با مردی ازدواج کرده است اما حدیث نگفته است که خودش انشای عقد کرده یا دیگری، دیگری هم وکیل زن بوده، [1044] یا شاید غیر وکیل اجرای صیغه کرده است و اطلاق تعبیر با همه این ها می سازد. بنابراین انشای فضولی را هم شامل می شود. یا به گفته مرحوم سید در حاشیه: اگر خودش مباشرتاً عقد را انشا کرده باشد باطل است زیرا مجنون است و مسلوب العبارة. ناگزیر باید خصوص توکیل فضولی مدّ نظر باشد. [1045]

افزون بر این، بر فرض که ظهور مزبور پذیرفته شود ولی مناط حکم در انشای فضولی وجود دارد؛ یعنی عدم اقتران رضایت و طیب نفس به عقد که بعداً آمده و با وجود این، حکم به صحت شده است. مهم هم نیست که انشای قبلی از فضولی باشد یا از خود مالک و صاحب اختیار، اما به هر صورت، راضی نبوده و بعداً راضی شده است، بنابراین، حکم به صحت کرده است.

2. ظاهر عبارت «فانکرت» این

است که زن پس از هشیار شدن منکر اصل وقوع عقد است، نه این که اصل انشا را قبول دارد تا دعوا در فضولی بودن یا اکراهی بودن آن باشد.

پاسخ: عبارات بعدی «فَظَنَّت ... وفزعت» شاهد صدقی است بر این که اصل انشای عقد را قبول دارد و «انکرت» یعنی کراهت دارد و آن را امر منکر و ناپسند می داند و اگر هشیار بود چنین اقدامی نمی کرد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 509

3. شاید در خصوص نکاح، رضایت بعد از ردّ تعبداً نافذ است و ربطی به بیع فضولی ندارد.

پاسخ: اگر در اصل صحت بیع فضولی تردید داشتیم، پذیرش این احتمال ممکن بود ولی فعلاً پس از اصل مشروعیت بیع فضولی بحث داریم. احتمال تعبد در معاملات منتفی است، به همین سبب، علی القاعده فرقی میان نکاح و غیره نیست. پس صحیحه می تواند دلیلی بر مؤثر بودن اجازه پس از ردّ و دلیلی باشد بر این که شرط نیست اجازه مسبوق به ردّ نباشد.

مقتضای اصل عملی در مسأله: بر فرض که در بقای عقد فضولی، پس از ردّ مالک اصلی شك کنیم. در این صورت، استصحاب بقا جاری می شود و جزء بعدی یا قید آن (رضایت مالک) با اجازه بعدی وجداناً محقق می شود؛ آن گاه موضوع کامل می گردد و عمومات وفا به عقد اجرا و حکم به صحت و لزوم معامله می شود.

نتیجه نهایی: از نظر مقتضای قواعد، یقیناً ردّ مالک موجب انهدام عقد فضولی نیست و معامله فضولی به هر معنا که باشد [1046] باقی است و کافی است تا اجازه و رضایت مالک هم ملحق شود تا معامله به او منتسب شود. از نظر ادله خاصه و روایات هم اجازه پس از

ردّ نافذ است، حتی اگر اجازه فعلی و عملی باشد، از نظر اصول عملیه نیز نتیجه همین است؛ یعنی اجازه بعدی نافذ است و شرطیت مسبوق نبودن اجازه به ردّ ناتمام است. در عین حال از آن جا که شبهه اجماعی بودن اشتراط وجود دارد بزرگان فقه در این موارد با مشهور یا با ادعای اجماع، مخالفت کلی نمی کنند بلکه یا بر وفق مشهور فتوا می دهند- چنان که امام در متن تحریر فتوی داده است ولو آن را خالی از اشکال نمی داند- و یا دست کم احتیاط می کنند:

فالتحقیق بحسب القواعد: عدم اشتراط الإجازة بعدم مسبقیتها بالردّ إلا أن یقوم

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 510

إجماع علی ذلك، وإثبات الإجماع فی تلك المسألة المبنیة علی القواعد مشکل بل ممنوع والاحتیاط حسن. [1047]

لغو بودن ردّ پس از اجازه

در بخش قبلی به این نتیجه رسیدیم که اجازه به دنبال ردّ لغو نیست ولی امام راحل (قدس سره) در این بخش می فرماید: ردّ پس از اجازه لغو است؛ یعنی اگر مالک اصلی، ابتدا بیع فضولی را امضا نمود بعداً پشیمان شد و ردّ کرد این ردّ بی اثر است؛ زیرا به محض اجازه و امضا، عمومات أوفوا بالعقود و «المؤمنون عند شروطهم» و ... این معامله را فراگرفت. از نظر عقلاً هم معامله در حق او لازم شد و باید به آن وفا کند. بر همین اساس، ردّ بعدی جلوی تمسک به عمومات را نمی گیرد و خودش لغو است و مالک اصلی حق ندارد عقد را فسخ کند مگر این که یکی از موجبات فسخ (خیار عیب، خیار غبن و ...) موجود باشد یا طرفین تراضی کنند و اقاله در میان باشد.

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 511

اجازه فعلی

اشاره

مسألة 6: الإجازة كما تقع باللفظ الدالّ علی الرضا بالبیع بحسب متفاهم العرف ولو بالکنایة، كقوله: «أمضیت» و «أجزت» و «أنفذت» و «رضیت» و شبه ذلك، وكقوله للمشتري: «بارك الله لك فيه» و شبه ذلك من الكنایات، كذلك تقع بالفعل الكاشف عرفاً عنه، كما إذا تصرف فی الثمن مع الالتفات، و من ذلك ما إذا أجاز البیع الواقع علیه؛ لأنّها مستلزمة لإجازة البیع الواقع علی المثلّم، وكما إذا مكّنت الزوجة من نفسها بعنوانها إذا زوّجت فضولاً.

ترجمه: همان طور که اجازه با لفظی که به حسب فهم عرف، دالّ بر رضایت بر بیع است [1048] محقق می شود- مانند گفته مالک: «امضا کردم» و «اجازه دادم» و «نافذ نمودم» و «راضی شدم» و شبه این ها و مانند قول او به مشتری: «خدا در آن

به تو برکت دهد» و مانند کنایه های دیگر- با کاری که عرفاً کشف از رضایت او نماید هم محقق می شود، مانند این که با توجه [به معامله فضولی] در ثمن تصرف کند. همین گونه است وقتی مالک، بیع واقع شده بر ثمن را با توجه اجازه دهد؛ زیرا لازمه این اجازه آن است که بیع بر ثمن را اجازه نموده است. مثال دیگر این که وقتی زنی به صورت فضولی تزویج می شود، خودش را به عنوان زوجه، در اختیار [زوج] قرار دهد.

شرح: سخن در این مسأله، این است که اجازه به چه وسیله ای محقق می شود؟ آیا صرف رضایت باطنی مالک به معامله فضولی کفایت می کند؛ چه از راه انشای قولی کشف شود، چه از راه انشای فعلی، و چه اصلاً انشایی در میان نباشد و از سکوت و عدم رد مالک کشف شود؟ یا این که رضایت باطنی کافی نیست و باید به نوعی اظهار شود و مالک اصلی، انشای رضایت کند؛ یعنی آن را به سببی از اسباب ایجاد کند؟ بر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 512

فرض لزوم انشا، آیا انشای فعلی کفایت می کند [1049] یا انشای قولی لازم است و باید رضایت خود را با قول ایجاد کند؟ و بر فرض انشای قولی لازم باشد، آیا مطلق انشای قولی کفایت می کند- اگرچه با الفاظ کنایه باشد- یا لزوماً باید با قول صریح یا ظاهر دارای ظهور و متفاهم عرفی باشد و کنایه کافی نیست؟ در این باره چهار قول وجود دارد:

بررسی اقوال موجود در بحث

اشاره

1. فاضل مقداد در تنقیح می گوید: لزوماً باید به لفظ صریح- یا ظاهر عرفی- باشد و لفظ کنایه کافی نیست، چه رسد به غیر لفظ. از نظر ایشان، اجازه هم انشاست

و انشا، ایجاد معنا به لفظ است و همان گونه که در ایجاب و قبول قول و لفظ صریح لازم است و استقرای موارد، دلیل آن است در اجازه هم انشا به لفظ صریح، لازم است. [1050]

این نظریه به چند دلیل ناتمام است؛ اولاً استقرای مزبور ناتمام است زیرا معاطات تحقیقاً بیع است و بلکه بیع لازم است و با وجود این، با فعل اعطا و اخذ، انشا می شود نه با قول؛ ثانیاً بر فرض که در مورد ایجاب و قبول استقرا را بپذیریم ولی در اجازه قبول نداریم؛ زیرا اجازه امضای عقدی است که واقع شده و دلیلی ندارد که اگر در خود عقد قول و لفظ صریح معتبر است لزوماً در اجازه هم معتبر باشد؛ ثالثاً در باب شروط صیغه بحث شد که در خود عقد لفظ صریح لازم نیست و به هر لفظی که مقصود را تفهیم کند کفایت می کند، اگرچه کنایه و مجاز باشد؛ رابعاً اصل انشا بودن اجازه را قبول نداریم. در نظریه چهارم گفته خواهد شد که ماهیت اجازه رضایت قلبی به معامله است؛ خامساً بر مسلك امام راحل: در مورد قبول عقد هم انشا بودن را قبول نداریم بلکه قوام

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 513

انشا به ایجاب است، و قبول رضایت به انشا موجب است؛ سادساً از روایت صحیح ابن بزیر در مورد تزویج در حال مستی استفاده می شود که انشای فعلی کفایت می کند؛ سابعاً از روایت عروه بارقی هم استفاده می شود که لفظ صریح لازم نیست و لفظ کنایه کفایت می کند؛ مثلاً می تواند بگوید: «بارك الله في صفقة يمينك» و مانند آن.

2. اجازه، انشای رضایت است و باید قولی

باشد اما لزومی ندارد قول صریح باشد، بلکه کنایه هم کفایت می‌کند. این نظریه نیز مثل نظریه قبلی به چند دلیل ناتمام است جز این که از يك نظر، حق با این قول است: بر فرض که قول لازم باشد اما دلیلی بر به کار بردن قول صریح وجود ندارد و به کنایه هم کافی است.

3. تعدادی از فقهای بزرگ اجازه را انشای رضایت دانسته اند ولی گفته اند: انشای قولی لازم نیست؛ فعلی کفایت می‌کند. صاحب جواهر بر این امر ادعای اجماع کرده است. [1051] یکی از دارندگان این نظریه مرحوم آقای خوئی است که در مصباح بر مبنای خودش انشا را ایجاد معنا به لفظ نمی‌داند بلکه قوام آن را به اعتبار نفسانی و ابراز آن به مبرزی می‌داند و می‌فرماید؛ مهم نیست که آن اعتبار نفسانی را به لفظ صریح ابراز کند یا با الفاظ کنایی و یا با فعلی از افعال [1052] ابراز کند و به محض این که انشای فعلی رضایت حاصل شد استناد عقد و معامله به مالک اصلی صدق می‌کند و عمومات صحت و لزوم معامله، آن را شامل می‌شود و چیزی و رای این معتبر نیست. [1053]

این نظریه نیز مخدوش است؛ زیرا اگر فعل مالک، کاشف از رضایت باطنی باشد و به مناط رضایت باطنی کافی باشد پذیرفتنی است. مناط اصل رضایت باطنی است، از هر راهی که کشف شود، چه از راه قول چه از راه فعل و چه سکوت. ولی اگر با فعل انشا و ایجاد رضایت کند- که نظر آقای خوئی است- لازمه اش این است که اولین

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 514

تصرف مالک در عوض مبیع یا اولین تمکین زوجه در برابر زوج

حرام باشد؛ زیرا تصرف در ملک غیر است یا تمکین بدون احراز زوجیت است و با همین تمکین زوجیت ایجاد می شود. [1054] و قائل مذکور به این لازم ملتزم نیست. [1055] علاوه بر این، در نظریه چهارم هم مطلبی خواهد آمد مبنی بر این که در اجازه، انشا و ایجاد لازم نیست بلکه مجرد رضایت باطنی کفایت می کند، حتی اگر با فعل یا قول، ابراز نشود اگرچه غالباً کاشف از آن، قول یا فعل است.

4. از نظر شیخ اعظم اگر شبهه اجماع- بر لزوم اظهار رضایت باطنی به قولی یا به فعلی- نباشد، و از نظر صاحب جواهر اگر لزوم اظهار رضایت به اجماع فقها نبود، حتماً مجرد رضایت باطنی کفایت می کرد. شیخ اعظم برای این مطلب به سه شاهد استناد کرده که مرحوم آقای خوئی از هر سه شاهد جواب داده است.

شاهد اول: عمومات و مطلقات صحت بیع و وجوب وفا به عقد که مخاطب آن ها عرف است؛ مانند نظر عرف، چیزی بیش از اصل انشای عقد و تحقق معامله بر مال مالک و رضایت مالک برای اضافه شدن و انتساب عقد به مالک را لازم ندانسته است. بنابراین انشای رضایت و ایجاد آن با قول یا فعل لازم نیست و به تعبیر خود شیخ اعظم:

و حينئذٍ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي - السالمة عن ورود مخصص عليها عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله وانتقاله إلى الغير ورفع سلطنته عنه - أقوى حجّة في المقام. [1056]

پاسخ مرحوم خوئی: تمسک به آیات وفا و عقد و مانند آن بدهی البطلان است زیرا این عمومات عقد مالک ها را در بر می گیرد و عقد غیر مالک ها را در بر نمی گیرد

کوثر

مگر پس از انتساب عقد به مالك. گفتی است انتساب مزبور تنها در فرض انشای اجازه و اظهار رضایت باطنی است؛ چه به قول اظهار کند، چه به فعل. [1057] بنابراین صرف رضایت باطنی بدون ابراز و اظهار آن به يك مبرز، کافی نیست.

نقد جواب فوق: این پاسخ ناتمام است؛ زیرا انتساب به معنای این که میان مالك و عقد فضولی ارتباط و اضافه ای حاصل شود به نفس رضایت باطنی کفایت می کند، و آن که محتاج انشا و ایجاد می باشد عناوین معاملات است (عنوان بیع و اجاره و نکاح و ... که عناوین تسبیبی هستند) برای محقق شدن، احتیاج به انشا و ایجاد دارد خواه از اصیل باشد، خواه از فضولی. ولی اجازه امر تسبیبی نیست بلکه عقد فضولی امر تسبیبی است که محقق شده و اجازه، رضایت به آن است و از هر راهی که رضایت احراز شود کفایت می کند.

شاهد دوم: دومین شاهد، روایات متفرقه ای است که همه جا بر رضایت طرف تکیه کرده و مناط تمام را رضایت دانسته است؛ از جمله روایت صحیح ابن بزیع درباره ازدواج در حال مستی است که در مسأله قبل ذکر شد. حضرت در این روایت فرمود:

«إذا قامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاً منها»

که همین رضایت کافی است و نکاح با آن نافذ است.

دیگری روایات تصرف ولیّ خیار در مبیع است که می فرماید:

«فإن أحدث ... حدثاً ... فذلك رضاً منه فلا شرط». [1058]

این روایت هم تمام مناط را رضایت طرف دانسته که موجب لزوم است. فعل اقامه زن با مرد و احداث حدث هم کاشف از رضایت است نه این که به نفس این فعل ایجاد رضایت کند

و انشا لازم باشد.

دیگری روایات نکاح باکره است که اگر فضولی او را به عقد مردی در آورد سکوت

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 516

او کفایت می کند و رضایت و اجازه محسوب می شود. [1059] اما قطعاً مقصود، این نیست که در عقد باکره اجازه و رضایت او شرط نیست بلکه مقصود این است که سکوت او علامت رضا و کاشف از رضایت است و همین کفایت می کند، زیرا باکره از تصریح به الفاظ «اجازه دادم»، «راضی شدم» و مانند آن حیا می کند. سکوت هم نه قول است نه فعل تا سخن از انشا در میان باشد بلکه کاشف از رضای قلبی است آنچه مهم است رضایت باطنی به عقد است.

دیگری روایات نکاح عبد بدون اذن مولا است که دلالت دارند بر کفایت کردن سکوت مولی پس از علم و اطلاع از امر نکاح عبد. این سکوت اقرار به عقد [1060] و علامت و آیت رضایت است و موضوعیت ندارد؛ پس مناط، رضایت قلبی است.

دیگری روایات نکاح عبد بدون اذن مولا است که در مقام تعلیل می گویند:

«إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ وَإِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ...» [1061]

که آن هم با رضایت بعدی مرتفع می شود. در این روایات هم روی رضایت تکیه شده است. حاصل این که در روایات متعدد هم رضایت باطنی، علت تامه دانسته شده است نه انشا و اظهار آن. بنابراین از هر راهی که رضایت مالک کشف شود کفایت می کند، و اگر تصرف مالک هم اجازه محسوب می شود برای این است که کاشف از رضایت او است؛ همین گونه است اجازه قولی او. [1062]

پاسخ مرحوم خوئی: درباره اقامت زن با مردی که در حال مستی به عقد او درآمده و نیز درباره احداث حدث،

گفتنی است خود اقامت و احداث حدث، انشای فعلی است و طرف، رضایت خود را با فعل ابراز نموده است. این دو مورد هم دلیل بر کفایت نفس رضایت باطنی نیست. در سایر موارد هم که سکوت بکر یا سکوت مولی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 517

مطرح بود شایان ذکر است که: اولاً خود «سکوت» فعلی است که با قصد رضایت حاصل شده است و باز هم رضایت خود را با فعل سکوت ابراز نموده است؛ ثانیاً این موارد از محل بحث ما بیگانه است و قیاس مع الفارق است زیرا عبد برای خودش انشای عقد کرده است نه برای دیگری، بنابراین از فضولی مصطلح خارج است. پس این روایات هم نمی توانند دلیل بر کفایت رضایت باطنی مالک در عقد فضولی باشد. [1063]

تقد پاسخ فوق: این پاسخ نیز ناتمام است زیرا سکوت، عدم فعل است نه فعل تا طرف اصیل یا صاحب اختیار انشای فعلی داشته باشد، بلکه به مناط طریق و کاشف بودن از رضایت معتبر است، روایات مزبور از مورد بحث ما بیگانه نیست؛ زیرا در آغاز بیع فضولی بیان شد که مقصود از فضولی، فرد اجنبی تنها نیست بلکه مقصود، هر کسی است که مالک تصرف نباشد و استقلال و اختیار تصرف نداشته باشد چه مالک عین باشد، چه نباشد. بر همین اساس، عبدی هم که بدون اذن مولی ازدواج کرده است نکاحش فضولی است، مالکی که بدون اذن طلب کارها یا بدون اذن مرتهن، مال مورد رهن را فروخته است فضولی است. پس روایات فوق هم دلیل دیگری بر کفایت رضایت باطنی است.

شاهد سوم: کلمات فقها در موارد گوناگون شاهد بر این است که رضای

باطنی ملاك است و انشای اجازه و رضایت با قول یا فعل لازم نیست؛ برای نمونه، در باب اجازه معاملات فضولی گفته اند: سکوت کافی نیست ولی علت آن را نبود لفظ و ابراز رضایت ذکر نکرده اند بلکه دلیل آن را اعم بودن سکوت از رضایت دانسته اند؛ یعنی سکوت گاهی علامت رضا هست و گاهی نیست. و چون از اثبات اعم، اثبات اخص لازم نمی آید کافی نیست. بنابراین اگر در يك مورد رضایت را از سکوت کشف کردیم کفایت می کند.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 518

همچنین مشهور در مورد باکره ای که نکاح فضولی بر او اجرا شده و او سکوت نموده است فرموده اند: همین سکوت کافی است، نه به خاطر این که در این مورد اجازه ساقط است بلکه به خاطر این که سکوت او علامت رضاست و ظهور در رضا دارد. و اگرچه مفید یقین وجدانی نباشد ولی کفایت می کند:

«دفعاً للحرج علیها وعلینا

». و نیز در مورد بیع مکره صریحاً گفته اند:

«لورضی المکره بما فعله صحّ»

که تعبیر به رضایت نموده اند نه به اجازه. بنابراین، معلوم می شود که رضایت کفایت می کند. [1064]

شیخ اعظم به خاطر وجود این نمونه ها در سخنان فقهای عظام، قید اجماعی بودن اظهار رضایت را هم نفی کرده و فرموده است:

«وبالجملة فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتاد». [1065]

مرحوم آقای خوئی از این موارد هم پاسخ داده و فرموده است: مکفی بودن رضایت، فتوای جمعی از فقهاست که بر اساس اجتهاد خود به این نتیجه رسیده اند ولی فتوای آنان برای مجتهد دیگر حجّت نیست تا متقاعد شویم. [1066] به نظر ما با وجود عمومات و اطلاقات و نیز روایات خاصه ای که ذکر شد کفایت رضایت باطنی کاملاً مستند است و نیازی به

انشا و ایجاد اجازه با لفظ یا اعتبار آن در نفس و ابراز آن به يك مبرز [1067] نیست؛ اگرچه غالباً همراه با ابراز و اظهار است ولی لزومی ندارد و رضایت مالک از هر راهی که احراز شود کفایت می کند. فعل او هم - مثل تصرف در ثمن و تمکین زوجه - به مناط کشف از رضایت ارزشمند است، به همین سبب، امام راحل در متن از تعبیر

«الفعل الکاشف عرفاً عنه»

استفاده کرده است؛ یعنی فعل یا قول موضوعیت ندارند بلکه کاشفیت دارند و تمام مناط، کشف عرفی از رضایت باطنی است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 519

شیخ اعظم پس از اختیار کفایت رضایت و اثبات آن با شواهد گوناگون در پایان، درباره کافی بودن رضایت، دچار تردید شده است، به این دلیل که اگر رضای باطنی لاحق، کافی باشد لازمه اش این است که رضای سابق و مقارن هم کافی باشد، [1068] تا در نتیجه معامله ای که مقرون به رضایت مالک است از اول صحیح و لازم باشد و محتاج به اجازه بعدی نباشد، در حالی که فقها به این لازم ملتزم نیستند. پس قول به کفایت رضای باطنی پذیرفتنی نیست.

آن گاه شیخ این مطلب را تأیید کرده است: با این که اگر در جانب امضا و اجازه، مجرد رضای باطنی کافی باشد و معامله را لازم کند و نیازی به انشا نباشد باید در جانب فسخ معامله هم مجرد کراهت باطنی کافی باشد و نیازی به انشای فسخ نباشد و اگر چنین شد باید بیع فضولی با نهی سابق از اساس فاسد باشد زیرا نهی سابق، دلیل بر کراهت مالک است و معمولاً این کراهت تا هنگام معامله و تا آنی

پس از آن پایدار است، و همین فسخ است. همچنین بیع انسان مکروه باید از اساس باطل باشد زیرا آن جا هم تا آنی پس از معامله، کراهت باطنی دارد که همین فسخ معامله است، در حالی که فقها به این امور ملتزم نیستند.

بنابراین همان طور که کراهت باطنی فسخ نیست و انشای فسخ لازم است، به قرینه مقابله رضایت باطنی هم اجازه و امضا نیست و انشای اجازه لازم است. شیخ در پایان گفته است: «

إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخاً وإن كان مجرد الرضا إجازة

« که به این وسیله میان باب اجازه و فسخ تفاوت قائل شده است؛ یعنی در فسخ، انشا لازم است و در اجازه، رضا کافی است. [1069]

پاسخ امام راحل: ما به لازم اول (کفایت رضای مقارن برای صحت و لزوم، و عدم لزوم اجازه بعدی) ملتزم می شویم، [1070] زیرا مسأله اجماعی نیست تا التزام به آن، خلاف

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 520

اجماع باشد. و معتقدیم که لازم دوم- که در مؤید ذکر شد- لازم نمی آید و همان طور که خود شیخ در پایان اشاره کرد، میان باب اجازه و فسخ تفاوت است و قیاس میان آن دو مع الفارق است؛ زیرا در مورد اجازه، امر تسبیبی انشایی (خود عقد) با انشای فضولی حاصل شده و کافی است که رضایت مالک هم به آن ضمیمه شود تا انتساب عقد به او محقق شود و مشمول عمومات گردد؛ ولی فسخ، مثل اصل معامله محتاج به انشاست؛ زیرا حقیقت فسخ حلّ عقد و گشودن گره است و این معنا يك امر تسبیبی است که به سبب فسخ ایجاد می شود و نیازمند انشا و ایجاد قولی یا

فعلی است، در نتیجه عقد فضولی با نهی سابق هم قابل حقوق اجازه هست، عقد مکره نیز با رضایت بعدی محکوم به صحت است. [1071]

نتیجه: در اجازه بیع فضولی مالک مختار است با قول و لفظ صریح رضایت خود را اعلام کند یا با لفظ کنایی، یا با فعل یا با سکوت و مانند آن. یکی از آثار کافی بودن رضایت این است که اگر فضولی، متاع مالک را به ثمنی فروخت، سپس آن ثمن را با فرد دیگری معامله کرد و مالک اصلی، معامله دوم را اجازه کرد یا با تصرف در عوض آن ابراز رضایت کرد همین کافی است که معامله اول هم ممضات باشد زیرا اجازه دومی کاشف از این است که به اولی هم راضی بوده و لازمه اش رضایت به اولی است، وگرنه بدون رضایت به بیع اولی نمی تواند در عوض معامله دوم تصرف کند و این مطلب مبسوطاً در بحث عقود متعدد و متعاقب بر مال مالک یا بر عوض آن بررسی خواهد شد.

نظریه امام راحل (قدس سره)

حضرت امام درباره کفایت رضای باطنی، در کتاب البیع فرموده است:

لا يعتبر في نفوذ العقد الفضولي إلا الرضا، ولو شك في الرضا يحكم في الظاهر بعدم التأثير وعدم النقل لاستصحاب بقاء ملك كل منهما على حاله. [1072]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 521

سپس فرموده است:

وقد يقال باعتبار إنشاء الإجازة والإنفاذ وهو غير مرضی. [1073]

آن گاه چنین استدلال نموده است: لزوم انشای قولی یا فعلی اجازه و امضا برای یکی از سه امر است: 1. یا برای آن است که بدون انشای مزبور بر معاملات فضولی، اصل عنوان معامله صدق نمی کند؛ مثلاً تا مالک اصلی اجازه را انشا نکند بیع فضولی بیع

نیست، و نکاح او نکاح نیست؛ 2. یا برای آن است که هر چند بدون انشای اجازه هم، عقد فضولی عقد است، ولی کفایت نمی کند و باید عنوان «عقد المالك» یا، «بیع المالك» صدق کند تا صحیح و نافذ باشد؛ مثلاً مقصود واقعی آیه أوفوا بالعقود، «أوفوا بعقودکم» است و تا اجازه نباید و مالک، اظهار رضایت نکند این عنوان نمی آید؛ 3. یا برای آن است که گرچه عنوان «عقد مالک بودن» هم لازم نیست ولی انتساب عقد به مالک باید محقق شود تا معامله برای او واقع شود و تا انشای اجازه نکند انتساب محقق نخواهد شد.

از نظر امام راحل هر سه احتمال مردود است؛ زیرا صدق عنوان بیع و نکاح و عقد و ... بر بیع و نکاح فضولی ضروری و بدیهی است و جای تردید ندارد؛ چه مالک اصلی اجازه بکند، چه اجازه نکند. در فرض اجازه هم چه انشای اجازه ملاک باشد، چه نفس رضایت که تمام این ها در صحت و لزوم و سایر آثار و احکام معامله دخالت دارند نه در اصل صدق عنوان؛ بلکه عنوان بیع و عقد بر عقد باطل و فاسد هم اطلاق می شود چه رسد به عقد فضولی که از نظر مشهور از اساس فاسد نیست و منوط به اجازه مالک است؛ بنابراین احتمال اول مردود است.

لزوم صدق عنوان «عقد مالک» یا «عقدکم» و «بیعکم» هم مردود است؛ زیرا اولاً خلاف ظاهر عمومات است چون «العقود»، «البیع» و ... دارد و ظاهرش این است که وفا به هر عقدی، از هر عاقدی و نسبت به هر متعلقی واجب است. البته بدیهی است که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص:

عقد باید بر مال من باشد تا بر من وفا به آن واجب باشد و عقد بر مال دیگری در حق من وجوب وفا ندارد، ولی این که عقد بر مال من را خودم انشا کرده باشم یا وکیل یا مأذون یا فضولی انشا کرده باشد فرقی ندارد و آیه از این نظر یا اطلاق دارد و یا اگر ساکت است از نظر عرف و عقلاً فرقی ندارد و با رضایت بعدی مالک منعقد می شود.

ثانیاً؛ اساساً اگر صدق «عقد المالك» و «بيع المالك» لازم باشد باید عقد فضولی از اساس باطل باشد زیرا پس از اجازه، عنوان مزبور حقیقه صدق نمی کند و صحیح است اگر بگوییم: این عقد مالک نیست بلکه عقداً غیر است که مالک آن را امضا کرده است و نسبت به خود مالک صحت سلب دارد؛ بنابراین احتمال دوم هم مردود است.

در تحقق انتساب عقد به مالک هم نیازی به انشای اجازه نیست و به نفس رضایت مالک به معامله فضولی این انتساب، محقق می شود و اجازه قولی کاشف از رضای باطنی است، اجازه فعلی به مناط کشف ارزش دارد، سکوت هم اگر علامت رضا باشد به همین مناط ارزش دارد و نیازی به انشا نیست؛ آری برای ایجاد نفس معامله- که از عناوین تسبیبی است و به سبب قول یا فعل ایجاد می شود- انشا لازم است ولی برای رضایت به آن، انشا لازم نیست و رضایت کافی است؛ [1074] بنابراین، احتمال سوم نیز مردود است، در نتیجه: «لا يعتبر فی نفوذ العقد الفضولی إلا الرضا». البته باید رضای مالک احراز شود و مجرد احتمال کافی نیست. در صورت عروض شك هم استصحاب بقای ملك

بررسی کاشفیت و ناقلیت اجازه

اشاره

مسألة 7: هل الإجازة كاشفة عن صحّة العقد الصادر من الفضولي من حين وقوعه، فتكشف عن أنّ المبيع كان ملكاً للمشتري والتمن ملكاً للبائع من زمان وقوع العقد، أو ناقلة بمعنى كونها شرطاً لتأثير العقد من حين وقوعها؟ وتظهر الثمرة في النماء المتخلّل بين العقد والإجازة، فعلى الأوّل نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن للبائع، وعلى الثاني بالعكس، والمسألة مشكّلة؛ لا يترك الاحتياط بالتخلّص بالصلح بالنسبة إلى النماءات.

ترجمه: آیا اجازه، کاشف از صحت عقد فضولی از زمان وقوع عقد است تا کشف شود که مبيع از همان موقع، ملک مشتری و ثمن، ملک خریدار شده است؛ یا این که اجازه، ناقل است؛ به این معنا که اجازه، شرط تأثیر عقد است از وقتی که اجازه واقع می شود؟ نتیجه این [دو وجه] در نمایی که در فاصله عقد و اجازه، پیدا شده است ظاهر می شود. پس بنا بر وجه اول [یعنی کاشفیت] نمای مبيع، مال مشتری و نمای ثمن مال فروشنده است، و بنا بر وجه دوم [یعنی ناقله بودن] برعکس است؛ و این مسأله مشکل است، پس احتیاط درباره نماءاتی که [طرفین می خواهند] با هم مصالحه کنند ترك نشود.

شرح: اصل اعتبار اجازه در نفوذ و تأثیر معامله فضولی قطعی است ولی بحث در نحوه دخالت آن در صحت و لزوم و تحقق نقل و انتقال است. یعنی آیا اجازه کاشفیت دارد یا ناقل است؟ اگر کاشف باشد آیا از نوع کشف حقیقی است یا کشف حکمی؟ نظر مشهور کشف حقیقی است. به نظر مرحوم شریف العلمای مازندرانی استاد شیخ اعظم، کشف حکمی است و به نظر عده ای

نقل است.

شیخ اعظم در مکاسب می فرماید: کاشفیت به این معناست که وقتی اجازه آمد کشف می کند از این که آثار عقد در واقع، از همان زمان وقوع عقد، محقق شده بود؛ به گونه ای

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 524

که گویا اجازه، مقارن عقد بوده است. ناقلیت به این معناست که وقتی اجازه آمد از هم اکنون آثار عقد مترتب می شود و نقل و انتقال صورت می گیرد؛ به نحوی که گویا عقد در زمان اجازه انشا شده و قبلاً عقدی در کار نبوده است. [1076] و کشف حکمی به این معناست که تا اجازه نیاید اصل ملکیت نمی آید و به دنبال اجازه، بایع مالک ثمن می شود و مشتری مالک مثنی ولی به قدر امکان [1077] آثار و احکام ملکیت از زمان عقد مترتب می شود و در واقع «احکام کشف» از اول مترتب می شود نه خود «کشف واقعی» که ملکیت هم از لحظه عقد محقق شود. [1078] ثمرات این سه نظر توضیح داده خواهد شد.

دورنمای بحث: درباره کاشف یا ناقل بودن اجازه در سه مرحله بحث می شود:

مرحله اول: هر یک از کشف و نقل از نظر عقلی امکان دارد یا ممتنع است؟

مرحله دوم: بر فرض امکان، مقتضای قواعد (عمومات و مطلقات ابواب معاملات) کدام است؟

مرحله سوم: مفاد ادله خاصه (روایات باب بیع فضولی) کشف است یا نقل؟

بدیهی است که نخست باید امکان عقلی هر یک از نقل و کشف ثابت شود تا از مقتضای ادله عامه و خاصه بحث شود؛ زیرا اگر کشف ممتنع باشد قول به آن باطل است و ادله ای که امکان ظهور در آن دارند یا موهم آن هستند باید توجیه شوند و حکم قاطع عقلی به استحاله، بر ظواهر ظنی مقدم است، و نیز اگر نقل،

ممتنع باشد نمی توانیم روایات را بر آن حمل کنیم و اگر ظهوری هم باشد یا توهم دلالت وجود داشته باشد باید توجیه کنیم. بنابراین، بحث عقلی مقدم است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 525

تبیین مرحله اول (امکان یا امتناع ناقل بودن)

از سخنان فخرالمحققین به دست می آید که ناقل بودن، محال عقلی است؛ زیرا فرض این است که اجازه مالک، علت تامه تحقق ملکیت و نقل و انتقال نیست؛ مگر این که عقد جدیدی باشد، که قطعاً باطل است. بنابراین عقد فضولی هم دخیل است؛ یا به عنوان این که عقد مقتضی است و اجازه شرط است و یا به عنوان این که هرکدام جزء علت هستند و مجموعاً تأثیرگذارند کوتاه سخن این که لازمه نقل، تأثیر امر معدوم است زیرا در حالی که ملکیت و اثر و معلول محقق می شود- پس از اجازه- عقد که الفاضلی و متصرم الوجود است معدوم است، و تأثیر معدوم در موجود از محالات است زیرا عدم، اثر ندارد، چیزی نیست که مؤثر باشد، و با امر وجودی سنخیت ندارد و وجود مسانخت میان علت و معلول قطعی و لایتخلف است. بنابراین ناقل بودن اجازه عقلاً محال است. [1079]

پاسخ نقضی از دلیل فوق: در تمام علت های تامه مرکبه ای که دارای اجزای طولی و تدریجی هستند و هر جزئی می آید و می رود تا نوبت به جزء بعدی می رسد مطلب از همین قرار است؛ یعنی تا جزء اخیر محقق نشود معلول محقق نمی شود، در حالی که اجزای قبلی، مدت ها قبل معدوم و منقضی شده اند؛ مانند اجزای تدریجی عقد که حرف به حرف و کلمه به کلمه موجود و معدوم می شوند. وقتی جزء اخیر آمد ملکیت یا زوجیت هم می آید. بنابراین، شبهه و اشکال، مخصوص اجازه بر مسلك نقل

نیست بلکه در موارد مذکور هم هست، در حالی که فخرالدین این موارد را قبول دارد، هر جوابی که از این ها بدهد ما از شبهه مذکور همان جواب را می دهیم.

محقق نائینی در صدد توجیه برآمده و گفته است: منظور فخرالدین تأثیر معدوم در موجود نیست تا موارد مذکور نقض بر او باشد بلکه منظورش انفکاک انشا از مُنشأ و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 526

مصدر از حاصل مصدر است و می خواهد بگوید اگر اجازه را ناقله بدانیم لازمه اش این است که انشا از مُنشأ جدا شود؛ یعنی انشا و عقد الآن محقق شد ولی مُنشأ و حاصل مصدر، پس از اجازه محقق می شود، و این محال است [1080] زیرا از قبیل کسر و انکسار، فعل و انفعال و تأثیر و تأثر است، یعنی محال است کسر، فعلی و حال باشد ولی انکسار استقبالی باشد یا بعث فعلی باشد و انبعاث استقبالی.

محقق نائینی پس از توجیه فوق، از استدلال فخرالدین این گونه پاسخ داده است که به نظر خود مُنشی ء و انشا کننده (فضولی) انشا از مُنشأ منفک نیست تا محال پیش آید؛ آری از نظر عقلا و شارع منفک است زیرا حصول ملکیت در نزد عرف و شرع، موقوف است به رضایت مالک که بعداً ملحق می شود و از ابتدا انشا موجود نیست. [1081] و به نظر میرزا، همین که در نظر عاقد، میان انشا و مُنشأ جدایی نیست کفایت می کند.

نظریه امام راحل: حضرت امام پاسخ محقق نائینی را نپذیرفته و دو اشکال بر آن گرفته است:

1. اگر انشاکننده فضولی ادعای مالکیت دارد یا خیال می کند که مالک است و مالی را برای خود می فروشد و توجه ندارد که

فضولی است، جای این سخن هست که بگویید به نظر خودش انشا از منشأ جدا نیست ولی کسی که توجه دارد فضولی است و مال مردم را برای صاحبان آن ها می فروشد و می داند که تا اجازه و رضایت مالک نباشد ملکیت نمی آید، چگونه به نظرش ملکیت از انشای تملیک جدا نیست؟!

2. بر فرض که به نظر او جدا نباشد ولی این مقدار کفایت نمی کند و اشکال تأثیر معدوم در موجود را حل نمی کند؛ زیرا کماکان اشکال باقی است؛ یعنی خود ملکیت (وجود واقعی اعتباری آن) پس از اجازه می آید در حالی که عقد قبلاً موجود و منعدم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 527

شده است و اشکال هم در انفکاک ملکیت واقعی از عقد است نه در انفکاک ملکیت به نظر فضولی. [1082]

اشکال بر استدلال فخرالدین: عقود و انشاءات نظیر علل تکوینی نیستند که واقعاً مؤثرات باشند و تخلّف معلول از علت، تأثیر معدوم در موجود، تقدم معلول بر علت محال باشد و ... بلکه عقد، موضوع اعتبار عقلا و شارع مقدس است که به دنبال آن، اعتبار ملکیت و زوجیت و ... می کنند و معلول اعتباری، موضوع یا علت اعتباری می طلبد که موجود است زیرا از نظر عرف و عقلا و شرع، عقد باقی است - نه وجداناً و تکویناً بلکه اعتباراً - و اعتبار نفسانی هم که قائم به نفس متعاقدین است باقی است و تنها الفاظ ایجاب و قبول منعدم شده است. اگر عرفاً و اعتباراً عقد باقی است وقتی اجازه هم ضمیمه شد علت تامه می شود یا موضوع کامل می شود و حکم یا اثر (ملکیت) هم می آید و این از باب تأثیر معدوم نیست بلکه تأثیر

موجود است و در واقع دامنه امر اعتباری وسیع تر است و در عالم اعتبار قابل بقاست.

شواهد بقای عقد عبارت است از جواز فسخ آن به سبب یکی از خيارات، یا جواز فسخ آن به سبب یکی از عیوب باب نکاح، جواز اقاله و تفاسخ طرفینی و جواز و صحت لحوق قبول به ایجاب- حتی با فاصله و نبود موالات- که در تمام این ها بنا را بر بقای عقد می گذارند و به جواز فسخ و مانند آن حکم می کنند، وگرنه فسخ معدوم و قبول معدوم معقول نیست. و این بقای عرفی است و از لحظه عقد هم هست؛ نه تأثیر معدوم لازم می آید و نه انفکاک مصدر از اسم مصدر. [1083]

نتیجه: روشن شد که دلیلی بر امتناع نقل وجود ندارد و ناقله بودن اجازه عقلاً ممکن است.

امکان یا امتناع کاشفه بودن: ابتدا مقدمه ای درباره چند احتمال در معنای کشف:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 528

1. مقصود از کشف این است که از زمان عقد تا قبل از اجازه، واقعاً مبیع، ملک مالک اصلی است و واقعاً ملک مشتری نیست ولی پس از اجازه، آن واقع دگرگون می شود و واقعاً مالکیت مالک از اول عقد منتفی می شود و به جای آن، مالکیت مشتری می آید، در واقع قبل از اجازه، واقعاً مالک اصلی، مالک بود و پس از اجازه واقعاً مشتری از اول عقد، مالک بوده است نه مالک اصلی.

امام راحل از این به کشف انقلابی تعبیر کرده است. [1084] این کشف قطعاً باطل است زیرا اولاً انقلاب در هویت محال است و «

الشيء لا يَنقلب عمّا وقع عليه»؛

ثانیاً این که هم- واقعاً از عقد تا اجازه مالک اصلی- مالک باشد و

هم مالک نباشد، یا مشتری هم مالک نباشد و هم مالک باشد. تناقض است.

2. از عقد تا اجازه واقعاً مالک اصلی، مالک است و پس از اجازه واقعاً مشتری هم از آغاز عقد، مالک شده است ولی قبل از اجازه واقعاً مالک نبود. این نیز معنای دیگری از کشف انتقالی است و محال است، زیرا مستلزم اجتماع دو مالک بر مملوک واحد است، و این به معنای اجتماع مثلاًن است که منتهی می شود به اجتماع نقیضان. افزون بر این، نسبت به مشتری هم تناقض است؛ یعنی هم واقعاً قبل از اجازه مالک نبود و هم با آمدن اجازه، واقع منقلب شد و معلوم شد که وی واقعاً مالک بوده است.

3. همان طور که قطع، طریق و کاشف محض است و هیچ موضوعیتی ندارد و تمام نظر به واقع است، اجازه هم در بیع فضولی کاشف محض باشد؛ یعنی بیانگر این باشد که در واقع، از اول عقد، مشتری مالک شده بود ولی ما خبر نداشتیم و اجازه مالک، کاشف محض از واقع است و هیچ دخالت و تأثیری ندارد. این نیز باطل است؛ زیرا مستلزم این است که عقد فضولی علت تامه حصول ملکیت باشد که خلاف عرف و شرع است و یقیناً رضایت مالک دخیل است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 529

4. کشف حکمی که به گفته شریف العلما حتی الامکان آثار و احکام ملکیت را مرتب می کنیم نه خود ملکیت را.

5. منظور مشهور این است که ملکیت از زمان عقد می آید و عقد فضولی، مقتضی و مؤثر در ملکیت است ولی به شرط این که اجازه بعداً محقق شود؛ این همان شرط متأخر است که در اصول فقه مطرح

است.

با توجه به این مقدمه می‌گوییم: دلیلی که برای امتناع قول به کشف ذکر شده این است که کشف، مستلزم قول به شرط متأخر است، اما این محال است، پس کشف محال است زیرا مستلزم المحال المحال [1085]

توضیح این که واضح است کاشف بودن اجازه، مستلزم شرط متأخر باشد زیرا معنای کشف این است که از لحظه عقد، نقل و انتقال و ملکیت حاصل شده ولی اجازه بعدی، شرط کاشف است. دلیل محال بودن شرط متأخر هم این است که شرط، یکی از اجزای علت تامه است و علت تامه، نسبت به تمام اجزای پیش از معلول است (تقدم رتبی دارد) و تا در مرتبه قبل، علت تامه محقق نشود و به معلول رجحان یا ضرورت وجود- علی المبنی- ندهد محال است معلول محقق شود، بنابراین چگونه ممکن است اجازه شرط باشد و در عین حال، متأخر از مشروط باشد و ملکیت قبل از آن حاصل گردد؟! این با شرط بودن منافات دارد و از باب تقدم معلول بر علت تامه و محال است. بنابراین کاشفه بودن اجازه محال است.

پاسخ شبهه: محور استدلال: امتناع شرط متأخر است و اگر ثابت شود که شرط متأخر، ممتنع نیست ثابت می‌شود که کاشفیت هم محال نیست. علمای اصول برای اثبات امکان شرط متأخر، راه حل‌هایی ارائه داده‌اند که برخی از آن اشاره می‌شود:

الف) اسباب و شروط شرعی و عرفی، و در يك کلام اعتباری، با اسباب و شروط

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 530

عقلی و واقعی و تکوینی قابل قیاس نیستند، در سبب و شرط عقلی می‌پذیریم که تقدم معلول بر علت تامه به همه اجزای آن محال است ولی در سبب

و شرط شرعی و اعتباری نمی پذیریم؛ زیرا امر اعتباری در اختیار اعتبارکننده است و او همان طور که برای امر مقارن، شرطیت اعتبار می کند برای امر متأخر هم شرطیت اعتبار می کند و بلکه شرعاً تقدم مسبب بر سبب بلا مانع است، [1086] چه رسد به شرط شرعی که خود مؤثر نیست و شرط تأثیر سبب و مقتضی است که به طریق اولی اعتبار تقدم مشروط بر آن ممکن است مثل شرطیت اجازه برای ملکیت از لحظه عقد، و شرطیت غسل شب آینده برای روزه امروز مستحاضه. بنابراین در شرعیات، شرط متأخر معقول است زیرا به معنای اعتبار شرطیت برای امر متأخر است و اعتبار سهل المؤمنه است.

شیخ اعظم در مکاسب این وجه را به عنوان «ودعوی أنّ الشروط...» مطرح کرده و چنین پاسخ داده است:

شارع بی جهت چیزی را شرط یا سبب قرار نمی دهد؛ احتمال دارد به جهت دخالت آن باشد و اگر در مشروط دخالت دارد فرقی میان شرط شرعی با عقلی وجود ندارد و هر دو محال است که متأخر باشند و در متقدم دخیل باشند، و فرق گذاری مثل این است که کسی بگوید تناقض عقلی محال است ولی تناقض شرعی محال نیست که سخن نادرستی است، چون تناقض مطلقاً محال است و تکثیر امثله- که مدعی دو مثال از اسباب شرعی و دو مثال از شروط شرعی برای آن آورد- محال را ممکن نمی سازد و مشکل را حل نمی کند بلکه اگر شرط متأخر عقلاً محال شد باید تمام این موارد توجیه شود که در امر متأخر در حقیقت، خودش شرط نیست بلکه چیز دیگری شرط است که مقارن است نه متأخر. [1087]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 531

(ب) صاحب

فصول فرموده است: در این گونه موارد خود آن امر متأخر - مثلاً اجازه در مورد بحث ما - به وجود خارجی اش شرط نیست تا اشکال شود که شرط متأخر محال است، بلکه وصف انتزاعی «تعقب عقد به اجازه»، شرطیت دارد و در مواردی که واقعاً در جای خود اجازه محقق می شود. عقد فضولی از زمان انشا متصف به وصف فوق است و صحیح است اگر بگوییم:

«العقد المتعقب بالإجازة» یا «العقد المتصف بوصف كونه متعقباً بالإجازة»؛

و اگر این وصف شرط شد مقارن عقد است نه متأخر از آن و ملکیت هم متأخر از آن است نه متقدم بر آن تا اشکال شود که شرط متأخر محال است. [1088]

این راه حل نیز ناتمام است؛ زیرا اولاً صاحب فصول تسلیم اشکال شد که شرط متأخر محال است و از راه توجیه وارد شد و شرط مقارن درست کرد یعنی قبول داریم که شرط متأخر امکان ندارد؛ ثانیاً وصف انتزاعی استقلالاً دخیل نیست، بلکه دخالت آن به دخالت منشأ انتزاع آن است و منشأ انتزاع در این جا وجود اجازه بعدی است و اگر اجازه دخیل شد باز اشکال بر می گردد؛ یعنی چگونه معقول است امر متأخر در متقدم تأثیر گذارد و معلول بر علت تامه مقدم شود؟! ثالثاً وصف تعقب یا تقدم و تأخر یا سابق و لاحق بودن، از اوصاف اضافیه است و موقوف به طرف اضافه یا متضایفان (ذات متقدم و متأخر) است. قانون متضایفان هم این است که از لحاظ قوه و فعلیت متکافی هستند؛ یعنی یا هر دو بالفعل هستند و یا هر دو بالقوه اند و محال است که یکی فعلاً موجود باشد و دیگری موجود نباشد. در مورد

بحث ما هم طرف اضافه، اجازه بعدی است که هنوز محقق نشده است؛ با این حال چگونه معقول است که خود وصف اضافی تعقب یا تقدم عقد و تأخر اجازه انتزاع شود؟ این خلاف قانون متضایفان است. البته از نظر عرف مانعی ندارد که چون فردا هنوز نیامده است متصف به وصف تأخر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 532

شود و همین امروز بگوییم امروز نسبت به فردا متقدم است و فردا متأخر از امروز است ولی فعلاً بحث ما در دقت عقلی فلسفی است نه در حکم عرفی، و از نظر عقلی، انتزاع وصف تعقب و اتصاف عقد به آن، قبل از وجود اجازه ممتنع است.

ج) صاحب کفایه فرموده است: حکم، چه تکلیفی باشد چه وضعی، فعل اختیاری مولاست و هر کار ارادی، مبادی خاص خود را دارد؛ یعنی تصور و تصدیق و شوق و اراده. بنابراین، مولی در مقام حکم به ایجاب و تحریم یا حکم به صحت و لزوم و ملکیت و زوجیت و مانند آن، وجود شرایط و خصوصیات را در ظرف خودشان در خارج لحاظ و حکم می کند. لحاظ، شرط مقارن است، اگرچه متعلق آن یا امر ملحوظ شرط متقدم یا امر متأخر باشد؛ مثل اجازه در بیع فضولی که پس از بیع محقق می شود ولی با لحاظ وجود آن در ظرف زمانی خودش از هم اکنون (از لحظه عقد) به صحت و ملکیت و ترتیب اثر بر آن حکم می کند. لحاظ همیشه مقارن عقد است و محذور تقدم معلول بر علت یا تأثیر معدوم در موجود پیش نمی آید. [1089]

این راه حل هم قابل مناقشه است، زیرا اولاً فرار از اشکال است؛ چون اشکال،

به تأثیر شرط متأخر در ملکیت متقدم بود و صاحب کفایه امکان شرط متأخر را ثابت نکرد بلکه توجیه کرد و مطلب را از باب شرط مقارن قرار داد؛ ثانیاً لحاظ اجازه، امری انتزاعی است که از منشأ انتزاع (اجازه خارجی لاحق) انتزاع می شود، لذا اگر اجازه بعدی اثر ندارد انتزاع لحاظ، لغو است و اگر مؤثر است و تأثیر لحاظ اجازه هم به سبب تأثیر منشأ انتزاع آن است، می پرسیم آیا اجازه از زمان تحقق، اثر می گذارد؟ اگر چنین باشد پس اجازه ناقله است نه کاشفه. آیا از زمان عقد اثر می گذارد و ملکیت می آورد؟ اگر چنین است باز هم اشکال وجود دارد، یعنی چگونه ممکن است معلول بر علت مقدم شود؟! بنابراین توجیه مرحوم آخوند هم اشکال دارد.

کوشر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 533

د) نظر امام راحل: ایشان در کتب اصولی خود مشکل شرط متأخر را از راه دقیق عقلی حل کرده است که خلاصه اش چنین است: ما روی وصف انتزاعی تعقب یا تقدم و تأخر، تکیه نمی کنیم تا همان اشکالی که بر صاحب فصول وارد شد بر ما هم وارد شود که صفت اضافی تأخر، طرف اضافه لازم دارد و طرف آن، خود اجازه است که فعلاً نیست و قانون متضایفان نقض می شود. بلکه ما روی واقع تقدم تکیه می کنیم و می گوئیم حقایقی که متصمم الوجود هستند، مثل زمان- و به تبع آن زمانیات نظیر حرکت- قطع نظر از اتصاف هر جزئی به وصف تقدم آن بر جزء بعدی و وصف تأخر آن از اجزاء قبلی، بر حسب واقع و ذات هر جزء زمان مقدم است بر اجزای بعدی ای که هنوز نیامده است. این

تقدم يك تقدم واقعی و ذاتی و مربوط به هویت اجزای زمان است و کافی است تا جزء بعدی در ظرف خودش محقق شود و با فرض تحقق آن، هم اکنون جزء قبلی تقدم واقعی دارد. زمانیات نیز به تبع زمان چنین هستند، مثلاً حرکت آن اول، ذاتاً بر حرکت آن بعدی مقدم است و تا زمانی که حرکت استمرار دارد و حرکات بعدی در ظرف خودش واقع خواهد شد از هم اکنون حرکت این لحظه به تمام ذاتش بر حرکات آناتِ بعدی تقدم دارد، مگر این که استمرار قطع شود تا تقدم واقعی هم منتفی شود.

در تقدم ذاتی حقیقتاً امروز بر فردا مقدم است، اگرچه هنوز فردایی وجود ندارد تا متصرف به وصف تأخر باشد ولی ما با این اتصاف عنوانی و انتزاعی کار نداریم بلکه با واقع امر کار داریم و واقعاً حرکت این «آن» مقدم است و حرکت آن بعدی مؤخر است؛ بر این اساس، در مورد بحث می‌گوییم: اثر (ملکیت، زوجیت و ...) در معاملات فضولی مترتب است بر عقدی که واقعاً مقدم است بر اجازه ای که در ظرف خودش می‌آید و تقدم واقعی تبعی عقد- به تبع زمان- بسته به این است که اجازه در ظرف خودش مقدم شود؛ با این فرض، عقد فضولی از هم اکنون اثر می‌گذارد و ملکیت می‌آورد و محذور نقض متضایفان هم لازم نمی‌آید؛ زیرا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 534

وصف عنوانی مدّ نظر ما نیست بلکه واقع مدّ نظر ماست. [1090]

نتیجه: قول به کشف نیز- مثل قول به نقل- امری است که عقلاً امکان دارد و دلیلی بر امتناع آن نداریم و همین کافی است که بنا را بر امکان بگذاریم.

تبیین مرحله دوم (مقتضای قواعد مستفاد از عمومات و مطلقات)

پس از این که در مقام

ثبوت بنا را بر امکان هر يك از نقل و كشف گذاشتيم، نوبت می رسد به مقام اثبات و این كه از ادله، کدام يك استفاده می شود؟ در این مقام نخست از نظر عموميات بحث می شود: کدام قول از عموميات ابواب عقود و معاملات- مثل أوفوا بالعقود، أحلّ الله البيع، و...- استفاده می شود؟

نظر مشهور كاشف بودن است. ایشان به چند وجه برای نظریه خویش استدلال کرده اند:

الف) محقق ثانی و شهید ثانی - طبق نقل شیخ اعظم در مكاسب - گفته اند: از ظاهر آیه وفا به عقد استفاده می شود كه مؤثر تام برای وجوب وفا و حكم به ملكیت و ترتیب آثار، خود عقد است زیرا آیه در مقام بیان است و اگر خصوصیت دیگری - مثل اجازه و رضایت - دخیل بود حتماً بیان می كرد تا اخلال به غرض نشود؛ چرا كه اخلال به غرض از حكیم متعال محال وقوعی است، بر این اساس اجازه بعدی در ترتیب آثار ملك دخیل نیست و شرطیت ندارد و صرفاً كاشفیت دارد از تحقق ملكیت و زوجیت و...، از زمان عقد. [1091]

این وجه ناتمام است زیرا اولاً در آیات و روایات دیگر، معامله و تجارت و تملك و تصرف در اموال مردم به وجود طیب نفس مالك و به تراضی مالك ها تقید شده است - مثل آیه تجارت كه می فرماید: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَبِهِ بَرَكَاتٍ

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 535

مقیدات منفصل، اطلاق آیه وفا به عقد، به فرض رضایت مالك تقیید می شود و نتیجه اش وجوب وفا به عقد با رضایت است؛ ثانیاً از خود آیه وفا به عقد هم دخالت رضایت استفاده می شود زیرا یقیناً چنین نیست كه هر عقدی

از هر عاقدی، بر هر مالی که منعقد شد وفا به آن بر ما واجب باشد بلکه به قول مشهور باید عقد المالك صدق کند تا ترتیب اثر بدهیم. منظور آیه «أوفوا بعهودکم» است و این پس از اجازه است نه قبل از آن، و به فرموده امام راحل صدق مذکور لازم نیست بلکه امکان ندارد [1092] ولی باید عقد و معامله، اضافه و ارتباطی به مالك اصلی پیدا کند تا بر او وفا واجب باشد و این انتساب پس از اجازه محقق می شود؛ بنابراین اجازه دخالت دارد و چنین نیست که کاشف محض باشد.

ب) محقق رشتی فقهاً و اصولاً بر این باور است که اجازه در تحقق ملکیت و زوجیت دخیل است؛ نه این که کاشف محض باشد، ولی مدعی است که خصوص رضای فعلی، شرط نیست تا کسی بگوید در بیع فضولی به هنگام معامله، رضای مالك وجود نداشته است، بلکه اعم از رضای فعلی و تقدیری شرط است. مقصود از رضای تقدیری هم این است که اگر مالك اصلی در هنگام معامله فضولی ملتفت بود حتماً راضی بود، و کفایت مطلق رضا را از اطلاق آیه تجارةً عَنْ تَرَاضٍ و روایت

«لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيبة من نفسه»

استفاده کرده است که تراضی و طیب نفس را به رضای فعلی قید نکرده اند. سپس اضافه کرده است که اجازه بعدی کاشف از رضای تقدیری است و در واقع، رضای تقریری موجب ملکیت است که آن هم از لحظه عقد است. [1093] در حقیقت سخن ایشان صغرا و کبرایی دارد:

صغرا: اجازه لاحق، کاشف از رضای تقدیری از ابتدای معامله است؛

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص:

کبرا: رضای تقدیری هم کفایت می کند تا اثر ملکیت و مانند آن مترتب شود.

