



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir



البيع

پژوهشی گسترده‌ای فقهی بیع

- اهمیت بیع، تعریف بیع و ضمانی از عقود،
- گستره بی بیع و اشتقاق آن از سایر عقود،
- وظایح حق و منفعت ثابت به عنوان مبیع،
- حقیقت مال، ملک و حق،
- اثرات ظاهرات به عیونیات، معاضات،
- تعدد باوج از مشققی و ...

تقریرات خروسی خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا خردکی طباطبائی خردکی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

البيع بررسی گسترده ی فقهی بیع «اهمیت بیع، تعریف بیع و شماری از عقود، گستره ی بیع و افتراق آن از سایر عقود

نویسنده:

محمد رضا مدرسی یزدی

ناشر چاپی:

دار التفسیر

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۲۶	البيع بررسی گسترده ی فقهی بيع «اهمیت بيع، تعريف بيع و شماری از عقود، گستره ی بيع و افتراق آن از ساير عقود
۲۶	مشخصات کتاب
۲۶	اشاره
۳۰	فهرست مطالب
۶۳	پيش گفتار
۶۷	مطالب کلی پيرامون بيع
۶۷	اشاره
۶۹	تعريف بيع در لغت و نکاتی پيرامون آن
۷۵	آيا در بيع بايد هر يك از عوض و معوض عين باشد؟
۷۵	لزوم عين بودن معوض به خلاف عوض در نظر شيخ قدس سره
۷۵	اشاره
۷۶	بررسی کلام شيخ قدس سره - در لزوم عين بودن معوض
۷۷	اطلاق بيع بر فروش غير عين در روايات
۷۷	اشاره
۷۷	الف: فروش خدمت عبد مدبر
۷۹	ب: فروش سُکنای دار
۸۱	ج: فروش اراضی خراجیه
۸۵	کلام شيخ قدس سره - در عدم لزوم عين بودن معوض
۸۶	آيا عمل حرّ می تواند عوض واقع شود؟
۸۶	اشاره
۸۶	اشاره به تعريف مال و تفاوت آن با ملک
۸۷	ثمره ی مهم مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه
۸۸	آيا عمل حرّ قبل از معاوضه مال است؟

۸۸ اشاره
۹۰ ارائه و نقد وجوه عدم مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه از جانب محقّق اصفهانی - رحمه الله علیه
۹۰ وجه اول محقق اصفهانی قدس سره
۹۰ اشاره
۹۲ مناقشه ی محقق اصفهانی قدس سره - در وجه اول
۹۴ بررسی کلام محقّق اصفهانی - رحمه الله علیه - در نقد وجه اول
۹۶ دفاع مرحوم امام قدس سره - از مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه
۹۷ نقد فرمایش مرحوم امام قدس سره
۹۹ پاسخ نقض های محقق اصفهانی قدس سره - در وجه اول
۱۰۰ وجه دوم و نقد آن از جانب محقق اصفهانی قدس سره
۱۰۱ انکار مالکیت حرّ بر عمل از جانب قائلین به مالیت آن
۱۰۱ اشاره
۱۰۲ تخلّص از طریق لغویت جعل اعتباری و نقد آن
۱۰۲ عدم ضمان در منع از عمل حرّ کسوب قبل از معاوضه
۱۰۳ کلام سید خوبی قدس سره - در اثبات ضمان از طریق سیره ی عقلائیه
۱۰۳ نقد کلام سید خوبی قدس سره
۱۰۶ ثبوت ضمان در صورت استیفای عمل حرّ
۱۰۷ ثبوت ضمان در منع از عمل حرّ بعد از معاوضه
۱۰۷ اشاره
۱۰۷ آیا ممانعت کارمندان دولت ضمان دارد؟
۱۰۸ امکان عوض واقع شدن عمل حرّ حتّی بنا بر مبنای عدم مالیت آن قبل از معاوضه
۱۱۰ آیا حقوق می تواند عوّض واقع شود؟
۱۱۰ تقسیمات حقوق در نظر مرحوم شیخ - رحمه الله علیه
۱۱۰ قسم اول (حقوق غیر قابل معاوضه با مال)
۱۱۰ اشاره
۱۱۲ بررسی قسم اول

- ۱۱۳ قسم دوم (حقوق غیر قابل انتقال)
- ۱۱۳ اشاره
- ۱۱۳ شبهه ی صاحب جواهر قدس سره - مبنی بر صحت بیع ما لا یقبل التملک
- ۱۱۴ پاسخ مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - به شبهه ی صاحب جواهر - رحمه الله علیه
- ۱۱۵ بررسی کلام شیخ - رحمه الله علیه - در قسم دوم
- ۱۱۸ کلام سید خوبی قدس سره - در اعتبار «مَنْ یملک علیه» در ملکیت مضاف به دِمَم
- ۱۱۸ پاسخ مستفاد از کلام امام قدس سره - به سخن سید خوبی قدس سره
- ۱۱۹ نقد کلام مرحوم امام قدس سره
- ۱۲۰ بیان سید خوبی قدس سره - در عدم انتقال حق شُفَعه به غیر شریک
- ۱۲۰ اشاره
- ۱۲۱ نقد کلام سید خوبی قدس سره
- ۱۲۲ کلام سید خوبی قدس سره - در عدم انتقال حق خیار
- ۱۲۲ اشاره
- ۱۲۳ نقد کلام سید خوبی قدس سره
- ۱۲۳ قسم سوم (حقوق قابل انتقال و معاوضه به مال)
- ۱۲۳ اشاره
- ۱۲۴ بررسی کلام شیخ - رحمه الله علیه - در قسم سوم
- ۱۲۴ بیان میرزای نائینی و سید خوبی قدس سره - در عدم وقوع حق به عنوان ثمن
- ۱۲۹ بررسی کلام محقق نائینی و سید خوبی قدس سره
- ۱۳۰ حقیقت ملک چیست؟
- ۱۳۰ اشاره
- ۱۳۰ مراتب ملک
- ۱۳۲ روان شناخت فلسفی پیدایش ملک اعتباری
- ۱۳۷ احتمالات مطرح شده در مقوله ی مقتبس عنهای ملکیت اعتباری
- ۱۳۷ احتمال اول: اقتباس از مقوله ی جده
- ۱۳۷ اشاره

- ۱۴۳ ----- مناقشه در احتمال اول
- ۱۴۴ ----- احتمال دوم: اقتباس از مقوله ی کیف (کیف نفسانی)
- ۱۴۴ ----- اشاره
- ۱۴۴ ----- مناقشه در احتمال دوم
- ۱۴۵ ----- احتمال سوم: اقتباس از مقوله ی اضافه
- ۱۴۵ ----- اشاره
- ۱۵۴ ----- بررسی احتمال سوم
- ۱۵۷ ----- نظر مختار در حقیقت ملک اعتباری
- ۱۶۰ ----- حقیقت حق چیست؟
- ۱۶۰ ----- اشاره
- ۱۶۲ ----- نظرات مختلف در معنای حق اعتباری
- ۱۶۲ ----- اشاره
- ۱۶۲ ----- نظریه ی مساوات حق با سلطنت
- ۱۶۲ ----- اشاره
- ۱۶۴ ----- اشکال آخوند قدس سره - بر این نظریه
- ۱۶۵ ----- اشکال مرحوم امام قدس سره - بر این نظریه
- ۱۶۷ ----- پاسخ به دو اشکال مذکور، در کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه
- ۱۶۸ ----- اشکال دوم مرحوم امام قدس سره - بر نظریه ی مساوات حق با سلطنت
- ۱۷۰ ----- اشکال سوم مرحوم امام قدس سره - بر این نظریه
- ۱۷۰ ----- نظریه ی مساوات حق با ملک ضعیف
- ۱۷۰ ----- اشاره
- ۱۷۲ ----- اشکال محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - بر این نظریه
- ۱۷۴ ----- نقد اشکال محقق اصفهانی قدس سره -
- ۱۸۰ ----- اشکال مرحوم امام قدس سره - بر نظریه ی مساوات حق با ملک ضعیف
- ۱۸۲ ----- نقد اشکال مرحوم امام قدس سره -
- ۱۸۳ ----- نظریه ی محقق اصفهانی: تفاوت معنای حق به اختلاف موارد (اشتراک لفظی)

- ۱۸۳ اشاره
- ۱۸۶ نقد کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه -
- ۱۸۷ نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم
- ۱۸۷ اشاره
- ۱۹۰ تبیین سید خویی قدس سره - بر نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم
- ۱۹۱ ملاحظاتی بر کلام سید خویی قدس سره -
- ۲۰۲ نظریه ی مختار در تبیین حقیقت حق (ثبوت شایسته تا بایسته)
- ۲۰۲ اشاره
- ۲۰۵ منشأ پیدایش حق اعتباری و تفاوت آن با حق نفس الامری
- ۲۰۷ آیا در حاقّ حقّ، علاوه بر لحاظ «له»، جنبه ی «علیه» نیز لحاظ شده است؟
- ۲۱۱ تفاوت بین حق و ملک
- ۲۱۴ تفاوت بین حق و حکم
- ۲۱۶ شک بین حق و حکم
- ۲۱۷ اقسام حقوق در کلام سید یزدی قدس سره -
- ۲۲۵ شک در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال حق
- ۲۲۵ اشاره
- ۲۲۶ تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت نقل
- ۲۲۸ موضع بزرگان در این مسأله
- ۲۲۸ اشاره
- ۲۳۹ بیان سید یزدی قدس سره - در تمسک به عمومات برای اثبات قابلیتات
- ۲۳۹ اشاره
- ۲۴۱ اشکال محقق اصفهانی بر کلام سید یزدی قدس سرهما -
- ۲۴۵ دفاع مرحوم امام از کلام سید یزدی در مقابل اشکال محقق اصفهانی قدس سرهم -
- ۲۴۶ دفاع سید خوبی از محقق اصفهانی و اشکال بر سید یزدی قدس سرهم -
- ۲۵۲ نقد کلام سید خوبی قدس سره -
- ۲۵۹ شبهه: شک در قابلیتات به نحو شبهه ی مصداقیه ی مخصص است

- ۲۵۹ اشاره
- ۲۶۰ پاسخ به شبهه
- ۲۶۱ تثبیت شبهه توسط مرحوم امام قدس سره -
- ۲۶۱ اشاره
- ۲۶۵ ملاحظاتی بر فرمایش مرحوم امام قدس سره -
- ۲۶۹ راهی برای تمسک به عام علی فرض تثبیت اشکال مرحوم امام قدس سره -
- ۲۷۱ تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت نقل حقوق ابداعی شارع
- ۲۷۲ شک در قابلیت اسقاط حق
- ۲۷۲ اشاره
- ۲۷۳ حقیقت اسقاط
- ۲۷۳ اشاره
- ۲۷۳ نظر محقق نائینی قدس سره - در حقیقت إعراض، نقل و اسقاط
- ۲۷۸ نظر محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در حقیقت اعراض، نقل و اسقاط
- ۲۸۲ نظر مختار در حقیقت إسقاط، نقل و إعراض
- ۲۸۶ آیا إعراض موجب سقوط ملکیت می شود؟
- ۲۸۷ حکم شک در قابلیت بالفعل إسقاط حق
- ۲۸۹ بررسی بعضی تعاریف بیع و بیان تعریف مختار
- ۲۸۹ اشاره
- ۲۹۱ تعریف بیع در نظر شیخ قدس سره -
- ۲۹۲ شبهات تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» و پاسخ به آن از جانب شیخ قدس سره -
- ۲۹۲ اشکال اول (جواز ایجاب بیع با لفظ «مَلَّکْتُ»)
- ۲۹۲ اشاره
- ۲۹۳ اشکال بعضی بر تعریف شیخ قدس سره - و نقد آن
- ۲۹۵ نقضی بر ترادف بیع با تملیک
- ۲۹۷ اشکال دوم (عدم انطباق تعریف بر بیع الدین علی من هو علیه)
- ۲۹۷ اشاره

- ۲۹۷ پاسخ اول شیخ به اشکال دوم -
- ۲۹۷ اشاره
- ۲۹۹ نقد پاسخ اول شیخ قدس سره -
- ۲۹۹ پاسخ دوم شیخ قدس سره - به اشکال دوم
- ۲۹۹ اشاره
- ۳۰۰ نقد پاسخ دوم شیخ قدس سره -
- ۳۰۰ نظر مختار در وجه صحت «بیع الدین علی من هو علیه» بدون وقوع تملیک
- ۳۰۲ اشکال سوم (انطباق تعریف بر تملیک به معاطه)
- ۳۰۳ اشکال چهارم (انطباق تعریف بر شراء)
- ۳۰۳ اشاره
- ۳۰۵ پاسخ شیخ به اشکال چهارم
- ۳۰۵ اشکال سید خوبی بر پاسخ شیخ قدس سرهما -
- ۳۱۲ بررسی اشکال سید خوبی بر پاسخ شیخ قدس سرهما -
- ۳۱۷ اشکال پنجم (انطباق تعریف بر صلح)
- ۳۱۷ اشاره
- ۳۱۸ پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال پنجم
- ۳۲۱ بررسی پاسخ شیخ قدس سره -
- ۳۲۲ اشکال ششم (انطباق تعریف بر هبه ی معوضه)
- ۳۲۲ اشاره
- ۳۲۴ پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال ششم
- ۳۲۷ اشکال هفتم (انطباق تعریف بر قرض)
- ۳۲۷ اشاره
- ۳۲۷ پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال هفتم
- ۳۲۷ شواهد شیخ قدس سره - بر معاوضه نبودن قرض
- ۳۲۷ اشاره
- ۳۲۸ شاهد اول: عدم جریان ربای معاوضی در قرض

- شاهد دوم: جواز غرر در قرض ۳۳۳
- شاهد سوم: عدم لزوم ذکر عوض در قرض ۳۳۴
- شاهد چهارم: عدم لزوم علم به عوض ۳۳۴
- اشکال محقق ایروانی بر پاسخ شیخ قدس سرهما - ۳۳۴
- نقد کلام محقق ایروانی قدس سره - ۳۳۶
- اشتباه مصادیق قرض در تعاملات بانکی ۳۳۷
- اشکالات دیگر تعریف شیخ از محقق ایروانی قدس سرهما - ۳۳۸
- اشاره ۳۳۸
- اشکال اول (زائد بودن «إنشاء» در تعریف) ۳۳۹
- اشکال دوم (بیع از مقوله ی إنشاء نیست) و نقد آن ۳۴۲
- اشکال سوم (شمول تعریف بر إنشاء عابث و لاهی و ایجاب غیر متعقب به قبول) و نقد آن ۳۴۲
- اشکال چهارم (شمول تعریف بر اعیان غیر متموله) ۳۴۳
- اشاره ۳۴۳
- عدم لزوم مالیت معوض در نظر سید یزدی و سید خوبی قدس سرهما - ۳۴۴
- نقد کلام سید خوبی قدس سره - ۳۴۵
- ملاک مالیت اشیاء ۳۴۶
- اشکال پنجم (شمول تعریف بر تملیک ضمنی) ۳۴۶
- اشکال ششم (ظهور تعلق باء به تملیک؛ نه عین) ۳۴۷
- اشاره ۳۴۷
- نقد اشکال ششم - ۳۴۸
- اشکالات دیگر تعریف شیخ از محقق اصفهانی قدس سرهما - و برخی دیگر ۳۴۹
- اشاره ۳۴۹
- اشکال اول (در بیع همیشه تملیک نیست) ۳۴۹
- اشکال دوم (عدم لزوم عین بودن مبیع) - ۳۵۰
- نظر محقق اصفهانی قدس سره - در تعریف بیع و نقد آن ۳۵۱
- نظر مختار در تعریف بیع - ۳۵۲

- ۳۵۳ اشاره
- ۳۵۳ ویژگی های تعریف مختار
- ۳۵۷ بررسی معانی دیگر «بیع» توسط شیخ قدس سره -
- ۳۵۷ اشاره
- ۳۵۹ ۱. «إنشاء تملیک عین بمال بشرط تعقبه بتملک المشتري» یا «بشرط القبول»
- ۳۵۹ اشاره
- ۳۶۰ مخالفت شیخ قدس سره - با اشتراط قبول در تحقق بیع مصطلح
- ۳۶۲ ملاحظاتی بر کلام شیخ قدس سره -
- ۳۶۴ ۲. اثر حاصل از ایجاب و قبول (انتقال)
- ۳۶۴ اشاره
- ۳۶۵ مخالفت شیخ قدس سره - با استعمال بیع در معنای «انتقال»
- ۳۷۰ نقد کلام شیخ قدس سره -
- ۳۷۲ ۳. عقد مرکب از ایجاب و قبول
- ۳۷۳ مجازیت استعمال بیع در «عقد» در نظر شیخ - رحمه الله علیه
- ۳۷۸ آیا نزد عرف، صدق و صحت بیع متلازمند؟
- ۳۸۰ بیع و سایر عقود اسم برای صحیح است یا اعم؟
- ۳۸۰ بیع حقیقت در صحیح و مجاز در فاسد در کلام شهیدین قدس سرهما
- ۳۸۲ عدم جواز تمسک به عمومات و اطلاقات، لازمه ی کلام شهیدین قدس سرهما
- ۳۸۳ مراتب صحت در معاملات
- ۳۸۳ اشاره
- ۳۸۵ ظهور عبارت شهیدین قدس سرهما - در صحت عند الشارع
- ۳۸۵ وارد بودن اشکال شیخ و اشکالی دیگر بر ظاهر عبارت شهیدین قدس سرهما
- ۳۸۶ توجیه شیخ درباره ی کلام شهیدین و نقد آن
- ۳۹۲ اسامی معاملات اسم برای سبب است یا مسبب؟
- ۳۹۲ اشاره
- ۳۹۵ عدم امکان أخذ صحت عند الشارع در عمومات و اطلاقات معاملات در نظر سید خویی قدس سره -

- نقد کلام سید خوبی قدس سره - ۳۹۶
- تمسک به اطلاق مقامی در ادله ی معاملات بنابر اراده ی صحت عند الشارع ۳۹۷
- اشاره ۳۹۷
- نقد شهید صدر قدس سره - بر نظریه ی تحقق اطلاق مقامی در ادله ی معاملات ۴۰۱
- نقد اشکال شهید صدر قدس سره - ۴۰۳
- خلاصه ی کلام در جواز یا عدم جواز تمسک به اطلاق ادله ی معاملات ۴۰۸
- مبحث معاطات - ۴۱۱
- اشاره - ۴۱۱
- صور معاطات ۴۱۴
- مناقشه ی شیخ قدس سره - در وجه سوم ۴۱۶
- اشکال بعضی بر مناقشه ی شیخ در وجه سوم ۴۱۶
- اشاره ۴۱۶
- نقد اشکال ۴۱۷
- مناقشه ی شیخ قدس سره - در وجه چهارم - ۴۱۸
- آیا معاوضه ی لبن شاه به نحو تملیک مطلق است؟ ۴۱۹
- روایات مربوط به اعطاء بقر و غنم بالضریبه ۴۲۰
- اجاره بودن إعطاء غنم و بقر بالضریبه ۴۲۶
- عبارات فقهاء در بیع لبن شاه ۴۲۸
- نقد کلام شیخ قدس سره - در ظهور عبارت فقهاء در تملیک مطلق ۴۳۹
- اقوال در نتیجه ی معاطات ۴۴۲
- اشاره ۴۴۲
- قول اول: مفید لزوم (ملکیت لازم) مطلقاً ۴۴۲
- قول دوم: مفید ملکیت جائزه ۴۴۶
- قول سوم: مفید ملکیت لازم در صورتی که دالّ بر تراضی، لفظ باشد ۴۴۷
- قول چهارم: مفید إباحه ی جمیع تصرّفات حتّی تصرّفات متوقّف بر ملک ۴۴۹
- قول پنجم: مفید إباحه ی تصرّفات غیر متوقّف بر ملک ۴۴۹

- ۴۵۰ قول ششم: بطلان معامله و عدم ترتب اثر
- ۴۵۱ قول هفتم: معامله ای مستقل و مفید ملکیت
- ۴۵۲ مروری گذرا بر مستند اقوال هفت گانه
- ۴۵۵ بررسی کلمات قدما در معاطات
- ۴۷۱ کلمات برخی معاریف عامه در معاطات
- ۴۷۵ قصد تملیک، محطّ بحث در معاطات
- ۴۷۸ مقتضای ادّله ی اولیه در معاطات
- ۴۷۸ اشاره
- ۴۷۸ تمسک به سیره برای اثبات مفید ملک بودن معاطات
- ۴۷۸ اشاره
- ۴۷۸ الف) سیره ی متشرعه
- ۴۷۸ اشاره
- ۴۷۹ نقد
- ۴۸۱ ب) سیره ی عقلاء
- ۴۸۲ تمسک به اطلاقات و عمومات برای اثبات مفید ملک بودن معاطات
- ۴۸۲ اشاره
- ۴۸۲ (۱) آیه ی شریفه ی (أَخْلَ اللَّهُ التَّبِيعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا)
- ۴۸۲ اشاره
- ۴۸۶ سه محور بحث پیرامون آیه ی شریفه ی (أَخْلَ اللَّهُ التَّبِيعَ)
- ۴۸۶ اشاره
- ۴۸۶ الف) مراد از بیع در آیه ی شریفه چیست؟
- ۴۸۶ اشاره
- ۴۸۶ حمل بیع بر «تصرفات مترتب بر بیع» در کلام شیخ قدس سره -
- ۴۸۸ نقد کلام شیخ قدس سره -
- ۴۹۰ ب) مراد از «حلیت» در آیه ی شریفه چیست؟
- ۴۹۰ اشاره

- تبيين مراد از حلیت در کریمه و رابطه ی آن با صحت معاطات از دیدگاه شیخ قدس سره - ۴۹۰
- وجوه حمل حلیت بر حلیت تکلیفی در کریمه و نقد آن - ۴۹۲
- نظر مشهور در حلیت در کریمه - ۴۹۵
- مراد از حلیت، جامع حلیت وضعی و تکلیفی در نظر سید خویی قدس سره - ۴۹۶
- بررسی کلام سید خویی قدس سره - ۴۹۹
- معنای حلیت در نظر محقق اصفهانی قدس سره - و نقد آن - ۵۰۰
- ج) کلام در اطلاق کریمه ی (أَخَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ) - ۵۰۱
- دو اشکال مرحوم امام قدس سره - بر اطلاق آیه ی شریفه - ۵۰۲
- اشکال اول: کریمه در صدد نفی تسویه بین بیع و رباست - ۵۰۲
- اشکال دوم: کریمه در مقام إخبار از حکم سابق است - ۵۰۳
- پاسخ امام قدس سره - به هر دو اشکال - ۵۰۴
- نقد پاسخ و تثبیت دو اشکال سابق از جانب امام قدس سره - ۵۰۶
- پاسخ بعض المشایخ - رحمه الله علیه - به دو اشکال امام قدس سره - ۵۰۷
- نقد کلام بعض المشایخ قدس سره - ۵۰۹
- مراد از (وَمَنْ عَادَ) در آیه ی شریفه کیست؟ - ۵۱۰
- نظر مختار درباره ی (وَمَنْ عَادَ) - ۵۱۸
- نظر نهایی و مختار در اطلاق کریمه ی (أَخَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ) - ۵۲۲
- استفاده ی اطلاق کریمه از بعض روایات - ۵۲۳
- (۲) آیه ی شریفه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) - ۵۲۵
- اشاره - ۵۲۵
- سه بحث در قسمت «مستثنی منه» کریمه - ۵۲۶
- اشاره - ۵۲۶
۱. مقصود از «أکل» در (لا تأكلوا) چیست؟ - ۵۲۶
۲. نهی در (لا تأكلوا) نهی تکلیفی است یا ارشاد به بطلان معامله؟ - ۵۲۶
۳. مراد از (بالباطل) چیست؟ - ۵۲۷
- مباحث مربوط به بخش اثباتی کریمه - ۵۳۰

- اشاره ۵۳۰
- ۱) مراد از تجارت چیست؟ ۵۳۱
- اشاره ۵۳۱
- اعراب و ترکیب (تجاره) در کریمه ۵۳۶
- ۲) استثناء در کریمه به نحو متصل است یا منقطع؟ ۵۳۸
- توجیه استثناء متصل در کلام برخی و نقد آن ۵۳۸
- تفاوت استثناء متصل و منقطع در معنای کریمه ۵۴۰
- عدم تفاوت معنای کریمه با استثناء متصل و منقطع در نظر سید خوبی قدس سره - ۵۴۲
- نقد کلام سید خوبی قدس سره - ۵۴۴
- قید (عن تراضٍ) توضیحی است یا احترازی؟ ۵۴۵
- نحوه ی استدلال به کریمه برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات ۵۴۶
- ۳) آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ۵۴۷
- اشاره ۵۴۷
- وجه عدم تمسک شیخ قدس سره - به کریمه برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات ۵۴۹
- ۴) تمسک به روایت معروف «لنَّاسٍ مَسْأَلُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» ۵۵۴
- مناقشه ی شیخ قدس سره - در دلالت حدیث سلطنت بر مدعا ۵۵۶
- موضع اعلام در دلالت حدیث سلطنت ۵۵۸
- اشاره ۵۵۸
- کلام سید یزدی قدس سره - در تصحیح تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات ۵۶۰
- کلام محقق اصفهانی قدس سره - در تصحیح تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات ۵۶۴
- خلاصه ی کلام مخالفین امکان تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات ۵۶۸
- نقض سید خوبی قدس سره - بر کلام قائلین به اطلاق حدیث از حیث انواع معاملات ۵۶۹
- نقد کلام سید خوبی قدس سره - ۵۷۰
- نقد مرحوم امام قدس سره - بر کلام قائلین به اطلاق حدیث سلطنت ۵۷۱
- نقد کلام امام قدس سره - ۵۷۵
- مروری بر ادله ی صحت معاطات ۵۷۶

- مبَعَدَاتِ قَوْلٍ بِإِبَاحِهِ أَوْ كَاشِفِ الْغَطَاءِ قَدَسَ سِرَّهُ - ۵۷۷
- اشاره ۵۷۷
- مبَعَدُ أَوَّلٍ: إِنْ الْعُقُودَ وَ مَا قَامَ مَقَامَهَا لَا تَتَّبِعِ الْقَصُودَ ۵۷۸
- اشاره ۵۷۸
- پاسخ شیخ قدس سره - به مَبَعَدُ أَوَّلٍ ۵۷۹
- مواردی از تَخَلُّفِ عَقْدٍ از قَصْدٍ در فقه ۵۸۱
- بررسی پاسخ شیخ به مَبَعَدُ أَوَّلٍ کَاشِفِ الْغَطَاءِ قَدَسَ سِرَّهُمَا - ۵۸۴
- پاسخ بعضی به نقوض شیخ قدس سره - در مَبَعَدُ أَوَّلٍ وَ نَقْدِ آن ۵۸۶
- مَبَعَدُ دَوْمٍ: تَصَرُّفٌ يَ أَرَادَهُ يَ تَصَرُّفٌ أَوْ مَمْلُكَاتٍ بَاشَد ۵۹۳
- اشاره ۵۹۳
- پاسخ شیخ قدس سره - به مَبَعَدُ دَوْمٍ کَاشِفِ الْغَطَاءِ قَدَسَ سِرَّهُ ۵۹۵
- پاسخ بهتر به مَبَعَدُ دَوْمٍ کَاشِفِ الْغَطَاءِ قَدَسَ سِرَّهُمَا - ۵۹۶
- مَبَعَدُ سَوْمٍ: لَزُومٌ تَعْلُقٌ وَاجِبَاتٍ مَالِيَةٍ بِغَيْرِ مَلِكٍ ۵۹۷
- اشاره ۵۹۷
- پاسخ شیخ به مَبَعَدُ سَوْمٍ کَاشِفِ الْغَطَاءِ قَدَسَ سِرَّهُمَا - ۶۰۰
- مَبَعَدُ چَهَارَمٍ: تَصَرُّفٌ أَوْ يَكُ جَانِبٍ مَمْلُكٍ جَانِبٍ دِيْكَرٍ بَاشَد ۶۰۶
- مَبَعَدُ پَنْجَمٍ: تَلْفٌ سَمَاوِيٍّ أَوْ يَكُ طَرَفٍ مَمْلُكٍ طَرَفٍ دِيْكَرٍ بَاشَد ۶۰۶
- اشاره ۶۰۶
- پاسخ شیخ قدس سره - به بَخْشِ أَوَّلِ مَبَعَدِ پَنْجَمٍ ۶۰۹
- بررسی پاسخ شیخ قدس سره - ۶۱۱
- اصلاح پاسخ شیخ به کلام کَاشِفِ الْغَطَاءِ قَدَسَ سِرَّهُمَا - در مَبَعَدِ پَنْجَمٍ ۶۱۳
- پاسخ شیخ قدس سره - به بَخْشِ دِيْكَرِ مَبَعَدِ پَنْجَمٍ ۶۱۵
- مَبَعَدُ شَشْمٍ: تَصَرُّفٌ أَوْ نَوَاقِلِ قَهْرِيَّةٍ بَاشَد ۶۱۷
- اشاره ۶۱۷
- بررسی مَبَعَدِ شَشْمٍ ۶۱۸
- مَبَعَدُ هَفْتَمٍ: نَمَاءٌ حَادِثٌ قَبْلَ أَوْ تَصَرُّفٌ مَمْلُكٍ بَاشَد ۶۱۸

- ۶۱۸ - اشاره
- ۶۱۹ - پاسخ شیخ قدس سره - به مبعد هفتم
- ۶۱۹ - بررسی پاسخ شیخ قدس سره - به مبعد هفتم
- ۶۲۰ - مبعد هشتم: اتحاد موجب و قابل لازم می آید
- ۶۲۰ - اشاره
- ۶۲۲ - بررسی مبعد هشتم کاشف الغطاء قدس سره -
- ۶۲۳ - جمع بندی شیخ قدس سره - بین ادله ی قول به إباحه و ملکیت
- ۶۲۵ - معاطات مفید ملکیت لازم است یا متزلزل؟
- ۶۲۸ - دلالت استصحاب بر لزوم ملکیت
- ۶۲۸ - اشکالی بر جریان استصحاب
- ۶۲۸ - اشاره
- ۶۲۹ - پاسخ اول شیخ قدس سره - به اشکال: (ملک حقیقت واحد است و دو قسم نیست)
- ۶۲۹ - اشاره
- ۶۳۴ - نقد پاسخ اول شیخ قدس سره -
- ۶۳۶ - بیان مختار در اثبات دو قسم ملک
- ۶۳۷ - پاسخ دوم شیخ قدس سره - به اشکال بر استصحاب: (استصحاب کلی قسم ثانی) -
- ۶۳۸ - مهم ترین اشکالات استصحاب کلی قسم ثانی و پاسخ آن
- ۶۳۹ - راه دیگری برای جریان استصحاب شخصی ملک
- ۶۴۱ - پاسخ به استصحاب بقاء علقه ی مالک اول
- ۶۴۱ - جریان اصاله اللزوم (استصحاب ملک آخذ) در شبهات موضوعیه
- ۶۴۲ - تحالف در صورت إقامه ی دعوا
- ۶۴۴ - تمسک به اطلاعات و عمومات برای اثبات لزوم ملکیت حاصل از معاطات
- ۶۴۴ - اشاره
- ۶۴۴ - ۱. تمسک به مرسله ی نبوی «لناس مسلطون علی أموالهم»
- ۶۴۴ - اشاره
- ۶۴۶ - دو بیان بر نحوه ی دلالت مرسله بر لزوم معاطات و نقد آن از محقق اصفهانی قدس سره -

- ۶۴۶ اشاره
- ۶۴۷ بررسی کلام محقق اصفهانی قدس سره - در نقد بیان اول
- ۶۴۹ بررسی کلام محقق اصفهانی قدس سره - در نقد بیان دوم
- ۶۵۰ ۲. تمتک به روایت «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه»
- ۶۵۰ اشاره
- ۶۵۶ اشکال بعض محشّین بر استدلال شیخ به این روایت
- ۶۵۸ نقد اشکال محشّین
- ۶۵۹ شاهدهی بر اعم بودن حلّیت تصرف از تصرفات تکوینی و اعتباری
- ۶۶۰ ۳. تمتک به روایت «البیعان بالخیار حتی یفترقا»
- ۶۶۰ اشاره
- ۶۶۲ سه بیان بر کیفیت دلالت روایت بر لزوم بیع معاطاتی
- ۶۶۲ اشاره
- ۶۶۳ مناقشه ی مرحوم امام در هر سه بیان
- ۶۷۲ مناقشه ی دیگر امام قدس سره - نسبت به بیان دوم و سوم
- ۶۷۸ ملاحظاتی بر فرمایش امام قدس سره
- ۶۸۳ ۴. تمتک به روایت «للمؤمنون عند شروطهم»
- ۶۸۳ اشاره
- ۶۸۴ نقد کلام شیخ قدس سره - در تمتک به این روایت
- ۶۸۵ ۵. تمتک به کریمه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)
- ۶۸۵ اشاره
- ۶۸۵ استدلال به عقد مستثنی (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)
- ۶۸۶ عدم جریان توهم مذکور در تمتک به روایت «الناس مسلطون علی أموالهم»
- ۶۸۸ استدلال به عقد مستثنی منه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)
- ۶۸۹ اشکال سید خوبی قدس سره - بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه
- ۶۹۰ نقد کلام سید خوبی قدس سره
- ۶۹۲ اشکال امام قدس سره - بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه

- ۶۹۷ ----- بررسی کلام مرحوم امام قدس سره - در نقد استدلال به عقد مستثنی منه کریمه
- ۶۹۷ ----- نظر مختار در تمسک به عقد مستثنای کریمه برای اثبات لزوم معاطات -----
- ۶۹۸ ----- استدلال به عقد مستثنای کریمه از غیر طریق حصر -----
- ۶۹۸ ----- نقد این استدلال -----
- ۶۹۹ ----- ۶. تمسک به کریمه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) -----
- ۷۰۱ ----- ۷. تمسک به کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) -----
- ۷۰۲ ----- روایات دالّ بر عدم لزوم ملکیت -----
- ۷۰۲ ----- ۱. روایت «إِنَّمَا يَحُلُّ الْكَلَامَ وَيَحْرُمُ الْكَلَامَ» -----
- ۷۰۲ ----- اشاره -----
- ۷۰۶ ----- احتمالات چهارگانه در معنای ذیل روایت با غض نظر از صدر -----
- ۷۱۰ ----- استظهار شیخ قدس سره - از روایت در میان احتمالات چهارگانه -----
- ۷۱۰ ----- اشاره -----
- ۷۱۰ ----- بررسی احتمال اول -----
- ۷۱۱ ----- بررسی احتمال دوم، سوم و چهارم -----
- ۷۱۳ ----- عدم دلالت روایت بر بطلان معاطات بنابر احتمال سوم و چهارم -----
- ۷۱۴ ----- تردید شیخ قدس سره - به خاطر حصر محلّ و محزم در کلام -----
- ۷۱۶ ----- نظر مختار در دلالت روایت بر بطلان معاطات -----
- ۷۱۷ ----- إشعار روایات دیگر بر بطلان معاطات -----
- ۷۱۷ ----- اشاره -----
- ۷۲۹ ----- نظر مختار درباره ی ادعای اجماع بر بطلان معاطات -----
- ۷۳۲ ----- تنبیهات معاطات -----
- ۷۳۲ ----- اشاره -----
- ۷۳۴ ----- تنبیه اول: آیا رعایت تمام شروط بیع بالصیغه در معاطات لازم است؟ -----
- ۷۳۴ ----- اشاره -----
- ۷۴۴ ----- آیا در معاطات خیار جاری است؟ -----
- ۷۴۶ ----- تنبیه دوم: آیا معاطات با إعطاء از جانب واحد محقق می شود؟ -----

- ۷۴۶ اشاره
- ۷۴۷ اشکال محقق نائینی قدس سره - بر وقوع معاطات با إعطاء از جانب واحد -
- ۷۴۷ اشاره
- ۷۵۴ نقد کلام محقق نائینی قدس سره -
- ۷۵۶ کلام محقق ایروانی قدس سره - در عدم معقولیت تأثیر إعطاء دوم در ایجاب و قبول -
- ۷۵۶ اشاره
- ۷۵۹ نقد کلام محقق ایروانی قدس سره -
- ۷۶۰ پاسخ دیگری از مرحوم امام به کلام محقق ایروانی قدس سرهما -
- ۷۶۳ نقد کلام مرحوم امام قدس سره -
- ۷۶۴ اشکال دور در دخالت قصد در تحقق بیع با إعطاء
- ۷۶۵ پاسخ به اشکال دور
- ۷۶۶ آیا به مجرد ایصال ثمن و أخذ مضمن بدون صدق اعطاء، معاطات محقق می شود؟
- ۷۶۸ راه های تصحیح معاملات مذکور علی فرض عدم صدق بیع
- ۷۷۲ تنبیه سوم: تمییز بایع از مشتری در معاطات
- ۷۷۲ اشاره
- ۷۷۴ چهار احتمال شیخ قدس سره - در تمییز بایع از مشتری در موارد عدم قرینه بر فعل و انفعال
- ۷۷۷ تنبیه چهارم: وجوه چهارگانه ی معاطات به حسب قصد متعاطیین
- ۷۷۷ اشاره
- ۷۸۱ بررسی وجه دوم (تملیک به إزاء تملیک)
- ۷۸۱ اشکال اول محقق نائینی قدس سره - بر وجه دوم
- ۷۸۱ اشاره
- ۷۸۴ نقد اشکال اول محقق نائینی قدس سره -
- ۷۸۴ اشکال دوم محقق نائینی قدس سره - بر وجه دوم
- ۷۸۴ اشاره
- ۷۸۵ نقد اشکال دوم محقق نائینی بر وجه دوم
- ۷۸۵ احتیاج تملیک دوم به قبول در وجه دوم

- اشکال محقق اصفهانی قدس سره - در مقابله ی بین تملیکین ۷۸۶
- اشاره ۷۸۶
- اشکال اول مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی قدس سرهما - ۷۸۸
- اشاره ۷۸۸
- نقد اشکال اول مرحوم امام قدس سره - ۷۸۹
- اشکال دوم امام قدس سره - بر کلام محقق اصفهانی قدس سره - ۷۹۰
- اشاره ۷۹۰
- نقد اشکال دوم مرحوم امام قدس سره - ۷۹۱
- اشکال سوم مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی قدس سرهما - ۷۹۲
- اشاره ۷۹۲
- نقد اشکال سوم مرحوم امام قدس سره - ۷۹۲
- بررسی وجه سوم و چهارم ۷۹۳
- آیا مباح له می تواند تصرفات متوقف بر ملک کند؟ ۷۹۴
- وجوه تصحیح تصرف متوقف بر ملک برای مباح له ۷۹۸
- حکومت دلیل «لا بیع الا فی ملک» بر دلیل «لناس مسلطون علی اموالهم» ۸۰۳
- بحث صغروی در تصرفات متوقف بر ملک ۸۰۷
- اشاره ۸۰۷
۱. فروش ملک غیر برای خود «لا بیع الا فی ملک» ۸۰۷
- اشاره ۸۰۷
- جواز پرداخت کفارات با ایاحه ی شوهر ۸۱۰
- آیا کسی می تواند خمس و زکات دیگری را پرداخت کند؟ ۸۱۱
۲. «لا عتق الا فی ملک» ۸۱۲
- اشاره ۸۱۲
- آیا در شراء عمودین، عتق در ملک محقق می شود؟ ۸۱۴
۳. «لا وطی الا فی ملک» ۸۱۵
- آیا ایاحه ی بالعوض و ایاحه در مقابل ایاحه معاوضه است؟ ۸۱۶

- ۸۱۸ صلح یا معاوضه ی مستقل بودن این دو وجه در نظر شیخ قدس سره -
- ۸۱۹ بررسی کلام شیخ قدس سره -
- ۸۲۲ بررسی صور مختلف إباحه ی بالعوض -
- ۸۲۴ بررسی صور مختلف إباحه در مقابل إباحه -
- ۸۲۶ تنبیه پنجم: (جریان معاطات در غیر بیع) -
- ۸۲۶ اشاره -
- ۸۲۷ وجه اعتباری محقق نائینی قدس سره - در عدم تحقق نکاح به معاطات و نقد آن -
- ۸۲۹ کلام محقق نائینی قدس سره - در عدم تحقق ضمان، وصیت و تدبیر به معاطات و نقد آن -
- ۸۳۰ وجه اعتباری عدم تحقق قرض به معاطات و نقد آن -
- ۸۳۳ وجه اعتباری عدم تحقق رهن به معاطات و نقد آن -
- ۸۳۴ وجه اعتباری عدم تحقق وقف به معاطات و نقد آن -
- ۸۳۵ وجه عدم تحقق هبه به معاطات و نقد آن -
- ۸۳۶ ارائه ی محقق ثانی قدس سره - شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق إجاره و هبه به معاطات -
- ۸۳۷ اشکالات جناب شیخ قدس سره - بر کلام محقق ثانی قدس سره - و نقد آن -
- ۸۴۱ آیا إجاره از مصادیق «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است؟ -
- ۸۴۱ بررسی ضمان در صورت عدم علم اجیر به فساد إجاره -
- ۸۴۲ بررسی ضمان در صورت علم اجیر به فساد إجاره -
- ۸۴۲ کلام سید یزدی قدس سره - بر عدم ضمان در صورت علم به فساد إجاره -
- ۸۴۴ نقد کلام سید یزدی قدس سره - توسط محشین عروه -
- ۸۴۷ پاسخ سید قدس سره - به اشکال عدم هتک حرمت مال با علم موجر یا اجیر به فساد -
- ۸۴۷ نقد پاسخ سید قدس سره - نسبت به موجر -
- ۸۴۸ بررسی پاسخ سید قدس سره - نسبت به اجیر -
- ۸۴۹ ارائه ی محقق ثانی قدس سره - شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق هبه به معاطات -
- ۸۵۰ اشکال شیخ قدس سره - به کلام محقق ثانی قدس سره -
- ۸۵۲ تنبیه ششم: (مُلزِمات معاطات) -
- ۸۵۳ تنبیه هفتم: (جریان خیارات مختص به بیع در بیع معاطاتی) -

۸۵۴ تنبیه هشتم: (تحقق معاطات با صیغه ی غیر جامع جمیع شرائط)

۸۵۷ کتاب نامه

۸۸۳ درباره مرکز

البيع بررسی گسترده ی فقهی بیع «اهمیت بیع، تعریف بیع و شماری از عقود، گستره ی بیع و افتراق آن از سایر عقود

مشخصات کتاب

سرشناسه : مدرسی، محمدرضا، ۱۳۳۴ -

عنوان و نام پدیدآور : البيع بررسی گسترده ی فقهی بیع «اهمیت بیع، تعریف بیع و شماری از عقود، گستره ی بیع و افتراق آن از سایر عقود ... / تقریرات دروس خارج فقه سیدمحمدرضا مدرسی طباطبائی یزدی ؛ تقریر و تنظیم عبدالله امیرخانی.