نقد امام راحل: امام راحل در نقد سخنان محقق رشتی سنگ تمام گذاشته و از نظر صغرا و کبرا اشکال گرفته است. اشکال صغرا: منظور شما از کاشف بودن اجازه از رضای تقدیری چیست؟ در کشف مذکور چند احتمال وجود دارد: کشف لفظی، [1094] کشف عقلی، [1095] کشف عقلی [1096] و کشف عرفی و عقلایی. [1097] هرکدام که باشد اشکال دارد:

اشکال کشف لفظی: قطعاً مفاد «أجزت» و «أمنیت» رضایت تقدیری و فرضی به عقد نیست بلکه مفاد آن، چه اخبار باشد و چه انشا رضایت فعلی و حالی و تجیزی است نه تعلیقی.

اشکال کشف عقلی: اگر چنین باشد تخلّف معلول از علت است و محال، در حالی که چه بسا مالك اصلی روز اول، ناراضی بود و بعدها راضی شد، یا روز اول بر فرض التفات، شك و مردّد بود و بعداً راضی شد، و این که شاید در واقع از اول راضی بوده و اگر ملتفت می شد راضی می شد يك احتمال از سه احتمال است.

اشکال دیگر کشف عقلی: اجازه فعلی کاری اختیاری است و مبادی آن تصور و تصدیق و شوق و اراده فعلی و حالی و يك «آن» قبل از اجازه است که همگی از امور وجودی اند نه آن رضایت تقدیری که امر عدمی است و با فعل اختیاری وجودی سنخیت ندارد تا از مبادی آن باشد.

اشکال کشف عقلایی: از نظر عقلا هم، چنین نیست که اگر ملتفت می شد راضی بود بلکه اگر ملتفت بود و معامله هم به صلاح او بود رضایت می داد و چه بسا تشخیص او در آن زمان این باشد که معامله به

ضرر او است و رضایت دیگری هم وجود ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 537

بنابراین صغرای کلام میرزای رشتی مخدوش است.

اشکال کبرا: اولاً این «کرّ علی ما فرّ» است یعنی از آنچه فرار می کردیم در همان واقع شده ایم زیرا رضای تقدیری، امر عدمی است و فعلاً در زمان عقد وجود ندارد، آری اگر ملتفت می شد راضی بود ولی عملاً خبر نداشت و راضی هم نبود، آن گاه امر عدمی چگونه در ملکیت و زوجیت تأثیر می گذارد؟ این تأثیر معدوم در موجود است که قطعاً محال است؛ ثانیاً ادعای کفایت رضایت؛ اعم از فعلی و تقدیری، خلاف ظاهر ادله است زیرا در آیه، روی «تراضی» و در روایات روی «طیب نفس» تکیه شده و مشتق اصولی، ظهور در فعلیت دارد و ظاهرش تراضی و طیب نفس فعلی است نه اعم از فعلی و تقدیری.

ثالثاً اگر رضایت تقدیری کافی باشد لازم می آید پس از اجازه مالک، معامله از فضولی بودن خارج شود زیرا اجازه، کاشف از رضای تقدیری است. در مسأله بعدی بررسی خواهد شد که معامله مقرون به رضای مالک تحقیقاً فضولی نیست، در حالی که خود میرزای رشتی ملتزم نیست که معامله فضولی با اجازه مالک از فضولی بودن خارج شود. وی می گوید: این معامله، فضولی است و مالک آن را اجازه نموده است. ناگفته نماند که اذن و رضایت فحوایی و ارتکازی کافی است ولی این رضایت غیر از رضایت تقدیری است زیرا در رضای فحوایی، رضایت فعلی است در حالی که در رضای تقدیری، رضایت فعلی نیست. از نظر حکم تکلیفی حلال بودن تصرف در ملک غیر نیز مطلب از این قرار است؛ یعنی اذن

فحوائی کافی است ولی رضایت تقدیری کفایت نمی کند زیرا فعلاً تصرف در ملك غير بدون طيب نفس مالك است و قطعاً به حکم عقل و نقل جایز نیست. [1098]

ج) محقق قمی و صاحب ریاض گفته اند: اجازه عبارت است از رضایت مالك

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 538

اصلی به مضمون و محتوای عقد، یعنی همان عقدی را که فضولی انشا کرده است مالك امضا می کند. مضمون عقد هم عبارت است از نقل و تمليك از هنگام عقد. یعنی مقصود عاقد از «بعث» این است که فلان متاع را از هم اکنون و از حین عقد به مشتری منتقل کردم و ملك او قرار دادم. اجازه هم که به همین تعلق می گیرد؛ بنابراین نتیجه عقد فضولی و اجازه مالك اصلی، ملکیت از لحظه عقد است؛ و معنای کشف جز این نیست. [1099]

پاسخ این وجه: اولاً بیان فوق، اگرچه از جهاتی با کاشفیت سازگار است ولی حقیقت آن، نقل است نه کشف، زیرا اجازه از چیزی کشف نکرده است تا حقیقتاً کاشفه باشد، اگر هم کشفی هست برای خود عقد است که حاکی و دالّ [1100] بر نقل از حین عقد است نه برای اجازه که رضایت به همان مضمون عقد است.

ثانیاً اساس استدلال این است که مضمون عقد، نقل از حین عقد باشد ولی این ناتمام است زیرا در کتب لغت، بیع به مبادله مال با مال معنا شده است؛ در اصطلاح فقها هم تعریف های گوناگونی شده است، از جمله تمليك عین به مال یا به عوض، که در هیچ کدام حرفی از تمليك و نقل از حین عقد مطرح نبود. از نظر متفاهم عرفی و عقلایی هم، مفاد بیع، خود اعتبار ملکیت

و انشا و ابراز آن با مبرز قولی و فعلی است و حرفی از زمان در میان نیست. از نظر آیات و روایات هم سخن از نقل از لحظه عقد نیست.

[1101]

حقیقت این است که مفاد بیع، اصل نقل و تملیک است و زمان عقد، ظرف انشای عقد است نه این که قید مُنشأ و قید تحقق نقل و انتقال باشد. مستدل ظرف بودن را که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 539

در هر کار مادی و زمانی لازم است با قید بودن آن خلط کرده است.

ثالثاً بحث ما در مقتضای قاعده و مفاد عمومات کتاب و سنت است. طبق مفاد عمومات نقل، از حین عقد صورت نمی گیرد بلکه از حین عقد و رضایت صورت می پذیرد و در واقع عقد مقید به رضایت مالک، علت تامه نقل و انتقال است. این مطلب از آیه تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ به وضوح استفاده می شود؛ از آیه وفا به عقد نیز قابل استفاده است زیرا در معامله فضولی تا مالک اصلی راضی نشود عقد به او منتسب نمی شود، و تا زمانی که انتساب نیاید و جوب وفا نمی آید تا از این راه صحت و لزوم معامله و ترتیب آثار، اثبات شود، همه این ها پس از اجازه محقق می شود. بنابراین استدلال فوق، مخالف ظاهر عمومات و مطلقات است.

رابعاً اگر مستدل، اجازه را کاشف محض، و مؤثر تام را خود عقد می داند و وجه سوم به وجه اول برمی گردد که قبلاً از قول محقق ثانی و شهید ثانی نقل کردیم و پاسخ دادیم. اگر اجازه بعدی را در حصول نقل و انتقال از حین عقد مؤثر و دخیل می داند، همان محذورات عقلی احیا می شود که قبلاً در

امتناع عقلی قول به کشف انقلابی ذکر شد، از قبیل لزوم انقلاب شیء از آنچه بر آن واقع شده است. [1102] و نیز لزوم تناقض [1103] و لزوم اجتماع مثلین [1104] یا لزوم بقای ملك بلا مالك، [1105] و لزوم تقدم معلول بر علت [1106] و دیگر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 540

لوازم این سخن، عقلاً محال است. بنابراین گفتار مستدل بازگشت به همان امتناع عقلی است که از این مرحله عبور کرده و با توجیهاتی از آن گذشتیم.

د) محقق نائینی در منیه الطالب فرموده است: اجازه مالك از آن جهت که بدون آن، سبب نقل و تملیک ناتمام است و با اجازه سبب کامل می گردد [1107] ناقله است؛ یعنی به دنبال اجازه، نقل حاصل می شود. و از آن جهت که - عقد مستأنف و جدید نیست بلکه - امضا و انفاذ عقدی است که قبلاً واقع شده [1108] کاشفه است. و چون به سبب تناقض، ممکن نیست اجازه واحده، هم نسبت به اصل نقل و ملکیت و هم نسبت به آثار و نماءات و منافع ملك، کاشفه و ناقله باشد ناگزیر باید تفکیک کنیم؛ یعنی نسبت به اصل ملك ناقله باشد ولی نسبت به نماءات و منافع آن کاشفه. دلیل این تفکیک، این است که نسبت به عین، کاشفه بودن اثری ندارد تا اجازه را کاشفه بدانیم [1109] ولی نسبت به منافع عین، کاشفه بودن اثر دارد زیرا اگر از اول عقد، مشتری مالك نماءات بوده از مال خودش استفاده کرده است و ضامن نیست ولی اگر از حین اجازه مالك شده است ضامن عین از لحظه عقد تا لحظه اجازه است، بنابراین، اجازه نسبت به منافع، از اول عقد مفید است و مرجع آن به

اسقاط ضمان است؛ یعنی مشتری اگر در این مدت از منافع عین استفاده کرده است ضامن نیست. [1110]

نقد این وجه: درباره این که مقصود از کاشفیت اجازه نسبت به منافع عین چیست سه احتمال وجود دارد:

1. کشف انقلابی؛ قبل از اجازه واقعاً مشتری مالک منافع نبود و پس از اجازه واقعاً

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 541

از لحظه عقد، مالک منافع بوده است، و این یعنی انقلاب واقع از آنچه که بر آن واقع شده بود و قطعاً محال عقلی است؛ زیرا اولاً

«الشيء لا يتقلب عمّا وقع عليه»؛

ثانیاً تناقض بین است؛ ثالثاً در برخی فروض اجتماع دو مالک مستقل بر مملوک واحد است و در برخی صور، بقای ملک بدون مالک است، و تمام این ها محال است.

2. کشف حقیقی که مشهور از باب شرط متأخر به آن قائل اند؛ البته بنا بر این که شرط متأخر، ممکن باشد. [1111] وگرنه این قسم هم محال عقلی می شد.

اشکال این احتمال، این است که اثر عقد بیع تنها نقل عین است، نه نقل منافع فقط، و نه نقل عین و منافع در عرض هم؛ بلکه مستقیماً و بالمطابقه و بالاصاله نقل عین است. به تبع نقل عین، نقل منافع هم که لازم لا ینفک آن است محقق می شود و اجازه هم به آنچه انشا شده تعلق می گیرد نه به غیر آن. اما در این جا نقل منافع، انشا نشده است تا اجازه، انفاذ آن باشد، بلکه نقل عین، انشا شده است که اجازه هم به همان تعلق می گیرد. بنابراین اگر اجازه را کاشف صرف بدانیم ناچاریم هم نسبت به نقل عین و هم به تبع نقل عین نسبت به نقل منافع کاشف بدانیم، و در

صورتی که اجازه را ناقله بدانیم که دخیل در ملکیت است ناچار باید، هم نسبت به خود عین و هم به تبع آن نسبت به منافع ناقله بدانیم؛ بنابراین تفکیک محقق نائینی صحیح نیست.

3. کشف حکمی، به معنایی که از شریف العلماء نقل شده است؛ یعنی خود ملکیت پس از اجازه محقق می شود ولی آثار آن از اول عقد مترتب می شود. این نوع کشف بر فرض که صحیح باشد از ادله خاصه (روایات باب) استفاده می شود که آن را در مرحله بعدی مورد بحث قرار خواهیم داد، ولی فعلاً به مقتضای قواعد (عمومات و مطلقات) بحث می کنیم که از این زاویه ناتمام است زیرا یا مفاد ادله، نقل است و با اجازه سبب نقل کامل می شود پس نسبت به نماءات هم مطلب همین است، و یا کشف

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 542

است که نسبت به عین و منافع (هر دو) کاشفه است و تفکیک از عمومات استفاده نمی شود.

نتیجه: شیخ اعظم در مکاسب به این نتیجه رسیده است که:

الأُنسب بالقواعد والعمومات هم النقل ثم بعده الكشف الحكمي وأما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال. [1112]

امام راحل نیز در کتاب البیع به این نتیجه رسیده است که:

إنّ النقل من زمان الإجازة لا مانع منه عقلاً ولا عرفاً ولا شرعاً فإنّ العقد المسببي باقٍ عرفاً إلى زمان الإجازة ولحوقها به موجب لإتمامه ومضمونه ليس إلا النقل. [1113]

پس مقتضای قواعد (عمومات و مطلقات) نقل است.

تبیین مرحله سوم (مفاد ادله خاصه یا روایات باب)

پیشتر عمده روایات باب در رابطه با اصل مشروعیت بیع فضولی و انعقاد آن با اجازه مالک اصلی تبیین شد. دلالت بیشتر آن ها بر اصل انعقاد ناتمام بود ولی برخی از

آن‌ها به روشنی دلالت بر صحت بیع فضولی داشتند، از جمله روایت عروه بارقی و روایت صحیحہ محمد بن قیس. در این جا همان روایات را از زاویه دیگر بررسی می‌کنیم:

بر فرض که روایات بر صحت معاملات فضولی (بیع و نکاح و غیره) دلالت کنند آیا مفاد آن‌ها کاشفه بودن اجازه است یا ناقله بودن؟ اگر از روایات باب، قول به کشف یا نقل را فهمیدیم فتوا به همان می‌دهیم و نوبت به عمومات و مطلقات نمی‌رسد ولی اگر دلالت روایات ناتمام بود بر می‌گردیم به مقتضای قاعده که ذکر شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 543

روایات باب

1. صحیحہ محمد بن قیس:

این روایت را محمد بن قیس از امام باقر (ع) روایت کرده است و مشایخ ثلاث آن را نقل کرده اند:

قضی - ای امیرالمؤمنین کما فی روایه الکلینی - فی ولیده باعها ابن سیدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سیدها الأول فخاصم سیدها الأخير، فقال: هذه ولیدتی باعها ابنی بغیر إذنی، فقال: «

خذ ولیدتک وابنها

»، فناشده المشتري فقال: «

خذ ابنه - یعنی الذی باع الولیده

-

حتى ینفذ لك ما باعك، فلما أخذ البیع الابن فقال أبوه: أرسل ابني، قال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سید الولیده الأول أجاز بیع ابنه». [1114]

شیوه استدلال: برای اثبات قول به کشف سه استدلال به روایت فوق شده است؛ اما هر سه استدلال از نظر امام راحل مورد مناقشه است؛ [1115] یعنی از قول به کشف از صحیحہ به دست نمی‌آید:

استدلال اول: از صحیحہ استفاده می‌شود که اجازه در اصل آزاد شدن ولد (پسر کنیز که از مشتری به وجود آمده است) دخالت دارد، اما آیا با آمدن اجازه، حریت محقق می‌شود

تا اجازه ناقله باشد؟ قطعاً چنین نیست زیرا قبل از اجازه هم ولد، حرّ و آزاد است، و وقتی ناقله نبود معیناً کاشفه خواهد بود؛ یعنی کشف می کند از این که ولد از آغاز انعقاد، حرّ بوده و نما و مال مشتری و ملحق به او است.

پاسخ: اجازه مالک هیچ نقشی در حرّیت ولد ندارد- چه ناقله باشد چه کاشفه- حتی اگر اجازه هم نکند، ولد مشتری، آزاد است؛ زیرا مؤثقه سماعه می گوید: «ولا [1116]

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2؛ ص 543

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 544

یملك ولد حرّ». [1117] وانگهی انعقاد ولد از راه زنا نبوده است تا اشکال شود، بلکه از راه وطی به شبهه بوده است چنین ولدی قطعاً به پدرش ملحق می شود و حرّ است. پس از این راه نمی توان کشف اجازه را نتیجه گرفت و تعبیر

«حتّی ترسل ابني

» به معنای آزادی و حرّیت نیست؛ بلکه مالک اصلی فرزند مشتری را گرو گرفته بود تا به پولش برسد. مشتری هم می گوید: فرزند مرا از رهن و زندان خود آزاد کن تا من هم فرزند تو را آزاد کنم.

استدلال دوم: صحیحه با این که در مقام بیان است از بیان ضمان مشتری نسبت به قیمت ولد- که نمای کنیز است و مشتری آن را استیفا نموده است- سکوت نموده و این خود قرینه بر کشف است؛ اگرچه کشف حکمی باشد؛ زیرا اگر اجازه، ناقله بود مشتری ضامن منافع بود و بر امام (ع) لازم است که حکم آن را بیان کند تا اخلال به غرض نشود.

پاسخ: استناد به اطلاق مقامی (سکوت در مقام بیان) در صورتی است که احراز شود امام (ع) از نظر بیان تمام

خصوصیات قصه در مقام بیان است، در حالی که این نظر محرز نیست و آن مقدار که حتماً در مقام بیان است از نظر دخالت اجازه در صحت معامله است و لذا فرمود: «

خذ ابنه حتی ینفذ لك ما باعك

» و در آخر هم فرمود

: «فلما رأى ذلك ... أجاز بيع ابنه»

اما کیفیت قضیه، مورد نظر حضرت باقر (ع) نبوده و لذا بیان نکرده است. آنچه ارزش دارد سکوت در مقام بیان است.

استدلال سوم: صاحب جواهر فرموده است اگر اجازه ناقله بود بر مشتری لازم بود که قیمت خود ولد و قیمت خدمات کنیز در مدت مذکور و قیمت شیری را که به ولد مشتری داده است به مالک اصلی بپردازد. و بر امام لازم بود که این امور را بیان کند، اما از ذکر این امور خودداری کرده است. پس معلوم می شود دفع قیمت ولد و خدمات

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 545

جاریه و قیمت شیر او واجب نیست و این تنها با قول به کشف سازگار است. [1118]

پاسخ: پاسخ این وجه همان پاسخ از وجه قبل است.

نتیجه: از صحیحی نه قول به کشف استفاده می شود و نه قول به نقل. هیچ قرینه ای بر آن وجود ندارد، و کسی هم به آن تقوه ننموده است.

2. صحیحی ابو عبیده خذاء:

این روایت را ابو عبیده از امام باقر (ع) نقل می کند:

قال: سألت أبا جعفر (ع) عن غلام وجاریه زوجهما ولیان لهما وهما غیر مدرکین قال فقال:

«النکاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن یدرکا فلا میراث بینهما ولا مهر إلا أن یکونا قد أدركا ورضیا

». قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «

يجوز ذلك عليه إن هو

رضی».

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضى النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه؟ قال:

«نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر».

قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: «

لا، لأن لها الخيار إذا أدركت...» [1119]

از این روایت نیز قول به کشف استفاده شده است؛ با این توضیح که اصل دلالت آن بر صحت و مشروعیت نکاح فضولی با رضایت ازدواج بعد از بلوغ را مسلم گرفته اند و ادعا کرده اند که از این صحیح کاشفیت اجازه استفاده می شود.

امام فرمود «نعم» که در جواب «أترثه» آمده و تقدیر چنین است: «نعم ترثه». سپس دو بار کلمه «میراث» را ذکر کرده است که ظهور در فعلیت دارد؛ یعنی به محض این که مرد بالغ شد و ازدواج را امضا کرد و وفات یافت، زن سهمی دارد و ارث می برد. البته اگر پس از بلوغ رضی شود و قسم هم بخورد ولی پس از رضا و قسم، از همان ابتدا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 546

وارث مرد است و سهم الارث دارد و این با قول به کاشفیت سازگار است نه با قول به نقل.

همچنین تعبیر «عزل» بهترین قرینه بر کشف است؛ زیرا اگر اجازه بعدی زن، ناقله بود و از حالا مالک ارث می شد عزل سهم او از زمان مرگ مرد لازم نبود، بلکه جایز نبود؛ زیرا با سلطنت مردم بر اموالشان مخالفت دارد، از حکم امام به لزوم عزل (احتیاطاً یا جزماً) استفاده می کنیم که رضای بعد کاشفیت دارد.

پاسخ: صحیح خدّاء نیز دلیل بر کشف نیست؛ زیرا مورد آن تزویج

دو ولی است که دو صغیری را که بر آنان ولایت دارند به عقد یکدیگر در آورده اند. درباره چنین ترویجی چهار احتمال وجود دارد:

احتمال اول: ازدواج صحیح و لازم است و پس از بلوغ هم حق ندارند فسخ کنند. این احتمال از روایات معتبر شیعه استفاده می شود و فتوای فقها نیز همین است. گفتنی است در مورد پدر، اجماعی است و در مورد جدّ پدری، مشهور همین است، در مورد وصی نیز يك قول است که ولایت بر نکاح صغیر دارد. طبق این احتمال، صحیحه از مورد بحث بیگانه است، ولی غیر از بخش اخیر صحیحه که نقل نکردیم سایر بخش ها مخالف این احتمال است و بر جواز و تزلزل و خیار بودن یا فضولی بودن ازدواج دلالت دارد.

احتمال دوم: ازدواج صحیح است ولی لازم نیست. امام راحل عظیم الشان بر اساس روایت، همین احتمال را برگزیده و قرائن زیادی از متن روایت ارائه کرده است. وی در واقع جواب شواهد احتمال بعدی را داده است [1120] که به اهم آن ها اشاره می شود:

الف) کلمه «ولیان» در سؤال سائل، ظهور در ولیّ شرعی (پدر، جدّ پدری و وصی) دارد و حمل آن بر ولیّ عرفی (مادر در صورتی که سرپرست خانوار باشد، یا برادر

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 547

بزرگ تر، یا عموی طفل و ...) خلاف ظاهر است، آن گاه ازدواج ولیّ شرعی از ابتدا منعقد می شود و صحیح است نه این که موقوف بر رضایت طرفین باشد.

ب) عبارت «النکاح جائز» مشتق است و ظهور در فعلیت دارد، یعنی ازدواج از هم اکنون که بالغ نشده اند جایز و نافذ و مشروع است نه این که پس از رضایت جایز می شود، و اگر نکاح، فضولی

بود جواز و نفوذ و صحتِ فعلی نبود، بلکه صحت تأهلی و شأنی و جواز، معلق بر اجازه بود که خلاف ظاهر است.

ج) «له الخيار»؛ اگر زوج زودتر بالغ شد خيار دارد، ظاهر این کلمه خيار مصطلح است؛ یعنی خيار فسخ در مورد معاملات صحيح و غير لازم وجود دارد، نه خيار در مورد فضولی که به معنای اختيار ردّ و اجازه باشد که خلاف متفاهم عرفی از لفظ «خيار» است.

د) «

يجوز ذلك عليه إن هورضى»

اگر فضولی باشد به مجرد رضایت يك طرف، لزوم وفا نمی آید و چنین نیست که عقد او نافذ باشد و بر او وفا واجب باشد و حق فسخ نداشته باشد، بلکه تا رضایت طرف دیگر نیامده باشد بر هیچ کدام وفا لازم نیست. آری این نکاح خیاری است؛ یعنی اگر يك طرف راضی شد و در واقع خيار خود را ساقط کرد وفا بر او واجب است و حق فسخ ندارد. تعبیر مذکور با همین سازگار است.

طبق این احتمال نیز صحیحه از مورد بحث اجنبی است، نه بر اصل صحت فضولی دلالت دارد و نه بر کاشفیت اجازه، و احتمال فوق، کافی است تا حدیث را از قابلیت استدلال ساقط کند چه رسد به این که قرائن مذکور، دلیل بر ظهور صحیحه در این احتمال باشد و احتمال بعدی را منتفی کند.

احتمال سوم: ازدواج مزبور فعلاً منعقد نیست و موقوف است به این که طرفین به سنّ قانونی برسند و آن را امضا کنند و به آن راضی شوند. طبق این احتمال، صحیحه دلیل بر صحت نکاح فضولی است و دلیل بر کاشفیت اجازه هست، ولی اراده آن از صحیحه خلاف ظاهر

حدیث است و نیاز به تأویل دارد؛ یعنی باید از کلمه «ولیان» ولیّ

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 548

عرفی اراده شود نه ولیّ شرعی و باید از لفظ «جایز» موقوف و مراعا بودن و جواز تعلیقی اراده شود نه جواز فعلی و از کلمه «الخیار» اختیار ردّ و اجازه معامله فضولی اراده شود نه خیار مصطلح در معاملات صحیح و غیر لازم. و باید منظور از کلمه «يجور ذلك عليه إن هو رضی» رضایت و امضای بیع فضولی باشد. چنان که در احتمال قبل بیان شد تمام این ها خلاف ظاهر و تأویل است و دلیل ندارد.

احتمال چهارم: نکاح مزبور اساساً باطل باشد و با رضایت بعدی هم منعقد نشود. این احتمال قطعاً باطل است و از صحیحه اصلاً استفاده نمی شود. بنابراین، احتمال قبلی بهتر از دیگر احتمالات است. در نتیجه از صحیحه، قول به کشف اجازه مالک در نکاح فضولی استفاده نمی شود. افزون بر این، بر فرض که دلیل بر صحت فضولی و کاشفیت اجازه باشد مخصوص باب نکاح است و قبلاً در استدلال بر اصل مشروعیت معاملات فضولی تبیین شد که صحت نکاح فضولی دلیل بر صحت مطلق معاملات فضولی نیست و استناد به اولویت را رد کردیم. به همین دلیل، امام راحل طرح صحیحه را ترجیح می دهد و در پایان بحث از صحیحه می فرماید:

وأما الحمل علی خلاف الظاهر، ثمّ الذهاب إلى خلاف القواعد المحكمة لأجلها، ثمّ الإسراء إلى باب المعاملات والقول بالكشف فی مطلق المعاملات فلا سبیل إليه؛ لأنّ الأمر دائر بین طرح هذا الظهور وتأويله والحمل علی خلاف الظاهر ولا حجّة علی الثانی حتّى یصحّ معها رفع اليد عن القواعد. [1121]

3. صحیحه حلبی:

حلبی این روایت

را از امام صادق (ع) نقل می کند:

قال: قلت لأبي عبدالله (ع): الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال:

«أما تزوجه فهو صحيح وأما طلاقه

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 549

فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قد طلق، فإن أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته»،

قلت: فإن ماتت أو مات؟ قال

: «يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي، ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح ويدفع إليه الميراث». [1122]

از این روایت استفاده می شود که ایقاع فضولی با اجازه بعدی منعقد می شود. [1123] به دست آمدن کشف، از این روایت، از عبارت

«ينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك

است. زیرا حکم به حبس زن از شوهرش برای این است که شاید پس از بلوغ، شوهر او طلاق خود را امضا کند و به آن راضی شود، لذا احتیاطاً از هم اکنون نباید با هم باشند و آثار طلاق از حالا مترتب می شود و این با کاشف بودن رضایت بعد از بلوغ مناسب است که کاشف از وقوع طلاق از اول امر است نه با ناقل بودن اجازه؛ چرا که اگر ناقله باشد تا پس از بلوغ، همسر قانونی او است و وجهی برای حبس او وجود ندارد.

پاسخ: اولاً عبارت «ينبغي» حداکثر بر استحباب و رجحان حبس دلالت دارد نه بر لزوم و وجوب آن و وقتی مستحب شد تا زمان بلوغ، انتفاع جایز است و این قرینه بر بقای زوجیت است و با نقل مناسب تر است تا کشف؛ ثانیاً بر فرض که حبس لازم باشد- چنان که

ظاهر روایت بُرید کُناسی وجوب است- [1124] ولی باز وجوب حبس زوجه علیه زوج دلیل بر کاشفیت امضای طلاق نیست بلکه دو احتمال دارد: شاید بر اساس کشف باشد که مستدل مدعی است، و شاید برای این باشد که اجازه اگرچه ناقله است و پس

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 550

از امضای طلاق، جدایی محقق می شود ولی از هم اکنون حبس واجب است تا پس از بلوغ و امضای طلاق عار و ننگ این ازدواج بر دامن زن باقی نماند چون از نظر عرف، چنین پیشامدی یک تقیصه شمرده می شود. و همین که احتمال وجود پیدا کرد، استدلال منتفی می شود؛ ثالثاً صحیحه مشتمل بر حکم خلاف فتاوا و نصوص معتبره (خیاری بودن تزویج ولی شرعی) است، لذا قابل استناد نیست. روایت کُناسی هم علاوه بر اشتغال بر تفصیل های نادرست، از نظر سند ضعیف است و بُرید یا یزید کُناسی توثیق نشده اند.

4. روایت عروة بارقی یا حکیم بن حزام:

این روایت در کتب صحاح [1125] و سنن [1126] و مسانید [1127] اهل سنت به صورت مسند و با سند مورد قبول آنان نقل شده است و در مسند احمد به سند خودش از عروه بن ابی جعد بارقی چنین نقل شده است:

قال: عرض للنبي (ص) جَلَبٌ، فأعطاني ديناراً وقال: أي عروه ائت الجَلَبَ فاشتر لنا شاه فأُتيتُ الجَلَبَ فساومت صاحبه فاشترت منه شاتين بدینار فجنّت أسوقهما- أو قال: أقودهما- فلقيني رجل فساومني، فأبيعه شاه بدینار فجنّت بالدينار وجئت بالشاه، فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم، قال: وصنعت كيف؟ قال: فحدّثته الحديث، فقال: «

اللهم بارك له في صفقة يمينه

«[1128]

و در منابع امامیه از امالی ابن شیخ طوسی از حکیم بن حزام از رسول اکرم (ص)

چنین نقل شده است:

إِنَّ النَّبِيَّ (ص) دَفَعَ إِلَيْهِ دِينَارًا وَقَالَ: اشْتَرِ لَنَا بِه شَاةَ فَاشْتَرَى بِه شَاةَ ثُمَّ بَاعَهَا

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 551

بدینارین، ثم اشتری آخر بدینار فجاء إلى النبي (ص) بشاة ودينار. فقال له النبي (ص): «

بارك الله في صفقة يمينك». [1129]

از این روایت نیز قول به کشف را استفاده کرده اند به این بیان که عروه یا حکیم بدون اذن قبلی از پیامبر (ص) در مال او تصرف کرده و در میان راه با دیگری معامله نموده و اعطا و اخذ صورت گرفته است و رسول اکرم فعل او را با سکوت، بلکه با دعای خود تقریر و تأیید کرد. و این عمل، با کاشفیت اجازه سازگار است؛ زیرا بنا بر ناقله بودن اجازه، تصرف عروه یا حکیم از نوع تصرف حرام است و با تقریر معصوم منافات دارد و هرگز رسول اکرم (ص) آن را تقریر نمی کند.

پاسخ: روایت در هر حال با هر يك از قول به کشف و نقل سازگار است و دلیل بر کشف نیست؛ زیرا یا عروه می دانست که پیامبر (ص) به این تصرف راضی است و اگر آن جا بود اذن می داد و یا نمی دانست که ظاهر امر همین است، زیرا وی علم غیب نداشت تا بداند؛ اگر نمی دانست و تصرف کرد تصرف حرام است و قابل تقریر نیست اجازه چه کاشفه باشد، چه ناقله، زیرا بنا بر نقل، حرام واقعی را مرتکب شده است. بنا بر کشف هم - اگرچه اجازه بعدی کاشفه است و حرام واقعی را مرتکب نشده است ولی - تجزی کرده است که قبح عقلی و حرمت شرعی دارد؛ زیرا ظلم بر مولاست. و اگر می دانست که راضی

است یا بعداً راضی می شود و گمان می کرد، مجاز است تا چنین تصرفی کند [1130] باز مطلقاً کار حرامی نکرده است. همین کافی است در تقریر و امضای پیامبر؛ چه اجازه ناقله باشد، چه کاشفه.

نتیجه: این روایت نیز دلیل بر کشف نیست. بر فرض که دلیل بر کشف باشد، اما از نظر سند اشکال دارد و قبلاً در روایات اصل مشروعیت معامله فضولی، اشاره شد که روایت به لحاظ سند مخدوش است و شهرت آن در میان متأخران هم حلال مشکل

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 552

نیست زیرا شهرت عملی - به ویژه اگر میان متأخران باشد - جابر ضعف سند نیست.

5. روایات تحلیل خمس برای شیعیان:

مرحوم میرزای رشتی به این روایات استدلال کرده و از اطلاق آن ها قول به کشف را استخراج نموده است. وی می گوید: مفاد روایات این است؛ در عصری که امام مبسوط الید نیست و در عصر غیبت سهمی از خمس - که مال امام (ع) است - برای شیعیان مباح است و خود امام با این تحلیل و احلال و اباحه و تطیب، آن را برای شیعیان حلال کرده و اجازه داده است. [1131] اطلاق این روایات، معامله بر این اموال را شامل می شود و نیز اطلاق آن ها معاملاتتی را که سابق بر اجازه و تحلیل امام انجام گرفته اند، شامل می شود و این با قول به کشف سازگار است و گرنه بر مسلك نقل، باید امام قید می زد و بیان می کرد که از حالا به بعد هر تصرفی برای شما رواست. به ویژه این که در روایت اول باب صریحاً فرموده است: »

إِنَّ شِيعَتَنَا مِنْ ذَلِكَ وَأَبَاءَهُمْ فِي حَلِّ» [1132]

که تصرفات پدران شیعیان تا زمان امام باقر و امام صادق (ع) را

نیز اجازه داده است، حتی معاملات آنان را که حتماً مبتنی بر کشف است.

بنابراین از این روایات قول به کشف استفاده می شود و واضح است که معاملات قبلی پدران و خود شیعیان در سهم امام (ع) از نوع فضولی بوده است. [1133]

نقد امام راحل (قدس سره): گویا محقق رشتی به درستی در روایات تحلیل خمس دقت نکرده است و گرنه می دید که تحلیل و اجازه معصوم (ع)، سابق بر تصرفات و معاملات شیعیان است؛ زیرا از روایات به روشنی استفاده می شود که خود رسول اکرم (ص) و پس از ایشان حضرت امیر مؤمنان (ع) و حضرت فاطمه اجازه داده اند. این اجازه یقیناً از قبیل اذن سابق است نه اجازه لاحق.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 553

افزون بر این، بر فرض که تحلیل و اباحه در کلام امام باقر و امام صادق (ع) آمده باشد ولی تعبیر روایات آنان این است که «

أحللنا»، «طیننا»، «محللون»، «ابیح»

و... و ظاهرشان این است که همه امامان این تصرفات را حلال کرده و اجازه داده اند؛ نه این که تنها امام صادق (ع) اجازه داده باشد.

در این جا هم اگر مقصود، تحلیل همه است با اذن قبلی متناسب است نه اجازه بعدی تا برای معاملات فضولی به آن استناد شود. روایتی که به آن اشاره شد و دارای لفظ «آبؤهم» بود، در نقل شیخ صدوق رضوان الله علیه به جای آن کلمه «أبناءهم» آمده است که دلالت دارد بر تحلیل حصّه امام برای شیعیان و فرزندان آن ها نه پدرانشان، و این با اذن قبلی مناسب تر است. به هر حال روایات تحلیل سهم امام (ع) دلیل بر کاشف بودن اجازه مالک اصلی نیست. [1134]

6. سایر روایات و ادله:

به جز روایاتی

که تاکنون ذکر شد به روایات باب مضاربه و روایات اَتِّجَار با مال یتیم هم استناد شده است که قبلاً در اصل مشروعیت معاملات فضولی، به این روایات اشاره شد و همان جا تبیین شد که این روایات بر اصل صحت بیع فضولی دلالت ندارند چه رسد به فرع کاشف یا ناقل بودن اجازه که نسبت به روایات مشارالیه از قبیل سالبه به انتفاء موضوع است.

به شهرت فتوایی هم استناد شده که این نیز ناتمام است، زیرا اولاً شهرت فتوایی ذاتاً حجت نیست؛ ثانیاً به احتمال زیاد بلکه به یقین، مستند فتوای بسیاری از فقها همین روایاتی است که تاکنون ذکر شد و معلوم شد که از هیچ کدام قول به کشف استفاده نمی شود. بنابراین استناد به شهرت هم ناتمام است و به تعبیر امام راحل: «کما أنَّ الشَّهْرَةَ عَلٰی فَرْضِهَا حَصَلَتْ مِنَ الْاِجْتِهَادِ فِي الرِّوَايَاتِ وَمِثْلِ هَذِهِ غَيْرِ حِجَّةٍ».

[1135]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 554

در پایان هم فرموده است: «

والاحتياط مطلوب».[1136]

نتیجه نهایی: در مورد کاشف و ناقل بودن اجازه در سه مرحله بحث شد:

1. امکان عقلی: در این مرتبه ثابت شد که هرکدام از کاشفیت و ناقلیت ممکن است و حداقل دلیل برهانی بر امتناع آن قیام نکرده است، پس بنا را بر امکان می گذاریم.
2. مقتضای قواعد (عمومات و مطلقات) از نظر امام راحل در کتاب بیع، قول به نقل است که قبلاً ذکر شد.
3. مقتضای روایات باب: از این روایات قول به کشف استفاده نشد و قول به نقل را هم احدی ادعا نکرده و نگفته است که از روایات، ناقل بودن استفاده می شود. بنابراین جای احتیاط است به بیانی که پس از بیان ثمرات قول به کشف و نقل

ذکر خواهد شد.

نظریه نهایی امام راحل (قدس سره): در پایان بحث برمی گردیم به متن تحریر الوسیله و ملاحظه می شود که امام در این جا فتوا نداده و تنها فرموده است: «والمسألة مشکله» و نسبت به نماءات احتیاط کرده است که بعد از بیان ثمره بحث، توضیح داده خواهد شد. ولی فعلاً وجه مشکل بودن مسأله برای ما روشن نیست. وی در حاشیه «وسيلة النجاة» نیز از همین تعبیر استفاده کرده است. اما وجه اشکال چیست؟

آیا چون هر يك از كشف و نقل امکان عقلي دارد فتوا دادن مشکل است؟

آیا مقتضای قواعد روشن نیست و از عمومات، هیچ کدام به دست نمی آید؟

آیا مفاد روایات خاصه روشن نیست و از آن ها كشف یا نقل به دست نمی آید؟

آیا به دلیل این که مفاد ادله خاصه با مقتضای قواعد تنافی دارند سبب اشکال است؟

آیا چون اصل صحت بیع فضولی خلاف اصل است و به برکت دلیل خاص ثابت شده است و از روایات خاصه هم قول به كشف یا نقل استفاده نمی شود امر مشکل است؟

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 555

یا چون قول به نقل قائل ندارد امر مشکل است حتی اگر مقتضای قاعده نقل باشد؟

هیچ کدام از این امور نمی توانند سبب اشکال باشند، زیرا خود امام راحل ثابت کرد که نقل و کشف هر دو امکان عقلي دارند. خود ایشان ثابت کرد که مقتضای عمومات، نقل است. وی صریحاً فرموده است: «فتحصّل من جمیع ما تقدّم: أنّ النقل من زمان الإجازة لا مانع منه عقلاً، ولا عرفاً، ولا شرعاً...» [1137] آری از روایات باب، هیچ کدام استفاده نشد ولی مفاد عمومات کفایت می کنند و با نبود خصوصات، به عمومات مراجعه می شود و منافاتی هم نیست. دیگر این که

ایشان، مثل مشهور صحت فضولی را قانونی می‌داند نه به دلیل خاص تا استفاده کشف یا نقل از آن مشکل باشد. و بالأخره قول به نقل قائل هم دارد از قبیل مرحوم آیت الله سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاة [1138] و قبل از ایشان شیخ اعظم [1139] و قبل از ایشان محقق اردبیلی [1140] و قبل از او مرحوم فخرالمحققین در ایضاح. اگرچه وی طرفدار بطلان بیع فضولی است ولی با فرض قول به صحت، طرفدار نقل است نه کشف. [1141] بنابراین امام راحل باید فتوا به نقل بدهد ولی در عین حال در متن تحریر فتوا نداده و احتیاط کرده است.

نمره قول به نقل یا کشف

اشاره

بخش پایانی مسأله درباره ثمره عملی کشف یا نقل است. با توجه به این که کشف چند نوع است درباره دو موضوع بحث می‌شود: 1. بیان ثمره میان انواع کشف؛ 2. بیان ثمره میان کشف و نقل.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 556

بیان ثمره میان انواع کشف

چهار نوع کشف وجود دارد:

1. کشف انقلابی: کشف انقلابی این است که قبل از اجازه، مشتری اصیل واقعاً مالک نبود و عقد فضولی واقعاً مؤثر نبود ولی پس از اجازه واقعاً از اول، مالک شده است که انقلاب عدم تأثیر به تأثیر، از اول عقد است.

2. کشف حقیقی: اجازه کاشف از این است که در واقع از اول عقد، مالک بوده و عقد مؤثر واقع شده است که گاهی به نحو کشف محض است و گاهی به نحو تأثیر، اجازه در ملک است. شرط حصول ملک هم از اول عقد است. در این صورت یا تعقب انتزاعی، شرطیت دارد- که مبنای صاحب فصول است- یا تعقب واقعی شرطیت دارد- که مبنای امام راحل است- یا وصف لحاظ که مقارنت دارد شرط است و یا خود اجازه به وجود خارجی اش شرط است. در امور اعتباری چنین چیزی بلامانع است و یا رضایت تقدیری شرط است و یا...؛ گفتنی است مبنای و احتمالات دیگری هم در این باره وجود دارد که فعلاً این مبنای در بحث ثمره نقشی ندارند. آنچه در این جا مهم است اصل کشف حقیقی است. در ضمن یادآور می‌شود کشف محض باطل است.

3. کشف تعبدی: این کشف در صورتی است که شارع ما را متعبد کند به حصول ملک از زبان عقد و از لسان ادله هم چنین ملکیتی استفاده شود؛ یعنی اگر بعداً

مالك اصلی اجازه داد شرعاً ملکیت از اول عقد حاصل باشد نه واقعاً و وجداناً و عرفاً.

4. کشف حکمی: در این نوع کشف، خود ملکیت از اول عقد محقق نشده است - نه واقعاً و نه تعبداً - ولی به قدر امکان آثار ملك (نماء و منافع منفصل عین) مترتب می شود. این مسأله به تفصیل بررسی خواهد شد.

از میان این چهار قسم، کشف انقلابی قطعاً محال است؛ زیرا «انقلاب الشيء عمّا هو علیه» محال است، تناقض محال است، اجتماع دو مالك بر مملوك واحد محال است

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 557

و...؛ بنابراین نوبت به بیان ثمره آن نمی رسد. کشف تعبدی هم ملحق به کشف حقیقی است و حکم ویژه ای ندارد. بنابراین، ثمره کشف حقیقی و کشف حکمی بیان می شود:

بیان ثمره: ثمره در جواز تصرف اصیل در ثمن [1142] یا در مثنی [1143] و عدم جواز تصرف مذکور، ظاهر می شود.

توضیح: بنا بر کشف حکمی تصرف اصیل در ثمن یا مثنی، از زمان عقد تا زمان اجازه مطلقاً جایز نیست؛ [1144] زیرا برای جواز تصرف یا باید واقعاً مالك باشد و یا مأذون و وکیل باشد و یا اذن و رضایت فحوی داشته باشد؛ همچنین این امور باید فعلاً و در حین تصرف باشند و بنا بر کشف حکمی در هنگام تصرف نه مالك است، نه مأذون، رضایت فعلی هم وجود ندارد. حتی اگر یقین دارد که بعداً اجازه خواهد آمد باز هم سودی ندارد و مجوز این تصرف نخواهد بود و عمومات عدم جواز تصرف در مال دیگران بدون اذن و رضایت و طیب نفس، این مورد را در بر می گیرد.

ولی بنا بر کشف حقیقی صورتی قابل تحقق است، زیرا

طرف اصیل، جاهل است به فضولی بودن و گمان می کند با مالک اصلی معامله کرده است ولی در جهل مرکب است و خطا کرده و با فضولی معامله نموده است؛ در این فرض اگر تصرف کند حرام نیست نه در ظاهر و نه در واقع، زیرا حدیث رفع، حرمت را از خاطی برمی دارد. رفع هم رفع واقعی است نه این که تنها ظاهری باشد. و اگر طرف اصیل، عالم به فضولیت است و تصرف می کند، در صورتی که یقین دارد طرف اجازه نخواهد داد بدیهی است تصرفش واقعاً حرام است، ولی این صورت از بحث ما (لحوق اجازه) خارج است و اگر یقین دارد که اجازه خواهد آمد تصرفش ظاهراً و واقعاً جایز است؛ زیرا در مال خویش تصرف می کند و یقین هم دارد. کسی در این فرض، تصرف را حرام ندانسته است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 558

اگر جاهل به اجازه است و نمی داند که طرف اجازه خواهد داد یا نه و تصرف کرد، این تصرف واقعاً جایز و حلال است، چون در ملک خویش تصرف کرده و مرتکب حرامی نشده است؛ ولی ظاهراً جایز نیست.

دلیل شیخ اعظم بر عدم اباحه ظاهری، اصل عدم اجازه یا استصحاب عدم اجازه است [1145] ولی این استصحاب به چند دلیل قابل مناقشه است: اولاً استصحاب مصطلح، ابقاء ماکان است؛ یعنی حکم یا موضوعی را که در گذشته متیقن بود به زمان حال سرایت دهیم و بنا بر بقای آن بگذاریم، اما مورد بحث ما از قبیل استصحاب در امر استقبالی است- یعنی در آینده هم اجازه نخواهد آمد- نه امر حالی و نه فعلی؛ ثانیاً بر فرض که اطلاعات روایات

استصحاب این قسم را شامل شود ولی استصحاب عدم اجازه، از نوع استصحاب عدم ازلی است و قابل مناقشه است؛ ثالثاً بر فرض که این استصحاب هم جاری شود ولی اصل مثبت است؛ زیرا اجازه و عدم اجازه حکم شرعی نیستند، از موضوعات خارجی هستند و استصحاب موضوع باید مستقیماً اثر شرعی داشته باشد، وگرنه مثبت است و حجیت ندارد. در مورد بحث ما اثر عدم اجازه، عدم تحقق نقل و انتقال و عدم ملکیت است یا عدم تأثیر عقد فضولی و عدم سببیت آن برای ملکیت و عدم جواز تصرف بر این مترتب است که مثبت می باشد.

بنابراین جای استصحاب نیست بلکه جای اصل برائت است؛ یعنی باید بررسی شود که آیا چنین تصرفی در ظاهر حلال است یا نه اصل حلیت و اباحه جاری می شود؟ ظاهراً جایز است و تفصیل میان حلیت و جواز واقعی و عدم جواز ظاهری ناتمام است. در نتیجه بنا بر کشف حقیقی، تصرف مشتری واقعاً و ظاهراً جایز است و بنا بر کشف حکمی ظاهراً و واقعاً جایز نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 559

بیان ثمره میان کشف و نقل

علمای علم فقه در این باره چندین ثمره بیان کرده اند که در این جا ثمراتی که دارای اهمیت است بررسی می شود:

ثمره اول: ثمره ای که مورد قبول تمام فقهاست این است که ثمره مطلق کشف با نقل، در مورد نماءات و منافع ظاهر می شود. [1146]

بیان ثمره: اگر اجازه را کاشفه بدانیم نماءات و منافع، برای منتقل الیه است؛ [1147] زیرا در واقع تمام این ها در ملك خود او پیدا شده است و بدیهی است که هرکس مالك عین باشد مالك منافع آن نیز خواهد بود. اگر اجازه را ناقله بدانیم نماءات

برای منتقل‌ عنه است؛ زیرا تا اجازه نیاید، مبیع ملک خود بایع یا مالک اصلی است و بالطبع نماءات آن نیز ملک او خواهد بود. امام راحل چون در اصل قول به کشف و نقل فتوا نداده و فرموده است: «المسأله مشكله» لذا در مورد این ثمره راه احتیاط در پیش گرفته و فرموده است نسبت به نماءات، احتیاط ترك نشود و از راه مصالحه مطلب را حل کنند؛ یعنی طرفین با یکدیگر توافق و تسالم کنند و به نوعی مشکل ثمره را حل کنند. در امور مالی راه احتیاط همین است تا به قدر امکان، حقوق طرفین رعایت شود.

ثمره دوم: فقها یکی از ثمرات را نفوذ و عدم نفوذ فسخ طرف اصیل، قبل از اجازه مالک اصلی دانسته اند؛ با این توضیح که طرف اصیل پس از معامله با فضولی و قبل از اجازه مالک اصلی، معامله را فسخ کرد. در صورتی که اجازه را کاشفه بدانیم فسخ او نافذ نیست و نظیر فسخ يك طرف پس از اتمام و انعقاد معامله فیما بین دو مالک یا مأذون است که اثر ندارد. مگر این که طرف دیگر هم راضی شود و تفاسخ محقق گردد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 560

دلیل عدم تأثیر فسخ این است که معامله از ناحیه طرف اصیل، کامل است و نقصی ندارد و وی باید به عقدش وفا کند، اگرچه طرف دیگر یا مالک اصلی تا زمانی که اجازه نداده باشد حق ردّ دارد ولی اصیل حق ندارد فسخ کند. و اگر اجازه را ناقله بدانیم فسخ اصیل قبل از آن نافذ است؛ زیرا هنوز عقد کامل نشده است تا لزوم وفا بیاید؛ نظیر فسخ

موجب قبل از انشای قبول و در اثنای عقد که نافذ بودنش مورد تسالم همگان است.

شیخ اعظم پس از نقل این ثمره در نقد آن می فرماید: بنا بر نقل هم فسخ اصیل نافذ و مؤثر نیست؛ زیرا اطلاقات صحت و لزوم معامله و وجوب وفا به آن؛ یعنی أحلّ الله البيع، تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ، أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و... بیع و عقد فضولی را شامل می شوند و بر وجوب وفا به آن در حق اصیل دلالت می کنند و احتمال این که فسخ هادم باشد و عدم فاصله شدن آن شرط باشد، با اطلاق نفی می شود و در نتیجه بنا بر نقل هم فسخ اصیل قبل از اجازه نافذ نیست. وی در پایان می فرماید: «ولا یخلو عن إشکال».[1148]

شاید وجه اشکال این باشد که تمسک به عمومات و اطلاقات در مورد بحث ما از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است و جایز نیست؛ زیرا باید عقدی وجود داشته باشد تا مشمول اطلاق أوفوا بالعقود باشد. پس از فسخ اصیل، اصل وجود عقد مشکوک است؛ زیرا شاید فسخ نافذ بوده و عقد را منهدم کرده است و تا زمانی که عقد باقی نباشد وجوب وفا ندارد و با شک در بقای آن، استناد به عموم یا اطلاق، فاقد شرط صدق احراز عنوان و اسم است و صحیح نیست.

احتمال دیگر در وجه اشکال این است که مجرد عقد فضولی وجوب وفا ندارد بلکه باید عقد مالک ها یا مأذون ها صدق کند و حداقل اضافه و انتساب آن به مالک محقق شود تا وفا واجب باشد و تا زمانی که اجازه نیاید این انتساب تحقق نخواهد داشت، یا در این صورت عنوان

عقد مالك ها صدق نمی کند و تا صدق نکند و جواب وفا نمی آید.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 561

بنابراین قبل از اجازه این عمومات و مطلقات موضوع ندارند تا کسی بتواند به اطلاق آن ها تمسک کند و احتمال جواز و نفوذ فسخ را با آن ها رد کند. قیاس مورد بحث ما به بیع خیاری از يك طرف- که بر طرف دیگر وفا واجب است و حق فسخ ندارد- مع الفارق است؛ زیرا در بیع خیاری حتماً بیع و عقد صدق می کند و حتماً از خود مالك ها صادر شده است و به آن ها انتساب دارد و مشمول مطلقات هستند ولی در بیع فضولی چنین نیست.

سؤال: آیا به برکت استصحاب بقای عقد و بیع فضولی، پس از منع اصیل به انضمام وجدانی اجازه بعدی از سوی مالك اصلی، نمی توانیم حکم و جواب وفا به عقد را اثبات کنیم؟ یعنی از عموم و اطلاق استفاده نکنیم تا اشکال تمسک به عام در شبهه مصداقیه شود بلکه از استصحاب بقای عقد استفاده کنیم؟

جواب: اگر موضوع و جواب وفا مرکب از خود عقد و اجازه مالك باشد امکان دارد يك جزء موضوع وجداناً محرز شود و جزء دیگر با اصل احراز شود و حکم شرعی مترتب گردد، ولی به احتمال قوی موضوع مقید است از عقد و لحوق اجازه، و «العقد المتعقب بالإجازة» یا «العقد المجاز أو المرضی به» موضوع است و با استصحاب ذات مقید (خود عقد یا بیع) نمی توانیم مقید بما هو مقید (العقد الکذابی) را نتیجه بگیریم تا حکم و جواب وفا مترتب شود؛ زیرا مثبت است و جاری نیست. در نتیجه ایراد شیخ اعظم به ثمره دوم وارد نیست و بنا بر نقل

فسخ اصیل مؤثر است، یا این که احتمال تأثیر و انهدام عقد وجود دارد و جای عمومات نیست.

نظریه امام راحل (قدس سره): امام راحل درباره این ثمره می فرماید فسخ اصیل مطلقاً نافذ و مؤثر است و عقد فضولی را از تأثیر، ساقط می کند خواه اجازه مالک اصلی کاشفه باشد، خواه ناقله.

توضیح: بنا بر نقل واضح است زیرا تا اجازه ملحق نشود معامله محقق نمی شود و مشمول عمومات صحت و لزوم (عمومات حلّیت بیع و جواز اکل و وجوب وفا)

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 562

نمی شود و فرض این است که قبل از اجازه، طرف اصیل، معامله را فسخ نموده است و یقیناً این احتمال می آید که فسخ نافذ باشد و عقد فضولی را منهدم کرده باشد. در این جا تمسک به عمومات از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است و جایز نیست، استصحاب بقای عقد هم اصل مثبت است و جاری نمی شود. حتی اگر احتمال مثبت بودن را بدهیم حجیت آن ثابت نیست. پس شك در صحت می کنیم؛ در نتیجه و لزوم و وجوب وفا و اصل فساد جاری می شود که اصل اولی در معاملات است.

و اما بنا بر کشف: کشف حکمی در حکم نقل است؛ زیرا تا اجازه محقق نشود اصل نقل و انتقال و ملکیت محقق نمی شود و با فسخ قبلی احتمال انهدام عقد وجود دارد و در این جا هم جای تمسک به عمومات نیست. و منظور از کشف حقیقی، کشف محض نیست که اجازه لاحق هیچ تأثیری نداشته باشد بلکه مشهور برای اجازه، شرطیت و نقش قائل اند و باید عقد فضولی تا زمان اجازه باقی باشد- حتی اعتباراً- تا اجازه به آن ملحق

شود، وگرنه با انهدام عقد جایی برای لحوق اجازه نیست و فسخ قبلی احتمال دارد که هادم عقد باشد؛ آن گاه عنوان عقد محرز نیست تا بتوانیم به عموماً تمسک کنیم و از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه نباشد؛ بنابراین اگر اجازه کاشفه هم باشد فسخ قبلی مؤثر است.

نکته دیگر این که منظور قائل به ثمره مذکور که مدعی شد بنا بر کشف، عقد از جانب طرف اصیل تام است و باید به آن وفا کند چیست؟ اگر منظورش این است که انشای عقد از ناحیه اصیل حاصل شده است. پاسخ این است که فرقی میان کشف و نقل نیست و بنا بر نقل هم انشای اصیل محقق است بلکه قبل از تحقق قبول هم صحیح است بگویم انشا مربوط به موجب است و از ناحیه او محقق شده است. و اگر منظورش این است که بنا بر کشف، نقل و تملیک از ناحیه اصیل محقق شده است گفتنی است این مطلب مبتنی است بر این که اجازه کاشف محض باشد و دخیل نباشد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 563

یا فسخ اصیل عقد را منهدم نکند، اما هیچ کدام از دو مبنا پذیرفته نیست. پس تفصیل ناتمام است. [1149]

نتیجه: در مورد تأثیر فسخ اصیل قبل از اجازه سه نظر وجود دارد:

1. از نظر مشهور ثمره ظاهر می شود و اگر اجازه ناقله باشد فسخ قبلی نافذ است و اگر کاشفه باشد فسخ قبلی نافذ نیست؛ 2. از نظر شیخ اعظم اگر اجازه ناقله هم باشد فسخ اصیل تأثیری ندارد؛ 3. از نظر امام راحل اجازه کاشفه هم که باشد فسخ اصیل نافذ و مؤثر است و ثمره ظاهر نمی شود.

ثمره سوم:

ثمره سوم در جواز تصرف اصیل در منتقل عنه ظاهر می شود. شیخ اعظم در این باره می گوید: اگر فسخ اصیل را مبطل ندانیم و اطلاق خطاب، عقد فضولی پس از فسخ طرف اصیل را شامل شود تصرف او جایز و نافذ است و بنا بر ناقله بودن اجازه، تصرف او جایز است. [1150] زیرا تا اجازه محقق نشود منتقل عنه، ملک خود اصیل است و به حکم قانون سلطنت حق دارد تصرف کند و بدیهی است که پس از تصرف، محلّ اجازه فوت می شود و خود به خود عقد منفسخ می گردد. اما بنا بر کاشفه بودن، حق تصرف ندارد زیرا از ناحیه اصیل، عقد تام است و عموم اوفوا بالعقود جاری می شود و فرقی ندارد که علم داشته باشیم به لحوق اجازه یا جاهل و شاکّ باشیم و یا حتی علم به عدم اجازه هم داشته باشیم. در هر حال اصیل باید صبر کند و منتظر ردّ یا اجازه مالک اصلی باشد.

وی در پایان فرموده است: اما تصرف اصیل در منتقل الیه مطلقاً جایز نیست چه بنا بر نقل که واضح است؛ زیرا تا مالک اصلی اجازه نکند، متاع ملک اصیل نمی شود و به ملک خود مالک باقی است و تصرف دیگران در مال او حرام است، و چه بنا بر کشف که باز حق تصرف ندارد؛ زیرا عموم اوفوا بالعقود می گوید به آنچه متعهد و ملتزم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 564

شده و بر عهده گرفته اید وفا کنید و نقض آن حرام است و آنچه را اصیل بر عهده گرفته و علیه خود، ملتزم شده است عبارت است از انتقال مال او به مالک اصلی. اما انتقال مال مالک به

ملك او كه عليه او نيست بلكه به نفع او است و معنا ندارد نسبت به مال مردم وفا بر اصیل، واجب و نقض آن حرام باشد بلكه بر خود مالك اصلى، وفا پس از اجازه واجب می شود و لذا بنا بر كشف هم عموم أوفوا بالعقود و أحلّ الله البيع مال مالك اصلى را شامل نيست تا برای اصیل حق تصرف ثابت شود. [1151]

نقد این ثمره: دو اشكال اساسی بر این ثمره وارد است: اولاً تفكيك میان فسخ اصیل قبل از اجازه مالك با تصرف اصیل قبل از اجازه صحيح نيست؛ زیرا اگر عموم أوفوا عقد فضولى قبل از اجازه مالك را شامل شود، همان گونه كه فسخ جايز نيست تصرف متلف و ناقل و در يك كلام تصرف مفوّت محل اجازه و بلكه مطلق تصرف هم جايز نيست و عموم و اطلاق معامله این مورد را شامل نيست.

ثانياً در مورد منتقل اليه هم سخنان شيخ اعظم قابل مناقشه است؛ اگر وی ثمره را در منتقل عنه قبول دارد بايد در این جا هم بپذیرد؛ زیرا تعهد طرف اصیل از نوع تعهد معاملی است؛ يعنى ملتزم شده است كه مال او به مالك اصلى منتقل شود؛ امّا نه به نحو مطلق، بلكه به نحو مقيد كه مال دیگری هم متقابلاً به او منتقل شود؛ بنابراین اگر وی بنا بر كشف حق ندارد در منتقل عنه تصرف کند على القاعده بايد بتواند در منتقل اليه تصرف کند.

ثمره چهارم: ثمره چهارم در مورد تلف یکی از عوضین است بعد از عقد فضولى و قبل از اجازه مالك اصلى.

شيخ اعظم می گوید: بنا بر كاشفه بودن اجازه، معامله فضولى صحيح است؛ زیرا معنای كاشفیت این

است که گویا اجازه و رضایت مالک، مقارن عقد و از اول بوده و در واقع از اول، ملک طرف شده است. بر فرض در حین عقد، عوضین موجود بودند و

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 565

هیچ کدام تلف نشده بودند و بعد از تمامیت معامله، تلف حاصل شده است اما به اصل عقد صدمه نمی زند. بنا بر ناقله بودن، عقد باطل می شود زیرا تا اجازه نیاید نقل و انتقالی نیست و فرض این است که در حال اجازه، عوضین هر دو یا یکی تلف شده است و چیزی نیست تا اجازه به آن تعلق بگیرد و در حقیقت محل اجازه فوت شده است. [1152]

نظریه محقق نائینی: بنا بر کشف هم عقد صحیح نیست؛ زیرا قانون مسلم این است که «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»؛ در مورد معامله فضولی، فرض این است که قبل از تحویل مبیع به مشتری اصیل، مبیع تلف شده است که چنین تلفی از مال بائع یا مالک اصلی خواهد بود و معنایش این است که خود به خود معامله باطل می شود. [1153]

دو اشکال امام راحل به میرزای نائینی: این دو اشکال در تقریرات درس حضرت امام است.

اشکال اول: طرح ثمره در خصوص تلف مبیع نیست تا قانون مذکور اجرا و از سوی محقق نائینی اشکال شود، بلکه طرح بحث در تلف یکی از دو عوض است که شامل ثمن نیز می شود. در مورد تلف ثمن قبل از اجازه چنان قانونی نیست و ثمره ظاهر می شود.

اشکال دوم: اصولاً در قبض، قصد و انشا و مانند آن لازم نیست، کافی است متاع در دست طرف اصیل باشد؛ مثل این که نزد وی امانت

بوده و فضولی آن را به وی فروخته است. در چنین فرضی تلف بعد از قبض است نه پیش از آن، لذا قانون فوق، جاری نمی شود و ثمره ظاهر می گردد. [1154]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 566

نقش کفایت رضایت باطنی در معامله فضولی

اشاره

مسألة 8: لو كان المالك راضياً بالبيع باطناً، لكن لم يصدر منه إذنٌ وتوكيلٌ للغير في البيع والشراء، لا يبعد خروجه عن الفضولي، سيما مع التفاته بالعقد والرضا به. نعم، لو كان بحيث لو التفت إليه صار راضياً فهو فضولي وخارج عن موضوع المسألة، وأما إذا كان راضياً لكن لم يلتفت تفصيلاً إليه، فهو أيضاً كافٍ في الخروج عن الفضولي بوجه لا يخلو عن قوّة.

ترجمه: اگر مالک در باطن به معامله راضی باشد، اما از او اذن و توکیلی برای دیگری در خرید و فروش صادر نشده باشد، بعید نیست که از فضولی بودن خارج باشد؛ مخصوصاً در صورت توجه به عقد و رضایت به آن. البته اگر به گونه ای بود که در صورت توجه پیدا کردن، راضی می شد [اما توجهی پیدا نکرده] فضولی است و از موضوع این مسأله خارج است؛ اما اگر راضی باشد اما به طور تفصیل به آن توجه نکرده باشد این نیز به يك وجه - خالی از قوت نیست - برای خارج شدن از فضولی کفایت می کند.

شرح: پنجمین مسأله از مسائل بیع فضولی، و هشتمین مسأله از مجموع مسائلی که امام راحل در کتاب تحریر الوسيله در ذیل بیان شرایط متعقدان مطرح کرده است درباره کفایت رضایت باطنی برای خروج معامله از فضولی بودن و عدم کفایت آن است. به طور کلی گاهی مالک اصلی، هم قلباً راضی به معامله است و هم لساناً اذن داده و

دیگری را وکیل در معامله قرار داده است. چنین معامله ای قطعاً فضولی نیست و نیازی به اجازه و امضای بعدی در آن نیست. گاهی مالک نه اذن در معامله داده است و نه قلباً به آن راضی است بلکه چه بسا کراهت باطنی دارد و ممکن است منع سابق داشته باشد و یا اصلاً روح مالک از معامله با خبر نبوده است تا قلباً راضی باشد؛ گفتنی است چنین معامله ای حتماً فضولی است و صحت آن موقوف بر اجازه بعدی مالک است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 567

گاهی اذن و توکیل در بین نبوده ولی در واقع قلباً راضی بوده است آیا مجرد رضایت قلبی و طیب نفس کفایت می کند و معامله از فضولی بودن خارج می شود و دیگر نیازی به اجازه نخواهد بود یا کفایت نمی کند و باز هم معامله فضولی است و نیازمند اجازه بعدی است؟ امام راحل در متن سه فرضیه مطرح کرده است:

فرضیه اول

مالک اصلی توجه و التفات تفصیلی به عقد دارد و قلباً به آن راضی است ولی رضایت خود را به زبان نیاورده و ابراز نکرده است؛ آیا چنین عقدی فضولی است یا خیر؟ در این باره سه نظریه وجود دارد:

نظریه اول: نظریه شیخ اعظم [1155]: رضایت باطنی کفایت می کند و معامله فضولی نیست - ضمناً تفاوتی بین این که عاقد از اول بداند که مالک رضایت به این معامله دارد یا نداند، وجود ندارد. در فرض عدم علم هم فرقی ندارد که بعداً علم پیدا کند و رضای مالک را کشف کند یا بعداً هم منکشف نشود. آنچه مهم است وجود واقعی رضایت مالک است؛ اگر راضی بوده است باید آثار معامله را مترتب

کند.

دلیل: شیخ اعظم دلایل و مؤیدات زیادی دارد که مهم ترین آن ها دو دلیل است:

دلیل اول: دلیل اول عمومات و مطلقات آیات عقود و بیع و تجارت است؛ یعنی **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، [1156] **تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ** [1157] و **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**. [1158] این آیات، عقد و تجارت مورد بحث (رضایت قلبی داشتن و عدم اذن) را در بر می گیرند و بر صحت و لزوم آن دلالت می کنند.

نقد دلیل: مرحوم محقق نائینی و به پیروی از ایشان مرحوم آقای خوئی در نقد این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 568

دلیل فرموده اند: مفاد آیه وفا به عقد به قرینه مقابله جمع به جمع [1159] این است که بر هر مکلفی واجب است به عقد خودش وفا کند و تا عقد مستند به او نباشد و خوب وفا نخواهد داشت و مشمول آیه نخواهد بود. مستند شدن عقد به مالک اصلی یا در صورتی است که خودش مستقیماً آنشای عقد کند و یا به دیگری اذن دهد و او هم به وکالت، انشا کند و یا اگر اذن نداده باشد بعداً اجازه کند تا عقد مستند به او باشد. در مورد بحث ما هیچ يك از این دو صورت نیست، فقط رضایت باطنی به عقد وجود دارد که کافی نیست عقد صادر از اجنبی، مستند به مالک شود و عقد مالک صدق کند؛ بنابراین از فضولی بودن خارج نیست. همچنین باید تجارت مالک، صدق کند تا صحیح و لازم باشد و تا زمانی که ابراز رضایت نکند تجارت مالک به مال خودش صدق نمی کند. مفاد **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** هم این است که «**أَحَلَّ اللَّهُ بِيُوعَكُمْ**» و تا زمانی که اجازه نکند یا اذن ندهد یا خودش معامله نکند

عنوان «بیعکم» صدق نمی کند و بیع مستند به مالک نمی شود تا از فضولی بودن خارج شود؛ بنابراین معامله با رضایت قلبی مالک فضولی است و نیاز به اجازه بعدی دارد. [1160]

پاسخ امام راحل (قدس سره): به نظر امام راحل، این نقد ناتمام است؛ زیرا در ظاهر آیات سخن از «عقودکم»، «تجارتکم»، «بیوعکم» مطرح نیست و از این نظر اطلاق دارد. البته از خارج می دانیم که عقد یا تجارت یا بیعی که کلاً از مالک اصلی بیگانه باشد و هیچ انتسابی به او نداشته باشد و خوب و فایده ندارد و در حق مالک، صحیح و لازم نیست و اطلاقات از این قسم انصراف دارند ولی در صدق و صحت انتساب عقد به مالک، انشای مباحثی کفایت می کند، انشای معامله با اذن مالک یا اجازه بعدی کافی است، با وجود رضایت باطنی هم عرفاً کفایت می کند؛ به همین دلیل می بینیم عقلاً بر صاحب

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 569

مال (مالک) احتیاج می کنند و می گویند: «إِنَّكَ كُنْتَ رَاضِيًا بِهِ وَلَيْسَ لَكَ التَّخَلُّفُ وَالنَّقْضُ».

خلاصه: از نظر عرف و عقلاً وجود اصل معامله با رضایت مالک اصلی کفایت می کند، اطلاق و عموم آیات هم چیزی اضافه بر آن نیاورده است بلکه مؤکد همان است. [1161]

حتی اگر مفاد آیات، و خوب و فایده به عقد مالک ها و تجارت آن ها و بیع آن ها «عقودکم، بیعکم و...» باشد نباید برای صحت بیع فضولی به آن ها استناد شود؛ زیرا پس از اجازه هم عنوان عقد مالک و بیع مالک و تجارت مالک صدق نمی کند بلکه عقد و بیع و تجارت غیر مالک است که مالک آن را اجازه داده است و صدق عقد مالک مجاز و مسامحی است نه

حقیقت، و حتی بر عقد و بیع و کیل هم عقد و بیع مالک و موکل صدق نمی کند بلکه عقد خود و کیل است. بنابراین اگر از مالک پرسیده شود که خودت معامله کردی؟ می گوید: خیر، و کیل من معامله کرده است. در حالی که خود محقق نائینی و دیگران ملتزم نیستند که آیات برای بیع فضولی با اجازه مالک، قابل استدلال نباشند. و بر فرض که مفاد آیات «أوفوا بعقودکم» و «أحل الله بیعکم» باشد، ولی از راه الغای خصوصیت، مورد بحث ما را شامل می شوند؛ زیرا از نظر عرف تمام الموضوع برای وجوب وفا و نفوذ معامله این است که: معامله ای بر مال مالک انجام شود و رضایت مالک هم باشد؛ یا اذن قبلی داده باشد و یا بعداً اجازه کند.

اما این که خودش انشا کند یا عقد خودش باشد موضوعیت ندارد. بنابراین عقد غیر مالک بر مال مالک با التفات مالک و رضایت او صحیح و لازم است و از فضولی بودن خارج است. [1162] به همین دلیل، امام راحل در متن تحریر الوسیله فرموده است

: «لا یعد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 570

خروجه عن الفضولی سیما مع التفاته بالعقد والرضا به».

دلیل دوم: دلیل دوم روایات طیب نفس است، همچون حدیث «لا یحلّ مال إمرأ مسلم إلا عن طیب نفسه». [1163]

شیوه استدلال: از طرفی در مورد بحث که مالک، رضایت قلبی به معامله دارد، حتماً راضی است که مشتری در مال او تصرف کند و چون طیب نفس دارد به حکم روایات مزبور تصرف در مال او جایز است. از طرفی اگر معامله مورد بحث، فضولی باشد تصرف جایز نیست مگر با اجازه بعدی و این از احکام قطعی

معامله فضولی است. نتیجه دو مقدمه فوق، این است که بیع با رضایت مالک موضوعاً از فضولی بودن خارج است. [1164]

نقد دلیل: محقق نائینی و به تبع ایشان مرحوم آقای خوئی در نقد این دلیل گفته اند:

اولاً ممکن است منظور از حلّیت در روایات فوق، حلّیت تکلیفی باشد مثل حلّیت خوردن و آشامیدن و سایر تصرّفات، و کاری به حلّیت وضعی یعنی صحت و لزوم معامله نداشته باشد، بنابراین از مورد بحث ما بیگانه هستند زیرا کلام در صحت و نفوذ بیع غیر مالک با رضایت قلبی مالک است نه در حلّیت و حرمت تکلیفی تصرّف در مال مالک با رضایت او؛ ثانیاً بر فرض که منظور، چیزی اعم از حلّیت تکلیفی و وضعی باشد ولی نهایت دلالتی که دارد این است که طیب نفس و رضایت باطنی در حلّیت مال- و صحت معامله- دخیل است اما منافاتی ندارد که علاوه بر آن ابراز و اظهار رضایت به یک مبرز خارجی- مثل اذن قبلی یا اجازه بعدی- معتبر باشد.

دلیل این سخن، این است که این گونه جملات مفید حصر نیست و حداکثر دلالت دارد که مستثنی (طیب نفس) در مستثنی منه (حلّیت مال) معتبر و شرط است و معامله بدون طیب نفس صحیح نیست. اما دلالت ندارد بر این که فقط طیب نفس و رضایت

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 571

باطنی معتبر است نه چیز دیگر. بنابراین احتمال دارد اظهار رضایت هم دخیل باشد. لذا این نکته که به صرف وجود رضایت قلبی معامله از فضولی بودن خارج شود و نیازمند اجازه بعدی نباشد، از روایات به دست نمی آید. [1165]

نظریه شارح: هر دو ایراد دارای جواب است. جواب ایراد نخست این که چندین بار ذکر

شد که واژه های حلیت و جواز و حرمت و منع در لغت عربی و در لسان آیات و روایات، مخصوص حکم تکلیفی نیست بلکه به معنای جامع و اعم از تکلیفی و وضعی است و حلیت و جواز به معنای عدم منع است که هم با جواز تکلیفی سازگار است؛ یعنی عقاب ندارد و هم با جواز وضعی می سازد؛ یعنی صحیح است و اثر بر آن مترتب می شود؛ مخصوصاً در مثل مرکب مذکور که حلیت به خود مال مردم تعلق گرفته است و متفاهم عرفی، حلیت تصرفات نیست بلکه حلیت هر چیزی است که به مال مردم تعلق بگیرد.

جواب ایراد دوم: احتمال این که غیر از طیب نفس، ابراز و اظهار آن نیز دخیل باشد وجود دارد و قبول داریم که مفید حصر نیست؛ ولی کاری به افاده حصر نداریم اعتبار اظهار رضایت را به وسیله اطلاق مقامی نفی می کنیم؛ زیرا اگر معتبر بود حتماً بیان می کرد، در حالی که در مقام بیان است و سکوت در این مقام علامت عدم اعتبار است. بنابراین اگر مالک اصلی در واقع راضی بوده و معامله با رضایت قلبی او انجام گرفته باشد حتماً صحیح و لازم است و نیازی به اجازه ندارد وگرنه بیان می کرد؛ مخصوصاً اگر از ابتدای معامله، متوجه و ملتفت هم باشد که دیگری متاع او را می فروشد که به طریق اولی صحیح است و چنین رضایتی کمتر از اجازه بعدی به عنوان علامت رضایت او به بیع نیست. بنابراین استدلال به روایات طیب نفس نیز بدون ایراد است.

مؤیدات: روایاتی دیگری هم وجود دارد که مؤید روایات طیب نفس است و مناط

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 572

صحت

معامله را رضایت باطنی مالک قرار داده اند؛ از قبیل صحیحہ محمد بن مسلم از امام باقر (ع) در مورد خریدن زمینی که در دهانه نیل بوده و مورد اختلاف اهل آن جا بوده است و هرکدام مدعی بودند که زمین مال آن هاست. حضرت در این مورد فرمود: «

لا تشتريها إلا برضا أهلها

«[1166] و مناط صحت شراء را رضایت صاحبان ارض قرار داد. در این باره گفتنی است نهی «لا تشتري» تکلیفی نیست تا دلالت بر حرمت کند، بلکه ارشاد به این است که بدون رضایت صاحبان زمین، شراء صحیح نیست و باید با رضایت باشد، و قید هم نکردند که ابراز بکند.

مؤید دیگر، روایت حمیری از حضرت ولی عصر عجل الله تعالی فرجه الشریف در مورد ضیعه و باغی است که حضرت مرقوم فرمود:

«الضیعة لا یجوز ابتیاعها إلا من مالکها أو بأمره أو رضا منه» [1167]

یعنی تنها در صورتی ابتیاع زمین صحیح است که یا از مالک آن خریداری کند یا به امر او باشد- از وکیل او خریداری کند- یا به رضایت او باشد. حضرت، این جمله را با حرف «أو» بیان فرمود که هرکدام کفایت می کند. بنابراین مجرد رضایت باطنی هم کفایت می کند و با وجود آن معامله صحیح است.

نقد مؤیدات: محقق نائینی و مرحوم آقای خوئی در پاسخ این دو روایت گفته اند از روایات استفاده نمی شود که ابراز رضایت لازم نباشد و
[1168]....

پاسخ شارح: پاسخ ما همان است که قبلاً ذکر شد و به برکت اطلاق مقامی، اعتبار اجازه و اظهار رضایت را رد کردیم. این دو فقیه عالی قدر احتمال داده اند که رضایت در دو روایت به معنای طیب نفس نباشد بلکه به معنای اختیار

در مقابل اکراه باشد و روایات نظر به شرط چهارم از شروط متعاقدان داشته باشند و از محور بحث ما اجنبی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 573

باشند. [1169] ولی این نیز خلاف ظاهر کلمه «رضاء» است و پذیرفتنی نیست. بنابراین دو روایت فوق، خودشان دلیل بر کفایت رضایت باطنی اند و مفادشان مفاد آیه تجارت است؛ یعنی تجارتی بر مال مالک انجام گیرد و مالک هم از آغاز راضی باشد؛ بیش از این هم لازم نیست. درباره عرف و عقلا هم پیشتر ذکر شد، از نظر عرف تمام موضوع برای صحت و انتساب معامله به مالک همین است که با رضایت قلبی او معامله صورت گیرد و عرفاً بیش از این لازم نیست، از کلمات فقها نیز می توان مؤیداتی بر مطلب مذکور آورد. شیخ اعظم در مکاسب به دو مورد اشاره کرده است:

مثل قولهم في الاستدلال على الصحة: إنَّ الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالك، وقولهم: إنَّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت لأنَّه أعم من الرضا. [1170]

نتیجه: ظاهر بلکه صریح روایات طیب نفس و دو روایت محمد بن مسلم و حمیری و نظر عرف و عقلا و آیه تجارت و کلمات فقها همگی دلالت دارند بر این که با وجود طیب نفس مالک، معامله از فضولی بودن خارج است. دلایل مذکور هم روی وجود رضایت واقعی تکیه دارند؛ زیرا الفاظ برای معانی واقعی وضع شده اند. بنابراین همین که مالک راضی بوده است باید به عقدش وفا کند و معامله بر مال او صحیح و لازم خواهد بود و تفاوتی بین این که با علم به رضایت او داشته باشد یا حین البیع عالم نبوده و بعداً کشف شد و یا حتی

بعداً هم کشف نشود وجود ندارد. ولی مالک اصلی بینه و بین الله باید به معامله ترتیب اثر دهد. و باز تفاوتی بین این که مالک اصلی ملتفت بود که مال او را می فروشند یا غافل بود و بعداً ملتفت شد وجود ندارد، ولی در هر حال رضایت قلبی داشته و همین کفایت می کند. آری اگر ملتفت هم بود به طریق اولی کفایت می کند. به همین دلیل امام راحل در متن تحریر گفته است: «سیما مع التفاته بالعقد والرضا به».

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 574

نظریه دوم: نظریه محقق نائینی: از عبارت شیخ در مکاسب استفاده می شود که نظر مشهور بلکه نظر عموم فقها همین است؛ زیرا در مقام بیان نظریه خود فرموده اند:

وإن كان الذي يقوى في النفس لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب، عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة. [1171]

معلوم می شود ظاهر الاصحاب توقف بر اجازه است، [1172] خواه مالک عین نباشد که فضولی مصطلح است، خواه مالک عین نباشد ولی مالک تصرف باشد، مثل راهن و مفلس و ... - بلکه باید مالک اصلی یا صاحب حق، مرتهن، غریمان و طلب کاران، مولای عبد و ... - اجازه کند تا صحیح باشد.

دلیل: قانون در این موارد می گوید عقد، موقوف به نظر مالک یا صاحب حق است و بدون آن نافذ و ماضی نیست و از توقیف خارج نمی شود مگر این که مستند به مالک یا صاحب حق شود و آن ها هم عقد و معامله را تنفیذ کنند. استناد و تنفیذ از امور انشایی و ایجاد است که باید به وسیله مبرزی ابراز شود. به این صورت که خود مالک، مستقیم و بالمباشره انشای بیع کند؛ اذن مالک [1173] یا اذن شرعی باشد [1174] و یا اگر هیچ کدام نیست

باید اجازه لاحق باشد تا معامله مستند شود به مالك و صاحب حق، و اگر هیچ کدام نبود استنادی وجود نخواهد داشت و عنوان «عقدكم» و «بیعكم» و ... صدق نخواهد کرد تا مشمول اطلاقات باشد.

در مورد بحث ما فقط رضایت باطنی وجود دارد که کفایت نمی کند و عقد را مستند به مالك نمی نماید تا مشمول ادله صحت باشد. از این نظر رضایت باطنی مثل کراهت باطنی است و همان طور که کراهت باطنی، رد محسوب نمی شود و کفایت نمی کند

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 575

رضایت باطنی هم کافی نیست و امضا محسوب نمی شود و عقد را منتسب به مالك نمی کند. [1175]

نظریه شارح: پاسخ این نظریه از مطالبی که در استدلال بر نظریه اول تبیین کردیم روشن شد زیرا روایات طیب نفس به انضمام آیه تجارت و نظر عرف [1176] به وضوح دلالت دارند بر این که رضایت باطنی هم کفایت می کند و عقد را از توقیف خارج می کند و نیازی به اجازه ندارد و گرنه روایات ذکر می کردند.

نظریه سوم: نظریه مرحوم سید [1177] و مرحوم آقای خوئی: به نظر این دو فقیه گران قدر قول به تفصیل صحیح است؛ یعنی اگر عاقد اصلاً مالك عین نیست و اجنبی است رضایت قلبی مالك کافی نیست و اجازه بعدی لازم است، ولی اگر مالك عین هست و استقلال در تصرف ندارد و مالش متعلق حق دیگران است مجرد رضایت قلبی صاحبان حق کفایت می کند و معامله را صحیح و لازم می کند.

دلیل این مطلب، این است که در قسمت اول که عاقد اجنبی است تا زمانی که عقد مستند به مالك نشود مشمول اطلاقات و عمومات صحت و لزوم نمی شود. استناد به مالك در صورتی است

که یا خودش انشای عقد کند، یا وکیل او انشا کند و یا اگر اجنبی انشا کرده است مالک، آن را اجازه کند تا عنوان عقد مالک و بیع مالک و تجارت مالک صدق کند تا مشمول اطلاقات شود. صرف رضایت باطنی کفایت نمی کند و باعث نمی شود که عقد مستند به مالک شود.

در قسمت دوم که خود مالک عین عقد را انشا کرده باشد اصل استناد عقد به مالک مسلّم است و مقتضی برای مشمول اطلاقات صحت موجود است و مانع، تنها مراعات حق صاحبان حق است که آن هم با رضایت قلبی آنان برطرف می شود. بنابراین مانع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 576

هم مفقود است و اطلاقات این فرض را شامل می شوند. سپس مرحوم آقای خوئی شش مثال آورده برای مواردی که طرف، مالک عین است و خودش معامله کرده، ولی استقلال در تصرف ندارد و مالش متعلق حق غیر است یا نکاحش منوط به رضایت غیر می باشد. در تمام این موارد به فتوای فقها اگر ذی حق راضی باشد کفایت می کند. [1178]

نظریه شارح: به نظر ما این تفصیل در بخش دوم با نظریه اول کاملاً موافق است و در بخش اول که لزوم اجازه را معتبر دانست تا استناد عقد به مالک ثابت شود تا مشمول اطلاقات باشد پذیرفتنی نیست. این بحث قبلاً در ذیل آیه وفا به عقد و حلّیت بیع و تجارت، از قول امام راحل به تفصیل بررسی شد.

نتیجه: در مواردی که مالک اصلی رضایت فعلی دارد و در واقع از اول به معامله راضی بوده است موضوعاً از فضولی بودن خارج است و بدون اجازه بعدی مالک یا صاحب حق، صحیح و

لازم است.

فرضیه دوم

فرضیه دوم این است که:

«نعم لو كان بحيث لو التفت إليه صار راضياً فهو فضولي وخارج عن موضوع المسألة».

گاهی مالک اصلی در هنگام معامله اصلاً توجه نداشت و غافل بود. قبلاً هم بنای قلبی بر معامله نداشت و اصلاً نمی دانست که دیگری مال او را فروخته است و بعدها متوجه شد؛ ولی به گونه ای است که اگر از اول متوجه می شد به معامله رضایت می داد.

امام راحل می فرماید: چنین معامله ای فضولی است و از موضوع مسأله هشتم بیرون است زیرا موضوع مسأله، فرض رضایت باطنی به بیع است و این که از اول راضی بوده (رضایت فعلی) نه این که اگر ملتفت می شد راضی می شد (رضایت تقدیری). این در واقع رضایت نیست زیرا هر مشروطی تا شرطش نباشد مشروطش هم منتفی است. آری

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 577

بعد از التفات، رضایت فعلی شده است و چنین معامله ای حتماً فضولی است و احکام آن را دارد؛ یعنی لزوم اجازه و امضای لاحق.

فرضیه سوم

گاهی مالک رضایت قلبی دارد فعلی هم هست، اما التفات تفصیلی به عقد ندارد و توجه ندارد که فلانی مال او را می فروشد. این نیز کفایت می کند و عقد را از فضولی بودن خارج می کند؛ زیرا مهم رضایت واقعی فعلی است که در این جا موجود است اما التفات تفصیلی یا اجمالی به عقد دیگری یا غفلت از آن در حین عقد مهم نیست و موضوعیت ندارد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 578

عدم اشتراط قصد فضولی بودن برای فضولی

اشاره

مسألة 9: لا- يشترط في الفضولي قصد الفضولية، فلو تخيّل كونه وليّاً أو وكيلاً فتبيّن خلافه يكون من الفضولي، ويصحّ بالإجازة، وأمّا العكس- بأن تخيّل كونه غير جائز التصرف فتبيّن كونه وكيلاً أو وليّاً- فالظاهر صحّته وعدم احتياجه إلى الإجازة على إشكال في الثاني، ومثله ما إذا تخيّل كونه غير مالك فتبيّن كونه مالكاً، لكن عدم الصحّة والاحتياج إلى الإجازة فيه لا يخلو من قوّة.

ترجمه: در شخص فضولی شرط نیست که قصد فضولی بودن کند، پس اگر خیال کند که ولیّ یا وکیل است سپس خلاف آن معلوم شود،

این عقد از موارد فضولی است و با اجازه صحیح می شود. و اما عکس آن، که خیال کند حق تصرف ندارد سپس معلوم شود که وی وکیل یا ولی بوده است ظاهر آن است که صحیح است و احتیاج به اجازه ندارد؛ [البته] با توجه به اشکالی که در دومی (عدم احتیاج به اجازه) وجود دارد؛ و در موردی که خیال کند مالک نیست سپس معلوم شود که مالک است هم مثل همین مورد [پیشین] است، اما صحیح نبودن و احتیاج به اجازه داشتن در این مورد، خالی از قوت نیست.

شرح: اصل عنوان

معامله از عناوین قصديه است و بدون قصد عنوان بيع، اجاره و ...، معامله محقق نمی شود. در شرط سوم از شرایط متعاقدان ذکر شد که باید قصد مدلول داشته باشد و جداً انشای بيع کند وگرنه صدق عرفی ندارد. ولی آیا قصد عنوان فضولی بودن، مالک بودن، ولی بودن و وکیل بودن هم معتبر است؟ یعنی اگر فضولی است باید به قصد عنوان فضولی بودن انشای بيع کند تا بيع فضولی صدق کند و احکام آن مترتب شود یا همین که در واقع فضولی است کفایت می کند و عرفاً آن را بيع فضولی می گویند، حتی اگر قصد فضولی بودن نداشته باشد؟ همچنین نسبت به عنوان مالک و وکیل و ولی بودن.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 579

ثمره این بحث در موارد کشف خلاف ظاهر می شود. با این توضیح که گاهی عاقد به قصد مالک یا ولی یا وکیل بودن، معامله می کند و به عنوان این که مالک تصرف است مالی را می فروشد و اعتقاد او هم مطابق واقع است. قطعاً این معامله صحیح و لازم است. شایان ذکر است که بیشتر معاملات اهل عالم از این نوع است. گاهی به قصد فضولی بودن می فروشد؛ یعنی معتقد است که مالک تصرف نیست و اجنبی است اما مال مردم را می فروشد، چه از ناحیه مالک و برای او بفروشد، چه برای خودش. دیگر این که اعتقادش مصیب است و در واقع اجنبی است. چنین معامله ای قطعاً فضولی است و احکام آن را دارد، یعنی موقوف است بر اجازه مالک اصلی. و گاهی اعتقاد او مطابق واقع نیست؛ یعنی خیال می کرد مالک تصرف است و به عنوان این که جایزالتصرف است معامله کرد، سپس کشف خلاف

شد، یا گمان می کرد که وکیل یا ولیّ نیست و حق تصرف ندارد و خود را فضولی می پنداشت و به عنوان فضولی فروخت، سپس معلوم شد که مالک تصرف بوده و در واقع وکیل یا ولیّ مالک بوده است. یا این که گمان می کرد مالک عین نیست؛ یا گمان می کرد وکیل یا فضولی است، و اقدام به فروش مالی کرد، سپس معلوم شد که مالک اصلی بوده است.

در این چند فرض حکم شرعی چیست؟ آیا معامله از اساس باطل است؟ یا صحیح و لازم است؟ یا موقوف به اجازه لاحق است؟

بررسی مسأله

بررسی بخش اول مسأله: امام راحل در متن تحریر الوسیله می فرماید: قصد فضولی بودن، شرط صدق بیع فضولی نیست؛ یعنی لازم نیست به عنوان فضولی بودن بفروشد تا عنوان بیع فضولی صادق باشد و احکام شرعی آن مترتب شود بلکه کافی است که در واقع فضولی باشد، بنابراین اگر به خیال این که مالک اصلی است یا ولیّ و وکیل است و در يك کلام، به گمان این که مالک تصرف است اقدام کرد و مالی را فروخت سپس

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 580

معلوم شد که در واقع جایزالتصرف نبوده بلکه فضولی بوده است کفایت می کند و معامله او فضولی و موقوف به اجازه مالک اصلی خواهد بود.

دلیل: الفاظ و مصطلحات برای معانی واقعی و نفس الامری (ذوات معانی) وضع شده اند نه معانی به قید معلوم و مراد بودن. بر اساس این که اراده و قصد، جزء یا قید موضوع له نیست. عنوان بیع فضولی هم (بیعی که در واقع فضولی باشد) که در این جا چنین است و اما این که بایع قصد فضولیت نداشته دخالتی ندارد، بنابراین که فضولی باشد کفایت می کند

و احکام آن را دارد.

بررسی بخش دوم مسأله: گمان می کرد نافذالتصرف نیست و فضولی است ولی بعداً معلوم شد که ولی یا وکیل و جایزالتصرف است ولی به قصد ولی یا وکیل بودن معامله نکرد، بلکه به قصد فضولی بودن معامله کرد. حکم این فرض چیست؟ شیخ اعظم در مکاسب [1179] و به پیروی از ایشان امام راحل در کتاب البیع [1180] برای این فرض دو بخش ذکر کرده اند: 1. گاهی به گمان این که فضولی است از ناحیه مالک اصلی و برای او می فروشد و بعد معلوم می شود وکیل یا ولی بوده است؛ 2. گاهی با گمان فضولی بودن برای خودش می فروشد، مثل سارق ها که ادعای مالکیت می کنند و برای خود می فروشند. در صورتی که برای مالک اصلی می فروشد و سپس معلوم می شود وکیل یا ولی بوده است باز اصل معامله صحیح است؛ زیرا به عنوان ولی یا وکیل بودن نفروخته و قصد این عناوین را نکرده، ولی در واقع جایزالتصرف بوده است که همان کفایت می کند، ولی آیا معامله صحیح و لازم است و نیازمند اجازه بعدی نیست؟ یا پس از کشف خلاف باید معامله خودش را به عنوان ولی یا وکیل اجازه کند و مثل بیع فضولی واقعی موقوف به اجازه است؟

فتوای فقها، از جمله امام راحل در کتاب بیع عدم احتیاج به اجازه است و بلکه به

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 581

قول شیخ اعظم: «

لا ینبغی الإشکال فی اللزوم حتی علی القول ببطلان الفضولی

«[1181] زیرا در واقع جایزالتصرف بوده و به قصد مالک اصلی (مولی علیه یا موکل) فروخته است و نقصی ندارد تا نیاز به اجازه باشد؛

در عین حال اگر احتمال داده شود که اجازه

لازم است گفتنی است احتیاج به اجازه، برای یکی از چهار صورت زیر است که همه مردودند:

1. یا برای این است که بدون اجازه بعدی، اصل عنوان بیع صدق نمی کند؛ این احتمال قطعاً باطل است. گفتنی است در صدق عنوان بیع، قصد جدی مدلول کفایت می کند، حتی اگر معامله ردّ شود و باطل باشد باز هم بیع مردود و باطل است.

2. یا برای این است که بدون اجازه، جزم در معامله صدق نمی کند و جزم معتبر است. این نیز قطعاً باطل است؛ زیرا اولاً در اصل اعتبار جزم در معامله بحث و اشکال وجود دارد؛ ثانیاً جزم در معامله هست و عاقد جازماً آنشای بیع کرده است نه این که با تردید انشا کرده باشد.

3. یا برای این است که عاقد مالک تصرف بوده است ولی علم به این امر نداشته و شاید اگر عالم بود به چنین معامله ای رضایت نمی داد. برای این که رضایت او به بیع احراز شود نیاز به اجازه بعدی دارد. این نیز مردود است زیرا فرض این است که با اراده و اختیار اقدام کرده و معامله نموده و واقعاً هم حق داشته است معامله کند؛ اما این که شاید اگر عالم بود اقدام به خصوص این بیع نمی کرد، به این احتمال اعتنا نمی شود.

4. یا برای این است که صرف قصد و رضایت قلبی به معامله کافی نیست بلکه باید به عنوان این که مال مولی علیه یا موکل است راضی باشد و به عنوان ولایت و وکالت بفرود آمد اما چنین قصدی نداشته است. این احتمال نیز مردود است زیرا الفاظ برای

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 582

معانی واقعی وضع شده اند و وی واقعاً ولیّ یا وکیل است و

اطلاق ادله ولایت و وکالت هم احتمال دخالت قصد مذکور را نفی می کند.

نتیجه: معامله مزبور صحیح و لازم است و نیازی به اجازه بایع به عنوان ولی یا وکیل نیست.

اما وقتی برای خودش می فروشد و در واقع وکالت یا ولایت دارد هم اصل معامله صحیح است؛ زیرا عقدی است که در واقع از اهل آن (انسان جامع شروط) صادر شده و در محلّ خودش واقع شده است و مشمول ادله صحت معامله است و از این نظر کاستی ندارد. ولی از نظر احتیاج به اجازه محل بحث است و در این باره سه نظریه وجود دارد:

1. شیخ اعظم تمایل دارد به لزوم اجازه، ولی به این امر جازم نیست؛ زیرا ابتدا فرموده است: در توقف عقد بر اجازه بایع برای مولی علیه وجهی وجود دارد و آن این است که ولی شرعاً مجاز است تا برای مولی علیه بفروشد نه برای خودش

: «فالمأذون فيه غير واقع وغير مُشْتَأً»، «والمُنشَأُ غير مأذون فيه

»، و برای این که عقد مطابق با اذن شرعی و بر وجه مأذون باشد باید اجازه کند ولی بعداً با امر به «تأمل» ضعف این مطلب را می رساند.

[1182]

2. مرحوم آقای خوئی از بیان وجه تأمل نظر دیگری را با عنوان عدم نیاز به اجازه بیان کرده است، زیرا اگر قید لِنَفْسِهِ قید مقوم است و در اصل ماهیت بیع دخیل است یا شرط صحت است پس باید بدون آن، اصل معامله باطل و منتفی باشد و وجهی برای حکم به صحت نیست، [1183] و اگر قید اصل بیع نیست و بدون آن هم بیع موجود و صحیح است [1184] پس

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 583

قید «لِنَفْسِهِ» لغو است. بنابراین، جایی

برای نیاز معامله به اجازه نیست. [1185]

3. امام راحل نظر میانه ای دارد و می فرماید: ممکن است قائل شویم به این که قیدهایی که به موجودات خارجی [1186] ملحق می شوند نه از قیودی هستند که مقوم باشند و بدون آن ها حکمی نباشد و اصل ذات مقید بدون حکم باشد و نه لغو محض هستند که بود و نبود آن ها یکسان باشد. برای مثال اگر فردی بر دیگری این گونه سلام کند که: «السلام عليك أيها الرجل العالم» چنانچه در واقع وی عالم باشد سلام بر رجل عالم واقع شده و اگر غیر عالم باشد کلام بر رجل واقع شده و قید عالم ملغی است و در هر دو حال جواب سلام بر او واجب است [1187] ولی اگر بگوید: «السلام على الرجل العالم» و شرعاً جواب چنین سلامی هم واجب باشد، در صورتی که شنونده عالم باشد جواب سلام واجب است و اگر عالم نباشد جواب سلام واجب نیست. پس قید لغو نیست.

در مورد بحث، هم، چنین نیست که قید «لنفسه» لغو باشد و در واقع بیع بر ذات مبیع بدون هر قیدی واقع شده باشد تا گفته شود این صورت هم مثل صورت قبل است که به نیت مالک واقعی و از ناحیه او فروخته است و گفتیم نیازی به اجازه نیست و برای موکل یا مولی علیه واقع می شود، بلکه قید لنفسه قید مفید است؛ بنابراین اگر پس از بیع و قبل از اجازه، خود بایع مالک عین شد معامله صحیح و لازم می گردد و برای خودش واقع می شود بدون نیاز به اجازه. [1188] پس قید «لنفسه» لغو نیست و علی القاعده باید مشکل ساز باشد، منتها از آن جا که معامله بر عین

خارجي ملك ديگري واقع شده است قابليت آن را دارد که با اجازه بعدی برای او واقع شود، در نتیجه قید «لنفسه» به خودی

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 584

خود لغو نیست بلکه با اجازه بعدی لغو می شود؛ بر فرض هم که «فی نفسه» لغو باشد باز مجرد ذکر آن در عقد، مانع از انصراف آن به صاحب مال است و در نتیجه بدون اجازه بعدی نه برای مقید (خود بایع) واقع می شود و نه برای مالک اصلی، و نیاز به اجازه بعدی دارد تا این مانع را دفع کند و معامله برای مالک اصلی واقع شود.

بنابراین از نظر امام راحل اجازه لازم است [1189] لذا در متن تحریر الوسیله ابتدا فتوا به صحت معامله و عدم احتیاج به اجازه ولی داده و بلافاصله فرموده است: «علی إشکال فی الثانی»؛ یعنی عدم نیاز به اجازه اشکال دارد. وجه اشکال همان است که بیان شد، و وقتی مشکل شد باید در عمل احتیاط شود و بایع عقد خودش را به عنوان ولی یا وکیل، برای موکل یا مولی علیه اجازه کند.

بررسی بخش سوم مسأله: بایع گمان می کرد مالک نیست و فضولی است و مال مردم را فروخت ولی پس از معامله روشن شد که در واقع خودش مالک بوده و ملک خودش را فروخته است، مثلاً فرزندی به گمان این که پدرش در قید حیات است بخشی از اموال او را فروخت اما بعداً معلوم شد که در هنگام بیع، پدرش از دنیا رفته و مال به فرزند او ارث رسیده بود و خودش مالک بوده و در حقیقت، مال خودش را فروخته است؛ آیا چنین معامله ای صحیح است یا خیر؟

و بر فرض صحت، آیا نیاز به اجازه دارد که بعداً معامله خودش را امضا کند یا خیر؟ این بخش نیز دو صورت دارد:

1. مال پدر را از جانب پدر و برای او می فروشد که ثمن به ملک پدر داخل شود؛

2. مال را برای خودش می فروشد که ثمن به ملک فرزند داخل شود؛ نظیر بیع سارق و غاصب.

درباره صورت اول دو بحث مطرح است:

الف) اصل صحت معامله: آیا معامله مزبور از اساس باطل است یا صحیح است؟

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 585

نظریه مشهور: صحیح است زیرا در واقع خودش مالک بوده و عقد او جامع شرایط است و عقدی است که از اهل آن صادر شده و بر محل آن واقع شده است و مشمول ادله صحت معامله است.

در برابر مشهور شهید اول [1190] و علامه [1191] و فخرالدین [1192] احتمال داده اند که باطل باشد.

دلیل بطلان: «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد»؛ یعنی وی وقوع بیع را برای پدرش قصد کرده است اما چنین قصدی محقق نشده است؛ «فما قصد لم یقع»، «وما وقع لم یقصد»؛ یعنی وقوع بیع برای خود فرزند در قصد او نبوده و عقود، تابع قصود هستند و چون تخلف کرده است صحیح نیست. [1193]

پاسخ شیخ اعظم: درست است که پسر از جانب پدر و برای او فروخته است ولی برای پدر بودن موضوعیت ندارد بلکه نظر به او عبوری است و به عنوان مالک واقعی مطرح است؛ پس در حقیقت برای مالک واقعی فروخته است منتها در تطبیق، خطا دارد. و اگر برای مالک واقعی فروخته و او را قصد کرده است، تابع بودن عقود از قصود محفوظ است و تخلف نکرده است

تا باطل باشد «وكيف كان فلا ينبغى الإشكال فى صحه العقد». [1194]

البته کلیت این نظریه قابل مناقشه است؛ زیرا اگر قصدش بیع برای پدر باشد و عنوان «ایه» موضوعیت داشته باشد حکم به صحت مشکل است؛ زیرا خود پدر از دنیا رفته بود و قابلیت ندارد مالک عوض شود تا بیع برای او واقع شود. فرزند هم که در واقع مالک بوده قصد نشده است و عقد، تابع قصد است. اگر قصدش بیع برای مالک

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 586

(پدر) است باز هم اشکال دارد زیرا عنوان مالک بودن در این جا هم موضوعیت ندارد و عنوان پدر مهم است و تعلیق حکم بر وصف، مشعر به علیت است و به همان بیان حکم به صحت مشکل است. آری اگر قصد بایع، بیع برای پدری است که مالک است و اصل، عنوان مالک بودن است و به گمان این که پدر مالک است او را ذکر یا قصد کرده است، این جا عقد تابع قصد است و برای مالک واقعی (خود بایع) واقع می شود و ذکر پدر یا قصد آن از باب خطای در تطبیق است. همچنین اگر قصدش بیع برای مالک واقعی باشد بدون این که پدر یا غیر پدر را ذکر کند یا قصد کند و تمام نظر به مالک واقعی باشد از ناحیه تبعیت عقود از قصود مشکلی ندارد، و نظر شیخ تنها در دو فرض اخیر پذیرفتنی است.

ب) نیاز این معامله به اجازه خود بایع: آیا بعداً که فهمید خودش مالک بوده باید بیع خود را اجازه کند یا نیازی به اجازه نیست؟ جواب این است که اجازه لازم است. فتوای امام در تحریر الوسيله نیز

همین است و وجه آن شاید عمومات سلطنت مردم بر اموالشان باشد که اگر بگوییم به صرف این که در واقع مالک بوده است کفایت می کند و معامله صحیح و لازم است سلطنت مالک را محدود کرده ایم زیرا احتمال دارد اگر می دانست که مالک اصلی است اقدام نمی کرد، و این با قاعده سلطنت منافات دارد لذا به حکم عموم سلطنت و عمومات حلیت تصرف با طیب نفس و ... اقتضا می کند که اجازه لازم باشد و به عنوان مالک راضی باشد، و به بیان دیگر، بایع به اصل تبدیل و جابه جایی، طیب نفس دارد ولی به عنوان تبدیل مالکی، طیب نفس او محرز نیست و با اجازه بعدی احراز می شود؛ پس اجازه لازم است.

و اما در قسمت دوم - که مال پدر را برای خودش می فروشد و بعد معلوم می شود که ملک خودش بوده است - نیز اصل صحت معامله و شمول اطلاعات و عمومات نسبت به آن جای تردید نیست؛ زیرا عقدی است که جامع شرایط است و از اهل آن

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 587

صادر شده و بر محل آن واقع گشته است و اشکال قسمت اول [1195] را ندارد بلکه در این جا خود را قصد کرده و برای خودش فروخته است و در واقع خودش مالک بوده و ادعای مالکیت مطابق واقع است و وجهی برای بطلان نیست. از نظر احتیاج به اجازه هم به نظر شیخ اعظم اجازه لازم است، به همان دلیلی که در قسمت اول ذکر شد؛ ولی تحقیقاً اجازه لازم نیست زیرا خود مالک اصلی مباشرت داشته و عقد را برای خود واقع ساخته است و واقعاً چنین است و به اصطلاح، نه تنها به

اصل تبدیل و جابه جایی رضایت دارد بلکه به تبدیل مالکی هم راضی است و رضایت، مقرون به عقد است و با وجود آن نیازی به اجازه جدید نیست بلکه به نوعی تحصیل حاصل و محال است.

خلاصه: تنها در صورت دوم از دو صورت بخش دوم و صورت اول از دو صورت بخش سوم نیاز به اجازه هست و بدون اجازه بعدی، حکم به صحت مشکل است، یا به وجه قوی اجازه لازم است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 588

بطلان بیع فضولی در صورت تجدّد ملک

اشاره

مسألة 10: لو باع شیئاً فضولياً ثمّ ملكه - إمّا باختياره كالشراء، أو بغيره كالإرث - فالبطلان بحیث لا تجدی الإجازة لا یخلو من قوّة.

ترجمه: اگر چیزی را به طور فضولی بفروشد، سپس - چه با اختیار خودش، مانند خریدن، چه بدون اختیارش، مانند ارث - مالک آن شود، بطلان آن به طوری که اجازه فایده نداشته باشد خالی از قوّت نیست.

شرح: این مسأله در کلمات فقها با عنوان «من باع شیئاً ثمّ ملكه فأجازه» ذکر شده است و ظاهرش این است که خود بایع فضولی، مالک متاع شود. مطلب مهم و مورد توجه در این جا تجدّد ملک است؛ یعنی پس از بیع فضولی و قبل از اجازه آن از سوی مالک اولی. اساساً قبل از اطلاع او از این بیع، متاع از ملک وی به دیگری منتقل شده و مالک جدید پیدا کرده است، چه از راه خریدن - که عملی اختیاری است - به دیگری منتقل شده باشد، چه از راه قهری ارث، مالک شده باشد و چه مالک جدید، خودش یا فرد دیگری بایع فضولی باشد، ولی در کلام فقها در این باره چند وجه ذکر کرده اند. حکم سایر صور نیز

از حکم این چند وجه دانسته می شود، صوری که مطرح شده به قرار زیر است:

1. فضولی متاع دیگری را برای خودش فروخت و سپس خودش مالک شد و اجازه کرد.

2. فضولی متاعی را برای مالک اصلی فروخت سپس خودش مالک شد و اجازه کرد.

3. یکی از دو فرض قبل با این قید که بعد از مالک شدن اجازه نکرد.

برای روشن شدن حکم صور مذکور بحث را با پرسشی مطرح می کنیم: آیا به مجرد این که فضولی، خودش مالک شد معامله فضولی صحیح و لازم می شود و حتی نیاز به

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 589

اجازه هم ندارد یا موقوف به اجازه مالک جدید است؟ و یا از اساس چنین معامله ای فاسد است و با اجازه مالک جدید هم درست نمی شود؟

نظریه شیخ اعظم

بیع مذکور صحیح است- اگرچه نیاز به اجازه دارد ولی فعلاً اصل صحت مطرح است- دلیل شیخ این است که: «

للأصل والعمومات السلیمة عما یرد علیه...» [1196]

منظور از عمومات معلوم است؛ یعنی آیات عقد و بیع و تجارت که عقد فضولی مذکور را شامل می شوند زیرا آن هم عقد بیع و تجارت است و پس از اجازه مالک جدید (خود بایع فضولی) عقد و بیع و تجارت مالک هم صدق می کند و مشمول عمومات و مطلقات می شود. در این جا مقتضی موجود است و مانع هم مفقود است زیرا مهم، وجوهی است که مرحوم محقق تستری در مقابس [1197] آورده است. [1198] اما منظور شیخ از اصل چیست؟ احتمالاتی از سوی بزرگان صاحب حاشیه بر مکاسب از جمله از سوی امام راحل در کتاب البیع [1199] مطرح شده است:

1. ممکن است منظور اصل، صحت باشد یعنی اصل اولی در معاملات صحت است

مگر این که مانعی جلوی این اصل را بگیرد. این احتمال مردود است زیرا اصل اولی در معاملات فساد و عدم ترتب اثر است نه صحت.

2. ممکن است منظور از اصل، قاعده مستفاد از عمومات و مطلقات باشد یعنی اصاله العموم یا اصاله الاطلاق (اصل لفظی عقلایی). طبق این احتمال، عطف «والعمومات السلیمه...» از باب عطف تفسیر است و بیانگر منظور شیخ از اصل است. ولی این هم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 590

خلاف ظاهر عطف است که ظهور در مغایرت معطوف و معطوف علیه دارد نه اتحاد و مفسر بودن.

3. ممکن است منظور، اصل برائت باشد که با شك در جزئیت و شرطیت جاری می شود؛ یعنی شك داریم که مجیز، باید همان کسی باشد که در حال عقد مالك بود یا لزومی ندارد و مالك جدید هم می تواند مجیز باشد؟ شایان ذکر است که با شك در شرطیت، حدیث رفع و مانند آن جاری می شود. این احتمال هم با مبنای خود شیخ اعظم سازگار نیست زیرا ایشان اصل برائت را در شك در حکم تکلیفی جاری می دانند نه در شك در شرطیت که حکم وضعی است و مستقل به جعل نیست تا رفع آن به دست شارع باشد. علاوه بر این، اصل مثبت است زیرا نتیجه اش این است که مالك جدید هم اگر اجازه کند اثر، مترتب می شود و اجازه او هم مؤثر است، و این يك اثر شرعی نیست.

4. ممکن است منظور از اصل، استصحاب عدم اشتراط باشد، آن هم استصحاب حکم فرد؛ یعنی در خصوص این بیع فضولی که واقع شده و سپس خود بایع مالك شده است مشروط بودن آن به لزوم مالك

بودن مجیز در حال عقد مشکوک است و باید استصحاب عدم اشتراط آن جاری شود. اشکال می شود که شخص این بیع فضولی حالت سابقه یقینی ندارد تا استصحاب شود.

5. ممکن است منظور، استصحاب حکم کلی و طبیعی باشد؛ یعنی يك زمانی چنین شرطیتی جعل و تشریح نشده بود؛ سایر شروط صحت و تأثیر هم مجعول نبودند؛ بعد از آمدن شریعت اسلام اموری شرط شده اند ولی آیا جعل شده است که باید همان مالک اولی باشد یا نه؟ در این جا استصحاب عدم ازلی جاری می شود. این احتمال نیز اشکال دارد، زیرا استصحاب عدم ازلی ناتمام است و بر فرض تمامیت، اصل مثبت است و اعتباری ندارد. خلاصه این که منظور شیخ از اصل روشن نیست. شاید از باب توجیه کلام بزرگان احتمال دوم مورد نظر وی باشد. پایان سخن، این که نیازی به اصل نیست و مهم عمومات و مطلقات است که مورد استناد شیخ است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 591

نظریه محقق تستری

محقق تستری درباره «

من باع شیئاً فضولياً ثم ملّکهُ

« قائل است چه اجازه بدهد چه اجازه ندهد اصل معامله باطل است. وی برای اثبات بطلان به چند وجه استناد کرده است که شیخ اعظم در مکاسب، از آن ها به موانع اطلاقات و عمومات تعبیر کرده و از آن ها پاسخ داده است.

دلیل اول: دلیل یا مانع اول: به نظر ما مسأله سوم از مسائل بیع فضولی «أن یبیع لنفسه» باطل است و با اجازه مالک اصلی هم قابل تصحیح نیست. این نظریه سه دلیل عقلی و نقلی و عقلائی دارد که قبلاً در جای خود ذکر شد. مورد بحث نیز از مصادیق همان باب است، یعنی فضولی متاع

مردم را برای خودش فروخته و چنین بیعی باطل است چه بعداً مالك اصلی اجازه دهد و چه خود فضولی مالك شود و اجازه بدهد.

پاسخ: قبلاً در همان مسأله سوم از سه مسأله اصلی بیع فضولی از سه وجه عقلی و نقلی و عقلائی پاسخ دادیم و بیع فضولی برای خود را با اجازه بعدی صحیح دانستیم؛ بنابراین مورد بحث نیز از این نظر محکوم به صحت است و وجهی برای بطلان آن نیست.

دلیل دوم: دلیل یا مانع دوم: در اصل صدق عنوان بیع یا در صحت بیع، جهاتی معتبر است که در مورد بحث ما آن جهات منتفی است، لذا معامله محکوم به بطلان است یا اصلاً بیع نیست. سه جهت در مورد بحث وجود دارد:

جهت اول: بیع، مبادله ملك با ملك است؛ یعنی هرکدام از مالك ثمن و مضمن اضافه ملکیت خود را نسبت به ملك خویش به دیگری منتقل می کند. در مورد بحث ما این جهت منتفی است زیرا بیع برای مالك اصلی و اولی واقع نمی شود؛ چون با بیع فضولی او را قصد نکرده است. بر فرض هم اگر قصد کرده باشد او از دنیا رفت و اجازه نداد، یا قبل از اجازه به دیگری فروخت و جای وقوع آن برای او نماند و با بیع فضولی یا

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 592

مالك جدید هم در هنگام بیع، مالك نبود تا مبادله ملك به ملك صدق کند؛ بنابراین اصل صدق بیع مختل است.

جهت دوم: در صحت معامله، رضایت و طیب نفس مالك از هنگام عقد معتبر است. در مورد بحث ما چنین کسی وجود ندارد؛ زیرا مالك اصلی که در حین بیع مالك

بود و رضایت او دخیل و مؤثر بود اصلاً در معامله قصد نشده و بیع برای او انشا نشده است؛ مالک جدید هم که قصد شده رضایت او در زمان وقوع بیع فضولی دخیل و مؤثر نیست زیرا در آن هنگام، مالک نبود تا رضایت او مؤثر باشد؛ بنابراین شرط صحت بیع (رضای مالک از زمان عقد) منتفی است.

جهت سوم: در صحت بیع، قدرت بر تسلیم در زمان انشای معامله شرط و معتبر است. در مورد بحث ما این جهت منتفی است؛ زیرا قدرت مالک اولی و صاحب مال، اعتباری ندارد چون اصلاً وی قصد نشده و عقد برای او انشا نشده است تا قدرتش دخیل باشد، فضولی یا مالک جدید هم در هنگام بیع، قدرت بر تسلیم نداشته است بر فرض هم اگر عرفاً قدرت می داشت قدرت او در صحت معامله دخالت نداشت. در نتیجه باز هم شرط صحت منتفی است و اصل بیع باطل است.