مشخصات نشر : قم: دارالتفسیر، ۱۳۹۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : دوره: ۹۷۸-۹۶۴-۵۳۵-۴۳۴-۱؛ ج. ۹۷۸-۱-۹۶۴-۵۳۵-۴۳۳-۴

وضعیت فهرست نویسی : فیا

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : امیرخانی، عبدالله، ۱۳۶۱ -، گردآورنده

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/م ۴ب ۹ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۶۵۴۸۶۹

اشاره

فهرست مطالب

پیش گفتار ۲۳

مطالب کلی پیرامون بیع

تعریف بیع در لغت و نکاتی پیرامون آن ۲۹

آیا در بیع باید هر یک از عوض و معوض عین باشد؟ ۳۴

لزوم عین بودن معوض به خلاف عوض در نظر شیخ قدس سره - ۳۴

بررسی کلام شیخ قدس سره - در لزوم عین بودن معوض ۳۵

اطلاق بیع بر فروش غیر عین در روایات ۳۶

الف: فروش خدمت عبد مدبر ۳۶

ب: فروش سُکنای دار ۳۸

ج: فروش اراضی خراجیه ۴۰

کلام شیخ قدس سره - در عدم لزوم عین بودن عوض ۴۳

آیا عمل حرّ می تواند عوض واقع شود؟ ۴۴

اشاره به تعریف مال و تفاوت آن با ملک ۴۴

ثمره ی مهم مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه ۴۵

آیا عمل حرّ قبل از معاوضه مال است؟ ۴۶

ارائه و نقد وجوه عدم مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه از جانب محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - ۴۷

وجه اوّل محقق اصفهانی قدس سره - ۴۷

مناقشه ی محقق اصفهانی قدس سره - در وجه اوّل ۴۹

بررسی کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در نقد وجه اوّل ۵۱

دفاع مرحوم امام قدس سره - از مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه ۵۳

نقد فرمایش مرحوم امام قدس سره - ۵۴

پاسخ نقض های محقق اصفهانی قدس سره - در وجه اوّل ۵۵

وجه دوم و نقد آن از جانب محقق اصفهانی قدس سره - ۵۶

انکار مالکیت حرّ بر عمل از جانب قائلین به مالیت آن ۵۷

تخلّص از طریق لغویت جعل اعتباری و نقد آن ۵۸

عدم ضمان در منع از عمل حرّ کسوب قبل از معاوضه ۵۸

کلام سید خویی قدس سره - در اثبات ضمان از طریق سیره ی عقلائیة ۵۹

نقد کلام سید خویی قدس سره - ۵۹

ثبوت ضمان در صورت استیفای عمل حرّ ۶۲

ثبوت ضمان در منع از عمل حرّ بعد از معاوضه ۶۳

آیا ممانعت کارمندان دولت ضمان دارد؟ ۶۳

امکان عوض واقع شدن عمل حرّ حتّی بنا بر مبنای عدم مالیت آن قبل از معاوضه ۶۴

آیا حقوق می تواند عَوَض شود؟ ۶۶

تقسیمات حقوق در نظر مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - ۶۶

قسم اوّل (حقوق غیر قابل معاوضه با مال) ۶۶

بررسی قسم اوّل ۶۸

قسم دوم (حقوق غیر قابل انتقال) ۶۹

شبهه ی صاحب جواهر قدس سره - مبنی بر صحت بیع ما لا یقبل التملک ۶۹

پاسخ مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - به شبهه ی صاحب جواهر - رحمه الله علیه - ۷۰

بررسی کلام شیخ - رحمه الله علیه - در قسم دوم ۷۱

کلام سید خویی قدس سره - در اعتبار «مَنْ يُمْلِكُ عَلَيْهِ» در ملکیت مضاف به ذِمَم ۷۴

پاسخ مستفاد از کلام امام قدس سره - به سخن سید خویی قدس سره - ۷۴

نقد کلام مرحوم امام قدس سره - ۷۵

بیان سید خویی قدس سره - در عدم انتقال حق شُفَعَه به غیر شریک ۷۶

نقد کلام سید خویی قدس سره - ۷۷

کلام سید خویی قدس سره - در عدم انتقال حق خیار ۷۸

نقد کلام سید خویی قدس سره - ۷۹

قسم سوم (حقوق قابل انتقال و معاوضه به مال) ۷۹

بررسی کلام شیخ - رحمه الله علیه - در قسم سوم ۸۰

بیان میرزای نائینی و سید خویی قدس سره - در عدم وقوع حق به عنوان ثمن ۸۰

بررسی کلام محقق نائینی و سید خویی قدس سره - ۸۴

حقیقت ملک چیست؟ ۸۵

مراتب ملک ۸۵

روان شناخت فلسفی پیدایش ملک اعتباری ۸۷

احتمالات مطرح شده در مقوله ی مقتبس عنهای ملکیت اعتباری ۹۲

احتمال اول: اقتباس از مقوله ی جده ۹۲

مناقشه در احتمال اول ۹۶

احتمال دوم: اقتباس از مقوله ی کیف (کیف نفسانی) ۹۷

مناقشه در احتمال دوم ۹۷

احتمال سوم: اقتباس از مقوله ی اضافه ۹۸

بررسی احتمال سوم ۱۰۴

نظر مختار در حقیقت ملک اعتباری ۱۰۶

حقیقت حق چیست؟ ۱۰۹۹

نظرات مختلف در معنای حق اعتباری ۱۱۱

نظریه ی مساوات حق با سلطنت ۱۱۱

اشکال آخوند قدس سره - بر این نظریه ۱۱۲

اشکال مرحوم امام قدس سره - بر این نظریه ۱۱۳

پاسخ به دو اشکال مذکور، در کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - ۱۱۵

اشکال دوم مرحوم امام قدس سره - بر نظریه ی مساوات حق با سلطنت ۱۱۶

اشکال سوم مرحوم امام قدس سره - بر این نظریه ۱۱۸

نظریه ی مساوات حق با ملک ضعیف ۱۱۸

اشکال محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - بر این نظریه ۱۱۹

نقد اشکال محقق اصفهانی قدس سره - ۱۲۱

اشکال مرحوم امام قدس سره - بر نظریه ی مساوات حق با ملک ضعیف ۱۲۶

نقد اشکال مرحوم امام قدس سره - ۱۲۸

نظریه ی محقق اصفهانی: تفاوت معنای حق به اختلاف موارد (اشتراک لفظی) ۱۲۹

نقد کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - ۱۳۱

نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم ۱۳۲

تبیین سید خویی قدس سره - بر نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم ۱۳۴

ملاحظات بر کلام سید خویی قدس سره - ۱۳۵

نظریه ی مختار در تبیین حقیقت حق (ثبوت شایسته تا بایسته) ۱۴۳

منشأ پیدایش حق اعتباری و تفاوت آن با حق نفس الامری ۱۴۵

آیا در حاقّ حقّ، علاوه بر لحاظ «له»، جنبه ی «علیه» نیز لحاظ شده است؟ ۱۴۷

تفاوت بین حق و ملک ۱۵۰

تفاوت بین حق و حکم ۱۵۳

شک بین حق و حکم ۱۵۵

اقسام حقوق در کلام سید یزدی قدس سره - ۱۵۶

شک در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال حق ۱۶۲

تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت نقل ۱۶۳

موضع بزرگان در این مسأله ۱۶۵

بیان سید یزدی قدس سره - در تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت ۱۷۲

اشکال محقق اصفهانی بر کلام سید یزدی قدس سرهما - ۱۷۴

دفاع مرحوم امام از کلام سید یزدی در مقابل اشکال محقق اصفهانی قدس سرهم - ۱۷۷

دفاع سید خوبی از محقق اصفهانی و اشکال بر سید یزدی قدس سرهم - ۱۷۸

نقد کلام سید خوبی قدس سره - ۱۸۳

شبهه: شک در قابلیت به نحو شبهه ی مصداقیه ی مخصص است ۱۸۹

پاسخ به شبهه ۱۹۰

تثبیت شبهه توسط مرحوم امام قدس سره - ۱۹۱

ملاحظات بر فرمایش مرحوم امام قدس سره - ۱۹۴

راهی برای تمسک به عام علی فرض تثبیت اشکال مرحوم امام قدس سره - ۱۹۸

تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت نقل حقوق ابداعی شارع ۲۰۰

شک در قابلیت اسقاط حق ۲۰۱

حقیقت اسقاط ۲۰۲

نظر محقق نائینی قدس سره - در حقیقت إعراض، نقل و اسقاط ۲۰۲

نظر محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در حقیقت اعراض، نقل و اسقاط ۲۰۶

نظر مختار در حقیقت إسقاط، نقل و إعراض ۲۱۰

آیا إعراض موجب سقوط ملكيت مى شود؟ ۲۱۴

حكم شك در قابليت بالفعل إسقاط حق ۲۱۵

بررسى بعض تعاريف بيع و بيان تعريف مختار

تعريف بيع در نظر شيخ قدس سره - ۲۱۹

شبهات تعريف «إنشاء تمليك عين بمال» و پاسخ به آن از جانب شيخ قدس سره - ۲۲۰

اشکال اوّل (جواز ایجاب بیع با لفظ «ملکْتُ») ۲۲۰

اشکال بعضی بر تعریف شیخ قدس سره - و نقد آن ۲۲۱

نقضی بر ترادف بیع با تملیک ۲۲۳

اشکال دوم (عدم انطباق تعریف بر بیع الدین علی من هو علیه) ۲۲۵

پاسخ اوّل شیخ به اشکال دوم ۲۲۵

نقد پاسخ اوّل شیخ قدس سره - ۲۲۷

پاسخ دوم شیخ قدس سره - به اشکال دوم ۲۲۷

نقد پاسخ دوم شیخ قدس سره - ۲۲۸

نظر مختار در وجه صحت «بیع الدین علی من هو علیه» بدون وقوع تملیک ۲۲۸

اشکال سوم (انطباق تعریف بر تملیک به معاطاه) ۲۳۰

اشکال چهارم (انطباق تعریف بر شراء) ۲۳۱

پاسخ شیخ به اشکال چهارم ۲۳۳

اشکال سید خوبی بر پاسخ شیخ قدس سرهما - ۲۳۳

بررسی اشکال سید خوبی بر پاسخ شیخ قدس سرهما - ۲۳۸

اشکال پنجم (انطباق تعریف بر صلح) ۲۴۲

پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال پنجم ۲۴۳

بررسی پاسخ شیخ قدس سره - ۲۴۱۶

اشکال ششم (انطباق تعریف بر هبه ی معوضه) ۲۴۷

پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال ششم ۲۴۹

اشکال هفتم (انطباق تعریف بر قرض) ۲۵۲

پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال هفتم ۲۵۲

شواهد شیخ قدس سره - بر معاوضه نبودن قرض ۲۵۲

شاهد اول: عدم جریان ربای معاوضی در قرض ۲۵۳

شاهد دوم: جواز غرر در قرض ۲۵۸

شاهد سوم: عدم لزوم ذکر عوض در قرض ۲۵۹

شاهد چهارم: عدم لزوم علم به عوض ۲۵۹

اشکال محقق ایروانی بر پاسخ شیخ قدس سرهما - ۲۵۹

نقد کلام محقق ایروانی قدس سره - ۲۶۱

اشتباه مصادیق قرض در تعاملات بانکی ۲۶۲

اشکالات دیگر تعریف شیخ از محقق ایروانی قدس سرهما - ۲۶۳

اشکال اوّل (زائد بودن «إنشاء» در تعریف) ۲۶۴

اشکال دوم (بیع از مقوله ی إنشاء نیست) و نقد آن ۲۶۶

اشکال سوم (شمول تعریف بر إنشاء عابث و لاغی و ایجاب غیر متعقب به قبول) و نقد آن ۲۶۶

اشکال چهارم (شمول تعریف بر اعیان غیر متموّله) ۲۶۷

عدم لزوم مالیت معوّض در نظر سید یزدی و سید خوبی قدس سرهما - ۲۶۸

نقد کلام سید خوبی قدس سره - ۲۶۹

ملاک مالیت اشیاء ۲۷۰

اشکال پنجم (شمول تعریف بر تملیک ضمنی) ۲۷۰

اشکال ششم (ظهور تعلق باء به تملیک؛ نه عین) ۲۷۱

نقد اشکال ششم ۲۷۲

اشکالات دیگر تعریف شیخ از محقق اصفهانی قدس سرهما - و برخی دیگر ۲۷۳

اشکال اوّل (در بیع همیشه تملیک نیست) ۲۷۳

اشکال دوم (عدم لزوم عین بودن مبیع) ۲۷۴

نظر محقق اصفهانی قدس سره - در تعریف بیع و نقد آن ۲۷۵

نظر مختار در تعریف بیع ۲۷۷

بررسی معانی دیگر «بیع» توسط شیخ قدس سره - ۲۸۱

۱. «إنشاء تمليك عينٍ بمالٍ بشرطٍ تعقبه بتملك المشتري» یا «بشرط القبول» ۲۸۲

مخالفت شیخ قدس سره - با اشتراط قبول در تحقق بیع مصطلح ۲۸۳

ملاحظات بر کلام شیخ قدس سره - ۲۸۵

۲. اثر حاصل از ایجاب و قبول (انتقال) ۲۸۷

مخالفت شیخ قدس سره - با استعمال بیع در معنای «انتقال» ۲۸۸

نقد کلام شیخ قدس سره - ۲۹۱

۳. عقد مرگب از ایجاب و قبول ۲۹۳

مجازیت استعمال بیع در «عقد» در نظر شیخ - رحمه الله علیه - ۲۹۴

آیا نزد عرف، صدق و صحت بیع متلازمنند؟ ۲۹۹

بیع و سایر عقود اسم برای صحیح است یا اعم؟ ۳۰۱

بیع حقیقت در صحیح و مجاز در فاسد در کلام شهیدین قدس سرهما - ۳۰۱

عدم جواز تمسک به عمومات و اطلاقات، لازمه ی کلام شهیدین قدس سرهما - ۳۰۳

مراتب صحت در معاملات ۳۰۴

ظهور عبارت شهیدین قدس سرهما - در صحت عند الشارع ۳۰۶

وارد بودن اشکال شیخ و اشکالی دیگر بر ظاهر عبارت شهیدین قدس سرهما - ۳۰۶

توجیه شیخ درباره ی کلام شهیدین ۴ و نقد آن ۳۰۷

اسامی معاملات اسم برای سبب است یا مسبب؟ ۳۱۴

عدم امکان أخذ صحت عند الشارع در عمومات و اطلاقات معاملات در نظر سید خوئی قدس سره - ۳۱۶

نقد کلام سید خوئی قدس سره - ۳۱۷

تمسک به اطلاق مقامی در ادله ی معاملات بنابر اراده ی صحت عند الشارع ۳۱۸

نقد شهید صدر قدس سره - بر نظریه ی تحقق اطلاق مقامی در ادله ی معاملات ۳۲۲

نقد اشکال شهید صدر قدس سره - ۳۲۴

خلاصه ی کلام در جواز یا عدم جواز تمسک به اطلاق ادله ی معاملات ۳۲۸

مبحث معاطات

صور معاطات ۳۳۴

مناقشه ی شیخ قدس سره - در وجه سوم ۳۳۶

اشکال بعضی بر مناقشه ی شیخ در وجه سوم ۳۳۶

نقد اشکال ۳۳۷

مناقشه ی شیخ قدس سره - در وجه چهارم ۳۳۸

آیا معاوضه ی لبن شاه به نحو تملیک مطلق است؟ ۳۳۹

روایات مربوط به اعطاء بقر و غنم بالضریبه ۳۴۰

اجاره بودن اعطاء غنم و بقر بالضریبه ۳۴۶

عبارات فقهاء در بیع لبن شاه ۳۴۸

نقد کلام شیخ قدس سره - در ظهور عبارت فقهاء در تملیک مطلق ۳۵۸

اقوال در نتیجه ی معاطات ۳۶۱

قول اول: مفید لزوم (ملکیت لازم) مطلقاً ۳۶۱

قول دوم: مفید ملکیت جائزه ۳۶۵

قول سوم: مفید ملکیت لازم در صورتی که دالّ بر تراضی، لفظ باشد ۳۶۶

قول چهارم: مفید اباحه ی جمیع تصرّفات حتّی تصرّفات متوقف بر ملک ۳۶۸

قول پنجم: مفید اباحه ی تصرّفات غیر متوقف بر ملک ۳۶۸

قول ششم: بطلان معامله و عدم ترتّب اثر ۳۶۹

قول هفتم: معامله ای مستقل و مفید ملکیت ۳۷۰

مروری گذرا بر مستند اقوال هفت گانه ۳۷۱

بررسی کلمات قدما در معاطات ۳۷۴

کلمات برخی معاریف عامه در معاطات ۳۸۹

قصد تملیک، محطّ بحث در معاطات ۳۹۳

مقتضای ادلّه ی اولیه در معاطات ۳۹۶

تمسک به سیره برای اثبات مفید ملک بودن معاطات ۳۹۶

الف) سیره ی متشرعه ۳۹۶

نقد ۳۹۷

ب) سیره ی عقلاء ۳۹۹

تمسک به اطلاقات و عمومات برای اثبات مفید ملک بودن معاطات ۴۰۰

۱) آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) ۴۰۰

سه محور بحث پیرامون آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ۴۰۴

الف) مراد از بیع در آیه ی شریفه چیست؟ ۴۰۴

حمل بیع بر «تصرفات مترتب بر بیع» در کلام شیخ قدس سره - ۴۰۴

نقد کلام شیخ قدس سره - ۴۰۶

ب) مراد از «حَلِّیت» در آیه ی شریفه چیست؟ ۴۰۸

تبیین مراد از حَلِّیت در کریمه و رابطه ی آن با صَحَّت معاطات از دیدگاه شیخ قدس سره - ۴۰۸

وجوه حمل حَلِّیت بر حَلِّیت تکلیفی در کریمه و نقد آن ۴۱۰

نظر مشهور در حَلِّیت در کریمه ۴۱۳

مراد از حَلِّیت، جامع حَلِّیت وضعی و تکلیفی در نظر سید خویی قدس سره - ۴۱۴

بررسی کلام سید خویی قدس سره - ۴۱۷

معنای حَلِّیت در نظر محقق اصفهانی قدس سره - و نقد آن ۴۱۸

ج) کلام در اطلاق کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ۴۱۹

دو اشکال مرحوم امام قدس سره - بر اطلاق آیه ی شریفه ۴۲۰

اشکال اوّل: کریمه در صدد نفی تسویه بین بیع و رباست ۴۲۰

اشکال دوم: کریمه در مقام إخبار از حکم سابق است ۴۲۱

پاسخ امام قدس سره - به هر دو اشکال ۴۲۲

نقد پاسخ و تثبیت دو اشکال سابق از جانب امام قدس سره - ۴۲۴

پاسخ بعض المشایخ - رحمه الله علیه - به دو اشکال امام قدس سره - ۴۲۵

نقد کلام بعض المشایخ قدس سره - ۴۲۷

مراد از (وَمَنْ عَادَ) در آیه ی شریفه کیست؟ ۴۲۸

نظر مختار درباره ی (وَمَنْ عَادَ) ۴۳۳

نظر نهایی و مختار در اطلاق کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ۴۳۶

استفاده ی اطلاق کریمه از بعض روایات ۴۳۷

(۲) آیه ی شریفه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) ۴۳۹

سه بحث در قسمت «مستثنی منه» کریمه ۴۴۰

۱. مقصود از «أَكَلَ» در (لَا تَأْكُلُوا) چیست؟ ۴۴۰

۲. نهی در (لا تأکلوا) نهی تکلیفی است یا ارشاد به بطلان معامله؟ ۴۴۰

۳. مراد از (بالباطل) چیست؟ ۴۴۱

مباحث مربوط به بخش اثباتی کریمه ۴۴۴

(۱) مراد از تجارت چیست؟ ۴۴۵

اعراب و ترکیب (تجاره) در کریمه ۴۵۰

(۲) استثناء در کریمه به نحو متصل است یا منقطع؟ ۴۵۲

توجیه استثناء متصل در کلام برخی و نقد آن ۴۵۲

تفاوت استثناء متصل و منقطع در معنای کریمه ۴۵۴

عدم تفاوت معنای کریمه با استثناء متصل و منقطع در نظر سید خویی قدس سره - ۴۵۶

نقد کلام سید خویی قدس سره - ۴۵۸

قید (عن تراض) توضیحی است یا احترازی؟ ۴۵۹

نحوه ی استدلال به کریمه برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات ۴۶۰

(۳) آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ۴۶۱

وجه عدم تمسک شیخ قدس سره - به کریمه برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات ۴۶۳

(۴) تمسک به روایت معروف «الناس مسلطون علی أموالهم» ۴۶۷

مناقشه ی شیخ قدس سره - در دلالت حدیث سلطنت بر مدعا ۴۶۹

موضع اعلام در دلالت حدیث سلطنت ۴۷۱

کلام سید یزدی قدس سره - در تصحیح تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات ۴۷۳

کلام محقق اصفهانی قدس سره - در تصحیح تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات ۴۷۶

خلاصه ی کلام مخالفین امکان تمسک به حدیث سلطنت برای اِمْضاء معاطات ۴۷۹

نقض سید خوئی قدس سره - بر کلام قائلین به اطلاق حدیث از حیث انواع معاملات ۴۸۰

نقد کلام سید خوئی قدس سره - ۴۸۱

نقد مرحوم امام قدس سره - بر کلام قائلین به اطلاق حدیث سلطنت ۴۸۲

نقد کلام امام قدس سره - ۴۸۵

مروری بر ادلّه ی صحت معاطات ۴۸۶

مبّعات قول به إباحه از کاشف الغطاء قدس سره - ۴۸۷

مبّعد اوّل: إن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد ۴۸۸

پاسخ شیخ قدس سره - به مبّعد اوّل ۴۸۹

مواردی از تخلف عقد از قصد در فقه ۴۹۱

بررسی پاسخ شیخ به مبّعد اوّل کاشف الغطاء قدس سرهما - ۴۹۴

پاسخ بعضی به نقوض شیخ قدس سره - در مبّعد اوّل و نقد آن ۴۹۶

مبّعد دوم: تصرف یا اراده ی تصرف از مملکات باشد ۵۰۲

پاسخ شیخ قدس سره - به مبّعد دوم کاشف الغطاء قدس سره - ۵۰۴

پاسخ بهتر به مبّعد دوم کاشف الغطاء قدس سرهما - ۵۰۵

مبّعد سوم: لزوم تعلق واجبات مالیه به غیر ملک ۵۰۶

پاسخ شیخ به مبّعد سوم کاشف الغطاء قدس سرهما - ۵۰۹

مبّعد چهارم: تصرف از یک جانب مملک جانب دیگر باشد ۵۱۴

مبّعد پنجم: تلف سماوی از یک طرف مملک طرف دیگر باشد ۵۱۴

پاسخ شیخ قدس سره - به بخش اوّل مبّعد پنجم ۵۱۷

بررسی پاسخ شیخ قدس سره - ۵۱۹

اصلاح پاسخ شیخ به کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - در مبّعد پنجم ۵۲۱

پاسخ شیخ قدس سره - به بخش دیگر مبّعد پنجم ۵۲۳

مبّعد ششم: تصرف از نواقل قهریه باشد ۵۲۵

بررسی مبّعد ششم ۵۲۶

مبَعَد هفتم: نماء حادث قبل از تصرّف مملّك باشد ۵۲۶

پاسخ شيخ قدس سره - به مبَعَد هفتم ۵۲۷

بررسی پاسخ شيخ قدس سره - به مبَعَد هفتم ۵۲۷

مبَعَد هشتم: اتحاد موجب و قابل لازم می آید ۵۲۸

بررسی مبَعَد هشتم کاشف الغطاء قدس سره - ۵۳۰

جمع بندی شيخ قدس سره - بين ادله ی قول به إباحه و ملكیت ۵۳۱

معاطات مفید ملکیت لازم است یا مترزلزل؟ ۵۳۳

دلالت استصحاب بر لزوم ملکیت ۵۳۵

اشکالی بر جریان استصحاب ۵۳۵

پاسخ اول شیخ قدس سره - به اشکال: (ملک حقیقت واحد است و دو قسم نیست) ۵۳۶

نقد پاسخ اول شیخ قدس سره - ۵۴۱

بیان مختار در اثبات دو قسم ملک ۵۴۳

پاسخ دوم شیخ قدس سره - به اشکال بر استصحاب: (استصحاب کلی قسم ثانی) ۵۴۴

مهم ترین اشکالات استصحاب کلی قسم ثانی و پاسخ آن ۵۴۵

راه دیگری برای جریان استصحاب شخصی ملک ۵۴۶

پاسخ به استصحاب بقاء علقه ی مالک اول ۵۴۸

جریان اصاله اللزوم (استصحاب ملک آخذ) در شبهات موضوعیه ۵۴۸

تحالف در صورت إقامة ی دعوا ۵۴۹

تمسک به اطلاقات و عمومات برای اثبات لزوم ملکیت حاصل از معاطات ۵۵۱

۱. تمسک به مرسله ی نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم» ۵۵۱

دو بیان بر نحوه ی دلالت مرسله بر لزوم معاطات و نقد آن از محقق اصفهانی قدس سره - ۵۵۳

بررسی کلام محقق اصفهانی قدس سره - در نقد بیان اول ۵۵۴

بررسی کلام محقق اصفهانی قدس سره - در نقد بیان دوم ۵۵۶

۲. تمسک به روایت «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه» ۵۵۷

اشکال بعض محشین بر استدلال شیخ ۴ به این روایت ۵۶۲

شاهدی بر اعم بودن حلیت تصرّف از تصرفات تکوینی و اعتباری ۵۶۵

۳. تمسک به روایت «الیعان بالخیار حتی یفترقا» ۵۶۶

سه بیان بر کیفیت دلالت روایت بر لزوم بیع معاطاتی ۵۶۸

مناقشه ی مرحوم امام در هر سه بیان ۵۶۹

مناقشه ی دیگر امام قدس سره - نسبت به بیان دوم و سوم ۵۷۶

ملاحظات بر فرمایش امام قدس سره - ۵۸۰

۴. تمسک به روایت «المؤمنون عند شروطهم» ۵۸۵

نقد کلام شیخ قدس سره - در تمسک به این روایت ۵۸۶

۵. تمسک به کریمه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) ۵۸۷

استدلال به عقد مستثنی (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) ۵۸۷

عدم جریان توهم مذکور در تمسک به روایت «الناس مسلطون علی أموالهم» ۵۸۸

استدلال به عقد مستثنی منه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) ۵۹۰

اشکال سید خویی قدس سره - بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه ۵۹۱

نقد کلام سید خویی قدس سره - ۵۹۲

اشکال امام قدس سره - بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه ۵۹۴

بررسی کلام مرحوم امام قدس سره - در نقد استدلال به عقد مستثنی منه کریمه ۵۹۸

نظر مختار در تمسک به عقد مستثنای کریمه برای اثبات لزوم معاطات ۵۹۸

استدلال به عقد مستثنای کریمه از غیر طریق حصر ۵۹۹

نقد این استدلال ۵۹۹

۶. تمسک به کریمه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ۶۰۰

۷. تمسک به کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ۶۰۲

روایات دال بر عدم لزوم ملکیت ۶۰۳

۱. روایت «إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامَ وَ يُحَرِّمُ الْكَلَامَ» ۶۰۳

احتمالات چهارگانه در معنای ذیل روایت با غض نظر از صدر ۶۰۷

استظهار شیخ قدس سره - از روایت در میان احتمالات چهارگانه ۶۱۱

بررسی احتمال اوّل ۶۱۱

بررسی احتمال دوم، سوم و چهارم ۶۱۲

عدم دلالت روایت بر بطلان معاطات بنا بر احتمال سوم و چهارم ۶۱۴

تردید شیخ قدس سره - به خاطر حصر محلّ و محرّم در کلام ۶۱۵

نظر مختار در دلالت روایت بر بطلان معاطات ۶۱۷

إشعار روایات دیگر بر بطلان معاطات ۶۱۸

نظر مختار درباره ی ادعای اجماع بر بطلان معاطات ۶۳۰

تنبيهات معاطات

تنبيه اول: آیا رعایت تمام شروط بیع بالصیغه در معاطات لازم است؟ ۶۳۵

آیا در معاطات خیار جاری است؟ ۶۴۴

تنبيه دوم: آیا معاطات با إعطاء از جانب واحد محقق می شود؟ ۶۴۶

اشکال محقق نائینی قدس سره - بر وقوع معاطات با إعطاء از جانب واحد ۶۴۷

نقد کلام محقق نائینی قدس سره - ۶۵۲

کلام محقق ایروانی قدس سره - در عدم معقولیت تأثیر إعطاء دوم در ایجاب و قبول ۶۵۴

نقد کلام محقق ایروانی قدس سره - ۶۵۶

پاسخ دیگری از مرحوم امام به کلام محقق ایروانی قدس سرهما - ۶۵۷

نقد کلام مرحوم امام قدس سره - ۶۵۹

اشکال دور در دخالت قصد در تحقق بیع با إعطاء ۶۶۰

پاسخ به اشکال دور ۶۶۱

آیا به مجرد ایصال ثمن و أخذ مثن بدون صدق اعطاء، معاطات محقق می شود؟ ۶۶۲

راه های تصحیح معاملات مذکور علی فرض عدم صدق بیع ۶۶۴

تنبيه سوم: تمییز بایع از مشتری در معاطات ۶۶۸

چهار احتمال شیخ قدس سره - در تمییز بایع از مشتری در موارد عدم قرینه بر فعل و انفعال ۶۷۰

تنبيه چهارم: وجوه چهارگانه ی معاطات به حسب قصد متعاطین ۶۷۳

بررسی وجه دوم (تملیک به إزاء تملیک) ۶۷۷

اشکال اول محقق نائینی قدس سره - بر وجه دوم ۶۷۷

نقد اشکال اوّل محقق نائینی قدس سره - ۶۷۹

اشکال دوم محقق نائینی قدس سره - بر وجه دوم ۶۷۹

نقد اشکال دوم محقق نائینی بر وجه دوم ۶۸۰

احتیاج تملیک دوم به قبول در وجه دوم ۶۸۰

اشکال محقق اصفهانی قدس سره - در مقابله ی بین تملیکین ۶۸۱

اشکال اوّل مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی قدس سرهما - ۶۸۳

نقد اشکال اوّل مرحوم امام قدس سره - ۶۸۴

اشکال دوم امام قدس سره - بر کلام محقق اصفهانی قدس سره - ۶۸۵

نقد اشکال دوم مرحوم امام قدس سره - ۶۸۶

اشکال سوم مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی قدس سرهما - ۶۸۷

نقد اشکال سوم مرحوم امام قدس سره - ۶۸۷

بررسی وجه سوم و چهارم ۶۸۸

آیا مباح له می تواند تصرفات متوقف بر ملک کند؟ ۶۸۹

وجوه تصحیح تصرف متوقف بر ملک برای مباح له ۶۹۳

حکومت دلیل «لا بیع الا فی ملک» بر دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» ۶۹۸

بحث صغروی در تصرفات متوقف بر ملک ۷۰۲

۱. فروش ملک غیر برای خود «لا بیع الا فی ملک» ۷۰۲

جواز پرداخت کفارات با ایباحه ی شوهر ۷۰۵

آیا کسی می تواند خمس و زکات دیگری را پرداخت کند؟ ۷۰۶

۲. «لا عتق الا فی ملک» ۷۰۷

آیا در شراء عمودین، عتق در ملک محقق می شود؟ ۷۰۹

۳. «لا وطی الا فی ملک» ۷۱۰

آیا ایباحه ی بالعوض و ایباحه در مقابل ایباحه معاوضه است؟ ۷۱۱

صلح یا معاوضه ی مستقل بودن این دو وجه در نظر شیخ قدس سره - ۷۱۳

بررسی کلام شیخ قدس سره - ۷۱۴

بررسی صور مختلف ایباحه ی بالعوض ۷۱۷

بررسی صور مختلف إباحه در مقابل إباحه ۷۱۹

تنبيه پنجم: (جریان معاطات در غیر بیع) ۷۲۱

وجه اعتباری محقق نائینی قدس سره - در عدم تحقق نکاح به معاطات و نقد آن ۷۲۲

کلام محقق نائینی قدس سره - در عدم تحقق ضمان، وصیت و تدبیر به معاطات و نقد آن ۷۲۴

وجه اعتباری عدم تحقق قرض به معاطات و نقد آن ۷۲۵

وجه اعتباری عدم تحقق رهن به معاطات و نقد آن ۷۲۸

وجه اعتباری عدم تحقق وقف به معاطات و نقد آن ۷۲۹

وجه عدم تحقق هبه به معاطات و نقد آن ۷۳۰

ارائه ی محقق ثانی قدس سره - شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق اجاره و هبه به معاطات ۷۳۱

اشکالات جناب شیخ قدس سره - بر کلام محقق ثانی قدس سره - و نقد آن ۷۳۲

آیا اجاره از مصادیق «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است؟ ۷۳۶

بررسی ضمان در صورت عدم علم اجیر به فساد اجاره ۷۳۶

بررسی ضمان در صورت علم اجیر به فساد اجاره ۷۳۷

کلام سید یزدی قدس سره - بر عدم ضمان در صورت علم به فساد اجاره ۷۳۷

نقد کلام سید یزدی قدس سره - توسط محشین عروه ۷۳۹

پاسخ سید قدس سره - به اشکال عدم هتک حرمت مال با علم موجر یا اجیر به فساد ۷۴۱

نقد پاسخ سید قدس سره - نسبت به موجر ۷۴۱

بررسی پاسخ سید قدس سره - نسبت به اجیر ۷۴۲

ارائه ی محقق ثانی قدس سره - شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق هبه به معاطات ۷۴۳

اشکال شیخ قدس سره - به کلام محقق ثانی قدس سره - ۷۴۴

تنبيه ششم: (مُلزِمات معاطات) ۷۴۶

تنبيه هفتم: (جریان خیارات مختص به بیع در بیع معاطاتی) ۷۴۷

تنبيه هشتم: (تحقق معاطات با صیغه ی غیر جامع جمیع شرائط) ۷۴۸

کتاب نامه

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على اعدائهم اجمعين

پیش گفتار

«بیع» تأثیر عظیمی در حیات اجتماعی و اقتصادی بشر دارد؛ چراکه بسیاری از مبادلاتی که در سطح خُرد و کلان بین افراد، مؤسسات، جوامع و دولت ها صورت می پذیرد بر اساس «بیع» است. تبیین حقیقت بیع، فرق آن با سایر عقود و بیان احکام آن می تواند افق رفتار افراد و جوامع را روشن نماید. نظام حقوقی اقتصادی اسلام آن قدر دارای فروع، خصوصیات و احکام بوده و برترین دانشمندان و متفکران در تبیین و تحلیل آن به غور پرداخته اند که مطمئناً در هیچ کجای دنیا نمی توان نظیر آن را پیدا کرد.

کتاب شریف «مکاسب» شیخ انصاری قدس سره - وارث فکر هزار و چندین ساله ی برترین متفکران و ژرف اندیشان از شیخ مفید گرفته تا شیخ طوسی، ابن ادریس حلّی، محقق حلّی، علامه ی حلّی تا محقق ثانی، صاحب مفتاح الکرامه، کاشف الغطاء و صاحب جواهر قدس سرهم - می باشد؛ اعلامی که هر از چندگاهی با گذشت ده ها سال و چه بسا چند صد سال، خداوند متعال مانند آنان را به جامعه ی بشری اعطاء می کند. لباب افکار این بزرگان در مکاسب انعکاس یافته و شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف با آن دقت، احاطه و هنری که داشته تقریباً چیزی را فروگذار

نکرده است، به حدّی که آن را غیر قابل قیاس با کتب حقوقی دنیا قرار داده و می توان گفت از فلسفه های دنیا نیز از حیث اِعمال فکر در جهت کشف و نیل به مطلوب، غنی تر است. (۱)

بعد از شیخ قدس سره - نیز افرادی که دارای ذهن خلاق، تحلیل گر، شکافنده ی حقائق و معانی در عالی ترین رتبه ها می باشند، کلمه به کلمه ی مطالب شیخ را که خود دریایی از اندیشه ی جوشان و فکر فروزان بوده مورد ارزیابی قرار داده و در تأیید یا نقد آن قلم زده و زوایای تاریک را روشن کرده یا نظرات جدیدی را به آن افزوده اند.

سید یزدی قدس سره - با آن احاطه ای که داشته حاشیه ی عمیقی (۲) بر مکاسب نگاشته و محقق ایروانی قدس سره - با آن حدّت ذهنی و با نگاهی که به حاشیه ی سید داشته اعمال نظر کرده است. (۳) محقق اصفهانی قدس سره - آن اعجوبه ی کم نظیر در دقت و تسلط بر مباحث فکری، حاشیه ی (۴) عمیق و مفصّلی بر مکاسب نوشته و میرزای نایینی قدس سره - با تدریس و محور قرار دادن مکاسب، مطالب زیادی را در مباحث معاملات و خصوص بیع ابراز (۵) فرموده که توسط دو نفر از مقرّران خوش قلم و دقیقشان

۱- برای بررسی اعتبار فکر در کشف و نیل به مقصود، می توانید رجوع کنید به صفحه ی ۲۸-۳۱ از کتاب فلسفه ی اخلاق اثر حضرت استاد دام ظلّه.

۲- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ۲ مجلد، نشر مؤسسه اسماعیلیان.

۳- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ۲ مجلد، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۴- حاشیه کتاب المکاسب (ط- الحدیثه) للاصفهانى، ۵ مجلد، نشر انوار الهدی.