پاسخ: هر سه جهت در مورد بحث ما- به مقداری که دلیل بر اعتبار آن ها دلالت دارد- موجود است.

جهت نخست یا صدق بیع: پذیرفته نیست که حقیقت بیع، مبادله میان دو ملک دو مالک در زمان عقد باشد تا اشکال شود. حقیقت بیع، مبادله میان دو مال است که در مورد بحث وجود دارد؛ حتی می توان گفت بر مبادله میان دو حق هم بیع صدق می کند و از این نظر نقصی ندارد و عدم انتقال فعلی و در هنگام انشای بیع هم ضرری ندارد و مانع از صدق بیع نیست زیرا در موارد زیادی از زمان انشا نقل و انتقال و ملکیت محقق نمی شود از جمله در فضولی های معمولی

بنابر نقل، تا اجازه نیاید نقل و انتقالی نیست ولی صدق بیع حتمی است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 593

جهت دوم یا رضایت مالک: هیچ دلیلی وجود ندارد که باید رضایت مالک در زمان عقد باشد تا بیع صحیح باشد، بلکه مهم رضایت کسی است که در زمان تأثیر عقد و نقل و انتقال فعلی، مالک است و عقد برای او واقع شده است. در مورد بحث ما چنین کسی خود فضولی است که مالک جدید است، و بر فرض هم شك کنیم به اطلاق ادله تجارت و طیب نفس و ... استناد می کنیم، زیرا مهم این است که تجارتي باشد و رضایت مالک هم باشد و در بیع فضولی بنا بر نقل، رضایت مالک اصلی از زمان اجازه است نه از زمان عقد.

جهت سوم یا قدرت بر تسلیم: شیخ اعظم این شرط را پذیرفته و به طور مجمل در جواب فرموده است: بحث ما در بیع فضولی، زمانی است که واجد تمام شرایط باشد و تنها شرط رضایت مالک نباشد که آن هم با اجازه و امضای بعدی محقق می شود؛ بنابراین وقتی از نظر قدرت بر تسلیم نقص دارد از محل بحث خارج است. [1200] ولی این پاسخ نوعی تسلیم شدن بر اشکال است و حقیقت این است که قدرت بر تسلیم هم بیش از قدرت بر تسلیم در زمان نفوذ و تأثیر فعلی عقد، معتبر نیست و این مقدار در مورد بحث ما حاصل است؛ زیرا مالک جدید در هنگام اجازه، مالک شده و قدرت تسلیم دارد و این که از آغاز انشای عقد فضولی قدرت بر تسلیم باشد دلیلی ندارد. بر فرض هم اگر چنین احتمالی

بدهیم با اطلاقات و عمومات صحت و لزوم، دفع می شود. بنابراین بیع فضولی مورد بحث از نظر واجد شرایط بودن کاستی ندارد.

نظریه امام راحل (قدس سره)

اشاره

امام راحل در کتاب بیع می فرماید: شاید منظور مستدل این است که اصل صحت بیع فضولی خلاف قاعده و به دلیل خاص ثابت است و در اموری که خلاف قاعده باشد باید به قدر متیقن اکتفا شود. اما قدر متیقن - چیزی غیر از مورد بحث است - یعنی در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 594

موردی است که خود مالک اصلی، مالک است و بعداً اجازه می دهد و بیع هم برای خود مالک انجام شده نه برای فضولی؛ بنابراین در مورد بحث؛ دلیلی بر صحت نداریم و به اصل فساد و بطلان بر می گردیم. امام راحل از این احتمال هم پاسخ داده که در مبحث اصلی صحت و بطلان بیع فضولی تبیین شد و گفته شد که صحت آن علی القاعده است و عمومات و اطلاقات معاملات، این بیع را شامل می شود و از باب دلیل خاص نیست. و وقتی قانونی شد در مورد اعتبار هر قید اضافی شك کردیم به اطلاق و عموم ادله تمسک می کنیم. پس مانع دوم تستری هم نمی تواند جلوی اطلاقات را بگیرد. [1201]

دلیل سوم: دلیل یا مانع سوم: از آن جا که بیع مورد بحث «من باع شیئاً ثم ملكه» از نوع بیع فضولی و حتماً نیازمند اجازه است، مالک جدید است. اجازه هم تحقیقاً - از نظر مشهور و مستدل - کاشفیت دارد نه ناقلیت. یعنی کشف می کند از این که مبیع، از زمان وقوع عقد، در واقع ملك مشتری اصیل شده است. در مورد بحث ما صحت بیع فضولی با اجازه مالک جدید بر مبنای کشف،

مستلزم خروج متاع از ملك بايع مجيز، قبل از دخول آن در ملك وى است؛ زیرا وى بعد از خريدن يا ارث بردن، مالك شده و قبل از آن مالك نبوده است. معنای اجازه على الكشف هم این است که از قبل (زمان وقوع عقد) ملك مشتری شود، اما محال است قبل از این که مبيع، ملك بايع فضولى شود از ملك او به مشتری منتقل شود. بنابراین قول به كشف محذور عقلى دارد، قول به نقل هم از اساس باطل است و دليل ندارد، بيع فضولى هم بدون اجازه صحيح نيست در نتیجه بطلان آن متعين است.

پاسخ: اولاً در مبحث كشف و نقل به تفصيل ثابت شد که اجازه ناقله است، نه كاشفه، و قول به نقل مطابق قاعده است، زیرا بنا به گفته مشهور تا زمانی که عقد مالك،

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 595

بيع و تجارت مالك صدق نکند مشمول عمومات و مطلقات نمی شود. صدق مذکور پس از اجازه مالك است و به قول امام راحل صدق عقدالمالك و ... لازم نيست ولى انتساب عقد و بيع به مالك لازم است که پس از اجازه صورت می پذيرد نه پيش از آن. خلاصه این که اجازه دخيل و مؤثر است و پس از آن مشمول عمومات و مطلقات است و بنا بر نقل، محذوری پيش نمی آيد زیرا بايع فضولى مالك شده و بعداً اجازه کرده و از حالا مبيع، ملك مشتری اصیل گردیده است و این خروج از ملك، پس از دخول در ملك است نه قبل از آن. البته قول به كشف محذور دارد نه قول به نقل؛ از آن جا که قول به نقل قوی

است صحت بیع فضولی محذوری ندارد، ضمناً دلیل خاصی هم بر کشف قیام نکرده است.

ثانیاً بر فرض که کشف دارای دلیل باشد- مثل صحیحه محمد بن قیس و روایت عروه باری و...- ولی روایات دلیل های کشف اطلاق ندارند؛ یعنی دلالت نمی کنند بر صحت کشف مطلقاً- چه درباره مالک اصلی و چه درباره مالک جدید- بلکه مورد آن ها صورتی است که مالک اولی اجازه کند. گفتنی است مالک اولی قبل از بیع فضولی مالک بوده است و اجازه اش مستلزم خروج مبیع از ملک، قبل از دخول در ملک نیست. بنابراین نسبت به مورد بحث- که مالک جدید می خواهد اجازه دهد- روایات کشف شامل این نکته نیست که باید به عمومات و قواعد، که قول به نقل را اثبات می کرد بازگردیم. نه این که از اساس حکم به بطلان بیع کنیم. [1202]

ثالثاً به گفته شیخ اعظم در مورد بحث ما کشف حقیقی به معنای این که از اول بیع فضولی مشتری، مالک شده باشد محذور عقلی دارد ولی کشف نسبی [1203] مانعی ندارد یعنی اجازه مالک جدید، کاشف باشد از صحت بیع فضولی او از زمان خریدن و مالک شدن او، نه از زمان انعقاد بیع فضولی که ممکن نیست. دلیل این مطلب، این است که

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 596

مقدار کاشفیت اجازه، تابع اصل صحت معامله است و وقتی ثابت کردیم که به موجب عمومات و مطلقات، این عقد هم عقدی است که صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ وَ وَقَعَ فِي مَحَلِّهِ وَ جَامِعٌ هَمَّهِ شُرُوطٌ اسْتِ، تنها رضایت مالک را کم دارد می گوئیم: با رضایت مالک، حکم به صحت آن می شود و فرقی ندارد که مالک اولی به آن رضایت

دهد و اجازه کند- که در غالب معاملات فضولی چنین است- یا مالک جدید رضایت دهد- که در مورد بحث ما چنین است- . ادله لزوم رضایت و طیب نفس مالک از این جهت اطلاق دارند و مقید به این نیستند که لزوماً باید مالک اولی اجازه دهد.

نتیجه این مطالب همان قول به کشف نسبی و از زمان امکان (زمان مالک شدن بایع فضولی) است و چنین کشفی نه محذور عقلی دارد و نه مانع نقلی تا جلوی اطلاقات و عمومات را بگیرد و ناچار شویم اطلاقات صحت را با این مورد تخصیص بزنیم. [1204]

تقد پاسخ: این پاسخ ناتمام است؛ زیرا اجازه و رضایت مالک باید به همان عقدی باشد که انشا شده نه به چیزی که انشا نشده است و بنا بر کشف، آن که انشا شده نقل از زمان عقد است نه از زمان مالک شدن بایع فضولی و این که اجازه شده، نقل و انتقال از زمان تملک است نه از زمان وقوع بیع؛ پس در واقع «ما هو المجاز غیر واقع» و «ما هو واقع غیر مجاز»، و به تعبیر دیگر: «ما قصد لم یقع

« و «ما وقع لم یقصد». عقود هم تابع قصود هستند و تا زمانی که مطابق قصد نباشند منعقد نمی شوند. پس در واقع بیع فضولی مورد بحث، طبق جواب شیخ اعظم و کشف نسبی اصلاً مقتضی برای شمول ندارد و اطلاقات او را در بر نمی گیرد زیرا در هیچ مرحله ای بیع مذکور منتسب به مالک نیست تا اوفوا بالعقود اجرا شود، و مقتضی ندارد. نه این که مقتضی دارد و مانع در میان است تا از طریق شیخ اعظم پاسخ دهیم.

نتیجه: جواب اول و دوم داده شد و وجه سوم محقق تستری هم پذیرفتنی نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 597

دلیل چهارم: دلیل یا مانع چهارم: این در واقع دو مانع از موانع صحت یا دو دلیل بر بطلان بیع فضولی مورد بحث است که يك جا بیان شده است که در این جا به تفکیک بیان می شود:

الف) از طرفی صحت بیع فضولی موقوف است بر اجازه بایع فضولی (مالک جدید) زیرا قانون بیع فضولی این است که بدون اجازه مالک صحیح نیست. از طرف دیگر، تأثیر اجازه بایع فضولی هم موقوف است بر صحت بیع دوم؛ زیرا اگر بیع دوم باطل باشد فضولی مالک نمی شود و اجازه اش فایده ای ندارد. از طرف سوم صحت بیع دوم هم موقوف است بر این که مالکیت مالک اصلی تا زمان بیع دوم و انتقال مبیع به بایع فضولی، باقی باشد زیرا اگر باقی نباشد معامله دوم صحیح نخواهد بود- از باب «لا بیع إلا فی ملک».

نتیجه سه مقدمه این است که از زمان وقوع بیع فضولی تا زمان بیع دوم دو مالک مستقل بر مبیع واحد اجتماع کنند، از طرفی مالک اصلی واقعاً مالک است و ملک او باقی است وگرنه بیع او باطل می شود، از طرفی هم مشتری اصیل واقعاً مالک است زیرا اجازه کاشف از این است که در واقع از زمان بیع فضولی وی مالک شده، و اجتماع دو مالک مستقل بر مبیع واحد شخصی در زمان واحد، اجتماع مثلاًن است و منتهی می شود به اجتماع نقیضان؛ زیرا مال واحد در آن واحد قابلیت ندارد تا ملک طلق دو نفر به صورت مستقل شود و برمی گردد به این که در واقع

هرکدام، هم مالک هستند و هم نیستند. منشأ این محال عبارت است از قول به صحت بیع فضولی مورد بحث و کاشفیت اجازه که ناگزیریم از رفع ید از کشف اجازه و اختیار نقل که مشهور قائل نیستند و یا رفع ید می کنیم از صحت چنین بیع فضولی؛ و همین متعین است.

ب) از طرفی صحت بیع فضولی مستلزم عدم صحت بیع دوم است، زیرا وقتی بیع فضولی صحیح باشد با توجه به این که اجازه، کاشف حقیقی از ملک مشتری اصیل از

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 598

حین عقد است. [1205] باید بیع دوم صحیح نباشد؛ زیرا در واقع مالک اصلی تا زمان بیع دوم مالک است که اجتماع مثلین می شود، یا مالک نیست پس بیع او اثر ندارد زیرا «لا بیع إلا فی ملک». از طرف دیگر عدم صحت بیع دوم، مستلزم عدم صحت - بلکه عدم وجود - بیع فضولی است؛ زیرا اگر بیع دوم صحیح نباشد با بیع فضولی مالک نمی شود و اگر مالک نشود اجازه اش اثر ندارد، چون اجازه مالک لازم است و اگر اجازه لغو شد بیع اولی هم لغو می شود زیرا بیع فضولی محتاج به اجازه است پس قول به وجود (صحت) بیع فضولی، منتهی می شود به قول به عدم آن و از وجودش عدمش لازم می آید و چیزی که «یلزم من وجوده العدم»، محال است. منشأ استحاله هم صحت فضولی و کشف اجازه است و در نهایت به بیان الف باید از صحت آن بگذریم؛ مطلوب محقق تستری نیز همین است.

پاسخ: پاسخ دلیل چهارم همان سه پاسخی است که قبلاً از دلیل سوم تستری دادیم؛ یعنی اولاً تحقیقاً اجازه ناقله است نه کاشفه و

بنا بر نقل، اجتماع دو مالک پیش نمی آید زیرا تا زمان بیع دوم، در واقع فقط مالک اصلی مالک است و پس از آن تا زمان اجازه فقط مالک جدید مالک است و پس از آن هم تنها مشتری اصیل مالک است. و نیز از وجود آن عدمش لازم نمی آید زیرا عقد فضولی در جای خود صحیح است، عقد دوم هم صحیح است و وجود اولی مستلزم عدم دومی نیست و پس از اجازه هم عقد فضولی مؤثر است و محذور لزوم العدم من الوجود پیش نمی آید.

ثانیاً بر فرض که کاشفه باشد؛ اما به دلیل خاص است که مورد آن در جایی است که مجیز، مالک اصلی و اولی باشد نه مالک جدید. لذا آن ادله، مورد بحث ما را شامل نیست پس باز برمی گردیم به مقتضای قاعده، یعنی نقل.

ثالثاً به گفته شیخ اعظم در مورد بحث ما، کشف از زمان وقوع عقد فضولی امکان

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 599

ندارد و کشف از زمان عقد دوم ممکن است و قائل به این هستیم ... ولی در وجه سوم این پاسخ پذیرفته نشد و گفته شد که مجاز، مطابق با مُنشأ نیست تا مشمول عمومات باشد علاوه بر این، اضافه می کنیم که بر فرض قبول، مشکل اجتماع دو مالک تا زمان عقد ثانی حل شد ولی مشکل اجتماع دو مالک از زمان بیع دوم تا زمان اجازه مالک جدید حل نشد.

یک اشکال مهم: اشکال چهارم محقق تستری موجب شده است تا دایره اشکال وسیع تر باشد و در مطلق بیع فضولی - حتی در موردی که مجیز، مالک اولی است - اشکال اجتماع دو مالک مطرح شود، زیرا از طرفی

اجازه مالك اصلی كاشف از مالك شدن مشتری از اول عقد است و از طرفی هم مالك اصلی تا زمان اجازه باید مالك باشد تا اجازه اش مؤثر باشد، در غیر این صورت اجازه اجنبی فایده ای ندارد. بنابراین از لحظه عقد فضولی تا زمان اجازه مالك اصلی دو مالك مستقل بر يك مملوك اجتماع کرده اند که این محال است. حتی به گفته شیخ اعظم در مورد بحث ما که مالك جدید مطرح است اجتماع سه مالك پیش می آید:

یکی مشتری اصیل که اجازه مالك، كاشف از مالکیت مشتری از لحظه عقد است، دیگری مالك اصلی که بعداً به بایع فضولی می فروشد که اگر مالك نباشد بیع دوم صحیح نیست. سومی خود بایع فضولی که اگر از لحظه بیع فضولی مالك نباشد اجازه اش نافع نخواهد بود و مبیع را از زمان بیع فضولی ملك مشتری نمی کند زیرا اجازه اجنبی ارزش ندارد.

پس در واقع از زمان بیع فضولی تا زمان بیع دوم، سه مالك بر مملوك واحد اجتماع کرده اند که به طریق اولی محال است. [1206]

مطلب دیگر این که در همین فرض، از زمان بیع دوم تا اجازه مالك جدید هم

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 600

اجتماع دو مالك مستقل بر مملوك واحد مطرح است؛ یکی مشتری اصیل است که اجازه كاشف از آن است - حتی بنا بر كشف نسبی - و دیگری مالك جدید است که اگر تا زمان اجازه، مالك نباشد اجازه اش نافذ نیست.

پاسخ: چهار پاسخ به این اشکال داده شده است:

پاسخ اول: پاسخ محقق تستری: مقدمه: در اصول فقه به ثبت رسید که دو حکم واقعی فعلی با یکدیگر تنافی دارند و جمع آن دو در موضوع واحد محال است. مثلاً

اگر عملی، هم واقعاً حرام باشد و هم واقعاً حلال باشد، اجتماع ضدان یا تقيضان خواهد بود ولی جمع میان حکم واقعی و حکم ظاهری مانعی ندارد و از باب اجتماع دو تقيض نیست زیرا این دو، اختلاف رتبه دارند و حکم ظاهری متأخر از آن است.

اصل پاسخ: در باب اجازه بیع فضولی - که مالک اصلی باید اجازه دهد تا صحیح باشد - ملکیت واقعی لازم نیست، ملکیت ظاهری هم کفایت می کند؛ یعنی قبول داریم که اجازه مالک لازم است، ولی نه مالک واقعی بلکه مالک ظاهری. چنین ملکیتی برای مالک اصلی تا زمان اجازه وجود دارد زیرا استصحاب بقای ملک جاری می شود - قبل از بیع فضولی، مالک اصلی قطعاً مالک عین بود و پس از آن تا زمان اجازه شك داریم که از لحظه بیع اجازه خواهد داد تا کاشف از مالکیت مشتری اصیل باشد، یا اجازه نخواهد داد تا مالکیت خود مالک باقی باشد؟ در این جا استصحاب بقای ملک جاری می شود و در ظاهر حکم می کند به ملکیت او. همین مالکیت ظاهری برای اجازه دادن کفایت می کند زیرا حقیقت اجازه، رفع ید از حق و اسقاط حق است. [1207] امر اسقاط حق آسان است و وجود مالکیت ظاهری کافی است، در نتیجه اجتماع دو مالک واقعی بر ملک واحد نیست بلکه يك مالک واقعی وجود دارد که مشتری اصیل باشد و مالکیت مالک اصلی، ظاهری و صوری است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 601

گفتنی است این پاسخ را در خصوص مسأله مورد بحث (من باع شیئاً فضولياً لنفسه ثم ملّكه فأجازه) نمی توان داد؛ زیرا مالکیت صوری و ظاهری برای صحت بیع دوم - که خود مالک اصلی

به بایع فضولی می فروشد- کفایت نمی کند و باید تا زمان عقد دوم واقعاً مالک باشد تا بیع او صحیح باشد؛ از طرفی هم اجازه بنا بر کشف حقیقی کاشف از این است که مشتری اصیل هم واقعاً از اول عقد فضولی مالک بوده است و اجتماع دو مالک واقعی لازم می آید که حتماً اجتماع ضدان است و باطل؛ ولی در سایر موارد فضولی که مجیز، خود مالک اصلی است پاسخ فوق، بی نقص است. [1208]

نقد پاسخ: شیخ اعظم در مکاسب این پاسخ را نپسندیده و در مجموع سه اشکال بر آن وارد کرده است:

الف) مالکیت ظاهری و استصحابی تا زمانی کفایت می کند که واقع، منکشف نشده باشد و پس از انکشاف حال و روشن شدن این که وی در واقع مالک نبوده است اجازه اش نافذ نخواهد بود؛ زیرا اجازه مالک نیست تا کافی باشد و دلیل صحت و نفوذ اجازه، دلالت دارد بر این که اجازه و رضایت «مالک» نافذ است نه هر کسی، و الفاظ، ظهور در معانی واقعی دارند یعنی باید واقعاً مالک باشد که در مورد بحث ما چنین نیست؛ زیرا علی الکشف مشتری اصیل در واقع مالک بوده است نه مالک اصلی، و خداوند از آن آگاه بود ولی ما نمی دانستیم، با اجازه بعدی آن را فهمیدیم، لذا اگر در موارد دیگر، فردی که در واقع مالک اصلی نبود و اجازه کرد و بعداً روشن شد که مالک نبوده است اجازه اش فایده ای ندارد؛ زیرا مالک بودن از شروط واقعی است نه علمی و در واقع مجیز، مالک نبوده است تا اجازه اش نافذ باشد.

ب) مرحوم تستری میان صورت اجازه مالک اصلی با صورت بیع مالک اصلی فرق

گذاشت و در اولی «ملکیت ظاهری» را کافی دانست، ولی در دومی «مالکیت واقعی» را

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 602

لازم دانست ... اما این را هم نپذیرفتیم زیرا اجازه عقد اول با عقد دوم از یک سنخ هستند و در هر دو اجازه مالک و عقد مالک معتبر است و ظاهرش مالک واقعی است نه ظاهری؛ فالفرق باطل.

ج) محقق تستری فرمود: اجازه، اسقاط حق است و برای این منظور ملک ظاهری کافی است، ما می‌گوییم: تا واقعاً حقی نباشد رفع ید یا اسقاط آن معنا ندارد و سالبه به انتفاء موضوع است و بنا بر کاشفیت اجازه از ملکیت مشتری اصیل از اول امر، مجیز و مالک اصلی حقی نداشته است تا آن را اسقاط کند. [1209]

پاسخ دوم: پاسخ خود شیخ اعظم از اشکال: اشکال بر مبنای مشهور است که قائل به کشف حقیقی هستند و اجازه متأخر و لاحق را به وجود خارجی اش در حصول ملکیت واقعی از اول عقد فضولی موثر می‌دانند؛ ولی ما طرفدار کشف حکمی هستیم، یعنی در واقع، مشتری اصیل مالک عین نشده است ولی آثار ملک به قدر امکان مترتب می‌شود و گویا او مالک شده است. ملکیت واقعی هم پس از اجازه است؛ بنابراین تا قبل از اجازه واقعاً خود مجیز، مالک عین است و لذا نما و منفعت عین، مال او نیست و پس از اجازه، مشتری مالک واقعی می‌شود و هرگز جمع دو مالک در ملک واحد لازم نمی‌آید. [1210]

نقد پاسخ: اشکال این پاسخ مبنایی است و ما قول به کاشفیت اجازه را قبول نکردیم زیرا مقتضای قواعد تنها قول به نقل است و از روایات خاصه هم

قول به کشف استفاده نشد تا مخالف قواعد باشد و به ناچار کشفی شویم.

پاسخ سوم: پاسخ مرحوم سید در حاشیه مکاسب: مقدمه: در باب حکم شرعی به عنوان اولی و ثانوی این بحث مطرح است که مانعی ندارد نماز شب مثلاً- به عنوان اصلی و اولی- مستحب باشد و پس از نذر- به عنوان ثانوی- واجب باشد و جمع این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 603

ندب و ایجاب از جمع متضادان نیست، زیرا استحباب تقدیری و لولایی است. یعنی لولاالنذر مستحب است و مع النذر واجب است و هرکدام در مرحله ای جداست. در مورد بحث ما هم اگر مالکیت مالک اصلی، فعلی باشد جمع دو مالک می شود ولی مالکیت او تقدیری است یعنی لولاالإجازه، مالک است و مع الاجازه مالک نیست، آن گاه برای صحت و نفوذ اجازة، همین مالکیت شأنی و تقدیری کفایت می کند و لزومی ندارد مالک فعلی باشد تا محذور جمع دو مالک پیش آید. آری این جواب در مسأله «من باع شیئاً ثم ملكه وأجازه» نمی آید زیرا برای عقد دوم و فروش آن به بایع فضولی، مالکیت فعلی لازم است و تقدیری کفایت نمی کند، و اگر مرحوم تستری تعبیر به استصحاب نداشت ممکن بود کلام او را بر همین ملکیت تقدیری و شأنی و آگری حمل کنیم. [1211]

نقد پاسخ: این پاسخ نیز ناتمام است و تنها توجیهی که مبتنی است بر این که کشف حقیقی ثابت باشد تا ناگزیر از این تأویل باشیم، ولی مقتضای قواعد، قول به نقل است و نیازی به این توجیهاست.

پاسخ چهارم: پاسخ محقق نائینی به بیان مرحوم آقای خوئی در مصباح [1212]: اجتماع دو مالک مستقل و در عرض هم محال است ولی اجتماع دو

مالك در طول هم به گونه ای که یکی تابع و از شؤون دیگری باشد نه تنها محال نیست، امکان دارد بلکه واقع هم شده است. این بهترین دلیل بر امکان اجتماع دو مالك است. [1213]

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 604

در مورد بحث ما هم مالكيت مشتري اصیل یا مجاز له در طول مالكيت مالك اصلي و از توابع و شؤون او است و تا مالك اصلي اجازه نکند وی مالك نیست و چون در طول آن و تابع آن است اجتماعشان محال نیست.

نقد پاسخ: این پاسخ نیز ناتمام است و قیاس مورد بحث به موارد مالكيت عبد و مولى، انسان و خداوند و ... مع الفارق است. در مورد بحث ما مالكيت مشتري اصیل اگرچه متأخر از مالكيت مالك اصلي است و پس از آن و با اجازه او است ولی مالكيت او مستقل است و هرگز از شؤون مالكيت مالك اصیل نیست؛ بنابراین تمام احكام ملك مستقل (ارث بردن، داشتن حق هر نوع تصرف و ...) برای مشتري مرتب است و تأخر زمانی مهم نیست، آنچه مهم است تأخر رتبی است که طولیت می آورد و چنین نیست. بنابراین اگر اجازه کاشفه باشد حقیقه دو مالك مستقل در عرض هم می شوند و اجتماع آن دو محال است.

نتیجه: اشکال فوق، در مطلق بیع فضولی از راه های مذکور (مالكيت ظاهري و استصحابی، مالكيت تقدیری، مالكيت طولی) قابل حل نیست، از راهی هم که مرحوم آقای خوئی (همان راه سید در حاشیه) رفته است؛ یعنی ملكيت تقدیری و لولایی قابل حل نیست مخصوصاً که در آخر، تعبیر کرده است که: «فإنَّ زمان الإجازة هو مالك حقیقة فبالإجازة نکشف عن حصول الملكية من

یعنی تا لحظه اجازه، مالک اصلی واقعاً مالک مبیع است و مشتری واقعاً مالک نیست و به محض اجازه، مشتری اصیل مالک مبیع می شود، آن هم حقیقتاً و واقعاً و نه از زمان

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 605

اجازه بلکه از زمان عقد فضولی. این سخن علاوه بر این که تناقض آشکار است- چون مستلزم این است که مشتری اصیل، هم مالک باشد و هم نباشد- انقلاب در ذات است و از نوع کشف انقلابی است و قطعاً محال است. پیشتر در این باره گفته شد «الشیء لا ینقلب عمّا وقع علیه»، به ناچار باید همچون شیخ اعظم از راه کشف حکمی وارد شویم تا مشکل اجتماع دو مالک را رفع کنیم. گفتنی است تا اجازه نیاید در واقع مشتری مالک عین نیست ولو نماءات، مال او باشد. ولی خود عین، مال مالک اصلی است و پس از اجازه ملک مشتری می شود و اجتماع دو مالک در عین واحد لازم نمی آید. ولی کشف حکمی دلیل ندارد تا بپذیریم، آری اگر روایات، دلیل بر کشف بودند از باب ضرورت، کشف حکمی را اختیار می کردیم ولی در جای خود بحث شد که از روایات قول به کشف استفاده نمی شود.

تنها راه حل اشکال، قول به نقل است که در جای خود بیان شد و مقتضای قاعده همین بود. بنابراین تا زمان اجازه، فقط مالک اصلی مالک است و پس از آن فقط مشتری اصیل مالک است و اجتماع دو مالک مطرح نیست.

ادامه سخن شیخ اعظم: ایشان در ادامه توضیح اشکال افزوده است: در خصوص مورد بحث «من باع شیئاً ثمّ ملکه فأجاز» بنا بر کاشفیت حقیقی اجازه، اجتماع سه مالک

لازم می آید که قبلاً بیان شد. محقق نائینی در نقد این سخن مدعی شده است: از زمان عقد فضولی تا زمان عقد دوم تنها اجتماع دو مالک وجود دارد: یکی مالک اصلی و دیگری مشتری اصیل. از زمان عقد دوم و مالک شدن خود بایع فضولی هم تا زمان اجازه او اجتماع دو مالک لازم می آید: یکی مشتری اصیل و دیگری مالک جدید، و چون در طول هم هستند مانعی ندارد و در هیچ مرحله ای اجتماع سه مالک لازم نمی آید. حاصل بیان ایشان این است که باید مالک اجازه دهد و مشتری، ملک را از مالک آن تلقی کند ولی لازم نیست آن مالک، خصوص فرد اجازه دهنده باشد بلکه کافی است مالکی باشد یا مالک اصلی و یا مالک مجیز. در مورد بحث ما نیز چنین

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 606

است و مشتری از هرکدام که تلقی کند از مالک تلقی کرده است، و همین کفایت می کند. [1215]

نقد امام راحل (قدس سره): حضرت امام در نقد این بیان فرموده است: امکان تلقی از هر یک از دو مالک قدیم و جدید وجود دارد ولی امکان، غیر از وقوع خارجی و فعلیت تلقی است و شکی نیست که تلقی فعلی ملک، از مالک مجیز است نه از مالک اصلی، و به حکم این که اجازه مالک معتبر است باید برای مجیز هم فرض مالکیت شود تا اجازه اش سودمند باشد و شکی نیست. بر این اساس، اجتماع سه مالک لازم می آید و پاسخ و توجیهی هم برایش وجود ندارد. [1216] آری راه حل این است که یا از راه کشف نسبی و به قدر امکان وارد شویم که شیخ اعظم

از این راه جواب داده است؛ ولی این راه قبلاً ردّ شد و گفته شد مشمول عمومات و مطلقات نیست، و یا از راه نقل وارد شویم و بگوییم اجازه ناقله است. در این صورت اشکالی پیش نمی آید زیرا تا زمان عقد دوم، فقط مالک اصلی مالک است و تا زمان اجازه، فقط مالک جدید مالک است. پس از اجازه هم فقط مشتری اصیل مالک است و در هیچ مقطعی اجتماع دو مالک مستقل پیش نمی آید تا محال باشد.

دلیل پنجم: دلیل یا مانع پنجم این است که صحت بیع فضولی در مورد بحث «من باع شیئاً ثمّ ملكه فأجاز» و قول به کاشفیت اجازه از مالکیت واقعی مشتری اصیل از زمان عقد فضولی، دو تالی فاسد دارد:

الف) مستلزم دور است. توضیح: بنا بر کشف، مشتری اصیل، در واقع از اول معامله فضولی مالک مبیع شده است، آن گاه بیع مبیع به وسیله مالک اصلی به بایع فضولی در واقع از نوع بیع ملک مردم است، بنابراین نیازمند اجازه مشتری اصیل است زیرا تا مالک اصیل اجازه ندهد صحیح نیست، لذا صحت و تأثیر بیع دوم متوقف است بر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 607

اجازه مشتری اصیل. از طرفی هم در فرض بحث ما تا مالک جدید (بایع فضولی) بیع فضولی اولی را اجازه ندهد فایده ای ندارد و آن بیع منعقد نمی شود، بنابراین صحت و تأثیر بیع فضولی هم، منوط به اجازه مالک جدید است؛ پس در نهایت تأثیر اجازه هرکدام از مشتری و بایع فضولی متوقف است بر اجازه دیگری؛ و این دور است.

ب) مستلزم متوقف بودن صحت و نفوذ هر دو عقد بر اجازه مشتری اصیل است، امّا

عقد دوم مستقیماً بر اجازه مشتری متوقف است؛ زیرا بنا بر کشف، در واقع مشتری مالک متاع بوده و مالک قبلی، ملک او را به بائع فضولی فروخته است و باید مالک اصیل اجازه دهد تا صحیح باشد. و اما عقد اول هم مع الواسطه بر اجازه مشتری متوقف است زیرا بنا بر کشف، او مالک واقعی است و باید بیع دوم را اجازه دهد تا بائع فضولی مالک متاع شود در نتیجه وی بیع فضولی اول را اجازه دهد تا صحیح باشد.

منوط بودن صحت هر دو به اجازه مشتری اصیل سخن عجیبی است زیرا از طرفی مستلزم این است که مالک اصلی متاع، نه مالک ثمن باشد و نه مالک مضمن. [1217] نسبت به ثمن بیع فضولی اول هم، فرض این است که مالک اصلی آن را اجازه ندهد تا آن ثمن ملک وی باشد پس معامله ای کرده در حالی که نه ثمن ملک او است نه مضمن. چنین عملی نامش معامله و بیع نیست زیرا حقیقت بیع، مبادله مال به مال است. از طرف دیگر در برخی از موارد، مستلزم مالک شدن مشتری اصیل است بدون پرداخت عوض. [1218] مثلاً کسی متاع را در بیع اول به ده دینار خریداری می کند، سپس در بیع دوم - که علی الكشف متاع او فروخته شده است - به ده دینار به خود بائع فضولی می فروشد که در نتیجه، مضمن با بیع اولی و ثمن با بیع دوم ملک او می شود. این، تملك

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 608

مبیع بدون دادن ثمن است، و یا جمع بین ثمن و مضمن است.

در برخی از موارد هم مستلزم مالکیت قسمتی از مبیع به صورت مجانی و

بدون عوض است؛ مثلاً کسی در بیع اول، متاع را به ده دینار خریداری می کند و در بیع دوم آن را به پنج دینار می فروشد. مبیع و این پنج دینار ملك مشتری است، در حالی که قیمت نصف مبیع است و نصف دیگر به صورت مجانی به او منتقل شده است که باز هم با حقیقت بیع سازگار نیست. در بعضی از موارد هم مستلزم این است که مبیع را با مقدار زیادتری از ثمن اول تملك کند؛ مثلاً کسی در بیع اول متاعی را به پنج دینار خریداری می کند و در بیع دوم آن را به ده دینار می فروشد. مبیع و این ده دینار ملك مشتری است و پنج دینار، اضافه بر ثمن به او تعلق می گیرد. تمام این لوازم باور کردنی نیست.

حال چه کنیم؟ منشأ این محاذیر، صحت بیع فضولی بنا بر قول به کشف است پس یا باید از خیر کشف بگذریم و اجازه را ناقله بدانیم تا محذوری پیش نیاید و نیازی به اجازه مشتری اصیل نباشد، و یا باید از خیر اصل صحت بیع بگذریم و چنین بیعی را باطل بدانیم و چون از روایات، قول به کشف استفاده می شود و قابل ردّ نیست پس بطلان این بیع متعین است؛ و هوالمطلوب. [1219]

پاسخ شیخ اعظم: پاسخ وجه پنجم همانند پاسخ از وجه چهارم و سوم است. شیخ معتقد است که منشأ هر سه وجه يك چیز است و آن قول به کشف حقیقی از زمان بیع اول است ولی لزومی ندارد قائل به چنین کشفی باشیم، که اساساً امکان ندارد؛ چون با بیع فضولی از حین عقد دوم مالک شده، نه از اول،

تا این که اجازه اش از اول، مفید و مؤثر باشد. آری قول به کشف از زمان عقد دوم و مالک شدن مجیز ممکن است، که محذورات وجه سوم تا پنجم را ندارد؛ به همین دلیل قائل به این کشف می شویم و این

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 609

کشف، امکان عقلی دارد و مانعی هم ندارد، و با این حال نوبت به بطلان بیع فضولی نمی رسد. [1220]

نقد امام راحل (قدس سره): از نظر امام راحل این پاسخ ناتمام است. قبلاً در جواب شیخ از وجه سوم توضیح داده شد که چنین بیع فضولی ای مقتضی صحت ندارد و مشمول اطلاقات و عمومات صحت بیع نیست؛ زیرا مجاز و منشأ تطابق ندارند و عقود، تابع قصود نشده است تا صحیح باشد. بنابراین تنها راه حل اشکال پنجم محقق تستری این است که اجازه را ناقله بدانیم؛ در این صورت مالکیت مشتری پس از اجازه مالک جدید است و از آغاز اول بیع فضولی یا از آغاز بیع دوم نیست تا صحت بیع دوم محتاج به اجازه مشتری باشد و محذور دور و محذور دیگر لازم آید.

امام راحل در نقد وجه پنجم به نکته ای اشاره می کند و می فرماید: میزان در تکثر استدلال بر يك مدعا این است که هر دلیلی مستقل از دلیل های دیگر، مطلوب را اثبات کند- و بنا بر جمیع تقدیرها، دلیل دیگر بتواند مطلوب را اثبات کند نه این که بنا بر يك تقدیر مثبت باشد و بنا بر تقدیر دیگر به کار نیاید- و در مورد بحث ما دلیل پنجم مبتنی است بر دلیل چهارم و از فروع آن است؛ یعنی اگر در آن جا اجتماع دو مالک مستقل بر مملوک واحد

را محال دانستیم بر این تقدیر نیز محاذیر وجه پنجم مطرح است و در واقع از لوازم امتناع اجتماع دو مالک است. اما اگر در آن جا اجتماع دو مالک مستقل را ممکن دانستیم - چه از راه طولیت، چه از راه های دیگر - بنا بر این تقدیر محاذیر وجه پنجم لازم نمی آید زیرا هر یک از مشتری اصیل و مالک اصلی استقلالاً حق دارند متاع را به دیگری بفروشند. اگر مالک اصلی فروخت نیازی به اجازه مشتری اصیل ندارد تا مستلزم دور و غیره باشد؛ زیرا مالک اصلی هم استقلالاً حق دارد بفروشد. البته تصرف خارجی در متاع باید با اجازه هر دو باشد ولی مجرد بیع آن، مانعی ندارد و هر یک در

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 610

این باره استقلال دارند و اگر مالک اصلی، متاع را فروخت از زمان بیع، مشتری یا مالک جدید استقلال خواهند داشت، در نتیجه صحت معامله دوم محتاج به اجازه مشتری اصیل نیست و تمام محذورات مذکور در وجه پنجم مندرج می شود. بنابراین وجه پنجم، فرعی از یک تقدیر وجه چهارم است و بنا بر تمام تقادیر آن نیست تا دلیل مستقلاً باشد. [1221]

دلیل ششم: دلیل یا مانع ششم: یکی از مسلمات این است که هر یک از اجازه و ردّ بیع فضولی، همان گونه که با قول و انشای قولی محقق می شود با فعل نیز محقق می شوند؛ یعنی مالک اصلی می تواند کاری انجام دهد که از لوازم اجازه یا ردّ است؛ مثلاً پس از اطلاع از بیع فضولی در ثمن آن تصرف کند که کاشف از رضایت و اجازه بیع است. از آن جا که این بیع از سوی مالک صادر شده است حتماً صحیح

لازم است و مالك اصلی، مالك ثمن می شود و پس از آن امکان ندارد بیع فضولیِ اولی را هم اجازه دهد و آن صحیح و مالك ثمن اول هم باشد. پس قهراً بیع دوم علامت فسخ بیع اول است. به همین وسیله بیع اول منفسخ می شود و اجازه بعدی فایده ای ندارد زیرا چیزی نیست که اجازه کند.

نظیر باب معاملات و عقود جائزه که پس از هبه کردن، اگر واهب، همین عین موهوبه را به فرد دیگری بفروشد یا هبه کند یا آن را وقف کند و هرگونه تصرف متلف و ناقلی انجام دهد- که با بقای عقد اول منافات نداشته باشد- مبطل آن است و کسی در این تردید ندارد. در مورد بحث ما نیز همین طور است. بلکه به طریق اولی، بیع دوم، فسخ بیع فضولی است. [1222] ضمناً فرقی ندارد که مالك اصلی با علم به بیع فضولی، اقدام به بیع جدید کند یا بدون علم. در هر حال به طور قهری، از لازم (فعل منافی با عقد

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 611

اولی یا بیع ثانی) به ملزوم (فسخ و رد) منتقل می شویم. پس بیع فضولی باطل شد و جایی برای اجازه کسی - حتی مالك جدید- باقی نمی ماند. [1223]

پاسخ: این دلیل نیز دارای چند اشکال است و دلیل مهمی نیست:

الف) به گفته شیخ در مکاسب انشای قولی ردّ و فسخ، موجب انفساخ عقد فضولی می شود و اجازه بعدی فایده ای ندارد؛ انشای فعلی نیز موجب انفساخ است و اجازه بعدی اثر ندارد، ولی مجرد انجام کاری، اگرچه با بیع اول منافی است [1224] موجب انفساخ بیع فضولی اول نیست و دلیلی بر مبطل بودن آن وجود ندارد. در صورت

شك استصحاب بقای بیع فضولی جاری می شود. بنابراین، طبق فتوای فقها اگر بعداً معلوم شد که بیع دوم فاسد بوده و جامع شرایط نبوده، بیع فضولی قابل اجازه است. پس مجرد بیع دوم، موجب بطلان بیع فضولی نیست که قهراً منفسخ شود. ضمناً تنظیم و قیاس مورد بحث ما به باب عقود جایز، صحیح نیست؛ زیرا در عقود جایز، اصل معامله منعقد شده و طرف، مالک شده است و تصرفات متلف یا ناقل از سوی واهب یا بایع و ... حتماً متوقف است بر فسخ عقد و این که يك آن قبل از آن، عقد را فسخ کرده است وگرنه تصرف در ملک غیر است و اشکال دارد و از باب حمل فعل مسلمان بر صحت، تصرف او کاشف از فسخ است؛ ولی در مورد بحث ما نیازی به این استدلال ها نیست زیرا مالک اصلی، مالک متاع است و حق دارد در ملک خود هر تصرفی بنماید و لزومی ندارد ابتدا بیع فضولی را فسخ کند سپس تصرف کند. البته پس از تصرف متلف یا ناقل، محل اجازه نسبت به او فوت می شود؛ ولی این چیزی غیر از کاشف بودن تصرف مزبور از فسخ بیع فضولی و قابل تحقق نبودن با اجازه مالک جدید و عدم امکان اجازه بیع فضولی در صورت فاسد بودن بیع مالک است. [1225]

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 612

ب) بر فرض که فعل منافی (بیع دوم) ردّ عملی بیع فضولی باشد، اما این، حداکثر مسقط عقد فضولی از قابلیت اجازه برای مالک اصلی است ولی مانع از صحت آن با اجازه مالک جدید نیست؛ زیرا دلیل مسقط بودن، یا اجماع است یا قانون سلطنت

که هر دو دلیل در مورد مالک اصلی وجود دارد؛ زیرا اجماع، دلیل لثبی است، قدر متیقن، مالک اصلی می باشد و موضوع قانون سلطنت هم اموال خود مالک است و شامل اموال دیگران نیست و پس از بیع به مالک جدید، مالک اصلی سلطنتی بر مال ندارد تا جلوی تأثیر اجازه مالک جدید را بگیرد. بنابراین با اجازه مالک جدید منعقد می شود.

ج) در مسأله پنجم بحث شد که اجازه، اگر مسبوق به ردّ هم باشد مفید است و شرط مشهور [1226] مورد مناقشه واقع شد. بنابراین بر فرض که فعل بیع، فسخ عملی باشد؛ اما بیع دوم، اگر به هر دلیلی باطل شد و متاع به ملک مالک اصلی برگشت یا در ملک او باقی بود حق دارد اجازه دهد.

د) به گفته امام راحل این دلیل ششم نیز مثل دلیل پنجم دلیل مستقلی نیست، بلکه از شعب دلیل چهارم یا پنجم است؛ زیرا اگر در دلیل چهارم، اجتماع دو مالک مستقل را محال دانستیم صحت بیع مالک اصلی موجب بطلان و انفساخ عقد فضولی است و با وجود مالکیت او محال است مشتری اصیل هم مالک باشد، ولی اگر اجتماع مالک های مستقل را ممکن دانستیم منافاتی ندارد که مشتری اصیل در واقع مالک مستقل باشد و در عین حال، مالک اصلی حق فروش داشته باشد و پس از بیع تا مدت اجازه مالک جدید، هم مشتری و هم مالک جدید هر یک مستقلاً مالک باشند، و مالکیت یکی موجب نابودی ملک دیگری نباشد. بلکه برابر وجه پنجم محقق تستری باید گفت بیع دوم بر ملک واقعی مشتری اولی واقع شده و خودش موقوف به اجازه مشتری است.

بنابراین، معامله ای که موقوف است بر اجازه مشتری اصیل چگونه موجب ردّ بیع

کوثر فقه (محمّدی)، ج 2، ص: 613

فضولی اول می شود؟ آری اگر موقوف بر اجازه مشتری اول نباشد ممکن است ردّ آن محسوب شود. [1227]

ه) امام راحل فرموده است: بر فرض که بیع دوم ردّ عملی باشد و ردّ فعلی هم فسخ بیع فضولی باشد و فسخ هم سبب انفساخ آن گردد ولی قدر مسلم در جایی است که با بیع فضولی برای مالک اصلی بفروشد و با فعل منافی او برای او واقع نمی شود و باطل است. ولی در مورد بحث ما با بیع فضولی متاع را برای خودش فروخته و بعداً هم خریده و مالک شده است و خودش می خواهد اجازه دهد؛ این ها ربطی به مالک اصلی ندارد تا با بیع او به بیع فضولی منفسخ گردد. [1228]

نتیجه: دلیل ششم مرحوم تستری هم ناتمام است.

دلیل هفتم: دلیل یا مانع هفتم: محقق تستری برای بطلان بیع فضولی مورد بحث «من باع شیئاً فضولياً ثمّ ملكه فأجاز» علاوه بر وجوه عقلی و عرفی که تا به حال مورد بحث واقع شد به چهار دسته از روایات استناد کرده است: دو دسته از روایات عمومات و مطلقات است و دو دسته خصوصیات یا مقیدات است که به ترتیب بررسی می شود:

دسته اول: روایت نبوی مستفیض که از طریق فریقین نقل شده است. حضرت (ص) در این حدیث از «بیع ما لیس عندک» نهی فرموده است. در منابع عامه چنین آمده است: عن النبی (ص) قال: «لا بیع ما لیس عندک» [1229] و در منابع خاصه آمده است: «نهی النبی (ص) عن بیع ما لیس عندک». [1230]

شیوه استدلال: مقصود از نهی، [1231] نهی مولوی تعبّدی

تمام نظر رسول اکرم (ص) به حرمت یا کراهت چنین بیعی باشد، بلکه مقصود نهی ارشادی است و ارشاد به فساد و بطلان می باشد. در معاملات، نهی مولوی تعبدی خلاف قاعده است و دلیل خاص می طلبد. اصل هم در نهی ارشاد به بطلان است. قبلاً اشاره شد که نهی به معنای منع و زجر است و به تناسب حکم و موضوع، حرمت یا بطلان از آن فهمیده می شود. در مورد بحث ما چون نهی به خود بیع تعلّق گرفته است- که از نظر عرف و عقلا- سببیت برای نقل و تملیک دارد- نهی از آن به معنای منع از سببیت چنین بیعی برای تملیک است. این نهی با فساد و بطلان می سازد. و ظاهرش این است که ارشاد به فساد و بطلان دارد و با اجازه بعدی هم منعقد نمی شود نه این که فاسد است، یعنی مثل معاملات مالکانه نیست و موقوف به اجازه است.

مقصود از ماء موصول با قطع نظر از صدر روایت نبوی [1232] اعم از مبیع شخصی و مبیع کلی و اعم از آن دو است و با همه می سازد و مورد بحث ما [1233] را هم در بر می گیرد.

مقصود از «لیس عندک» نیز کنایه از این است که ملک تو نیست و مال دیگری است یا در اختیار تو و تحت سلطنت تو نیست [1234] و یا اعم از هر دو مراد است که در هر صورت، مورد بحث ما را در بر می گیرد. و قدر مسلّم از ظاهر سؤال و جواب این است که فضولی مال مردم را برای خودش می فروشد و اگر هم اعم

از بیع مال مردم برای خودش یا برای مالک باشد، باز هم بیع لنفسه را در بر می گیرد.

نتیجه: با توضیحات فوق، به روشنی از روایت نبوی استفاده می شود که بیع مورد بحث ما باطل است.

پاسخ: اولاً روایت نبوی از نظر سند ضعیف است؛ زیرا آنچه از طریق عامه نقل شده

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 615

سندش برای ما معتبر نیست، آنچه هم از طریق خاصه نقل شده دو روایت است که در سند روایت اول، سلیمان بن صالح واقع شده و وی مجهول الحال است و در سند روایت دوم، شعیب واقد واقع شده که او نیز مجهول الحال است. شهرت عملی هم ندارند تا ضعف آن ها جبران شود. بر فرض وجود شهرت هم ما معتقدیم که صرف آن جابر نیست. بنابراین روایت نبوی قابل استناد نیست.

ثانیاً: گرچه ظاهر روایت مطلق است و بیع عین شخصی و مبیع کلی در ذمه را می گیرد ولی تقیید آن ها و حملشان بر مبیع شخصی، تخصیص کثیر یا اکثر، و حمل مطلق یا عام بر فرد نادر است. چنین تخصیصی قبیح است و ابقای آن بر ظاهرش سبب تنافی با روایات معتبر فراوانی است که از نظر فقه شیعه بر جواز بیع کلی در ذمه [1235] دلالت دارد، و از نظر فقه امامیه مسأله اجماعی است. بنابراین، روایت نبوی با اجماع و روایات معتبر تنافی دارد و قابل عمل و فتوا نیست، لذا فقها در این باب بحث های مهمی دارند. امام راحل در این باره در کتاب البیع می فرماید:

فالظاهر أنّ تلك الروایات الضعیفه إمّا مختلفه أو محموله علی التقیه علی فرض الصدور. [1236]

ثالثاً: شیخ اعظم در مکاسب می گوید: مفاد روایت نبوی این نیست که بیع

فضولی مورد بحث از اساس باطل باشد و حتی با اجازه بعدی هم منعقد نشود بلکه منظور این است که بیع ما لیس عندک، مثل بیع ما عنده نیست که طرف، مالک یا مسلط است و به محض انشای بیع، نقل و انتقال جزمی و تجیزی محقق می شود و حالت منتظره ای هم ندارد، و این معنی با موقوف بودن بر اجازه و منعقد شدن با اجازه بعدی منافاتی ندارد. [1237]

اشکال: این پاسخ ناتمام است زیرا ظاهر نهی، فساد و بطلان این بیع است و ظاهر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 616

فساد و بطلان هم این است که از اساس باطل است و عقد منعقد نمی شود و اثر مقصود، بار نمی شود نه این که فاسد است، یعنی فعلاً محقق نمی شود و معلق بر اجازه است. این پاسخ شیخ توجیه و تأویل و خلاف ظاهر است.

رابعاً: به گفته امام راحل شاید عبارت «ما لیس عندک» کنایه از عدم قدرت بر تسلیم باشد که شرط صحت است و بدون آن بیع باطل است. بر اساس این احتمال، روایت از مورد بحث ما اجنبی است زیرا بحث ما در بطلان بیع فضولی بما هو فضولی است که طرف، مالک نیست و روایت دلالت می کند بر بطلان بیع مالی که قدرت بر تسلیم ندارد و میان عدم قدرت بر تسلیم با عدم مالک بودن یا با فضولی بودن عموم من وجه است زیرا شاید مالک باشد و قدرت بر تسلیم نداشته، و شاید فضولی باشد و قدرت بر تسلیم داشته و شاید نه مالک باشد و نه قادر بر تسلیم و میان دلیل با مدعا عموم من وجه است و چنین دلیلی به کار چنان

دسته دوم: دو روایت عامه دیگر با مضمون نفی بیع از بیع ما لا یملکه البایع که صاحب عوالی اللآلی از رسول اکرم (ص) نقل کرده است: یکی در خصوص بیع است که حضرت فرمود: «لا بیع إلا فیما تملك» [1238] و دومی در مورد عتق و طلاق و بیع است: «لا طلاق إلا فیما تملكه، ولا عتق إلا فیما تملكه، ولا بیع إلا فیما تملكه» [1239]

شیوه استدلال: یا از عموم منطوق صدر استفاده می کنیم که نفی بیع کرده از بیع هر مالی و ذیلاً تنها یک مورد (بیع مالی را که با بیع مالک آن است) استثنا کرده. بنابراین بیع مالی که با بیع مالک آن نیست در عموم صدر داخل است. و یا از مفهوم حصر کلام استفاده می کنیم که منطوقش، فقط بیع مالی که طرف مالک آن می باشد بیع است و مفهومش، بیع مالی که طرف مالک آن نیست بیع نیست. طبق هر دو احتمال، از بیع ما لا یملکه البایع نفی بیع شده است.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 617

مقصود از نفی بیع، می تواند چند احتمال وجود داشته باشد:

1. نفی حقیقت و جنس حقیقتاً: بنا بر این که الفاظ معاملات برای خصوص معامله صحیح وضع شده باشند و غیر آن حقیقتاً بیع نباشد. بنابراین بیع چنین بایعی اصلاً بیع نیست.

2. نفی جنس ادعاء: یعنی اگر از نظر لغت، بیع بر آن صدق کند از آن جا که وجودش کالعدم است گویا بیع نیست و در عالم ادعا و تنزیل نفی بیع شده است. [1240]

کوثر فقه (محمدی)؛ ج 2؛ ص 617

نفی جمیع آثار: اگرچه بیع است ولی هیچ حکمی از احکام بیع را ندارد- نه صحت، نه لزوم،

نه وجوب تسلیم و تسلیم، نه حرمت تصرف و امساک و ... - که گویا در این صورت هم خود بیع، نفی شده است.

4. نفی اثر بارز: اثر بارز بیع، جز صحت و نقل و انتقال نیست.

هرکدام از این احتمالات، بر مطلوب دلالت دارند؛ یعنی بیع مالی که با بیع، مالک آن نیست باطل است؛ ضمناً فرقی ندارد که غیر مالک، مال مردم را برای خودش بفروشد یا برای مالک آن. بر فرض هم اگر بیع برای مالک اصلی از مفاد روایات خارج باشد [1241] بیع برای خود فضولی در مفاد روایات داخل است حتی می توان ادعا کرد که متفاهم عرفی همین فرض است. خلاصه این که از باب قدر متیقن یا از باب ظهور و متفاهم عرفی، مورد بحث ما را در بر می گیرند و بر بطلان چنین بیعی دلالت دارند.

تقد روایات: از نظر دلالت جای بحث نیست ولی از نظر سند نکته این است که دو روایت مذکور از ابن ابی جمهور در عوالی اللالی نقل شده است و همان گونه که مشهور است خود کتاب و نویسنده آن مورد طعن است، لذا سند آن ها معتبر نیست.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 618

روایات خاصه

دسته سوم: روایات خاصه ای که در مورد بیع عین شخصی است و کاملاً بر مورد بحث ما منطبق هستند، یعنی فضولی عین خارجی مردم را می فروشد، سپس خودش خریداری می کند و مالک می شود و یا از راه ارث مالک می شود:

روایت اول: صحیحیحه یحیی بن حجاج از امام صادق (ع):

قال: سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل قال لی:

إشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها

أربحك فيها كذا وكذا، قال:

«لا بأس بذلك إشرها ولا تواجه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها».[1242]

شیوه استدلال:

نهی «لا تواجبه البیع» ارشاد به فساد بیع ما لا یملکه البایع است، یعنی قبل از این که بایع، متاع را از مالک اصلی خریداری کند و مالک شود حق ندارد با کسی که از او خواسته متاع را خریداری کند و به وی بفروشد، مواجهه کند؛ یعنی حق ندارد انشای ایجاب و قبول کند و به او بفروشد، و نهی در معاملات و از خود بیع، ارشاد به فساد آن است، یعنی چنین انشایی سبب معامله واقع نمی شود. بنابراین اگر قبل از خریدن و مالک شدن با متقاضی گفت وگویی بوده و سخن از سودی بوده است مانعی ندارد، ولی اگر واقعاً قبل از خریدن، معامله کرده و فروخته است اشکال دارد. مطلوب مستدل نیز همین است، یعنی بیع مال مردم برای خود بایع، قبل از خریدن و مالک شدن، صحیح نیست. بحث سود هم که مطرح شده است برای این است که طرف برای خرید از مالک اصلی تشویق شود و بعداً به این متقاضی، به بیع مباحه ای که شرعاً اشکالی ندارد بفروشد. این روایت سنداً و دلالتاً مورد اعتماد است و جای مناقشه نیست.

روایت دوم: روایت خالد بن حجاج:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 619

قال: قلت لأبي عبدالله (ع): الرجل يبيع فيقول:

إشتر هذا الثوب وأربحك كذا و

كذا؟ قال: «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟» قلت: بلى. قال:

«لا بأس به، إنما يحل الكلام ويحرم الكلام».[1243]

در مورد جمله اخیر و احتمالات آن به تفصیل در باب معاطات بحث شده است سخن درباره ما قبل این جمله است که می گوید: مردی نزد کسی می رود و از او می خواهد که فلان پارچه را خریداری کن [و به

من بفروش [1244]] و من فلان مبلغ به تو سود می دهم. این چه حکمی دارد؟

حضرت نخست استفسال کرد که آیا فرد متقاضی مختار است پس از خرید واسطه، پارچه را از او بگیرد یا نگیرد یا مجبور است (خود را ملزم می داند) که بگیرد؟ اگر طرفی که خریده او را مجبور می کند به گرفتن در این صورت بیع اکراهی است و از این نظر، بیع باطل است ولی روایات دیگر مورد بحث گواهی می دهند که این نکته مورد نظر نیست، بلکه منظور این است که چون قبلاً معامله انجام شده خود را ملزم به قبول و گرفتن می داند.

راوی عرض کرد: آری آزاد است؛ یعنی قبلاً معامله ای انجام نشده است تا خود را ملزم بداند. حضرت فرمود: اشکالی ندارد. مفهوم کلام این است که اگر قبل از خریدن واسطه و مالک شدنش، با متقاضی معامله کرده اند اشکال دارد و در معاملات، اشکال داشتن به معنای فساد و بطلان است نه حرمت یا کراهت تکلیفی. بر همین اساس، این روایت هم بر بطلان بیع مورد بحث «من باع شیئاً فضولياً ثم ملّکهُ» دلالت دارد.

روایت سوم: صحیححه محمد بن مسلم:

قال: سألته عن رجل أتاه رجل، فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي اشتريه منك بنقد أو

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 620

نسیئه فابتاعه الرجل من أجله، قال:

«ليس

به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه». [1245]

این روایت از دو روایت قبلی واضح تر است و بر بطلان بیع مورد نظر دلالت می کند؛ زیرا سخن از سود کذا و کذا در میان نیست تا احتمال داده شود که روایت از این نظر در مقام بیان است و ارشاد به تخلّص از ریاست و به اصل بیع و

شراء، قبل از مالك شدن كارى ندارد تا ارشاد به بطلان آن باشد. معلوم هم نيست طرفى كه امر از او مى خواهد تا متاعى را خريدارى كند، واسطه و دلالت باشد تا اصل وجود ربح مسلم باشد و نيازى به ذكر نباشد، بلكه صرفاً مردى از مرد ديگرى چنين تقاضايى كرده است. ضمناً كلمه «متاعاً» كنايه از متاع معينى است، نه اين كه كلّى باشد و مقصود هر نوع متاعى نيست. و بر فرض اجمال، قدر متيقن متاع معين خارجى است، و در خود سؤال مطرح شده است كه متقاضى مجبور نيست از او بپذيرد بلكه صرف مقاوله است و اميد است كه بعداً - به معامله نقد يا نسيه - از او خريدارى كند. امام (ع) در جواب مى فرمايد: اشكالى ندارد. سپس از عدم اشكال، تعليلى مى آورد و مى فرمايد علت عدم اشكال اين است كه متقاضى، پس از مالك شدن خريدار، از او خريدارى مى كند و خريدن از مالك منعى ندارد. مفهوم كلام اين است كه اگر قبل از مالك شدن از او خريدارى كند اشكال دارد؛ يعنى معامله باطل است؛ مطلوب ما نيز همين است.

روايت چهارم: صحيحه منصور بن حازم:

عن أبى عبدالله (ع) فى رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتره منه، قال

: «لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه». [1246]

شيوه استدلال: كيفيت بيان و استدلال به اين حديث مانند حديث قبلى است.

مهم، دليل بطلان بيع فضولى مورد بحث «من باع شيئاً ثم ملك» همين روايات

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 621

خاصه است كه از نظر سند، صحيحه و از نظر دلالت، ظاهر بلكه كالصريح هستند زيرا المعلل كالنص. و لذا امام راحل در متن تحرير

فرموده

است: بطلان، خالی از قوت نیست و وجه قوت همین روایات است. شیخ اعظم نیز در مکاسب به موجب همین روایات گفته است: «فالأقوی العمل بالروایات والفتوی بالمنع عن البیع المذكور».[1247] تفاوت فتوای دو فقیه عظیم الشأن در این است که شیخ فرموده است بطلان، مخصوص مورد روایات است که طرف قبل از مالک شدن، مال مردم را به دیگری بفروشد، سپس به سبب خریدن یا ارث، مالک شود و منتظر آمدن اجازه هم نباشیم؛ یعنی وقوع این بیع به نحو منجز که قطعاً موجب نقل و انتقال باشد باطل است. اما تعلیق بر اجازه که پس از مالک شدن، اجازه کند آیا باز هم باطل است؟

روایات از این نظر سخنی ندارد، لذا منافاتی با صحت، در صورت اجازه مالک جدید ندارد. مثل سایر بیوع فضولی که از اول منعقد نمی شود ولی با اجازه مالک اصلی منعقد می شود.[1248] اما فتوای امام این است که این بیع مطلقاً باطل است به گونه ای که اجازه بعدی هم فایده ای ندارد و ظاهر اطلاقی روایات مذکور بلکه صریح تعلیل در روایت اخیر همین است، یعنی اگر قبل از مالک شدن بفروشد حتماً معامله اشکال دارد و فرقی بین این که بعداً اجازه بدهد یا ندهد وجود ندارد. حمل روایات هم بر صورت عدم لحوق اجازه یا عدم انعقاد تنجیزی خلاف ظاهر است و پذیرفتنی نیست. دیگر این که صرف قدر متیقن بودن فرض عدم اجازه دلیل بر رفع ید از اتصالات و حمل آن ها بر فرض مزبور نیست. بنابراین بیع مال مردم برای خودش چه به صورت منجز و چه معلق بر مالک شدن و اجازه دادن، بر اساس روایات، باطل است.

دسته چهارم از

روایات در خصوص بیع کلی یا اعم از کلی و شخصی است. در صحیحہ معاویہ بن عمار آمده است:

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 622

قال: قلت لأبي عبدالله (ع): يجيني الرجل يطلب بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقولني عليه وأقوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء. ثم أذهب فأشترى له الحرير فأدعوه إليه؟ فقال: «أرأيت إن وجد بيعاً هو أحب إليه مما عندك أيسطيع أن ينصرف إليه ويدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أيسطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟» قلت: نعم، قال: «فلا بأس». [1249]

شیوه استدلال: کیفیت استدلال به این روایت مانند استدلال به روایت خالد بن حجاج است و نیازی به تکرار نیست؛ ولی مورد این صحیحہ مبیع کلی است و از نظر فقه اهل سنت اشکال دارد اما از نظر فقه اهل بیت بیع کلی به ذمه - حالاً أو سلماً - مانعی ندارد. از این رو یا باید این روایت را طرح کنیم و یا بر تقیه حمل نماییم و یا توجیه دیگری نماییم، ولی نیازی به این روایت نداریم و همان روایات قبلی مخصوصاً دو روایت یحیی و خالد بن حجاج که در مورد عین شخصی بودند مورد بحث ماست و بر بطلان بیع مال مردم قبل از مالک شدن دلالت داشتند. در پایان به این نکته نیز اشاره می شود که قیاس این مسأله به مسأله سوم فضولی [1250] مع الفارق است؛ زیرا در آن مسأله خود مالک اصلی اجازه می داد. تمام موانع صحت در آن مسأله مرتفع شد؛ هم مانع عقلی، هم مانع نقلی و هم مانع عرفی. ولی در مورد بحث ما مالک جدید می خواهد اجازه دهد. از نظر قواعد منعی نیست ولی به حکم روایات

خاصه، باطل است و اجازه هم فایده ای ندارد و بدیهی است که با وجود نص خاص، نوبت به مقتضای قاعده و اخذ به عمومات و مطلقات نمی رسد و نص خاص مقدم است.

بررسی يك فرض دیگر: در متن مسأله این تعبیر آمده است که «لو باع شيئاً فضولياً ثم ملكه...» ولی قید نشده است که: «باع لنفسه» أو «باع لمالکه» أو «باع لفرد ثالث» ثم ملكه....

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 623

البته متفاهم عرفی همان فرض اول «باع لنفسه» است و معلوم شد که بیع باطل است، چه مالک جدید بعداً اجازه بدهد چه اجازه ندهد. حال اگر مال مردم را برای مالک اصلی فروخت سپس خود با بیع فضولی یا فرد ثالثی با خریدن یا ارث بردن، مالک شد آیا این بیع از اساس باطل است یا با اجازه بعدی مالک اصلی برای او واقع می شود و خریدن فضولی از او محل تأمل است یا با اجازه مالک جدید، صحیح است و اگر اجازه نکرد باطل است؟

پاسخ این است که اجازه مالک اصلی منتفی است؛ زیرا متاع از ملک او منتقل شده است و حین الاجازه مالک نیست و آنچه مفید و مؤثر است اجازه مالک است.

اما مسأله صحت بیع با اجازه مالک جدید: شیخ اعظم در مکاسب فتوا به صحت داده و این فرض را به مسأله سوم از مسائل فضولی در مکاسب قیاس کرده است که فضولی مال مردم را برای خویشان می فروشد سپس مالک اصلی اجازه می دهد. در جای خود بحث شد که این بیع صحیح است و برای مالک واقع می شود، مورد بحث ما عکس آن است؛ یعنی فضولی مال مردم را

برای صاحبش فروخته سپس خود، مالک گردیده و اجازه داده است که باز هم با اجازه صحیح است و برای مالک واقع می شود. دلیل شیخ عبارت است از وجود مقتضی و عدم مانع.

اما وجود مقتضی: عمومات و مطلقات صحت و لزوم معامله، این بیع را پس از اجازه مالک جدید شامل می شود زیرا اجازه به منزله ایجاب یا قبول است و عنوان عقد مالک و بیع مالک و تجارت از روی تراضی مالک ها صدق می کند و از این نظر نقصی ندارد؛ همان گونه که فرض قبلی را شامل می شد.

و اما عدم مانع: مهم ترین مانع، روایات خاصه صحیحه (صحیححه یحیی بن حجاج و ...) است که بیع و شراء قبل از مالک شدن را محل اشکال می دانند. خوشبختانه مورد تمام آن روایات، فرض بیع فضولی قبل از خریدن و مالک شدن، برای خود فضولی است و فرض مورد نظر (بیع برای مالک) را شامل نمی شوند و علی الفرض مانع دیگری

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 624

هم نیست. پس وقتی مقتضی موجود و مانع مفقود است، مقتضی اثر خود را گذاشته و به سبب وجود عمومات، حکم به صحت می شود و با اجازه مالک جدید صحیح است. [1251]

نظریه مرحوم خوئی: مرحوم آقای خوئی در مصباح فتوا به بطلان داده، به این دلیل که نه مقتضی موجود و نه مانع مفقود است. اما عدم مقتضی: مجیز مالک جدید است و می خواهد بیع را برای خودش اجازه دهد نه برای مالک اصلی و چنین اجازه ای مفید نیست؛ زیرا مُنْشَأً، غیر از مجاز است؛ یعنی عقدی که انشا شده به نیت مالک اصلی و برای او است و آن چه اجازه داده شده برای مالک جدید

است: «فالمُنشأ غير المجاز والمجاز غير مُنشأ». به دیگر سخن: «ما قُصد لم يقع وما وقع لم يقصد». و قطعی است که عقود، تابع قصود است از این رو اصلاً یکی از ارکان و شروط مسلّم عقد (قصد مدلول) منتفی است و اصل شمول اطلاعات ناتمام است.

شایان ذکر است که قیاس مورد بحث ما به مسأله سوم از مسائل فضولی غلط است، زیرا در آن مسأله بایع فضولی به گمان این که مالک است یا با ادعای مالکیت، مال مردم را برای خود می فروشد، و در حقیقت شخص خودش خصوصیت ندارد، عنوان مالکیت مهم است. لذا اگر مالک اصلی اجازه دهد، عقد برای او واقع می شود و قصد نفس فضولی لغو است و صدق اصل معامله هم کمبودی ندارد؛ زیرا بیع مبادله مال به مال است که اضافه های مالیه جابه جا شود. در این جا شناخت مالک واقعی مهم نیست و پس از تبادل، اضافه های مالی، ضمیر مرجع خود را می یابد و مثنی از ملک هرکس که خارج شد ثمن به ملک همان کس برمی گردد، ولی در مورد بحث ما عنوان مالک تمام الموضوع نیست و شخص خاص دخیل است، بنابراین، روز اول برای شخص مالک اصلی می فروشد و او را قصد می کند ولی او اجازه نداد تا معامله صحیح باشد بلکه بعداً خود بایع فضولی مالک می شود و برای شخص خودش یا مالکی که خودش

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 625

هست اجازه می دهد. در این جا اشکال به وجود می آید؛ چون از ابتدا بیع برای او منعقد نشده است تا با اجازه او صحیح باشد و بیع و تجارت، منتسب به او شود لذا اجازه مفید نیست، و شاید امر به

تأمل در کلام شیخ اشاره به همین باشد.

و اما وجود مانع: اگرچه مورد روایات خاصه، فرض بیع فضولی برای خودش قبل از مالک شدن است ولی جواب امام (ع) کلی است. مخصوصاً در صحیحہ منصور بن حازم و صحیحہ محمد بن مسلم به صورت تعلیل - که مفید عمومیت است - فرموده است: «إنَّما البیع بعد ما یشتريه» یا «إنَّما یشتريه بعد ما یملکه». فرقی هم ندارد که بیع برای خودش باشد یا برای مالک اصلی؛ مهم این است که پس از مالک شدن باشد. در این جا بیع مستند به مالک است و مانعی ندارد و قبل از مالک شدن، بیع مستند به مالک (مالک جدید) نیست تا اجازه او سودمند باشد. [1252]

نظریه امام راحل (قدس سره): امام راحل در کتاب البیع راه میانه ای را برگزیده و فتوا به بطلان داده است ولی در مقام اثبات فرموده: اگرچه مانع مفقود است و این فرض بی شک از مورد روایات مانع خارج است ولی مقتضی موجود نیست؛ زیرا مُنشأ و مُجاز تطابق ندارند تا بیع مورد نظر، انتساب به مالک جدید پیدا کند و عرفاً و شرعاً صحیح باشد. پس وقتی مورد بحث ما مشمول اطلاقات نباشد و جهی برای حکم به صحت نیست. [1253]

آنچه در فرض مذکور بیان کردیم حکم فرض دیگر هم دانسته می شود (بایع فضولی متاعی را برای فرد ثالث - نه برای مالک اصلی و نه برای خود بایع - می فروشد سپس همان فرد ثالث مالک می شود و اجازه می دهد. در این صورت هم فتاوی همان فتاوی پیشین است که از قول شیخ و امام راحل و آقای خوئی بیان شد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 626

بیع فضولی متعارف

اشاره

مسألة 11: لا یعتبر

في المَجِيز أن يكون مالِكاً حين العقد، فيجوز أن يكون المالك حين العقد غيره حين الإجازة، كما إذا مات المالك حين العقد قبل الإجازة فيصحّ بإجازة الوارث، وأولى به ما إذا كان المالك حين العقد غير جائز التصرف لمانع من صغر أو سفه ونحوهما ثم ارتفع المانع، فإنه يصحّ بإجازته.

ترجمه: لازم نیست که شخص اجازه دهنده، در وقت عقد مالک باشد، پس جایز است مالک هنگام عقد، غیر از مالک هنگام اجازه باشد، مانند این که مالک هنگام عقد، قبل از اجازه بمیرد، که با اجازه وارث صحیح می شود. و از آن اولی (به صحت) این است که مالک، وقت عقد به خاطر مانعی همچون صغیر بودن یا سفیه بودن و مانند این ها، جایزالتصرف نباشد، سپس مانع برطرف شود، که عقد با اجازه او صحیح می شود.

شرح: در مسأله گذشته راجع به «من باع شیئاً فضولياً ثم ملكه» بحث شد که بایع فضولی متاعی را بفروشد- چه برای خودش چه برای مالک اصلی- سپس خودش مالک شود و اجازه دهد. در این مسأله راجع به بیع فضولی متعارف بحث می شود که فضولی مال مردم را برای خود یا برای مالک اصلی می فروشد سپس مالک آن اجازه می دهد- که ربطی به بایع فضولی ندارد- در این باره سه پرسش مطرح است:

1. آیا شرط است که مُجِيز حتماً در حال بیع فضولی باشد یا پس از معامله و در حال اجازه اگر مجیزی وجود داشته باشد کفایت می کند؟ این مطلب در متن نیامده ولی در کتاب البیع [1254] به پیروی از شیخ اعظم در مکاسب [1255] مطرح شده است؛ بنابراین در این جا به بررسی آن پرداخته می شود.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 627

فرض که وجود آن در حال عقد فضولی لازم باشد آیا شرط است که مجیز، مالک حین عقد هم باشد یا مالک بودن او در حال اجازه کفایت می کند؟ مثلاً فضولی مال مورث را فروخت سپس قبل از اجازه مالک، از دنیا رفت و مال به وارث او رسید؛ او در حال اجازه مالک است ولی در حال بیع مالک نبود.

3. بر فرض که وجود مجیز مالک در حال عقد شرط باشد، آیا لازم است مجیز در حال عقد فضولی جایزالتصرف هم باشد یا جایزالتصرف بودن در حال اجازه کفایت می کند؟ مثلاً راهن، عین مرهونه را می فروشد سپس فك رهن می کند سپس بیع اول را که فضولی (متعلق حق غیر) بوده اجازه می دهد.

پاسخ پرسش اول: مثال مسأله، بیع مال یتیم است که فضولی فروخته است و فعلاً و در حال عقد، مجیز شرعی نیست. [1256] البته ممکن است در این مثال مناقشه شود که از منظر فقه شیعه، امام معصوم (ع) در هر زمان هست و ولایت دارد؛ بر فرض که در اثر غیبت دست رسی به او نباشد ولی نایب عام او یا فقیه جامع شرائط هست و بر کسانی که ولی ندارند ولایت دارد، و بر فرض که به او هم دست رسی نباشد اما عدول مؤمنان هستند، و بر فرض که به آنان هم دست رسی نباشد از باب امور حسبیه فساق از مؤمنان اجازه می دهند تا زندگی و امور یتیم مختل نشود. با این اوصاف همواره مجیز فعلی و در حال عقد وجود دارد. ولی مثال خالی از اشکال این است که فضولی بدون مراعات مصلحت، مال یتیم را فروخت و در حال بیع این

تصرف نه مصلحت داشت نه ضرر و يا حتى به ضرر يتيم بود كه چنين بيعى را هيچ كس - حتى پدر طفل - حق ندارد امضا كند زيرا قرآن دستور داده كه تصرف و دخالت در اموال صغار بايد بر وجه احسن و داراى غبطه و مصلحت باشد و در اين جا نيست و خود مالك هم صغير است و اجازه اش نافذ نيست، در اين جا فعلاً مجيزى نيست ولى پس از مدتى همان بيع كاملاً

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 628

به صلاح يتيم شده است و در اثر اين كه ملك او در محدوده طرح - مثلاً - واقع شده خيلى قيمت آن تنزل كرده است يا فلان خريد با مال يتيم الان كاملاً به صلاح او است هر چند در حال معامله فضولى به ضرر بود، و چون مصلحت پيدا كرده قابل اجازه است، در اين مثال در حال عقد، مجيزى وجود نداشت ولى هم اکنون مجيزى وجود دارد آيا اجازه او كافى است يا مجيز حال عقد لازم است؟

در اين باره دو نظريه وجود دارد:

1. نظريه علامه: علامه در قواعد عقیده به لزوم وجود مجيز در حين عقد دارد. [1257] براى اين قول دو دليل وجود دارد:

دليل اول: فرزند علامه (فخرالمحققين) در اين زمينه دليلى بيان كرده است كه از سه مقدمه تشكيل شده است:

مقدمه اول: فرض كلام در بيع فضولى موردى است كه بيع جامع جميع شرايط است (عقدى است كه از اهل آن صادر و بر محل آن واقع گشته است) و از نظر تأثير آن در صحت، در نزديك ترين مرتبه از مراتب امكان استعدادى است و تنها نقص آن، اجازه است كه به مجرد لحقوق، تأثير فعلى مى شود، آن گاه اگر امكان

آن، امکان قریب (نزدیک به فعلیت و وقوع خارجی) باشد و هیچ مانعی از آن نباشد و تنها اراده مجیز لازم باشد جای حکم به صحت بیع هست- ولی اگر امکان آن بعید باشد و در اثر نبود مجیز فعلی تا مرز اجازه، فاصله زیاد است و ده ها عامل می طلبد نمی توان حکم به صحت کرد. این در مقدمه دوم آمده است.

مقدمه دوم: هرگاه شرطی ممتنع التحقق باشد، آنچه مشروط به آن شرط است نیز ممتنع می شود. [1258]

مقدمه سوم: وقتی در يك زمان حکم به صحت يك بیع، ممتنع شد همیشه ممتنع

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 629

خواهد بود؛ زیرا وقتی در زمان وقوع عقد نتوانیم حکم به صحت آن کنیم ناگزیر باید به بطلان آن حکم کنیم تا ارتفاع نقیضان لازم نیاید. وقتی در آن وقوع، محکوم به فساد و بطلان شد برای همیشه باطل است زیرا «الشیء لا یتقلب عمّا وقع علیه». تنها در مورد وجود مجیز فعلی، امکان حکم به صحت وجود دارد و بدون آن جای صحت نیست، حتی اگر بعداً مجیز جامع شروط موجود باشد. بنابراین وجود مجیز در حال عقد، شرط صحت آن است. [1259]

تقد دلیل: شیخ اعظم و پیروان او درباره مقدمه سوم گفته اند درباره چیزی امتناع ذاتی داشته باشد قبول داریم اگر يك آن محال باشد دائماً هم محال است؛ مثلاً اجتماع نقیضان محال است چه يك لحظه و چه صد سال، ولی اگر چیزی امتناع بالغیر داشته باشد و در اثر نبودن علت، ممتنع باشد دلیلی ندارد برای همیشه محال باشد بلکه چه بسا در زمان بعد در اثر تحقق علت، ضرورت وجود پیدا کند، بر این اساس در مورد بحث ما امتناع

صحت بیع فضولی در زمان عقد، ذاتی آن نیست بلکه به سبب نبود مجیز فعلی است. بنابراین اگر بعداً مجیز موجود شد وجهی ندارد که باز هم صحت آن محال باشد بلکه کاملاً ممکن است. بنابراین استدلال شما ناتمام است. [1260]

نظریه امام راحل (قدس سره): اصل اشکال بر مقدمه اول استدلال است که در باطن مصادره به مطلوب است، و به نوعی دلیل، عین مدعاست؛ زیرا مدعا لزوم وجود مجیز در هنگام عقد است تا بیع فضولی صحیح باشد. دلیل هم این است که صحت بیع، منوط به وجود مجیز در حال عقد است تا همه مراتب امکان استعدادی، تکمیل شود زیرا سایر شروط جمع است و باید مجیز باشد تا عقد صحیح باشد. چنین استدلالی باطل است؛ حتی می توان گفت اساساً استدلال نیست، و آنچه مستدل درباره معنای صحت بیع گفت صحیح نیست، معنای بیع این است که اگر اجازه

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 630

بعداً به بیع ملحق شود معامله صحیح است اما این که آیا فعلاً امکان لحوق اجازه هست یا نیست خارج از فرض بحث است.

اگر این مقدمه را پذیرفتیم اشکال بر مقدمه سوم وارد نیست؛ زیرا بیع از اموری است که اگر در هنگام عقد باطل بود و امکان صحت نداشت برای همیشه باطل است - مگر این که عقد جدید منعقد شود - و محال است پس از مدتی صحیح شود زیرا «الشیء لا ینقلب عمّا وقع علیه» [1261] و قیاس آن به باب پدیده های مادی و امکان استعدادی ناتمام است؛ مثلاً پذیرفته نیست که کسی بگوید: پدیده ای اگر برای پیدایش، نیاز به ده عامل دارد، در صورتی که نه عامل آن محقق شود باز هم فعلاً

ممتنع است چون علت آن تامه نیست و وقتی عامل دهم آمد نه تنها امتناع می رود و امکان می آید بلکه ضرورت وجود پیدا می کند و موجود می شود. این سخن در امور تدریجی پذیرفتنی است ولی در مثل بیع و نکاح و اجاره کسی نمی تواند بگوید که بیع حین العقد باطل است، و محال است صحیح باشد ولی پس از عقد و لحوق اجازه صحیح می شود. افزون بر این ما در مقام فتوا تابع ظواهر نصوص هستیم نه تابع این وجوه عقلی استحسانی.

دلیل سوم: اگر بیع فضولی بدون مجیز در حال عقد هم صحیح باشد مستلزم ضرر بر مشتری است زیرا عقد از طرف او منعقد شده است و حق ندارد در ثمن تصرف کند و باید به عقد خود پایبند باشد. از طرفی هم تا پیدا شدن مجیز و اجازه کردنش حق ندارد در مبیع تصرف کند، و این ضرر است و قانون لا ضرر آن را برمی دارد و از انتفای لازم به انتفای ملزوم (صحت بیع) منتقل می شویم.

نقد دلیل: اولاً چنین چیزی کلیت ندارد و مخصوص ثمن معین است و در ثمن کلی در ذمه این محذور وجود ندارد؛ ثانیاً در ثمن معین هم کلیت ندارد زیرا گاهی مدت تحقق مجیز و اجازه دادن خیلی اندک است و صبر کردن در این مدت نوعاً

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 631

مستلزم ضرر نیست؛ ثالثاً در مدت طولانی هم گاهی مشتری هیچ داعی و انگیزه ای برای تصرف در مبیع یا در ثمن ندارد تا صبر کردن ضرر باشد؛ رابعاً قبول نداریم که عقد از طرف مشتری صحیح و لازم باشد و حق تصرف نداشته باشد بلکه تا زمانی

که اجازه نیاید عقد فضولی از اساس متزلزل است و هرکدام از طرفین حق دارند در مال خویش تصرف کنند. لزوم ضرر متوقف است بر لزوم معامله و وقتی لزوم منتفی شد ضرر هم منتفی می شود و اگر خود مشتری راضی شد و صبر کرد خودش اقدام بر ضرر خودش کرده است، بنابراین قانون لا ضرر جاری نمی شود.

نتیجه: نظریه اول یا فتوای علامه در قواعد ناتمام است.

2. نظریه مشهور: به عقیده مشهور از جمله شیخ اعظم، [1262] صاحب جواهر، [1263] مرحوم آقای خوئی [1264] و امام راحل عظیم الشان [1265] وجود مجیز در حال عقد فضولی، شرط صحت آن نیست و وجود او در حال اجازه کفایت می کند. برای این مطلب يك دليل و يك مؤيد ارائه شده است:

دلیل: اطلاعات و عمومات ابواب بیع شامل بیع فضولی نسبت به مال یتیم هم هست زیرا عنوان عقد و تجارت و بیع قطعاً بر این بیع صدق می کند و پس از وجود مجیز و اجازه کردن بیع، عنوان بیع و عقد منتسب به مالک یا مأذون هم قطعاً صدق می کند، بنابراین، کاستی ندارد و مقتضی برای شمول موجود است. فرض هم این است که مانع نیز مفقود است؛ بنابراین بیع فضولی مورد بحث نیز کاملاً قانونی و مقتضای قاعده است.

مؤید: روایاتی درباره نکاح صغیرین وجود دارد [1266] که بر صحت آن با اجازه صغیرین

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 632

پس از بلوغ دلالت دارند. این روایات، اطلاق دارند یعنی هم فرض وجود ولی شرعی را در بر می گیرند که اهمال می کند و نکاح را مسکوت می گذارد تا وقتی که خود آن ها بالغ می شوند و اجازه می دهند، و هم فرض نبود ولی را در بر

می گیرند. [1267] وجه مؤید بودن روایات فوق، این است که شاید باب نکاح خصوصیتی دارد که به دلایلی نکاح فضولی هم محکوم به صحت است و دلیل نمی شود که باب بیع هم چنین باشد. و شاید بتوان الغای خصوصیت کنیم و حکم را به مطلق ابواب معاملات توسعه دهیم. به خاطر همین دو احتمال به عنوان مؤید قرار دادیم، نه دلیل.

نتیجه: وجود مجیز در حال عقد فضولی معتبر نیست و پس از عقد و در حال اجازه که باشد کفایت می کند.

پاسخ پرسش دوم و سوم: پرسش دوم که در مورد لزوم مالك بودن مجیز در حال عقد فضولی است و پرسش سوم را که در مورد جایزالتصرف بودن مجیز است با هم پاسخ می دهیم:

اصل جایزالتصرف بودن مجیز مسلم است و از قضایایی است که قیاسات و استدلال های آن ها همراه خودشان است؛ زیرا اگر جایزالتصرف نباشد بدیهی است که اجازه اش مفید و مؤثر نیست و بیع فضولی را صحیح و لازم نمی گرداند ولی عدم جواز تصرف سه فرض دارد:

1. گاهی مجیز در حال عقد فضولی جایزالتصرف نیست به خاطر این که مالك نیست و مقتضی برای نفوذ تصرف ندارد؛ 2. گاهی مقتضی دارد ولی فاقد شرطی از شروط جواز تصرف است، و گاهی واجد شروط هم هست ولی مانع مفقود نیست و وجود مانع، جلوی نفوذ تصرف او را گرفته است.

بررسی فرض اول: مجیز در حال عقد فضولی مالك نبود ولی در حال اجازه مالك

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 633

است. خود این فرض دو بخش کلی دارد:

گاهی بایع فضولی مال کسی را برای خودش یا برای مالکش می فروشد سپس خودش - یا با خریدن یا با ارث بردن - مالك می شود. این همان

بحثی است که به تفصیل در مسأله دهم با عنوان «من باع شیئاً فضولياً ثم ملّکهُ فأجاز» تبیین شد. این نوع بیع فضولی تحقیقاً باطل است یا به خاطر وجود مانع (روایات خاصه) و یا به خاطر نبود مقتضی (عمومات و مطلقات) که آن بیع را شامل نمی‌شد چون مُجاز با مُسَدِّأ تطابق نداشت. و گاهی فضولی مال کسی را برای مالک اصلی یا خودش می‌فروشد و قبل از اجازه، مالک اصلی از دنیا می‌رود و به وارث او که به منزله مورث است منتقل می‌شود؛ بحث در این جاست که آیا اجازه وارث مفید است یا نه؟

مورد بحث ما همین فرض است و نظر مشهور این است که اجازه مالک جدید مفید و مؤثر است زیرا مقتضی موجود و مانع مفقود است.

اما وجود مقتضی: عمومات و اطلاقات، این فرض را شامل می‌شوند زیرا یقیناً عنوان بیع و عقد و تجارت بر آن صدق می‌کند و از جهت صدور از اهل آن، و وقوع در محل کم ندارد و تنها مسأله انتساب به مالک را کم دارد که آن هم با اجازه بعدی حاصل می‌شود. از نظر عرف هم بدون تردید اگر ورثه اجازه دهند، بیع منعقد می‌شود و اطلاقات هم ناظر به معاملات عرفی است و خصوصیتی اضافه بر عرف ندارد و بر فرض شك هم از اصاله العموم آن‌ها استفاده می‌شود.

اما نبود مانع: نه مانع عقلی وجود دارد- مخصوصاً بنا بر ناقله بودن اجازه- و نه مانع عرفی و نه مانع شرعی و نص خاص.

بررسی فرض دوم: مجیز در حال عقد هم مالک بود ولی جامع شرایط نبود- مثلاً صغیر، یا مجنون، یا سفیه و یا مجبور

بود- لذا تصرف او نافذ نبود، ولی در حال اجازه جامع شرائط است یعنی بالغ و عاقل و مختار و رشید است و تصرفش نافذ است، باز بیع فضولی با اجازه او صحیح و لازم می شود. دلیل مطلب همان است که در فرض قبلی ذکر

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 634

شد؛ یعنی اطلاعات و عمومات این بیع را شامل می شود و مانعی هم وجود ندارد، و به فرموده امام راحل در متن مسأله: اگر در فرض اول که مقتضی نداشت و اصلاً مالک نبود و بعداً مالک شد اجازه اش مفید باشد در این فرض که مقتضی دارد و مالک است و تنها فاقد شرط بود و الآن واجد شرط شده به طریق اولی اجازه اش نافذ است.

بررسی فرض سوم: مجیز در حال عقد، هم مالک بود و هم جامع شرایط، ولی مانع نداشت، اما در حال اجازه آن مانع مرتفع شده است مثلاً فضولی مالی را که در رهن دیگری است به خود مرتهن یا به فرد ثالث فروخت. در این حال مالک عین مرهونه، استقلال در تصرف ندارد ولی بعداً مالش را از رهن آزاد کرد و مانع مرتفع شد و بیع فضولی را اجازه کرد؛ آیا این اجازه نافذ است یا حتماً باید در هنگام بیع فضولی جایزالتصرف باشد تا اجازه اش مفید باشد؟ حکم این فرض نیز از فرض قبلی روشن می شود و بلکه به طریق اولی بیع فضولی با اجازه مالک صحیح است و حتماً مشمول مطلقات است و مانعی هم ندارد، بلکه اگر خود راهن، عین مال در رهن را بفروشد سپس فك رهن کند اجازه بعدی هم لازم نیست زیرا قطعاً راضی

بوده که اقدام به فروش آن کرده، و رضایت مالک از اول معامله وجود داشته است، پس از فك رهن هم يك آن وجود دارد؛- فرض این است- گفتنی است با احراز رضایت باطنی نیازی به انشای اجازه نیست زیرا تحقیقاً اجازه به مناط کشف از طیب نفس اعتبار دارد و طریقت دارد، نه موضوعیت. و علی الفرض در این مورد رضای مالک به نفس بیع او محرز است و نیازی به اجازه نیست بلکه لغو و بلکه تحصیل حاصل است و قیاس رضای رهن در هنگام بیع، به رضایت اجنبی به اصل معامله، قیاسی مع الفارق است؛ زیرا در مورد اجنبی مقتضی موجود نیست ولی در مورد مالک رهن مقتضی برای تأثیر اجازه موجود است، تنها مانع مفقود نیست و مبیع، متعلق حق مرتهن است که آن هم با فك رهن مرتفع می شود و همین کافی است تا بیع صحیح و لازم شود و نیازی به اجازه نباشد.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 635

کتاب نامه

قرآن کریم.

نهج البلاغه.

1. الاحتجاج، احمد بن علی بن ابی طالب طبرسی، مطبعة النعمان، نجف، 1386 ق.
2. اساس البلاغه، زمخشری، دار المعرفه، بیروت، 1399 ق.
3. الاستبصار، شیخ طوسی، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، تهران، 1390 ق.
4. اصول الفقه، شیخ محمدرضا مظفر، مطبعة دارالنعمان، چاپ دوم، نجف اشرف، 1386 ق.
5. أقرب الموارد، سعید خوری شرتونی اللبنانی، منشورات مكتبة آية الله مرعشي نجفی، قم، 1403 ق.
6. الانتصار، سید مرتضی علم الهدی، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، 1415 ق.
7. انوار الهدایة، امام خمینی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، 1414 ق.
8. ایضاح الفوائد، فخر المحققین شیخ ابو طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر

الحلّي، انتشارات اسماعيليان، چاپ دوم، قم، 1363.

9. بحار الأنوار، علامه مجلسي، مؤسسة الوفاء، چاپ دوم، بيروت، 1403 ق.

10. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الزبيدي، المكتبة الحياة، بيروت.

11. التبيان في تفسير القرآن، شيخ طوسي، مكتب الاعلام الاسلامي، 1409 ق.

12. تحرير الاحكام، علامه حلّي، مؤسسة الامام الصادق (ع)، قم، 1420 ق.

13.

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 636

تحرير الوسيله، امام خميني، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، قم، 1379.

14. تحف العقول عن آل الرسول، حسين بن شعبة الحرّاني، مؤسسة الاعلمي، چاپ پنجم، بيروت، 1394 ق.

15. تذكرو الفقهاء، علامه حلّي، مؤسسة آل البيت لحياء التراث، قم، 1414 ق.

16. التنقيح الرائع، فاضل مقداد، منشورات آيت الله مرعشي نجفي، قم، 1404 ق.

17. تنقيح المقال في علم الرجال، شيخ عبدالله مامقاني، چاپ سنگي.

18. تهذيب الاحكام، شيخ طوسي، مكتبة الصدوق، تهران، 1418 ق.

19. جامع المقاصد، شيخ علي بن الحسين كركي، معروف به محقق ثاني، مؤسسه آل البيت (ع) لحياء التراث، چاپ دوم، قم، 1414 ق.

20. جواهر الكلام، شيخ محمد حسن نجفي، دار احياء التراث العربي، چاپ هفتم، بيروت، 1981 م.

21. حاشية المكاسب، سيد محمد كاظم يزدي، مؤسسة دار العلم، قم، 1378 ق.

22. حاشية كتاب المكاسب، ميرزا علي ايرواني غروي، منشورات ذوى القربى، قم، 1421 ق.

23. الحدائق الناضرة، شيخ يوسف بحراني، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، 1409 ق.

24. الحديقة الهلاليّة، شيخ بهايي.

25. النخصال، شيخ صدوق، مؤسسة النشر الاسلامي، قم.

26. الخلاف، ابو جعفر محمد بن حسن طوسي، مؤسسة النشر الاسلامي، چاپ اول، قم، 1417 ق.

27. الدروس الشرعية، شهيد اول، مؤسسة النشر الاسلامي، قم.

28. دعائم الاسلام، قاضي نعمان مصري، دار المعارف، قاهره، 1383 ق.

29. رجال النجاشي، احمد بن علي بن العباس النجاشي، مؤسسة النشر الاسلامي،

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 637

- رسائل فقهية، شيخ مرتضى انصاري، مجمع الفكر الاسلامي، قم، 1414 ق.
31. رياض المسائل، سيد علي طباطبائي، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، 1412 ق.
32. زبدة البيان في احكام القرآن، محقق اردبيلي، مكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، تهران.
33. السرائر، ابن ادريس حلّي، مؤسسة النشر الاسلامي، چاپ دوم، قم، 1410 ق.
34. سلسلة الينايع الفقيهيه، شيخ على اصغر مرواريد، مؤسسه فقه الشيعه-الدار الاسلاميه، تهران، 1410 ق.
35. السنن الكبرى، احمد بن حسين بن علي بيهقي، دار الفكر، بيروت.
36. شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، محقق حلّي، انتشارات الاستقلال، تهران، 1409 ق.
37. شرح نهج البلاغه، ابن ابى الحديد، منشورات مكتبة آيت الله مرعشي نجفي، چاپ دوم، قم، 1404 ق.
38. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، اسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم للملايين، چاپ چهارم، بيروت، 1407 ق.
39. عدة الاصول، شيخ طوسي، مؤسسه آل البيت (ع).
40. عروة الوثقى، سيد محمد كاظم يزدي، انتشارات الاسلاميه، تهران، 1399 ق.
41. عوائد الايام، مولى احمد نراقي، انتشارات بصيرتي، قم، 1408 ق.
42. عوالي اللثالي العزيزية في الاحاديث الدينية، ابن ابى جمهور الاحساني، مطبعة سيد الشهداء، قم، 1403 ق.
43. عيون اخبار الرضا، شيخ صدوق، منشورات الاعلمي، تهران، 1390 ق.
44. الغدير، علامه اميني، مكتبة الامام امير المؤمنين (ع)، چاپ چهارم، تهران، 1396 ق.
45. غنية النزوع، سيد بن زهرة الحلبي، مؤسسة الامام صادق (ع)، قم، 1417.
46. فرائد الاصول، شيخ مرتضى انصاري، مجمع الفكر الاسلامي، قم، 1419 ق.

کوثر فقه (محمدی)، ج 2، ص: 638

فرهنگ معین، دکتر محمد معین، انتشارات امیر کبیر، چاپ چهارم، تهران، 1360.

48. فقه القرآن، قطب الدین راوندی، منشورات آیت الله العظمی نجفی مرعشی، چاپ دوم، قم، 1405 ق.

49. الفقه المنسوب للامام الرضا (ع)،

تحقيق مؤسسة آل البيت، مشهد مقدس، 1406 ق.

50. الفقه على المذاهب الأربعة، عبدالرحمن الجزيري، دار احياء التراث العربي، بيروت، چاپ سوم.
51. فوائد الاصول، تقريرات درس محقق نائيني به قلم شيخ محمد علي كاظمي خراساني، مؤسسة النشر الاسلامي، قم.
52. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب فيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، 1407 ق.
53. قواعد الاحكام، علامة حلي، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، 1413 ق.
54. القواعد والفوائد، شهيد اول، منشورات مكتبة المفيد، قم.
55. قوانين الاصول، محقق قمي، انتشارات العلمية الاسلاميه، تهران.
56. الكافي، ثقة الاسلام الكليني، دار الكتب الاسلاميه، چاپ دوم، تهران، 1362.
57. كتاب البيع، امام خميني، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، قم، 1379.
58. كشف اللثام، فاضل هندی، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، 1416 ق.
59. كفاية الاحكام، محمد باقر بن محمد مؤمن السبزواري، انتشارات مدرسه صدر مهدوي، اصفهان.
60. كفاية الاصول، آخوند خراساني، انتشارات الاسلاميه، تهران.
61. لسان العرب، ابن منظور، نشر ادب الحوزة، 1405 ق.
62. اللمعة الدمشقيه، شهيد اول، نمونه، قم، 1403 ق.
63. المبسوط، شيخ طوسي، المكتبة المرتضويه، چاپ دوم، تهران، 1387 ق.
64. مجمع البحرين، فخر الدين طريحي، دفتر نشر فرهنگ اسلامي، چاپ دوم، تهران، 1362.
- 65.

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 639

- مجمع البيان، فضل بن حسن طبرسي، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1379 ق.
66. مجمع الفائدة والبرهان، محقق اردبيلي، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، 1403 ق.
67. محجة البيضاء، فيض كاشاني، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ دوم، قم، 1384 ق.

68. مختلف الشيعة ، علامه حلّی، دفتر تبليغات اسلامي، قم، 1416 ق.

69. مسالك الافهام ، زين الدين بن علي العاملي معروف به شهيد ثاني، مؤسسة المعارف الاسلاميه، 1414 ق.

70. مستدرک الوسائل ، محدث نوري، مؤسسة آل البيت، قم، 1407 ق.

71. مستند الشيعة، احمد بن محمد مهدي نراقي، مؤسسة آل البيت

لإحياء التراث، قم، 1415 ق.

72. مسند احمد، احمد بن حنبل، دار صادر، بيروت.

73. مصباح الفقاهه، تقريرات محقق خويى، به قلم ميرزا محمد على توحيدى تبريزى، انتشارات انصاريان، چاپ چهارم، قم، 1417 ق.

74. المصباح المنير، احمد بن محمد بن على الفيومى، 1347 ق.

75. معجم مفردات الفاظ القرآن، راغب اصفهانى، المكتبة المرتضوية لاهياء الآثار الجعفرية.

76. مفاتيح الشرايع، فيض كاشانى، مطبعة الخيام، قم، 1401 ق.

77. مفتاح الكرامة، سيد محمد جواد الحسين العاملى، مؤسسه آل البيت، قم.

78. المقنع، شيخ صدوق، مؤسسة الامام الهادى (ع)، قم، 1415 ق.

79. المقنعة، ابو عبدالله محمد بن محمد بن النعمان (شيخ مفيد)، مؤسسة النشر الاسلامى، قم، 1410 ق.

80.

كوثر فقه (محمدي)، ج 2، ص: 640

المكاسب المحرمة، امام خمينى، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، قم، 1373.

81. المكاسب والبيع، تقريرات درس محقق نائينى به قلم شيخ محمد تقى آملى، مؤسسة النشر الاسلامى، چاپ پنجم، قم، 1413 ق.

82. المكاسب، شيخ مرتضى انصارى، مؤسسة الهادى، قم، 1418 ق.

83. من لا يحضره الفقيه، شيخ صدوق، دار الكتب الاسلاميه، چاپ پنجم، تهران، 1390 ق.

84. منتهى المطلب، علامه حلى، مجمع البحوث الاسلاميه، چاپ دوم، مشهد، 1412 ق.

85. المنجد فى اللغة والاعلام، لويس معلوف، دار المشرق، چاپ بيست و سوم، بيروت.

86. منية الطالب فى شرح المكاسب، تقريرات محقق نائينى، موسى بن محمد النجفى الخوانسارى، مؤسسة النشر الاسلامى، 1418 ق.

87. المهذب البارع، قاضى ابن براج، مؤسسة النشر الاسلامى، قم، 1406 ق.

88. نهاية الأحكام، علامة الحلى، مؤسسه اسماعيليان، چاپ دوم، قم، 1410 ق.

89. نهاية الدراية، محقق اصفهانى، مؤسسة آل البيت (ع)، قم، 1408 ق.

90. النهاية فى مجرد الفقه والفتاوى ، شيخ طوسى، دار الاندلس، بيروت.

91. النهاية فى غريب الحديث والاثر، ابن الاثير، مؤسسة اسماعيليان، چاپ

92. هدایة الطالب، میرزا فتاح شهیدی تبریزی، دار الفقه للطباعة والنشر، قم، 1428 ق.

93. الوافی بالوفیات، صلاح الدین خلیل بن ایبک الصفدی، دار صادر، بیروت، 1411 ق.

94. وسائل الشیعه، شیخ محمد حر عاملی، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، چاپ دوم، قم، 1414 ق. [1268]

[1] (1). المصباح المنیر، ج 1، ص 69، ماده «بیع» ..

[2] (1). توبه (9): 60.

[3] (2). درباره انواع حقوق و مالکیت های معنوی در آینده بحث خواهیم کرد.

[4] (3). المصباح المنیر، ج 1، ص 69، ماده «بیع» ..

[5] (1). ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 2، ص 23.

[6] (2). شرح آن قبلاً گذشت.

[7] (3). به نظر می رسد مثال مزبور (بیع حشرات) دارای جواب است؛ زیرا اگر مراد این باشد که چیزی نزد همه عقلاً مال باشد، لازم می آید اشیای زیادی در عالم، مالیت نداشته باشند، چون مورد اقبال عمومی نیستند و همه مردم میل به آن ها ندارند و در برابر آن ها پول نمی دهند، و این لازم قابل التزام نیست. و اگر مراد این است که نزد دسته ای مال باشد، حشرات و مانند آن مالیت دارند، مخصوصاً در این عصر و زمان که فواید بسیاری برای آن ها کشف شده و گروه های مختلف حشره شناسی برای تحقیقات علمی، مبالغ سنگینی را می پردازند تا مثلاً یک حشره کمیاب، یا یک گیاه خاص، یا آثار باستانی را خریداری کنند. قبلاً در باب مکاسب محرّمه در اکتساب به آلات لهو و هیاکل عبادت (صلیب و صنم) ذکر شد که اگر با همین هیئت، منفعت حلال داشته باشند، خرید و فروش آن ها به این قصد اشکالی ندارد و عموم آیه بیع

و تجارت و عقود و مانند این ها، آن را شامل می شود. آری اگر غرض شخصی محض باشد و تنها شخص مشتری برای فلان چیز پول می دهد نه دیگران، مثلاً برای خریدن عکس پدر یا دستخط جدش حاضر است قیمت گزافی پرداخت کند که دیگران حاضر به خرید آن نیستند و مالیت ندارد. ولی همین مورد هم قابل مناقشه است؛ زیرا متعلق غرض شخص عاقل قرار گرفته و برای او ارزش دارد ..

[8] (1) . ر.ك: كتاب البيع، ج 1، ص 25-68.

[9] (2) . مصباح الفقاهه، ج 2، ص 26.

[10] (3) . حاشیه المکاسب (محقق اصفهانی)، ج 1، ص 2 ..

[11] (1) . بقره (2): 9.

[12] (2) . كتاب البيع، ج 1، ص 69.

[13] (3) . جمعه (62): 9.

[14] (4) . بقره (2): 275 ..

[15] (1) . المنجد، ص 780، مادة «مول».

[16] (2) . اقرب الموارد، ج 2، ص 1252، مادة «مول».

[17] (3) . مجمع البحرين، ج 5، ص 475.

[18] (4) . فرهنگ معین، ج 3، ص 3708 ..

[19] (1) . المنجد، ص 774، مادة «ملك».

[20] (2) . فرهنگ معین، ج 4، ص 4347.

[21] (3) . در برابر مالك بودن خداوند که بر همه عوالم امکان است ..

[22] (1) . مصباح الفقاهه، ج 2، ص 8.

[23] (2) . مسالك الأفهام، ج 3، ص 333.

[24] (3) . كتاب البيع، ج 1، ص 30 ..

[25] (1) . مصباح الفقاهه، ج 2، ص 8 و 9 ..

[26] (1) مائده (5): 1.

[27] (2) نساء (4): 29.

[28] (3) مصباح الفقاهه، ج 2، ص 2 و 3 ..

[29] (1) مصباح الفقاهه، ج 2، ص 9. (منظور)

ایشان عبارت هر چهار مذهب عامه در کتاب الفقه علی المذاهب الأربعة است که در جلد دوم، صفحه 148، از حنفیه نقل کرده است: «إنَّ من أقسام البيع مبادله سلعه بسلعه و یسمونها مقایضه». و در صفحه 152، از قول مالکیه نقل کرده است: «إنَّ من أقسام البيع العرض بالعرض». و در همان صفحه از قول حنابله نقل کرده است که: «إنَّ مفهوم البيع یشمل المقایضه و هی مبادله سلعه بسلعه». و در صفحه 154، از قول شافعیه نقل کرده است: «الثامن [من أقسام البيع] بیع الحيوان بالحيوان و یسمیه غیرهم مقایضه و هو صحیح.».

[30] (2). محقق ایروانی نیز ملاک دیگری برشمرده است که نظر وی هم دارای نقد و اشکال است. ایشان نیز بر نقد نظریه اش پاسخ داده است. برای مطالعه کامل ر. ک: حاشیه کتاب المکاسب، ج 2، ص 19.

[31] (3). کتاب البیع، ج 1، ص 30.

[32] (4). به نظر می رسد این مورد از باب مثال باشد. در معامله جنس به جنس هم بحث جاری است ..

[33] (1). در معاطات هم- بنا بر این که بیع باشد- به نظر امام در مسأله ششم تحریر، اقواء، وقوع بیع به سبب معاطات است، و بیع فعلی است، آن که اول اعطا می کند بایع است و آن که بعداً اعطا می کند مشتری است. (ر. ک: تحریر الوسیله، ج 1، ص 481).

[34] (1). ر. ک: جواهر الکلام، ج 22، ص 208.

[35] (2). ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 2، ص 10 و 11.

[36] (3). در حال حاضر از لفظ بیع خصوص تملیک اعیان تبادل می کند. ولی شك داریم که در عرف، زمان صدور آیات و

روایات آیا معنای عامی داشته و بر نقل منفعت نیز اطلاق می شد و بعدها از آن معنی عام به معنی خاص منتقل شد و یا از آغاز به معنای نقل عین بوده و الان نیز برهان باقی است؟ از اصل عدم نقل استفاده می کنیم و بنا را می گذاریم بر این که در گذشته نیز همین معنا را داشته و نقلی پیش نیامده است، و دلیل اصل عدم نقل بنای عقلا و سیره علما و فقهای عظام است؛ زیرا اگر جز این باشد باب اجتهاد مسدود می گردد و طریق استنباط ویران می شود..

[37] (1). وجداناً لفظ «بیع» از تملیک منافع و حقوق، صحت سلب دارد و می توانیم بگوییم نقل منافع بیع نیست. بلکه اجاره است و اگر نقل منافع مفهوم بیع یا مصداقی از مصادیق آن بود، یقیناً صحت سلب نداشت بلکه صحت حمل داشت. (حاشیه المکاسب) محقق یزدی، ص 53؛ مصباح الفقاهه، ج 2، ص 10 و 11)

[38] (2). منیه الطالب، ج 1، ص 39.

[39] (3). به قول شیخ اعظم در کتاب مکاسب، ج 3، ص 7: «و علیه استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع» که همه جا در اصطلاح خود معوض را مخصوص اعیان دانسته اند و این کاشف از این است که آن ها نیز از بیع، تملیک عین را فهمیده اند.

[40] (4). الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 2، ص 147.

[41] (5). کتاب البیع، ج 1، ص 32.

[42] (6). حاشیه کتاب المکاسب، ج 2، ص 20.

[43] (7). فیومی در مصباح المنیر، ج 1، ص 69 می گوید: «البیع فی الأصل مبادله مال بمال» و مال از نظر عرف شامل منافع نیز می شود، آری

طریحی در مجمع البحرین، ج 5، ص 475 چنین گفته است: «المال في الأصل الملك من الذهب و الفضة، ثم اطلق على كل ما يقتني و يتملك من الأعيان». ولی تخصیص به اعیان هیچ وجهی ندارد و مال قطعاً بر منافع نیز اطلاق می شود، و شاید منظور طریحی بیان فرد غالب مال باشد که عین است و در صدد حصر نباشد. لبنانی در اقرب الموارد، ج 2، ص 1252 می گوید: «المال ما ملكته من جميع الأشياء، و عند أهل البادية: النعم» و «جميع الأشياء» اعیان و منافع و حقوق را شامل می شود، و هكذا سخن المنجد که قبلاً نقل شد ..

[44] (1). شیخ طبری در مبسوط، ج 6، ص 172 در مورد بیع خدمت عبد مدبر می نویسد: «لأنّ عندنا يصحّ بيع خدمته دون رقبتة مدّه حیاته» و خدمت عبد همان منافع او است. فاضل ایروانی در حاشیه کتاب المکاسب، ج 2، ص 20 می نویسد: «بل المقطوع به خلافه و أنّه یعمّ أبدال المنافع». از اهل سنت هم از قول مالکی ها نقل شده است که: «إنّه یصحّ إطلاق البیع علی نقل المنافع» و از قول حنبلی ها نقل شده است که: «إنّ معنی البیع فی الشرع مبادله مال بمال أو مبادله منفعه مباحه بمنفعه مباحه علی التّأیید». ر. ک: الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 2، ص 111 و 152.

[45] (2). کتاب البیع، ج 1، ص 32.

[46] (3). تحریر الوسیله، ج 1، ص 490.

[47] (4). وسائل الشیعه، ج 23، ص 119، باب 3، ح 1 و 3 و 4.

[48] (5). همان، ج 17، ص 335، باب 1، ح 5 ..

[49] (1). همان،

ص 370، باب 21، ح 9 و 10.

[50] (2). به گفته فرهنگ معین: سرقتی حقی است که بازرگان و کاسب نسبت به محلی پیدا می کند به جهت تقدم در اجازه، شهرت، جمع آوری مشتری و غیره.

[51] (3). المكاسب، ج 3، ص 7.

[52] (4). مصباح الفقاهه، ج 2، ص 12 و 14 ..

[53] (1). تحریر الوسیله، ج 1، ص 490 ..

[54] (1). حاشیة المكاسب (محقق یزدی)، ص 54.

[55] (2). نظیر واجب معلّق در اصول فقه که صاحب فصول اختراع کرده و گفته است: مانعی ندارد وجوب، فعلی و حالی باشد ولی واجب، استقبالی و در آینده باشد و در نتیجه از هم اکنون که مستطیع شد تکلیف و امر به حج می آید و باید مقدمات کار را انجام دهد تا بتواند در موسم حج، امثال کند ..

[56] (1). حاشیة المكاسب (محقق یزدی)، ص 54.

[57] (2). کتاب البیع، ج 1، ص 34 و 35.

[58] (3). مصباح الفقاهه، ج 2، ص 21 و 23 ..

[59] (1). البته از نظر مشهور منافع و از جمله عمل عبد فقط می تواند ثمن قرار گیرد و مبیع واقع نمی شود چون از اعیان نیست، ولی از نظر تحقیق، مبیع هم واقع می شود و بایع می تواند عمل عبدش را به دیگری بفروشد، کما این که در خدمت عبد مدبّر چنین است؛ یعنی بیع خود او جایز نیست ولی بیع خدماتش جایز است. ر. ک: وسائل الشیعه، ج 23، ص 119 ..

[60] (1). کسی که شغل خاصی دارد و هر روز به آن مشغول است، مثلاً هر روز سر کار می رود و خیاطی می کند.

[61] (2). آدمی

که بی کار است و شغل خاصی ندارد که مثلاً صبح برای انجامش برود.

[62] (3). حاشیة المكاسب، ص 55.

[63] (4). كتاب البيع، ج 1، ص 36.

[64] (5). مصباح الفقاهه، ج 2، ص 33.

[65] (6). هدايه الطالب، ج 2، ص 14 ..

[66] (1). حاشیة المكاسب (محقق یزدی)، ص 54.

[67] (2). مصباح الفقاهه، ج 2، ص 23 ..

[68] (1). المكاسب، ج 3، ص 8 ..

[69] (1). در المصباح المنیر می خوانیم: «الحق خلاف الباطل، حَقَّ الشيء إذا وجب و ثبت». و در المنجد می خوانیم: «حَقَّ: ثبت و وجب؛ حَقَّق الأمر: أثبتة و أوجبه»، «حق عليه أن يفعل كذا: وجب عليه» البته ثبوت هر چیزی متناسب با همان چیز و در ظرف مناسب آن است، مثلاً ثبوت و تقرر ماهیت در نفس الامر است، ثبوت مفهوم در ذهن است، ثبوت اشیاء در خارج است، و ثبوت امر مجعول و اعتباری هم در عالم جعل و اعتبار است. بنابراین حق در لغت معنی و مفهوم عامی دارد ..

[70] (1). المكاسب، ج 3، ص 9.

[71] (2). حاشیة المكاسب (محقق یزدی)، ص 55.

[72] (3). همان، ص 57 ..

[73] (1). منیة الطالب، ج 1، ص 34.

[74] (2). بحار الانوار، ج 2، ص 272.

[75] (3). المكاسب، ج 3، ص 8 و 9 ..