۵- در مقدمه ی المکاسب و البیع تقریر شیخ محمد تقی آملی آمده که وقتی محقق نائینی می خواستند مبحث مکاسب را شروع کنند فرمودند: «خذوا عنی المکاسب؛ اینی رجلٌ مقبوضٌ» مکاسب را از من بگیرید؛ چرا که من رجلی مقبوضم. در این که مرادشان چه بود، ظاهراً خواسته اند چند مطلب را با هم القاء کنند. یکی این که عمر من رو به غروب است این مطالب را هر چه زودتر از من بگیرید، دیگر این که این مطالب را به این سادگی نه از من و نه از کس دیگر به دست نمی آورید، حالا که در اختیار شما می گذارم خوب از آن بهره بگیرید.

شیخ محمد تقی آملی (۱) و شیخ موسی خوانساری (۲) به رشته ی تحریر در آمده است. امام خمینی قدس سره - نیز با محور قرار دادن مکاسب در تدریس شان بررسی گسترده ای انجام داده و مطالب عالی و دقیقی را بیان فرموده اند. سید خویی قدس سره - مطالب فراوانی را در تبیین و تنقیح آن بیان فرموده که به خاطر بیان شیرین و رسای ایشان و قلم روان مقررین شان در جایگاهی سهل التناول تر از کتب دیگر قرار گرفته است. (۳) ده ها حواشی علمی، انتقادی و توضیحی دیگر نیز وجود دارد که آن ها نیز حائز اهمیت است. در زمان حاضر فهم بسیاری از اندیشه های متبلور در این کتاب ها نیاز هر مجتهدی است تا از اعوجاج در اجتهاد و انحراف در استنباط مصون باشد.

به هر حال کتاب مکاسب علی الخصوص مبحث «بیع» به ضمیمه ی حواشی آن، منبع پایان ناپذیری از علم و فکر در حوزه ی تحلیل مسائل معاملی در زمینه ی فقه و حقوق ارائه کرده که واقعاً بی نظیر است. بسیاری از قواعد مطرح شده در کتاب البیع قواعد سیالی است که در تمام ابواب معاملات کاربرد دارد، لذا با

۱- المکاسب و البیع، تقریر شیخ محمد تقی آملی، ۲ مجلد، نشر دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریر شیخ موسی خوانساری، ۲ مجلد، نشر المکتبه المحمديه.

۳- سید خویی قدس سره - حداقل دو دوره مکاسب را تدریس فرموده که به حسب اطلاع من سه تقریر از آن توسط اعظم تلامذ ایشان در دسترس قرار دارد. یکی «مصباح الفقاهه» تقریر مرحوم توحیدی است که آن مقداری که خودش ناظر بر چاپ بوده بسیار روان و زیباست، ولی عمده اش بعد از رحلت ایشان چاپ شده که مورد رسیدگی قرار نگرفته است. دیگری «محاضرات فی الفقه الجعفری» تقریر مرحوم سید علی شاهرودی است که آن هم تقریری خوب و رساست، بخش مکاسب محرمه در زمان حیات و ظاهراً بقیه بعد از رحلت ایشان چاپ شده است. تقریر دیگر «التنقیح فی شرح المکاسب» مربوط به مرحوم میرزا علی غروی است که به دست عوامل صدام ملعون به شهادت رسید و آن هم بعد از شهادت ایشان به چاپ رسیده است.

تسلط بر مباحث بیع، حل بسیاری از مباحث مربوط به معاملات دیگر مانند اجاره، مضاربه، مساقات، شرکت، جعاله و ... آسان خواهد بود. (۱) بنابراین کتاب البیع، هم از آن جهت که قوام و حیات اقتصاد جامعه به بیع بستگی دارد دارای اهمیت است و هم از آن جهت که اهمّ مباحث سایر عقود مانند شرائط عقد، شرائط عوضین، شرائط متعاقدین و ... در آن روشن می شود. پس کسی که می خواهد متخصص در این رشته باشد و عن اجتهاد استنباط کند یا حداقل کلام دیگران را بفهمد باید در این مسائل غور کرده و از صرف وقت در آن ملول نشود. کسانی که در رشته ی حقوق نیز می خواهند کار کنند اگر بر این مباحث مسلط باشند حقوقدانی خواهند شد که قابل قیاس با اقرانشان نمی باشند.

این مباحث از آن جا که قدرت فکری زیادی به دارس و باحث آن می دهد، فرد را در مسائل فلسفی نیز توانمند می کند و به راحتی می تواند مفاهیم اعتباری را از مفاهیم حقیقی تمییز داده و رابطه ی آن دو را درک کند. فلسفه های جدید نیز که به فلسفه ی زبانی (لینگویستیک فیلسفی) (۲) و فلسفه ی تحلیلی (انالیتیک فیلسفی) (۳) معروف است و گفتارهای روزمره ی مردم را تحلیل می کند، دارای روش هایی است مشابه روش هایی که در اصول و فقه خصوصاً اصول به کار گرفته می شود، لذا اگر کسی با توان حاصل از آموزش اصول و مکاسب وارد آن مباحث شود می تواند نقاد، بلکه مُبدِع و مبتکر خوبی در آن مسائل باشد.

۱- خیلی از مباحث مربوط به این معاملات در کتاب البیع بررسی می شود، نسبت به بعضی دیگر هم باحث چنان قدرتی پیدا می کند که دیگر نیازی به بررسی و اِعمال فکر زیاد ندارد.

۲- Linguistic philosophy

۳- Analytic philosophy

مطالب کلی پیرامون بیع

اشاره

تعریف بیع در لغت و نکاتی پیرامون آن

آیا در بیع باید هر یک از عوض و معوض عین باشد؟

آیا عمل حرّ می تواند عوض واقع شود؟

آیا عمل حرّ قبل از معاوضه مال است؟

آیا حقوق می تواند عوض واقع شود؟

حقیقت ملک چیست؟

حقیقت حق چیست؟

تمسک به عمومات برای اثبات قابلیتات

تعريف بيع در لغت و نکاتی پیرامون آن

بعضی مثل محقق نائینی قدس سره - قبل از ورود در اصل بحث و تعریف بیع، چگونگی تقسیم کتب و ابواب فقهی از جمله معاملات را تبیین کرده اند (۱) که فعلاً

۱- المكاسب و البيع (للميرزا النائینی)، ج ۱، ص ۸۲: و ينبغي أن نحقق أولاً- أن البيع مندرج في أي باب من أبواب الفقه فاعلم أنهم قسموا الفقه الى عبادات و معاملات و أحكام و العباده تطلق على معان (الأول) ما يتوقف صحته على إتيانه بقصد القربه و هذا هو العباده بالمعنى الأخص (الثاني) ما يؤتى به بقصد القربه و لو لم تكن صحته منوطه بإتيانه كذلك و هذا هو العباده بالمعنى الأعم (الثالث) الوظائف التعبدية المقرره للمكلفين مما لا يتوقف على إنشاء أصلا و هذا أعم من المعنى الثاني و يشمل مثل القضاء و الشهادات و الموارد و نحوها (و المعامله أيضا تطلق) على معان (الأول) ما لا يتوقف صحته على إتيانه بداعي القربه و هو المعامله بالمعنى الأعم المقابل للعباده بالمعنى الأخص، سواء لم يكن متوقفا على الإنشاء أو توقف من جانب واحد أو من جانبيين (الثاني) ما يتوقف على الإنشاء مطلقا و لو من جانب واحد و هذا أخص من الأول (الثالث) ما يتوقف على الإنشاء من جانبيين و هذا أخص من الثاني أيضا لانحصاره بالعقود. ثم ان العقود تنقسم إلى اذنيه و عهديه، و المراد بالاذنيه ما يتوقف على الاذن حدوثا و بقاء بحيث يرتفع بارتفاع الاذن و لو لم يعلم به المأذون كالكاله الإذنيه و الأمانه و نحوهما، و في إدراجها في العقود مسامحه لأن العقد عباره عن العهد المؤكد و لا عهد في العقود الإذنيه لأن قوامها انما هو بالاذن فقط و انما ادراجها في العقود لمكان اشتغالها على الإيجاب و القبول و على هذا فلا يشملها عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تخصصا لا تخصيصا، و انما قيدنا الكاله بالاذنيه لإخراج ما كان منها مندرجا تحت العقود حقيقه و هي التي تشتمل على شرائط العقد على ما قرر في محله، و يترتب عليه عدم بطلانها بمجرد رجوع الموكل بل يتوقف على بلوغ الرجوع عن الاذن الى الوكيل. و المراد بالعقود العهديه هي ما تشتمل على العهد و الالتزام، و هي تنقسم إلى تعلقيه و تنجيزيه و المراد بالتعلقيه ما كان المنشأ معلقا على أمر كالجعله (بناء على كونها من العقود لا من الإيقاعات) و كذا المسابقه و المراماه و الوصيه. و المراد بالتنجيزيه ما لم تكن كذلك. و كل واحد منهما ينقسم إلى تمليكيه و غير تمليكيه و التمليكيه أيضا تنقسم الى ما يتعلق بالأعيان و الى ما يتعلق بالمنافع، و كل واحد منهما اما معوضه أو غير معوضه، فالمعوضه المتعلقة بالأعيان مثل الصلح و البيع، و غير المعوضه المتعلقة بها كالهبه سواء كانت معوضه أو لا، و سواء كان العوض شرطا فيها أو لا، فإن الهبه هي التملك بلا عوض، و انما العوض في المعوضه منها بإزاء التملك بمعنى انها تملك بإزاء تملك لا مبادله مملوك بمملوك و لذا لا تقع بلفظ و هبتك هذا بهذا بل هذا تعبير عن البيع بلفظ الهبه، و في وقوع البيع به كلام يأتي تحقيقه و الغرض هنا بيان أنه ليس بهبه بل هو بيع مردد بين الصحيح و الفاسد بناء على اعتبار الألفاظ الحقيقه في العقود و عدم وقوعها بالألفاظ المجازيه و المشتركه بالاشتراك اللفظي أو المعنوي أو عدم اعتبارها بل وقوعها بكل لفظ دال على المقصود و لو بالقرينه و لا فرق في الهبه في ما ذكرنا بين ما كانت مشروطه بالعوض كما إذا قال و هبتك هذا بشرط أن تهبنى ذاك أو لم يكن، بل و هبه المتهم شيئا ابتداء بعوض هبته و إن كان بينهما فرق من وجه آخر و هو جواز الرجوع و عدمه حيث لا- يصح الرجوع في الأول و يصح في الثاني ما لم يهبه المتهم على تفصيل فيهما موكول الى محله (و الغرض) بيان دفع توهم كون الهبه المعوضه من العقود التمليكيه المعوضه. و أما العقود التمليكيه المعوضه المتعلقة بالمنافع فكالايجاره، فإنها من العقود المعاوضيه و ان كانت من جهه أخرى تعدّ في باب العقود الأمانيه لكون العين المستأجره

امانه فى يد المستأجر، و لأجل هذه المناسبه أدرجها العلامه (قده) فى باب الأمانات كما يمكن إدراج الرهن أيضا فيها بتلك المناسبه لكون العين المرهونه امانه فى يد المرتهن، كما يمكن إدراجه فى باب الدين أيضا لكونه من ملحقاته. و أما غير المعوضه المتعلقه بالمنافع فكالعاريه بناء على أن تكون تملك المنفعه لا بإحتها و إلا فتندرج فى العقود الإذنيه، (فقد تحصل) أن البيع من العقود التنجيزيه التملكيه المعاوضيه المتعلقه بالأعيان. ثم إن الفرق بينه و بين الصلح الواقع على الأعيان مما لا يخفى (و توضيحه) أن الصلح عباره عن حقيقه واحده و هى التسالم المعبر عنه بالفارسيه (با هم بر آمدن) لكن ما وقع عليه التسالم يختلف، فقد يكون التسالم على مبادله العين بالمال فيفيد (ح) فائده البيع، و اخرى يكون على مبادله المنفعه بالمال فيفيد فائده الإجاره و ثالثه يقع التسالم على تملك العين من غير عوض فيفيد فائده الهبه، و رابعه يقع على إباحه المنفعه فيثمر ثمره العاريه و هكذا. و لكن المعنى و هو التسالم فى الجميع واحد، و لذا يجب أن يتعدى بكلمه «على» فلو قيل صالحتك هذا بهذا لم يكن صلحا بل هو بيع اما فاسد أو صحيح على ما تقدم فى الهبه آنفا (نعم) عن بعض الأصحاب صحه تعديته بكلمه «عن» فيقال: صالحتك عن كذا، لكن الظاهر انحصار مورد استعمالها بما فى الذمه لا مطلقا (و بالجمله) فالصلح حقيقه اخرى مغايره مع البيع و يكون أوسع من حقيقه البيع: بل مع كل معامله يفيد فائدتها، و لذا يقع على الحقوق بل على إسقاط الحقوق أيضا.

لزومی در طرح آن نیست، لذا وارد اصل بحث که شیخ ذکر فرموده می شویم. مرحوم شیخ در تعریف بیع می فرماید:

و هو فی الأصل كما عن المصباح المنیر (۱) مبادله مال بمال (۲)

کلمه ی «بیع» دارای حقیقت شرعی یا متشرعه نیست و در آیات کریمه،

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، ج ۱، ص ۶۹: بَاعَهُ: (بِیْعَهُ) (بِیْعًا) و (مَبِیْعًا) فهو (بَائِعٌ و بَیْعٌ) و (أَبَاعَهُ) بِالْأَلِفِ لَغَةً قَالَه ابنُ الْقَطَّاعِ و (الْبِیْعُ) من الأضدادِ مثلُ الشَّرَاءِ و يُطْلَقُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ من الْمُتَعَاقِدَیْنِ أَنَّهُ (بَائِعٌ) و لکن إِذَا أُطْلِقَ (البَائِعُ) فَالْمُتَبَادِرُ إِلَى الذَّهْنِ بِأَذِلِّ السَّلْعَةِ و يُطْلَقُ (الْبِیْعُ) عَلَى الْمَبِیْعِ فَيُقَالُ (بِیْعٌ جَبْدٌ) و يُجْمَعُ عَلَى (بِیْعٍ) و (بِعْتُ) زَيْدًا الدَّارَ يَتَعَدَّى إِلَى مَفْعُولَيْنِ و كَثُرَ الاقْتِصَارُ عَلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ بِالِإِشْرَافِ و لِهَذَا تَتِمُّ بِهِ الْفَائِدَةُ نَحْوُ بَعْتُ الدَّارَ و يَجُوزُ الاقْتِصَارُ عَلَى الْأَوَّلِ عِنْدَ عَدَمِ اللَّبْسِ نَحْوُ بَعْتُ الْأَمِيرِ لِأَنَّ الْأَمِيرَ لَا يَكُونُ مَمْلُوكًا بِيْعًا و قد تَدَخَّلَ مِنْ عَلَى الْمَفْعُولِ الْأَوَّلِ عَلَى وَجْهِ التَّوَكِيدِ فَيُقَالُ بَعْتُ مِنْ زَيْدِ الدَّارِ كَمَا يُقَالُ كَتَمْتُهُ الْحَدِيثَ و كَتَمْتُ مِنْهُ الْحَدِيثَ و سَرَقْتُ زَيْدًا الْمَالَ و سَرَقْتُ مِنْهُ الْمَالَ و رُبَّمَا دَخَلَتِ اللَّامُ مَكَانَ مَنْ يُقَالُ بَعْتُكَ الشَّيْءَ و بَعْتُهُ لَمَكَ فَاَللَّامُ زَائِدَةٌ زِيَادَتُهَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى (وَ إِذْ بَوَّأْنَا لِإِبْرَاهِيمَ مَكَانَ الْبَيْتِ) و الْأَصْلُ بَوَّأْنَا إِبْرَاهِيمَ و (ابْتِئَاعٌ) زَيْدٌ الدَّارَ بِمَعْنَى اشْتَرَاهَا و (ابْتِئَاعَهَا) لِغَيْرِهِ اشْتَرَاهَا لَهُ (بَاعَ) عَلَيْهِ الْقَاضِي أَي مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ و فِي الْحَدِيثِ «لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبِهِ أَخِيهِ و لَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ» أَي لَا يَشْتَرِي لِأَنَّ النَّهْيَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ إِنَّمَا هُوَ عَلَى الْمُشْتَرِي لَا عَلَى الْبَائِعِ بِحَدِيثِ رِوَايَةِ الْبُخَارِيِّ «لَا يَبْتِئَعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ» و يُؤَيِّدُهُ «يَحْرُمُ سَوْمُ الرَّجُلِ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ» و (الْمُبْتِئَاعُ) (مَبِیْعٌ) عَلَى النِّقْصِ و (مَبِیْعٌ) عَلَى التَّمَامِ مِثْلُ مَخِيطٍ و مَخِيوطٍ و الْأَصْلُ فِي الْبَيْعِ مُبَادَلَةٌ مَالٍ بِمَالٍ لِقَوْلِهِمْ (بِیْعٌ) رَابِعٌ و (بِیْعٌ) خَاسِرٌ و ذَلِكَ حَقِيقَةٌ فِي وَصْفِ الْأَعْيَانِ لِكِنَّهُ أُطْلِقَ عَلَى الْعَقْدِ مَحَازًا لِأَنَّهُ سَبَبُ التَّمْلِيكِ و التَّمْلِكِ و قَوْلُهُمْ صَحَّ الْبِیْعُ أَوْ بَطَلَ و نَحْوُهُ أَي صِغَةُ الْبِیْعِ لَكِنْ لَمَّا حُرِّفَ الْمُضَافُ و أُقِيمَ الْمُضَافُ إِلَيْهِ مُقَامَهُ و هُوَ مُدَكَّرٌ أُسْنِدَ الْفِعْلُ إِلَيْهِ بِلَفْظِ التَّذْكِيرِ و (الْبِیْعَةُ) الصَّفَقَةُ عَلَى إِجَابِ الْبِیْعِ و جَمْعُهَا (بِیْعَاتٌ) بِالسُّكُونِ و تُحَرَّكُ فِي لُغَةِ هِرْدَلٍ كَمَا تَقَدَّمَ فِي بَيْضِهِ و بَيْضَاتٍ و تُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى الْمُبَايَعَةِ و الطَّاعَةِ و مِنْهُ (أَيْمَانُ الْبِیْعَةِ) وَ هِيَ الَّتِي رَبَّهَا الْحَجَّاجُ مُشْتَمِلَةٌ عَلَى أُمُورٍ مُعَظَّمَةٍ مِنْ طَلَاقٍ و عِتْقٍ و صَوْمٍ و نَحْوِ ذَلِكَ و (السِّبْعَةُ) بِالْكَسْرِ لِلنَّصَارَى و الْجَمْعُ (بِیْعٌ) مِثْلُ سِدْرَةٍ و سِدْرٍ.

۲- المكاسب المحرمة (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۷.

روایات شریفه و لسان فقهاء به همان معنای لغوی و عرفی به کار رفته است، لذا اگر بتوانیم همان معنای لغوی را که در ارتکاز اهل لغت بوده و نسلاً بعد نسل ادامه یافته و ظاهراً تغییری در آن ایجاد نشده تحلیل کرده و حدود و ثغور آن را به دست آوریم، می توانیم آیات و روایات مربوطه را معنا کرده و نتیجه ی لازم را به دست آوریم.

مقصود از «اصل» در عبارت فوق یکی از این دو احتمال می تواند باشد:

۱. اصل در مقابل مجاز؛ یعنی معنای حقیقی لفظ بیع این چنین است.

۲. اصل به معنای ریشه؛ یعنی معنای حقیقی اول کلمه ی بیع این چنین بوده، هر چند ممکن است از آن معنا منتقل شده و در معنای دیگری به نحو حقیقت استعمال شده باشد.

بعضی شواهد حاکی از آن است که اصل در این جا مقابل مجاز است؛ زیرا از مجموع عبارات فیومی (۱) در المصباح المنیر این طور به نظر می رسد که می خواهد معنای حقیقی بیع را در مقابل معنای مجازی آن بیان کند. عبارت فیومی این چنین است:

و الْأَصْلُ فِي الْبَيْعِ مَبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ لِقَوْلِهِمْ (بَيْعٌ) رَابِحٌ وَ (بَيْعٌ) خَاسِرٌ وَ ذَلِكَ حَقِيقَةُ فِي وَصْفِ الْأَعْيَانِ لِكَأَنَّهَا أُطْلِقَ عَلَى الْعَقْدِ مَجَازاً لِأَنَّ سَبَبَ التَّمْلِكِ وَ التَّمْلِكِ

اصل در بیع، مبادله ی مال به مال است به خاطر این که گفته می شود: بیع رابح و بیع خاسر و آن (اصل بیع یا رابح و خاسر (۲)) حقیقت است در وصف اعیان، لکن مجازاً بر عقد [مرکب از ایجاب و قبول] اطلاق شده است.

۱- منسوب به فیوم مصر.

۲- معلوم نیست اسم اشاره به اصل بیع برمی گردد یا به رابح و خاسر.

یعنی بیع در اصل برای مبادله ی (۱) اعیان وضع شده و در آن معنا به نحو حقیقت است، ولی مجازاً بر عقد [بعث و اشتریت] هم اطلاق می شود.

اما با این حال اقرب به نظر می آید که مقصود از «اصل» در کلام فیومی (۲) و شیخ احتمال دوم باشد؛ یعنی لفظ بیع ابتدا برای مبادله مال بمال وضع شده، ولی به این معنا نیست که اگر در معنای دیگر استعمال شد به نحو مجاز باشد بلکه استعمال آن در عقد به نحو مجاز است بلکه از معنای اول به مناسبت منتقل شده است؛ مثلاً اگر مبادله بر روی چیزی واقع شد که مالیت نداشت باز حقیقتاً بیع بر آن اطلاق می شود، هر چند در اصل برای مبادله ی مال به مال وضع شده است.

شاهدی که فیومی برای وضع بیع بر مبادله ی مال به مال ذکر می کند آن است که بیع متصف به رابح و خاسر شده و گفته می شود: بیع رابح و بیع خاسر و این نمی تواند وصف لفظ و عقد باشد، بلکه مربوط به آن مبادله ای است که در عالم اعتبار اتفاق می افتد و عقد سبب آن است؛ زیرا آن مبادله است که دارای ضرر یا منفعت می باشد، صیغه که سود و ضرر ندارد! فعلاً به همین مقدار توضیح بسنده می کنیم و نظر ما در تعریف بیع بعداً خواهد آمد إن شاء الله.

- ۱- باید مراد ایشان مبادله ی اعتباری باشد؛ زیرا ممکن است مبادله ی خارجی صورت بگیرد ولی بیع محقق نشود.
- ۲- چون در المصباح المنیر در موارد متعددی بعد از آن که لغت را معنا می کند می گوید: گرچه در اصل به این معناست، ولی بعداً در معنای دیگری به نحو حقیقت به کار رفته است. • المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۵۸۰: الْمِنْحَةُ: بِالْكَسْرِ فِي الْأَصْلِ الشَّاهُ أَوْ النَّاقَةُ يُعْطِيهَا صَاحِبُهَا رَجُلًا يَشْرِبُ لَبَنَهَا ثُمَّ يُرْدُّهَا إِذَا انْقَطَعَ اللَّبَنُ ثُمَّ كَثُرَ اسْتِعْمَالُهُ حَتَّى أُطْلِقَ عَلَى كُلِّ عَطَاءٍ وَ (مَنْحَتُهُ) (مَنْحًا) مِنْ بَابِي نَفَعٍ وَ ضَرَبَ أَعْطَيْتُهُ وَ الْأَسْمُ (الْمَنْيْحَةُ).

آیا در بیع باید هر یک از عوض و معوض عین باشد؟

لزوم عین بودن معوض به خلاف عوض در نظر شیخ قدس سره -

اشاره

شیخ قدس سره - بعد از ذکر کلام فیومی می فرماید(۱): ظاهر آن است که معوض اختصاص به اعیان دارد، ولی عوض لازم نیست عین باشد، بلکه می تواند منفعت نیز باشد. مراد مرحوم شیخ این است که عبارت «ذَلِكَ حَقِيقَةٌ فِي وَصْفِ الْأَعْيَانِ» در کلام فیومی که ظهور دارد در این که عوض و معوض هر دو باید عین باشد مربوط به اصل است؛ یعنی بیع در اصل برای مبادله ی عین به عین وضع شده، ولی بعداً در اعم استعمال شده است. پس در جایی که عوض به جای عین، منفعت باشد مثلاً کتاب را در مقابل یک ساعت کار کردن بفروشد باز حقیقتاً بیع بر آن صادق است، و می فرماید: «لا یبعد عدم الخلاف فیه». اما در ادامه مرحوم شیخ سخنی دارند که حاصل آن این است که در عین حال، کلام فیومی که هر دو طرف باید عین باشد حرف غریبی نیست؛ چون به بعضی از فقهاء نیز نسبت داده شده که قائلند باید هر دو طرف عین باشد و اگر عوض، منفعت باشد دیگر بیع بر آن صادق نیست.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۷: و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا یعم إبدال المنافع بغيرها، و علیه استقرّ اصطلاح الفقهاء فی البیع. نعم، ربما یستعمل فی کلمات بعضهم فی نقل غیرها، بل یظهر ذلک من کثیر من الأخبار، کالخبر الدالّ علی جواز بیع خدمه المدبّر، و بیع سکنی الدار التي لا یعلم صاحبها، و كأخبار بیع الأرض الخراجیه و شرائها، و الظاهر أنّها مسامحه فی التعبير، كما أنّ لفظ الإجاره یستعمل عرفاً فی نقل بعض الأعیان، کالثمره علی الشجره. و أمّا العوض، فلا إشکال فی جواز کونها منفعه، كما فی غیر موضع من القواعد، و عن التذکره و جامع المقاصد، و لا یبعد عدم الخلاف فیه. نعم، نُسب إلی بعض الأعیان الخلاف فیه؛ و لعلّه لما اشتهر فی کلامهم: من أنّ البیع لنقل الأعیان، و الظاهر إرادتهم بیان المبیع، نظیر قولهم: إنّ الإجاره لنقل المنافع.

البته ی همه ی آن چه که بیان کردیم روی فرض آن است که شیخ قدس سره - همه ی کلام المصباح المنیر را ملاحظه کرده باشند که گفته است «و ذلك حقیقه فی وَصْفِ الْأَعْيَانِ»^(۱) و الا اگر فقط به کلام منقول در مکاسب یعنی «مبادله مال بمال» از مصباح اکتفا کرده باشند که احتمال قوی شیخ با واسطه از آن نقل می کنند و بیش از آن نگاه نکرده اند شکی نیست که مفید لزوم عین بودن مبیع نیست؛ چه رسد به این که مفید عین بودن عوض باشد. طبق این فرض کلام شیخ در حقیقت ایراد بر مصباح است که چرا بیع را به این سعه معنا کرده است و می بایست حداقل می گفت: «مبادله عین بمال». همان طور که قبلاً اشاره شد بررسی بیشتر درباره ی تعریف مصباح خواهد آمد إن شاء الله.

به هر حال مرحوم شیخ معتقدند در صدق بیع لازم است که معوض عین باشد، ولی عوض می تواند منفعت یا حق واقع شود.

بررسی کلام شیخ قدس سره - در لزوم عین بودن معوض

برای بررسی کلام شیخ باید در معنای عرفی کلمه ی بیع و موارد استعمال آن تأمل کنیم تا ببینیم آیا همان طور که شیخ فرمودند، در بیع لازم است معوض عین باشد و در نتیجه منافع و حقوق نمی تواند به عنوان مبیع قرار گیرد یا این که لازم نیست؟

معادل دقیق کلمه ی «بیع» در زبان فارسی «فروختن»^(۲) است، لذا اگر با ارتکاز زبان فارسی نیز تأمل کنیم ما را کمک خواهد کرد، ولی از آن جا که احتمال دارد معنای «بیع» و «فروختن» اندکی تفاوت داشته باشد، لازم است موارد استعمال بیع

۱- و نیز قبول کنیم که ظاهرش آن است که عوضین هر دو عین باشد.

۲- در این جا نباید غفلت کرد که گفته اند «بیع» از اضداد بوده و به معنای خریدن هم آمده است، گرچه بدون قرینه منصرف به فروختن می باشد.

و مشتقات آن را در زبان عربی مورد دقت و تأمل ویژه قرار دهیم.

ولی این سؤال مطرح می‌شود که فرضاً اگر ما به این نتیجه رسیدیم که در عصر ما کلمه ی «بیع» در فروش منافع و حقوق نیز به نحو حقیقت استعمال می‌شود، آیا این کافیسیت در این که بگوییم لفظ بیع و مشتقات آن در قرآن کریم، روایات شریفه و محاورات عرب صدر اسلام در معنای اعمی به کار رفته است یا کافی نیست؟ چرا که ممکن است تبدل و تغییری در معانی الفاظ پیدا شده باشد.

برای پاسخ به این سؤال معمولاً به قاعده ی أصالة عدم النقل تمسک می‌شود؛ یعنی اصل آن است که تغییر و تبدلی در معانی الفاظ پیدا نشده و در قدیم هم به همان معنایی که الان استعمال می‌شود استعمال می‌شده است. ولی ما در اصول فقه و بحث های دیگر بیان کرده ایم که دلیلی بر این قاعده نه از سیره ی عقلاء و نه ادله ی دیگر وجود ندارد. لذا برای حصول اطمینان به آن، راهی جز تتبع در موارد استعمال لفظ «بیع» در زمان نزول قرآن کریم و صدور روایات شریفه نیست.

اطلاق بیع بر فروش غیر عین در روایات

اشاره

جناب شیخ قدس سره - اعتراف می‌کنند در روایات متعددی بیع در فروش غیر عین استعمال شده است، ولی می‌گویند استعمال اعم از حقیقت بوده و این استعمال به نحو مجاز است؛ نه حقیقت.

مرحوم شیخ به سه دسته از این روایات اشاره می‌کنند که عبارتند از:

الف: فروش خدمت عبد مدبر

صاحب وسائل قدس سره - روایات مربوط به فروش خدمت عبد مدبر^(۱) را در بابی

۱- عبد مدبر، عبدی است که مولایش به او بگوید: أَنْتَ حُرٌّ دُبْرٌ وَفَاتِي، که بعد از وفات مولا آن عبد آزاد می‌شود.

تحت عنوان «باب جواز إجاره المدبر» ذکر می کنند که معلوم می شود ایشان نیز استعمال بیع بر آن را به نحو مجاز می دانند. دو نمونه از این روایات عبارتست از:

صحيحه ی أبي مریم الأنصاری:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِيَنَاهُ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبَانَ عَنْ أَبِي مَرْيَمَ (۱) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ يُعْتِقُ جَارِيَتَهُ عَنْ دُبْرٍ أَوْ يَطْوُهَا إِنْ شَاءَ أَوْ يَنْكِحُهَا أَوْ يَبِيعُ خِدْمَتَهَا حَيَاتَهُ فَقَالَ: أَيُّ ذَلِكَ شَاءَ فَعَلَ (۲).

ابو مریم انصاری می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی مردی که کنیزش را بعد از وفاتش آزاد می کند سؤال شد آیا باز می تواند او را وطی کند یا به نکاح کسی در آورد یا خدمتش را در مدت حیاتش بفروشد؟ فرمودند: هر کدام از این ها را خواست می تواند انجام دهد.

این روایت از لحاظ سند تمام است؛ هر چند اگر تمام نبود هم می توانست شاهد بر مدعا باشد؛ چراکه ما دنبال استعمال لفظ هستیم و اگر روایت مجعول باشد نیز از آن جا که توسط کسی که آشنای به زبان و استعمالات آن است جعل شده، همین مقدار کفایت می کند.

در این روایت، بیع بر فروش خدمت عبد که منفعت می باشد اطلاق شده و

۱- رجال النجاشی، ص ۲۴۷: عبد الغفار بن القاسم بن قیس بن قیس بن قهد أبو مریم الأنصاری روی عن أبي جعفر و أبي عبد الله ۸ ثقه. له كتاب يرويه عنه من أصحابنا أخبرنا ابن نوح عن الحسن بن حمزه عن ابن بطه عن الصفار قال: حدثنا أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عنه بكتابه.

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۳، كِتَابُ التَّدْبِيرِ وَ الْمَكَاتِبِ وَ الْإِسْتِيعَادِ، أَبْوَابُ التَّدْبِيرِ، باب ۳، ح ۱، ص ۱۱۹؛ تهذيب الأحكام، ج ۸، ص ۲۶۳ و من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۱۲۱.

این که بعضی آن را حمل بر اجاره کرده اند دلیلی بر آن وجود ندارد و خلاف ظاهر است.

إن قلت: چه فرقی می کند به نحو اجاره باشد یا به نحو بیع؟!

قلت: احکام اجاره با بیع فرق دارد؛ به عنوان مثال بعضی خيارات مخصوص بیع است و در اجاره جاری نیست.

روایت سکونی:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] يَأْسِنَادُهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السُّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ أَبِيهِ عَنِ عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: بَاعَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ - خِدْمَةَ الْمُدَبِّرِ وَ لَمْ يَبِعْ رَقَبَتَهُ. (۱)

سکونی از امام صادق علیه السلام - از پدرشان از امیرالمؤمنین - علیهم السلام - نقل می کنند که فرمودند: رسول الله - صلی الله علیه و آله و سلم - خدمت [عبد] مدبر را فروختند ولی رقبه اش را نفروختند.

این روایت از لحاظ سند به خاطر نوفلی ناتمام است و مانند روایت قبل بر فروش خدمت عبد مدبر، بیع اطلاق کرده است.

ب: فروش سکنای دار

موثقه ی اسحاق بن عمّار:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] يَأْسِنَادُهُ (۲) عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ

۱- همان، ح ۴، ص ۱۲۰ و تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۲۶۰.

۲- تهذیب الأحکام، المشیخه، ص ۷۵: و ما ذکرته فی هذا الكتاب عن الحسن بن محمد بن سماعه فقد اخبرني به احمد بن عبدون عن ابي طالب الانباري عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه، و اخبرني أيضا الشيخ ابو عبد الله و الحسين بن عبيد الله و احمد ابن عبدون كلهم عن ابي عبد الله الحسين بن سفيان البزوفري عن حميد ابن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه.

عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَائِبٍ وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ فِي يَدِهِ دَارٌ لَيْسَتْ لَهُ وَ لَمْ تَزَلْ فِي يَدِهِ وَ يَدِ آبَائِهِ مِنْ قَبْلِهِ قَدْ أَعْلَمَهُ مَنْ مَضَى مِنْ آبَائِهِ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُمْ وَ لَا يَدْرُونَ لِمَنْ هِيَ فَيَبِيعُهَا وَ يَأْخُذُ تَمَنُّهَا؟ قَالَ: مَا أَحَبُّ أَنْ يَبِيعَ مَا لَيْسَ لَهُ قُلْتُ: فَإِنَّهُ لَيْسَ يَعْرِفُ صَاحِبَهَا وَ لَا يَدْرِي لِمَنْ هِيَ وَ لَا أَظُنُّهُ يَجِيءُ لَهَا رَبٌّ أَبَدًا قَالَ: مَا أَحَبُّ أَنْ يَبِيعَ مَا لَيْسَ لَهُ قُلْتُ: فَيَبِيعُ سُكْنَاهَا أَوْ مَكَانَهَا فِي يَدِهِ فَيَقُولُ أبيعُكَ سُكْنَايَ وَ تَكُونُ فِي يَدِكَ كَمَا هِيَ فِي يَدِي قَالَ: نَعَمْ يَبِيعُهَا عَلَيَّ هَذَا. (۱)

اسحاق بن عمار می گوید: از عبد صالح [امام کاظم علیه السلام] - سؤال کردم درباره ی شخصی که منزلی را در دست دارد ولی مال خودش نیست اما [تا یاد دارد] در دست پدرانش [نسل به نسل] بوده و آن پدران به فرزندان می گفتند که این خانه مال ما نیست [فقط در آن سکنی داریم] و نمی دانند مال کیست، آیا می توانند آن را بفروشند و ثمنش را اخذ کنند؟ فرمودند: دوست ندارم آن چه را که مال خودش نیست بفروشد. عرض کردم: صاحب آن را نمی شناسد و نمی داند مال کیست و اصلاً گمان نمی کنم صاحبی برای آن پیدا شود. فرمودند: دوست ندارم آن چه را که مال خودش نیست بفروشد. عرض کردم: آیا می تواند سُکْنای یا مکان آن را که در دست دارد بفروشد و بگوید سکنای خود را می فروشم و همان گونه که در دست من بود در دست تو باشد؟ فرمودند: بله به این نحو می فروشد. (۲)

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب ۱، ح ۵، ص ۳۳۵ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۳۰.

۲- معلوم می شود حق سکونت در آن دار را داشته و به نحو غضب نبوده است.

این روایت از لحاظ سند تمام است و بیان می کند منفعت خانه قابل فروش است؛ بدون این که اعمال عنایتی شده و احساس تجوز شود.

ج: فروش اراضی خراجیه

روایات مربوط به این دسته را در بحث اراضی خراجیه ذکر کرده ایم. از جمله ی آن است:

روایت محمد بن شریح:

و [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَارِثِ عَنْ بَكَّارِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ شُرَيْحٍ (۱) قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ شِرَاءِ الْأَرْضِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ فَكَرِهَهُ وَقَالَ: إِنَّمَا أَرْضُ الْخَرَاجِ لِلْمُسْلِمِينَ فَقَالُوا لَهُ: فَإِنَّهُ يَشْتَرِيهَا الرَّجُلُ وَعَلَيْهِ خَرَاجُهَا فَقَالَ: لَا بَأْسَ إِلَّا أَنْ يَسْتَحْيِيَ مِنْ عَيْبِ ذَلِكَ. (۲)

محمد بن شریح الحضرمی می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی شراء زمین های خراجی سؤال کردم، حضرت خوش نداشتند و فرمودند: ارض خراج مال مسلمین است. به حضرت عرض کردند اگر شخصی بخرد و خراجش را پردازد چگونه؟ فرمودند: اشکالی ندارد، مگر این که از عیب آن [که مانند اهل ذمه باید خراج پردازد] حیا کند.

در این روایت نیز که شراء زمین خراجی را به شرط پرداخت خراج جایز می داند احساس تجوز نمی شود.

۱- این روایت از لحاظ سند به خاطر علی بن الحارث و بکار بن ابی بکر ناتمام است.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، أبواب عقد البیع و شروطه، باب ۲۱، ح ۹، ص ۳۷۰ و تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۱۴۸.

غیر از این سه دسته، بعضی روایات دیگر هم وجود دارد که شراء در مورد منفعت به کار گرفته شده که لازمه ی آن، مبیع بودن منفعت می باشد؛ مثل صحیححه ی علی بن جعفر در شراء حق قسم:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنِ الْعَمْرِكِيِّ عَنِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا لَيْلَتِي وَ يَوْمِي لَكَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا أَوْ مَا كَانَ أَيْ جُوزُ ذَلِكَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ.

وَ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ (۱).

جناب علی بن جعفر می فرماید: از برادرم موسی بن جعفر ۸ سؤال کردم درباره ی مردی که دو زن دارد و یکی از آن دو به او می گوید: شب و روز من برای تو به مدت یک روز یا یک ماه یا مادامی که هست، آیا آن جایز است؟ فرمودند: اگر با طیب نفس باشد و مرد آن را از زن بخرد اشکالی ندارد.

به هر حال با تأمل در موارد استعمال و رجوع به ارتکاز، لزوم عین بودن مبیع احساس نمی شود، بلکه حقوق و منافع نیز اگر به گونه ای ثابت داشته و از حیثیت تدرج آن غمض عین شود می تواند به عنوان مبیع واقع شده و قابل فروش باشد، مانند خدمت عبد مدبر در طول حیات مولایش که به عنوان یک واحد در نظر گرفته می شود و قابل فروش است، کما این که امروزه نیز فروش حق، مانند امتیاز آب، برق، تلفن، گاز، سرفقلی (۲) و ... کاملاً مرسوم است بدون

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، ابواب القسم و النشوز و الشقاق، باب ۶، ح ۲، ص ۳۴۴؛ تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۷۴ و مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، ص ۱۷۴.