[76] (1). از نظر شیخ اعظم این حق قابل معاوضه نیست و کسی نمی تواند حَقَّ الخيار خود را بفروشد یا با آن متاعی را خریداری کند، زیرا بیع، تملیک به دیگری است - خواه بایع باشد که مبیع را تملیک می کند یا مشتری که ثمن را تملیک می کند - و چیزی

که قابل نقل نیست قابل تمليك هم نیست و حقّ الخيار قابل نقل نیست پس قابل بيع نیست. ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 8 و 9.

ولی به نظر مرحوم سید در حاشیه مکاسب، ص 56، و به نظر امام راحل در کتاب البيع، ج 1، ص 48. حقّ الخيار قابل نقل و معاوضه است؛ زیرا خيار يك حقی است که قائم به عقد بيع است و از آثار آن این است که صاحب خيار سلطنت بر فسخ و امضا دارد، و یکی از آثار فسخ این است که مضمن به ملك بايع برگردد و ثمن به ملك مشتری، و این معنا قابل نقل به دیگری است و پس از نقل و تمليك حق به فرد ثالث، سلطنت بر فسخ و امضا پیدا می کند. نظیر این که از ابتدا برای اجنبی حقّ الخيار جعل کنند که یقیناً اشکالی ندارد، حال با بيع و نقل هم وی حقّ الخيار پیدا می کند و چنین معامله ای نه محذور عقلی دارد، نه محذور عرفی و عقلانی - مثل سفهی بودن معامله، جوابش این است که گاهی نقل خيار به دیگری برای او فایده و غرض عقلانی دارد - و نه منع تعبدی شرعی دارد، چرا که هیچ آیه و روایت و اجماعی بر این امر قائم نیست، ضمن این که بر فرض اگر محذور شرعی باشد، مانع از صحت بيع است نه از اصل صدق بيع. آری دلیل خاصی هم بر جواز این بيع نداریم، ولی نیازی نیست و عمومات و مطلقات باب بيع و تجارت و عقد و معامله کفایت می کند. از نظر ملك بودن هم محذوری نیست، زیرا قبلاً گذشت که در معامله مبادله اضافه

ملکیت مطرح نیست، نه در مبیع و نه در ثمن و مثال زدیم به بیع موقوفات عامه به موقوفه دیگر و بیع اموال زکوی به مال زکوی دیگر؛ بنابراین که هشت صنف مذکور در آیه، برای بیان مصرف زکات باشد نه این که عنوان کلی هر کدام مالک زکات باشند. از نظر مالیت هم محذوری نیست زیرا اگر در نقل خیار به دیگری غرض عقلائی باشد ارزش و مالیت هم پیدا می کند ..

[77] (1). شیخ اعظم در معاوضه بر این ها اشکال کرده که بیع مبادله مال به مال است و حقوق مورد اشاره مالیت ندارند و بیع آن ها- چه مثنی واقع شوند چه ثمن، و بلکه از نظر شیخ مثنی حتماً باید عین باشد و حق، عین نیست و لذا بحث ایشان در ثمن بودن حق است- از این جهت صحیح نیست. ر. ک: المکاسب، ج 3، ص 9. در این بخش نیز مثال مذکور مناقشه دارد و حق تحجیر و حق سبق و حق اولویت و مانند این ها از اموری هستند که نزد عرف قیمت و مالیت دارند، زیرا عقلاً در برابر آن ها مال بذل می کنند، نسبت به آن ها میل و رغبت نشان می دهند، و ... خلاصه مال به هر معنا که باشد عرفاً بر این ها صدق می کند و دلیلی ندارد که ثمن یا مثنی قرار گرفتن این ها در بیع، مبتلا به اشکال باشد ..

[78] (1). مفتاح الکرامه، ج 12، ص 475 و 476.

[79] (2). المکاسب، ج 3، ص 10 و 11.

[80] (3). المبسوط، ج 2، ص 76.

[81] (4). السرائر، ج 2، ص 240.

[82] (5). تذکره الفقهاء، ج 10، ص

[83] (6). مناقشات این تعریف:

الف) تعبیر به «انتقال» دقیق نیست؛ زیرا انتقال اگر به معنای تملک و قبول ملکیت باشد، کار مشتری است و در تعریف به کار بائع که نقل و تملیک است اشاره ای نشده است، و اگر به معنای ملکیت است که اثر و لازم نقل و تملیک است، نه خود آن، پس در واقع این گروه بیع را به اثر و لازم آن تعریف کرده اند نه به ماهیت بیع، و لازم شیء را به جای خود آن آورده اند.

ب) تعبیر به «عین» نیز دقیق نیست؛ زیرا اگرچه بیع غالباً نقل عین است، ولی از مباحث مقدماتی دانستیم که اختصاص به عین ندارد و نقل منافع و حقوق و عمل حرّ را نیز شامل است.

ج) عبارت «من شخص إلى غیره» نیز کامل نیست؛ زیرا اگرچه غالباً بیع، نقل یک عین از مالکی به مالک دیگر است، ولی گاهی از شخصی به شخص دیگری نیست، بلکه از مالک کلی (عنوان کلی فقیر و مسکین و ...) به مالک کلی دیگر است، و گاهی اصلاً مالک بشری ندارد؛ مثل برخی از مصارف زکات، و موقوفات عامه با موقوفات عامه دیگر.

د) تعبیر «بعوض» بر مبنای کسانی صحیح است که در صدق بیع، مال بودن عوض را معتبر نمی دانند، مثل مرحوم سید در حاشیه و مرحوم آقای خوئی در مصباح که قبلاً بحث شد، ولی تحقیقاً در بیع عرفی و عقلانی باید عوضین، مالیت داشته باشند تا بیع عرفی صدق کند و گرنه شوخی و بازیگری است، نه معامله عقلانی.

هـ) تعبیر «مقدر» در صدق بیع دخالت ندارد، بلکه از شروط صحت معامله است که ثمن و مثن باید معلوم

و معین باشند و جهالت و ابهام قاذح است. و شروط صحت را در تعریف نمی آورند.

(و تعبیر «علی وجه التراضی» نیز از شروط صحت معامله است و بیع اکراهی اشکال دارد و ربطی به اصل صدق بیع و تعریف آن ندارد..

[84] (1). المختصر النافع، ص 118.

[85] (2). الدروس الشرعیه، ج 3، ص 191.

[86] (3). اشکال این تعریف: اولاً در نکته نهم ذکر شد که بیع از مقوله معناست، نه لفظ؛ لذا قابل انشاست و اگر از مقوله لفظ (ایجاب و قبول) بود هرگز قابل انشا نبود زیرا انشا ایجاد معنا به لفظ است نه لفظ به لفظ، بنابراین تعریف امر معنوی به ایجاب و قبول لفظی صحیح نیست؛ ثانیاً در پایان کلمه انتقال آمده است- که در تعریف اول نیز آمده بود- و مبتلا به همان اشکال است؛ ثالثاً عنوان و عبارت تعریف خیلی کلی است و بر بیع، اجاره، نکاح، صلح، جعاله، هبه و ... صدق می کند؛ زیرا در تمام این ها ایجاب و قبول دال بر انتقال وجود دارد و تعریفی نیست که بیع را از بقیه جدا کند.

[87] (4). المکاسب، ج 3، ص 11.

[88] (5). جامع المقاصد، ج 4، ص 58.

[89] (6). مناقشات این تعریف: الف) لفظ «نقل» خیلی کلی و مبهم است و نباید در تعریف اخذ شود. ب) عبارت «عین» که در تعریف اول هم ذکر شد همان اشکال را دارد، و اگر عبارت «ملك» باشد باز اشکال دارد؛ چرا که همیشه بیع، نقل ملك نیست؛ زیرا گاهی مالك بشری ندارد تا ملك صدق کند و اضافه ملكیت تحقق یابد، مثل بیع موقوفات عامه،

بیع صدقات و ج) عبارت « بصیغه مخصوصه » اولاً مستلزم دور است که در تعریف بیع از « بعث » استفاده کنیم، ثانیاً شامل معاطات نیست، در حالی که ایشان معاطات را بیع می داند.

[90] (7). المكاسب، ج 3، ص 11.

[91] (8). این تعریف نیز قابل مناقشه است؛ زیرا اولاً بیع، خود انشا نیست بلکه امری معنوی است که قابل انشای قولی یا فعلی است و اگر خود انشا باشد، معنا ندارد که انشا قابل انشا باشد؛ ثانیاً لفظ « تملیک » ناقص است و تملیک، فرع بر وجود مالک است و در بیع مال زکات و موقوفات عامه مالکی وجود ندارد تا تملیک محقق شود؛ آری غالباً مالک دارد؛ ثالثاً لفظ « عین » اشکال دارد و بیع تنها نقل و تملیک عین نیست بلکه بیع منافع و حقوق نیز بیع و تملیک است؛ رابعاً به گفته محقق نائینی: « اگر ایشان بیع در مقابل شراء را معنا می کند تعریف صحیحی است ولی منظور ایشان نیست ». و اگر بیع را به عنوان یک معامله تعریف می کند لازمه تعریفش این است که بیع از ایقاعات باشد نه از عقود؛ زیرا تملیک عین به مال، فقط کار بایع است و یک طرف دارد و از طرف دیگر تملک و قبول ملک است، نه تملیک صریح. و خود شیخ اعظم هم به این لازم ملتزم نیست. ر. ک: منیة الطالب، ج 1، ص 45 ..

[92] (1). منیة الطالب، ج 1، ص 45.

[93] (2). این تعریف نیز مناقشاتی دارد از جمله تعبیر « تملیک » اشکال دارد؛ زیرا تملیک، فرع بر قبول ملک و قابلیت تملک است و در مثل موقوفات عامه پس از وقف،

قابل تملیک و تملک نیست بلکه فک ملک است. و هكذا در مال زکاتی؛ بنا بر این که نه مالک خاص دارد و نه مالک عام. دیگر این که تعبیر «عین» که منافع و حقوق را شامل نمی شود در حالی که بیع اعم از تملیک عین و منافع و حقوق است و هرکدام از این ها مبیع واقع می شوند. افزون بر این، تعبیر «بعوض» که شامل چیزهایی می شود که مالیت ندارد؛ در حالی که بیع عرفی فقط بر اموال صدق می کند و بالأخره عبارت «فی ظرف تملک مشتری» هم مشکلی را حل نمی کند؛ زیرا برخی از فقها تملک مشتری را شرط قرار داده و گفته اند: «البيع تملیک العین بمال بشرط تعقبه بتملک مشتری» که در مکاسب شیخ، ج 3، ص 16، ذکر شده و مورد اشکال قرار گرفته است، و محقق نائینی از شرط بودن به ظرف بودن عدول کرده است ولی به هر حال همان اشکالی که به شیخ اعظم دارد به خود ایشان وارد است و طبق بیان ایشان هم لازم می آید بیع از ایقاعات باشد نه از عقود.

[94] (3). حاشیة المكاسب، ج 1، ص 16.

[95] (4). همان.

[96] (5). امام راحل در ردّ این تعریف آن را پست ترین تعریف دانسته و بر اصل تعریف نقض های متعددی وارد کرده و چنین فرموده است: «ویرد علیه من النقوض إلى ما شاء الله کجعل شیء یا زاء شیء مکاناً وکالجعله والطلاق خلعاً ومباراه والإجاره والهبة غیر المجانیه والصلح وكذلك جعل الله الثواب مقابل العمل ... إلى غیر ذلك». کتاب البیع، ج 1، ص 67. و این که محقق اصفهانی برهان را مطاع و متبّع دانسته است جوابش این

است که در فهم معانی لغات و عناوین، جای برهان و دقت عقلی نیست بلکه جای تتبع موارد استعمال و جای تبادل و فهم عرفی است. و اگر مقصود وی از برهان، متفاهم عرفی است خود وی صریحاً تعریف مذکور را غیر معروف و غیر مألوف دانسته است و این خود، بهترین دلیل بر رد آن است، وگرنه معنا ندارد که تعریف بیع عرفی، نزد عرف غیر متعارف و نامأنوس باشد ..

[97] (1). المصباح المنیر، ج 1، ص 69.

[98] (2). کتاب البیع، ج 1، ص 68.

[99] (3). همان، ص 68 و 70 ..

[100] (1). الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 2، ص 147.

[101] (2). در پاورقی کتاب درباره تعریف شرعی آن در اصطلاح فقها پرداخته و می نویسد: الحنفیة قالوا: البیع یطلق فی اصطلاح الفقهاء علی معنیین: أحدهما خاص و هو بیع العین بالنقدین الذهب و الفضة و نحوهما، فإذا اطلق لفظ البیع لا ینصرف إلا إلى هذا المعنی. وثانیهما عام و هو اثنا عشر قسماً ... و أمّا تعریفه بالمعنی العام: فهو مبادله المال بالمال علی وجه مخصوص ...

المالکیه قالوا: للبیع فی اصطلاح الفقهاء تعریفان: أحدهما تعریف لجمیع أفراد البیع ... ثانیها تعریف لفرد واحد ... والأوّل یسمی تعریفاً للبیع بالمعنی الأخص. فأما تعریفه بالمعنی الأعم فهو عقد معاوضه علی غیر منافع و لا متعة لذّة ... و أمّا تعریفه بالمعنی الأخص فهو عقد معاوضه علی غیر منافع و لا متعة لذّة ذو مکایسة، أحد عوضیه غیر ذهب و لا فضة، معین غیر العین فیہ ...

الحنابلة قالوا: معنی البیع فی الشرع مبادلة مال بمال أو مبادلة منفعة مباحة بمنفعة مباحة علی التأمید من

غیر ربا و قرض ...

الشافعية قالوا: البيع في الشرع مبادلة مال بمال على وجه مخصوص، أي عقد ذو مقابلة مال بمال.... (الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، ص 147-153).

[102] (1). المكاسب، ج 3، ص 23 ..

[103] (1). مثل عتق، طلاق، ابراء، و به قولی وصایت.

[104] (2). ر. ك: وسائل الشيعه، ج 21، ص 146، باب 43.

[105] (3). همان، ح 1.

[106] (4). همان، ج 20، ص 262-264، ح 3 و 6 و 9 و 10 ..

[107] (1). همان، ح 3.

[108] (2). ر. ك: عروة الوثقى، ج 2، مسألة 3816.

[109] (3). ر. ك: شرح العروة الوثقى، ج 33، ص 99.

[110] (4). عوالی اللئالی، ج 2، ص 263، ح 8؛ السنن الكبرى (بيهقي)، ج 7، ص 242 باب نکاح بر تعلیم قرآن ..

[111] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 117.

[112] (2). ر. ك: التنقيح الرائع، ج 2، ص 184.

[113] (3). ر. ك: جامع المقاصد، ج 4، ص 59.

[114] (4). ر. ك: الروضة البهية، ج 3، ص 225 ..

[115] (1). برای تبیین این شرط، لازم است با اصطلاحاتی از قبیل صریح و کنایه، حقیقت و مجاز، مجاز قریب و بعید، مجازی که متکی به قرینه مقالیه باشد یا به قرینه غیر لفظیه، ظاهر و مجمل، از مشترك لفظی، مشترك معنوی، منقول و امثال این ها، آشنا شویم ولی از آن جا که در ادبیات و منطق و اصول فقه به دفعات، این ها معنا و تفسیر شده اند در این جا نیازی به ذکر تعریف نیست ..

[116] (1). علامه حلی در تذکرة الفقهاء، ج 10، ص

9؛ شهید اول در غایة المراد، ص 81؛ محقق نائینی در منیة الطالب، ج 1، ص 105-106 و محقق خراسانی در حاشیة المکاسب، ص 26-27.

[117] (2). علامه بحر العلوم به نقل صاحب مفتاح الکرامه، ج 12، ص 483؛ صاحب جواهر در جواهر الکلام، ج 22، ص 249. همین جا به برخی از وجوه فرعی اشاره می کنیم: برخی میان مجاز قریب و بعید فرق گذاشته اند و در واقع به این صورت میان کلمات مشهور جمع کرده اند. ر. ک: جامع المقاصد، ج 4، ص 217. و برخی مثل شیخ اعظم میان مجازی که قرینه اش لفظیه و مقالیه باشد با مجاز متکی به قرائن مقامیه و معنویه فرق گذاشته اند و دومی را کافی ندانسته اند. ر. ک: المکاسب، ج 3، ص 126 ..

[118] (1). نظریة فخرالمحققین در ایضاح الفوائد، ج 3، ص 12؛ شهید ثانی در مسالک الأفهام، ج 5، ص 172 و فاضل مقداد در کنز العرفان، ج 2، ص 146.

[119] (2). تذکره الفقهاء، ج 10، ص 9 ..

[120] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 314-324.

[121] (2). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 16-19.

[122] (3). کما این که در معاطات هم صرف یت طرفین کفایت نمی کند تا مثلاً نان، ملک مشتری و پول مال نانوا گردد بلکه باید به سببی انشا شود ..

[123] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 324.

[124] (2). یک نکته: تفاوت کنایه و مجاز در این است که در مجاز، مراد استعمال معنای مجازی است، ولی در کنایه، مراد استعمال مجاز نیست و لفظ در معنای خودش به کار می رود ولی مراد جدی نیست، بلکه لازم آن معنا یا

ملزوم آن است که بستگی دارد به این که کنایه ذکر ملزوم و اراده لازم باشد یا عکس آن. ضمناً لازم مساوی مراد است نه لازم اعم.

[125] (3). به نقل علامه در مختلف الشیعه، ج 5، ص 53..

[126] (1). المكاسب، ج 3، ص 139.

[127] (2). کتاب البیع، ج 1، ص 329.

[128] (3). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 41.

[129] (4). المكاسب، ج 3، ص 138.

[130] (5). تذکره الفقهاء، ج 10، ص 8.

[131] (6). گاهی با صیغه «بعث» از فروختن قبلی خبر می دهد و گاهی در مقام انشای بیع برآمده و به خود آن، معامله را واقع می سازد

..

[132] (1). چه انشای طلب باشد، چه انشای تمنی، چه انشای بیع و....

[133] (1). وسائل الشیعه، ج 17، ص 349، باب 8، ح 2.

[134] (2). همان، ص 353، باب 11، ح 1 و 2.

[135] (3). همان، ص 158، باب 31، ح 3 و 4.

[136] (4). همان، ج 21، ص 43، باب 18.

[137] (5). گفتنی است بحث مذکور بر این فرض است که اصل «جملة فعلیه بودن صیغه عقد» مسلم گرفته شده و نزاع در ماضی و مضارع و امر است. ولی ما می گوئیم انشای عقد با جمله اسمیه نیز بلامانع است و اگر مراد را بفهماند کفایت می کند. دلیل ما علاوه بر تحلیلی که از حقیقت معاملات ارائه شد، اطلاقات و عمومات ابواب عقود و معاملات و ایقاعات است. بنابراین بایع می تواند در مقام انشای بیع بگوید: «أنا بايعك هذا بهذا». یا زن بگوید: «أنا منكوحتك على كذا» یا موجر بگوید: «منفعة داري لك بكذا»

و... و در خصوص طلاق و عتق روایات فراوان، بر انشای آن‌ها با جمله اسمیه دلالت دارد، مثل «أنتِ طالق»، «زوجتی فلانة طالق»، «أنت حرّ لوجه الله» و...؛ در عین حال احتیاط مستحب این است که صیغ عقود و ایقاعات - غیر از مثل طلاق و عتق و... - را به صیغه ماضی انشا کرد که قدر متیقن است و به اجماع مسلمانان با آن منعقد می‌شود..

[138] (1). عربی صحیح آن است که از نظر مواد و هیئات و اعراب‌ها خالی از اشکال فنی و تخصصی باشد و علمای ادبیات عرب بر آن ایراد نگیرند. عربی غلط آن است که یا از نظر ماده اشکال دارد مثل «جوّزت» بدل از «زوّجت»؛ یا از نظر هیئت اشکال دارد، مثل «مَلَكْتُ» به جای «مَلَكْتُ»؛ یا از نظر اعراب اشکال دارد، مثلاً به جای «بِعْتُ»، «بَعْتُ» بگوید..

[139] (1). مثلاً لفظ فصیح «زوّجت» در گفتمان مصری‌ها «زوگت» و در گفتمان لبنانی‌ها «زوژت» است.

[140] (2). ر. ك: الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، ص 155 ..

[141] (1). الخلاف، ج 3، ص 39.

[142] (2). الوسيلة، ص 237.

[143] (3). السرائر، ج 2، ص 243.

[144] (4). تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 8.

[145] (5). ایضاح الفوائد، ج 1، ص 413.

[146] (6). جامع المقاصد، ج 4، ص 60.

[147] (7). غاية المراد، ص 80.

[148] (8). جامع المقاصد، ج 4، ص 60 ..

[149] (1). عدم ترتب اثر و نقل و انتقال در بیع، عدم حصول علقه زوجیت در نکاح، عدم جواز تصرف در عین در اجاره و....

[150] (2). المبسوط، ج 2، ص

- [151] (3). شرایع الاسلام، ج 2، ص 13.
- [152] (4). تحریر الأحكام، ج 1، ص 164.
- [153] (5). الدروس الشرعیه، ج 3، ص 191.
- [154] (6). مسالك الأفهام، ج 3، ص 154.
- [155] (7). مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 145.
- [156] (8). الحدائق الناضره، ج 18، ص 349.
- [157] (9). جواهر الكلام، ج 22، ص 254..
- [158] (1). وسائل الشیعه، ج 21، ص 43، ح 1.
- [159] (2). ر. ك: همان، ص 242، ح 1 و عوالی اللآلی، ج 2، ص 263؛ السنن الكبرى (بیهقی)، ج 7، ص 242.
- [160] محمدی خراسانی، علی، كوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.
- [161] (3). المكاسب، ج 3، ص 140-156.
- [162] (4). مانند شهید ثانی در مسالك الأفهام، ج 3، ص 154؛ محقق اردبیلی در مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 146.
- [163] (5). تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 9..
- [164] (1). نقل مبیع از بایع به مشتری و نقل ثمن از خود به بایع.
- [165] (2). زیرا فعل و انفعال یا قبول، از متضایفان اند و از لحاظ قوه و فعل تکافؤ دارند و محال است انفعال فعلی باشد ولی فعل و تأثیری فعلاً نباشد و در آینده محقق شود که تحقق معلول بدون علت است. چه این که تأثیر فعلی هم بدون تأثر فعلی محال است، لذا در اصول فقه، واجب معلق را محال می دانیم به این دلیل که بعث و انبعاث متضایف اند و محال است بعث فعلی باشد ولی انبعاث استقبالی باشد..
- [166] (1). المكاسب، ج 3، ص 153.
- [167] (2). ر. ك: همان، ص 150-152.
- [168] (3). ر.

ك: منية الطالب، ج 1، ص 109 ..

[169] (1). به لفظی که بتواند مقدم ذکر شود، نه مثل قبلت.

[170] (2). المكاسب، ج 3، ص 132-133 ..

[171] (1). وسائل الشیعه، ج 17، ص 353، ح 1 و 2 ..

[172] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 327.

[173] (2). واجب معلق که صاحب فصول اختراع کرده آن است که اصل وجوب فعلی و حالی است ولی واجب و امثال امر استقبالی است؛ مثلاً با حصول استطاعت ولو چهار ماه قبل از موسم حج، تکلیف فعلی به حج می آید ولی امثال آن در موسم حج است و فایده چنین ایجابی این است که از هم اکنون باید به فکر باشد و اسباب سفر را مهیا کند تا در وقت خود، حج از وی فوت نشود.

[174] (3). کتاب البیع، ج 1، ص 427.

[175] (4). مناهج الوصول، ج 1، ص 358-364.

[176] (5). ر. ك: نهاية الدرايه، ج 1، ص 185-188 ..

[177] (1). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 49-50.

[178] (2). حاشية المكاسب (محقق اصفهانی)، ج 1، ص 70.

[179] (3). معنای مصدری خود انشای بیع و تملیک که کار بایع است و جنبه اضافه به فاعل و صدور از او لحاظ شده است.

[180] (4). اسم مصدری نتیجه مصدر یا حاصل مصدر که خود بیع و مبادله میان دو مال است به عنوان يك امر معنوی اعتباری عقلانی، قطع نظر از اضافه و نسبت آن به بایع.

[181] (5). زیرا مطاوعه به معنای اخذ مبدأ است و واضح است که وقتی مشتری با «قبلت مالك بمالی» تملك مال بايع را

در مقابل مال خودش انشا می کند بر این انشا، مطاوعه صدق می کند، یعنی وی به سهم خود مبدأ را که اصل بیع و مبادله است برای خودش و از جانب خودش اخذ کرده است و از این جهت کمبودی ندارد و بقیه راه را باید با بیع برود و ربطی به مشتری ندارد ..

[182] (1). ر. ك: الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، ص 156-159 ..

[183] (1). المكاسب، ج 3، ص 158 و 159 ..

[184] (1). منية الطالب، ج 1، ص 111 ..

[185] (1). كتاب البيع، ج 1، ص 342 ..

[186] (1). همان، ص 345 ..

[187] (1). چه بسا برای افراد مهم است که تمام متاع را بفروشند، نه نصف یا ثلث آن را، چراکه شرکت می آورد و شرکت مورد انتخاب خیلی ها نیست.

[188] (2). ولو در برخی از فروع و جزئیات اختلاف نظر باشد.

[189] (3). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 71.

[190] (4). المكاسب، ج 3، ص 175.

[191] (5). خواه رضای انشائی یا مجرد اظهار رضایت بر دو مبنایی که در مسائل قبلی ذکر شد؛ یعنی به همان چیزی که موجب انشا کرده است راضی ام و آن از نظر عقد خاص بودن و از نظر طرفین و عوضین خصوصیت دارد ..

[192] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 1، ص 352 و 353 ..

[193] (1). مثل محقق ثانی در جامع المقاصد، ج 5، ص 309.

[194] (2). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 13 و 14.

[195] (3). هداية الطالب، ج 2، ص 173.

[196] (4). ر. ك: كتاب البيع، ج 1، ص 302 ..

[197] (1).

جامع المقاصد، ج 5، ص 309.

[198] (2). وسائل الشیعه، ج 18، ص 50، ح 4.

[199] (3). همان، ج 19، ص 43 و 44، ح 6 و 10.

[200] (4). توضیح بیش تر در مسائل معاطات خواهد آمد.

[201] (5). وسائل الشیعه، ج 17، ص 158.

[202] (6). همان، ص 353 ..

[203] (1). وسائل الشیعه، ج 22، ص 47.

[204] (2). همان، ج 19، ص 373.

[205] (3). همان، ج 6، ص 136 ..

[206] (1). دلایل فرع اول: 1. ادعای اجماع: شیخ در مکاسب می گوید: «الظاهر عدم الخلاف فی عدم وجوب التوکیل». ر. ک: المكاسب، ج 3، ص 118. البته این اجماع را دلیل مستقل نمی دانیم و در حدّ مؤید مهم است.

2. اصل عدم وجوب: صاحب مفتاح الكرامه. ر. ک: مفتاح الكرامة، ج 12، ص 478. از این راه استدلال کرده است. شیخ اعظم این را رد کرده و فرموده است وجوب مورد بحث، از نوع وجوب تکلیفی نیست تا اگر شك کردیم از اصل براءت یا استصحاب عدم وجوب استفاده کنیم، بلکه از نوع وجوب شرطی و وضعی است؛ یعنی شك داریم که شرط انعقاد معامله اخرس با اشاره، این است که از توکیل هم عاجز باشد یا بدون این شرط هم منعقد می شود؟ مسأله از باب شك در انعقاد معامله است و جای اصل فساد و عدم انعقاد است و باید گفت: «الاصل وجوب التوکیل»، نه عدم وجوب آن.

3. عمومات و مطلقات ابواب عقود و ایقاعات که فرض عجز و اشاره را می گیرد، قیدی بر عدم امکان توکیل ندارد. به برکت این ها اعتبار عجز از توکیل، نفی می گردد.

4. فحوای باب طلاق:

خود شیخ اعظم به این استدلال کرده و بیانش این است که روایات باب طلاق اُخرس حکم به صحت آن با اشاره کرده و در ابواب دیگر به طریق اولی اشاره کافی است. ضمناً قید نکرده است که اُخرس از توکیل هم عاجز باشد، و حمل این مطلقات بر فرض عجز از توکیل، حمل بر فرد نادر یا معدوم است که لایق شأن امام نیست. ر. ک: المکاسب، ج 3، ص 118. البته به نظر ما استدلال به فحوا خیلی قوی نیست و قبلاً مناقشه شد. بنابراین با تمکن از توکیل هم با اشاره منعقد می شود ..

[207] (1). حاشیة المکاسب، ص 85.

[208] (2). وسائل الشیعه، ج 22، ص 48، ح 4 ..

[209] (1). همان، ص 47، ح 1.

[210] (2). حاشیة المکاسب، ص 85.

[211] (3). السرائر، ج 2، ص 678 ..

[212] (1). ر. ک: مفردات راغب، ص 351؛ المنجد، ص 513، مادة عطا؛ النهایة، ج 3، ص 259؛ أقرب الموارد، ج 2، ص 798؛ المصباح المنیر، ج 2، ص 178.

[213] (2). المکاسب، ج 3، ص 23.

[214] (3). اللمعة الدمشقیه، ج 3، ص 222.

[215] (4). ریاض المسائل، ج 8، ص 111 ..

[216] (1). المکاسب، ج 3، ص 24.

[217] (2). شامل معاطات غیر معاملی هم می شود؛ مثل عاریه که هرکدام به قصد انتفاع مالی را به دیگری می دهند، یا هدایائی که به یکدیگر می دهند. یا امروز زید میهمانی می دهد و در عوض فردا شب بکر میهمانی می دهد، و

[218] (1). ر. ک: المکاسب، ج 3، ص 37 و 38؛ حاشیة المکاسب، ص 68.

[219] (2).

ر. ك: الفقه على المذاهب الاربعه، ج 2، ص 155 و 156 ..

[220] (1). حاشية المكاسب، ص 68.

[221] (2). مفتاح الكرامه، ج 12، ص 510.

[222] (3). نهاية الاحكام، ج 2، ص 449.

[223] (4). ر. ك: تحرير الأحكام، ج 2، ص 274.

[224] (5). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 27-32؛ الخلاف، ج 3، ص 41، مسألة 59؛ الغنية، ص 214؛ الكافي في الفقه، ص 352 و

353؛ السرائر، ج 2، ص 250؛ تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 7؛ شرايع الإسلام، ج 2، ص 13؛ القواعد و الفوائد، ج 1، ص 178، قاعدة 47

..

[225] (1). جامع المقاصد، ج 4، ص 58.

[226] (2). ر. ك: مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 139؛ مفاتيح الشرايع، ج 3، ص 48؛ الحدائق الناضرة، ج 18، ص 350؛ كفاية

الأحكام، ص 448، مستند الشيعة، ج 14، ص 253؛ المكاسب، ج 3، ص 40 ..

[227] (1). كتاب البيع، ج 1، ص 90.

[228] (2). بقره (2): 275.

[229] (3). جامع المقاصد، ج 4، ص 58.

[230] (4). المكاسب، ج 3، ص 40.

[231] (5). كتاب البيع، ج 1، ص 90-98 ..

[232] (1). الف) سيد بن زهره در غنيه، ص 214 ادعاى اجماع کرده بر اين كه معاطات بيع نيست و اين از مسلم بودن صدق اسم بيع بر

معاطات، جلوگیری می کنند. پاسخ: اولاً ادعاى اجماع در مسائل لغوی و موضوعی و صدق الاسم، حجت نيست؛ اجماع تنها در احكام

شرعی با شرايطی معتبر است؛ ثانياً ادعاى سيد معارض دارد، زیرا محقق ثاني در جامع المقاصد، ج 4، ص 58 می فرمايد: «وقوله تعالى

أحلّ الله البيع E) يتناولها لأنها بيع بالإتفاق حتى من القائلين بفسادها، لأنهم يقولون هي بيع فاسد». و در اثر معارضه ساقط است؛ ثالثاً بعید نیست مراد ابن زهره این باشد که معاطات بیع صحیح لازم نیست؛ نه این که بیع صحیح نیست یا اصلاً بیع نیست. این پاسخ را شیخ اعظم داده و شاهی هم از کلام سیّد ذکر کرده است که در مکاسب، ج 3، ص 41 مذکور است. ب) بیع از مقوله لفظ و قول است و جمعی در تعریف آن از عبارت «العقد» یا «الإيجاب و القبول» و ... استفاده کرده اند- که قبلاً در تعریف بیع ذکر شد- و معاطات از مقوله قول نیست پس معاطات بیع نیست. پاسخ: به هیچ وجه بیع از مقوله قول و لفظ نیست و گرنه با لفظ و صیغه انشا نمی شد؛ زیرا اتحاد منشی و مُنشئاً لازم می آید؛ بلکه امری معنوی (مبادله اعتباری مالی به مال دیگر) است و همان طور که با صیغه قابل انشا است با فعل خاص هم قابل انشاست. ج) بیع امری معنوی است (مبادله اعتباری یا تملیک و تملك اعتباری) و باید به سبب لفظ ابراز و انشا شود و به غیر لفظ کفایت نمی کند؛ زیرا فعل مجمل است. پاسخ: قبلاً به تفصیل بحث شد آنچه مهم است اصل ابراز مبادله اعتباری است. اما این که با قول ابراز شود یا با فعل، فرقی ندارد و هر کدام می توانند مُبرز باشند، البته باید فعلی باشد که مجمل نباشد و به کمک قرینه مقصود را بفهماند، و این امر در قول هم شرط است و مخصوص فعل نیست. آری فعل اجمال بیشتری دارد ولی فعلاً سخن در فعلی است

که مبین باشد و بر مراد دلالت کند. نتیجه: صدق بیع بر معاملات واضح است و جای تردید و تأمل ندارد.

[233] (2). المكاسب، ج 3، ص 40.

[234] (3). یعنی صحت و نفوذ و تأثیر و مفید ملک بودن ..

[235] (1). حلال است و اگر کسی مرتکب شد عقاب ندارد.

[236] (2). المكاسب، ج 3، ص 11 ..

[237] (1). قبلاً به عبارات هفت نفر اشاره شد که صریحاً می گفتند معاطات مفید اباحه است نه ملکیت.

[238] (2). اگر معاطات مفید ملک نیست پس اباحه جمیع تصرفات از جمله تصرف های متوقف ملک را چگونه توجیه می کنید؟

[239] (3). المكاسب، ج 3، ص 43.

[240] (4). همان، ص 42 و 43 ..

[241] (1). لبّ اشکال در حاشیه مکاسب مرحوم آخوند، ص 11 بیان شده و در جامع المدارك مرحوم آیت الله خوانساری، ج 3، ص 71 نیز آمده است.

[242] (2). نساء (4): 29.

[243] (3). چند بحث مقدّمی در استدلال به آیه: 1. « اكل » در اصل لغت به معنای خوردن است، که فعل خاصی است در مقابل آشامیدن، پوشیدن و ...، ولی در استعمالات اهل زبان و در کلام فصیحان در مطلق استیلا و تصرف و تملك و تصاحب، فراوان استعمال می شود. به کسی که زمین مردم را به زور می گیرد « زمین خوار » اطلاق می شود، رباخوار، مال مردم خوار و ... نیز از این دست است؛ مخصوصاً که در آیه روی اِ اَمْوَالِكُمْ E به صورت جمع مضاف تکیه شده و حمل آن بر خصوص مأكولات، تخصیص اکثر است. پس اكل، کنایه است یا از مطلق تصرف در مال دیگران ولو تصرفات متوقف بر ملك و یا کنایه

از تملك و تصاحب مال دیگران است. همین متفاهم عرفی است و هرکدام که باشد به درد استدلال می خورد.

2. نهی $i\ \text{لا}\ \text{تأكلوا}$ ممکن است مولوی باشد که تصرف در مال دیگران را حرام می کند، و ممکن است ارشادی باشد؛ یعنی خود عقل و عقلا می فهمند که نباید از طریق باطل و به ناحق در اموال دیگران تصرف کنند، و نهی هم ارشاد به آن است، مخصوصاً اگر اکل کنایه از تملك باشد که نهی از تملك و تصاحب، ارشاد به فساد و بطلان آن است.

3. باء در $i\ \text{الباطل}$ یا برای سببیت است و مفاد آیه این است که اموال یکدیگر را از طرق و اسباب باطله و راه های نامشروع تصاحب نکنید یا در آن ها تصرف نکنید. مثلاً از طریق سرقت، غصب، اختلاس، معامله ربوی، قمار و ... در مال دیگران تصرف نکنید. یا این که برای مقابله است و مثل بانی است که بر سر ثمن و عوض داخل می شود و می گوئیم: «بعث هذا بهذا» که در این صورت مفاد آیه این است که اموال دیگران را در مقابل باطل (چیزی که ارزش و مالیت ندارد و مورد غرض عقلا نیست) تصاحب و تملك نکنید و بیع سفیهانه انجام ندهید. ولی احتمال اول قوی تر است زیرا هم قرینه داخلی دارد که $i\ \text{الا}\ \text{أن}\ \text{تكون}\ \text{تجارة}\ \text{عن}\ \text{تراضي}\ \text{E}$ باشد که تجارت، سبب تملك و تصاحب مال است و آیه با تقسیمی که کرده مفادش این است که تصرف در مال دیگران به سبب باطل و نامشروع، حرام است و به سبب تجارت، حلال است و دو قسمت آیه با هم کاملاً مسانخت دارند. و هم قرینه خارجی

دارد که در روایاتی باطل را به قمار و مانند آن تفسیر کرده است. ر. ک: وسائل الشیعه، ج 17، ص 164-167.

4. مقصود از باطل هم باطل عرفی است ولی منحصر به آن نیست و برخی از راه های باطل شرعی هم به آن ها اضافه شده است و شارع در دایره موضوع- از باب حکومت- تصرف کرده و توسعه داده است و مثل بیع ربوی، و بیع منابذه و ملامسه و حصاه و مانند آن را از راه های باطل دانسته است. بنابراین لزومی ندارد باطل را خصوص باطل شرعی بگیریم بلکه باطل عرفی مراد است و خطابات به عرف متوجه است ولی با توسعه شرعی باید لحاظ شود.

5. در کلمه تجارت از نظر قواعد نحوی سه احتمال وجود دارد: الف) مرفوع باشد و فاعل «تکون». و خود «تکون» تامه باشد که نیازی به خبر ندارد. در این صورت ذیل آیه جمله ای مستقل است و وجود تجارت با تراضی را مجوز اکل و تصرف می داند. ب) منصوب باشد و جانشین خبر اصلی باشد، به این که «تکون» ناقصه باشد، ضمیر مستتر به اموال برگردد که قبلاً ذکر شده است. و در واقع مولی چنین فرموده است: «الا أن تکون الأموال أموال تجارة عن تراض». البته این احتمال مستلزم تقدیر خبر اصلی است و تقدیر خلاف اصل است. ج) منصوب باشد و خود «تجارة» خبر «تکون» باشد و ضمیر مستتر به اموال برگردد و مراد این باشد که «إلا أن تکون الأموال تجارة عن تراض»؛ منتها مال که خودش تجارت نیست، مال سبب و دست مایه تجارت است ولی از باب ادعا و تنزیل گویا مال خود تجارت است،

یا

تجارت کردن خود مال است. یا این که ضمیر «تکون» به «تجارت» مقدر برگردد که به قرینه مقام فهمیده می شود و مراد این است که «إلا أن تكون التجارة تجارةً عن تراض»، و نیازی به تنزیل و ادعا نیست.

6. در معنای تجارت چهار احتمال وجود دارد: الف) اعم از بیع باشد، صاحب جواهر می گوید: «المراد بها مطلق المعاوضة». ر. ک: جواهر الکلام، ج 22، ص 4. ب) اخص از بیع باشد، علامه طباطبائی می گوید: «التجارة البيع المستمر والبيع اعم من ذلك». ر. ک: المیزان، ج 15، ص 127. ج) مساوی و مرادف با بیع باشد. لسان العرب می نویسد: «تجر يتجر تجراً وتجارةً: باع واشترى». ر. ک: لسان العرب، ج 4، ص 89. و مجمع البیان می فرماید: «تجارةً ای مبايعة». ر. ک: مجمع البیان، ج 2، ص 37. د) عام و خاص من وجه باشند. راغب در مفردات می نویسد: «التجارة التصرف في رأس المال طلباً للربح». ر. ک: مفردات الفاظ القرآن، ص 69. که از طرفی سخن از خصوص خرید و فروش نیست و سایر معاملات و صناعات را هم می گیرد، از طرف دیگر مخصوص استرباح و قصد ربح است و بیع بدون این قصد را نمی گیرد و اخص است.

7. استثنا دو گونه است: متصل و منقطع. استثنای متصل آن است که مستثنی موضوعاً در مستثنی منه داخل و حکماً از آن خارج است - شبیه تخصیص و تقييد اصولی - مثل «جائنی القوم الا زیداً» یا «اکرم العلماء الا الفاسقین منهم» استثنای منفصل آن است که مستثنی موضوعاً از مستثنی منه خارج است - شبیه تخصّص اصولی - مثل «جائنی القوم الا حماراً» که حمار از اوّل داخل آدم نبوده است، و مثل «

اکرم العلماء الا-الجهال». حال اصل، در استثنای متصل است که هم متفاهم از ظاهر جمله استثنایه است و هم مطابق قواعد ادبیات عرب است که استثنا را اخراج حکمی، پس از دخول موضوعی دانسته اند؛ ولی در مورد آیه اختلاف است که از کدام قسم است؟ منشأ اختلاف این است که در ظاهر آیه قید «بالباطل» در موضوع حکم در صدر آیه یا مستثنی منه داخل است و حکم حرمت بر «اکل مال به باطل» بار شده است، و تجارت با تراضی اکل مال به باطل نیست و در نتیجه باید استثنای منقطع باشد. ولی برخی اصرار دارند که متصل است، از جمله آیت الله خوئی می گوید:

أ) «هو الظاهر الموافق للقواعد العربيّة» E\

. ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 2، ص 104. وی برای تصویر آن گفته است: در واقع مستثنی منه مطلق تصرف در اموال دیگران و تملك آن هاست به هر سببی از اسباب که باشد- ولو به سبب تجارت- و کلمه «بالباطل» به منزله کلام مستقلی است که برای بیان حال مستثنی منه پس از اخراج مستثنی ذکر شده و گویا خداوند فرموده است:»

أ) لا تأكلوا أموالكم بينكم إلا بطريق التجارة عن تراض فإنكم إن أكلتموها بغير هذا الطريق كان أكلاً بالباطل». E\

یا گویا فرموده است: «لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض»؛ آن گاه آیه مفید حصر هم می باشد که تنها راه جواز تملك اموال دیگران، راه تجارت است. ولی استثنای متصل بودن و حمل «بالباطل» بر کلام مستقل و جمله معترضه، خلاف ظاهر و متفاهم عرفی است؛ زیرا متفاهم از آیه این است که قید «بالباطل»

داخل موضوع حکم است و حرمت بر موضوع «اکل مال به باطل» حمل گردیده است. لذا عده ای آن را استثنای منقطع و آیه را در مقام بیان دو حکم مستقل دانسته اند که یکی حرمت تصرف و تملک اموال مردم به باطل (اسباب و طرق باطله) است و دومی جواز تملک اموال دیگران به وسیله تجارت از روی تراضی. ان قلت: استثنای منقطع برخلاف فصاحت کلام است. قلت: این امر کلیت ندارد بلکه گاهی لطف سخن آن را ایجاب می کند نظیر آیه *اِنَّ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيهَا* اِلَّا قِيْلًا سَلَامًا سَلَامًا* E. ر. ك: واقعه (56): 25 و 26. که گفتار «سلام سلام» موضوعاً از قول لغو و معصیت خارج است و در عین حال لطافت کلام را صدچندان ساخته است ..

[244] (1). المكاسب، ج 3، ص 42 و 43.

[245] (2). حاشية المكاسب (محقق ايروانی)، ج 2، ص 44.

[246] (3). مصباح الفقاهه، ج 2، ص 102.

[247] (4). كتاب البيع، ج 1، ص 99-102 ..

[248] (1). حاشية المكاسب (محقق اصفهانی)، ج 1، ص 35.

[249] (2). مائده (5): 1.

[250] (3). بررسی کلی مفردات آیه: 1. معنای وفای به عقد: برخی از صاحبان حاشیه بر مکاسب گفته اند: وفای به عقد به معنی ابقای عقد حادث و عدم فسخ آن است، و عدم وفا، به معنای اعدام عقد و فسخ آن و رجوع در آن است. ولی امام راحل در کتاب بیع، ج 1، ص 109، وفای به عقد و عهد را به معنای عمل کردن به مقتضای آن دانسته و عمل به مقتضی را در هر موردی متناسب با آن گرفته است.

مثلاً کسی که نذر کرده یا قسم خورده یا با خدای خود عهد بسته که سه روز روزه بگیرد وفای به آن، انجام متعلق نذر و عهد و قسم است؛ یعنی سه روز روزه گرفتن، و کسی که معامله ای انجام داده وفای به آن عمل به مقتضای معامله است؛ یعنی تسلیم عوضین. بنابراین مجرد عدم فک نذر و عهد و عدم فسخ معامله، وفای به عقد و عهد نیست بلکه باید به مقتضای آن ها عمل شود. متفاهم عرفی از موارد استعمال کلمه وفا کردن، وفا داشتن و ... همین است که به موجب عهد و عقد و نذر و مانند آن عمل کند نه این که صرفاً در دل، بر عهد خویش باقی و پایدار باشد. شیخ اعظم نیز در اوایل خیارات، وفا را عمل به مقتضای عقد دانسته است. البته فعلاً در بحث ما که صحت معاطات است دو قول مزبور فرقی ندارد.

2. امر به وفا که بر وجوب وفای به عقد دلالت دارد بنا بر قولی امر مولوی تعبدی است و بر وجوب تکلیفی وفای به عقد (عدم فسخ آن یا عمل بر طبق آن) و بر حرمت تکلیفی نقض آن دلالت دارد، و بنا بر قولی ارشاد به عدم انفساخ عقد با فسخ است که از نظر عرف و عقلاً قابل فسخ نیست و آیه هم ارشاد به همین امر دارد و این احتمال قوی تر است.

3. عقود، جمع عقد است و در اصطلاح فقها به خصوص ایجاب و قبول قولی عقد گفته می شود. ولی در کتاب و سنت به معنای لغوی و عرفی استعمال شده و مقصود از عقد، مطلق عهد یا خصوص

عهد مشدد و مؤكد است. شاهد مطلب هم كلام اهل لغت و اهل تفسير و روايات است. بنابراین عقد به معنای عهد است؛ خواه خصوص عهد مشدد و مؤكد و خواه مطلق عقد. و چون جمع با الف و لام و مفید عموم است هرچه را که نزد عرف یا شرع، معاهده و معاهده و قرارداد و میثاق نامه باشد شامل می شود؛ خواه از قراردادهایی باشد که مردم با یکدیگر دارند، اعم از افراد حقیقی و حقوقی و شرکت ها و دولت ها، یا با خدای خود عهد و میثاق بسته و با صیغه نذر و عهد و مانند آن انشا کند و یا در قلب ملتزم شود به آنچه پیامبران از طرف خدا آورده اند، ولو ابراز و انشایی نباشد ..

[251] (1). چند اشکال به این دلیل:

اشکال اول: آیه به دلالت التزامی بر صحت معاطات دلالت می کند و دلالت التزامی، تابع دلالت مطابقی است و نسبت به معاطات مدلول مطابقی آیه (لزوم معاطات) ساقط است؛ زیرا در مبحث لزوم معاطات خواهد آمد که به حکم اجماع، معاطات مفید لزوم نیست و وقتی معنای مطابقی از اعتبار افتاد مدلول التزامی هم که تابع آن است از اعتبار می افتد در نتیجه آیه وفای به عقد نمی تواند دلیل صحت معاطات باشد. پاسخ: 1. ما قبول نداریم که مدلول مطابقی آن در مورد معاطات دچار اشکال باشد، بلکه به حکم سیره عقلا و مانند آن، معاطات هم مفید لزوم است. مسأله اجماع هم پاسخ دارد: اولاً شیخ مفید مخالف آن است؛ ثانیاً اجماع منقول حجت نیست؛ ثالثاً این اجماع، به احتمال زیاد مدرکی است و مدرک آن روایاتی چند است که

در آینده پاسخ داده خواهند شد و از این نظر مانعی از شمول آیه نسبت به معاطات نیست. وقتی مدلول مطابقی آیه معاطات را شامل می شود پس مدلول التزامی هم هست که صحت معاطات باشد.

2. بر مبنای محقق نائینی مدلول التزامی در اصل وجود و ثبوت، تابع مدلول مطابقی است، ولی در حجیت تابع آن نیست و منافاتی ندارد که آیه از نظر مدلول مطابقی، معاطات را شامل نشود و اجماع مذکور مانع باشد، ولی از نظر التزامی مانعی ندارد و معاطات را هم شامل می شود و بر صحت آن دلالت دارد. ما از نظر اصولی این جواب را قبول نداریم؛ زیرا در تبعیت دلالت التزامی از مطابقی سه مسلك وجود دارد: یکی همان است که از محقق نائینی نقل شد که مطلقاً منکر تبعیت است. ر. ك: مصباح الاصول، ج 3، ص 368-380. دیگری از مرحوم آقای خوئی نقل شده است که مطلقاً مثبت تبعیت است. ر. ك: همان. و سومی نظر خود ماست که مدلول التزامی لفظی در حجیت، تابع مدلول مطابقی نیست ولی مدلول التزامی عقلی تابع است، و با نبود مطابقه این التزام هم نابود است، وگرنه بقای معلول، بدون علت یا بالعکس است که محال است. مورد بحث ما از همین قسم است، زیرا صحت به حکم عقل با لزوم ملازمه دارد و محال است عقد و عهد و معامله ای صحیح نباشد ولی لازم باشد. و چون عقلی است با نبود مدلول مطابقی (متبوع) دلالت التزامی (تابع) هم نابود است. بنابراین جواب دوم از اشکال ناتمام است؛ آری جواب اول حق است و در مسأله هشتم از مسائل تحریر

به تفصیل خواهد آمد. بنابراین مدلول مطابقی آیه در مورد معاطات محفوظ است؛ پس مدلول التزامی عقلی هم محفوظ است و از این نظر اشکالی به آیه نیست.

اشکال دوم: آیه روی عنوان «عقود» که جمع عقد است تکیه کرده است و عقد در اصطلاح فقها به خصوص عقد لفظی - دارای ایجاب و قبول قولی - اطلاق می شود و معاطات را شامل نمی شود. پاسخ: قبلاً در بیان مفردات آیه از قول اهل لغت و تفسیر و از روایات خاصه و عامه دلیل آوردیم بر این که مراد از عقد در آیه، عقد مصطلح فقهی نیست بلکه مطلق عهد و پیمان و قرارداد و التزام و تعهد است و معاطات را نیز شامل می باشد.

اشکال سوم: محقق نائینی در منیة الطالب فرموده است: عقد در آیه به معنای عهد مؤکد و مشدد است و تشدید آن فقط به این است که با لفظ انشا شود و اگر با فعل انشا شد عهد مشدد نیست و مشمول آیه نمی باشد. پاسخ: اولاً قبول نداریم عقد به معنای خصوص عهد مشدد باشد، بلکه طبق بیان روایات خاصه و عامه به معنای مطلق عهد است و بر معاطات هم اطلاق می شود؛ ثانیاً به گفته امام راحل در کتاب البیع، ج 1، ص 105: مراد ایشان از عهد مشدد چیست؟ اگر مقصود لزوم است و وی مدعی است که تنها در صورت انشای به لفظ، لزوم می آید و معاطات لزوم آور نیست خواهیم گفت: این اول کلام است و صرف ادعاست و در کلام ایشان اثبات نشده است - افزون بر این فعلاً سخن در صحت معاطات است نه در لزوم آن - و اگر مرادشان تشدید و تأکید به

معنای مصطلح کلمه است، خواهیم گفت: بیع قولی و فعلی در این جهت یکی هستند و در هیچ کدام تأکیدی وجود ندارد، زیرا بیع مسببی، یا مبادله مال به مال تأکیدبردار نیست و امرش میان وجود و عدم دور می زند؛ یعنی یا هست یا نیست و تأکید نمی پذیرد. بیع سببی هم که صیغه یا اعطا و اخذ باشد تأکیدی ندارد زیرا مرسوم نیست کسی بگوید: «بعت البتة...» یا «بعت بعث» که تأکید لفظی است، یا «بعت هذا بهذا عینه أو نفسه و...» که تأکید معنوی است، بلکه خود صیغه بیع را می گویند. در فعل هم به نیت تملك، داد و ستد می شود و هیچ کدام مشتمل بر تأکید نیست تا فرق ما هوی داشته باشند و یکی مشمول آیه باشد و دیگری نباشد، و اگر جدای از عقد بیع بر عدم فسخ معامله تأکید کند، باز در بیع قولی و فعلی هر دو، متصور است و ربطی به خود انشای قولی یا فعلی ندارد تا یکی مشدد و دیگری غیر مشدد باشد- و اگر مراد این است که به لفظ باشد ظهور ذاتی دارد ولی اگر به فعل باشد مبهم و مجمل است و نیازمند قرینه است، خواهیم گفت: کلام در مورد فعلی است که به قرینه مقام کاملاً بر مراد دلالت می کند و اجمال ندارد. ضمن این که در لفظی هم لزومی ندارد به لفظ صریح یا ظاهر انشا شود بلکه به الفاظ کنایی و مجازی هم با قرینه می تواند انشا کند و از این جهت فرقی ندارند- در نتیجه اشکال محقق نائینی وارد نیست.

اشکال چهارم: مرحوم فاضل نراقی در عوائد الأيام، ج 1، ص

8، پس از بحث مفصل درباره آیه وفای به عقد پنج اشکال را مطرح کرده است. برخی از آن ها مربوط به لزوم معامله است و فعلاً مورد بحث ما نیست. برخی از این اشکال ها را امام راحل در کتاب البیع، ج 1، ص 111-117، پاسخ داده است که در این جا به یکی از آن اشکال ها اشاره می شود: عقد در آیه به معنای عهد مشدد است و شمول آن نسبت به معاطات مشکوک است، لذا حق نداریم به عموم آیه تمسک کنیم؛ زیرا از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است. پاسخ: اولاً- در جواب اشکال قبلی بیان شد که- عقد به معنای مطلق عهد است نه خصوص عهد مشدد، و ادعای اراده خصوص این، از قبیل اجتهاد در برابر نص است؛ ثانیاً بر فرض که مقصود، عهد مشدد باشد ولی شمول آن نسبت به معاطات مشکوک نیست بلکه معلوم است؛ زیرا مراد عهد مشدد شرعی نیست بلکه عهد مشدد عرفی است- خطابات هم متوجه عرف است و فهم عرفی ملاک است- و از منظر عرف، معاطات عهد مشدد است و تمام الموضوع برای وجوب وفا به عهد «هو عهد و عقد» است نه چیز دیگر. آری مراتب شدت و ابرام و استحکام متفاوت است و امری است مقول به تشکیک، ولی عقود و عهود عرفی در اصل شدت و استحکام و لزوم و غیرقابل فسخ بودن مشترك می باشند. نتیجه: استدلال به آیه وجوب وفا به عقد صحیح است و اشکالی متوجه آن نیست و این آیه نیز مثل آیه حلّیت بیع و آیه تجارت بر صحت معاطات دلالت می کند ..

[253] (2). اشکال های این دلیل:

1. از نظر سند اعتبار ندارد؛ زیرا در هیچ یک از منابع معتبر حدیثی ذکر نشده و تنها در کتاب عوالی اللالی نقل شده است و مرحوم مجلسی در بحار از عوالی نقل کرده و نویسنده کتاب (ابن ابی جمهور) متهم است که احتیاط نکرده و هر حدیثی را نقل کرده است. کتاب عوالی او هم مورد قدح بزرگان است و حتی محدثان در آن خدشه دارند، ضمن این که به صورت مرسل و بدون ذکر اسناد از رسول اکرم صلی الله علیه و آله نقل کرده است، لذا از نظر سندی به هیچ وجه پذیرفتنی نیست تا قابل استدلال باشد.

سؤال: اگرچه روایت نبوی صلی الله علیه و آله از نظر سند ضعیف است ولی مشهور فقها در ابواب گوناگون فقه به این حدیث استناد کرده اند و به تعبیر معروف «أرسلوه إرسال المسلمات»، و در سند آن اشکال نکرده اند. شهرت عملی هم ضعف سند را جبران می کند و به تعبیر معروف: «کَلِّمًا از داد و هِنَّا از داد صحه».

پاسخ: اولاً اصل شهرت عملی ثابت نیست، زیرا فتوای فقها به سلطنت مردم بر مال خود و جواز هر تصرفی در آن، شاید به استناد سیره عقلا و متشرعه باشد، نه به استناد حدیث مذکور؛ اگرچه فتوا با محتوای این روایت موافق و هماهنگ است ولی مستند به این حدیث نیست. شهرت عملی هم بر فرض که ضعف سند را جبران کند مخصوص فتوای مشهور به استناد همین حدیث و عمل بر طبق آن است که محرز نیست؛ ثانیاً اصل شهرت عملی ثابت نیست زیرا مشهور قدما در معاطات،

فتوا به اباحه تصرف داده اند نه به ملکیت تا شهرتی ثابت شود، و شهرت در میان متأخرین، از محقق ثانی تا کنون، کفایت نمی کند و به اتفاق کلمه جابر نیست؛ ثالثاً بر فرض که شهرتی باشد و مستند به این حدیث هم باشد ولی در علم اصول به اثبات رسیده است که شهرت عملی ضعف سند را جبران نمی کند، زیرا اگر شهرت فتوایی حجت باشد نیازی به جبران ضعف سند نداریم. و اگر حجت نباشد- که نیست- از انضمام لا حجت به لا حجت، حجت درست نمی شود و چیزی که خودش فاقد ارزش است نمی تواند به چیز دیگری ارزش و اعتبار ببخشد و به تعبیر معروف: «فاقد الشيء لا یعطیه». آری اگر شهرت عملی موجب وثوق خبری یا مخبری گردد، وثوق و اطمینان نزد عقلا ارزشمند است ولی در این جهت هم گفتنی است: اولاً شهرت موضوعیت ندارد بلکه اگر از عمل یک فقیه برای انسان، اطمینان به صحت و صدور حدیث پیدا شود کفایت می کند؛ ثانیاً شهرت عملی، حداکثر مفید ظن به صدور و صدق است و مظنه ارزشی ندارد. بنابراین حدیث سلطنت به لحاظ سند بی اعتبار است و نمی توان به آن استدلال کرد.

2. بر فرض که سند آن مورد قبول باشد، اما به لحاظ دلالت دارای خدشه است و اطلاق یا عموم کمی- هر نوع تصرفی- و کیفی حدیث- با هر کیفیت و اسبابی که باشد چه قولی یا فعلی و معاطاتی- مورد بحث است و از سوی بزرگان مورد خدشه واقع شده است: الف) محقق خراسانی در حاشیه المکاسب، ص 12، و آیت الله خوئی در مصباح الفقاهه، ج 2، ص 102،

گفته اند: روایت در مقام اصل تشریح سلطنت مردمان بر اموالشان است؛ دیگر این که آن ها استقلال در تصرف دارند و محجور از تصرف در جهات مشروع و حلال نیستند. اما این که آیا هر نوع تصرفی با هر کیفیتی جایز است یا نه؟ از این جهات اهمال دارد و در مقام بیان نیست تا به اطلاق آن استدلال شود، و شأن و منزلت حدیث سلطنت از این نظر مثل اوامر قرآنی است که در مقام تشریح و بیان اصل وجوب نماز و روزه و حج و مانند آن صادر شده اند و کاری با کمیت و کیفیت و اجزاء و شرایط و موانع و قواطع و مبطلات آن ها ندارند؛ بنابراین اصلاً اطلاقی نیست تا بتوان به آن استناد کرد. این پاسخ را قبول نداریم زیرا در مقام اصل تشریح بودن و در مقام بیان نبودن، خلاف اصل است؛ اصل بیان است نه اهمال یا اجمال. متفاهم عرفی از حدیث هم این است که در مقام بیان است.

ب) شیخ اعظم در نقد دلالت حدیث مدعی شده است: حدیث از نظر کمیت در مقام بیان است و متفاهم عرفی دارد؛ یعنی مردم حق هر نوع تصرفی را در اموال خود دارند (تصرف خارجی و تکوینی و اعتباری، آن هم از بیع و صلح و هبه و ...)، لذا اگر از این نظر در سلطنت خاصی شك کنیم - مثلاً جواز مضاربه و مزارعه - به عموم حدیث استناد می کنیم و حکم به جواز و نفوذ می دهیم. ولی از نظر کیفیت تصرف در مقام بیان نیست و اگر شك کردیم که تصرف بیعی که جایز و نافذ است آیا به هر سببی که

انشا شود کفایت می کند- خواه قول و به صیغه باشد، خواه فعل و به معاطات- و این که آیا معاطات هم از اسباب مملکه است یا نه؟ حدیث از این نظر قابل استدلال نیست. البته در قسمت اول هم باید تصرف مشروع باشد و حدیث کاری به تصرف غیر مشروع ندارد؛ مثلاً تصرف از نوع حرام و خلاف شرع و عرف و قانون، مراد نیست، و با ادله حرمت برخی از تصرفات منافاتی ندارد تا نوبت به طرح یا تخصیص آن برسد. با این توضیح اشکال آقای خوئی (رحمه الله) به شیخ اعظم- که اگر قائل به عموم کئی شویم و حدیث از این جهت در مقام بیان باشد لازمه اش جواز خوردن گوشت خرگوش و مانند آن است...- وارد نیست. ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 2، ص 101-102.

ج) کامل ترین بیان در پاسخ از استدلال به نبوی صلی الله علیه و آله کلام امام راحل در کتاب البیع، ج 1، ص 122-123 است که می فرماید: حدیث سلطنت در مقام جعل و تشریح و تأسیس حکم جدید نیست، بلکه در مقام تنفیذ و تحکیم و امضای حکم عقلاست؛ زیرا همه عقلای عالم می گویند: هر انسانی بر اموال خویش مسلط است، فقها و مسلمانان هم به استناد همین حکم عقلانی و این که از عقلا هستند می گویند همه بر مال خویش سلطنت دارند، و حدیث سلطنت هم مفادش همین است. کسی هم توهم نکرده است که از نظر شارع، مردم بر اموال خود مسلط نباشند تا پیامبر صلی الله علیه و آله برای دفع توهم حضر بفرماید: «الناس مسلطون علی أموالهم». آن گاه حکم عقلا به سلطنت مردم بر اموالشان معلق

است بر این که خلاف مقررات و قوانین نباشد و در محدوده قانون حکم به سلطنت می کنند نه فراتر از آن، زیرا نزد عقلا مردم بر «مال خود» سلطنت دارند نه بر «قانون»، بلکه تابع قانون هستند. آن گاه مفاد حدیث این است که شرعاً هم مردم بر اموال خود سلطنت دارند، ولی در محدوده شریعت و قوانین شرعی؛ اما آن محدوده چیست؟ چه راه هایی را شرع و قانون تجویز کرده و سبب تصرف دانسته است و چه راه هایی را منع کرده است؟ این مطلب از حدیث استفاده نمی شود، و حدیث از این جهت در مقام بیان نیست؛ بنابراین با سایر ادله منع و تحریم منافاتی ندارد. با این محاسبه از حدیث استفاده نمی شود که آیا مطلق بیع سبب مملک هست یا نیست؟ آیا خصوص معاطات سبب مملک هست یا نیست؟ برای فهم این جهت نیاز داریم از سیره عقلا یا آیه حلیت بیع و تجارت و مانند آن استفاده کنیم که خود آن ها دلیل های جدا هستند و بر صحت معاطات دلالت می کنند. بنا براین، حدیث سلطنت از نظر محتوا هم قابل استدلال نیست، و اگر ظهور مزبور را هم نپذیریم حداقل به عنوان یکی از احتمالات مطرح است و «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال» ..

[254] (1). وسائل الشیعه، ج 18، ص 16.

[255] (2). همان، ج 21، ص 276.

[256] (3). مصباح الفقاهه، ج 2، ص 141 و 142.

[257] (4). القاموس المحیط، ج 2، ص 381 ..

[258] (1). أقرب الموارد، ج 1، ص 583.

[259] (2). المكاسب، ج 3، ص 56.

[260] (3). همان، ج 6، ص 11.

[261] (4). حاشیة المكاسب، ج 2،

[262] (5). المنجد، ص 382.

[263] (6). المكاسب، ج 6، ص 11-14 ..

[264] (1). اشکال های این دلیل: 1. نظیر اشکال اول به آیه وفا به عقد است که گذشت. خلاصه این که مدلول مطابقی حدیث (لزوم) در مورد معاطات منتفی است، زیرا اجماع داریم بر عدم لزوم معاطات، و وقتی مطابقه نبود مدلول التزامی (صحت) هم نخواهد بود؛ زیرا تابع معنای مطابقی است. از این اشکال دو جواب داده شد. مهم جواب اول است که قبول نداریم معنای مطابقی حدیث در مورد معاطات منتفی باشد بلکه خواهد آمد که معاطات هم مفید لزوم است و اجماع مورد ادعا مبسوطاً جواب داده می شود. پس مدلول التزامی هم محفوظ است و از این ناحیه اشکالی نیست. 2. آقای خوئی در مصباح الفقاهه، ج 2، ص 141 و 142 می گوید: معاطات الزام و التزام ابتدایی و استقلالی است، و شرط حدیث به معنای الزام و التزام ضمنی است. شاهد آن هم گفتار دو تن از اهل لغت است (قاموس و اقرب الموارد) که قبلاً عبارت آن ها نقل شد. بنابراین مورد حدیث از مورد بحث ما اجنبی است و برای صحت معاطات، قابل استدلال نیست. پاسخ: اولاً برخی از اهل لغت شرط را به مطلق الزام و التزام تفسیر کرده اند- مثل کتاب المنجد که قبلاً نقل شد- بنابراین قول اهل لغت متعارض است؛ ثانیاً مهم اطلاق روایات و ادعیه است که پیشتر تبیین شد که بر مطلق الزام و التزام، شرط اطلاق کرده اند، بنابراین روایت از مورد بحث ما اجنبی نیست. 3. باز هم آقای خوئی در مصباح می گوید: بر فرض که شرط در حدیث، مطلق

الزام و التزام را شامل شود، اما باز استدلال به حدیث فایده ای ندارد زیرا مفاد آن وجوب تکلیفی وفا به شرط است و گویا گفته است: «المؤمن عند عدته» و به درد حکم وضعی (صحت معاطات و لزوم آن) نمی خورد تا قابل استدلال باشد. پاسخ: مجرد وجوب تکلیفی هم کفایت می کند زیرا اگر معاطات (مطلق الزام و التزام) صحیح نبود وجوب وفا هم نداشت، ضمن این که در معاملات بعید می نماید که حکم تکلیفی، تعبدی محض باشد و ربطی به صحت معامله نداشته باشد. 4. فاضل ابروانی در حاشیه مکاسب، ج 2، ص 62 می گوید: حدیث نبوی صلی الله علیه وآله حتی بر وجوب تکلیفی هم دلالت ندارد بلکه يك دستور اخلاقی است و حداکثر بر حُسن و رجحان وفا دلالت دارد و کاشف از صحت آن نیست. پاسخ: اولاً عدم استفاده وجوب، خلاف ظاهر است و مفاد «المؤمنون عند شروطهم» نظیر آیه i یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود¹ است، با این تفاوت که جمله خبریه در مقام انشاست؛ ثانیاً رجحان و استحباب هم کفایت می کند زیرا اگر صحیح نبود استحباب وفا هم نداشت. در نتیجه دلالت حدیث نبوی صلی الله علیه وآله بر صحت معاطات خالی از اشکال است. ضمن این که بر فرض تشکیک در آن، سیره عقلاً، آیات بیع، تجارت و وفا به عقد برای اثبات صحت معاطات کفایت می کند. و حق با محقق ثانی و متأخرین از ایشان الی یومنا هذاست که معاطات را مفید ملک دانسته اند ..

[265] (1). الخلاف، ج 3، ص 41، مسألة 59.

[266] (2). السرائر، ج 2، ص 250.

[267] (3). الغنیه، ص 214 ..

[268] (1). تذکرة الفقهاء، ج

[269] (2). همان.

[270] (3). کم ارزش مالی و معاملی و به لحاظ قیمت بازار ..

[271] (1). تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 7 ..

[272] (1). حاشية المكاسب، ج 2، ص 70 ..

[273] (1). منية الطالب، ج 1، ص 68 و 69.

[274] (2). همان طور که در بیع قولی معامله به ایجاب و قبول محقق می شود و در ناحیه قبول، بیش از رضایت به ایجاب معتبر نیست یا اگر هم انشا لازم باشد با صیغه «إشتریت» محقق می شود و تسلیم و تسلّم مبیع و ثمن از احکام عقد و از باب وفای به آن است ..

[275] (1). نظر مشهور تا زمان محقق ثانی همین است و قبلاً بحث شد ..

[276] (1). مبنای مشهور فقها از محقق ثانی تاکنون، همین است.

[277] (2). ایضاح الفوائد، ج 1، ص 482.

[278] (3). التنقیح الرائع، ج 2، ص 43.

[279] (4). کتاب البیع، ج 4، ص 12 ..

[280] (1). همان، ج 1، ص 234 ..

[281] (1). زیرا گاهی جواز خیارى هست و جواز معاطاتی نیست، مثلاً؛ مجلس معامله باقی است و خیار مجلس هست ولی یکی از عوض ها تلف شده و جواز معاطاتی نیست. و گاهی جواز معاطاتی هست و جواز خیارى نیست. مثلاً؛ مجلس معامله تمام شده است و طرفین متفرق شده اند، ولی هنوز تصرف یا تلفی حادث نشده است تا جواز معاطاتی از بین برود. و گاهی هر دو جواز هست و گاهی هیچ کدام نیست.

[282] محمدی خراسانی، علی، کوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.

[283] (2). المكاسب، ج 3، ص 72 ..

[284] (1). مناهج

[285] (1). البته اگر شبهه حکمی باشد وگرنه حساب شبهه موضوعیه جداست که در ادامه خواهد آمد ..

[286] (1). تذکره الفقهاء، ج 11، ص 5.

[287] (2). قواعد الأحكام، ج 2، ص 64.

[288] (3). المكاسب، ج 5، ص 13 و 14.

[289] (4). جامع المقاصد، ج 4، ص 282.

[290] (5). اگر مراد غالب عقود باشد ایراد این است که: اولاً صغراً را قبول نداریم که بیشتر معاملات از نوع لازم و غیر قابل فسخ باشند، زیرا مجرد ادعا است و با تتبع و فحص، حقیقت روشن می شود. ثانیاً بر فرض قبول، غلبه و رجحان و ظن حجت نیست تا اگر در مورد عقدی شك کردیم، به فرد غالب ملحق کنیم و بنا را بر لزوم بگذاریم. اگر مراد غالب بیوع باشد ایراد این است که: اولاً کبرای کلی «الظن يلحق...» اعتباری ندارد؛ ثانیاً مراد از غلبه اگر به لحاظ افراد خارجی بیوع باشد خواهیم گفت. اتفاقاً در خارج برعکس است و بیشتر بیع ها، روز اول جایز هستند نه لازم؛ زیرا حداقل خیار مجلس دارند و از این بابت حق فسخ دارند مگر این که در ضمن عقد، آن را اسقاط کنند. در مواردی خیار حیوان دارند که از این جهت هم غیر لازم است، در خیلی از موارد خیار شرط دارند و طرف حق فسخ دارد، و ... و اگر غلبه به لحاظ زمان ها باشد که بالاخره مدت خیار، محدود به زمان خاصی است - مثلاً زمان مجلس معامله، سه روز در حیوان، مدت اشتراط در خیار شرط و ... - و پس از آن برای مدت

طولانی، معامله لازم می شود. خواهیم گفت: آری، ولی فایده ای ندارد و حکم فرد مشکوک را روشن نمی کند که فلان بیع یا عقد خاص از اول لازم است یا جایز؟.

[291] (1). تمهید القواعد، ص 32.

[292] (2). جواهر الکلام، ج 23، ص 3.

[293] (3). مثل عموم اوفوا بالعقود E، و «المؤمنون عند شروطهم» و ا تجارة عن تراض E و

[294] (4). المكاسب، ج 5، ص 14.

[295] (5). تذكرة الفقهاء، ج 11، ص 5 ..

[296] (1). در باب بیع، و در باب نکاح استصحاب بقای زوجیت، و

[297] (2). المكاسب، ج 5، ص 14.

[298] (3). همان ..

[299] (1). محور سوم (دلالت عمومات روایات بر اصل لزوم در معاطات، بلکه در مطلق بیع و معاملات) در ص 176 بررسی می شود.

[300] (2). مائده (5): 1.

[301] (3). مفردات آیه: کلمه «وفا» به معنای تمام و کمال است، و وفا کردن یعنی به نهایت رساندن و تمام کردن به گفته راغب در مفردات: «الوافي الذي بلغ التمام، يقال درهم وافي وکیل و اف، أوفوا الكيل إذا كلتم، أوفيتُ الكيل والوزن» درهم وافی یعنی کامل و بی نقص پیمانۀ وافی یعنی پر و کامل. مقابل و ضد آن «غدر» است. کلمه عقد در روایات و کتب لغت و کلام اهل تفسیر به معنای مطلق عهد یا خصوص عهد مشدد است و قبلاً در ادله صحت معاطات تشریح شد. و از آن جا که خطابات قرآن به عرف عام مردمان است و الفاظ کتاب و سنت بر مفاهیم و مصادیق عرفی خود حمل می شوند، منظور از عقود در آیه هر چیزی است که عرف یا شرع آن را

معاهده و معاهده و میثاق و قرارداد می دانند؛ چه میان دو شخص حقیقی یا حقوقی منعقد شود، چه میان انسان با خودش و چه میان او و خدایش؛ مثل نذر و عهد و قسم. وفای به عقد یا عهد (مركب ناقص یا مضاف و مضاف الیه) به معنای اتمام عقد و انهای آن و عدم نقض آن است. به قول راغب در مفردات، ص 565: «وفی بعهدہ، یفی وفاءً وأوفی: إذا تمّ العهد ولم ینقض حفظه». بنابراین، ثلاثی مجرد «وفی» و ثلاثی مزید «أوفی» به يك معنا است؛ البته در قرآن کریم واژه «وفی» و مشتقات آن از ثلاثی مجرد، استعمال نشده بلکه یا به لفظ «أوفی» یا «وفی» و مشتقات آن دو ذکر شده است و «توفیه» یعنی «بذل الشیء وافیاً» و «استیفاء» یعنی «تناول الشیء وافیاً»، ر. ک: مفردات الفاظ القرآن، ص 566. و «توفی» هم به معنای استیفا و گرفتن کامل جان است که *إِذِ اللّٰهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا*، سوره زمر (39): 42. بنابراین وفا به عقد یعنی به اتمام رساندن آن و نقض نکردنش، و به فرموده امام راحل در کتاب البیع، ج 4، ص 28: «الظاهر من الوفاء هو العمل علی طبق مقتضى العقد وافیاً».

«العقود» جمع با الف و لام و مفید عموم است یعنی هر عقدی و هر عهدی از انواع عقود و عهود و قراردادها از جمله انواع معاملات که میان انسان ها محقق می شود، همچون بیع، اجاره، نکاح. و از این نظر دایره شمول آیه بسیار وسیع است و مخصوص بیع و مانند آن نیست بلکه بر لزوم کلیه عقود دلالت می کند و این يك اصل و قاعده است

که از ظاهر آیه استفاده می شود و به معنای حقیقی کلمه «الأصل فی العقود اللزوم» مگر عقودی که به دلیل خاص جایز هستند.

عموم ازمانی: علاوه بر عموم افرادی آیه که هر عقدی را شامل شد، عموم ازمانی هم دارد یعنی دلالت می کند بر لزوم وفا به عقد در هر زمان و برای همیشه. این نکته از واژه «وفا به عقد» فهمیده می شود زیرا اگر مدتی عقد را فسخ نکند و بعد از آن فسخ کند عرفاً وفا به عقد صدق نمی کند؛ وفا وقتی صدق می کند که برای همیشه نقض نکند به همین جهت شهید ثانی در شرح لمعه، ج 4، ص 424 فرموده است: «الأصل فی الوفاء العمل بمقتضاه دائماً». البته دوام و استمرار در هر موردی بر حسب همان مورد است، مثلاً در نکاح دائم یا در بیع، وفا به این است که تا ابد فسخ نکند و اگر ده سال دیگر هم فسخ کند وفا نکرده و در نکاح منقطع یا تملیک موقت وفا به این است که تا همان مدت معین فسخ نکند.

امر به وفا در آیه: اصل در اوامر کتاب و سنت این است که مولوی باشند و از شارع به عنوان این که مولاست و حق امر و نهی دارد صادر شوند، ولی گاهی به دلایلی بر ارشادی بودن حمل می شوند؛ یکی از آن موارد امر در آیه مورد بحث است که به دو بیان ارشادی است:

الف) معنای وجوب وفا به عقد عبارت است از حرمت نقض آن و از آن جا که خود نقض عقد و فسخ آن رجوع از اعتبار تملیک و تملك، از محرمات نیست؛ لذا نمی توانیم آیه را بر

و جوب شرعی وفا به عقد و حرمت شرعی نقض و فسخ آن حمل کنیم، ناگزیر بر حرمت وضعی فسخ حمل می شود؛ معنای وجوب وضعی وفا و حرمت وضعی فسخ هم جز این نیست که این فسخ، اثر ندارد و موجب انفساخ نمی شود، و این معنا همان لزوم عقد است. (ب) اصولاً لزوم عمل بر طبق میثاق نامه ها و قراردادها و وفا کردن به آن ها و عدم نقض آن ها، از موارد مستقلات عقلیه است و عقل هر عاقلی به لزوم آن و عدم انفساخ آن حکم می کند. امر مذکور در آیه نیز در چنین موردی وارد شده است و یقیناً امر مولوی تأسیسی نیست بلکه لزوماً تأکیدی و ارشادی است؛ مثل امر *أطیعوا الله وأطیعوا الرسول* E. بنابراین به حکم عقل مستقل و به حکم تأکید آیه، وفای به هر عقدی لازم است و نقض و فسخ آن جایز نیست و آیه به دلالت مطابقی، بر خود لزوم عقد (حکم وضعی) دلالت می کند و نیازی نیست تا از راه حکم تکلیفی به حکم وضعی برسیم، و نیز حاجتی نیست ادعا کنیم که از آیه، هم حکم تکلیفی استفاده می شود و هم حکم وضعی تا اشکال شود که این از باب استعمال در اکثر است و اشکال دارد. ضمناً مقدار دلالت آیه گسترده است و اصل لزوم را در هر عقد و معامله ای اثبات می کند. یکی از مصادیق بارز عقد لازم، مطلق بیع و از جمله معاطات است. شبهات عدم شمول آیه نسبت به معاطات نیز قبلاً در استدلال به آیه برای صحت معاطات پاسخ داده شد ..

[302] (1). آری اگر حرمت تصرف، لازم اعم باشد منطقیاً از

اثبات اعم به اثبات اخص نمی رسیم ولی لازم مساوی است و می توان گفت هر جا که حرمت تصرف بعد از فسخ ثابت باشد لزوم هم ثابت است و هر جا که لزوم باشد حرمت تصرف مذکور هم هست، و اثبات لازم مساوی منطقاً موجب اثبات ملزوم است.

[303] (2). ر. ك: المكاسب، ج 5، ص 17 و 18 ..

[304] (1). علاوه بر اشکال مزبور، مرحوم آقای خوئی نیز بر این دلیل اشکال وارد ساخته و به شیوه خود، به آیه استدلال نموده است. برای مطالعه کامل ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 6، ص 23-25.

[305] (2). ر. ك: منية الطالب، ج 1، ص 64.

[306] (3). ر. ك: حاشیه المكاسب، ج 2، ص 7.

[307] (4). ر. ك: همان، ج 2، ص 71.

[308] (5). كتاب البيع، ج 1، ص 195-207 ..

[309] (1). بقره(2): 124 ..

[310] (1). ر. ك: المكاسب، ج 5، ص 17 و 18 ..

[311] (1). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 6، ص 25.

[312] (2). ر. ك: حاشیه المكاسب (محقق اصفهانی)، ج 2، ص 6.

[313] (3). ر. ك: كتاب البيع، ج 1، ص 185 ..

[314] (1). همان، ص 186.

[315] (2). همان، ص 187.

[316] (3). بقره(2): 275 ..

[317] (1). المكاسب، ج 5، ص 19.

[318] (2). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 6، ص 30-32.

[319] (3). ضمناً نیازی به تقدیر تصرفات مترتب بر بیع ندارد، زیرا بیع به معنای معادله مال با مال است و خودش قابل تعلق حلیت و حرمت تکلیفی است، چه این که اهل جاهلیت می گفتند: بیع غیر

ربوی هم مثل بیع ربوی است و باید هر دو حلال باشد ولی خدا در ردّ گفتار آن‌ها فرموده است: بیع حلال است و ربا حرام است و قابل قیاس نیستند ..

[320] (1). در لغت و عرف عام به همین معناست و استعمال کتاب و سنت بر همان حمل می‌شود نه بر اصطلاح خاص فقها که حرمت و حلیت را تکلیفی دانسته‌اند.

[321] (2). نساء(4): 29 ..

[322] (1). البته مواردی وجود دارد که عرفاً اکل مال به باطل است ولی شرعاً به دلیل خاص تجویز شده است، مثل حق شفعه، حق المازة و حق الخيار که بالعرض سبب جواز و تزلزل است و منافاتی ندارد که ذاتاً لازم باشد؛ و مثل باب اقاله و تقاسخ طرفینی. اما این موارد تخصصاً خارج است نه این که اکل مال به باطل است ولی تخصیص خورده و از عموم آیه استثنا شده است بلکه با تجویز مالک حقیقی یعنی شارع اقدس، موضوعاً اکل مال به باطل نیست، وگرنه لسان آیه آبی از تخصیص است ..

[323] (1). المکاسب، ج 3، ص 54 و ج 5، ص 20.

[324] (2). مصباح الاصول، ج 6، ص 40 ..

[325] (1). همان.

[326] (2). ر. ک: المکاسب، ج 3، ص 54 ..

[327] (1). نور(24): 37.

[328] (2). البته حکم امضایی است؛ زیرا عقلاً نیز آن را سبب مملک می‌دانند ..

[329] (1). مصباح الفقاهه، ج 6، ص 35-36.

[330] (2). ر. ک: حاشیه المکاسب، ج 2، ص 4 ..

[331] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 177 و 178 ..

[332] (1). وسائل الشیعه، ج 21، ص 276

[333] (1) . تهذيب الأحكام، ج 7، ص 467.

[334] (2) . المكاسب، ج 3، ص 56.

[335] (3) . همان، ج 5، ص 21 ..

[336] (1) . همان، ج 6، ص 11 و 12 ..

[337] (1) . كتاب البيع، ج 1، ص 207.

[338] (2) . وسائل الشيعه، ج 24، ص 234.

[339] (3) . همان، ج 5، ص 120.

[340] (4) . تحف العقول، ص 34 ..

[341] (1) . عوالي اللئالی، ج 3، ص 473.

[342] (2) . كتاب البيع، ج 1، ص 165-167 ..

[343] (1) . أقرب الموارد، ج 1، ص 464 و 465 می نویسد: «صرف الدرهم: بدلها بدراهم و دنانیر، صارفه: بادلہ. و فی نهج البلاغۃ:» لوددت و اللہ إنّ معاویة صارفتنی بکم صرف الدینار بالدرهم، فأخذ منی عشرة منکم و أعطانی رجلاً منهم». و تصرف فی الأمر: احتال و تقلّب فیہ». المنجد در ص 422 و 423 می نویسد: «صرف الدنانیر: بدلها بدراهم أو دنانیر سواها، صرف الشیء: باعه، تصرف فی الأمر: احتال و تقلّب فیہ، الصراف و الصرفی: بیاع النقود بنقود غیرها» ..

[344] (1) . وسائل الشيعه، ج 18، ص 5، باب 1 و 2 و 3.

[345] (2) . همان، ص 5.

[346] (3) . همان، ص 6.

[347] (4) . همان ..

[348] (1) . همان، ص 7.

[349] (2) . بحار الانوار، ج 2، ص 272 ..

[350] (1) . عوالي اللآلی، ج 1، ص 222 ..

[351] (1) ر. ك: مناهج الوصول، ج 2، ص 247-254 ..

[352] (1) المكاسب، ج 5، ص 24.

[353] (2) مصباح الاصول، ج 3، ص 36-40 ..

[354] (1) مصباح الفقاهه، ج 6، ص 54 و 55 ..

[355] (1) يا به

این دلیل که اصل دلالت آن‌ها بر لزوم، ناتمام است و یا به این دلیل که اطلاق و عموم آن‌ها مشکل دارد و به درد اصل لزوم در معاملات نمی‌خورند و کبرای کلی «کل عقد لازم» را ثابت نمی‌کنند ..

[356] (1). المكاسب، ج 5، ص 14-22.

[357] (2). به بیانی که قبلاً در شبهه موضوعیه مصداقیه به مناسبت ذکر شد.

[358] (3). کتاب البیع، ج 4، ص 35-39.

[359] (4). المكاسب، ج 3، ص 51.

[360] (5). کتاب البیع، ج 1، ص 143 ..

[361] (1). فراند الاصول، ج 3، ص 51-78 ..

[362] (1). ر. ك: حاشية المكاسب، ص 13.

[363] (2). ر. ك: الاستصحاب، ص 32 ..

[364] (1). زیرا اگر با معاطات، ملك جایز حادث شده بود قطعاً با فسخ يك طرف از بین رفته است.

[365] (2). حاشية المكاسب للسید، ج 1، ص 73 ..

[366] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 146 ..

[367] (1). در مفروض بحث ما.

[368] (2). ر. ك: المكاسب و البیع (محمدتقی آملی)، ج 1، ص 166 ..

[369] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 145-146 ..

[370] (1). همان، ص 150 و 152 ..

[371] (1). منسوب به مرحوم سید. ر. ك: حاشية المكاسب، ج 2، ص 4.

[372] (2). ر. ك: حاشية المكاسب، ج 1، ص 73 ..

[373] (1). مختلف الشیعه، ج 6، ص 255 ..

[374] (1). بلافاصله پس از انشای عقد.

[375] (2) .المكاسب، ج 5، ص 23.

[376] (3) .فرائد الاصول، ج 3، ص 223 ..

[377] (1) .منية الطالب، ج 2، ص 9

- [378] (1) . كتاب البيع، ج 4، ص 47.
- [379] (2) . المكاسب، ج 3، ص 56-60.
- [380] (3) . شرح قواعد، خطي، ص 49.
- [381] (4) . غنية النزوع، ص 214.
- [382] (5) . جامع المقاصد، ج 5، ص 309.
- [383] (6) . القواعد و الفوائد، ج 1، ص 178 ..
- [384] (1) . تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 7.
- [385] (2) . مختلف الشيعة، ج 5، ص 51.
- [386] (3) . تحرير الأحكام، ج 2، ص 275.
- [387] (4) . زیرا آنان اساس ملك را انكار دارند و معاطات را مفيد اباحه می دانند نه ملك ..
- [388] (1) . مختلف الشيعة، ج 5، ص 51.
- [389] (2) . كشف الرموز، ج 1، ص 445 و 446 ..
- [390] (1) . ر. ك: الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، ص 155.
- [391] (2) . وسائل الشيعة، ج 18، ص 52 ..
- [392] (1) . تهذيب الأحكام، ج 10، ص 384.
- [393] (2) . همان، ص 383 و 384.
- [394] (3) . همان.
- [395] (4) . الكافي، ج 5، ص 198.
- [396] (5) . كتاب البيع، ج 1، ص 217.
- [397] (6) . المكاسب، ج 3، ص 65 ..

[398] (1) . کتاب البیع، ج 1، ص 218.

[399] (2) . همان ..

[400] (1) . وسائل الشیعه، ج 17، ص 158 ..

[401] (1) . به تعبیر تهذیب شیخ طوسی.

[402] (2) . به تعبیر کافی.

[403] (3) . وسائل الشیعه، ج 18، ص 50.

[404] (4) . همان، ج 19، ص 42، ح 4 ..

[405] (1) . جواب: در مورد حدیث هم معاطات ممکن است؛ زیرا قبلاً بیان کردیم که در معاطات تعاطی فعلی از دو طرف لازم نیست و اعطای يك طرف و اخذ طرف دیگر هم

کافی است.

[406] (2). المكاسب، ج 3، ص 60-64 ..

[407] (1). یعنی بیع پس از مالک شدن جامه.

[408] (2). یعنی بیع قبل از مالک شدن.

[409] (3). کتاب البیع، ج 1، ص 212-214 ..

[410] (1). وسائل الشیعه، ج 19، ص 42 و 43 ..

[411] (1). از باب سالبه به انتفاء موضوع ..

[412] (1). المكاسب، ج 5، ص 22 و 23.

[413] (2). کتاب البیع، ج 1، ص 154-156.

[414] (3). سیره عقلا، آیات و روایات صحت و لزوم که قبلاً به تفصیل ذکر شد ..

[415] (1). وسائل الشیعه، ج 17، ص 385-387 ..

[416] (1). المكاسب، ج 5، ص 156.

[417] (2). شرط حتماً باید ذکر شود و به زبان آید وگرنه شرط بر آن اطلاق نمی شود.

[418] (3). وسیله النجاة مع تعالیق الإمام الخمینی، ص 334 ..

[419] (1). بنای عقلا مؤید همین امر است.

[420] (2). کتاب البیع، ج 4، ص 390 ..

[421] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 267 ..

[422] (1). مثل پدر، جد پدری، وصی یکی از آن دو، حاکم شرع و عدول مؤمنان ..

[423] محمدی خراسانی، علی، کوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.

[424] (1). ضابطه کلی این است که اگر غرض عمل، تنها در صورتی حاصل می شود که شخص فاعل انجام دهد، نیابت برنمی دارد

مثل استعمال دارو برای بهبودی، و اگر غرض با عمل کردن هر کسی مترتب می شود، نیابت بردار است، مثل شستن لباس برای تطهیر ..

[425] (1) بقره (2): 275.

[426] (2) نساء (4): 29.

[427] (3) ر. ك: وسائل الشيعة، ج

17، ص 262-267؛ وج 19، ص 161 ..

[428] (1) ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 162-166.

[429] (2) مفتاح الكرامة، ج 21، ص 20 ..

[430] (1) ر. ك: جواهر الكلام، ج 27، ص 352.

[431] (2) ر. ك: المبسوط، ج 2، ص 399.

[432] (3) ر. ك: السرائر، ج 2، ص 99.

[433] (4) همان ..

[434] (1) ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 167.

[435] (2) در هريك از چهار صورت مذکور در كلام امام تعليق يا بر چیزی است که شرط صحت است - خواه در مبيع شرط باشد يا در ثمن، خواه در بايع شرط باشد يا در مشتری - و يا بر امری است که شرط صحت معامله نیست که از آن به صفت تعبیر می شود؛ مثل روز جمعه بودن، آمدن مسافر، شفای بیمار و ...

[436] (3) در هريك از چهار صورت مذکور در كلام امام راحل معلق عليه يا امری است که شرط اصل مفهوم عقد است و بدون آن عنوان معامله يا عقد يا ايقاع صدق نمی کند و از مقومات ماهیت و مفهوم بيع است؛ مثل زوجه بودن در صدق طلاق، عبد بودن در صدق عتق، قبول کردن در صدق عقد و ...، و يا امری است که شرط صحت عقد است، و يا امری است که دخیل در هیچ کدام نیست که از آن به تعليق بر صفت یاد می شود. و حاصل ضرب چهار صورت در این سه صورت دوازده صورت است. ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 3، ص 61 ..

[437] (1) المكاسب، ج 3، ص 173 ..

[438] (1) همان، ص 170 ..

[439]

(1). جواهر الکلام، ج 22، ص 253.

[440] (2). منية الطالب، ج 1، ص 113 ..

[441] (1). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 70.

[442] (2). تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 9.

[443] (3). القواعد و الفوائد، ج 1، ص 65 ..

[444] (1). جواهر الکلام، ج 22، ص 253 و ج 23، ص 198 و ج 27، ص 352 ..

[445] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 170-172.

[446] (2). مثلاً تحقق ضرب یا قتل در خارج منوط به دشمن بودن مضروب یا مقتول نیست بلکه اگر دستی بالا رفت و بر سری فرود آمد حتماً زدن یا کشتن یا مجروح کردن محقق می شود ..

[447] (1). ر. ك: حاشية المكاسب (محقق یزدی)، ج 1، ص 91.

[448] (2). ر. ك: منية الطالب، ج 1، ص 112 و 113.

[449] (3). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 3، ص 66.

[450] (4). یعنی اگر بایع در مقام بیع، صیغه بیع را جاری کند انشا هست وگرنه نیست و معنا ندارد که معلق باشد، و به گفته خود میرزا، نوعی جمع متناقضین است که هم انشا باشد و هم تعلیق ..

[451] (1). تعجب از مرحوم آقای خوئی است که با این که قوام انشا را به اعتبار نفسانی می داند و الفاظ عقود را مبرز می داند مع ذلك در این جا تعلیق را در انشا محال دانسته است ..

[452] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 348-350 ..

[453] (1). المكاسب، ج 3، ص 172.

[454] (2). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 70 ..

[455] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 352.

[456] (2).

در صورتی که معلق علیه امری باشد که در حین عقد معلوم الحصول باشد، مثلاً امروز روز جمعه است و می گوید: «إن كان اليوم جمعة فقد بعته».

[457] (3). یعنی اگر معلق علیه امری باشد معلوم الحصول در آینده، یا امری باشد مجهول الحصول چه در حال و چه در آینده ..

[458] (1). الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 2، ص 158.

[459] (2). همان، ص 159 ..

[460] (1). چون قانون فوق، آیه یا روایت نیست تا خودش حجت و ثابت باشد و محتاج به اثبات نباشد، بلکه قانونی است برگرفته از برخی قواعد و دلایل دیگر.

[461] (2). یعنی مقصود، هر نوعی از انواع عقد- مثل عقد بیع، صلح، اجاره و...- است؟

[462] (3). مثل صلح که دو قسم دارد: قسمتی نتیجه اش مثل هبة معوضه است و قسمتی سبب ابراء ذمه. آیا هر صنفی از نوع مراد است؟

[463] (4). مثل عقد صلح زید و بکر در خارج، عقد بیع این دو نفر، عقد بیع آن دو نفر و...- و هر فردی از افراد عقد در خارج مراد است؟.

[464] (1). به نظر شیخ در مکاسب عموم اصنافی مراد است زیرا گرچه «کل عقد» ظهور در عموم افرادی دارد و مراد هر فرد خارجی از افراد عقد است- مثل کل انسان، کل رجل و...- ولی ذیل آن کلمه صحیح و فاسد آمده است که مشتق اند و ظهور در فعلیت دارند و قرینه هستند بر عدم اراده عموم افرادی؛ زیرا فرد خارجی، صحیح و فاسد فعلی ندارد، بلکه اگر جامع شروط باشد از اول برای همیشه صحیح است، و اگر فاقد جزء یا شرطی باشد فقط

فاسد است؛ لذا عموم افرادی مراد نیست بلکه اصنافی مراد است. ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 184. به نظر امام راحل وقتی مقصود، عموم افرادی نشد عموم انواعی مراد است نه اصنافی؛ زیرا متفاهم از هر عقد یا هر فرد و شخص عقد است و یا هر کلی و نوع، نه هر صنفی از نوع و کلی؛ در حالی که شیخ اعظم عموم انواعی را مطرح نکرده است، ولی متفاهم همین است. در کلمات بزرگان نیز یا فرد مطرح است یا کلی و جامع؛ یعنی نوع یا جنس، نه صنف. ر. ك: کتاب البیع، ج 1، ص 398.

امام راحل در پایان با يك تبصره اراده عموم افرادی را تأیید می کند؛ اما به این صورت که قضیه «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» در مقام بیان ملازمه میان موجب ضمان بودن صحیح و فاسد است و در حقیقت از نوع قضیه شرطیه است و در شرطیه فرض وجود، کفایت می کند و فعلی بودن آن معتبر نیست. بنابراین می توان گفت مقصود هر شخص و فرد عقدی است که در خارج یافت می شود با فرض وجود و جامع شروط بودن، و صحیح بودن موجب ضمان است، همان فرد در فرض فاسد بودن هم موجب ضمان است که در واقع بالفعل فقط فاسد است، ولی اگر صحیح بود موجب ضمان بود حال که فاسد است باز موجب ضمان است. ر. ك: کتاب البیع، ج 1، ص 398. و بالجمله یا باید در ظاهر صدر قاعده، تصرف شود و بر عموم اصنافی یا انواع حمل شود و یا در ظاهر کلمه صحیح تصرف شود و بر صحیح تقدیری و فرضی

حمل شود که وقتی صحیح ضمان دارد، فاسدش هم ضمان دارد. و همین وجه مناسب تر است ..

[465] (1) . عوالی اللآلی، ج 1، ص 224.

[466] (2) . مستدرک الوسائل، ج 17، ص 7.

[467] (3) . مسند احمد حنبل، ج 5، ص 8.

[468] (4) . سنن ابی داود، ج 2، ص 318.

[469] (5) . السنن الكبرى، البيهقي، ج 6، ص 90.

[470] (6) . شرح نهج البلاغه، ج 4، ص 77.

[471] (7) . جواهر الكلام، ج 37، ص 35.

[472] (8) . المكاسب، ج 3، ص 189.

[473] (9) . القواعد الفقهية، ج 2، ص 87 ..

[474] (1) . در واقع استدلال جدلی است که از مقبولات و مشهورات و مسلّمات خصم علیه او استفاده شده است ..

[475] (1) . کتاب البيع، ج 1، ص 372-376.

[476] (2) . همان، ص 376.

[477] (3) . طلاق (65): 1 ..

[478] (1) . حاشية المكاسب، (محقق ایروانی)، ج 2، ص 111.

[479] (2) . آل عمران (3): 97.

[480] (3) . وسائل الشیعه، ج 4، ص 91، ح 5.

[481] (4) . المكاسب، ج 3، ص 181 ..

[482] (1) . ر. ک: کتاب البيع، ج 1، ص 377.

[483] (2) . ید کنایه از شخص گیرنده است و به جای آن علی القابض مانعی ندارد.

[484] (3) . المكاسب، ج 3، ص 189.

[485] (4) همان ..

[486] (1) همان، ص 204 ..

[487] (1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 272 ..

[488] (1) مصباح الفقاهه، ج 3، ص 128 و 129.

[489] (2) وسائل الشيعه، ج 3، ص 467.

[490] (3) بلکه اگر در حدیث طهارت، غایت قید موضوع است و در واقع، غایت حکم بیان نشده است و

حدیث در این صدد نیست، در حدیث علی الید به طریق اولی غایت قید موضوع است؛ زیرا بلافاصله پس از موضوع آمده است، برخلاف حدیث طهارت که غایت پس از حکم طهارت ذکر شده است و احتمال دارد قید حکم باشد ..

[491] (1) . ر. ک: کتاب البیع، ج 1، ص 214.

[492] (2) . المبسوط، ج 3، ص 58، 65، 68، 85 و 89.

[493] (3) . مسالك الأفهام، ج 4، ص 56 و ج 3، ص 154 ..

[494] (1) . المكاسب، ج 3، ص 188.

[495] (2) . المبسوط، ج 3، ص 65-68 و ج 2، ص 149.

[496] (3) . مسالك الأفهام، ج 3، ص 154.

[497] (4) . المكاسب، ج 3، ص 190 و 191 ..

[498] (1) . همان، ص 190.

[499] (2) . الكافي، ج 7، ص 237 و ص 274.

[500] (3) . وسائل الشیعه، ج 5، ص 120.

[501] (4) . کتاب البیع، ج 1، ص 420 ..

[502] (1) . وسائل الشیعه، ج 12، باب 297.

[503] (2) . همان، ص 281.

[504] (3) . ر. ک: من لایحضره الفقیه، ج 4، ص 272، ح 828.

[505] (4) . ر. ک: الحاشیة علی المكاسب، ج 1، ص 80.

[506] (5) . ر. ک: مصباح الفقاهة، ج 3، ص 91-92 ..

[507] (1) . کتاب البیع، ج 1، ص 417.

[508] (2) . وسائل الشیعه، ج 19، ص 310.

[509] (3) . همان، ص 309، ح 1.

[510] (4). همان، ص 310، ح 3.

[511] (5). همان، ص 311، ح 5..

[512] (1). الكافي، ج 5، ص 293.

[513] (2). همان، ص 294..

[514] (1). كتاب البيع، ج 1، ص

[515] (1) . زیرا در هیچ موردی سراغ نداریم که معصومین (ع) برای بیان حکم الهی از راه مذکور در روایت وارد شوند. بر فرض هم که احتمال دهیم حکم حکومتی باشد، اما باز کفایت می کند که نتوانیم در مورد ضمان در ما نحن فیه به آن استناد کنیم.

[516] (2) . مصباح الفقاهه، ج 3، ص 96 ..

[517] (1) . المبسوط، ج 2، ص 204 ..

[518] (1) . المكاسب، ج 3، ص 196.

[519] (2) . همان، ص 197.

[520] (3) . همان، ص 197 و 198.

[521] (4) . مثل هبه.

[522] (5) . مثل عاریه.

[523] (6) . مثل ودیعه.

[524] (7) . مثل رهن ..

[525] (1) . ر. ك: هداية الطالب، ج 2، ص 287.

[526] (2) . ر. ك: كتاب البيع، ج 1، ص 430.

[527] (3) . وسائل الشیعه، ج 19، ص 79، باب 4.

[528] (4) . همان، ص 92، باب 1، ح 3.

[529] (5) . همان، ص 140 و 141، کتاب اجاره باب 28، ح 1 و 4 و 29.

[530] (6) . مثلاً در مورد عاریه می گوید: اگر مستعیر امین باشد ضامن نیست و یا مثلاً در مورد ودیعه می گوید: اگر ودعی امین باشد ضامن نیست ..

[531] (1) . ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 180.

[532] (2) . ر. ك: السرائر، ج 2، ص 285.

[533] (3) . ر. ك: المبسوط، ج 2، ص 150.

[534] (4) . ر. ك: شرح قواعد، خطي، ص 52.

[535] (5) . ر. ك: السرائر، ج 2، ص 326 ..

[536] (1) . ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 181.

[537] (2) . وسائل الشيعة، ج 21، ص 203 - 205.

[538] (3) . ولي به

نقل کشی از عیاشی در مقباس الهدایة، ج 1، ص 176: «إِنَّهُ فَطِحِيَّ مِنْ فَقَهَاءِ أَصْحَابِنَا»، که به خاطر «فقیه اصحاب» بودن و نیز به خاطر توثیق نجاشی در صفحه 412 رجالش که می گوید: «ثقة جلیل من أصحاب الرضا علیه السلام» موثق است. او به خاطر فساد مذهب عادل نیست ولی ملاک حجیت خبر واحد و ثاقت راوی است ولو عادل نباشد ..

[539] (1). وسائل الشیعه، ج 21، ص 205، ح 5.

[540] (2). زیرا از نطفه خود مشتری و آزاد است و مال کسی نیست تا در آن تصرّف کند و استیفا نماید.

[541] (3). منظور این است که اگر ولد مملوک بود- مثلاً مولای کنیز او را به عقد عبدی درآورده بود و فرزند هم برده بود و ملک مولای کنیز و قیمتی داشت- همان قیمت را محاسبه کرده و از مشتری می گیرد.

[542] (4). این صورت در یکی از فروع مسأله بررسی خواهد شد.

[543] (5). یعنی مباشرت مشتری با کنیز و حامله شدن کنیز.

[544] (6). زیرا اگر مشتری کنیز را مستولده نکرده بود صاحبش می توانست آن را به عقد غلامش درآورد یا به عقد غلام مولای دیگر درآورد و شرط کند که ولد ملک صاحب کنیز باشد و از این ولد به عنوان مملوک بهره مند شود ..

[545] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 181.

[546] (2). زیرا ولد مشتری به تبع خود مشتری آزاد است و قابل تملك نیست.

[547] (3). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 89 ..

[548] (1). وسیلة النجاة مع التعالیق، ص 335.

[549] (2). فرائد الاصول، ج 3، ص 126 ..

[550] (1). المكاسب، ج 3، ص 180.

[551]

(2). همان، ص 183.

[552] (3). همان، ص 184.

[553] (4). المنجد، مادة ضمن، ص 455.

[554] (5). ر. ك: أقرب الموارد، ج 1، ص 691 ..

[555] (1). المصباح المنير، ج 2، ص 12، مادة ضمن.

[556] (2). المكاسب، ج 3، ص 181 و 205 ..

[557] (1). المكاسب، ج 3، ص 199-200.

[558] (2). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 114-116.

[559] (3). كتاب البيع، ج 1، ص 458.

[560] (4). در برابر تفصیل مرحوم سید که بررسی خواهد شد ..

[561] (1). حاشية كتاب المكاسب، ج 2، ص 123 ..

[562] (1). حاشية المكاسب (محقق يزدي)، ج 1، ص 95 ..

[563] (1). المكاسب، ج 3، ص 199-200.

[564] (2). وسائل الشيعه، ج 9، ص 540-541، ح 6.

[565] (3). همان، ج 5، ص 120، ح 1 ..

[566] (1). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 122.

[567] (2). كتاب البيع، ج 1، ص 454 ..

[568] (1). حاشية المكاسب (آخوند خراساني)، ص 33.

[569] (2). حاشية المكاسب (محقق اصفهاني)، ج 1، ص 85.

[570] (3). و تحقیقاً هم همین است.

[571] (4). مطارح الأنظار، ص 104-107.

[572] (5) ر. ك: كتاب البيع، ج 1، ص 454 ..

[573] (1) ر. ك: منية الطالب، ج 1، ح 131-132، ضمناً امام راحل در مسألة 20 كتاب غصب اين صور را مورد بحث قرار داده اند.

[574] (2) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 279 ..

[575] (1) جامع المقاصد، ج 4، ص 435.

[576] (2) ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 199.

[577] (3) منية الطالب، ج 1، ص 132.

) [578]

4. حاشیة المكاسب (آخوند خراسانی)، ص 33.

[579] (5). منية الطالب، ص 132 ..

[580] (1). كتاب البيع، ج 1، ص 461-462.

[581] (2). بدائع الدرر (امام خمینی (رحمه الله))، ص 129 ..

[582] (1). عقلاى عالم، دافع را مسئول می دانند نه قابض را، مخصوصاً اگر قانون نفی ضرر حاکم باشد که حتماً وجوب هزینه را از قابض نفی می کند؛ ولی دافع مبیع را با علم و عمد تحویل داده و در واقع بر ضرر خویش اقدام کرده است. ر. ک: کتاب البيع، ج 1، ص 464.

[583] (2). المكاسب، ج 3، ص 201-208.

[584] (3). كتاب البيع، ج 1، ص 465-478 ..

[585] (1). همان، ص 478.

[586] (2). ر. ک: المكاسب، ج 3، ص 209، 213 و 214 ..

[587] (1). كتاب البيع، ج 1، ص 489.

[588] (2). ر. ک: المبسوط، ج 3، ص 60.

[589] (3). ر. ک: الخلاف، ج 3، ص 402 و 406 ..

[590] (1). بقره (2): 194.

[591] (2). مائده (5): 2.

[592] (3). مائده (5): 4 ..

[593] (1). الخلاف، ج 3، ص 402-403.

[594] (2). در میان اشکال هایی که بر استدلال فوق وارد شده اشکال شیخ اعظم در کتاب مکاسب، ج 3، ص 220 نیز درخور توجه است.

[595] (3). بقره (2): 191-193.

[596] (4). بقره (2): 194.

[597] (5) بقره (2): 194.

[598] (6) بقره (2): 194 ..

[599] (1) کتاب البیع، ج 1، ص 480-482 ..

[600] محمدی خراسانی، علی، کوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.

[601] (1) المكاسب، ج 3، ص 217 ..

[602]

- (1). کتاب البیع، ج 1، ص 488.
- [603] (2). ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 3، ص 146.
- [604] (3). ر. ک: هداية الطالب، ج 2، ص 239 ..
- [605] (1). کتاب البیع، ج 1، ص 488.
- [606] (2). المكاسب، ج 3، ص 209 و 240 ..
- [607] (1). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 150.
- [608] (2). المكاسب، ج 3، ص 209 و 240.
- [609] (3). کتاب البیع، ج 1، ص 486 و 583.
- [610] (4). و چه بسا حدیث علی الید هم بر فرض حجیت، در صدد بیان و تأیید همین امر عقلایی باشد ..
- [611] (1). وسائل الشیعه، ج 18، ص 206، ح 2.
- [612] (2). برای مثال، در موارد طلا و نقره غیر مسکوک، آهن و مس و ... و انگور و رطب اختلاف وجود دارد، حتی در مورد پارچه که به نظر مشهور، قیمی است محقق ثانی در جامع المقاصد، ج 6، ص 243 آن را مثلی می داند ..
- [613] (1). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 156.
- [614] (2). همان، ص 150 ..
- [615] (1). همان، ص 156 ..
- [616] (1). الاستصحاب، (امام خمینی)، ص 392-393 ..
- [617] (1). یعنی متعاملین یا «بایع و مشتری».
- [618] (2). یعنی ثمن و مثن یا عوض و معوض ..
- [619] (1). نساء(4): 6.
- [620] (2). یعنی عقل معیشت که فریب نخورد و مورد خدعه قرار نگیرد ..
- [621] (1). کتاب البیع، ج 2، ص 9-13.

[622] (2) . بقره (2): 187.

[623] (3) . نساء (4): 6 ..

[624] (1) . نساء (4): 6 ..

[625] (1) . ر. ك: حاشیه مرحوم ایروانی بر مکاسب، ج 2،

- ص 170؛ هداية الطالب، ج 2، ص 419-420 ..
- [626] (1) ر. ك: منية الطالب، ج 1، ص 169-170.
- [627] (2) ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 3، ص 244.
- [628] (3) كتاب البيع، ج 2، ص 13 ..
- [629] (1) اين مطلب كنايه از استقلال آنان است.
- [630] (2) اين مطلب كنايه از عدم استقلال است.
- [631] (3) كتاب البيع، ج 2، ص 13 ..
- [632] (1) كتاب البيع، ج 2، ص 21-22 ..
- [633] (1) وسائل الشيعه، ج 18، ص 411، ح 1.
- [634] (2) همان، ص 410، ح 4 ..
- [635] (1) همان، ص 410، ح 3.
- [636] (2) همان، ص 409، ح 1.
- [637] (3) همان، ج 19، ص 367، ح 5 ..
- [638] (1) كتاب البيع، ج 2، ص 26-28.
- [639] (2) اگر اخبار اخذ به موافق و طرح مخالف قرآن در مقام تميز حجت از لا حجت باشند.
- [640] (3) اگر روايات اخذ و طرح موافق و مخالف كتاب در مقام ترجيح يكي از دو حجت بر حجت ديگر باشند ..
- [641] (1) وسائل الشيعه، ج 1، ص 45، ح 11.
- [642] (2) دعائم الاسلام، ج 2، ص 456، ح 1607.
- [643] (3) وسائل الشيعه، ج 28، ص 90، ح 2 ..
- [644] (1) وسائل الشيعه، ج 1، ص 45، ح 12.
- [645] (2) المبسوط، ج 3، ص 3.

[646] (3) ر. ك: الغنية، ص 210.

[647] (4) ر. ك: السرائر، ج 3، ص 207.

[648] (5) ر. ك: تذكرة الفقهاء، ج 15، ص 256.

[649] (6) ر. ك: جامع المقاصد، ج 7، ص 82..

[650]

(1). المكاسب، ج 3، ص 278.

[651] (2). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 250.

[652] (3). كتاب البيع، ج 2، ص 31-33 ..

[653] (1). وسائل الشيعه، ج 1، ص 42، ح 1 ..

[654] (1). همان، ج 29، ص 400، ح 2.

[655] (2). همان، ح 3.

[656] (3). المكاسب، ج 3، ص 282 ..

[657] (1). حاشية المكاسب (آخوند خراسانی)، ص 46.

[658] (2). غرض از این تعبیر سلب حکم عمد از کار صبی است؛ دلیل هم متفاهم عرفی است؛ یعنی وقتی عرف می گوید فلانی قول و عدم قولش یکسان است منظور این است که بر گفته او اثری مترتب نیست.

[659] (3). یعنی موردی که عمد و خطا جداگانه حکم دارند، مثل باب جنایات؛ و موردی که عمد آن حکم دارد نه خطای آن، مثل باب معاملات.

[660] (4). كتاب البيع، ج 2، ص 36.

[661] (5). همان، ص 35 ..

[662] (1). المكاسب، ج 3، ص 278.

[663] (2). همان، ص 280.

[664] (3). همان، ص 281.

[665] (4). جواهر الكلام، ج 22، ص 261 ..

[666] (1). المكاسب، ج 3، ص 278-280.

[667] (2). الخلاف، ج 3، ص 178 ..

[668] (1). كتاب البيع، ج 2، ص 42.

[669] (2) ر. ك: همان، ص 42 و 43 ..

[670] (1) ر. ك: همان، ص 41 و 49.

[671] (2) الدروس الشرعية، ج 3، ص 192.

[672] (3) المكاسب، ج 3، ص 275 و 278 و 280 و 281 ..

[673] (1) همان، ص 286.

[674] (2) مفاتيح الشرايع، ج 3، ص 46.

[675] (3) دليل اين دو

بزرگوار همان دلیل مشهور (آیه و روایات) است.

[676] (4). کتاب البیع، ج 2، ص 44-49 ..

[677] (1). کتاب البیع، ج 2، ص 47 و 48.

[678] (2). مفاتیح الشرایع، ج 3، ص 46 ..

[679] (1). تهذیب الأحكام، ج 6، ص 252، ح 55.

[680] (2). وسائل الشیعه، ج 17، ص 163، ح 1 ..

[681] (1). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 270.

[682] (2). کتاب البیع، ج 2، ص 46 ..

[683] (1). منیة الطالب، ج 1، ص 175.

[684] (2). کتاب البیع، ج 2، ص 49 ..

[685] (1). جواهر الکلام، ج 22، ص 265.

[686] (2). نساء(4): 5.

[687] (3). جواهر الکلام، ج 22، ص 265.

[688] (4). نساء(4): 6 ..

[689] (1). این روایات بیشتر بیان شد.

[690] (2). معامله با مجنون ادواری فقط در دوره جنونش باطل است.

[691] (3). معامله با انسان مست فقط در حال مستی او باطل است ..

[692] (1). اگر به نحو معاطات باشد در عمل نشان می دهند.

[693] (2). هازل ..

[694] (1). ر. ک: مقابس الأنوار، ص 115.

[695] (2). ر. ک: المکاسب، ج 3، ص 299-300.

[696] (3) . مقابس الأنوار، ص 115 ..

[697] (1) . مانند بیع صرف که تقابض فی المجلس شرط صحت و تأثیر آن است، و بیع سلم که قبض ثمن فی المجلس شرط است، و مثل بیع فضولی و مکره که رضایت و اجازه بعدی، در آن دخیل است و مثل انقضای مدّت خیار که به قول شیخ طوسی شرط تحقق ملکیت است.