۲- سرفقلی حقی است معنوی که تاجر برای تقدم در اجاره ی محل و ادامه ی تجارت در محل کار خود دارد. مبنای این حق مالی بر این پایه استوار است که مؤسسه های تجاری بیش تر اوقات در ساختمان هایی فعالیت می کنند که مالکیت آن ها متعلق به دیگران است و این ارزش را باید سوای ارزش مادی آن ملک و متعلق به کسی دانست که آن را به وجود آورده است. از سوی دیگر ادامه ی فعالیت تاجر که آن را می توان به هر پیشه ی خدماتی یا حتی تولیدی نیز تسری داد تا حد زیادی مستلزم استقرار او در مکان اولیه است. این حق به صاحب آن اجازه می دهد ثمره ی فعالیت خود را از مالک یا کسی که پس از او قصد اجاره ی محل را دارد دریافت کند و همچنین اختیار تام مالک برای بیرون کردن مستأجر را از بین می برد. • زبده الأحکام (للإمام الخميني)، ص ۲۳۹: السرفقليه و هي على قسمين: حرام و حلال. فالأول ما لو استأجر محلا - دکانا او دارا او غیرهما - و بعد تمام الاجاره ادعى شيئا بعنوان السرفقليه، فإن الأخذ حرام مؤكد سواء أخذها من المالك أو غيره، إذ لا حق له بعد تمام الإجاره مع فرض عدم شرط مع المالك. الثاني: على أقسام: منها: ما لو استأجر محلا للتجاره مثلا في مده طويله و كان له حق إيجاره من غيره و اتفق ترقى اجره المحل في المده، فله إجارته بمقدار ما استأجره أو اقل، و أخذ مقدار بعنوان السرفقليه لكي يؤجره منه حسب توافقهما. و منها: ما لو استأجر دكه مثلا - سنه و شرط على المؤجر أن لا - يزيد على مبلغ الإجاره إلى عشرين سنه مثلا، و شرط أيضا أنه لو حوّل المكان إلى غيره و هو إلى غيره و هكذا، يعمل المؤجر معه معاملته، ثم اتفق ارتفاع

أجرته، فله أن يحول المحل الى غيره، و يأخذ منه مقداراً بعنوان السرقة ليقول المحل إليه. و منها: ما لو شرط على المؤجر في ضمن العقد ان لا- يؤجر المحل من غيره و يؤجره منه سنويا بالاجاره المتعارفه في كل سنه، فله اخذ مقدار بعنوان السرقة لإسقاط حقه أو لتخليه المحل. (مسأله) للمالك أن يأخذ أى مقدار شاء بعنوان السرقة من شخص ليؤجر المحل منه، كما أن للمستأجر في أثناء مدة الاجاره أن يأخذ السرقة من ثالث للايجار منه اذا كان له حق الايجار.

این که مسامحه ای در آن باشد. تحقیق بیشتر درباره ی حقّ و وقوع آن به عنوان معوّض و عوض در آینده خواهد آمد إن شاء الله.

بنابراین فرمایش شیخ قدس سره - که مبیع باید حتماً عین باشد درست نیست، بلکه هر چیزی که مورد توجه عقلاء بوده و مالیت داشته و به گونه ای ثبات داشته باشد می تواند به عنوان مبیع واقع شود.

کلام شیخ قدس سره - در عدم لزوم عین بودن عوض

مرحوم شیخ در مورد عوض قبول می کنند که منافع هم می تواند ثمن واقع شود و لازم نیست حتماً عین باشد. مرادشان از منافع، منافع مملوکه است مانند منفعت دار، منفعت عبد، منفعت دابه و امثال آن؛ مثلاً می تواند کتاب را در مقابل یک ماه سکونت منزل یا یک سال استفاده از ماشین مشتری بفروشد.

به نظر ما هم که قبول کردیم مبیع لازم نیست عین باشد، به طریق اولی در مورد عوض و ثمن می گوییم لازم نیست عین باشد.

آیا عمل حرّ می تواند عوض واقع شود؟

اشاره

مرحوم شیخ بعد از قبول این که منافع می تواند ثمن واقع شود، این مسأله را مطرح می کنند (۱) که آیا عمل حرّ که منفعت است می تواند به عنوان ثمن واقع شود مثلاً کتاب را در مقابل یک روز کار مشتری بفروشد یا نمی تواند؟

شیخ می فرماید: پاسخ این سؤال بستگی دارد به این که عمل حرّ را قبل از معاوضه مال محسوب کنیم یا خیر. اگر قبل از معاوضه مالیت داشته باشد می تواند ثمن واقع شود، اما اگر مالیت نداشته باشد مشکل است؛ چون احتمال دارد عوضین قبل از معاوضه باید مالیت داشته باشند [و صرف این که بعد از معاوضه مالیت پیدا کند در صحت بیع کفایت نمی کند] کما این که در تعریف مصباح آمده بود «مبادله مال بمال» یعنی بالفعل و قبل از معاوضه باید مال باشد.

این که عمل حرّ بعد از معاوضه مالیت دارد شبهه ای در آن نیست، پس می تواند به عنوان ثمن قرار بگیرد. به عنوان مثال اگر کسی زید را برای یک روز کار اجیر کرد مالک آن عمل می شود و می تواند آن عمل را در معامله ی دیگری به عنوان ثمن قرار دهد.

اما قبل از معاوضه مالیت دارد یا نه احتیاج به بررسی دارد. پیش از بررسی، مناسب است توضیحی درباره ی مال و تفاوت آن با ملک ذکر شود.

اشاره به تعریف مال و تفاوت آن با ملک

«مال» را مال می گویند چون «یمیل الیه الناس و یرغب فیہ العقلاء» و «ملک» آن رابطه ی اختصاص شیئی به فرد یا شیء دیگر است که درباره ی حقیقت آن دو إن شاء الله بعداً توضیح خواهیم داد.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸: و أمّا عمل الحرّ، فإن قلنا: إنّه قبل المعاوضه علیه من الأموال، فلا إشکال، و إلّا فیه إشکال؛ من حیث احتمال اعتبار کون العوضین فی البیع «مالاً» قبل المعاوضه؛ کما یدلّ علیه ما تقدّم عن المصباح.

بین مال و ملک نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار است. ممکن است چیزی مال باشد ولی ملک نباشد؛ مثلاً طلاهایی که در دل معادن جای دارد مال است؛ چون یمیل الیه الناس و یرغب فیہ العقلاء، ولی ملک نیست؛ زیرا به کسی اختصاص ندارد. یا پرنده‌ی زیبایی که در هوا پرواز می‌کند، آهوئی که در دشت چرا می‌کند مال است اما ملک نیست. گاهی هم ممکن است چیزی ملک باشد ولی مال نباشد؛ زیرا آن قدر کم ارزش است که لا-یرغب فیہ العقلاء به نحوی که ثمن در مقابلش پرداخت کنند؛ مثلاً یک دانه گندم از یک کومه، ملک زید است ولی مالیت ندارد؛ یعنی چیزی نیست که عقلاء به آن رغبت داشته و در مقابلش پول بپردازند. گاهی هم هر دو در چیزی جمع می‌شوند که به آن مال مضاف گفته می‌شود؛ مانند کتاب زید، ماشین زید و ... که هم مالیت دارد و هم اختصاص به زید دارد. گاهی هم چیزی نه مال است و نه ملک، مانند یک قطره آب دریا که نه مورد رغبت است و نه ملک کسی.

با روشن شدن تعریف مال و تفاوت آن با ملک، باید بررسی کنیم آیا عمل حرّ قبل از معاوضه مالیت دارد و در صورت مال بودن آیا ملک نیز هست یا خیر؟ اگر اثبات شود عمل حرّ قبل از معاوضه مالیت داشته و ملک آن حرّ می‌باشد یعنی مال مضاف است ثمره‌ی عظیمی بر آن مترتب خواهد شد و آن این که:

ثمره‌ی مهم مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه

به عنوان مثال اگر کسی مانع رفتن پزشکی به مطب شد به این معناست که آن مقدار پولی را که پزشک می‌توانست در آن روز درآمد داشته باشد اتلاف کرده و در نتیجه ضامن است. یا اگر پای کسی را شکست علاوه بر دیه‌ی پا، آن مقدار پولی را که در آن مدت به خاطر شکستگی پا نتوانسته استیفاء کند ضامن می‌باشد و این در خیلی از نظام‌های حقوقی دنیا مطرح بوده و اجرا می‌شود. (۱)

۱- در قانون مجازات اسلامی نیز این موضوع فی الجمله مطرح شده بود، ولی فقهای محترم شورای نگهبان به خاطر عدم قبول اطلاق چنین ضمانتی، آن را رد کردند.

آيا عمل حرّ قبل از معاوضه مال است؟

اشاره

خیلی از اعلام از جمله سید یزدی قدس سره - (١)، محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - (٢)، مرحوم امام قدس سره - (٣)، سید خوبی - رحمه الله علیه - (٤) و برخی دیگر (٥) این رأی را اختیار کرده اند که عمل حرّ

١- حاشیه المکاسب (للیردی)، ج ١، ص ٥٥: ففیه [فی عمل الحرّ قبل وقوع معاوضه علیه] وجوه: أحدها: أن یقال إنّه مال عرفیّ مطلقاً إذ لا- فرق بینة و بین عمل العبد مع أنّه لا- إشکال فی کونه مالاً- الثانی: أن یقال إنّه لیس بمال فعلاً و لذا لا یتعلّق به الاستطاعه إذ لا یجب الحجّ علی من کان قادراً علی الکسب فی طریق الحجّ أو إجاره نفسه و صرف الأجره فی الحجّ و أيضاً لو حبسه الظالم لا یكون ضامناً لما یمکنه أن یمکنه فی ذلك الیوم مثلاً بخلاف ما إذا حبس العبد أو الدّابّه فإنّه ضامن لمنافعهما و إن لم یستوفها. الثالث: أن یفرق بین عمل الکسب و غیره و یقال إنّ الأوّل مال عرفیّ دون الثانی و هذا غیر بعید من الصّواب للصدق العرفی فی الأوّل دون الثانی و یمکن هذا الفرق فی مسأله الضمان و تعلّق الاستطاعه أيضاً بل فی مسأله الکلی فی الذمه أيضاً یمکن الفرق بین من کان من شأنه بحسب العاده تملک ذلك المقدار كما إذا کان له مزرعه یحصل منها ذلك المقدار عاده و بین غیره.

٢- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ١، ص ١٦: ... فتلخص مما ذکرنا: أنّ الأشکال فی عمل الحرّ إن کان من جهه عدم المالیه، ففیه: أنّه مال لما مرّ، و إن کان من جهه عدم المملکیه، ففیه: أنّه لا- یجب فی المبیع و لا- فی العوض أن یمکن مملوکاً، بل قابلاً لأن یمکنه بالبیع أو الإجاره.

٣- کتاب البیع (للإمام الخمیني)، ج ١، ص ٣٧: ثمّ إنّ عمل الحرّ مال سواء کان کسوباً أم لا؛ ضروره أنّ خیاطه الثوب أو حفر النهر، مال یمکنه بإزائه الثمن، و لیس المال إلماً ما یمکنه مورداً لرغبه العقلاء و طلبهم، و معه یمکنه بإزائه الثمن. نعم، مالیه باعتبار توقّع حصوله و وجوده، لكن لا بمعنی أنّه قید لها، بل بمعنی کونه مالاً بلحاظه، فیکون ذلك کجهه تعلیقه لذلك، فالفرق بین عمل الکسب و غیره من جهه صدق «المال» فی الأموال دون الثانی، كما التزم به الطباطبائی (قدّس سرّه) فی «تعلیقه» لیس علی ما ینبغی.

٤- مصباح الفقاهه، ج ٢، ص ٣٤: و الحق: أنّه لا یفرق فی صدق مفهوم المال علی عمل الحرّ بین وقوع المعاوضه علیه و عدمه. و الوجه فی ذلك ما ذکرناه سابقاً من أن مالیه الأشياء متقومه برغبه الناس فیها رغبه عقلائیة. و لا یعتبر فی ذلك صدق المملک علیها، لأن النسبه بینهما هی العموم من وجه. إذ قد یوجد المال و لا یتحقّق المملک. کالمباحات الأصلیه قبل حیازتها، فإنها مال و لیس بمملوکة لأحد. و قد یوجد المملک، و لا یمکنه علیه مفهوم المال. کحبه من الحنطه، فإنها مملک لصاحبه، و لیس بمال، إذ لا یمکنه بإزائه شیء. و قد یجتمعان و هو کثیر. و من المعلوم أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه علیه- من مهمات الأموال العرفیه و إن لم یکن مملوکاً لأحد بالمملکیه الاعتباریه. بل هو مملوک لصاحبه بالمملکیه الذاتیه الأولیه علی ما عرفته فی أول کتاب.

٥- حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص ٣: قوله (ره): (و اما عمل الحرّ، فان قلنا انه قبل المعاوضه- إلخ-) لا إشکال انه من الأموال،

بداهه أنّ حاله حال عمل العبد، في كونه ممّا يرغب فيه، و يبديل بإزائه المال، و ان كان قبل المعاوضه، لا يكون ملكا، بخلاف عمل العبد، لأنّه ملك لسيدّه بتبعه، و لا شبهه في عدم اعتبار الملكيه قبلها، لوضوح جعل الكلّي، عوضا في البيع، مع عدم كونه ملكا قبله. • نهج الفقاهه (للسيد الحكيم)، ص 5: مالىه المال تكون بحدوث الرغبه في الشىء على نحو يتنافس فيه و هذا المعنى لا يتوقف على الوجود فان الذهب و الياقوت مما يرغب فيهما جدا أو عندما كما هو ظاهر. ثم انه لا يظهر الفرق بين عمل الحرّ و بين الأعيان الذميه مثل المبيع في السلف و الثمن في النسيه فإنه لا وجود لهما في الذمه قبل المعاوضه مع انه لا إشكال في صحه المعاوضه عليهما و كونهما مال.

قبل از معاوضه مال است و مالیت آن در گرو تحقق معاوضه نیست. در این میان محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - و مرحوم امام قدس سره - بهتر و فنی تر از دیگران وارد بحث شده اند.

محقق اصفهانی قدس سره - ابتدا دو وجه از جانب منکرین مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه ارائه کرده، سپس هر دو را نقد می کند.

ارائه و نقد وجوه عدم مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه از جانب محقق اصفهانی - رحمه الله علیه -

وجه اول محقق اصفهانی قدس سره -

اشاره

هر وصف ثبوتی باید موضوعش نیز ثبوت و وجود داشته باشد، البتّه باید در نظر داشت که ثبوت کلّ شیء بحسبیه؛ اگر چیزی جوهر باشد ثبوتش به نحو ثبوت جوهری است، عرض باشد به نحو عرضی است، امر انتزاعی و معقول ثانی

فلسفی باشد ثبوتش به ثبوت منشأ انتزاع آن است و اگر اعتباری محض باشد ثبوت موضوعش نیز به همان نحو مناسب اعتباری است.

مالیت (کون الشیء مالا) نیز از آن جا که وصفی ثبوتی است، موضوع آن نیز باید به نحوی از أنحاء موجود باشد؛ چرا که معنا ندارد موضوعی که معدوم است دارای وصفی ثبوتی باشد. به همین خاطر عمل حرّ چون بالفعل معدوم است و تحقق پیدا نکرده نفس عمل معدوم است، هر چند توانایی آن بالفعل موجود است (۱) پس هیچ وصف ثبوتی حتّی به نحو اعتباری نمی تواند داشته باشد؛ چه رسد به وصف انتزاعی، عرضی یا جوهری. بنابراین وصف «مال» بر عمل حرّ عارض نمی شود و عمل حرّ مالیت ندارد. (۲)

۱- باید توجه داشت نفس عمل، موضوع است؛ نه توانایی بر عمل [یا اثر آن]. بعضی از محشّین در این جا دچار اشتباه شده اند. • غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۱۶۹: و المراد بكونه بعد المعاوضه كونه بعد وجود العمل بمقتضى المعاوضه و الا فمطلق كونه بعدها و ان لم يباشر العمل لا يوجب تغيرا في حال العمل حتّی يدخل بسبب ذلك في عنوان المال. ثمّ انا نقول ان المراد بعمل الحرّ اثر عمله و الا فنفس العمل قبل الوجود معدوم و في حال الوجود مستدرج يوجد منه شىء و يفنى ثم يوجد الآخر و هكذا فهو غير فارّ الذات كما أنّه بعد الفراغ منه فإن بالمره غير موجود أصلا فلا يقبل الاتصاف بعنوان المال في شىء من الأحوال لكن مع ذلك إطلاق الكلام (المصنف) (رحمه الله) لا (يخلو) من اشكال؛ لأن أثر عمل الحرّ على قسمين: محسوس كالحاصل من الصياغه و الخياطه و نحوهما و غير محسوس كالصّيلوه و الصّوم الصادرين ممن استوجرا لهما و القسم الأوّل مما لا بأس بصدق المال عليه و في صدقه على القسم الأخير اشكال ان لم نقل بأنّ الظاهر عدم صدقه عليه.

۲- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحديثه)، ج ۱، ص ۱۵: وجه عدم كونه مالا قبل المعاوضه، إمّا كون المالیه صفه وجودیه و لو بوجود منشأ انتزاعها، فلا ينتزع من المعدوم، و إمّا لأنّه لا یصدق عرفا على الحرّ بملاحظه عمله أنّه ذومال، و لذا لا يتعلق به الاستطاعه و لا یضمن عمله إذا حبسه الظالم، بخلاف ما إذا كان أجيرا للغير فإنّه مال له. فإن كان الوجه هو الأول ففيه: أنّه لا فرق فيه بين وقوع المعاوضه عليه و عدمه، لبقائه على عدمه، و ينتقض بالکلی الذمی فی باب السلف، فإنّه أيضا معدوم فلا یكون مالا و بمطلق المنفعه فی الإجاره، مع أنّها أيضا لا- تتعلق إلّا بالمال. و إن كان الوجه هو الثانی كما یشهد له الفرق بین وقوع المعاوضه عليه و عدمه ففيه: بعد النقض بالمبیع الكلی الذمی، بل بالثمن الكلی الذمی و بخصوص المنافع العمليه فی باب الإجاره، أنّ غایه ما یقتضیه هذا الوجه هو نفی الملیکيه و كونه ذا مال لا نفی المالیه. توضیح المقام: أنّ المالیه و الملیکيه اعتباران عقلائیان، تنتزع الاولی من الشیء بملاحظه كونه فی حد ذاته مما یمیل إليه النوع و یرغبون فيه و یدلون بإزائه شیئا، فالمنّ من الحنطه فی حد نفسه لیس كالمنّ من التراب مثلا، بل ینتزع عنه عنوان المالیه بالاعتبارات المتقدمه، فهی و إن كانت صفه ثبوتیه إلّا أنّها اعتباریه، و موردها ما یكون متحیثا فی حد ذاته بتلك الحیثیات، غایه الأمر أنّ هذا الشیء الذی هو فی حد ذاته مال، تاره یكون موجودا، و أخرى معدوما. نعم فعلیه البذل موقوفه على تقدیر وجوده فی الذمه، أو تقدیر وجوده بوجود العین- كالمنفعه التي هی من حیثیات العین و شؤونها. و ینتزع الثانیه بملاحظه ...

مناقشه ی محقق اصفهانی قدس سره - در وجه اول

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - می فرماید: این وجه حلاً و نقضاً قابل جواب است.

جواب نقضی

۱. عمل حرّ بعد از معاوضه که همه قبول دارند مالیت دارد، آن هم معدوم است و به صرف معاوضه و اجیر شدن، عمل معدوم موجود نمی شود. پس معلوم می شود ملاکی که گفته شد درست نیست.
۲. بیع کلی در ذمه در باب سلف، مانند بیع یک تُن گندم که در سال آینده در تیرماه تحویل دهد، با این که گندم بالفعل معدوم است ولی بیع آن صحیح می باشد.
۳. اجاره ی منافع اعیان، مانند سئکنای دار، رکوب دابه و ... در حالی که این منافع بالفعل معدوم بوده و متدرّج الحصول می باشد، ولی با این حال مالیت دارد؛ چرا که مورد اجاره باید مال باشد.

جواب حلی

مالیت یک اعتبار عقلائی است که از اشیاء به اعتبار رغبت و میلی که عقلاء به آن دارند انتزاع می شود. به عنوان مثال از یک مَنْ حِنطه عنوان مالیت انتزاع می شود؛ چراکه مورد رغبت عقلاء است و علامتش این است که «بیدلون یازائه شیئا» به خلاف یک مَنْ خاک در جایی که خاک فراوان است؛ چون مورد رغبت عقلاء نیست «و لا ییدلون یازائه شیئا» لذا مالیت هم ندارد.

بنابراین مالیت گرچه وصفی ثبوتی است ولی اعتباری بوده (۱) و بر هر چیزی که فی حدّ نفسه و فی حدّ ذاته متعلق رغبت عقلاء بوده و متحیث به آن حیث باشد عارض می شود و لازم نیست آن ماهیت بالفعل موجود باشد، بلکه تارّه موجود و تارّه معدوم است.

بنابراین همین که ذات و ماهیت شیء، مورد رغبت عقلاء باشد کافی است که متصف به مالیت شود.

بله! آن ماهیت تا لباس وجود به تن نکند حقیقتاً یا تقدیراً بالفعل ثمن در مقابلش پرداخت نمی شود. بنابراین طبق این بیان، عمل حرّ چون مورد رغبت

۱- اگر تعریف مالیت «ما یمیل إلیه النوع و یرغبون فیه و ییدلون یازائه شیئا» باشد دیگر نمی توان گفت مالیت عنوانی اعتباری است و حقیقتی وراء اعتبار عقلاء ندارد، بلکه باید گفت عنوانی انتزاعی است؛ چراکه منشأ انتزاع آن یعنی رغبت عقلاء حقیقتاً وجود دارد و صرف فرض فارض نیست؛ مگر این که گفته شود مراد محقق اصفهانی از اعتباری، همان انتزاعی است یا در تعریف مالیت تجدید نظر کرده و گفته شود «مالیت عنوانی اعتباری است که عقلاء در جایی که به چیزی رغبت داشته باشند آن را جعل می کنند و واقعیته وراء جعل و اعتبار ندارد» ولی التزام به این مشکل است، لذا مناسب است بگوییم مالیت عنوانی انتزاعی است؛ نه اعتباری. طبق این بیان، دیگر شارع بما هو شارع نمی تواند در مورد شیئی سلب عنوان مالیت کند؛ چراکه به ید شارع نیست و همین که منشأ انتزاع آن یعنی رغبت عقلاء وجود داشته باشد این عنوان از آن انتزاع می شود. بله شارع می تواند احکام وضعی و تکلیفی برای آن جعل کند. (امیرخانی)

عقلاء می باشد مالیت دارد، ولی بذل ثمن در مقابل آن موقوف است به این که وجود تقدیری پیدا کند و آن وقتی است که شخص توانا تعهد به انجام عمل دهد. (۱)

بررسی کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در نقد وجه اول

در بررسی کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - می گوئیم:

اولاً: ایشان ابتدا در تعریف مال فرمودند: «ما یمیل إليه النوع و یرغبون فیه و یبذلون بإزائه شیئاً» و نتیجه گرفتند عمل حرّ قبل از معاوضه چون مورد رغبت عقلاء است و در مقابل آن بذل مال می شود پس مال می باشد، ولی در ذیل می فرمایند: «فعلیه البذل موقوفه علی تقدیر وجوده فی الذمه» یعنی فعلیت بذل مال [در مقابل ماهیت صرف نیست، بلکه] در مقابل وجود تقدیری و در ذمه مستقر شده است. بنابراین عمل حرّ نیز تا وجود تقدیری پیدا نکرده و در ذمه مستقر نشده، بالفعل در مقابل آن چیزی پرداخت نمی شود و این نقض کلام اول خودشان است؛ چراکه طبق این بیان در مقابل عمل حرّ قبل از معاوضه چیزی بذل نمی شود.

ثانیاً: این که فرمودند آن چه که عقلاء به آن رغبت پیدا می کنند و متصف به مالیت می شود نفس شیء فی حدّ ذاته، صرف نظر از وجود و عدم (یعنی ماهیت صرف) است به هیچ وجه قابل قبول نیست؛ چراکه هیچ اثری بر ماهیت بما هی

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۶: توضیح المقام: أنّ المالیه و المملکیه اعتباران عقلائیان، تنتزع الاولی من الشیء بملاحظه کونه فی حد ذاته مما یمیل إليه النوع و یرغبون فیه و یبذلون بإزائه شیئاً، فالمنّ من الحنطه فی حد نفسه لیس کالمنّ من التراب مثلاً، بل ینتزع عنه عنوان المالیه بالاعتبارات المتقدمه، فهی و إن کانت صفه ثبوتیه إلّا أنّها اعتباریه، و موردها ما یکون متحیثاً فی حد ذاته بتلك الحیثیات، غایه الأمر أنّ هذا الشیء الذی هو فی حد ذاته مال، تاره یکون موجوداً، و آخری معدوماً. نعم فعلیه البذل موقوفه علی تقدیر وجوده فی الذمه، أو تقدیر وجوده بوجود العین کالمنفعه التی هی من حیثیات العین و شؤونها.

هی مترتب نیست و عقلاء هم رغبتی به آن ندارند و شأن آن حتی دون تر از ماهیت ذهتیه است؛ چراکه ماهیت ذهنیه لأقل وجود ذهنی و اثر مناسب آن را دارد؛ به خلاف ماهیت من حیث هی هی که عاری از لباس وجود بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نیست.

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - خودشان در اصول فقه در مبحث این که آیا اوامر به طبایع تعلق می گیرد یا به افراد و اشخاص، تصریح فرمودند(۱): طبیعت بما هی طبیعت که

۱- الاصول علی النهج الحدیث، ص ۱۰۳: فی انه یمکن تعلق الأمر بالطبیعه أو لا یمکن إلا بالفرد ... فلا بدّ من رسم أمور یتضح به الحال: (و منها) - انه بعد إمكان وجود الطبیعی لا- بدّ من ان یتعلّق الأمر بنفس وجود الطبیعی لا بنفس الطبیعی، لا لما أفاد شیخنا الأستاذ (قده) «من ان الماهیه من حیث هی لیست إلا هی لا هی مطلوبه و لا غیر مطلوبه»، لأن هذه العبارة تقال فی مقام ان الماهیه بحسب وجدانها الماهوی غیر واجده إلا لذاتها و ذاتياتها، فما عداها لیس عین الماهیه و لا جزءها حتی لوازم الماهیه، فالماهیة بحسب ذاتها لا کلیه و لا جزئیه، مع انها بالحمل الشائع اما کلیه أو جزئیه، فالصلاه- مثلاً- و ان لم یکن الطلب عینها و لا جزءها لا وجوداً و لا عدماً لكنها بسبب تعلق الطلب بها مطلوبه و مع عدمه غیر مطلوبه. و إنّما لا یتعلّق الطلب بالماهیة لأن الجعل التشريعی لا- یتعلق إلا- بما هو قابل للجعل التکوینی. و قد حقق فی محله ان الجعل البسیط متعلّق بالوجود لا الماهیه للبراهین المذكوره فی محله، و یکفیک برهاناً علیه ان الماهیه غیر واجده بوجدان ماهوی إلا لذاتها و ذاتياتها، و لیست جزئیه الماهیه إلا بلحاظ فیضانها من جاعلها، و لیس بین الجاعل و ذات المجمعول امر آخر یكون مصداقاً للفیض إلا- الوجود، فانه بلحاظ قیامه بجاعله إفاضه و بلحاظ قیامه بالماهیة مجمعول مفاض، و لا یعقل جعل الماهیه المتحصّیله، و إلا لکان التحصّل فی مرتبه ذاتها، و کلّ شیء کان التحصّل فی مرتبه ذاته کان واجب الوجود. (و منها)- ان الوجود المضاف إلى الطبیعی أو إلى الفرد لیس نفس الوجود الخارجی التحقیقی، فأنه یتحصّل ان یكون مثله متعلّقاً للشوق النفسانی و لا متعلّقاً للبعث الاعتباری، و إلا لزم تقوّم الصفه النفسانیة بالخارج عن أفق النفس و تقوّم البعث الاعتباری، بالأمر المتأصل، فیلزم خارجیه النفسانی و تأصل الاعتباری و بالعکس، و كما لا یعقل تعلّقهما بالموجود المحقق كذلك لا یعقل تعلّقهما بالوجود العنوانی الفانی فی الموجود المحقق، فان محذورهما طلب الحاصل، بل المراد بالوجود المضاف إلى الطبیعی أو الفرد هو الوجود الخارجی الفرضی التقدری فی قبال الوجود الخارجی التحقیقی، و الشوق و البعث یتعلقان به لإخراجه من حد الفرض و التقدير إلى حد الفعلیه و التحقیق. و مما ذکرنا تبین ان المحذور و دفعه غیر مختصین بوجود الفرد بل جار فی وجود الطبیعی ایضاً.

مورد رغبت نیست تا امر و نهی به آن تعلق گیرد، بلکه وجود تقدیری طبیعت یا به تعبیر آقا ضیاء قدس سره - طبیعت خارج دیده شده مورد رغبت و امر و نهی است. بنابراین آن چه مورد رغبت است و مالیت دارد ماهیت در خارج یا ماهیت در طریق خارج است؛ مثلاً سیبی که در خارج است و کبوتری که موجود است مورد رغبت است، اما ماهیت سیب و کبوتر صرف نظر از وجود آن در خارج و بدون وصف خارجیت مرغوبیتی ندارد.

پس عمل حرّ نیز تا وجود تقدیری پیدا نکرده و در ذمه مستقر نشده عنوان مال بر آن صادق نیست.

دفاع مرحوم امام قدس سره - از مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه

مرحوم امام قدس سره - که از طرفداران نظریه ی مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه هستند، ظاهراً اشکالی که ما مطرح کردیم در ذهن مبارکشان بوده و خواسته اند با این کلام به آن پاسخ دهند:

«إِنَّ عَمَلَ الْحَرِّ مَالٍ سِوَاءَ كَانَتْ كَسْبًا أَمْ لَا؛ ضَرُورَةٌ أَنْ خِيَاطَةُ الثَّوْبِ أَوْ حَفْرُ النَّهْرِ، مَالٌ يَبْذُلُ بِإِزَائِهِ الثَّمَنَ، وَ لَيْسَ الْمَالُ إِلَّا مَا يَكُونُ مَوْرَدًا لِرَغْبَةِ الْعُقْلَاءِ وَ طَلِبِهِمْ، وَ مَعَهُ يَبْذُلُونَ بِإِزَائِهِ الثَّمَنَ. نَعَمْ، مَالِيَّتُهُ بِاعْتِبَارِ تَوَقُّعِ حَصُولِهِ وَ وُجُودِهِ، لَكِنْ لَا بِمَعْنَى أَنَّهُ قَيْدٌ لَهَا، بَلْ بِمَعْنَى كَوْنِهِ مَالًا بِلِحَازِهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ كَجِهَةِ تَعْلِيلِيَّتِهِ لِذَلِكَ»^(۱)

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۳۷: ثمَّ إِنَّ عَمَلَ الْحَرِّ مَالٍ سِوَاءَ كَانَتْ كَسْبًا أَمْ لَا؛ ضَرُورَةٌ أَنْ خِيَاطَةُ الثَّوْبِ أَوْ حَفْرُ النَّهْرِ، مَالٌ يَبْذُلُ بِإِزَائِهِ الثَّمَنَ، وَ لَيْسَ الْمَالُ إِلَّا مَا يَكُونُ مَوْرَدًا لِرَغْبَةِ الْعُقْلَاءِ وَ طَلِبِهِمْ، وَ مَعَهُ يَبْذُلُونَ بِإِزَائِهِ الثَّمَنَ. نَعَمْ، مَالِيَّتُهُ بِاعْتِبَارِ تَوَقُّعِ حَصُولِهِ وَ وُجُودِهِ، لَكِنْ لَا بِمَعْنَى أَنَّهُ قَيْدٌ لَهَا، بَلْ بِمَعْنَى كَوْنِهِ مَالًا بِلِحَازِهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ كَجِهَةِ تَعْلِيلِيَّتِهِ لِذَلِكَ، فَالْفَرْقُ بَيْنَ عَمَلِ الْكَسْبِ وَ غَيْرِهِ مِنْ جِهَةِ صَدَقِ «الْمَالِ» فِي الْأَمْوَالِ دُونَ الثَّانِي، كَمَا التَّرْتِمُ بِهِ الطَّبَاطِبَائِيُّ قَدَسَ سِرَّهُ - فِي «تَعْلِيلَتِهِ» لَيْسَ عَلَيَّ مَا يَنْبَغِي.

حاصل فرمایش ایشان این است که من قبول دارم ذات بما هی ذات مالیت ندارد، بلکه به اعتبار توقع حصول و وجودش مالیت دارد، ولی باید توجه داشت این توقع حصول و وجود، جهت تعلیله است نه تقییدیه و باعث می شود ذات بما هی ذات مطلوب شده و مالیت پیدا کند. نظیر این که تابش خورشید حیثیت تعلیله در قرمزی سیب است، ولی قید در آن نیست. در این جا نیز علت تحقق وصف مالیت، وجود یا توقع حصول و وجود است، اما آن چه در حقیقت متصف به مالیت می شود ذات بما هی ذات می باشد.

نقد فرمایش مرحوم امام قدس سره -

حقیقت آن است که تفکیک ماهیت و هویت از وجود، احتیاج به اِعمال فکر دارد که گرچه فیلسوف و شبه آن به راحتی بین آن تفکیک می کند، اما عرف اصلاً بین وجود و ماهیت تفکیک نمی کند و همیشه ماهیت موجود یا مقدره الوجود (۱) را تصور می کند و کاری به ماهیت من حیث هی هی ندارد. لذا فرمایش امام - رحمه الله علیه - برای دفع اشکال کافی نیست و مالیت که وصفی عرفی است، وصف برای ماهیت موجود یا مقدره الوجود می باشد. بنابراین عمل حرّ از آن جا که وجود بالفعل ندارد و متدرّج الحصول است، زمانی دارای وصف مالیت خواهد شد که به نحوی مقدره الوجود شود و آن وقتی است که عامل توانا متعهد به انجام عمل شود. (۲)

۱- یعنی ماهیتی که همراه وجود است می بیند.

۲- بعد از تأمل در فرمایشات بلند محقق اصفهانی، حضرت امام قدس سرهما - و حضرت استاد دام ظلّه شاید بتوان نکات ذیل را تحصیل کرد: الف) همان طور که حضرت استاد دام ظلّه فرمودند ماهیت صرف و شیء فی حد نفسه نمی تواند مورد رغبت عقلاء باشد؛ چون هیچ اثری بر آن مترتب نمی شود، لذا برای این که مورد رغبت عقلاء قرار گیرد لازم است به نوعی فرض وجود برای آن شود که حضرت امام قدس سره - از آن تعبیر به توقّع حصول و وجود کردند و حضرت استاد دام ظلّه به وجود تقدیری. ب) استقرار در ذمه و تعهد در مواردی که شیء بالفعل موجود نیست دخیل در مالیت آن نیست؛ چون دخیل در رغبت نیست و معمولاً رغبت قبل از تعهد و استقرار در ذمه وجود دارد که محرک شخص برای ایجاد قرارداد و گرفتن تعهد برای تحویل می شود. بله تعهد ممکن است در فعلیت بذل مال در قبال آن دخیل باشد، ولی این ضربه ای به مالیت داشتن قبل آن نمی زند. به عنوان مثال ماشین نزد عقلاء مالیت دارد و یبذل یا زائنه شیء، هر چند فعلیت بذل وقتی است که صاحب ماشین تعهد به تحویل آن دهد. گاهی هم شیئی که بالفعل موجود نیست آن چنان مورد رغبت عقلاء واقع می شود که حاضرند بالفعل برای به دست آوردن آن در جایی که توقع حصولش وجود دارد بذل مال کثیر کنند؛ هر چند دریافت کننده ی بذل تعهدی به تحویل نداده باشد. به عنوان مثال داروی فلان بیماری که هنوز کشف نشده به شدت مورد رغبت است و عقلاء حاضرند برای به دست آوردن آن به محققینی که در این زمینه تحقیق می کنند مال کثیری پرداخت کنند، بدون این که تعهد داده باشند آن را بتوانند کشف کنند. بنابراین تعهد و استقرار در ذمه دخیل در مالیت و رغبت عقلاء نیست، هر چند ممکن است دخیل در فعلیت بذل مال باشد و باید توجه داشت «یبذلون یا زائنه شیئاً» در کلام محقق اصفهانی قدس سره - با «فعلیه

البذل» تفاوت دارد و آن چه دخیل در مالیت است «ببذلون یا زائنه شیئا» است؛ نه «فعلیه البذل». با این توضیحات روشن می شود که عمل حرّ قبل از معاوضه و تعهد، مالیت دارد، هر چند فعلیت بذل طبق بیان محقق اصفهانی قدس سره - علی تقدیر وجوده فی الذمه می باشد. ج) مرحوم امام قدس سره - فرمودند توقع حصول، حیثیت تعلیلیه برای مالیت پیدا کردن شیء فی حد ذاته می باشد؛ نه حیثیت تقییدیه، این کلام همان طور که حضرت استاد دام ظلّه فرمودند قابل پذیرش نیست؛ زیرا رغبت عقلاء اولاً و بالذات بر آن آثار تعلق گرفته است که از لوازم وجود ماهیت است؛ نه ماهیت فی حدّ نفسه و بما هی هی. بنابراین توقع حصول حیثیت تقییدیه است؛ نه تعلیلیه. (امیرخانی)

پاسخ نقض های محقق اصفهانی قدس سره - در وجه اول

با این بیان جواب نقض هایی که محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - ذکر فرمودند روشن می شود:

اما کلی در ذمه در باب سلف، از آن جا که به همراه تعهد است پس وجود

تقدیری دارد؛ علاوه آن که شروطی دارد تا به راحتی بتوان آن را تحصیل کرد؛ مانند فراوانی مصادیق آن کلی و ...

أما منافع اعیان در اجاره مانند سکنای دار، رکوب مرکب و ... از آن جا که این منافع تضمین شده است و عملاً قابلیت سکنی در دار و رکوب مرکب که در مدت زمان اتفاق می افتد هم اکنون به نحوی متراکم موجود است، پس نقض وارد نیست.

و اما عمل حرّ بعد از معاوضه، آن هم همان طور که محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - فرمودند بعد از معاوضه وجود تقدیری دارد.

بنابراین نتیجه این شد که استدلال اول منکرین مالیت عمل حرّ قبل از تحقق معاوضه تمام است و اشکال محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - و دیگران بر آن وارد نیست.

وجه دوم و نقد آن از جانب محقق اصفهانی قدس سره -

وجه دومی که محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - از قبیل منکرین مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه ذکر می کند آن است که به صرف داشتن قدرت بر انجام عملی که ارزش اقتصادی بالایی دارد، فرد قادر ذومال محسوب نمی شود؛ مثلاً جراح حاذقی که می تواند روزی ده ها میلیون تومان درآمد کسب کند، قبل از انعقاد قرارداد برای انجام عمل ذومال محسوب نمی شود، بلکه می گویند به راحتی می تواند مال کسب کند اما بالفعل ذومال نیست. در نتیجه مستطیع محسوب نمی شود و حج بر او واجب نیست و اگر ظالمی او را حبس کرد ضمان مالی بر عهده اش نیست.

ولی به مجرد این که معاوضه صورت گرفت و اجیر شد مستأجر ذومال می شود؛ یعنی مالک عملی می شود که ده ها میلیون تومان ارزش مالی دارد.

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - دلیل دوم را نیز ابتدا نقض می کنند سپس می فرمایند (۱): غایت

۱- حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحديثه)، ج ۱، ص ۱۵: و إن كان الوجه هو الثاني: كما يشهد له الفرق بين وقوع المعاوضه عليه و عدمه ففيه: بعد النقض بالمبيع الكلي الذمي، بل بالثمن الكلي الذمي و بخصوص المنافع العمليه في باب الإجاره أنّ غايه ما يقتضيه هذا الوجه هو نفى الملكيه و كونه ذا مال لا نفى الماليه.

آن چه که استدلال دوم اقتضاء می کند آن است که حرّ به صرف توانایی بر انجام عمل، ذومال و مالک عمل محسوب نمی شود و به اصطلاح آن عمل، مال مضاف نیست، ولی دیگر نفی مطلق مالیت عمل نمی کند؛ چون همان طور که بیان کردیم بین ملک و مال، عموم و خصوص من وجه برقرار است و منافات ندارد جایی ملک صادق نباشد ولی مال صادق باشد.

بنابراین می توانیم بگوییم عمل حرّ قبل از معاوضه گرچه مالیت دارد، ولی ملک آن حرّ نیست؛ به همین خاطر ذومال محسوب نمی شود و مستطیع نمی باشد و اگر کسی مانع کار او شد ضامن نمی باشد؛ زیرا ضامن برای مطلق اتلاف مال نیست، بلکه اتلاف مال غیر یعنی مال مضاف ضامن دارد و به همین دلیل اتلاف اموال مباح ضامن آور نیست.

انکار مالکیت حرّ بر عمل از جانب قائلین به مالیت آن

اشاره

بسیاری از قائلین به مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه، مالکیت وی بر آن مال را انکار کرده اند؛ به همین جهت او را مستطیع محسوب نکرده و منع از عمل وی را ضامن آور نمی دانند. ولی جای این سؤال باقی است که چطور عملی که مالیت دارد و تحت اختیار و سلطنت آن حرّ قرار دارد مضاف به او نیست و او را ذومال محسوب نمی کنند؟!

این سؤال طبق مبنای ما که قائل به عدم مالیت عمل شدیم جایگاهی ندارد، ولی قائلین به مالیت عمل را به تکاپو انداخته تا تخلّصی از این تنگنا پیدا کنند که چطور عمل حرّ که مال است و تحت اختیار و سلطنت وی قرار دارد مضاف به وی نیست؟!

تخلص از طريق لغويت جعل اعتباری و نقد آن

بعضی گفته اند: از آن جا که سلطنت حرّ به عملش به نحو ملکیت حقیقی است و فرض ملکیت اعتباری و قراردادی برای وی لغو بوده و دیگر عقلاء آن را اعتبار نمی کنند؛ چون اثری بر آن مترتب نمی باشد، پس حرّ مالکیت اعتباری بر عملش ندارد، به همین خاطر ذومال نیز بر او اطلاق نمی شود؛ زیرا ذومال فقط به کسی گفته می شود که مالکیت اعتباری داشته باشد. (۱)

گرچه کبرای این کلام که اگر در جایی که ملکیت حقیقی وجود دارد و فرض ملکیت اعتباری لغو باشد عقلاء آن را اعتبار نمی کنند صحیح می باشد؛ زیرا به طور کلی تمام اعتبارات عقلاء در جایی است که اثر عملی بر آن مترتب باشد، ولی در ما نحن فیه لغو نیست و می توان فرض اثر برای ملکیت اعتباری کرد و آن این که استطاعت، ضمان و بعضی امور دیگر بر آن مترتب می شود. بنابراین چه مانعی دارد علاوه بر ملکیت حقیقی، ملکیت اعتباری نیز به خاطر ترتب این آثار جعل شود؟!

عدم ضمان در منع از عمل حرّ کسوب قبل از معاوضه

طبق مبنایی که ما اتخاذ کردیم اگر کسی مانع از انجام عمل حرّ کسوب قبل از معاوضه شود مثلاً مانع از رفتن سر کار بنایی که روزی صد هزار تومان درآمد دارد شود ضامن نیست؛ چون اصلاً اتلاف مال نکرده و در نتیجه مشمول «من

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۳۶: و قد عرفت قریباً: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه علیه- غیر مملوک له کذلک، لأن ثبوت شیء لشیء بالاضافه الاعتباریه إنما یصح فی غیر موارد الثبوت الحقیقی. و إلا کان الاعتبار لغوا محضاً، و تحصیلاً للحاصل. و من المفروض أن عمل الحرّ مملوک له بالاضافه الذاتیه. كما أن الله تعالی مالک لمخلوقاته بالاضافه الذاتیه الإشراقیه.

اتلف مال الغير فهو له ضامن» نمی شود؛ چراکه عمل آن فرد، معدوم بوده و متّصف به وصف مالیت نشده بود تا اتلاف مال صادق باشد.

ولی سید خویی - رحمه الله علیه - از طریق دیگری خواسته اند در این جا اثبات کنند ضمان دارد.

کلام سید خویی قدس سره - در اثبات ضمان از طریق سیره ی عقلائیّه

سید خویی قدس سره - می فرماید: سیره ی جاری قطعی عقلاء بر این است که مانع حرّ کسوب از کسبش را ضامن می دانند و از آن جا که این سیره مردوعه نیست، کشف می کنیم که مورد امضاء معصوم علیه السلام - می باشد. (۱)

نقد کلام سید خویی قدس سره -

در نقد کلام سید خویی قدس سره - می گوئیم:

اولاً: در این که ایشان بین سیره ی عقلائیّه و قاعده ی «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» تفکیک کرده اند کلامی داریم که این شاء الله در مباحث آینده متعرض آن خواهیم شد و شاید مورد قبول ایشان نیز باشد.

ثانیاً: سیره ی عقلاء در صورتی حجت است که کاشف از امضاء معصوم علیه السلام -

۱- همان: و أما الوجه في أن إتلاف عمل الحرّ لا يوجب ضمانه على المتلف فهو أن قاعده الضمان بالإتلاف ليست بروايه لكي يتمسك بإطلاقها في الموارد المشكوكه. بل هي قاعده متصيده من الموارد الخاصه. و إذن فلا بد من الاقتصار فيها على المواضع المسلمه المتيقنه. و مع الإغضاء عن ذلك، و تسليم كونها روايه أنها غريبه عن عمل الحر. إذ المستفاد منها أن إتلاف مال غيره موجب للضمان. و من الواضح أن الظاهر من كلمه (المال) هو المال المضاف الى مالكة بالإضافه الاعتباريه. و قد عرفت: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه عليه- ليس كذلك. و عليه فلا يكون مشمولاً لقاعده الضمان بالإتلاف. نعم إذا كان الحرّ كسوباً: و له عمل خاص يشغل به كل يوم- كالبنايه و التجاره و الخياطه و غيرها- فان منعه عن ذلك موجب للضمان، للسيره القطعيه العقلائیّه.

باشد (۱) و آن وقتی است که اگر به قهقرا برگردیم تا زمان معصوم علیه السلام - امتداد داشته و در مرئی و منظر ایشان بوده و ردع نفرموده باشند تا کشف کنیم مورد امضاء ایشان بوده است. (۲)

این که بگوییم سیره ی عقلاء از زمان قدیم تا کنون بر این منوال بوده که اگر کسی مانع از کسبِ مثل بِناء، کارگر، تاجر و ... می شد، علاوه بر تقییح مزاحمت، حکم به ضمان مالی نیز می کردند که باید خسارت آن مدت را پردازد، انصافاً مشکل است. حتی امروزه هم نمی توان گفت سیره ی عقلاء این چنین است. بله، گاهی در بعضی موارد چنین حکمی مشاهده می شود، امّا این که در حد سیره ای باشد که عقلاء بر آن مشی کنند هرگز نمی توانیم آن را احراز کنیم؛ چه برسد به این که بگوییم تا زمان معصوم علیه السلام - اتصال داشته است!

لازمه ی وجود چنین سیره ای آن است که هرگاه فردی باعث مریضی دیگری شد عقلاء حکم کنند که علاوه بر هزینه ی بهبودی باید هزینه ی محروم شدنش از کار در مدت بیماری را بدهد، یا اگر باعث شد دست کسی از کار بیفتد باید عقلاء حکم کنند علاوه بر دیه ای که میان عقلاء مرسوم است، مقدار پولی هم که آن شخص می توانست و در صدد بود با آن دست کسب کند باید جبران کند و هکذا در امثله ی دیگر، در حالی که چنین سیره ای وجود ندارد و اگر هم وجود داشته باشد با توجه به ابواب مختلف فقه می توان اطمینان حاصل کرد که شارع این سیره را امضاء نکرده است و احتمال این که گفته شود در مثل موارد پرداخت

- ۱- چون حجت نزد ما کتاب، سنت، اجماع و عقل است. اجماع هم در واقع به سنت برمی گردد، پس در حقیقت حجت فقط کتاب، سنت و عقل است. سیره ی عقلاء همان طور که بارها تذکر داده ایم غیر از عقل است، بلکه اگر به گونه ای باشد که کاشف از امضاء معصوم علیه السلام - باشد داخل در سنت قرار می گیرد و از این طریق حجت می شود.
- ۲- بله در مرئی و منظر معصوم بودن به گونه ای در برخی موارد شرط نیست که در جای خود بیان خواهد شد، ولی ما نحن فیه از مصادیق آن نیست.

هزینه‌ی معالجه‌ی بیماری و دیه، مبلغ اتلاف عمل، دمج در هزینه‌ی معالجه یا دیه شده ادّعی بدون شاهد است.

در روایات شریفه بیش از دیه، چیز دیگری به عنوان جبران خسارت محروم شدن از کسب حتی اگر آن شخص، کسوب فوق العاده باشد ذکر نشده و حتی یک بار هم مورد سؤال واقع نشده است. این بدین معناست که ذهن متشرعه و بلکه ذهن عقلاء از آن منصرف بوده و حتی احتمال آن را نمی‌دادند تا مورد سؤال قرار دهند. بله تنها یک روایت در مورد بیشتر شدن هزینه‌ی مداوا علاوه بر دیه وارد شده که آن هم اولاً هیچ ربطی به جبران عمل حرّ ندارد؛ ثانیاً علی‌رغم تمام بودن سند روایت، مورد اعراض فقهاء واقع شده و فی‌ما‌أعلم احدی به آن فتوا نداده است.

اگر مانع شدن از عمل حرّ ضمان داشت، از آن جا که عمل افراد بسیار متفاوت است نحوه‌ی محاسبه و مقدار ضمان آن مکرراً مورد سؤال واقع می‌شد و در مجامع روایی موجود، حداقل یک روایت هر چند ضعیف در این زمینه یافت می‌شد، در حالی که ما تا به حال به چنین روایتی برخورد نکرده ایم، اعلامی هم که احاطه‌ی کامل بر فقه دارند چیزی ذکر نکرده‌اند. پس چگونه می‌توان گفت سیره‌ی عقلائیه قائم است بر این که مانع شدن از عمل حرّ کسوب ضمان دارد؟!

پس خلاصه‌ی نقد کلام سید خویی قدس سره - این شد که اولاً چنین سیره‌ی حتی در عصر حاضر وجود ندارد؛ چه رسد به این که تا زمان معصوم علیه السلام - اتصال داشته باشد. ثانیاً اگر چنین سیره‌ی وجود داشته باشد نه تنها مورد امضاء نیست، بلکه می‌توان خلاف آن را با تتبع در فقه و روایات احراز کرد.

ثبوت ضمان در صورت استیفاء عمل حر

باید توجه داشت این که گفتیم منع از عمل حرّ قبل از معاوضه ضمان ندارد، این طور نیست که اگر کسی عمل را استیفاء کرد نیز ضمان نداشته باشد، بلکه اگر حرّی را وادار به عمل کرد ضامن است (۱) و باید اجره المثل آن را پرداخت کند. دلیل این حکم، سیره ی مستمره ی عقلاء است که مورد ردع شارع واقع نشده، بلکه در موارد خاصی مورد تأیید نیز واقع شده و چه بسا اطلاعاتی مانند «لَا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» (۲) بر آن دلالت می کند.

۱- در فقه از آن تعبیر به «ضمان الأمر» می شود: • العروه الوثقی (المحشى)، ج ۵، ص ۱۱۲: (مسأله ۱۹): إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك فإن كان بقصد التبرّع لا يستحقّ عليه اجره و إن كان من قصد الأمر إعطاء الأجره و إن قصد الأجره و كان ذلك العمل ممّا له اجره استحقّ و إن كان من قصد الأمر إتيانه تبرّعاً سواء كان العامل ممّن شأنه أخذ الأجره و معدّاً نفسه لذلك أو لا، بل و كذلك إن لم يقصد التبرّع و لا أخذ الأجره، فإنّ عمل المسلم محترم ... • موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، ج ۴، ص ۳۰۸: لو أمر شخص العامل بعمل فأتى به لا يقصد التبرّع استحقّ العامل اجره المثل إن كان للعمل اجره عاده، و إن كان من قصد الأمر التبرّع إذا لم يكن العامل عالماً بذلك، و لا فرق في ذلك بين كون العامل ممّن شأنه أخذ الاجره و معدّاً نفسه لذلك أو لا، بلا خلاف بين الفقهاء. و في حكم الأمر ما لو أذن له في العمل - و لو بالفعل - كأن جلس بين يدي الحلاق لحلق رأسه.

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۹، كِتَابُ الْقِصَاصِ، أَبْوَابُ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ، بَابُ ۳۵، ح ۱، ص ۸۹: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ عَمَارِ السَّابَاطِيِّ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ۸ عَنْ أَعْمَى فَقَالَ عَيْنٌ صَاحِبٌ؟ فَقَالَ: إِنَّ عَمِيدَ الْأَعْمَى مِثْلُ الْخَطِإِ هَذَا فِيهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَالِدِّيَةُ عَلَى الْإِمَامِ وَ لَا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ وَ كَذَا الصَّدُوقُ.

ثبوت ضمان در منع از عمل حرّ بعد از معاوضه

اشاره

منع از عمل حرّ بعد از معاوضه، به سیره ی عقلاء ضمان دارد؛ چراکه به مجرد اجیر شدن حرّ بر انجام عمل، مستأجر مالک عمل (۱) و اجیر مالک عوض می شود. اگر کسی مانع اجیر از انجام عمل شود، مستأجر خیار فسخ خواهد داشت چون در اجاره شرط است اجیر مورد اجاره را تحویل دهد حال اگر مستأجر اجاره را فسخ کرد، از آن جا که اجره المسمّی که داخل ملک اجیر شده بود با فسخ مستأجر از ملک اجیر خارج شده [و اجیر متضرر می شود] پس مانع، ضامن آن اجره المسمّی خواهد بود و باید آن را به اجیر پرداخت کند. اما اگر مستأجر به هر دلیلی اجاره را فسخ نکرد، از آن جا که مانع، عمل را که مال مستأجر بود اتلاف کرده ضامن است و باید اجره المثل (۲) آن را به مستأجر بپردازد.

آیا ممانعت کارمندان دولت ضمان دارد؟

در این جا بعضی این پرسش را مطرح کرده اند که آیا جلوگیری از انجام عمل کارمندان دولت ضمان آور است یا نه؟ در پاسخ به این سؤال، ابتدا باید بررسی شود قراردادهایی که فعلاً معمول است و بین کارمندان و دولت منعقد می شود چه نوع قراردادی است؟ آیا قراردادی شرعی و نافذ است یا این که به خاطر معلوم نبودن مدت و مبلغ آن و بعضی خصوصیات دیگر اصلاً قرارداد شرعی نیست؟ اگر قرارداد شرعی نباشد بالطبع منع آنان از عمل ضمان آور نخواهد بود (۳).

۱- چون بیان کردیم عمل به مجرد تعهد، وجود تقدیری پیدا کرده مالیت پیدا می کند و مال مضاف می شود؛ یعنی مستأجر، مالک آن عمل که مالیت دارد می شود.

۲- عمل از اموال قیمی است، لذا متلف ضامن قیمه المثل است، به خلاف عوض که اگر پول باشد مثلی است و باید مثل آن را بپردازد. (امیرخانی)

۳- چون در صورت بطلان عقد شرعاً، عمل به ملک دولت در نیامده؛ لذا طبق مبنایی که حضرت استاد دام ظلّه اختیار کردند آن عمل مال مضاف نیست تا اتلاف آن موجب ضمان باشد. (امیرخانی)

و اگر شرعی باشد باید ببینیم چه نوع عقدی است تا احکام آن مترتب شود.

به نظر می‌رسد قراردادی که دولت با کارمندان خود در این زمان‌ها منعقد می‌کند مثلاً به معلم می‌گوید: اگر در آموزش و پرورش استخدام شده و با شرائطی که فی الجمله در قانون مشخص است کار کنی و به اتمام برسانی، ماهانه فلان مبلغی که مصوّب مجلس یا هیأت دولت بوده و پایه‌ی آن مشخص است خواهم داد عقدی شرعی بوده و از نوع جعّاله می‌باشد؛ چراکه در جعّاله تقریباً همه اتفاق دارند همین که عمل فی الجمله معلوم باشد کفایت می‌کند. عوض نیز گرچه بعضی گفته‌اند باید از لحاظ کیل، وزن یا عدد معلوم باشد و به همین خاطر این قراردادها به خاطر کم و زیاد شدن حقوق و در نتیجه مشخص نبودن عوض نمی‌تواند جعّاله باشد ولی به نظر می‌رسد از ادله بتوان استفاده کرد که لازم نیست عوض کاملاً مشخص و معلوم باشد، بلکه همین اندازه که معامله از سفهی بودن خارج شود کفایت می‌کند. پس این قراردادها که عوض در آن، پایه ثابتی داشته و کم و زیاد شدن آن فی الجمله ضابطه مند است جعّاله بوده و نافذ می‌باشد.

بنابراین اگر کسی بعد از شروع در کار مانع عمل کارمند دولت شود، فی الجمله حکم به ضمان او می‌شود. تفصیل آن این‌شاء الله در جای دیگر.

امکان عوض واقع شدن عمل حرّ حتّی بنا بر مبنای عدم مالیت آن قبل از معاوضه

مرحوم شیخ امکان وقوع عمل حرّ به عنوان ثمن را منوط به مالیت آن قبل از معاوضه کرد، در حالی که به نظر می‌آید حتّی بنا بر مبنای عدم مالیت عمل حرّ قبل از معاوضه چنان که ما اختیار کردیم مشکلی وجود ندارد که عمل حرّ بتواند ثمن واقع شود و در این مسأله به جز افرادی معدود، کسی خلاف نکرده است.

نکته‌ی آن این است که در بیع لازم نیست ثمن قبل از معاوضه مال باشد، بلکه

اگر به نفس بیع هم مالیت پیدا کند کفایت می کند و اشکالات عقلی و فلسفی که بعضی در این جا مطرح کرده اند وارد نیست؛ چون این مباحث، مباحث تکوینی نیست، بلکه اعتبارات عرفی است و همین که عرف کافی ببیند به نفس بیع به خاطر تعهدی که صاحب عمل می دهد و عمل وجود تقدیری پیدا می کند مالیت پیدا می کند دیگر مشکلی ندارد و می تواند ثمن واقع شود. بنابراین برای رفع این اشکال احتیاجی به طرح نظریه ی «عدم لزوم مال بودن ثمن در بیع» نیست. بلکه طبق تعریف فئومی در المصباح المنیر در تعریف بیع که «مبادله مالٍ بمالٍ» است و عوضین باید مال باشد نیز می توان پاسخ داد. البته در مورد لزوم یا عدم لزوم مال بودن ثمن و حتّی مَثْمَن در آینده بحث خواهیم کرد إن شاء الله.

آیا حقوق می تواند عوض واقع شود؟

مرحوم شیخ قدس سره - بعد از بیان این که منافع می تواند ثمن واقع شود و در میان منافع، عمل حرّ را بالخصوص مورد بررسی قرار دادند که آیا می تواند ثمن واقع شود یا خیر، وارد این بحث می شوند که آیا حقوق نیز می تواند ثمن واقع شود یا خیر؟

مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - قبل از ارائه ی تعریفی از حق و تفاوت آن با ملک و حکم، و واگذاری آن به ارتکاز قارئین، تقسیماتی برای حقوق بیان می فرماید که در ضمن بیان مطلب و احکام اقسام، نظر مبارک شیخ در تعریف حق نیز استفاده می شود.

تقسیمات حقوق در نظر مرحوم شیخ - رحمه الله علیه -

قسم اول (حقوق غیر قابل معاوضه با مال)

اشاره

در این که دقیقاً مراد شیخ - رحمه الله علیه - از این قسم (۱) کدام است ابهامی وجود دارد. چه بسا گفته شده ظاهر اولی کلام به قرینه ی تعریف قسم دوم به «حقوق غیر قابل انتقال» آن است که این قسم از حقوق، قابل نقل بوده ولی قابل معاوضه به مال نیست.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸: و أمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضه بالمال كحقّ الحضانه و الولایه فلا إشكال. • نهج الفقاهه (للسید الحکیم)، ص ۹: الظاهر بقرینه المقابله لما بعده كون عدم قبوله المعاوضه و لو بنحو يستتبع السقوط و حیث فلا بد أن يكون عدم قبوله لذلك من جهة عدم كونه ما لا عند العقلاء، و حیث فعدم صلاحیته لأن يكون عوضاً فی البیع ظاهر، إذ لا بد فی العوض ان يكون بحيث یصح بذل المال یأزائه لثلا يكون أكل المعوض أكلا للمال بالباطل من دون فرق بین الحق و غیره. • حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۵۳: المقابله بین عدم قبول الحق للمعاوضه علیه و عدم قبوله للنقل، باعتبار أنه و إن لم یقبل النقل، لكنه ینتفع بسقوطه عنه كحق الخيار و حق الشفعه، فی قبال ما لا ینتفع بسقوطه لعدم قبوله له كحق الولایه.

مثالی که برای این قسم در کلام شیخ قدس سره - ذکر شده حق حضانت و حق ولایت است.

حضانت حقی است نسبت به حفظ، تربیت و رسیدگی به فرزند که در وهله ی اول حق مادر است تا مدتی که در آن اختلاف است آیا تا دو سالگی فرزند است یا تا هفت سالگی یا تا دو سالگی پسر و هفت سالگی دختر؟ آن گاه حق پدر است و در بعضی شرائط به دیگران نیز منتقل می شود. (۱)

ولایت، حقی غیر از حضانت (۲) است که پدر بر فرزند و جد پدری بر نوه دارد. ولایتی نیز که حاکم شرع در محدوده ی ولایت خود دارد از همین قسم است.

۱- تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۱۲: مسأله ۱۶: الأم أحق بحضانه الولد و تربیته و ما یتعلق بها من مصلحه حفظه مده الرضاع ای الحولین؛ إذا كانت حره مسلمه عاقله، ذکرا کان أو أنثی، سواء أرضعته هی بنفسها أو بغيرها، فلا يجوز للأب أن يأخذها فی هذه المده منها و إن فطمته علی الأحوط، فإذا انقضت مده الرضاع فالأب أحق بالذکر و الأم بالأنثی حتی تبلغ سبع سنین من عمرها ثم یكون الأب أحق بها، و إن فارق الأم بنفسه أو طلاق قبل أن تبلغ سبع سنین لم یسقط حقها ما لم تتزوج بالغير، فلو تزوجت سقط حقها. عن الذکر و الأنثی و كانت الحضانه للأب، و لو فارقها الثانی لا یبعد عود حقها، و الأحوط التصالح و التسالم. مسأله ۱۷: لو مات الأب بعد انتقال الحضانه إلیه أو قبله كانت الأم أحق بحضانه الولد - و إن كانت مزوجه ذکرا کان أو أنثی - من وصی أبیہ، و کذا من باقی أقاربه حتی أبی أبیہ و أمه فضلا عن غیرهما، كما أنه لو ماتت الأم فی زمن حضانتها فالأب أحق بها من غیره، و إن فقد الأبوان فهي لأب الأب، و إذا عدم و لم یکن وصی له و لا للأب فلاقارب الولد علی ترتیب مراتب الإرث، الأقرب منهم یمنع الأبعد، و مع التعدد و التساوی فی المرتبه و التشاح أقرع بینهم، و إذا وجد وصی لأحدهما ففي کون الأمر كذلك أو کونها للوصی ثم إلی الأقارب و جهان لا یترک الاحتیاط بالتصالح و التسالم.

۲- حضانت فرزند تا دو سالگی یا هفت سالگی حق مادر است، اما ولایت از همان ابتداء حق پدر و جد پدری است، به عنوان مثال اگر کسی پولی به فرزند دهد فرزند مالک نمی شود، مگر این که پدر آن را قبول کند. اما تربیت و نگه داری فرزند حق مادر است.

برخی هم گفته اند مقصود شیخ قدس سره - از این قسم از حقوق، یعنی حقوقی که اسقاط بر نمی دارد؛ یعنی حتی نمی توان با پرداخت مالی، از صاحب آن حق درخواست کرد که حق خود را ساقط کند مثل حق ولایت به خلاف بعض حقوق که گرچه نمی توان آن را به دیگری منتقل کرد ولی امکان اسقاط آن هست.

بررسی قسم اول

بنا به احتمال اول در کلام شیخ قدس سره - کبرای کلام که می توان حقوقی را تصور کرد که قابل نقل باشد اما قابل معاوضه به مال نباشد قابل تصدیق است، اما این که این دو مثال خصوصاً ولایت مصداق آن بوده و در نتیجه قابل نقل بدون مال باشد مورد مناقشه است؛ زیرا مثلاً پدر نمی تواند ولایت خود را به دیگری منتقل کند؛ فقط می تواند در ولایتش وکیل اتخاذ کند یا وصی برای بعد از مرگش قرار دهد اما نمی تواند ولایت را از خود سلب کرده و به دیگری منتقل کند؛ به نحو مجانی یا غیر مجانی.

بعید نیست حضانت نیز این چنین بوده و قابل انتقال نباشد. بله، ظاهراً مادر می تواند از حق حضانت خود صرف نظر کند که در این صورت قهراً نوبت به حضانت پدر می رسد، ولی این غیر از آن است که بتواند حق حضانت خود را به دیگران منتقل کند.

و اما بنا بر احتمال دوم در کلام شیخ قدس سره - که مقصود از این قسم حقوق، حقوقی باشد که حتی نمی توان آن را اسقاط کرد، اشاره شد که نسبت به ولایت این چنین است، اما نسبت به حق حضانت چنین نیست.

قسم دوم (حقوق غیر قابل انتقال)

اشاره

مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید (۱): قسم دوم حقوقی است که اصلاً قابل انتقال اختیاراً نیست؛ مانند حق شُفعه و حق خیار. (۲) چنین حقوقی نیز نمی تواند به عنوان ثمن واقع شود؛ چراکه حقیقت بیع تملیک غیر است و چیزی که قابلیت تملیک و تملک و انتقال به دیگری نداشته باشد نمی تواند به عنوان ثمن در بیع واقع شود.

بہتر بود مرحوم شیخ در مقام استدلال بر مدعای خود به جای تعبیر «تملیک الغیر» در تعریف بیع، «تملیک در مقابل تملیک»، یا «تملیک معوض و تملک عوض» تعبیر می کردند؛ چراکه در بیع به نظر ایشان، بایع مثنی را تملیک مشتری می کند و ثمن را از مشتری تملک می کند؛ گرچه ما گفتیم بیع اعم از تملیک و تملک است و مثلاً اگر حق، ثمن واقع شده و به بایع منتقل شود به نحو حق منتقل می شود؛ یعنی بایع ذو الحق می شود نه مالک؛ چون حق و ملک بنا بر مشهور قسیم یکدیگر بوده و با هم تفاوت دارند.

شبهه ی صاحب جواهر قدس سره - مبنی بر صحت بیع ما لا یقبل التملک

صاحب جواهر قدس سره - بر این کلام که «در بیع تملیک و تملک لازم است و هر چیزی که قابل تملک نباشد بیع بر آن واقع نمی شود» اشکال کرده و فرموده است: لازمه ی این کلام آن است که بیع الدین علی من هو علیه جایز نباشد؛ یعنی اگر کسی به دیگری بدهکار و ذمه اش مشغول بود نتواند ذمه اش را از وی خریداری کند؛ چون کسی نمی تواند ذمه ی خود را تملک کند و إلا لازمه اش آن است که

-
- ۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹: و کذا لو لم تقبل النقل، کحق الشفعه، و حق الخیار؛ لأن البیع تملیک الغیر.
 - ۲- البتہ مراد مرحوم شیخ از عدم انتقال حق خیار، انتقال اختیاری است و إلا انتقال قهری به ارث خود شیخ بعداً تصریح می کنند واقع می شود.

هر کسی بتواند بی شمار ملک در ذمه ی خود داشته باشد در حالی که چنین بیعی صحیح است و این کاشف از آن است که در بیع، قابلیت تملک و انتقال لازم نیست. بنابراین این استدلال بر عدم امکان ثمن واقع شدن حقوق غیر قابل انتقال مانند حق شفعه و حق خیار تمام نیست و همان طور که بیع الدین علی من هو علیه صحیح است حق شفعه و خیار نیز می تواند به عنوان ثمن واقع شود. (۱)

پاسخ مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - به شبهه ی صاحب جواهر - رحمه الله علیه -

مرحوم شیخ قدس سره - می فرماید: انتقاض صاحب جواهر وارد نیست (۲)؛ زیرا مانعی ندارد «بیع الدین علی من هو علیه» از باب تملک و انتقال باشد؛ به خلاف بیع حق شفعه به شریک و حق خیار به من علیه الخیار؛ زیرا «بیع الدین علی من هو علیه»

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۰۹: و عن بعض المتأخرین اعتبار عینیه العوضین، و هو وهم نشأ من قولهم: البیع لنقل الأعیان، و لیس المراد به علی العموم بل خصوص المعوض، کقولهم فی الإجاره لنقل المنافع نعم فی شرح الأستاذ اعتبار عدم کونه حقا مع أنه لا یخلو من منع لما عرفته من الإطلاق المزبور المقتضی لکونه کالصلح الذی لا إشکال فی وقوعه علی الحقوق، فلا یبعد صحه وقوعها ثمنا فی البیع و غیره، من غیر فرق بین اقتضاء ذلك سقوطها کبیع العین بحق الخیار و الشفعه علی معنی سقوطهما، و بین اقتضائه نقلها کحق التحجیر و نحوه، و کان نظره رحمه الله فی المنع إلی الأول باعتبار معلومیه کون البیع من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح، و فیه أن بیع الدین علی من هو علیه لا ریب فی اقتضائه حینئذ الإسقاط و لو باعتبار أن الإنسان لا یملک علی نفسه ما یملکه غیره علیه، الذی بعینه یقرر فی نحو حق الخیار و الشفعه، و الله أعلم.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹: و لا- ینتقض بیع الدین علی من هو علیه؛ لأنه لا- مانع من کونه تملیکاً فیسقط؛ و لذا جعل الشهید فی قواعد «الإبراء» مردداً بین الإسقاط و التملیک. و الحاصل: أنه یعقل أن یکون مالکاً لما فی ذمته فیؤثر تملیکه السقوط، و لا یعقل أن یتسلط علی نفسه. و السر: أن هذا الحق سلطنه فعلیه لا یعقل قیام طرفیها بشخص واحد، بخلاف الملک، فإنها نسبه بین المالك و المملوک، و لا یحتاج إلی من یملک علیه حتی یستحیل اتحاد المالك و المملوک علیه، فافهم.

مربوط به ملک است و ملک اضافه ی بین مالک و مملوک است و احتیاج به عنوان «من یملک علیه» ندارد تا تحقق آن در جایی که مالک و «من یملک علیه» اتحاد دارند محال باشد؛ به خلاف «حق» که سلطنت (۱) است و در سلطنت علاوه بر سلطان (مُسَلِّط)، مُسَلِّطٌ علیه هم نیاز است؛ یعنی «سلطنت» تضایفی است که قوام آن به طرفین است و نمی تواند قائم به شخص واحد باشد؛ زیرا معقول نیست کسی سلطنت بر خود داشته باشد.

بنابراین نمی توان حق شُفَعَه را به شریک و حق خیار را به من علیه الخیار فروخت؛ زیرا اتحاد سلطان و مُسَلِّطٌ علیه لازم می آید که محال است به خلاف بیع الدین علی من هو علیه که چنین اتحاد محالی لازم نمی آید؛ زیرا در ملک «من یملک علیه» وجود ندارد، لذا بیع صحیح است. البتّه ملکیتی که برای «من علیه الدین» حاصل می شود فقط به نحو حدوئی است؛ یعنی آنّاما مالک ذمه ی خودش می شود که نتیجه ی آن سقوط از ذمه است.

بررسی کلام شیخ - رحمه الله علیه - در قسم دوم

مطالب شیخ قدس سره - از جهاتی قابل تأمل است که اهم آن عبارتند از:

۱. مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - در تعلیل عدم وقوع حقوق غیر قابل انتقال، مانند حق شُفَعَه و حق خیار به عنوان ثمن فرمودند: از آن جا که بیع، تملیک غیر است پس این نوع حقوق غیر قابل انتقال نمی تواند به عنوان ثمن واقع شود.

ما در این تعریف شیخ - رحمه الله علیه - به «تملیک الغیر» یا «إنشاء تملیک عین بمال» (۲) که

۱- از این جا معلوم می شود جناب شیخ قدس سره - حق را نوعی سلطنت می دانند.

۲- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۱: فالأولی تعریفه بأنه إنشاء تملیک عین بمال.

در نهایت خواهند پذیرفت که تملیک را در تعریف بیع ادراج کرده اند کلام داریم و در جای خود خواهیم گفت: بیع اعم از تملیک است و اگر دو طرف یا حداقل یک طرف به نحو تملیک نباشد نیز بیع صادق است.

۲. علی فرض صحت تعریف بیع به «تملیک الغیر»، این تعلیل اثبات نمی کند که این حقوق مطلقاً قابل انتقال نیست، بلکه فقط اثبات می کند قابل انتقال به بیع نیست. پس ادعای «لا تقبل النقل» ادعای وسیعی است که تعلیل با آن سازگار نیست. (۱)

۳. مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - فرمود: حقوق که نوعی سلطنت است قائم به طرفین می باشد و باید طرفین آن تغایر داشته باشند؛ چون معقول نیست طرفین سلطنت اتحاد داشته باشند؛ زیرا معنا ندارد شخصی هم سلطان باشد و هم مُسلط علیه.

می گوئیم دلیل این که سلطان و مُسلط علیه نمی تواند اتحاد داشته باشد چیست؟ اگر دلیل آن تضایف است می گوئیم چه مانعی دارد دو عنوان متضایف قائم به شخص واحد باشد؟! به عنوان مثال دو عنوان عالم و معلوم که متضایفان هستند (۲) می تواند قائم به شخص واحد باشد و آن جایی است که علم به نفس داشته باشد که در این صورت شخص واحد هم عالم است و هم معلوم.

بله، در برخی موارد دو عنوان متضایف نمی تواند بر شیء واحد صادق باشد؛ مانند علت و معلول که یک شیء نمی تواند از آن جهت که علت است معلول نیز باشد، ولی آن به دلیلی غیر از جهت تضایف است. بنابراین از جهت تضایف هیچ

۱- ادعای مرحوم شیخ قدس سره - این بود که حقوق غیر قابل انتقال نمی تواند به عنوان ثمن در بیع قرار گیرد؛ چرا که بیع تملیک غیر است و باید چیزی قابل انتقال باشد تا بتواند به عنوان ثمن قرار گیرد، بنابراین این اشکال خارج از محل کلام است؛ چون کلام در این نیست که آیا این حقوق قابل انتقال است یا قابل انتقال نیست، بلکه بعد از فرض غیر قابل انتقال بودن بعضی حقوق، آن حقوق نمی تواند به عنوان ثمن قرار گیرد. (امیرخانی)

۲- چون معنا ندارد عالمی بالفعل باشد ولی معلومی نباشد یا بالعکس، پس این دو عنوان متکافئند قوه و فعلاً.

مانعی ندارد که شخص واحد، هم سلطان (مُسلط) باشد و هم مُسلطٌ علیه و بلکه حتی در سلطنت حقیقی این اتفاق افتاده است چون هر شخصی بر خود سلطنت حقیقی دارد (۱) چه رسد به سلطنت اعتباری که سهل تر است.

البته فعلاً کلام در امکان جعل سلطنت اعتباری برای شخصی نسبت به نفس خود می باشد که بیان کردیم هیچ مانعی وجود ندارد، اما این که در عالم اثبات آیا عقلاء چنین اعتباری کرده اند یا خیر بحث دیگری است.

۴. مرحوم شیخ قدس سره - در مورد بیع الدین علی من هو علیه فرمودند: از آن جا که در ملک، علاوه بر مالک و مملوک «من یملک علیه» لازم نیست، پس بیع الدین علی من هو علیه جایز است.

اگر مقصود جناب شیخ - رحمه الله علیه - این است که اعتبار «من یملک علیه» ثبوتاً محال است می گوئیم: در ملکیت مضاف به ذمم که کاملاً معقول است عنوان «من یملک علیه» برای صاحب ذمه اعتبار شود، فقط محالیتی که متصور است در بیع الدین علی من هو علیه است از حیث لزوم وحدت مالک و «من یملک علیه» که آن هم بیان کردیم مانعی ندارد متضایفان به دو اعتبار بر شخص واحد صادق باشد.

«من یملک علیه» به معنای دیگر که اگر کسی مالک چیزی شد دیگران ممنوع از تصرف در مملوک او هستند نیز وجود دارد؛ زیرا با ملک بودن چیزی، غیر مالک ممنوع از تصرف در آن ملک است إلا ما خرج بالدلیل.

امّا اگر مقصود جناب شیخ - رحمه الله علیه - این است که اثباتاً عقلاء علاوه بر ملک و مملوک، در عالم اعتبار «من یملک علیه» جعل و اعتبار نمی کنند، سید خوبی قدس سره - در پاسخ می فرماید در ملکیت مضاف به ذمم چنین اعتباری محقق شده است.

۱- مثلاً سلطنت دارد بخشی از ساعات خودش را تلف کند یا استفاده کند.

کلام سید خویی قدس سره - در اعتبار «مَنْ يُمْلِكُ عَلَيْهِ» در ملکیت مضاف به ذمّه

سید خویی - رحمه الله علیه - می فرماید (۱): در ملکیت مضاف به ذمّه نه تنها عقلاء «من يملك عليه» نیز اعتبار می کنند، بلکه اصلاً ملکیت در آن جا بدون «من يملك عليه» معنا ندارد و قابل انفکاک از ملکیت نیست.

هرگاه چیزی مالیتش در گرو ذمّه مثل کَلّی بود، آن کسی که ذمّه اش برای دیگری مشغول است «من يملك عليه» می باشد.

پاسخ مستفاد از کلام امام قدس سره - به سخن سید خویی قدس سره -

مرحوم امام قدس سره - در این جا کلامی (۲) دارند که می تواند به عنوان جواب کلام سید خویی - رحمه الله علیه - باشد و آن این که ذمّه برای کَلّی به مثابه ی خارج است برای اعیان و فقط ظرف تحقق آن محسوب می شود؛ یعنی همان طور که در مالکیت عین در خارج، خارج نقشی در ملکیت ندارد و لذا «من يملك عليه» نیز وجود ندارد، در مالکیت کَلّی نیز، ذمّه نقشی در ملکیت کَلّی ندارد و مانند خارج فقط ظرف برای تحقق آن مملوک می باشد. لذا من يملك عليه در مالکیت ذمّه وجود ندارد.

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۰: ذکر المصنف: أن الملكيه لا تتوقف على المملوك عليه. و السلطنه تتوقف على المسلط عليه. و التحقيق: أن هذا المعنى و إن كان صحيحاً بالإضافة إلى الملكيه المضافه إلى الأعيان الخارجيه. إلا انها لا تصح في الملكيه المضافه إلى الذمم. فإن الكلى ما لم يصف إلى ذمه شخص خاص لا يبذل بإزائه شىء. و لا يرغب فيه العقلاء.

۲- کتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۴۳: و يؤيد المدعى بل يدل عليه: أن الملك في جميع الموارد إضافة بين المالك و المملوك، حتى في ملكيه شىء في ذمه الغير؛ لأن الملكيه متقومه بالإضافة الحاصله المذكوره، و تكون ذمه المديون كمحفظه للمال، لا دخاله لها في اعتبار الملكيه. و إن شئت قلت: حال الذمه حال الخارج بالنسبه إلى الأعيان الخارجيه المملوكه، فكما أن الخارج ظرف للمملوك من غير دخاله له في اعتبار الملكيه، كذلك الذمه.