[698] (2) . کتاب البیع، ج 2، ص 54-55.

[699] (3) .

[700] (4). مثل شهيد ثانی که جزم در نیت را معتبر می داند و صریحاً می گوید: « يجب الجزم فی مشخصات النیة من التعیین و الأداء و القضاء و الوجوب و الندب مع إمكانه و لا یجزی التردید حیث یمکن الجزم لانّ القصد الی الفعل انما یتحقق مع الجزم». ر. ک: القواعد و الفوائد، ج 1، ص 85 ..

[701] (1). مقابس الأنوار، ص 115.

[702] (2). المكاسب، ج 3، ص 299 و 300 ..

[703] (1). المنجد فی اللغة، ص 201، مادة خیر. برای مطالعه بیشتر ر. ک: أقرب الموارد، ج 1، ص 11، ماده خیر؛ مفردات راغب، ص 163، ماده خیر.

[704] (2). المكاسب، ج 3، ص 307 ..

[705] (1). ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 75.

[706] (2). جواهر الکلام، ج 22، ص 265.

[707] (3). کتاب البیع، ج 2، ص 76.

[708] (4). تحریر الوسیله، ج 2، ص 309، مسأله 3 ..

[709] (1). الدروس الشرعیه، ج 3، ص 335 ..

[710] (1). نحل (16): 106 ..

[711] محمدی خراسانی، علی، کوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.

[712] (1). جواهر الکلام، ج 22، ص 265.

[713] (2). نساء (4): 29 ..

[714] (1). وسائل الشیعه، ج 17، ص 164-167، ح 1 و 8 و 9 و 14 ..

[715] (1). وسائل الشیعه، ج 5، ص 120، ح 1 ..

[716] (1). وسائل الشیعه، ج 22، ص 86، ح 1 ..

[717] (1). زیرا هیچ فقیهی میان این دو باب با سایر ابواب ایقاعات و عقود فرق قائل نشده است.

[719] (3) التوحيد، ص 353، ح 24.

[720] (4) تا منظور این باشد که امت پیامبر صلی الله علیه وآله بر هیچ کاری مکره نمی شود و کلاً کار اکراهی از آن ها برداشته شده است ..

[721] (1) کتاب البیع، ج 2، ص 78 ..

[722] (1) وسائل الشیعه، ج 23، ص 226، ح 12.

[723] (2) المكاسب، ج 3، ص 308.

[724] (3) کتاب البیع، ج 2، ص 78 ..

[725] (1) المنجد فی اللغة و الاعلام، ص 682.

[726] (2) المصباح المنیر، ج 2، ص 219، مادة کره.

[727] (3) مفردات الفاظ القرآن، ص 447 ..

[728] (1) أقرب الموارد، ج 2، ص 1080.

[729] (2) المكاسب، ج 3، ص 311.

[730] (3) همان ..

[731] (1) المكاسب، ج 3، ص 314.

[732] (2) المبسوط، ج 5، ص 51.

[733] (3) حاشیة المكاسب، ج 1، ص 122 ..

[734] (1) المكاسب، ج 3، ص 317-318.

[735] (2) وسائل الشیعه، ج 23، ص 235، ح 1.

[736] (3) الحاشیة علی المكاسب، ج 1، ص 123 ..

[737] (1) کتاب البیع، ج 2، ص 91-92 ..

[738] (1). المكاسب، ج 3، ص 311.

[739] (2). كتاب البيع، ج 2، ص 93.

[740] (3). شيخ فرموده است: اگر اکراه به حد الجاء برسد رافع اثر تکلیفی و وضعی است و اگر به این حد نرسد تنها اثر وضعی را برمی دارد.

[741] (4). روایت ابن سنان هم که مستند شیخ است بعداً خواهد آمد؛ ضمن این که در سند آن عبداللّه بن قاسم وجود دارد که ضعیف یا مجهول است.

[742] (5). محقق اصفهانی می گوید: اکراه

به همه مراتب آن مخصوص آثار وضعی است.

[743] (6). کتاب البیع، ج 2، ص 93 ..

[744] (1). المکاسب، ج 3، ص 328.

[745] (2). الحدائق الناضرة، ج 18، ص 373 ..

[746] (1). جامع المقاصد، ج 4، ص 62.

[747] (2). مجمع الفائدة، ج 8، ص 156.

[748] (3). این مطلب در شرط سوم تبیین شده است ..

[749] (1). نساء(4): 29 ..

[750] (1). المکاسب، ج 3، ص 331.

[751] (2). این حصر از استثنای از نفس به دست می آید.

[752] (3). وصفی که در مورد غالب وارد شده و صرفاً بیان کننده حال غالب افراد موصوف است نه این که در صدد حصر باشد.

[753] (4). نساء(4): 23.

[754] (5). ر. ک: مبحث معاطاة ..

[755] (1). اخراج حکمی بعد از دخول موضوعی.

[756] (2). مستثنا موضوعاً از مستثنی منه خارج است ..

[757] (1). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 332-333 ..

[758] (1). این مطلب قبلاً در ضمن سخنان شیخ اعظم بیان شد.

[759] (2). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 333.

[760] (3). البته گاهی توسعه و تضییقی در آن ایجاد نموده است که فعلاً کاری به این جهت نداریم ..

[761] (1). از باب ارتفاع یا اجتماع نقیضان یا ضدانی که ثالث ندارند و چنین اجتماعی و ارتفاعی محال است.

[762] (2). کتاب البیع، ج 2، ص 115-116.

[763] (3). الخصال، ج 2، ص 417، ح 9..

[764] (1). برخلاف بیع فضولی که بیع است و شرعاً هم رفع نشده است، ولی ناقص است و با اجازه مالک اصلی کامل می گردد و صحیح و لازم می شود..

[765]

(1) المکاسب، ج 3، ص 331 ..

[766] (1) البته تقیید یا تخصیص مصطلح نیست بلکه حکومت است، ولی حکومت به نحو تضییق، نتیجه اش همان تخصیص و تقیید یا اخراج حکمی است که به زبان خروج موضوعی بیان گردیده است.

[767] (2) که اول با اکراه صادر شده و بعداً رضایت آمده است ..

[768] (1) المکاسب، ج 3، ص 332-335.

[769] (2) زیرا ماء موصول در فراز مورد بحث، به معنای فعل مکلف است نه حکم و اثر شرعی که در اختیار مکلف نیست و ربطی به او ندارد ..

[770] (1) کتاب البیع، ج 2، ص 122-124 ..

[771] (1) منعقد نشدن بیع.

[772] (2) محذوری برایش وجود نداشته باشد ..

[773] (1) اگرچه امکان تفصی و وجود داشته باشد و هیچ ضروری از باب تفصی و چاره جویی به شخص متوجه نشود؟

[774] (2) به این صورت که در معاملات، عجز از تفصی شرط صدق اکراه نیست و ملاک، نبودن رضایت و طیب نفس است ولی در سایر امور- مثل اکراه بر شرب خمر، افطار عمدی و ...- عجز از تفصی شرط است و با تمکن از آن اکراه صدق نمی کند؟ این تفصیل از برخی کلمات شیخ اعظم استفاده می شود و در ادامه بیان خواهد شد.

[775] (3) یعنی نسبت به توریه عجز از آن شرط نیست و با امکان توریه هم اکراه صدق می کند ولی نسبت به سایر امور عجز از آن ها شرط صدق است؟ این تفصیل نیز از کلام دیگر شیخ اعظم استفاده می شود.

[776] (4) یعنی اگر توریه دشوار است و محذور دارد عجز از آن شرط نیست

و با تمکن از آن اکراه صدق می کند ولی اگر توریه کردن آسان است عجز از آن شرط است و با امکان آن اکراه صدق ندارد؟ این تفصیل از متن مسأله مورد بحث ما در تحریر الوسيله استفاده می شود.

[777] (5). المصباح المنیر، ج 2، ص 376، ماده وری ..

[778] (1). أقرب الموارد، ج 2، ص 1447، ماده دری.

[779] (2). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 300.

[780] (3). مثال: شخص زورگویی فردی را مجبور می کند که اعتراف کند؛ او در جواب، توریه می کند و می گوید: «علم الله ما قُلتَه» و منظورش ماء موصول است یعنی خدا می داند آنچه را گفته ام، ولی به گونه ای ادا می کند که وانمود می کند که منظورش ماء نافیہ است؛ یعنی من نگفته ام تا از شرّ ظالم رها شود. يك مثال برای توریه در عمل هم این است که ظالمی به فردی شلاق می دهد و می گوید: فلان مظلوم را بزنی و او شلاق را به دیوار می کوبد و مظلوم هم ظاهراً شیون می کند و مکره این گونه وانمود می کند که در حال تازیانه زدن است. این نیز توریه است ..

[781] (1). عجز از توریه یا به سبب جهل به آن است و علم و توانایی بر توریه ندارد و یا به سبب وحشت فراوانی است که از اکراه بر او عارض شده و قدرت توریه کردن را از وی سلب نموده است.

[782] (2). المكاسب، ج 3، ص 313-316 ..

[783] (1). وسائل الشیعه، ج 22، ص 86.

[784] (2). الکافی، ج 7، ص 463، ح 17.

[785] (3). ر. ک: وسائل الشیعه، ج 16، ص 225، ح 2 ..

[786]

1. همان، ج 23، ص 235-236، ح 1 ..

[787] (1). تحریر الأحكام، ج 2، ص 51. (چاپ قدیم)

[788] (2). رجال النجاشی، ص 404، ح 1072.

[789] (3). شیخ انصاری تفصیل دیگری در این زمینه دارد که برای مطالعه آن می توان رجوع کرد به: المکاسب، ج 3، ص 317 و 318.

[790] (4). کتاب البیع، ج 2، ص 85 ..

[791] (1). همان.

[792] (2). همان، ص 87.

[793] (3). همان، ص 85.

[794] (4). مثلاً اگر شخص می تواند بدون این که ضرری به او برسد از حرام فرار کند یقیناً مکروه نیست و اگر مرتکب شود مرتکب فعل حرام شده است، ولی اگر فرار از حرام مشکل است و سبب عسر و حرج یا ضرر شود در این صورت مکروه است، و اگر حرامی مرتکب شد مؤاخذه ندارد و قانون نفی ضرر و حرج و نفی اکراه جاری می گردد ..

[795] (1). المکاسب، ج 3، ص 324 ..

[796] (1). همان گونه که امر به کل و مرکب، امر به اجزاء آن است.

[797] (2). همان، ص 325.

[798] (3). شاید وجه نظر این باشد که مورد بحث از طرفی از قبیل مواردی است که «لا یُعرف الأمر إلا من ناحیه الداعی» و در این گونه موارد ادعای مدعی مسموع است؛ و از طرفی ظاهر حال این است که به اختیار خود اقدام کرده است، پس ادعای اکراه مسموع نیست.

[799] (4). این اکراه چه به صورت خطاب عام باشد؛ مثلاً بگوید: باید همه اموالت را بفروشی، چه به صورت مطلق شمولی باشد و از قبیل امر به طبیعت ساریه در همه افراد باشد که مطلوب مطلق الوجود طبیعت

و همه افراد آن است ..

[800] (1). مناهج الوصول، ج 2، ص 25-28 ..

[801] (1). کتاب البیع، ج 2، ص 94-95.

[802] (2). مقابس الأنوار، ص 118.

[803] (3). خود طبیعی و جامع به وصف جامعیت و کلی بودن.

[804] (4). فرد خاص با خصوصیت و تشخیص فردی.

[805] (5). اصولاً به قول حکیمان: «الشیء ما لم یتشخص لم یوجد»، بلکه صحیح این است که «الشیء ما لم یتشخص امتنع وجوده»

..

[806] (1). کتاب البیع، ج 2، ص 97-98 ..

[807] (1). سایر احتمالات مردود است، زیرا احتمال این که به فرد معین باشد ترجیح بدون مرجح است، و احتمال فرد غیر معین معقول نیست؛ زیرا فرد غیر معین وجود خارجی ندارد تا امثال باشد، با توجه به این که ظرف امثال، خارج است، و احتمال این که امثال به مجموع باشد خلاف ظاهر دلیل است زیرا امر، به ایجاد اصل طبیعت تعلق گرفته و هر امری مکلف را به متعلق خود دعوت می کند و ایجاد طبیعت هم به وجود یک فرد محقق می شود و وجود مجموع به وصف مجموعیت متعلق امر نیست تا موجب امثال باشد. احتمال اخیر (اصلاً امثال نباشد) هم وجداناً باطل است، زیرا قطعاً امر مولی در ضمن یکی از آن ها امثال شده است.

[808] (2). الحاشیة علی کفایة الاصول، ج 1، ص 210.

[809] (3). نهاية الاصول، ص 124 ..

[810] (1). نظیر باب احتیاط و امثال اجمالی که مطلوب واقعی، ایجاد نماز ظهر به سوی قبله است ولی در مقام امثال، فردی سراغ امثال تفصیلی می رود و دیگری به امثال اجمالی و تکرار عمل بسنده می کند؛

ولی چنین نیست که امتثال به همه این ها یا به هر کدام، جداگانه باشد بلکه به نماز واقعی و جامع شروط است.

[811] (2). البیع، ص 391 ..

[812] (1). المكاسب، ج 3، ص 324.

[813] (2). نظیر امر به ایجاد طبیعی تکبیرة الإحرام به قید وحدت ..

[814] (1). البیع (محمد حسن قدیری)، ص 397 ..

[815] (1). المكاسب، ج 3، ص 324 ..

[816] (1). کتاب البیع، ج 2، ص 104 ..

[817] (1). همان، ص 102.

[818] (2). مثل اکراه بر انجام فلان حرام یا در ظرف امروز یا در ظرف فردا؛ یا اکراه بر انجام فلان معامله یا امروز و یا فردا که اطراف تخییر طولی است؛ یا اکراه بر انجام حرامی در وقت موسّعی مثل این که جائری بگوید از اوّل ظهر تا غروب باید شرابی بخوری؛ یا اکراه بر انجام معامله ای در وقت وسیع، مثلاً بگوید: باید از اوّل ظهر شرعی تا نیمه شب منزلت را بفروشی ..

[819] (1). منیة الطالب، ج 1، ص 190 ..

[820] (1). مصباح الاصول، ج 3، ص 315-316.

[821] (2). کتاب البیع، ج 2، ص 100-102 ..

[822] (1). المكاسب، ج 3، ص 321.

[823] (2). کتاب البیع، ج 2، ص 98؛ مصباح الفقاهه، ج 3، ص 318-320 ..

[824] (1). کتاب البیع، ج 2، ص 98.

[825] (2). فرض چهارمی هم متصوّر است؛ یعنی هم مالک مکره باشد هم عاقد، مثلاً جائر، مالک را مکره می کند که دیگری را در انجام کاری وکیل کند و وکیل را هم مکره می کند که عقد را انشا کند. حکم این فرض، از فرض

اول روشن می شود ..

[826] (1) همان.

[827] (2) کتاب البیع، ج 2، ص 99.

[828] (3) ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 3، ص 320.

[829] (4) ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 99.

[830] (5) زیرا توکیل او اکراهی است و حدیث رفع آن را برمی دارد و نمی توان گفت: «لسان الوکیل لسان الموکل»، خود زوج هم انشای طلاق نکرده است تا منعقد شود.

[831] (6) زیرا توکیل اکراهی و بدون رضایت موکل، محقق نمی شود و وجود انشایی هم که مبتنی بر آن باشد کالعدم است، و در یک کلام چنین ایقاعی فضولی است و فعلاً منعقد نمی شود ..

[832] (1) البته این دلیل به صورت یک وجه و احتمال مطرح کرده است. ر. ک: مسالك الأفهام، ج 9، ص 322 ..

[833] (1) المكاسب، ج 3، ص 321.

[834] (2) مصباح الفقاهه، ج 3، ص 321.

[835] (3) کتاب البیع، ج 2، ص 99-100.

[836] (4) تحرير الأحكام الشرعيه، ج 2، ص 51 ..

[837] (1) چون عبارت «فالأقرب» مشعر به این است که قول یا احتمال دیگری هم هست که قریب به واقع یا بعید یا ابعد است، و آن عدم وقوع طلاق است.

[838] (2) مسالك الأفهام، ج 9، ص 22 ..

[839] (1) مصباح الفقاهه، ج 3، ص 328 ..

[840] (1) منية الطالب، ج 1، ص 196.

[841] (2) طیب نفس، عامل مستقل وقوع عقد و ایقاع باشد ..

[842] (1) ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 3، ص 329.

[843] (2) نظیر این بحث درباره صوم و صلوات استیجاری و قصد قربت و اخذ اجرت که در مباحث مکاسب

محرمه، در باب اخذ اجرت بر عبادات بحث شده است.

[844] (3). مصباح الفقاهه، ج 3، ص 329-330.

[845] (4). منية الطالب، ج 1، ص 196-197 ..

[846] (1). هر ضدی یا تقيضی طارد ضد یا تقيض دیگر است ..

[847] (1). المكاسب، ج 3، ص 327.

[848] محمدی خراسانی، علی، كوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.

[849] (2). همان.

[850] (3). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 111.

[851] (4). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 328 ..

[852] (1). ر. ك: بداية المجتهد، ج 2، ص 81.

[853] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 107 ..

[854] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 345.

[855] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 127 ..

[856] (1). المكاسب، ج 3، ص 346.

[857] (2). كتاب البيع، ج 2، ص 127 ..

[858] (1). «بعد اتفاقهم على بطلان إيقاعه كما في غاية المراد». ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 345.

[859] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 127-131.

[860] (3). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 4-6 ..

[861] (1). یعنی نفس عقد یا ایقاع، علت تامه برای ترتب اثر بودن.

[862] (2). ر. ك: غاية المراد، ص 177 ..

[863] (1). ر. ك: إيضاح الفوائد، ج 1، ص 417.

[864] (2) ر. ك: مجمع الفائدة، ج 8، ص 158.

[865] (3) ر. ك: الحدائق الناضرة، ج 18، ص 378..

[866] (1) این قول در مسأله پنجم به تفصیل بررسی خواهد شد. در این جا فعلاً دو قول قبلی مطرح است.

[867]

(2). این نظریه نیز در مباحث بعدی بررسی خواهد شد.

[868] (3). النهایة، ص 385.

[869] (4). المقنعة، ص 606 ..

[870] (1). تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 14.

[871] (2). شرح فتح القدير، ج 5، ص 305.

[872] (3). الفقه على المذاهب الاربعة، ج 2، ص 166.

[873] (4). همان، ص 168.

[874] (5). همان، ص 240 ..

[875] (1). یعنی کسی که اهلیت برای معامله و انشای عقد دارد، یعنی عاقل و بالغ و قاصد و مختار است و از این لحاظ نقصی ندارد. صادر شده؟

[876] (2). یعنی متاعی که مالیت دارد و از نظر عرف و شرع، قابل معاوضه است.

[877] (3). مختلف الشیعه، ج 5، ص 54؛ ریاض المسائل، ج 8، ص 118.

[878] (4). ر. ک: غایة المراد، ص 178.

[879] (5). ر. ک: المكاسب، ج 3، ص 350.

[880] (6). ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 19-20.

[881] (7). ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 133 ..

[882] (1). به این معنا که حتماً باید خود مالک اصل عقد را انشا کند.

[883] (2). مانده (5): 1 ..

[884] (1). ر. ک: حاشیة المكاسب (آخوند خراسانی)، ص 52 و 53؛ حاشیة المكاسب (محقق یزدی)، ج 1، ص 133؛ منیة الطالب، ج 1، ص 210.

[885] (2). ر. ک: حاشیة المكاسب (محقق اصفهانی)، ج 1، ص 131؛ مصباح الفقاهه، ج 4، ص 20 ..

[886] (1). بنا بر این که اذن در عقد و معامله غیر از توکیل در آن باشد که در جعاله اذن هست و وکالت نیست ..

[887] (1). کتاب البیع، ج 2،

[888] (1). السنن الكبرى، ج 6، ص 112؛ عوالی اللالی، ج 3، ص 205، ح 36.

[889] (2). ر. ك: صحیح بخاری، ج 5، ص 58؛ مسند احمد، ج 4، ص 376 و....

[890] (3). ر. ك: جواهر الكلام، ج 22، ص 277 ..

[891] (1). این نکته در اصول ثابت شده است مخصوصاً شهرت نزد متأخران ..

[892] (1). بر اساس محاسبه ای که کرده بود وقتی با يك دينار به خریدن يك گوسفند راضی است پس به خریدن دو تا هم راضی است و بلکه به طریق اولی رضایت دارد، و نیز راضی است که هم گوسفندی خریداری شود و هم دینارش به او برگردد ..

[893] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 352 ..

[894] (1). این مطلب در تشریح مسألة هشتم تحریر الوسیله بررسی خواهد شد ..

[895] (1). ر. ك: منیة الطالب، ج 1، ص 213.

[896] (2). حاشیة المكاسب (محقق یزدی)، ص 134.

[897] (3). وسائل الشیعه، ج 21، ص 203 ..

[898] (1). ر. ك: وسائل الشیعه، ج 21، ص 203.

[899] (2). ر. ك: حاشیة المكاسب (محقق یزدی)، ج 1، ص 135.

[900] (3). ر. ك: غایة الآمال، ص 357 ..

[901] (1). ر. ك: ریاض المسائل، ج 8، ص 119.

[902] (2). ر. ك: جواهر الكلام، ج 22، ص 276.

[903] (3). وسائل الشیعه، ج 20، ص 281، ح 3 ..

[904] (1). همان، ج 21، ص 114، ح 1 ..

[905] (1). وسائل الشیعه، ج 19، ص 163.

[906] (2). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 356-358.

ك: كتاب البيع، ج 2، ص 157 ..

[908] (1) ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 155.

[909] (2) ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 36 و 37 ..

[910] (1) وسائل الشيعه، ج 20، ص 262، ح 3.

[911] (2) همان، ج 21، ص 114، ح 1 ..

[912] (1) ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 45 ..

[913] (1) این که هر عقدی از هر عاقدی- اگر معصیت خدا نباشد و تنها معصیت مولی یا مالک باشد- اشکالی ندارد و با اجازه درست می شود.

[914] (2) ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 363.

[915] (3) وسائل الشيعه، ج 21، ص 190، ح 1 ..

[916] (1) وسائل الشيعه، ج 19، ص 18، ح 9.

[917] (2) نظرية مشهور ..

[918] (1) ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 358.

[919] (2) ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 51-53 ..

[920] (1) ر. ك: وسائل الشيعه، ج 9، ص 87 و ج 17، ص 257.

[921] (2) ر. ك: الدروس الشرعيه، ج 1، ص 229؛ المكاسب، ج 3، ص 360.

[922] (3) ر. ك: وسائل الشيعه، ج 17، ص 256-257.

[923] (4) ر. ك: همان، ج 9، ص 89 ..

[924] (1) ر. ك: همان، ج 17، ص 257.

[925] (2) ر. ك: همان، ح 2.

[926] (3) یعنی دارای مالی باشد که بتواند قرض یتیم را بپردازد.

[927] (4). وسائل الشيعة، ج 17، ص 259 ..

[928] (1). نساء (4): 29 ..

[929] (1). ر. ك: التبيان، ج 3، ص 178.

[930] (2). ر. ك: مجمع البيان، ج

[931] (3). ر. ك: الكشاف، ج 1، ص 502.

[932] (4). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 364.

[933] (5). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 79 ..

[934] (1). واقعه (56): 25-26.

[935] (2). نساء (4): 157.

[936] (3). مصباح الاصول، ج 2، ص 104.

[937] (4). زمر (39): 7 ..

[938] (1). ر. ك: مصباح الاصول، ج 4، ص 80 ..

[939] (1). ر. ك: همان، ص 81 ..

[940] (1). نساء (4): 23 ..

[941] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 364.

[942] (2). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 82-83 ..

[943] (1). باء برای سببیت است و از «الباطل» جنس باطل مراد است و همه سبب های نامشروع را شامل می شود.

[944] (2). البته این تأویل و تصرف در ظاهر آیه است ولی تأویل بنا بر جمیع مبانی و احتمالات آیه وجود دارد و تأویل فوق کم ترین بوده و مقام اعطای ضابطه هم دلیل آن است ..

[945] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 174.

[946] (2). لفظاً i أموالکم، بینکم و منکم E قرینه بر این نکته است ..

[947] (1). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 83-84؛ المكاسب، ج 3، ص 365.

[948] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 174.

[949] (3). السنن الكبرى (بيهقي)، ج 5، ص 267 و 317 و 339. (البتة در دو صفحه اخير «لاتبع ما ليس عندك» آمده است)

[950] (4) .ر.ك: وسائل الشيعة، ج 18، ص 47، ح 2 و 5 ..

[951] (1) .ر.ك: مستدرک الوسائل، ج 13،

ص 230، ح 3 و 4 ..

[952] (1) .ر. ك: وسائل الشيعة، ج 18، ص 46.

[953] (2) .المكاسب، ج 3، ص 365 ..

[954] (1) .كتاب البيع، ج 2، ص 175 ..

[955] (1) .كنز العمال، ج 9، ص 641؛ ر. ك: مستدرک الوسائل، ج 13، ص 230 ..

[956] (1) .وسائل الشيعة، ج 17، ص 339، ح 1.

[957] (2) .ر. ك: الحدائق الناضرة، ج 18، ص 386 ..

[958] (1) .وسائل الشيعة، ج 17، ص 334، ح 2 ..

[959] (1) .همان، ص 337 ..

[960] (1) .مخصوصاً از نظر عقلا، رضای لاحق کفایت می کند.

[961] (2) .وسائل الشيعة، ج 17، ص 334، ح 3.

[962] (3) .ر. ك: همان، روايات باب اول ..

[963] (1) .ر. ك: همان، ص 334، ح 3.

[964] (2) .ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 178-179.

[965] (3) .ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 99.

[966] (4) .ر. ك: منية الطالب، ج 1، ص 222 ..

[967] (1) .ر. ك: حاشية المكاسب (محقق ايروانى)، ج 2، ص 230 ..

[968] (1) .ر. ك: الخلاف، ج 3، ص 168؛ كتاب البيوع، مسألة 275.

[969] (2) .ر. ك: الغنية، ص 207.

[970] (3) .ر. ك: السرائر، ج 2، ص 415.

[971] (4) .ر. ك: النهاية، ص 385 ..

[972] (1) . به حکم ملازمة عقلی میان ادراك عقلی و حکم شرعی.

[973] (2) . وسائل الشیعه، ج 9، ص 540-541 ..

[974] (1) . البته تعبیر، تسامحی است وگرنه منظور شیخ حقیقت ادعایی سگّاکي است که در ادبیات مطرح است ..

[975] (1) . چون وی واقعاً

[976] (2). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 377 و 378.

[977] (3). ر. ك: حاشية المكاسب (محقق ايروانى)، ج 2، ص 238.

[978] (4). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 190 ..

[979] (1). اين كه حتماً چنين معامله اى را براى غاصب، صحيح و نافذ نمى دانند.

[980] (2). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 114 و 115 ..

[981] محمدى خراسانى، على، كوثر فقه (محمدى) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.

[982] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 193 ..

[983] (1). براى مطالعه پاسخ محقق قمى ر. ك: جامع الشتات، ج 2، ص 319 و ص 276 و براى مطالعه پاسخ كاشف الغطاء كه محقق تسترى نيز از وي پيروي كرده است ر. ك: شرح القواعد خطى، ص 6؛ مقابس الأنوار، ص 132.

[984] (2). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 380؛ مصباح الفقاهه، ج 4، ص 116؛ كتاب البيع، ج 2، ص 194 ..

[985] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 373 ..

[986] (1). سلطنت مالك بر مال خودش در اين كه هيچ دخل و تصرفى بدون رضاي او صحيح نيست.

[987] (2). حاشية المكاسب (محقق يزدي)، ج 1، ص 159 ..

[988] (1). كتاب البيع، ج 2، ص 185 ..

[989] (1). و لذا در منطق آورده اند كه اگر كلى هزار قيد هم پيدا كند باز كلى است اگرچه دايره شمول آن محدودتر مى شود ولى ذاتاً كلى و قابل صدق بر كثيرين است و تا وقتى كه به شخص خاصى قيد نشود جزئى نمى گردد.

[990] (2). و لذا در بيع عين شخصى سخن از مبادله مال

با مال و این که برای چه کسی واقع شود و از ملك چه کسی خارج شود و ... مهم نیست و در صدق بیع دخالت ندارد.

[991] (3). مصباح الفقاهه، ج 4، ص 122.

[992] (4). صاحب ذمه هم باید قدرت بر تسلیم داشته باشد و اگر ممتنع الوجود عقلی یا عادی باشد یا از تحقق آن مایوس باشند آن را مال و قابل معامله نمی دانند ..

[993] (1). همان مرکب ناقص که به صورت صفت و موصوف یا به حال مضاف و مضاف الیه گفته می شود. يك تن گندم در ذمه زید، بدون این که حکم و تصدیق باشد.

[994] (2). این که بر آن کلی در ذمه، انشای بیع کند و مرکب تام انشایی درست شود، یعنی بگوید: «بعثُ کراً من الطعام بذمه زید، بكذا».

[995] (3). البته این مطلب قابل مناقشه است؛ زیرا در اوایل کتاب بیع تبیین شد که لزومی بر مالیت مبیع قبل از بیع وجود ندارد و کافی است به نفس بیع مالیت هم ایجاد شود و متأخر از بیع نباشد ولی اصل سخن متین است و اضافه به ذمه در مالیت کلی دخالت ندارد.

[996] (4). ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 202.

[997] (5). این نکته نیز قابل مناقشه است؛ زیرا اگر قید در ذمه بودن مقوم مالیت باشد می توان گفت: المقید بهذا القید ذهنی و غیر قابل للوجود خارجی؛ ولی اضافه به ذمه مُصحح مالیت کلی است؛ نظیر تصور موضوع و محمول و نسبت حکمیه که مُصحح حمل قیام بر زید است ولی ذات زید موضوع و ذات قائم محمول است نه این که زید متصور موضوع و قائم متصور محمول

باشد، وگرنه تمام قضایا ذهنیه خواهند بود، اما این قطعاً محال و باطل است ولی اصل مطلب خدشه ندارد و کلی بما هو کلی دارای مالیت است و اهل بازار برای آن قیمت قائل اند ..

[998] (1). البته در این جا بحث دیگری مطرح می شود که اگر طرف اصیل اقرار کرد که از قصد بایع مطلع بوده است حق ندارد به او مراجعه کند و او را ملزم کند به ادای ما فی الذمه. ولی اگر انکار کرد و ادعا نمود که بایع برای خودش فروخته یا من فکر می کردم برای خودش فروخته است و بایع انکار نمود، موازین باب قضا و شهادات پیش می آید که بایع باید بیّنه بیاورد و قصد خود را اثبات کند و اگر نتوانست در ظاهر به نفع طرف اصیل حکم می شود و وی می تواند بایع را ملزم کند به انجام تعهد و تحصیل مبیع و تسلیم آن به مشتری.

[999] (2). مثل بناگذاری بر اشتراط خیاطت به صرف مذاکره قبلی و انشای عقد با بناگذاری قلبی بر امر قبلی بدون ذکر آن در متن عقد.

[1000] (3). مثلاً غرض اصلی از خریدن دارو این است که آن را بخورد تا سلامتی حاصل کند ..

[1001] (1). ر. ک: منیة الطالب، ج 1، ص 232.

[1002] (2). ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 205 و 206 ..

[1003] (1). المکاسب، ج 3، ص 392.

[1004] (2). زیرا حفظ یکی و الغای دیگری ترجیح بلا مرجح است و حفظ هر دو مستلزم تناقض است.

[1005] (3). ر. ک: منیة الطالب، ج 1، ص 230 ..

[1006] (1). ر. ک: کتاب البیع، ج

[1007] (2). ر. ك: منية الطالب، ج 1، ص 230 ..

[1008] (1). كتاب البيع، ج 2، ص 207 ..

[1009] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 394.

[1010] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 209.

[1011] (3). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 128-133.

[1012] (4). بقره (2): 275 ..

[1013] (1). برخلاف جمله «رفع ما لا يعلمون» که ظاهراً حرمت را برمی دارد و دلیل خاصی دارد؛ یعنی اشتراك احكام واقعی میان عالم و جاهل باشد.

[1014] (2). این مطلب در مسأله هشتم تحریر الوسیله بررسی خواهد شد ..

[1015] (1). آری در عبادات ملازمه وجود دارد زیرا عبادت مشروط به قصد قربت است و اگر متعلق نهی شد، نهی کاشف از مبعوضیت عمل است، و مبعوض مُبَعَد از مولاست و چگونه ممکن است عمل مبعّد، مَقَرَّب باشد؟!

[1016] (2). ر. ك: مقابس الأنوار، ص 138 ..

[1017] (1). منظور، انشای قولی است.

[1018] (2). ر. ك: منية الطالب، ج 1، ص 233 ..

[1019] (1). اجازه مالك مؤثر است و بر صحت و انعقاد بیع فضولی دلالت می کند ..

[1020] (1). المكاسب، ج 3، ص 426 و 427.

[1021] (2). همان.

[1022] (3). ر. ك: جواهر الكلام، ج 22، ص 278.

[1023] (4). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 426.

[1024] (5). اگر ایجاب فضولی است مجیز به منزله موجب است و اگر قبول فضولی است مجیز به منزله قابل است ..

[1025] (1) ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 426.

[1026] (2) قيد آيه «عقودكم» است ..

[1027] (1) ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص

[1028] (2). حتی بر مبنای مشهور که مرکب از ایجاب و قبول است ..

[1029] (1). چه عقد را اراده های مُظهرة دو طرف عقد بدانیم، چه تعهد طرفینی بر نقل و انتقال و چه مبادله مالی با مالی باشد.

[1030] (2). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 427.

[1031] (3). بحار الأنوار، ج 2، ص 272؛ عوالی اللالی، ج 1، ص 222، ح 99.

[1032] (4). زیرا نخست به حکم حدیث فرض کردیم که چنین سلطنتی ثابت است.

[1033] (5). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 427 ..

[1034] (1). یعنی اراده مُظهرة و مبرزه، بناگذاری قلبی بر تمليك و تملك، تعهد طرفینی، انشای تمليك، مبادله مال به مال و

[1035] (1). اگر ردّ مؤثر باشد نتیجه اش اسقاط مذکور است.

[1036] (2). مثلاً جابه جا کند یا به قبض طرف معامله بدهد و

[1037] (1). ر. ك: منية الطالب، ج 1، ص 255-256 ..

[1038] (1). تصرف اعتباری.

[1039] (2). بلکه چه بسا انشای فضولی راه را برای مالك هموار کرده و به او كمك نموده است زیرا نیازی به انشای جدید نیست و اگر

راضی شد همان انشای فضولی کافی است ..

[1040] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 286-290 ..

[1041] (1). المكاسب، ج 3، ص 427.

[1042] (2). وسائل الشیعه، ج 20، ص 294.

[1043] (3). انکار و فزع همان ردّ فعلی است ..

[1044] (1). متعارف در نکاح همین است و خود زن حیا می کند که مستقیماً انشای عقد کند و به مردی بگوید: من زن شما می شوم یا

خودم را به عقد شما در آوردم.

[1045]

(2). ر. ك: حاشية المكاسب (محقق يزدي)، ج 1، ص 158 و 159 ..

[1046] (1). اراده مظهره، بنای قلبی بر تمليك و تملك، مبادلة مال به مال و.....

[1047] (1). كتاب البيع، ج 2، ص 293 ..

[1048] (1). اگرچه با کنایه باشد ..

[1049] (1). یعنی به فعلی از افعال ابراز رضایت کند، مثلاً با توجه به معامله فضولی، در ثمن تصرف کند، یا زن با توجه به نکاح فضولی، خود را در اختیار روج قرار دهد.

[1050] (2). ر. ك: التنقيح الرائع، ج 2، ص 27 ..

[1051] (1). ر. ك: جواهر الكلام، ج 22، ص 293.

[1052] (2). حتی اگر حرکت دادن سر باشد.

[1053] (3). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 206-207 ..

[1054] (1). البته تکلیفاً حرام است، هر چند که وضعاً مفید است و موجب ملکیت و زوجیت می شود.

[1055] (2). البته جزء اول تصرف، حرام است، اما اجزای بعدی حرمت ندارد.

[1056] (3). المكاسب، ج 3، ص 424 ..

[1057] (1). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 207.

[1058] (2). وسائل الشیعه، ج 18، ص 13، ح 1 ..

[1059] (1). ر. ك: وسائل الشیعه، ج 21، ص 206.

[1060] (2). ر. ك: همان، ج 21، ص 117.

[1061] (3). همان، ص 114، ح 1.

[1062] (4). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 424-425 ..

[1063] (1). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 207-209 ..

[1064] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 423-424.

[1065] (2) . همان، ص 424.

[1066] (3) . ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 211.

[1067]

(4). حتی اگر آن مبرز، فعل باشد ..

[1068] (1). اگرچه ابراز نکرده و اذن در معامله نداده است.

[1069] (2). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 425-426.

[1070] (3). بحث تکمیلی در این باره در مسأله هشتم بررسی شده است ..

[1071] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 279.

[1072] (2). كتاب البيع، ج 2، ص 274 ..

[1073] (1). همان ..

[1074] (1). حتی از منظر امام در باب عقد هم آن که انشاء، مقوم آن است ایجاب عقد است و در ناحیه قبول انشاء، تملك لازم نیست و رضایت به انشای تملك بایع کفایت می کند.

[1075] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 274-278 ..

[1076] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 399.

[1077] (2). این مطلب در مباحث بعدی با ذکر نمونه هایی بیان خواهد شد.

[1078] (3). ر. ك: همان، ص 408 ..

[1079] (1). ر. ك: ايضاح الفوائد، ج 1، ص 419 ..

[1080] (1). ر. ك: منية الطالب، ج 2، ص 56.

[1081] (2). ر. ك: همان ..

[1082] (1). ر. ك: البيع، (محمد حسن قدیری)، ص 480 و 481.

[1083] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 213-214 ..

[1084] (1). ر. ك: همان، ص 217 ..

[1085] (1). ر. ك: حاشية آقا جمال بر شرح لمعه، ص 358 ..

[1086] (1). مثل تقدم غسل جمعه بر روز جمعه که سبب استحباب آن است و مثل تقدم ادای زکات بر حلول حول که سبب وجوب

آن است.

[1087] (2). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 401 ..

[1088] (1). ر.

ك: الفصول الغروية، ص 80 ..

[1089] (1). ر. ك: كفاية الاصول، ج 1، ص 118-119 ..

[1090] (1). ر. ك: مناهج الوصول، ج 1، ص 340-341.

[1091] (2). ر. ك: جامع المقاصد، ج 4، ص 74 و 75؛ الروضة البهيّة، ج 3، ص 229؛ المكاسب، ج 3، ص 400 ..

[1092] (1). زیرا پس از اجازه هم صحیح است گفته شود این عقد، عقد فضولی است که مالک، آن را اجازه کرده است، نه این که عقد خودش باشد.

[1093] (2). ر. ك: بدائع الافكار، ص 323؛ الإجارة، ص 184 و 185 ..

[1094] (1). آن گونه که لفظ کاشف از معنا و دالّ بر آن و حاکی از مراد متکلم است.

[1095] (2). از نوع کشف معلول از وجود علّت.

[1096] (3). از نوع کشف ذی المبدء از مبادی که هر کار اختیاری مسبوق به مبادی آن است.

[1097] (4). که عرفاً میان اجازه فعلی لا حق با رضایت تقدیری از اول عقد ملازمه وجود دارد ..

[1098] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 219-223 ..

[1099] (1). ر. ك: جامع الشتات، ج 2، ص 279؛ ریاض المسائل، ج 8، ص 119-123.

[1100] (2). کشف لفظی که حکایت و دلالت باشد.

[1101] (3). در مثل بیع صرف و سلم تا تقابض یا قبض فی المجلس نیاید ملکیتی نمی آید و اگر مراد طرفین و مفهوم عقد نقل از حین عقد باشد، پس در این موارد تخلّف شده است، در حالی که عقود، تابع قصودند ..

[1102] (1). قبل از اجازه واقعاً مشتری مالک متاع نبود و پس از اجازه، واقع عوض

شد و واقعاً از اول عقد و از حین انشا مالک شد؛ این محال است «لأنّ الشيء لا ينقلب عمّا وقع عليه». مگر این که بتوانیم خود زمان گذشته را به زمان اجازه بیاوریم که این نیز محال است و به تعبیر امام راحل در کتاب البیع، ج 2، ص 224 «لا يمكن وقوع زمان فی زمان» یا وجود زمان گذشته را در زمان حال اعتبار کنیم، که این هم فایده ای ندارد، زیرا به قول امام راحل: «الزمان الاعتباری لا یفید، لأنّ العقد لم یقع فیهِ، بل وقع فی الزمان الواقعی وهو غیر قابلٍ للإرجاع». بنابراین گذشته گذشته است و اگر واقعاً مشتری مالک نبوده است، امکان ندارد که برگردد و واقعاً مالک شود.

[1103] (2). مشتری هم از حین عقد تا حین اجازه واقعاً مالک نبود و هم واقعاً مالک بود.

[1104] (3). اگر در واقع از حین عقد، هم مالک اصلی مالک بوده و هم مشتری.

[1105] (4). اگر واقعاً، نه مالک اصلی مالک بوده نه مشتری.

[1106] (5). منظور جزء علت است؛ یعنی اجازه ..

[1107] (1). یعنی جزء سبب، خود عقد فضولی و جزء دیگر اجازه است.

[1108] (2). یعنی عقد فضولی را تنفیذ کرده است.

[1109] (3). زیرا فرض این است که خود عین موجود است و فرض ملکیت از اول عقد یا از حالا نسبت به خود عین فرقی ندارد لذا اجازه را نسبت به اصل مالک شدن عین ناقله می گیریم.

[1110] (4). ر. ک: منیة الطالب، ج 2، ص 55 ..

[1111] (1). قبلاً با توجیهاتی امکان آن را پذیرفتیم ..

[1112] (1). المکاسب، ج 3، ص 408.

[1113]

2). کتاب البیع، ج 2، ص 234 ..

[1114] (1). وسائل الشیعه، ج 21، ص 203، ح 1.

[1115] (2). ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 234 و 235 ..

[1116] محمدی خراسانی، علی، کوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه. ش.

[1117] (1). وسائل الشیعه، ج 21، ص 188، ح 5 ..

[1118] (1). ر. ک: جواهر الکلام، ج 22، ص 287.

[1119] (2). وسائل الشیعه، ج 26، ص 219، ح 1 ..

[1120] (1). ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 238 و 239 ..

[1121] (1). کتاب البیع، ج 2، ص 239 و 240 ..

[1122] (1). وسائل الشیعه، ج 26، ص 221، ح 4.

[1123] (2). چون مورد حدیث، طلاق کودک ده ساله است که گرچه زوج است ولی مالک تصرف نیست و عبارت او فعلاً اثری ندارد، لذا نیاز به امضای پس از بلوغ دارد. در آغاز بیع فضولی ذکر شد که منظور از فضولی کسی است که مالک تصرف نیست، ضمناً اگر ایقاع فضولی منعقد شود عقد او به طریق اولی منعقد می شود و از این جهت صحیحه قابل استناد است.

[1124] (3). ر. ک: وسائل الشیعه، ج 20، ص 278، ح 9 ..

[1125] (1). ر. ک: صحیح بخاری، ج 5، ص 58-166.

[1126] (2). ر. ک: سنن ابن داود، ج 2، ص 276-284.

[1127] (3). ر. ک: مسند احمد حنبل، ج 4، ص 376.

[1128] (4). همان ..

[1129] (1). ر. ک: الامالی، ج 2، ص 13، ح 890.

[1130] (2). چنین کسی در واقع قاصر است نه مقصّر ..

[1131] (1). ر. ک: وسائل

الشيعة، ج 9، ص 543-553.

[1132] (2). همان، ص 543، ح 1.

[1133] (3). ر. ك: الإجاره، ص 186 ..

[1134] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 246 و 247.

[1135] (2). همان، ص 247 ..

[1136] (1). همان ..

[1137] (1). كتاب البيع، ج 2، ص 234.

[1138] (2). ر. ك: وسيلة النجاة، ص 337.

[1139] (3). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 408.

[1140] (4). ر. ك: مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 159.

[1141] (5). ر. ك: ايضاح الفوائد، ج 1، ص 420 ..

[1142] (1). در صورتی که اصیل، بایع باشد.

[1143] (2). در صورتی که اصیل، مشتری باشد.

[1144] (3). در برابر تفاصيل كشف حقیقی ..

[1145] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 410 ..

[1146] (1). منظور، خصوص نماء منفصلی است که در فاصله زمانی پس از عقد فضولی تا زمان اجازه مالك محقق می شود، از قبیل میوه درخت، بره گوسفند، فرزند جاریه و ... و اما نماءات متصله، از قبیل چاقی حیوان، رشد درخت و ... تابع خود عین است و حساب جدایی ندارد.

[1147] (2). مثلاً نماءات مبیع مال مشتری است و اگر ثمن هم عین خارجی باشد و دارای نمایی باشد مال بایع است ..

[1148] (1). المكاسب، ج 3، ص 412 و 413 ..

[1149] (1). ر. ك: البيع، ص 528-530.

[1150] (2). حتى تصرف ناقل و متلف ..

[1151] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 413 ..

[1152] (1). آیت الله قدیری (رحمه الله)، به نقل از کتاب البیع، ص 538.

[1153] (2). همان.

[1154] (3). ر. ك: البیع،

[1155] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 346-348.

[1156] (2). مائده (5): 1.

[1157] (3). نساء (4): 29.

[1158] (4). بقره (2): 275 ..

[1159] (1). جمع اول ا\أفوال\ و جمع دوم ا\العقود\ که معنایش این است که بر همه مؤمنان واجب است به همه عقدها وفا کنند.

[1160] (2). ر. ك: منية الطالب، ج 2، ص 4؛ مصباح الفقاهه، ج 4، ص 6 و 7 ..

[1161] (1). چه بسا از آیه تجارت، صریحاً نظر عرف استفاده شود که تجارتي بر مال مالك واقع شود، رضایت طرفین معامله هم باشد. در مورد بحث ما نیز چنین است. بنابراین معامله مورد بحث، مشمول آیات فوق است و محکوم به صحت و لزوم است که از وجوب وفا استفاده می شود.

[1162] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 133-134 ..

[1163] (1). عوالی اللآلی، ج 2، ص 113، ح 309.

[1164] (2). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 7 ..

[1165] (1). ر. ك: منية الطالب، ج 2، ص 4 و 5؛ مصباح الفقاهه، ج 4، ص 7 ..

[1166] (1). وسائل الشیعه، ج 17، ص 334.

[1167] (2). همان، ص 337.

[1168] (3). ر. ك: منية الطالب، ج 2، ص 6؛ مصباح الفقاهه، ج 4، ص 16 ..

[1169] (1). ر. ك: همان.

[1170] (2). المكاسب، ج 3، ص 348 ..

[1171] (1). المكاسب، ج 3، ص 347.

[1172] (2). مجرد رضایت باطنی کفایت نمی کند و عقد غیر مالك تصرف را صحیح نمی کند.

[1173] (3) . در مورد وکیل .

[1174] (4) . در مورد ولی ..

[1175] (1) . ر. ك:

منية الطالب، ج 2، ص 3.

[1176] (2). یعنی معامله باشد و رضایت مالک هم باشد.

[1177] (3). ر. ك: الحاشية المكاسب (محقق یزدی)، ج 1، ص 133 ..

[1178] (1). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 12-14 ..

[1179] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 459-460.

[1180] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 384-389 ..

[1181] (1). المكاسب، ج 3، ص 459 ..

[1182] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 459.

[1183] (2). در حالی که شیخ حکم به صحت کرد، دیگران نیز همین نظر را دارند.

[1184] (3). حق همین است زیرا بیع، مبادله مال به مال است و مبیع از ملک هرکس که خارج شد ثمن نیز در ملک همان فرد داخل می شود و قصد فرد دیگر بی مورد است ..

[1185] (1). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 293.

[1186] (2). و در مورد بحث ما قصد لئفسه که به عین خارجی ملک مولی علیه و موکّل ملحق می شوند.

[1187] (3). چون سلام بر مخاطب است ولی از آن جا که تصور می کرد وی عالم است قید کرده و این از خطای در تطبیق است.

[1188] (4). يك نظر در مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» همین است ..

[1189] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 389 و 390 ..

[1190] (1). ر. ك: القواعد و الفوائد، ج 2، ص 238.

[1191] (2). ر. ك: قواعد الاحكام، ج 1، ص 275.

[1192] (3). ر. ك: ايضاح الفوائد، ج 1، ص 420.

[1193] (4). ر. ك: همان.

[1194] (5). المكاسب، ج 3، ص 460-

[1195] (1). بايع قصد پدر کرده بود نه قصد خودش و عقد تابع قصد است و.....

[1196] (1). المكاسب، ج 3، ص 437.

[1197] (2). ر. ك: مقابس الأنوار، ص 134 و 135.

[1198] (3). تمام این وجوه دارای پاسخ و نقد است که در ادامه مباحث به آن ها پرداخته خواهد شد.

[1199] (4). ر. ك: كتاب البيع، ج 1، ص 334 و 335 ..

[1200] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 438 ..

[1201] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 342 ..

[1202] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 343.

[1203] (2). این تعبیر از نویسنده است ..

[1204] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 438 ..

[1205] (1). مفروض بحث همین است ..

[1206] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 441 ..

[1207] (1). مالك اصلی حق داشت معامله را اجازه ندهد و از حق سلطنت خود از مال رفع ید نکند ولی چنین نکرد بلکه اجازه داد ..

[1208] (1). ر. ك: مقابس الأنوار، ص 134 ..

[1209] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 442.

[1210] (2). ر. ك: همان ..

[1211] (1). ر. ك: حاشية المكاسب (محقق یزدی)، ج 1، ص 164.

[1212] (2). ر. ك: مصباح الاصول، ج 4، ص 275.

[1213] (3). نمونه ای از اجتماع مالکان طولی: بنابراین که عبد انسان، هم شرعاً بتواند مالك باشد، نسبت به متاع واحد، هم عبد مالك است و هم مولای او مالكیت دارد. مالكیت مولی در طول مالكیت عبد است و مالكیت عبد از شؤون مالكیت مولاست و در واقع آنچه

در دست عبد و در اختیار او و ملك او است با خود عبد، ملك مولاست: «العبد وما فى يده كان لمولاه»، نمونه ای از مالکیت های طولی تکوینی: انسان، مالك نفس و قوای نفسانی خویش است و مالکیت و سلطنت او از نوع تکوینی است؛ یعنی واقعاً و خارجاً چنین است نه به صورت اعتباری و قراردادی. هم زمان خود انسان و قوای نفس او و تمام مایملک او ملك خداوند است. ولی مالکیت الهی در طول مالکیت انسان و مالکیت انسان از شؤون مالکیت الهی است و منافاتی با هم ندارند. در باب ولایت و اولویت تصرف هم ولایت نماینده حاکم، از شؤون ولایت خود حاکم است، ولایت فقیه از شؤون ولایت امام معصوم است و ... و جمع آن دو محال نیست ..

[1214] (1). مصباح الاصول، ج 4، ص 276 ..

[1215] (1). ر. ك: منية الطالب، ج 2، ص 116 و 117.

[1216] (2). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 355 ..

[1217] (1). دليل مالك مثنى نبودن این است که به اختیار خودش آن را فروخته است و معامله هم صحیح است، پس از ملکش خارج شده است، و اما مالك ثمن نیست زیرا علی الكشف مشتری، مالك مبیع بوده و هرکس مالك مبیع باشد همان کس مالك ثمن می گردد نه دیگری.

[1218] (2). در واقع جمع بین عوض و معوض در ملك واحد است که این نیز مبادله نیست ..

[1219] (1). ر. ك: مقابس الأنوار، ص 135 ..

[1220] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 443-444 ..

[1221] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 357 و

[1222] (2). ممکن است وجه اولویت این باشد که در بیع خیاری اصل انعقاد و صحت، محقق شده است ولی در بیع فضولی تا اجازه نیاید اصل بیع، متزلزل و مراعا و متوقف است ..

[1223] (1). ر. ك: مقابس الأنوار، ص 135.

[1224] (2). مثل بیع به دیگری بدون قصد ردّ بیع فضولی، چه با علم و اطلاع از آن باشد، چه بدون اطلاع و التفات.

[1225] (3). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 444-446 ..

[1226] (1). اجازه نباید مسبوق به ردّ باشد وگرنه تأثیر ندارد ..

[1227] (1). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 360-362.

[1228] (2). ر. ك: همان.

[1229] (3). السنن الكبرى (بيهقي)، ج 5، ص 267.

[1230] (4). وسائل الشيعه، ج 18، ص 46-47.

[1231] (5). چه صیغه نهی که در نقل اهل سنت آمده، چه ماده نهی که در نقل محدثان شیعه آمده است ..

[1232] (1). حکیم بن حزام پرسید: متاعی را می فروشم سپس می روم از صاحبش خریداری می کنم و به مشتری تحویل می دهم و ظاهر بدوی آن متاع شخصی است.

[1233] (2). فضولی مال شخصی مردم را می فروشد و سپس خودش خریداری می کند و مالك می شود و روایت از این هم نهی کرده است.

[1234] (3). یا مالك عين هستی ولی سلطنت و قدرت تصرف نداری یا عدم سلطنت به خاطر عدم ملك است ..

[1235] (1). چه حالاً و چه سلماً.

[1236] (2). كتاب البيع، ج 2، ص 367.

[1237] (3). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 449 ..

[1238] (1). عوالی اللالی، ج 2، ص 247.

[1239] (2). همان، ج

[1240] محمدی خراسانی، علی، کوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.

[1241] (1). از باب این که نیاز به اجازه مالک دارد و پس از اجازه به منزله بیع خود مالک است و همان طور که بیع مأذون، بیع مالک نیست ولی به منزله آن و جایز است، بیع فضولی مالک هم با اجازه مالک به منزله بیع خود او است ..

[1242] (1). وسائل الشیعه، ج 18، ص 52 ..

[1243] (1). همان، ص 50، ح 4.

[1244] (2). این جمله اگر چه در متن حدیث نیامده است ولی حتماً مدّ نظر است چنان که در صحیحه قبل صریحاً آمده بود ..

[1245] (1). وسائل الشیعه، ج 18، ص 51.

[1246] (2). همان، ص 50 ..

[1247] (1). المکاسب، ج 3، ص 453.

[1248] (2). ر. ک: همان، ص 454 و 455 ..

[1249] (1). وسائل الشیعه، ج 18، ص 50-51.

[1250] (2). با بیع فضولی با ادعای مالکیت؛ مال مردم را برای خودش می فروشد سپس مالک اصلی اجازه می دهد ..

[1251] (1). ر. ک: المکاسب، ج 3، ص 456 ..

[1252] (1). ر. ک: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 283-285.

[1253] (2). ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 378 ..

[1254] (1). ر. ک: کتاب البیع، ج 2، ص 321.

[1255] (2). ر. ک: المکاسب، ج 3، ص 431 ..

[1256] (1). یعنی نه پدر دارد، نه جد پدری، نه وصی یکی از آن دو یا اگر هم وصی هست ولی شرعاً این حق را ندارد که اجازه دهد ..

[1257] (1). ر. ک: القواعد، ج 1، ص 124.

)[1258]

(2). این، قانون اشتراط است زیرا اگر با امتناع شرط مشروط ممکن باشد شرط بودن منتفی است ..

[1259] (1). ر. ك: ايضاح الفوائد، ج 1، ص 418 و 419.

[1260] (2). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 431؛ مصباح الفقاهه، ج 4، ص 247 ..

[1261] (1). كتاب البيع، ج 2، ص 322 و 323 ..

[1262] (1). ر. ك: المكاسب، ج 3، ص 432.

[1263] (2). ر. ك: جواهرالكلام، ج 22، ص 299.

[1264] (3). ر. ك: مصباح الفقاهه، ج 4، ص 245-247.

[1265] (4). ر. ك: كتاب البيع، ج 2، ص 321.

[1266] (5). ر. ك: وسائل الشيعه، ج 20، ص 275 ..

[1267] (1). البته بنا بر این که حاکم شرعی بر امر نکاح صغار ولایت نداشته باشد، یا اگر ولایت دارد ولیّ او هم نباشد و دست رسی به او ممکن نباشد ..

[1268] محمدی خراسانی، علی، کوثر فقه (محمدی) - تهران، چاپ: اول، 1388 ه.ش.

بسمه تعالی

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ

با اموال و جان های خود، در راه خدا جهاد نمایید، این برای شما بهتر است اگر بدانید.

(توبه : 41)

چند سالی است که مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه موفق به تولید نرم افزارهای تلفن همراه، کتاب خانه های دیجیتالی و عرضه آن به صورت رایگان شده است. این مرکز کاملاً مردمی بوده و با هدایا و نذورات و موقوفات و تخصیص سهم مبارک امام علیه السلام پشتیبانی می شود.

برای خدمت رسانی بیشتر شما هم می توانید در هر کجا که هستید به جمع افراد خیراندیش مرکز بپیوندید.

آیا می دانید هر پولی لایق خرج شدن در راه اهلبیت علیهم السلام نیست؟

و هر شخصی این توفیق را نخواهد داشت؟

به شما تبریک میگوئیم.

شماره کارت :

6104-3388-0008-7732

شماره حساب بانک ملت :

9586839652

شماره حساب شبا :

IR390120020000009586839652

به نام : (موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه)

مبالغ هدیه خود را واریز نمایید.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آبا ده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک 129/34 - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: 03134490125

دفتر تهران: 021 - 88318722

بازرگانی و فروش: 09132000109

امور کاربران: 09132000109



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