نقد کلام مرحوم امام قدس سره -

همان طور که در بحث مالیت عمل حرّ بیان کردیم ذمه بدون اضافه ی به «من علیه الذمه» اصلاً مالیت ندارد؛ یعنی تا کسی تعهد نکرده باشد کلی را در خارج محقق کند مالیت ندارد. بنابراین به نظر می رسد در مالکیت مضاف به ذمه باید «من علیه الذمه» که همان من یملک علیه می باشد وجود داشته باشد و بدون آن اضافه که محقق عنوان «من یملک علیه» می باشد اصلاً صدق ملکیت نمی کند. (۱)

پس حداقل در بیع کلی در ذمه و بیع ذمه «من یملک علیه» وجود دارد و از طرف عقلاء اعتبار می شود. بنابراین کلام شیخ - رحمه الله علیه - که فرمود: در بیع الدین علی من هو علیه چون «من یملک علیه» وجود ندارد بیع محقق می شود تمام نیست و صحیح آن است که «من یملک علیه» وجود دارد و اتحاد بین مالک و «من یملک علیه» در بیع الدین علی من هو علیه به نحوی که لغویت لازم نیاید مانعی ندارد و آن این که در یک آن، مالک ذمه ی خود می شود و سپس ذمه اش ساقط می شود.

۵. مرحوم شیخ قدس سره - برای حقوق غیر قابل انتقال مثال به حق شفعه و حق خیار زدند در حالی که به نظر ما این دو حق، قابل انتقال است حتی به اجنبی. به عنوان مثال در شراکت زید و عمرو در زمینی به نحو مشاع که عمرو سهم خود را به خالد می فروشد، زید می تواند حق شفعه ی خود را به بکر بفروشد و نتیجه اش این می شود که دیگر زید نمی تواند خودش اعمال حق شفعه کند، بلکه بکر

۱- نظیر این کلام که ذمه بدون اضافه ی به «من علیه الذمه» اصلاً مالیت ندارد را درباره ی عین خارجی هم می توان بیان کرد که بدون تحقق آن در خارج طبق نظر حضرت استاد دام ظلّه مالیت ندارد. کلام حضرت امام قدس سره - این بود که ذمه که ظرف تحقق کلی است در اعتبار ملکیت کلی دخیل نیست نه این که عنوان «من علیه الذمه» وجود ندارد همان گونه که خارج در تحقق ملکیت عین دخیل نیست. (امیرخانی)

می تواند اعمال شُفعه کرده با پرداخت ثمن آن به خالد، زمین را به ملک زید در آورد. و اگر بکر نخواست اعمال حق شُفعه کند دیگر زید حقی ندارد.

سید خوئی قدس سره - با این که استدلال های مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - بر عدم جواز نقل حق شُفعه و حق خیار را نمی پذیرند، اما قبول دارند که حق شُفعه و حق خیار قابل انتقال به غیر نیست.

بیان سید خوئی قدس سره - در عدم انتقال حق شُفعه به غیر شریک

اشاره

سید خوئی - رحمه الله علیه - در مورد حق شُفعه می فرماید (۱): حق شُفعه یا به مشتری ملک فروخته می شود یا به اجنبی، اگر به مشتری ملک فروخته شود بیع لغو خواهد بود؛ زیرا مشتری قبل از انتقال حق شُفعه، مالک حصه ی مبیعه شده و دیگر معنا ندارد دوباره آن حصه را با حق شُفعه مالک شود. و اگر به اجنبی فروخته شود از آن جا که حق شُفعه قائم به شریک است یعنی شریک می تواند با أخذ به حق

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۰: و التحقيق: أن حق الشفعه لا تجوز المعاوضه عليه. لا من ناحیه المحذور الذی ذکره المصنف، فإنه واضح الاندفاع، (و سیأتی قریباً) بل من جهة أن حق الشفعه إما أن یباع من المشتري، أو من غیره. و علی الأول فیکون البیع لغوا محضاً، إذ المشتري مالک للحصه المبیعه قبل انتقال حق الشفعه إليه و علیه فلا معنی لاستحقاقه تملک تلك الحصه ثانياً بحق الشفعه. و علی الثاني فلأن حق الشفعه استحقاق الشریک للحصه المبیعه فی شرکتة لکی یضمها الی حقه. فالشریک قد أخذ موضوعاً لهذا الحق. و من البین الذی لا- ریب فیہ أنه لا- یعقل ثبوت الحكم لغير موضوعه، بدیهه أن نسبه الحكم الی موضوعه کنسبه المعلول الی علتہ، فکما یتحیل انفکاک المعلول عن علتہ كذلك یتحیل انفکاک الحكم عن موضوعه. و بتعبیر آخر: أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعه وجدنا خصوصیه فی موردہ و تلك الخصوصیه هی العله التامه لثبوتہ للشریک فقط، دون غیره. نعم تجوز المعاوضه علی حق الشفعه من حیث الإسقاط بأن يجعل إسقاطه ثمناً فی البیع، أو اجره فی الإجاره، أو عوضاً فی الصلح و الهبه، أو صداقاً فی النکاح، و لکن هذا أجنبي عما نحن فیہ، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضه علی حق الشفعه، و جعله عوضاً فی العقود المعاوضیه، لا المعاوضه علی إسقاطه، فإن الإسقاط بنفسه عمل. و قد عرفت سابقاً: أن عمل الحرّ يجعل عوضاً فی البیع و غیره من العقود المعاوضیه.

شُفَعَه آن حصّه ی فروخته شده به مشتری را از وی پس بگیرد و ضمّ به ملک خود کند و شریک به عنوان موضوع برای این حق است، پس نمی توان آن را به اجنبی انتقال داد؛ زیرا لازمه اش آن است که غیر شریک حق شُفَعَه را اعمال کند در حالی که موضوع آن حکم نیست.

نقد کلام سید خوبی قدس سره -

این بیان سید خوبی - رحمه الله علیه - بر عدم انتقال حق شُفَعَه تمام نیست؛ زیرا آن اجنبی که حق شُفَعَه به او منتقل شده (منتقلُ إلیه) یا حقش را اعمال نمی کند و اسقاط می کند که در این صورت روشن است که شریک نمی تواند بیع را فسخ کرده و ملک را از دست مشتری بازستاند و یا منتقلُ إلیه حقش را اعمال می کند که در این صورت معامله فسخ شده و آن حصّه ی فروخته شده منضم به ملک شریک می شود؛ نه به ملک منتقلُ إلیه تا اشکال سید خوبی قدس سره - وارد باشد که موضوع آن برای منتقلُ إلیه وجود ندارد.

هم چنین اشکال سید خوبی قدس سره - در مورد فروش حق شُفَعَه به خود مشتری ملک نیز تمام نیست؛ زیرا استدلال ایشان این بود که فایده ای بر آن مترتب نیست؛ چون مشتری قبل از انتقال حق شُفَعَه به وی، مالک حصّه ی مبیعه شده و معنا ندارد دوباره دیگری مستحق تملک آن حصّه با حق شُفَعَه شود.

در پاسخ به این استدلال می گوئیم: فایده مترتب است و آن این که انتقال شُفَعَه به مشتری و اسقاط آن توسط وی باعث می شود که شریک نتواند از حق شُفَعَه ی خود استفاده کرده، حصّه ی مبیعه را به ملک خود درآورد.

بنابراین استدلال سید خوبی - رحمه الله علیه - در عدم انتقال حق شُفَعَه صحیح نیست و حق شُفَعَه قابل انتقال به بیع است.

کلام سید خوبی قدس سره - در عدم انتقال حق خیار

اشاره

سید خوبی قدس سره - در مورد عدم انتقال حق خیار می فرماید (۱): حق خیار در حقیقت به معنای «تحدید المِلکِیَهِ فی البیعِ إلی زمان فسخ من له الخیار» است؛ یعنی ملکیتی که با بیع برای بایع نسبت به ثمن و برای مشتری نسبت به مثن حاصل شده تا زمانی باقی است که من له الخیار اعمال خیار نکرده است، ولی به مجرد اعمال خیار و فسخ بیع، آن ملکیت زائل می شود. در معامله ای که حق خیار وجود ندارد ملکیت حاصل از بیع، غیر محدود و إلی الأبد است، اما در جایی که حق خیار وجود دارد ملکیت إلی الأبد نیست بلکه تا زمانی است که من له الخیار آن را فسخ کند.

اگر حق خیار قابل انتقال به غیر باشد لازمه اش آن است که غیر من جعل له الخیار بتواند معامله را فسخ کند، و این خلاف فرض است؛ زیرا حق خیار یعنی تحدید المِلکِیَهِ الی زمان فسخ من جعل له الخیار در حالی که اگر حق خیار به دیگری منتقل شود و بتواند فسخ کند تحدید المِلکِیَهِ إلی زمان فسخ غیر من جعل له الخیار می شود و این تشریح است و شارع چنین چیزی را قرار نداده است.

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۲: و صفوه ما ذکرناه: أنه لا- مانع من نقل حق الخیار الی شخص آخر من الناحیه الی ذکرها المصنف قدس سره. نعم ان الخیار المجمعول بجعل المتبايعین، أو بجعل شرعی ترجع حقیقته- علی ما حققناه فی مبحث الخیارات- الی تحدید المِلکِیَهِ فی البیع الی زمان فسخ من له الخیار. و من الظاهر أن هذا غیر قابل للنقل إلی غیر من له الخیار. نعم هو قابل للإسقاط، و الانتقال إلی الوارث بأدله الإرث. و تمام الکلام موکول الی مبحث الخیارات. و یأتی الکلام فیہ إن شاء الله.

نقد کلام سید خوبی قدس سره -

خدمت این فقیه بزرگوار عرض می‌کنیم: شما از اوّل «من له الخيار» را مختص به کسی کردید که ابتداءً خيار برای او جعل شده باشد، در حالی که هیچ دلیلی بر این استظهار وجود ندارد، بلکه «من له الخيار» اعم است از کسی که حق خيار ابتداءً برای او جعل شده یا بعداً به او منتقل شده است، بنابراین حق خيار یعنی تحديد الملكية إلی زمان فسخ من له الخيار إّما بالاصل أو بالانتقال.

پس این استدلال سید خوبی - رحمه الله علیه - نیز درست نیست و حق خيار قابل انتقال می‌باشد. البتّه این نظرات، نظرات نهایی ما نیست و فعلاً روی ممشای قوم و مجاراهً للقوم بیان کردیم.

قسم سوم (حقوق قابل انتقال و معاوضه به مال)**اشاره**

قسم سوم از حقوقی که مرحوم شیخ مطرح می‌فرماید (۱) حقوق قابل انتقال است؛ مانند حق تحجیر که قابل انتقال به غیر و قابل معاوضه حداقل از طریق صلح می‌باشد، اما این که آیا می‌تواند به عنوان عوض در بیع واقع شود یا خیر، شیخ - رحمه الله علیه - تردید دارند و وجه عدم وقوع در بیع را این طور بیان می‌کنند که از لحاظ عرف و لغت در بیع شرط است که عوضین باید مال باشد در حالی که حق تحجیر مال نیست. هم چنین کلمات فقهاء در بحث شروط عوضین و در بحث اجاره که چه چیز می‌تواند به عنوان اجرت قرار گیرد ظهور دارد در این که ثمن یا اجرت باید مال باشد. به همین خاطر حق تحجیر نمی‌تواند به عنوان ثمن قرار گیرد.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۹: و أمّا الحقوق القابله للانتقال كحقّ التحجير و نحوه فهی و إن قبلت النقل و قبولت بالمال فی الصلح، إلّا أنّ فی جواز وقوعها عوضاً للبیع إشکالاً، من أخذ المال فی عوضی المبیعه لغّه و عرفاً، مع ظهور کلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضین و لما یصحّ أن یكون اجره فی الإجاره فی حصر الثمن فی المال.

بررسی کلام شیخ - رحمه الله عليه - در قسم سوم

علی فرض این که مالیت در ثمن شرط باشد می گوئیم شکی در این نیست که حق تحجیر از حقوقی است که مالیت دارد؛ زیرا تحجیر و سنگ چین کردن زمین به او این اولویت را می دهد که بتواند در آن ساختمان بنا کند و دیگران نتوانند در آن تصرف کرده ایجاد مزاحمت کنند و این چیزی است که عقلاء به آن رغبت دارند و «بیدلون یازانه معلوم المالیه» لذا مال است و بدون اشکال می تواند ثمن واقع شود و بلکه طبق نظر ما چنان که قبلاً توضیح دادیم می تواند مثنی نیز واقع شود.

بیان میرزای نائینی و سید خوبی قدس سرهما - در عدم وقوع حق به عنوان ثمن

محقق نائینی - رحمه الله عليه - (۱) و سید خوبی قدس سره - محکم تر از شیخ و به ضرس قاطع

۱- منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۴۳: بعد الفراغ من عدم امکان جعل الحق مبیعا لما ظهر من اعتبار کونه من الأعیان فلا یصحّ جعله منفعه فضلا عن کونه حقا فیقع البحث فی أنه هل ینحصر المعاوضه علیه بالصّیلمح و نحوه أو یمکن جعله ثمنا للمبیع و جهان بل قولان و الأقوی عدم قابلیته الحقّ لوقوعه ثمنا فی البیع کعدم قابلیته وقوعه مثنی سوا جعل نفس الإسقاط و السّقوط ثمنا أو جعل نفس الحق. أمّا الأوّل فلأنّ الثمن لا بد من دخوله فی ملک البائع و الإسقاط بما أنّه فعل من الأفعال و السّقوط بما أنّه اسم المصدر لیس کالخیاطه و سائر أفعال الحرّ و العبد ممّا یملکه البائع و یمکن طرفا لإضافه ملکیه البائع و یقوم مقام المبیع فی ملکیه فإنّ هذا المعنی معنی حرفی غیر قابل لأن یتّمول إلّا باعتبار نفس الحقّ و سیجی ء ما فیہ. و بالجمله نفس الإسقاط بما أنّه فعل و أثره بما أنّه اسم المصدر لا یقبل الدّخول فی ملک الغیر بحیث یتحقّق بالنّسبه إلیه الخروج عن ملک المشتري إلی ملک البائع و یمکن البائع مالکا لهذا العمل و لا یقاس بشرط الإسقاط فی ضمن عقد لازم لأنّ فی باب الشرط یملک المشروط له علی المشروط علیه إسقاط الحقّ أو سقوطه و لا ملازمه بین قابلیته للدّخول تحت الشرط و بین قابلیته وقوعه ثمنا لأنّ إسقاط الحقّ یمکن بالشرط مملوکا للغیر علی صاحب الحقّ و لکنّه لا یمکن أن یمکن بنفسه مملوکا و یحل محلّ المبیع فی ملکیه. و أمّا الثانی و هو جعل نفس الحقّ ثمنا بعد فرض کونه قابلا للنّقل إلی الغیر کحقّ التّحجیر فلما عرفت أنّ فی باب البیع یمکن أن یمکن کلّ من الثمن و المثنی داخلا فی ملک مالک الآخر و لا شبهه أنّ الحق لا یمکن قابلا لذلك فإنه مباین مع الملک سنخا و إن کان من أنحاء السلطنه بالمعنی الأعم و من المراتب الضّعیفه للملک و لکن کونه کذلک غیر کاف لوقوعه عوضا لأنه لا بد من حلول الثمن محلّ المثنی فی ملکیه فلا بدّ أن یمکن کلّ منهما من سنخ الآخر. • المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۹۴: (و حکم هذه الاقسام) هو عدم قابلیه شیء منها لأن یقع ثمنا و ذلك لوجهین (أحدهما) مشترک فی الجمیع (و الآخر) جار فی بعضها دون الآخر أما البرهان المشترك فتقریره أنه لو جاز المبادله بین الملک و الحق بجعل الأول مبیعا و الآخر ثمنا لزم انقلاب الملک حقا و الحق ملکا و التالی باطل بیان الملازمه: أن البیع كما عرفت عباره عن تبديل طرفی الإضافة و خروج کل من العوضین عن طرفیته للإضافة الی من هو له و صیورته طرفا لإضافة الآخر، و یمکن فی أمور ثلاثه (أحدها) کون کل من العوضین طرفا للإضافة و لو فی رتبه البیع لا قبلها كما فی بیع الکلی (ثانیها) کون خروج کل منهما عن ملک أحدهما إلی الآخر فی قبال خروج بدله عن ملک صاحبه الیه و ذلك فی قبال ما لیس فی عنوان المعاوضه کالهبه و نحوها

(و ثالثها) أن يدخل كل واحد من العوضين فى ملك من خرج منه العوض الآخر لا- إلى الأ-جنبى و ذلك فى قبال خروج المعوض عن ملك زيد و دخول الثمن فى ملك شخص آخر كما فى بيع الغاصب لنفسه إذا أجازته المالك فإنه خارج عن حقيقه البيع العرفى (إذا عرفت هذا فنقول) لو باع الملك بالحق كان الخارج عن تحت علقه البائع هو الملك و الداخلى تحت علقته هو الحق و قد تقدم أن البيع هو المبادله بين طرفى العلقه لا- بين نفس العلقتين، فالعلقه التى بين البائع و المبيع هى العلقه الخاصه التى يعبر عنها بالملكىه و التى بين المشتري و العوض هى التى يعبر عنها بالحق و طرف علقه البائع كان ملكا لكونه طرفا للملكىه و طرف علقه المشتري كان حقا، و تبادل الطرفين مع بقاء العلقتين يقتضى أن يصير الملك الذى كان طرفا لإضافه الملكىه التى كانت بينه و بين البائع طرفا للسلطنه الفعلية التى كانت بين المشتري و بين ما قام به الحق مثل الأرض المحجره و الحق الذى كان طرفا للإضافه الخاصه التى بين المشتري و بينه طرفا للملكىه التى هى بين البائع و الملك فىلزم انقلاب الملك حقا و الحق ملكا أى صيروره ما كان طرفا للملكىه طرفا للحق و ما كان طرفا للحق طرفا للملكىه و هذا خارج عن حقيقه البيع.

می فرمایند: حق نمی تواند به عنوان ثمن در بیع قرار گیرد.

سید خوئی قدس سره - در تعلیل آن می فرماید(١): از آن جا که حقیقت حق، حکم است و

١- مصباح الفقاهه، ج ٢، ص ٤٢: و أما القسم الثالث: فهو ما يقبل النقل و الانتقال - كحق التحجير و نحوه- و قد عرفت اعتراض المصنف على وقوعه ثمنا في البيع، لعدم صدق المال عليه. و يرد عليه ما ذكرناه في أول الكتاب من أن المال ما يرغب فيه العقلاء، و يبذلون بإزائه شيئاً. و من البين أن حق التحجير مورد لرغبة العقلاء و تنافسهم. فيكون مالا بالحمل الشائع. و إذن فلا محذور في جواز المعاوضه عليه من هذه الناحية. نعم يتوجه عليه أن الحق و إن كان قابلاً للنقل و الانتقال، أو السقوط و الإسقاط، مجاناً، أو بعوض. إلا أنه لا يمكن جعله ثمناً في البيع، بدهاه أن الحق حكم شرعي غير قابل لأن تتعلق به إضافة ملكيه أو غيرها. و قد عرفت سابقاً: أن البيع لا بد فيه من التبدیل، بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر. نعم نقل الحق أو إسقاطه فعل من أفعال المكلف. فيصح جعله ثمناً. و إذن فيملك البائع على المشتري هذا الفعل. و يلزم عليه تسليمه الى البائع بعد البيع. كما هو الحال في بقیه الأفعال المجعوله ثمناً. و قد نوقش في جعل الحق ثمناً في البيع بمناقشه اخرى. و حاصلها: أن البيع - في الواقع و نفس الأمر - ليس إلا إزالة الإضافة المالکيه عن كل من العوضين، و إيجاد إضافة أخرى مالکيه فيه. و عليه فلا يمكن جعل الحق ثمناً في البيع. و السر في ذلك أن الملكيه من المفاهيم الإضافیه. فأحد طرفيها قائم بالمالك، و طرفها الآخر قائم بالمملوك. و من آثار هذه الإضافة أن يفكّ المالك - عند التبدیل - إضافته القائم بالمتاع، و يجعلها قائمه بالثمن، و يفكّ مالك الثمن إضافته القائم بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع. و هذا هو البيع بالحمل الشائع. و يقابله باب الإرث، فإن فيه يتبدل المالك مع بقاء المملوك على حاله. و من الظاهر أن التبدیل في باب الحقوق من القبيل الثاني. ضروره أنه إذا جعل الحق عوضاً في معامله كان معناه زوال الحق من ذی الحق و ثبوته لشخص آخر، كما أن مال المورث ينتقل منه الى وارثه. و ليس معناه وقوع التبدیل بين المعوض و بين متعلق الحق كالأرض المحجره مثلاً - و لا - أن معناه وقوع المعاوضه بين المعوض و نفس الحق ضروره أن الحق ليس إلا إضافة خالصه و من البديهي أن مقابله هذه الإضافة بشيء تحتاج إلى إضافة أخرى لكي يقع التبدیل في تلك الإضافة. و يلزم منه التسلسل. و على هذا فلا يصدق مفهوم البيع على تبدیل حق بحق. و لا على تبديله بغيره. كما أنه لا يصدق على قيام النائب مقام المنوب عنه في الجهات الراجعه إليه - كالإمامه، و القضاوه. و الوزاره، و السلطنه، و أشباهها - و لأجل هذه المناقشه يلزمنا أن نمنع عن جواز تبدیل حق بحق. أو تبديله بغيره، منعا مطلقاً: أي سواء أصدق عليه مفهوم المال أم لم يصدق عليه ذلك. و أنت خبير بأن المانع من تبدیل الحقوق، و جعله ثمناً هو ما ذكرناه من استحاله تعلق الملكيه بالحكم الشرعي. و إلا فلو أمكن تعلقها به لم يكن مانع من تبديله، و جعله ثمناً. و بذلك تنقطع السلسله كما في مبادله الأعيان و المنافع.

در آن اضافه ی ملکیه یا هر اضافه ای که قابل مبادله باشد وجود ندارد یعنی

اضافه ی ذی حق به متعلق حق نه اضافه ی ملکی است و نه اضافه ی دیگری که قابل مبادله باشد پس اصلاً حقوق قابل معاوضه نیست؛ چه رسد به این که بتواند به عنوان ثمن در بیع قرار بگیرد.

بله! به نحو دیگری می توان حقوق را مبادله کرد و آن این که إسقاط حق را معاوضه کرده و به عنوان ثمن قرار دهد؛ زیرا إسقاط حق غیر از خود حق است و عمل ذی حق محسوب می شود و از آن جا که عمل حرّ می تواند به عنوان ثمن قرار گیرد پس إسقاط حق می تواند به عنوان ثمن واقع شود و از این جهت مورد معاوضه قرار گیرد. (۱)

پس خلاصه ی نظر سیّد خویی قدس سره - این شد که نفس حق نمی تواند به عنوان ثمن قرار گیرد و حتّی قابل معاوضه و مبادله نیست؛ چون حق حکم است و اضافه ی ملکیه یا اضافه ای که قابل تبادل باشد نیست، پس نمی تواند مورد معاوضه واقع شود؛ هر چند ذی حق می تواند إسقاط حق را که عمل حرّ بوده و مالیت دارد به عنوان ثمن قرار داده و آن را معاوضه کند.

۱- اما محقق نایینی قدس سره - می فرماید حقوق حتی به نحو اسقاط نیز نمی تواند به عنوان ثمن در بیع قرار گیرد؛ چون در بیع شرط است که ثمن از ملک مشتری خارج و به ملک بائع درآید، در حالی که در اسقاط بائع نمی تواند آن را مالک شود. و بالجمله نفس الإسقاط بما أنه فعل و أثره بما أنه اسم المصدر لا- يقبل الدخول فی ملک الغير بحيث يتحقّق بالنسبه إليه الخروج عن ملک المشتري إلى ملک البائع و يكون البائع مالکاً لهذا العمل و لا يقاس بشرط الإسقاط فی ضمن عقد لازم لأنّ فی باب الشرط يملك المشروط له على المشروط عليه إسقاط الحقّ أو سقوطه و لا ملازمه بین قابلیتته للدخول تحت الشرط و بین قابلیتته وقوعه ثمناً لأنّ إسقاط الحقّ یصیر بالشرط مملوکا للغير على صاحب الحقّ و لكنّه لا یمکن أن يكون بنفسه مملوکا و يحل محلّ المبیع فی المملکیه. (امیرخانی)

بررسی کلام محقق نائینی و سید خویی قدس سرهما -

برای بررسی کلام این دو محقق بزرگوار ابتدا لازم است تحقیقی درباره ی حقیقت ملک، حق و حکم ارائه کنیم تا ببینیم آیا حقیقت حق همان طور که سید خویی فرمودند حکم است یا این که همان گونه که بعضی ادعا کرده اند حقیقت حق با ملک تفاوت ندارد و حق مرتبه ی ضعیف ملک است یا این که طبق نظر عدّه ی قابل اعتنایی حق دارای حقیقتی متفاوت از ملک و حکم است؟

حقیقت ملک چیست؟

اشاره

در قرآن کریم کلمه ی ملک و مشتقات آن زیاد استعمال شده است، مانند: (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ) (۱)، (لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَ أَخِي) (۲)، (مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ) (۳) و

مراتب ملک

ملکیت دارای سه مرتبه است:

۱. ملکیت حقیقی (به نحو اضافه ی اشرافی): مانند مالکیت خداوند متعال بر مخلوقات که مخلوقات با تمام هستی و هویت خود تحت قدرت، استیلاء و تصرف ذات حق تعالی قرار دارند و شأنی جز تعلق و ربط به او ندارند و حق تعالی احاطه ی قیومی نسبت به آنان دارد که در اصطلاح اهل معقول و عرفان به «اضافه ی اشرافیه» تعبیر می شود. (۴)

۱- سوره ی مبارکه ی آل عمران، آیه ی ۱۸۹.

۲- سوره ی مبارکه ی مائده، آیه ی ۲۵.

۳- سوره ی مبارکه ی فاتحه الکتاب، آیه ی ۴.

۴- شرح الکافی (للمولی صالح المازندرانی مع تعلیقه العلامه الشعرانی)، ج ۳، ص ۱۸۷: المذهب الصحیح أن الممكن لا یستغنی عن العله بعد الایجاد فهو من هذه الجهه نظیر النور بالنسبه الی السراج اذا طفی انتفی النور و لیس نظیر البناء و البانی و قد تفوه بعض المعتزله بخلاف ذلك و قالوا لو جاز علی الواجب العدم لما ضرّ عدمه وجود العالم یعنون انه لو لم یکن الواجب تعالی بعد ایجاد العالم بقی السماء و الارض و الحیوان و الانسان و النبات و سایر المتغیرات بحاله واحده فلم یتفق موت و لا فساد و لا مرض و لا حیاه جدیده و لا کون جدید و لا یشفی مریض و لا یولد أحد الی غیر ذلك نعوذ باللّٰه من الجهل فتشبیه العالم بالبناء و اللّٰه تعالی بالبانی صحیح من جهه اصل الاحتیاج لا من جهه استمراره و لا یجب من تشبیه شیء بشیء مشارکه المتشابهین فی جمیع الصفات بل فی وجه الشبه فقط، و زید کالاسد فی الشجاعه لا فی عدم النطق و اما تصور کیفیه الارتباط بین الواجب و الممكن المذی یقتضی عدم الممكن بفرض انتفاء ارتباطه فغیر ممکن لنا، و قد تکرر فی کلام امیر المؤمنین علیه السلام - هذا المعنی حیث قال «داخل فی الاشیاء لا بالممازجه و خارج عنها لا بالمباینه» و کل مثال تتمثل به غیر کلامه مقرب من وجه و مبعده من وجه و قد یعبر عن الارتباط بالاضافه الاشرافیه، و قد تحقق أن الوجود الحق واحد و سایر الکثرات موجودات غیر مستقله بأنفسها و ربط محض لا قیام لها بذاتها و کل من یعتقد انه تعالی خارج عن الاشیاء بالمباینه بینونه عزله یلزمه أن یعتقد عدم احتیاج الممكن الیه تعالی فی استمرار الوجود فبینوته بینونه صفة لا بینونه عزله. (شعرانی)

مالکیت انسان نسبت به تصورات و محتویات ذهنی خود نیز شبیه مالکیت خداوند بر مخلوقات است هر چند تفاوت هایی نیز دارند از این جهت که تصورات و محتویات ذهنی هر شخصی قائم به ذهن اوست و تا التفات دارد صور موجود است و به مجرد سلب التفات نابود می شود. به همین خاطر این نوع ملکیت نیز از نوع ملکیت حقیقی و بالإضافة الإشراقیه (۱) است.

۲. ملکیت تکوینی؛ مانند ملکیت انسان بر قوا و اعضاء و جوارح خود، به این معنا که هر شخص مالکیت تکوینی بر قوا و اعضاء و جوارح خود دارد و می تواند در آن تصرف کند.

تفاوت نوع دوم با نوع اول (ملکیت اشراقیه) که هر دو ملکیت تکوینی می باشد آن است که در اضافه ی اشراقیه، مملوک عین ربط و تعلق به مالک است و اصل وجودش در اختیار مالک است به خلاف ملکیت تکوینی که فقط مالک تکویناً می تواند در آن تصرف کند ولی اصل وجود آن از مالک نیست.

۳. ملکیت اعتباری؛ مانند مالکیت زید بر کتاب. این نوع ملکیت ما بحذاء در خارج ندارد و صرف قرارداد است که با فرض فرض و اعتبار معتبر در عالم

۱- اضافه ی اشراقی: اضافه ی مقولی نیاز به دو طرف دارد بر خلاف اضافه ی اشراقی که یک طرفی است و مضافاً الیه نفس اضافه است، چنان که گویند علم خدا به اشیاء به نحو اضافه ی اشراقی است؛ یعنی علم او عین وجود اشیاء است و از اضافه ی علم او در عالم ابداع موجودات از کتم عدم به وجود آمده اند و چنین نیست که اشیائی باشند و میان آن ها و ذات حق اضافه و نسبت علمی حاصل شود مانند علم انسان به اشیاء خارج از خود، بلکه علم او عین وجود اشیاء است و از بسط علم و فیض حق، اشیاء موجود شده اند. (شرح منظومه، ص ۱۶۳)

اعتبار پدیدار می شود و حقیقتی وراء آن ندارد؛ چراکه رابطه ی تکوینی زید نسبت به کتاب در عالم واقع و خارج با رابطه ی عمرو و دیگران نسبت به آن کتاب تفاوتی ندارد، ولی من له الاعتبار بر اساس معیارهایی که وجود دارد اعتبار می کند که آن کتاب، ملک زید باشد و آثاری را بر آن مترتب می کند.

پس ملکیت اعتباری مطابق آن چه معتبر اعتبار کرده از حیث مدّت و کیفیت آن در همان عالم اعتبار واقع می شود و تابع آن اعتبار است. ممکن است مالکیتی که برای زید اعتبار کرده از وی سلب کند یا از اوّل ملکیت موقت اعتبار کند و هکذا.

ملکیتی که در باب فقه و حقوق مورد بحث قرار می گیرد از قسم سوم یعنی ملکیت اعتباری است و جای توهم این که از قسم اوّل یا دوم باشد وجود ندارد، گرچه بعضی دچار این اشتباه شده اند که در آینده درباره ی آن توضیح خواهیم داد، ان شاء الله.

روان شناخت فلسفی پیدایش ملک اعتباری

(۱)

این قدرت در درون بشر به ودیعه نهاده شده که بتواند با نگاه به طبیعت و تکوین، شبیه آن را اقتباس و نسخه برداری کند؛ مثلاً با نگاه به سنجاقک و چگونگی پروازش شبیه آن را به نام بالگرد (هلی کوپتر) می سازد.

گاهی نسخه ی اقتباس شده از طبیعت و تکوین به صورت ملموس و محسوس در خارج موجود می شود مانند مثالی که ذکر شد و گاهی صرف قرارداد است؛ یعنی شیء حقیقی در خارج افزوده نمی شود که ملموس و محسوس باشد، ولی

۱- مطالبی که در این جا ذکر می شود برگرفته از مطالب محقق اصفهانی قدس سره - در رساله ی حق و حکم، حاشیه بر مکاسب و حاشیه بر کفایه و نیز مطالب شاگرد ایشان علامه ی طباطبایی - رحمه الله علیه - در کتب مختلف شان می باشد که در کتاب فلسفه ی اخلاق در بخش عقل عملی و عقل نظری نیز جمع آوری کرده ام و به طور خلاصه در قالب اصطلاحات مناسب این جا بیان می کنم.

آثاری که در تکوین بر اصل مترتب است بر آن نسخه ی مقتبس مترتب می کند. به عنوان مثال ذهن با دقت در پیکره ی انسان که در تکوین هر عضوی از بدن نقشی را ایفاء می کند مثلاً پا برای جابه جایی و انتقال، دست برای تصرفات و تقلبات، سر برای راهنمایی و مدیریت و ... جامعه ی بشری را به منزله ی یک پیکر فرض می کند و به هر یک از اعضاء جامعه مانند اعضاء بدن نقشی را محول می کند که عده ای مثلاً نقش پا، عده ای نقش دست و بازو، بعضی هم نقش سر در بدن را ایفاء کنند؛ یعنی مدیریت و کنترل جامعه را برعهده گیرند و همان طور که سر وضعیت بدن را تنظیم می کند، نیازها را تشخیص و برآورده می کند، فرمان به سایر اعضاء صادر می کند و سایر اعضاء حالت فرمان پذیری از سر را دارند، برای کسی که مدیریت جامعه را به عهده می گیرد چنین وظیفه ای را قرار داده و عنوانی مناسب آن اعتبار می کند؛ مثلاً می گوید: «تَرَأْس» و «صار رئیساً» در حالی که در تکوین تفاوتی برای او نسبت به دیگران حاصل نشده است.

البته اعتباری که عقلاء جعل می کنند بی ملاک نیست و بر اساس اغراض متفاوت است؛ مثلاً به خاطر نیاز به فردی که بتواند مانند سر در بدن جامعه را مدیریت کند و مانع از مختل شدن امور شود عنوان رئیس را جعل می کنند و از کسی که این عنوان را کسب می کند توقع دارند این نیاز را برآورده کند.

گاهی ممکن است به خاطر خلاقیت و ابتکار ذهن، در اقتباسی که از تکوین اخذ می کند تصرف کرده و چه بسا چند صورت برگرفته از تکوین را با هم تلفیق کرده آن را در قالب یک صورت اعتبار کند، در طرف آثار نیز ممکن است تصرف کرده کم و زیاد کند یا آثاری را به آن اضافه کند. به هر حال محدودیتی در اعتبار نیست، مهم غرضی است که اعتبار به دنبال آن است.

مفهوم ملکیت به تلقی عموم یا اکثر فلاسفه، متکلمین و فقهاء از مفاهیم

اعتباری است که مستقیماً و بدون واسطه از تکوین اقتباس شده است، گرچه ظاهر کلمات بعضی از فقهاء و حتی فلاسفه این است که مفهوم ملکیت حاکی از یک رابطه ی حقیقی بین مالک و مملوک در خارج است و هویت و ماهیت حقیقی و خارجی دارد و به اصطلاح از مقولات است.

به همین جهت محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در ابتدای بحث حقیقت ملک، مطالب تفصیلی عمیقی مطرح می کنند تا اثبات کنند که ملکیت از مقولات نیست؛ نه مقوله ی جده است، نه مقوله ی کیف و نه مقوله ی اضافه، بلکه مفهومی اعتباری است. (۱)

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحكم، ص ۲۵: أما أنّ الملك المذكور ليس من المقولات العرضيه رأساً و أصلاً فلوجه: أحدها: أنّ المقوله ما يقال على شىء يصدق عليه فى الخارج، فلا بد من أن يكون لها مطابق و صورته فى الأعيان، كالسواد و البياض و ما شابههما من الاعراض، أو يكون من حيثيات ما له مطابق و من شؤونه الوجوديه، فيكون وجودها بوجوده كمقوله الإضافة، حيث إنّها لمكان كون فعليتها بإضافتها و لحاظها بالقياس إلى الغير لا يعقل أن يكون لها وجود استقلالى، على تفصيل تعرضنا له فى بعض تحريراتنا الأصوليه. و من الواضح أنّه بعد وجود العقد مثلاً لم يوجد ما له مطابق فى الخارج، و لم يتحيث ذات المالك و المملوك بحيثيه وجوديه، بل على حالهما قبل العقد، و صدق المقوله بلا وجود مطابق أو تحيئه بحيثيه واقعيه أمر غير معقول. ثانيها: أنّ المقولات لمكان واقعيته لا تختلف باختلاف الانظار، و لا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات، فإنّ السقف الملحوظ إلى ما دونه فوق فى جميع الانظار، و بالإضافة إلى السماء تحت بجميع الاعتبارات، مع أنّ المعاطاه مفيده للملك عرفاً، و غير مفيده له شرعاً، فالأخذ بالمعاطاه و الأخوذ بها مالك و مملوك فى نظر العرف دون الشرع، مع أنّ الحيثيه الخارجيه العرضيه لو كانت ذات واقعيه كانت كالفوقيه و التحتيه اللتين لا تختلف فيهما الانظار. و ثالثها: أنّ العرض كونه فى نفسه كونه لموضوعه، لأنّ نحو وجوده ناعتي لغيره، فيحتاج إلى موضوع محقق فى الواقع، مع أنّ الإجماع واقع على صحه تملك الكلى الذمى فى بيع السلف و نحوه، و المشهور على مالكيه طبيعى الفقير للزكاه، و الحال أنّه لم يعتبر فى موضوعه الوجود الخارجى أو لا وجود له أصلاً، و لا يعقل أن تكون المالكيه بلحاظ تشخيص الفقير عند أخذه للزكاه، أو المملوكيه بلحاظ تشخيص الكلى عند الوفاء، فإنّ المالكيه و المملوكيه متضائفان، و المتضائفان متكافئان فى القوه و الفعليه، فالمالكيه الفعليه تستدعى المملوكيه الفعليه و بالعكس، و تقدير الوجود فى الذمه يستدعى تقدير وجود الملكيه لا الملكيه التحقيقيه.

ولی به نظر ما اعتباری بودن مفهوم ملکیت واضح است و با توضیحاتی که داده شد شایسته نیست کسی احتمال دهد ملکیت مطرح در باب فقه و حقوق که عقلاء و عرف آن را اعتبار می کنند از باب مقولات عشر ارسطویی (۱) باشد و شاید

۱- ارسطو و عموم فلاسفه ی مشاء، ماهیات را به ده قسم تقسیم کرده اند که به آن مقولات عشر گفته می شود. ماهیات در یک تقسیم بندی به جوهر و عرض تقسیم می شود. جوهر، آن ماهیتی است که اگر موجود شود قائم به نفس است، ولی عرض قائم به نفس نیست و احتیاج به موضوع دارد. أعراض به حسب استقراء نه قسم است البته شیخ اشراق فقط چهار مقوله [علاوه بر جوهر] قبول دارد و بعضی فقط دو مقوله . که هفت قسم از آن أعراض نسبی است مثل (این، متی، وضع، جده، اضافه، فعل و انفعال) و دو قسم آن (کم و کیف) مقوله ی غیر اضافی است. هر کدام از این مقولات هم تقسیماتی دارد مانند کم متصل و کم منفصل، کیف محسوس و کیف نامحسوس و ... • رسائل ابن سینا، ص ۱۶: کل لفظ مفرد یدل علی شیء من الموجودات: فإیاً أن یدل علی جوهر، و هو ما لیس وجوده فی موصوف به قائم بنفسه مثل إنسان و خشبه، و إما أن یدل علی کمیة: و هو ما، لذاته، یحتمل المساواة بالتطبیق أو التفاوت فیہ، إما تطبیقا متصلا فی الوهم مثل الخط و السطح و العمق و الزمان، و إما منفصلا كالعدد؛ و إما علی کیفیه و هو کل هیئة غیر کمیة مستقره لا نسبه فیها، مثل البیاض و الصحه و القوه و الشكل؛ و إما علی إضافة كالبؤه و الأبوه؛ و إما علی أین كالکون فی السوق و البیت؛ و إما علی متی كالکون فیما مضی أو فیما یستقبل أو فی زمان بعینه؛ و إما علی الوضع ککل هیئة للکل من جهة أجزائه كالعود و القیام و الركوع؛ و إما علی الملك و الجده كالتلبس و التسلح؛ و إما علی أن یفعل شیء، مثل ما یقال: هو ذا یقطع، هو ذا یحرق؛ و إما علی أن ینفعل شیء، كما یقال: هو ذا ینقطع، هو ذا یحترق. فهذه هی المقولات العشر. • شرح حکمه الاشراق (الشهرزوری)، ص ۴۱۸: اقول: قد عرّف الحركة فی کتبه بعده تعریفات، منها هذا التعریف المذكور فی الکتاب، و زاد فی هذا التعریف فی «التلویحات» قیدا آخر، فقال: «الحركة هیئة غیر قارّه بالضروره و لا بد منه»؛ و شرح هذا التعریف: ان الموجودات الممكنة تنحصر فی خمس مقولات: الجوهر، و الكم، و کیف، و الاضافة، و الحركة علی ما اقام البرهان علیه فی «التلویحات» و غیره فبقید «الهیئة» یرج الجوه و بقوله «غیر قارّه» المساوی لما ذکره فی «حکمه الاشراق» لا- یتصور ثباتها یرج ما هو ثابت من الكم و کیف و الاضافة؛ و بقید «الضروره» یرج الزمان، اذ ما لیس بقارّ و هو کل ما یكون اجزائه الفرضیه غیر مجتمعه فی الاعیان ینقسم الی: غیر قارّ الذات لذاته، و هو الذی یكون كذلك بالضروره، و هی الحركة؛ و الی ما لیس بالذات كذلك، بل بالعرض، و هو الزمان الذی یمنع ثبات اجزائه الفرضیه لا- لذاته بل لمحله، و هو الحركة، فان الزمان مقدار الحركة؛ و زاد فی «المطارحات» قیدا آخر، فقال: «الحركة هیئة لا یتصور ثباتها الا بالتجدد». و معناه ان الهیئة الغیر القارّه انما یتصور ثباتها و استمرارها بالتجدد الدائم، فان الحركة لیست من الموجودات التي لا تثبت و الا لانقطعت بالکلیه، بل تثبت دائما بالتجدد، و هو قید کثیر الفائده.

علت این که جناب محقق اصفهانی قدس سره - این گونه مفصل و عمیق وارد بحث شده اند این باشد که چون از مقوله ی جده به مقوله ی ملک و مقوله ی «له» نیز تعبیر می شود و برای آن به مالکیت انسان نسبت به قوا و اعضاء و جوارح مثال زده اند، این طور به ذهن متبادر می شود که ملکیت اعتباری نیز از مقولات است. ولی با توضیحاتی که ذکر کردیم روشن شد که ملکیت فقهی و حقوقی و عرفی ملکیت اعتباری است و تحت هیچ یک از مقولات متأصله نمی گنجد.

ولی این سؤال مطرح است که ملکیت اعتباری که بلاواسطه از تکوین اقتباس شده از چه حقیقتی نسخه برداری شده است از مفاهیم ماهوی یا مفاهیم انتزاعی؟ از ماهیت اقتباس شده یا غیر ماهیت و اگر از ماهیت اقتباس شده جوهر است یا عرض و اگر عرض است تحت کدام یک از مقولات تسعه ی عرضیه قرار دارد؟

احتمالات مطرح شده در مقوله ی مقبَسُ عنهاى ملكيت اعتبارى

احتمال اول: اقتباس از مقوله ی جده

اشاره

در تعریف جده گفته شده (۱): «الهیئه الحاصله من إحاطه شیء بشیء بحیث ینتقل

۱- الشیخ الرئیس ابو علی سینا که رئیس فلسفه ی مشاء و بلکه رئیس فلاسفه ی اسلامی است در جاهای متعددی مانند نجاه و برهان منطق شفاء می نویسد: «لست أحصله» (النجاه من الغرق فی بحر الضلالات، ص ۱۵۷) یا «و اما مقوله الجده فلم یتفق لی الی هذه الغایه فهمها» (منطق شفاء، ص ۲۳۵) یعنی تا این زمان معنای جده را تحصیل نکرده و نفهمیده ام! در حالی که ایشان واقعاً انسان فوق العاده ای بوده است. در شانزده سالگی کتاب قانون را در طب نوشته که چقدر مشتمل بر تتبعات و تجربیات علاوه بر مسائل علمی و فکری بوده که تا حدود صد و پنجاه سال پیش، کتاب درسی دانشگاه های غرب بوده است و در بیست و یک سالگی کتاب شفاء را نوشته که افتخار فلاسفه آن است که بتوانند آن را خوب تدریس کنند. [ابو عبید عبد الواحد الجوزجانی] به نقل از استادش بو علی می گوید: «فلما بلغت ثمانی عشر سنه من عمری فرغت من هذه العلوم كلها، و كنت اذ ذاك للعلم أحفظ و لكنه الیوم معی أنضج و الا فالعلم واحد لم یتجدد لی شیء من بعد». در کتاب المباحثات آمده که در جواب شاگردش بهمنیار که مسأله ای را پرسیده بود گفت: «و أنا الی هذه الغایه لم احصی لها، و ما عندی أن احصل بعد هذا السن شیئا لم احصله قبل، فلا یجب إن تطلب من جهتی فی هذا تحصیل، بل یجتهد فیہ الشبان الأذکیاء الفارغو القلوب» (المباحثات، ص ۲۴۹). به هر حال بوعلی سینا با این عظمت علمی درباره ی مقوله ی جده در کتب متعددی می فرماید من آن را نفهمیدم، ولی صاحب شوارق می فرماید: خواجه ی طوسی معنای جده را تحصیل کرده اند. • شوارق الإلهام فی شرح تجرید الکلام، ج ۲، ص ۴۹۳: السابع: الملك و یقال له «الجده» و «له» أيضا و یفسر بأنه نسبة الجسم الی امر حاصر له او لبعضه منتقل بانتقاله کالتقمص و التخم. قال الشیخ: و اما مقوله الجده فلم یتفق لی الی هذه الغایه فهمها و لا اجد الامور التي تجعل کالانواع لها انواعا لها بل انما یقال علیها باشتراك الاسم او تشابه و کما یقال الشیء من الشیء و الشیء فی الشیء و الشیء علی الشیء و الشیء مع الشیء و لا- اعلم سببا یوجب ان یکون مقوله الجده جنسا لتلك الجزئیات لا یوجب مثله فی هذه المذكوره و یشبه ان یکون غیری یعلم ذلك فلیتامرل ذلك من کتبهم ثم قال ما حاصله أنه ان احتیل فی تواطؤ هذه المقوله و عنی بها نسبتة الی ملاصق ینتقل بانتقال ما هو منسوب الیه کالتقمص و التسلح و التغل فیهِ مجال و یزول التشکیک و یکون منه جزئی و منه کلی و أيضا یکون منه ذاتی کحال الهزه عند اهابها و منه عرض کحال الانسان عند قبضه لکن لیس هذا المعنی من القدر ما یعد فی عداد المقولات. و المصنف حصل معناه فقال و هو نسبة التملك و لعل المراد هنا هو التفسیر الّذی ذکرنا و هو الاحتیال المذكور فی کلام الشیخ و فی نسخه شرح العلامه قوله و لخفائها عبر المتقدمون عنها بعبارات مختلفه کالجده و الملك و له. • مصارع المصارع (للخواجه نصیر الدین الطوسی)، ص ۹: سیره الشیخ الرئیس أبو علی الحسین بن عبد الله بن حسن بن علی بن سینا: ولد فی الیوم الثالث من شهر صفر الخیر سنه ۳۷۳ الهجریه. مکاتبه فی العلم أشهر من أن یحتاج الی تعریف، و

مكارمه أبين من أن توصف. و رعايه للادب نقتصر على ما ذكره هو في ترجمه نفسه حسب ما رواه تلميذه الشهير أبو عبيد الجوزجاني و هو: كان والدى من أهل بلخ، و انتقل منها الى بخارى فى أيام الامير نوح بن منصور، و اشتغل بالتصرف و تولى العمل فى أثناء أيامه بقريه من ضياع بخارى يقال لها «خرميثن»، و هى من أمهات القرى بتلك الناحيه، و بقربها قريه يقال لها «أفشنه». فتزوج أبى منها بوالدتي و قطن بها، و ولدت أنا فيها، ثم ولد أخى ... ثم ابتدأت بقراءه كتاب ايساغوجى على الناتلى، فلما ذكر لى حد الجنس: أنه المقول على كثيرين مختلفين بالنوع فى جواب «ما هو؟». فأخذت فى تحقيق هذا الحد بما لم يسمع بمثله و تعجب منى كل العجب و كان أى مسأله قالها تصورتها خيرا منه، و حذر والدى من شغلى بغير العلم، حتى قرأت ظواهر المنطق عليه، و أما دقائقه فلم يكن عنده منها خبر. ثم أخذت أقرأ الكتب على نفسى و أطالع الشروح حتى أحكمت علم المنطق. فأما كتاب أوقليدس فانى قرأت عليه من أوله خمسه أشكال أو سته، ثم توليت حل بنفسى بقيه الكتاب بأجمعه. ثم انتقلت الى المجسطى، و لما فرغت من مقدماته و انتهيت الى الاشكال الهندسيه قال لى الناتلى: تول قراءتها و حلها بنفسك ثم أعرضها على لا بين لك صوابه من خطائه. و ما كان الرجل يقوم بالكتاب فحالته، فكم من مشكل ما عرفه الا حين عرضته عليه و فهمته اياه. ثم فارقتى الناتلى متوجها الى كركانج. و اشتغلت أنا بتحصيل الكتب من الفصوص و الشروع من الطبيعيات و الالهيات و صار أبواب العلم تفتح على. ثم رغبت فى علم الطب و قرأت الكتب المصنفة فيه. و علم الطب ليس هو من العلوم الصعبه، فلذلك برزت فيه أقل مده حتى بدأ فضلاء الاطباء يقرأون على علم الطب. و تعهدت المرضى فانفتح على من أبواب المعالجات المقتبسه من التجربه ما لا يوصف. و أنا مع ذلك مشغول بالفقه و أناظر فيه، و أنا يومئذ من أبناء ست عشره سنه. ثم توفرت على العلم و القراءه سنه و نصفاً، فأعدت قراءه المنطق و جميع أجزاء الفلسفه، و لم أنم فى هذه المده ليله واحده بطولها و لا اشتغلت بالنهار بغيره. و جمعت بين يدي ظهوراً، فكل حجه كنت أنظر فيها أثبت (فيها) ما فيها من مقدمات قياسييه و ترتيبها و ما عساها تنتج، و أراعى شروط مقدماتها حتى تتحقق لى تلك المسأله. و الذى كنت أتحير فيه من المسائل و لا أظفر فيه بالحد الاوسط فى القياس أتردد بسبب ذلك الى الجامع و أصلى و ابتهل الى مبدع الكل حتى يفتح لى المنغلق منه و يسهل المتعسر، و أرجع بالليل الى دارى و أحضر السراج بين يدي و اشتغل بالقراءه و الكتابه. فمهما غلبنى النوم أو شعرت بضعف عدلت الى شرب قرح من الشراب لكيما يعود الى قوتى ثم أرجع الى القراءه. و مهما أخذنى نوم كنت أرى تلك المسائل بأعيانها فى منامى، و اتضح لى كثير من المسائل فى النوم، و لم أزل كذلك حتى استحكم معى جميع العلوم و وقفت عليها بحسب الامكان الانسانى. و كل ما علمته فى ذلك الوقت فهو كما علمته الان لم أزل ازدد الى اليوم فيه شيئاً. حتى أحكمت علم المنطق و الطبيعى و الرياضى. و انتهيت الى العلم الالهى و قرأت كتاب ما بعد الطبيعه فلم أفهم ما فيه و التبس على غرض واضعه حتى أعدت قراءته أربعين مره و صار لى محفوظاً و أنا مع ذلك لا أفهمه و لا المقصود به. و أيسر من نفسى و قلت: هذا كتاب لا سبيل الى فهمه. فحضرت يوماً وقت العصر فى الوراقين فتقدم دلال بيده مجلد ينادى عليه، فعرضه على فرددته رد متبرم معتقد أن لا فائده فى هذا العلم. فقال لى: اشتره فصاحبه محتاج الى ثمنه و هو رخيص و أبيعك بثلاثه دراهم فاشتريته فاذا هو كتاب أبى نصر الفارابى فى أغراض كتاب «ما بعد الطبيعه» و رجعت الى دارى و أسرعت فى قراءته فانفتح على فى الوقت أغراض ذلك الكتاب لانه كان قد صار لى محفوظاً على ظهر القلب. و فرحت بذلك و تصدقت فى اليوم الثانى بشىء كثير على الفقراء شكراً لله تعالى. و اتفق لسلطان الوقت ببخارى و هو نوح بن منصور مرض تحير الاطباء فيه، و قد كان اشتهر اسمى بينهم بالتوفر على العلم و القراءه، فأجروا ذكرى بين يديه و سألوه احضارى، فحضرت و شاركتهم فى مداواته و توسمت بخدمته و سألته يوماً الاذن فى الدخول الى دار كتبهم و مطالعتها و قراءه ما فيها. فأذن لى و أدخلت الى دار ذات بيوت كثيره فى كل بيت صناديق كتب منضده بعضها على بعض، ففى بيت منها كتب العريبيه و الشعر، و فى آخر الفقه، و كذلك فى كل بيت علم مفرد. فطالعت فهرست كتب

الاولى و طلبت ما احتجت اليه و رأيت من الكتب ما لم يقع اسمه الى كثير من الناس و لم اكن رأيت قبل ذلك و لا رأيت ايضا من بعد. فقرأت تلك الكتب و ظفرت بفوائدها و عرفت مرتبه كل رجل في علمه. فلما بلغت ثمانى عشر سنه من عمري فرغت من هذه العلوم كلها، و كنت اذ ذاك للعلم أحفظ و لكنه اليوم معى أنضح و الا فالعلم واحد لم يتجدد لى شىء من بعد. و كان فى جوارى رجل يقال له ابو الحسن العروضى، فسألنى أن أصنف له كتابا جامعا فى هذا العلم، فصنفت له المجموع و سميته باسمه و أتيت فيه على سائر العلوم سوى العلم الرياضى، ولى اذ ذاك احدى و عشرون سنه. و كان فى جوارى أيضا رجل يقال له أبو بكر البرقى خوارزمى المولد فقيه النفس متوجه فى الفقه و التفسير و الزهد مائل الى هذه العلوم، فسألنى شرح الكتب، فصنفت له كتاب الحاصل و المحصول فى قريب من عشرين مجلده، و صنفت له فى الاخلاق كتابا سميته كتاب البر الاثم، و هذان الكتابان لا يوجدان الا عنده فانه لم يعر احدا ينسخ منهما ... قال الشيخ ابو عبيد: فهذا ما حكاه لى الشيخ من لفظه.

المحيط بانتقال المحاط سواء كانت الإحاطة تامه أو ناقصه»(١) مانند هيئت

حاصله از

١- موسوعه مصطلحات علم المنطق عند العرب، ص ٧٨٨: العرض الذى يعبر عنه ب (له) و قد يسمّى ب (الجده) و لما مثل هذا ب (المنتقل) و (المتسلّح) و (المتطّلس) فلا- يتحصّل له معنى سوى أنه نسبه الجسم إلى الجسم، المنطبق على جميع بسيطه أو على بعضه؛ إذا كان المنطبق ينتقل بانتقال المحاط به المنطبق عليه «له» يدلّ على المتنقل و المتسلّح «له» تقال على أنحاء شتى: أحدها على طريق الملكة و الحال ... و الثانى على طريق الكمّ ... و الثالث على ما يشتمل على البدن ... و الرابع على نسبه الجزء إلى الكلّ ... و الخامس ... نسبه الشىء إلى الوعاء الذى هو فيه ... و السادس على طريق الملك. • الجوهر النضيد، ص ٣٠: الملك و الجده و له و هو التملك للشىء و قيل كون الشىء مشمولاً بما ينتقل بانتقاله كالتلبس و التخمّم أقول الملك أحد الأجناس العالیه قال الشيخ أبو على رحمه الله فى الشفاء مقوله الملك لا أحققها و يشبه أن تكون عبارته عن كون الشىء مشمولاً لغيره ينتقل بانتقاله كالتلبس و التخمّم. أما المصنّف رحمه الله فإنه جعلها عبارته عن نسبه التملك للشىء قال رحمه الله و باعتبار وقوع الاشتباه فيها وضع الأوائل لها الملك و الجده و له ليقف على معانيها و أشكاله عليه بأن التملك من باب المضاف و للمانع أن يمنع من ذلك و إن كانت الإضافه عارضه له. • شرح المصطلحات الفلسفيه، ص ٧٣: الجده هى نسبه الجسم إلى الجسم المنطبق على بسيطه أو على جزء منه. (مفاتيح العلوم/ ١٤٥) هو عبارته عن كون الجوهر فى محيط بكلّه أو بعضه، منتقل بنقله. (مجموعه مصنّفات شيخ إشراف ١ / ١١) هو كون الجسم فى محيط بكلّه أو بعضه بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط. (نفس المصدر ١ / ٢٧٦) هو هيئته تحصل بسبب كون جسم فى محيط بكلّه أو بعضه بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط مثل التسلّح و التّقمص. (الحكمه المتعالیه ١ / ٢٢٣) هى نسبه التملك. (الشواهد الزبويّه / ٢٣) هيئته است كه حاصل مى شود از احاطه جسم بجسم ديگر كلّما يا بعضاً بحیثى كه محيط منتقل شود بانتقال محاط مثل هيئته كه حاصل مى شود از برای شخص از قبا پوشیدن. (لمعات إلهیه / ٢١٧) هيئته تحصل لأجل ما يحيط. نسبه الشىء إلى ما يحيط به بحيث ينتقل بانتقاله. (شرح المنظومه / ١٤٣ و ١٤٤) - الملك. • الحكمه المتعالیه فى الاسفار العقليه الاربعه، ج ٤، ص ٢٢٣: و مما عد فى المقولات الجده و الملك و هو هيئته تحصل بسبب كون جسم فى محيط بكله أو بعضه بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط مثل التسلح و التقمص و التعمم و التخمّم و التعل و ينقسم إلى طبيعى كحال الحيوان بالنسبه إلى إهابه و غير طبيعى كالتسلح و التقمص و قد يعبر عن الملك بمقوله له. • شرح المنظومه، ج ٢، ص ٤٩١: الجده هيئته تحصل لأجل ما يحيط فيكون إضافه الهيئته لأدنى ملبسه. و يمكن كون ما مصدرية- بالشىء جده حال كون تلك الهيئته بنقله أى بنقل المحيط لنقله أى لنقل الشىء مقيده كما يقال الجده نسبه الشىء إلى ما يحيط به بحيث ينتقل بانتقاله.

إحاطه ی عمامه نسبت به سر، که عمامه محیط بر سر است و سر محاط آن و با حرکت سر، عمامه نیز حرکت می کند.

إحاطه گاهی ممکن است إحاطه ی کامل باشد؛ مانند إحاطه ی کفن و جلباب و گاهی ممکن است ناقص باشد؛ مانند عمامه نسبت به سر و پیراهن نسبت به بدن.

مناقشه در احتمال اول

مقوله ی جده نمی تواند منشأ اقتباس ملکیت اعتباری باشد؛ چراکه «انتقال محیط به انتقال محاط» از مقومات تعریف جده است و باید در ملکیت اعتباری نیز که از آن اقتباس شده این معنا لحاظ شود، در حالی که چنین نیست؛ زیرا اگر مالک را محیط و مملوک را محاط فرض کنیم، مالک با انتقال مملوک منتقل نمی شود؛ نه حقیقتاً و نه اعتباراً. و اگر عکس آن، یعنی مالک را محاط و مملوک را محیط فرض کنیم باز با انتقال مالک، مملوک منتقل نمی شود، علاوه آن که چنین فرضی مناسبت ندارد. (۱)

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحكم، ص ۲۹: و أما عدم كونه من المقولات الثلاث بالخصوص: فلأن الجده هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطه جسم بکله أو ببعضه، كالتختم للإصبع بسبب إحاطه الخاتم، و كالتعمم للرأس بسبب إحاطه العمامه، و كالتقمص للبدن بسبب إحاطه القميص، و انتفاء مثل هذه الهيئة الخارجيه للملك بسبب إحاطه المالك، أو للمالك بسبب إحاطه الملك واضح جدا. • همان، ص ۳۱: ثم إنَّ الملك الشرعي و العرفي حيث كان اعتباريا بالمعنى المذكور، فهل هو اعتبار للجده، أو اعتبار للإضافه، أو اعتبار جده ذات إضافه؟ الأوسط منها الأوسط، لأنَّ الجده ليست هيئه إحاطه جسم بجسم، حتى يقال إنَّه اعتبر إحاطه المالك بالمال، فيكون المعتبر جده بحسب المفهوم و المعنى، بل الجده هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطه جسم به كالهيئة الحاصلة للرأس من إحاطه العمامه بالرأس، لا نفس إحاطه العمامه بالرأس، و لا محاطيه الرأس للعمامه، و إن كان عنوان المحيط و المحاط لازما لمورد الجده و لمورد الأين و متى.

احتمال دوم: اقتباس از مقوله ی کیف (کیف نفسانی)

اشاره

بعضی گفته اند: ملک از مقوله ی کیف نفسانی اقتباس شده است؛ زیرا ملک همان سلطنت است و سلطنت یعنی قدرت بر تقلیب و تصرف در شیء و از آن جا که قدرت از مقوله ی کیف نفسانی است، پس ملک مقتبس از مقوله ی کیف نفسانی است.

مناقشه در احتمال دوم

ملکیت، مناسبت چندانی با قدرت که کیف نفسانی است ندارد؛ چرا که قدرت بر افعال تعلق می گیرد؛ نه اعیان مانند قدرت بر بلند کردن شیء، قدرت بر جابه جا کردن شیء، قدرت بر ایجاد و اعدام شیء و ... که متعلق آن فعل می باشد؛ نه خود عین بر خلاف ملک که عمدتاً به اعیان تعلق می گیرد و آن عین، مملوک مالک است. (۱)

علاوه آن که در ملکیت رابطه ی عمیق تری بیش از صرف قدرت بر تصرف و تقلیب، بین مالک و مملوک ایجاد می شود که توضیح آن خواهد آمد، لذا ملک نمی تواند فقط مقتبس از قدرت که از مقوله ی کیف نفسانی است باشد.

۱- همان: و أمّا مقوله الکیف فهی فی غایه السخافه، لما عرفت من أنّ القدره لا تتعلق بالافعال، و الملکیه متعلقه ابتداء بالعین، فکیف تكون متعلقه للقدره النفسانیه و للقوه الجسدانیه حتی تكون عباره عن الملکیه، هذا کله فی عدم کون الملک الشرعی و العرفی من المقولات العرضیه عموماً و خصوصاً.

احتمال سوم: اقتباس از مقوله ی اضافه

اشاره

احتمال سوم که محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - به آن تمایل پیدا کرده آن است که ملک مقتبس از مقوله ی اضافه است.

تعریف مقوله ی اضافه این چنین است: «الهیئه الحاصله من نسبه الشیء إلى شیء من حیث أنه منسوب إلى ذلك الشیء» (١). مثل أبوت، بنوت، فوقیت، تحتیت و

١- الجوهر النضید، ص ٢٨: المضاف و هو ما یعقل بالقیاس إلى غیره و لا- وجود له سوی ذلك كالأبوه و البنوه و قد یعرض للمقولات جمیعاً أقول المضاف من الأجناس العالیه و فیہ مباحث أحدها فی رسمه و هو الذی یعقل بالقیاس إلى غیره و لا وجود له سوی ذلك و تحقیق هذا الرسم أن من الماهیات ما یستقل بالمعقولیه من غیر حاجه إلى غیره یقاس إليه و منه ما لا یعقل إلا بالقیاس إلى غیره. و الثانی هو المضاف و هو قسما حقیقی و مشهوری و ذلك لأنه إذا عقل بالقیاس إلى غیره فإما أن یكون له وجود خاص سوی ذلك و هو المضاف المشهوری كالأب و الابن فإن للأب وجودا مغایر المعقولیه بالقیاس إلى غیره و إما أن لا- یكون له وجود سوی معقولیه بالقیاس إلى غیره و هو المضاف الحقیقی كالأبوه و البنوه و هو المراد هاهنا. و ثانیها اختلف الناس فی وجود الإضافة فأثبتہ جماعه لأن فوقیه السماء لیس أمرا تقدیریا لا غیر بل هو أمر متحقق ثابت خارج الذهن و هو غیر السماء و غیر العدم الصرف فهو ثابت. و أنكره جماعه و استدلوا بأن الإضافة لو كانت موجوده و هی عرض لافتقرت إلى المحل و یكون حلولها فی ذلك المحل إضافة أخرى و یلزم التسلسل. أجب الشیخ عنه بأن من المضاف ما هو مضاف بذاته و منه ما هو مضاف باعتبار غیره و هذا الأخير یرجع إلى الأول و ینقطع التسلسل و ذلك لأن الأبوه مثلا مضافه لذاتها إلى الابن و حلولها مضاف لذاته إلى المحل فانقطع التسلسل. هذا خلاصه ما ذكره الشیخ و هو غیر واف بالمطلوب لأن السائل لم یلزم التسلسل باعتبار أن المضاف دائما إنما یكون مضافا بإضافه مغایره له و إنما أُلزم التسلسل من حیث إن الإضافة إذا كانت موجوده كانت عرضا فتكون حاله فی محله و تكون هناك إضافتان إحداهما الأبوه و ثانیهما الحلول و كل واحد منهما مضاف لذاته إلى غیره لكن الحلول من حیث إنه عرض موجود یفتقر إلى محل فیکون حلوله فی ذلك المحل إضافة أخرى و یلزم التسلسل و كلام الشیخ یصلح جوابا على تقدیر إیراد السؤال على الوجه الأول إما على هذا الوجه فلا. و ثالثها اعلم أن الإضافة قد تعرض لجميع المقولات أما الجوهر فكالأب و الابن مثلا- و أما الكم فكالأعظم و الأصغر و أما کیف فكالأسخن و الأبرد و أما المضاف فكالأبعد و الأقرب و أما الأین فكالأعلى و الأسفل و أما المتی فكالأقدم و الأحدث و أما الوضع فكالأنصب و أما الملك فكالأکسی و أما الفعل فكالأقطع و أما الانفعال فكالأشد تسخنا. • شرح المصطلحات الفلسفیه، ص ٢٢: الإضافة نسبه شیئین کل واحد منهما ثباته بثبات صاحبه (رسائل الکندی الفلسفیه / ١٦٧). أعلى جنس یعمّ جمیع الأنواع التي تعرّفنا فی مشار مشار إليه أنه مضاف، یسمی الإضافة (الحروف / ٧٢). هی نسبه الشیئین یقاس أحدهما إلى الآخر (مفاتیح العلوم / ١٤٤). ماهیته تعقل بالقیاس إلى غیرها، و لا یصحّ فی مثل هذه الماهیه إلا أن توجد مع غیرها (التعلیقات / ٩٤). هی حاله للشیء یكون كونه بسببه، و به یعلم

أن آخر مقابله (نفس المصدر/ ١.٧٤) هي حاله للجوهر تعرض بسبب كون غيره في مقابله، كالأبوة و البنوة (مقاصد الفلاسفة/ ٩٨). كل موجود في الموضوع إما ان يتصور ثباته [أو لا ...] و ما يتصور ثباته فإما ان تعقل ماهيته دون القياس إلى غيرها، أو لا تعقل إلا بالقياس إلى غيرها. وهذه هي الإضافة. (مجموعه مصنفات شيخ إشراق ٧/١) هي حاله نسبه متكرره. (شرح الهدايه الأثيريه/ ٢٧١) هي النسبه التي تعرض للشئ ع بالقياس إلى نسبه اخرى. (إيضاح المقاصد من حكمه عين القواعد/ ١٦١، شرح حكمه العين/ ٢٤٣) عرض يا تصور كنند ثبات او را لذاته، يا تصور نكنند ثبات او را لذاته اكر تصور ثبات او لذاته كنند يا تعقل او كنند دون النسبه الى غيره يا تعقل او نكنند دون النسبه ... و آنچه تعقل او نتوان كرد دون النسبه الى غيره اضافه است (دره التاج ٣/ ٥١). هي النسبه العارضه للشئ ع بالقياس إلى نسبه أخرى (مطالع الأنظار/ ٧١ و ٧٢). هي النسبه المتكرره أي نسبه تعقل بالقياس إلى نسبه أخرى معقوله أيضا بالقياس إلى الأولى، كالأبوة. (شرح المواقف/ ١٩٤) الإضافة الحقيقيه هي تكون إضافة السطح الذي هو العارض إلى الجسم الذي هو المعروض. (حاشيه المحاكمات/ ١٣١) الماهيه إن تصور ثباتها فإما أن لا يعقل دون القياس إلى غيرها فهي الإضافة. (الحكمه المتعاليه ١/ ٥) هي نسبه متكرره من الجانبين معا، و يجب فيهما التكافؤ في العدد. و هي عارضه لجميع الموجودات سيما ما هو مبدأ الكل. (الشواهد الزبويه/ ٢٣) عرضي است كه تعقل آن، بسته به تعقل ديگری باشد به حيثی تی كه تعقل ديگری نیز بسته به تعقل آن باشد مثل أبوت و بنوت و أخوت. (لمعات إلهيه/ ٢١٧) - المقولات، المعني ٤، النسبه، النسبه المتكرره. • المعجم الفلسفي، ج ١، ص ١٠١: الإضافة في الفرنسيه/Relation في الانكليزيه/Relation في اللاتينيه/Relatio الإضافة، في اللغة، نسبه الشئ ع الى الشئ ع مطلقا، و في الاصطلاح، نسبه اسم الى اسم، جر ذلك الثاني بالأول نيابه عن حرف الجر أو مشاكلة. و قيل: الإضافة ضمّ شئ ع الى شئ ع، و منه الإضافة في اصطلاح النحاه، لأن الأول منضم الى الثاني، ليكتسب منه التعريف و التخصيص. و للإضافة عند الفلاسفه عدّه معان: ١- الإضافة هي المقوله الرابعه من مقولات أرسطو، و هي جمع تصورين أو أكثر في فعل ذهني واحد، كالهويه، و المعيه، و التعاقب، و المطابقه، و السببيه، و الأبوه، و البنوه، و غيرها. و الإضافة تلحق جميع المقولات، و ذلك انها تعرض للجوهر، كالأبوه و البنوه، أو تعرض للكّم، كالضعف و النصف و القليل و الكثير، أو تعرض للكيف، كالشبيه و العالم و المعلوم، أو تعرض للأين، كالتمكن و المكان، أو تعرض للزمان، كالمتقدم و المتأخر، أو تعرض للوضع، كاليمين و اليسار، أو توجد في الفعل و الانفعال. قال ابن رشد: «و الفرق بين هذه الخمس - الكلام على المقولات - التي تتقوم بالنسبه، و بين الإضافة التي أيضا وجودها في النسبه، ان النسبه المأخوذه في الإضافة هي نسبه بين شيئين، تقال ماهيه كل واحد منهما بالقياس الى الثاني، مثل الأبوه و البنوه. و أما النسبه المأخوذه في الأين و متى و سائر تلك المقولات فانما يقال ماهيه أحدهما الى الثاني فقط. و مثال ذلك: ان الأين، كما قيل، هو نسبه الجسم الى المكان، فالمكان مأخوذ في حده الجسم ضروره، و ليس من ضروره حد الجسم أن يوجد في حده المكان، و لا هو من المضاف، فان أخذ من حيث هو متمكن لحقته الإضافة، و صارت هذه المقوله بوجه ما داخله تحت مقوله الإضافة. و كذلك سائر مقولات النسب ... و قد تلحق الإضافة سائر لواحق المقولات مثل التقابل، و التضاد، و العدم، و الملكه. و هي بالجمله قد تكون من المعقولات الأول، و من المعقولات الثواني كالإضافة التي بين الجنس و النوع». (ابن رشد، كتاب ما بعد الطبيعه، ص: ٨- ٩). ٢- و الإضافة هي إحدى مقولات (كانت) التي تتضمن نسبه العرض الى الجوهر، و نسبه العله الى المعلول، و نسبه الاشتراك (أي التأثير المتبادل بين الفاعل و المنفعل). و تنقسم الأحكام عند (كانت)، من حيث الإضافة، الى ثلاثه أقسام: (١) الحمله المطلقه (Categoriques) و هي التي لا - يتقيد الاسناد فيها بشرط أو فرض، (٢) الشرطيه المتصله (Hypothetiques) كقولك: ان كان الجو معتدلا، خرجت من البيت، (٣) الشرطيه المنفصله (Disjonctifs) كقولك: اما أن يأتي، و اما ان لا يأتي. ٣- و الإضافة هي نسبه بين شيئين تصور احدهما يمنع التصديق بالآخر، و لكنه لا يمنع التفكير فيه، و

ذلك لأنهما يتضمنان تصور شىء ثالث يربط بينهما. قال (هاملن) Hamelin: كل إثبات لشىء يمنع إثبات عكسه، و كل تصديق برأى يمنع التصديق بضده، و لا معنى للرأيين المتضادين إلا اذا حال أحدهما دون الأخذ الآخر. و هذا المبدأ الأول يتمم بآخر ليس أقل منه ضروره، و هو أنه لما كان لا- معنى لأحد المتضادين إلا- بالنسبه الى الآخر و جب أن يكون المتضادان متصورين معا، لأنهما جزآن من كل واحد. و لذلك يجب أن نضيف الى المرحلتين اللتين وجدناهما فى التصور الذهنى مرحله ثالثه، و هى مرحله التأليف، فالرأى، و ضده، و التأليف بينهما قانون عام، و هو فى مراحل الثلاث أبسط قانون للأشياء، و نحن نطلق عليه اسم الاضافه». ٤- الإضافه هى علاقته بين شيئين من شأن أحدهما أن يتبدل بتبدل الثانى، كتبدل التابع الرياضى بتبدل المتغير، أو كتبدل كميه محصول الأرض بتبدل كلف الشمس (جيفولس) Jevons. و تسمى الاضافه فى هذه الحاله علاقته، و تطلق على كل قانون يعبر عن رابطة بين شيئين، أو عده أشياء متغيره، كما فى قول كورنو: «يجب معارضه مسلمات الملاحظه بالاضافات- أى بالعلاقات- التى عرضتها النظرية». و تقسم الاضافه الى ما يختلف فيه اسم المتضايقين، كالأب و الابن، و الى ما يتوافق فيهما الاسم، كالأخ مع الأخ، و الى ما يختلف فيه بناء الاسم مع اتحاد ما منه الاشتقاق، كالعالم و المعلوم، و الحاس و المحسوس. و اماره اللفظ الداله على الإضافه هى التكافؤ من الجانبين، فان الأب أب للابن، و الابن ابن للأب. و من شرائط هذا التكافؤ أن يراعى فيه اتحاد جهه الاضافه حتى يؤخذ كله بالفعل او كله بالقوه. و من خواص الإضافه انه اذا عرف أحد المضافين محصلا به عرف الآخر أيضا كذلك، فيكون وجود أحدهما مع وجود الآخر لا قبله و لا بعده. (ر: الغزالى، معيار العلم، ص ٢٠٥).

... که دو نسبت دارد؛ یعنی نسبت، متکرره است؛ مثلاً در ابوت، أب نسبتی به ابن دارد از این حیث که ابن نیز منسوب به اوست؛ یعنی در همان زمانی که نسبت اب را به ابن در نظر می گیریم توجه داریم که ابن نیز منسوب به أب است و از همان نظر أب را به ابن نسبت می دهیم. به خلاف مقولات دیگر که در آن نسبت یک طرفه است، مثلاً «أین» نسبت فرد است به مکان بدون ملاحظه ی نسبت مکان به فرد و نیز «متی» نسبت فرد است به زمان و

محقق اصفهانی قدس سره - می فرماید (۱): ملک اعتباری مقتبس از مقوله ی اضافه است؛ چون

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحكم ، ص ۳۱: بل التحقيق: أن اعتبار احتواء المالك بالمملوك و كون المملوك محويا، أو إحاطه المالك بالمملوك و كون المملوك محاطا، من اعتبار مقوله الإضافة، و لذا قال بعض الأكابر: فی شرح الهدایه الأثریه بعد شرح حقیقه الجده (و قد يعبر عن الملك بمقوله «له» و هو اختصاص شیء بشیء من جهة استعماله إياه و تصرفه فيه، فمنه طبیعی ككون القوى للنفس، و كذلك كون العالم للباری جل ذكره، و منه اعتبار خارجي ككون الفرس لزيد و فی الحقیقه الملك بالمعنى المذكور يخالف هذا الاصطلاح.) و قال بعده فی كتاب آخر: (فإنه من مقوله المضاف لا غير) انتهى. • حاشیه كتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۷: أن الملكیه الشرعیه و العرفیه - كما حققناه فی الأصول خصوصا فی مبحث الأحكام الوضعیه - لیست من المقولات الواقعیه - لا بمعنی الموجود بوجود ما بحذائه، و لا بمعنی الموجود بوجود منشأ انتزاعه - فهی لیست من الاعراض المقولیة حتی مقوله الإضافة - و إن كان مفهوم المالكیه و المملوكیه من الإضافات العنوانیه - لما ذكرنا من البراهین القطعیة علی خروجها من حدود المقولات. و إنما هی اعتباریه لا - بمعنی المجامع للمقولیة، كمقوله الإضافة التي تكون مقولیة باعتبار منشأ انتزاعها، و اعتباریة بملاحظه فعلیة المتقومه بلحاظ شیء بالقیاس إلی شیء آخر علی ما حقق فی محله. بل بمعنی أن الملكیه لها نحوان من الوجود، بأحد نحویه يكون مقوله، و بالأخر موجودا بالاعتبار، فالاعتبار الواجديه هی الملكیه الاعتباریه، و إن كان نفس الواجديه الحقیقیه من مقوله الجده أو الإضافة، و هذا النحو من الوجود لا اختصاص له بمقوله الإضافة، بل یصح اعتباره فی كل معنی مقولی - كاعتبار الشجاع أسدا، و اعتبار علم زید فوق علم عمرو، و اعتبار القلب أبيض إلی غیر ذلك - علی ما أوضحنا القول فيه فی محله فلیراجع. • نهاییه الدراییه (ط - القدیمة)، ج ۳، ص ۱۴۴: ثم إن اعتبار الملك - شرعاً أو عرفاً - هل هو اعتبار الملك بمعنی الجده؟ أو اعتبار بمعنی الإضافة؟ و الصحیح هو الثاني، لأن مقوله الجده لیست نفس الإحاطه، و هو المبدأ للمحیط و المحاط، حتی یتوهم أن اعتبار الملك هو اعتبار المبدأ المستلزم لانتزاع عنوانی المالك و المملوك بقیام المبدأ الاعتباری بذات المالك و المملوك. بل الجده هی الهیئه الحاصله للجسم بسبب إحاطه جسم آخر به، بحيث یتنقل المحیط بانتقال المحاط، و لذا يعبر عنها بالتختم و التعمم و التخصص. و من الواضح أن المحیط فی الملك الشرعی هو المالك و لا یتنقل بانتقال المحاط، بل المحاط هنا یتنقل بانتقال المحیط، فلیس اعتبار الملك شرعاً أو عرفاً، إلا اعتبار المالكیه و المملوكیه. و لذا قال بعض الأكابر [و هو صدر المتألهین] بعد بیان الجده: و قد يعبر عن الملك بمقوله «له» و هو اختصاص شیء بشیء من جهة استعماله إياه و تصرفه فيه، فمنه طبیعی ككون القوى للنفس و كذلك كون العالم للباری جل ذكره. و منه اعتباری خارجي ككون الفرس لزيد، و فی الحقیقه، الملك بالمعنی المذكور يخالف هذا الاصطلاح. و قال بعده فی موضع آخر: فانه من مقوله المضاف لا غیر إلخ. و غرضه ان المعنی معنی مقولی إضافی، لا أنه مقول حقیقه، کیف و

مطابق الملك فى البارى تعالى من جملة الأمثلة و لا يعقل اندراجہ تحت مقوله فضلاً عن مقوله المضاف التى هى من أضعف الأعراض. و غرضه من الاعتبار الخارجى فى قبال الاعتبار الذهنى، و قد مر مراراً شرح حقيقتها فراجع.

ملك به معنى «احتواء شىء على شىء»^(١) يا «إحاطه شىء بشىء» است و همان طور كه

١- رساله فى تحقيق الحق و الحكم، ص ٣٢: و هل الملك مفهوم ما هو الاحتواء أو الإحاطه أو السلطنة أو الوجدان؟ الظاهر أنه ليس بمعنى السلطنة، فإنها مفهوم ما تتعدى إلى متعلقها بحرف الاستعلاء، و الملك يتعدى بنفسه، كما أن الإحاطه تتعدى تاره بالباء، و أخرى بحرف الاستعلاء، و المظنون أنه يساوق الاحتواء و الوجدان تقريبا.

احاطه و احتواء امری اضافی است ملک هم امری اضافی است و از آن جا که قید «انتقال محیط به انتقال محاط» در آن اخذ نشده پس از مقوله ی جده نمی باشد، کما این که ملاصدرا - رحمه الله علیه - (۱) نیز ملک را از مقوله ی اضافه می داند؛ نه از مقوله ی جده.

پس حق آن است که ملک مقتبس از مقوله ی اضافه است، به این معنا که «لو وجد فی الخارج حقیقه لکان من مقوله الاضافه» و لکن چون اعتبار است نه ما یبازاء در خارج دارد و نه منشاء انتزاع. (۲)

۱- الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، ج ۴، ص ۲۲۳: و مما عد فی المقولات الجده و الملك و هو هیئه تحصل بسبب کون جسم فی محیط بکله أو بعضه بحيث ینتقل المحیط بانتقال المحاط مثل التسلح و التقمص و التعمم و التختم و التنعل - و ینقسم إلى طبیعی کحال الحيوان بالنسبه إلى إهابه و غیر طبیعی کالتسلح و التقمص - و قد یعبر عن الملك بمقوله له فمنه طبیعی ککون القوى للنفس و منه اعتبار خارجی ککون الفرس لزید ففی الحقیقه الملك یخالف هذا الاصطلاح فإن هذا من مقوله المضاف لا غیر. • شرح الهدایه الاثیری، ص ۳۰۵: و أما الملك و یسمى الجده أيضا، فهو حاله تحصل للشیء بسبب ما یحیط به إحاطه تامه أو ناقصه طبیعی، کحال الحيوان بالنسبه إلى إهابه، أو غیر طبیعی و بقوله و ینتقل بانتقاله یرج مقوله الأین ککون الإنسان یعنی به الحاله الحاصله له لأجل کونه متممما و متقمصا و قد یعبر عن الملك بمقوله له و هو اختصاص شیء بشیء من جهه استعماله إياه و تصرفه فیہ. فمنه طبیعی ککون القوى للنفس، و كذلك کون العالم للباری جل ذکره. و منه اعتبار خارجی ککون الفرس لزید، و فی الحقیقه الملك بالمعنی المذكور یخالف هذا الاصطلاح.

۲- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص ۳۰: بل التحقیق الحقیق بالتصدیق فی جمیع الوضعیات العرفیه أو الشرعیه: أنها موجوده بوجودها الاعتباری، لا بوجودها الحقیقی، بمعنی أنّ المعنی سنخ معنی بحيث لو وجد خارجا بوجوده الخارجی لکان إمّا جوهرًا بالحمل الشائع، أو کیفًا كذلك، أو إضافه أو جده بالحمل الشائع، لکنه لم یوجد بهذا النحو من الوجود، بل أوجده من له الاعتبار بوجوده الاعتباری، مثلا الأسد بمعنی الحيوان المفترس معنی لو وجد بوجوده الحقیقی لکان فردا من نوع الجوهر، لکنه قد اعتبر زید أسدا، فزید أسد بالاعتبار، حیث اعتبره المعتبر أسدا، و الفوقیه معنی لو وجد فی الخارج حقیقه لکان من مقوله الإضافه، لکن قد اعتبر علم زید فوق علم عمرو، قال تعالی: (وَ فَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ) و البیاض و السواد لو وجدا فی الخارج لکانا فردین من مقوله کیف المبصر، لکنهما ربّما یوجدان بوجودهما الاعتباری، فیقال «قلب زید أبيض» و «قلب عمرو أسود». فکذا الملك معنی لو وجد فی الخارج لکان جده أو إضافه مثلا، لکنه لم یوجد بذلك النحو من الوجود، بل وجد بنحو آخر عند اعتبار المتعاملین مالکا شرعا أو عرفا، و العین مملوکه شرعا أو عرفا، و هذا نحو آخر من الوجود سار و جار فی کل موجود بلحاظ جهه داعیه إلى الاعتبار به یكون موضوعا للاحكام و الآثار شرعا و عرفا، فالعین الخارجیه ربّما تكون جدته الخارجیه الحقیقیه لزید وجدته الاعتباریه لعمرو مثلا.

بررسی احتمال سوم

برای دریافت حقیقت ملک اعتباری لازم است به ارتکازات عرفیه رجوع شود. به نظر می رسد بار معنایی ملک نزد عرف بیش از معنایی است که محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در تعریف ملک فرمود که «احتواء الشیء علی شیء» و این طور نیست که صرفاً مانند احتواء الکوز علی الماء و احتواء الصندوق علی النقد باشد و فقط هیئتی نیست که از نسبت مالک به مملوک از این حیث که مملوک هم منسوب به مالک است حاصل شده باشد، بلکه نسبت ملکیت اعتباری مالک به مملوک نظیر ملک تکوینی انسان به قوا و اعضاء و جوارح خود می باشد؛ یعنی همان طور که انسان مالک دست، پا و سایر اعضاء و قوای باطنی خود بوده و بر آن سیطره داشته و امتداد وجودی او محسوب می شود به گونه ای که «یتقلب فیہ کیف یشاء» در ملکیت اعتباری نیز چنین آثاری اعتبار شده است؛ یعنی ملک یک نوع وابستگی وجودی به مالک داشته و قدرت بر تقلیب و تقلب آن دارد؛ نه این که صرف احتواء و احاطه باشد. (۱)

۱- حاشیه الکفایه (للعلامه الطباطبایی)، ج ۲، ص ۲۵۰: ان الملك یقع بالاشتراک علی ثلاثه معان أحدها مقوله برأسها و هی الهیئه الحاصله من إحاطه شیء بشیء بحیث ینتقل المحیط بانتقال المحاط و الثانی و الثالث الاختصاص الخاص المشترك بین الاختصاص الحقیقی کملک الباری تعالی للعالم و سببه الاستناد الوجودی من المملوک الی المالك و هو الإضافة الإشراقیه و بین الاختصاص الاعتباری و سببه اما امر اختیاری کالتصرف و الاستعمال أو سبب غیر اختیاری کالارث و نحوه و هذا القسم هو محل الکلام و هو خارج محمول من مقوله الإضافة لا محمول بالضمیمه من مقوله الملك و الجده. أقول و فیہ أولا ان ما وقع فی الوهم و سلم فی الدفع ان مقوله الجده محموله بالضمیمه من واضح الخطاء و انما هی مقوله نسبیه من قبیل الخارج المحمول و لیرجع فیہ الی محله. و ثانیاً ان عد التصرف و الاستعمال من أسباب الملك یناقض ما صرح به سابقاً ان التصرفات من آثار الملك المترتبه علیه المتأخره عنه. و ثالثاً ان عد الملك الاعتباری من مقوله الإضافة غیر مستقیم إذ لا یجوز ان یشترک الملك من مقوله الإضافة لا حقیقه و لا اعتباراً اما حقیقه فلان الإضافة الحقیقیه من المقولات الخارجیه التي لها وجود خارجی لا یختلف و لا یتخلف باختلاف الأنظار و من الواضح ان الملك المذی هو اعتبار عقلائی یختلف باختلاف الأنظار و یتخلف فریما ینصدق حده علی مورد و لا ینصدق اسمه و ربما ینصدق اسمه و لا ینصدق حده و هو ظاهر. و اما اعتباراً فلان جعل شیء شیئاً اعتباراً مستلزم لصدق حده علیه دعوی و لا ینصدق علی الملك حد الإضافة و هو نسبه حاصله بین ماهیتین بحیث لا تعقل إحداها الا مع تعقل الأخری فهی نسبه متکرره و من المعلوم ان لا نسبه متکرره بین الإنسان و بین ما یملکه و ان كانت بینهما نسبه ما فما کل نسبه بإضافة. و اما تکرار النسبه بین المالكیه و المملوکیه فهی إضافة جعلیه حاصله بأحد النسبه المتوسطه بین المنسوب و المنسوب الیه مع کل واحد من الطرفين فتتكرر النسبه و ینصدق علیه بهذا الأخذ حد الإضافة كأخذ النسبه الواحده المتوسطه بین الضارب و المضروب و الناصر و المنصور مع الطرفين فیتحقق بذلك الضاربه و المضروبیه و الناصریه و المنصوریه و هی نسبه الإضافة المقولیة و اما نفس النسبه بین زید الضارب و عمر و المضروب مثلاً فغیر متکرره و لیست من الإضافة المقولیة فی شیء. و الشاهد علی انها جعلیه غیر حقیقیه ارتفاعها بارتفاع الجعل المذكور و عروضها لنفس الإضافة و تسلسلها بتسلسل الأخذ و الاعتبار و انقطاع السلسله بانقطاع اعتبار العقل کفوق و تحت و فوقه الفوق و تحتیه التحت و فوقه فوقه الفوق و تحتیه تحتیه

التحت و هلم جرا. فقد تحصل ان الملك غير داخله تحت مقوله الإضافه لا حقيقه و لا اعتبارا و كذا تحت مقوله الجده لا حقيقه و لا- اعتبارا لعدم صدق حدها عليه لا حقيقه و لا دعوى و قد عرفت مضافا إلى ذلك فيما تقدم ان شيئا من الاعتبارات غير مأخوذ من شىء من المقولات أصلا بل من أوصاف وجوديه و روابط خارجيه تترتب عليها آثار خاصه مطلوبه هذا بالنسبه إلى الكل. و اما الملك خاصه فهو اعتبار الملك الحقيقى الذى هو قيام وجود شىء بشىء بحيث يكون كل ما للقائم فهو للمقوم و يلزمه إمكان تصرف المالك فى المملوك ذاتا و آثارا بحسب سرايه اعتبار الملك إلى المملوك و الدليل على ذلك صدق حده عليه و كون الآثار المترتبه على الاعتبارى دعوى هى التى للحقيقى فما لملك العقلانى الاعتبارى اعتبار للملك العقلى الحقيقى.

نظر مختار در حقیقت ملک اعتباری

بنابراین اگر ملک را طبق اصطلاحات و معیارهای فلسفه ی مشاء تعریف کنیم می گوئیم: ملک مفهومی است که مقتبس از دو مقوله ی اضافه و کیف نفسانی (قدرت) می باشد که از حیث مقوله ی اضافه، مالک احتواء و احاطه بر مملوک دارد و از حیث مقوله ی کیف نفسانی، قدرت بر تقلیب و تصرف در مملوک دارد. (۱)

۱- شاید کلام محقق اصفهانی قدس سره - در رد این که ملک مقتبس از مقوله ی جده ی ذات اضافه باشد بتواند در این جا نیز کاربرد داشته باشد: • رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص ۳۲: و أمّا عدم کونه جده ذات إضافة، بتوهم عروض الإضافة لجميع المقولات، فالآن عروض الإضافة للجده معنی، و عروض الإضافة علی مورد الجده معنی آخر، مثلاً فی مقوله الأین عنوان المحيط و المحاط المتضایفین موجود، لکنهما منتزعان من الجسم و المكان، لا- من مقوله الأین و هو الکنون فی المكان، بل الإضافة العارضة لمقوله الأین کالعالی و السافل، فکذا عروض الإضافة للجده کالأکسی، فإنه لو لوحظت الجده فی التقمص- من حیث زیادتها علی الجده فی التعمم- کان التقمص أکسی من التعمم، و تمام الکلام فی محله. • نهاییه الدراییه (ط- القدیمه)، ج ۳، ص ۱۴۲: و التحقیق: أن الملك من المفاهیم العامه، و هو بنفسه لا یقتضی أن یکون مطابقه امرأً مقولياً، و لا جده، و لا- إضافة و إنما یدخل تحت المقوله إذا کان صادقاً فی الخارج علی ما یقتضیه طبع تلك المقوله. كما أن المفاهیم الإضافة من العالمیة و المعلومیة، و المحبته و المحبویة و المحيطیة و المحاطیة كذلك. و لذا یصدق العالمیة و المعلومیة، و المحبیه و المحبویة علیه تعالی مع انه تعالی لا- یندرج تحت المقولات، لوجوب وجوده تعالی. فالمفهوم إضافة عنوانیه، و المطابق تاره وجود واجبی، و أخرى وجود مطلق غیر محدود، و ثالثه وجود عقلائی أو نفسانی و رابعه مقوله الإضافة. و علیه نقول: نفس معنی الإحاطه لا- یأبی أن یکون مطابقه وجوداً محضاً، كما لا یأبی أن یکون باعتبار کون مطابقه هیئته خاصه حاصله للجسم مندرجاً تحت مقوله الجده. و حیث أن هذه هیئته إذا حصلت فی الخارج قائمه بجسم، فطرفاها- و هما ذات المحيط و المحاط- یکتسبان حیثیه المحيطیه، و حیثیه المحاطیه و هما من مقوله الإضافة. كما أن العلم بنفسه- عند المشهور- کیف نفسانی و قیامه بالعالم و تعلقه بالمعلوم- بالذات- یوجب تحیت ذات العالم بحیثیه العالمیه، و ذات المعلوم بحیثیه المعلومیه، و هما من مقوله الإضافة. فالملک یعنی هیئته الإحاطه جده، و المالکیه و المملوکیه مقوله الإضافة. و حیث عرفت- أن حیثیه المحيطیه و المحاطیه قائمه بجوهر ذات المحيط و المحاط- تعرف أن معروض مقوله الإضافة جوهر، لا- جده حتی یکون الملک الحقیقی الواقعی جده ذات إضافة. بل إنما تكون الجده ذات إضافة فی قبال مطلق الجده، إذا كانت بنفسها معروضه لمقوله الإضافة، كما إذا لوحظت جده التعمم بالإضافة إلى جده التقمص، و وجد تفاوتهما بالزیاده و النقص، القائمین بنفس مقوله الجده، كانت نفس معروضه لمقوله الإضافة. فتدبر فانه حقیق به.

و اگر طبق اصطلاح حکمت متعالیه بیان کنیم می‌گوییم: همان گونه که در ملکیت حقیقی اشراقی، وجود مملوک عین ربط به وجود مالک است و اصل وجود و خصوصیات وجود مملوک مضمحل در وجود مالک است و مالک احاطه ی قیومی بر مملوک دارد یا در ملکیت تکوینی، اعضاء و قوای انسان تعلق وجودی به نفس دارد که عین نفس و مرتبه ای از آن می باشد و از آن تعبیر به «النفس فی وحدتها کل القوی»^(۱) می شود که «تتصرف فیها کیف تشاء» در ملک اعتباری نیز عرف چنین آثاری را اعتبار می کند؛ یعنی اعتبار می کند که مملوک به تمام معنا و تمام هویتش متعلق به مالک باشد.

طبق این تعریف اگر چیزی به تمام معنا و تمام هویت متعلق به کسی نباشد، بلکه از حیثی دون حیث دیگر متعلق باشد ملک گفته نمی شود هر چند بتواند به نحوی در آن تقلب و قلب کند.

۱- الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، ج ۸، ص ۲۲۱: ان النفس کل القوی بمعنی أن المدرك بجميع الإدراکات المنسوبه إلى القوی الإنسانيه هی النفس الناطقه و هی أيضا المحرکه لجميع التحریکات الصادره عن القوی المحرکه الحيوانیه و النباتیه و الطبیعیه و هذا مطلب شریف و علیه براهین کثیره بعضها من جهه الإدراک و بعضها من جهه التحریک.

هم چنین طبق این تعریف لازم نیست مالک حتماً انسان باشد، بلکه غیر انسان مانند کعبه زاده‌ها الله شرفاً مسجد و بعضی عناوین دیگر می‌تواند مالک باشد و آن در صورتی است که مملوک به تمام معنا و تمام هویت متعلق به آن عنوان (مالک) باشد.

پس خلاصه‌ی نظر مختار درباره‌ی ملک این شد که مفهومی اعتباری است که یا مقتبس از دو مقوله‌ی اضافه و کیف نفسانی قدرت است و یا مقتبس از ملکیت حقیقی یا تکوینی به نحوی که مملوک به تمام معنا و هویت متعلق به مالک بوده و مالک نسبت به آن مطلق العنان می‌باشد و اگر احیاناً در جایی تحدید و قیدی برای مالک باشد خارج از ذات ملک بوده و عارضی است.

حق در اصل لغت نزدیک به معنای ثبوت (۱) است. در آیه ی شریفه که می فرماید: (حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذَابِ) (۲) یعنی ثبوت علیه کلمه العذاب. ولی در اصطلاح فقه و حقوق نمی تواند به معنای ثبوت تکوینی باشد، بلکه مراد ثبوت اعتباری است و این امر واضحی است؛ چون در نظام های حقوقی مختلف است، مثلاً در بعضی نظام های حقوقی حق خیار برای مشتری قرار داده شده و در نظام های حقوقی دیگر قرار داده نشده، پس معلوم می شود چنین حقی اعتباری است و به ید معتبر می باشد و إلا باید در همه جا ثابت باشد.

بعضی مانند محقق نائینی - رحمه الله علیه - در منیه الطالب (۳) فرموده اند که حق دارای دو

۱- لسان العرب، ج ۱۰، ص ۴۹: حَقُّ الْأَمْرِ يَحِقُّ وَيَحُقُّ حَقًّا وَحُقُوقًا: صَارَ حَقًّا وَثَبَّتْ وَفِي التَّنْزِيلِ: (قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ)؛ أَي ثَبَّتْ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: (وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ)؛ أَي وَجِبَتْ وَثَبَّتْ، وَكَذَلِكَ: (لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ)؛ وَحَقَّهُ يَحُقُّهُ حَقًّا وَأَحَقَّهُ، كِلَاهِمَا: أَثَبَّتَهُ وَصَارَ عِنْدَهُ حَقًّا لَا يَشْكُ فِيهِ. • المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج ۱، ص ۱۴۴: الْحَقُّ: خِلَافُ الْبَاطِلِ وَهُوَ مَصْدَرٌ (حَقَّ) الشَّيْءُ مِنْ بَابِنِ ضَرَبَ وَقَتْلَ إِذَا وَجَبَ وَثَبَّتْ وَلِهَذَا يُقَالُ لِمَرَافِقِ الدَّارِ (حُقُوقُهَا) وَ(حَقَّتِ) الْفَيَآمَةُ (تَحُقُّ) مِنْ بَابِ قَتَلَ أَحْرَاطٌ بِالْخَلَاتِقِ فَهِيَ (حَاقَّةٌ) وَ مِنْ هُنَا قِيلَ (حَقَّتِ) الْحَاجَةُ إِذَا نَزَلَتْ وَاشْتَدَّتْ فَهِيَ (حَاقَّةٌ) أَيْضًا وَ(حَقَّقْتُ) الْأَمْرَ (أَحَقُّهُ) إِذَا تَيَقَّنْتَهُ أَوْ جَعَلْتَهُ ثَابِتًا لَازِمًا.

۲- سوره ی مبارکه ی زمر، آیه ی ۱۹: (أَفَمَنْ حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذَابِ أَفَأَنْتَ تُنقِذُ مَنْ فِي النَّارِ).

۳- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۴۱: فَإِنَّ الْحَقَّ يُطْلَقُ عَلَى عِنَانِ عَامٍ يَشْمَلُ كُلَّ مَا وَضَعَهُ الشَّارِعُ وَجَعَلَهُ فَالْحَكْمَ وَ الْعَيْنَ وَ الْمَنْفَعَةَ وَ الْحَقَّ بِالْمَعْنَى الْأَخْصِ دَاخِلٌ تَحْتَ هَذَا الْعِنَانِ فَإِنَّ الْحَقَّ مَعْنَاهُ اللَّغْوِيُّ هُوَ الثَّبُوتُ وَ حَقَّ الْجَارُ عَلَى الْجَارِ وَ الْوَالِدُ عَلَى الْوَلَدِ وَ نَحْوَهُمَا مِنَ الْأَحْكَامِ عِبَارَهُ عَنْ ثَبُوتِهِ وَ هَكَذَا مَلَكَ الْعَيْنُ أَوْ الْمَنْفَعَةُ مِنَ الْحَقُوقِ وَ الْأُمُورِ الثَّابِتَةِ كَحَقِّ الْخِيَارِ وَ حَقِّ الشَّفْعَةِ وَ عِبَارَهُ أُخْرَى إِطْلَاقَ الْحَقِّ عَلَى الْعَيْنِ وَ الْمَنْفَعَةِ إِطْلَاقَ شَائِعٍ كإِطْلَاقِهِ عَلَى الْحَكْمِ. نَعَمَ الْحَقُّ بِالْمَعْنَى الْأَخْصِ مُقَابِلَ لَذَلِكَ كُلَّهُ فَإِنَّهُ عِبَارَهُ عَنْ إِضَافَةِ ضَعِيفِهِ حَاصِلَهُ لَذَى الْحَقِّ وَ أَقْوَاهَا إِضَافَةُ مَلَكَ الْعَيْنِ وَ أَوْسَطُهَا إِضَافَةُ مَلَكَ الْعَيْنِ وَ بَتَعْبِيرِ آخِرِ الْحَقِّ سُلْطَنَهُ ضَعِيفَهُ عَلَى الْمَالِ وَ السُّلْطَنَهُ عَلَى الْمَنْفَعَةِ أَقْوَى مِنْهَا وَ الْأَقْوَى مِنْهُمَا السُّلْطَنَةُ عَلَى الْعَيْنِ.

استعمال است که با یکدیگر متفاوت است [یکی حق بالمعنی الأعم است که شامل هر چه که شارع وضع کرده می شود، طبق این معنا عین، منفعت، حکم و حق بالمعنی الأخص تحت این عنوان قرار می گیرد] و دیگری حق بالمعنی الأخص است که همان حق مورد نظر در اصطلاح فقه و حقوق بوده و امری اعتباری است که رابطه ی ویژه ای را بین ذو الحق و حق ثابت می کند. ولی بعداً معلوم خواهد شد که لازم نیست حق همیشه وضعی و اعتباری باشد، بلکه حق نفس الامری هم وجود دارد.

و این که مرحوم امام قدس سره - معتقدند حق مفهوم واحد و ثابتی دارد (۱) و در همه ی موارد به یک معنا استعمال شده، علی القاعده مقصودشان همان حق اعتباری بالمعنی الأخص می باشد، نه این که منکر دو گونه استعمال کلمه ی حق باشند.

معنای اعتباری حق را همه به ارتکاز عرفی خود درک می کنند، ولی در تبیین حقیقت و نحوه ی اعتبار آن بین علماء اختلاف است (۲) و نظرات مختلفی ارائه کرده اند از جمله:

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۳۹: لا شبهه فی أنّ الحقّ ماهیة اعتباریة عقلائیة فی بعض الموارد، و شرعیة فی بعض الموارد، کاعتباریة الملك، و السلطنه و الولاية، و الحکومه و غیرها، فهو من الأحکام الوضعیة. كما لا ینبغی الريب فی أنّه ماهیة واحده و معنی وحدانی فی جمیع الموارد، و لیس له فی کلّ مورد معنی مغایر للآخر. و بعبارة اخرى: أنّه مشترک معنوی بین مصادیقه کأخواته.

۲- خیلی از مباحث اصول و فقه، در واقع تحلیل و شکافتن ارتکازات عرفیه است، چنان که مباحث ادبیات هم این گونه است؛ مثلاً تمام عرب زبانان ارتکازاً فاعل را رفع و مفعول را نصب می دهند، اما نمی توانند آن را تحلیل کنند که چرا فاعل مرفوع است. هم چنین است جمع های عرفی نظیر تقدیم ظاهر بر نص، اظهر بر ظاهر، وارد بر مورد، تقدیم عناوین ثانویه بر عناوین اولیه و ... که در ارتکازات عرفیه انجام می شود، ولی نمی توانند آن را تحلیل کنند. با تحلیل درست ارتکازات عرف می توان آن را قانونمند نمود تا در جای مناسب خود به نحو صحیح استعمال کرد بدون این که غفلتی رخ دهد.

نظرات مختلف در معنای حق اعتباری

اشاره

۱. حق به معنای سلطنت است.
۲. حق به معنای ملک ضعیف است.
۳. حق، ملک و سلطنت همه به یک معناست.
۴. حق به معنای حکم است.
۵. حق در موارد مختلف معنای خاص خود را دارد.
۶. حق، اعتباری خاص غیر از ملک، سلطنت و حکم است.

نظریه ی مساوات حق با سلطنت

اشاره

همان طور که بیان کردیم ظاهر عبارت شیخ - رحمه الله علیه - که در قسم دوم حق فرمودند «إن هذا الحق سلطنه فعلیه»^(۱) آن است که حق را به سلطنت فعلیه تعریف می کنند؛ یعنی مفهومی اعتباری است که مرادف با سلطنت می باشد و قید فعلیت شاید احتراز از سلطنت شأنیه باشد.

سید یزدی قدس سره - نیز در حاشیه بر مکاسب می فرماید: «الحق نوع من السلطنه»^(۲)

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹: و أمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضه بالمال كحقّ الحضانه ... و كذا لو لم تقبل النقل، كحقّ الشفعه، و حقّ الخيار؛ لأنّ البيع تمليك الغير ... و السرّ: أنّ هذا الحقّ سلطنه فعلیه لا يعقل قيام طرفیها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنّها نسبه بين المالك و المملوك، و لا- يحتاج إلى من يملك علیه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك علیه، فافهم.

۲- حاشیه المكاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۵۵: أنّ كثيرا ممّا يعدّ من جمله الحقوق يمكن دعوى كونها من باب الحكم الشرعى الذى لا مجال فيه لجعله عوضا فى المعامله فلا بدّ من بيان الفرق بينهما أولا فنقول أمّا بحسب المفهوم و الحقيقه فالفرق واضح فإنّ الحقّ نوع من السّلطنه على شىء متعلّق بعین كحقّ التّحجير و حقّ الرّهانه و حقّ الغرماء فى تركه المیت أو غيرها كحقّ الخيار المتعلّق بالعقد أو على شخص كحقّ القصاص و حقّ الحضانه و حقّ القسم و نحو ذلك فهى مرتبه ضعيفه من الملك بل

نوع منه و صاحبه مالك لشيء ٤ يكون أمره إليه كما أنّ في الملك مالك لشيء ٤ من عين أو منفعه بخلاف الحكم فإنه مجرد جعل الرخصة في فعل شيء ٤ أو تركه أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك مثلاً في حق الخيار.

گرچه ایشان مرتبه ی ضعیفی از ملک نیز قائل است؛ یعنی در حقیقت قول سوم را انتخاب کرده که دو نظریه را با هم جمع کرده است، کما این که محقق نائینی - رحمه الله علیه - نیز هر دو تعبیر را دارد: «الحق سلطنه ضعیفه علی الشیء» و «مرتبه ضعیفه من الملک» (۱).

به هر حال معروف بین فقهاء همان گونه که محقق اصفهانی قدس سره - فرمودند (۲) این است که حق، سلطنت است.

اشکال آخوند قدس سره - بر این نظریه

مرحوم آخوند - رحمه الله علیه - در حاشیه ی موجز و دقیق شان بر مکاسب، ذیل این عبارت مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - که «الحق سلطنه فعلیه» می فرماید: حقیقت و هویت حق، سلطنت نیست، بلکه سلطنت از آثار حق است و ذو الحق سلطنت بر حق دارد، کما این که

۱- المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۹۲: الکلام یقع تاره فی تعیین الحق و تمییزه عن الحكم، و اخری فی جواز وقوعه ثمنا (أما الأول) فالکلام فيه أيضا تاره فی بیان حقیقه الحق ثبوتا، و اخری فی بیان المائز بینه و بین الحكم فی مرحله الإثبات (أما المقام الأول) فالحق هو السلطنه علی الشیء و مرتبه ضعیفه من الملکیه قائمه بمن له الحق و من علیه و قد کان بعض الأساطین یعتبر عنه ب (ملکیه نارسیده).

۲- حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۲۰: و تفاوت الملک و الحق فی ترتب الآثار کلا و بعضا لا یقتضی التفاوت فی المفهوم و المعنی، بل ذلك من ناحیه تعلق الملک تاره بالعین، و أخرى بالمنفعه، و ثالثه بالانتفاع، و رابعه بالفسخ و نحوه ... نعم لا یمكن الالتزام بأنّه بمعنی الملک کلیاً، إذ من موارد حق الاختصاص بالخمير و حق الأولویه فی الأرض المحجره، فإنّه لا- معنی لملک الخمر، کما لا معنی لملک الأرض قبل الأحياء، فیعلم منه أنّ الحق إمّا لیس بمعنی الملک کلیه، أو فی خصوص هذه الموارد، کما أنّ کون الحق بمعنی السلطنه کما هو المعروف لا مانع منه.

در ملک نیز مالک سلطنت بر مملوک دارد، ولی سلطنت از آثار ملک است؛ نه حقیقت آن. پس همان طور که حقیقت ملک سلطنت نیست و سلطنت از آثار ملک است، حقیقت حق نیز سلطنت نیست بلکه سلطنت از آثار حق است. (۱)

اشکال مرحوم امام قدس سره - بر این نظریه

حضرت امام قدس سره - در ردّ نظریه ی سلطنت بودن حق می فرمایند (۲): از آن جا که در

۱- حاشیه مکاسب (للاخوند)، ص ۴: لا- یخفی ان الحق بنفسه لیس سلطنه، و انما كانت السلطنه من آثاره، كما أنّها من آثار الملك، و أنّما هو كما أشرنا إليه، اعتبار خاص، له آثار مخصوصه، منها السلطنه على الفسخ، كما فى حقّ الخيار، أو التملک بالعوض، كما فى حقّ الشّفعة، أو بلا عوض، كما فى حقّ التحجير، الى غير ذلك. و هى لا يقتضى ان يكون هناك من يتسلّط عليه، و أنّما كانت من آثار الملك أيضاً، و ان لم يكن نفسه، فيلزم فى بيع الدّين، إمّا محذور تسلّط الشّخص على نفسه، و إمّا التفكيك بين الملك و أثره، مع أنّ ذلك أنّما يلزم فى بيع الحقّ، ممّن كان عليه، لا- من غيره، و قد عرفت انه أجنبيّ عمّا هو بصده، كما يظهر من صدر كلامه و ذيله.

۲- كتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۴۰: فإذا صحّ ما ذكرناه من وحدانيه حقيقته- كما هو كذلك عرفاً و لغه و تبادراً - فالتحقيق أنّه غير الملك و السلطنه. و الشاهد عليه: مضافاً إلى فهم العرف و ارتكاز العقلاء صدقه فى موارد لا يعتبر فيها الملك و لا السلطنه، فلو سبق إلى مكان فى المسجد و الأراضى المتّسعه من الأملاك و الموقوفات، فلا شبهه فى أنّه لا يملك المكان المسبوق إليه بوجه من الوجوه؛ لا ملكاً ضعيفاً، و لا شديداً، لو سلّم تصوّر الشّدّه و الضعف فى الملك، مع أنّ المعروف أنّه أحقّ به من غيره، و يتعلّق به حقّ له على المكان. و توهم: مالكيته للتمكّن فيه، كلام شعري لا ينبغى الإصغاء إليه، و مخالف لاعتبار العقلاء. و لو حفر نهراً و أوصله إلى الشطّ، فما لم يدخل الماء فى نهريه لا يكون مالكا للماء بلا شبهه بوجه من الوجوه، و لكن يمكن أن يقال: إنّ له حقّ الحيازه، و فى مورد التحجير يثبت حقّ على الأرض، و لا تصير ملكاً له بلا ريب. و من أمثال ما ذكر يظهر: أنّ اعتباره غير اعتبار الملك، و لا- يكون مساوقاً له، و لا- أخصّ منه. كما أنّ تخلفه عن السلطنه أحياناً دليل على عدم مساوقته لها، و لا- أخصّيته منها، فإذا انتقل حقّ التحجير و الاستحلاف و القذف و غيرها إلى الصغير، أو كانت تلك الحقوق للمحجور عليه بسفه و غيره، فلا شبهه فى اعتبار الحقّ لهم كاعتبار الملك، كما لا شبهه فى عدم اعتبار السلطنه لهم حتّى لدى العقلاء بالنسبه إلى بعضهم، كالصغير غير المميّز و المجنون، فالسلطنه فيها لولّييه القانونى العرفى أو الشرعى. و ما قد يقال من أنّ سلطنتهم سلطنه القاصر ليس بشىء؛ لأنّ القاصر مسلوب السلطنه لا مَفوضها، و للوصى، و القيم، و الجدّ، و الأب، و الحاكم، سلطنه مستقلّه عليه و عليها، و ليس حالهم حال الوكيل، و هو واضح. و ربّما تعتبر السلطنه فى بعض الموارد، و لا يعتبر الحقّ و لا الملك، كسلطنه الناس على نفوسهم؛ فإنّها عقلائيّه، فكما أنّ الإنسان مسلّط على أمواله، مسلّط على نفسه، فله التصرف فيها بأى نحو شاء، لولا المنع القانونى لدى العقلاء، و الشرعى لدى المتشرّعه.

مواردی حق از سلطنت تخلف پیدا می کند یعنی حق صادق است ولی سلطنت صادق نیست معلوم می شود حق و سلطنت مساوق هم نیستند؛ چه رسد به این که ترادف داشته باشند و حتی رابطه ی آن دو، عموم و خصوص مطلق هم نیست تا هر جا حق صادق بود سلطنت هم صادق باشد. به عنوان مثال در جایی که حقوقی مانند حق تحجیر، حق استحلاف، حق قذف و ... به صغیر ارث می رسد، صغیر ذو الحق می شود در حالی که سلطنت بر آن ندارد، لذا نمی تواند آن را بفروشد، اسقاط کند یا مصالحه کند، بلکه سلطنت برای ولیّ یا وصی است. یا در مواردی که ذو الحق، مجنون یا به هر دلیلی محجورّ علیه بود، سلطنت بر استیفای حق خود ندارد و سلطنت برای ولیّ اوست. پس معلوم می شود حق از سلطنت افتراق دارد.

إن قلت: صغیر و محجورّ علیه سلطنت دارند هر چند قاصرند از این که بالمباشره استیفاء کنند و ولیّ از طرف آنان استیفاء می کند.

قلت: قاصر دارای سلطنت نیست؛ چون مسلوب السلطنه است؛ نه مفوّض السلطنه؛ یعنی سلطنت از قاصر سلب شده و به ولیّ او داده شده است؛ زیرا سلطنت به معنای قدرت بر تصرف است که امرش دائر بین وجود و عدم است. معنا ندارد بگوییم سلطنت (سلطنت فعلیه) دارد امّا نمی تواند تصرف کند؛ چون تناقض است. سلطنت ولیّ و وصی هم سلطنت مستقل است و مانند وکالت نیست که بگوییم از جانب صغیر و محجورّ علیه اعمال سلطنت می کند.

پاسخ به دو اشکال مذکور، در کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه -

پاسخ اشکال مرحوم آخوند و حضرت امام قدس سرهم - در کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - در حاشیه ی مکاسب (۱) وجود دارد و آن این که مراد از سلطنت در این جا سلطنت اعتباری است؛ نه اعمال سلطنت خارجاً و تصرف عملی. بنابراین اشکال مرحوم آخوند - رحمه الله علیه - که سلطنت و قدرت بر تقلیب و تقلب و تصرف از آثار حق و ملک است؛ نه حقیقت آن، وارد نیست؛ چون مراد قائلین به سلطنت، اعمال سلطنت خارجاً نیست، بلکه سلطنت اعتباری است که بر خلاف سلطنت خارجی نمی تواند از آثار حق باشد؛ زیرا علاوه بر اعتبار اصل حق، اعتبار دیگری به نام سلطنت در آثار حق وجود ندارد.

هم چنین نقض مرحوم امام قدس سره - به حق صغیر و محجور علیه که مسلوب السلطنه هستند نیز وارد نیست؛ زیرا صغیر و محجور علیه نسبت به اعمال سلطنت خارجاً و تصرف عملی مسلوب هستند، اما سلطنت اعتباری چه مشکلی دارد برای صغیر و محجور علیه قائل شویم؟! نتیجه ی چنین اعتباری آن است که ولی می تواند آن را برای صغیر و محجور علیه اعمال کند یا اگر مصلحت باشد اسقاط کند یا معامله کند و ... و الا اگر سلطنت اعتباری نداشته باشد ولی نیز نمی تواند استیفاء کند، پس معلوم می شود همان سلطنت صغیر و محجور علیه را اعمال می کند.

۱- حاشیه کتاب مکاسب (للاصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۲۰: و دعوی: أن السلطنه من أحكام الملك و الحق لا نفسهما كما عن شيخنا الأستاذ إنما يتجه إذا أريد منها السلطنه التكليفية المساوقه لجواز التصرف، لا ما إذا أريد اعتبارها كاعتبار الملكيه، فإنها كالمملك يترتب عليها طبعاً جواز التصرف شرعاً بل ربّما يكون في بعض أفراده منصوصاً، كما في حق القصاص حيث قال تعالى فَصَدُّوا جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَالْحَقُّ الْمَجْعُولُ لِلْوَالِي هُوَ نَفْسُ سُلْطَانِهِ شَرَعًا لَا أَمْرٌ آخِرٌ يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ السُّلْطَانَةُ التَّكْلِيفِيَّةُ الْمَسَاوِقَةُ لِجَوَازِ الْقَصَاصِ فِي قَبَالِ حَرَمَتِهِ، فَضْلًا عَنْ كَوْنِهِ عَيْنَ السُّلْطَانَةِ التَّكْلِيفِيَّةِ الَّتِي لَا إِسْقَاطَ لَهَا، وَ لَا قَابِلِيَةَ الصَّلْحِ عَنْهَا بَشَى ٤.

این جواب به نظر ما نیز تمام است و اشکال مرحوم آخوند و حضرت امام قدس سرهما - را دفع می کند.

اشکال دوم مرحوم امام قدس سره - بر نظریه ی مساوات حق با سلطنت

اشکال دیگری که مرحوم امام قدس سره - ابتدا به عنوان مؤید افتراق حق از سلطنت بیان می کنند سپس ترقی کرده می فرمایند: «بل يدل عليه»^(١) این است که در برخی موارد اطلاق حق؛ مانند حق والد، حق جار، حق رَحِم، حق طفل، حق معلّم، حق

١- کتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ١، ص ٤٣: فتحصّل ممّا ذكر: أنّ الحق ليس ملكاً، ولا مرتبه منه، ولا سلطنه، ولا مرتبه منها؛ أى لا يكون عينهما، ولا أخصّ منهما، وإلا لما تخلف عنهما. ويؤيد المدعى بل يدلّ عليه: أنّ الملك في جميع الموارد إضافه بين المالك و المملوك، حتّى في مالكيه شىء في ذمه الغير؛ لأنّ الملكيه متقومه بالإضافه الحاصله المذكوره، و تكون ذمه المديون كمحفظه للمال، لا دخاله لها في اعتبار الملكيه. و إن شئت قلت: حال الذمه حال الخارج بالنسبه إلى الأعيان الخارجيه المملوكه، فكما أنّ الخارج ظرف للمملوك من غير دخاله له في اعتبار الملكيه، كذلك الذمه. و أمّا الحق، فكثيراً ما يعتبر بين ذى الحق و منّ عليه الحق، ففي حق الاستحلاف يكون للمدعى حقّ على المدعى عليه لأن يستحلفه، فيكون الاستحلاف مورد الحق، و المدعى صاحبه، و المنكر من عليه الحق، و إذا حلف المنكر أذى ما عليه، و ليس في شىء من الموارد حال الملك كذلك، حتّى في ملكيه ما في الذمه كما عرفت. و ما يرى من اعتبار «عليه» في الذم، فإنّما هو باعتبار الدين لا الملك؛ إذ الدين له إضافه إلى الدائن و إلى المديون، فيكون فيه اعتبار «له» و «عليه» دون الملك؛ فإنّ اعتبار «عليه» ليس في شىء من موارد دخيلما في اعتباره. و يؤيده أيضاً: أنّه يعتبر في الحقّ أحياناً الأداء كالدين، دون الملك؛ لأنّ الحقّ كالدين يعتبر في بعض الموارد على الغير، فيصحّ فيه الأداء، و يصدق عليه، و أمّا الملك فلا تعتبر فيه العهده، و لا يصحّ فيه الأداء و التأديه، كما لا يصحّ ذلك الاعتبار في السلطنه، فلا يقال: «أذى سلطنته أو سلطانه» كما يقال: «أذى حقه». ثمّ إنّ الظاهر أنّ الحقّ في مثل استحقاق العقوبه في العاصي، و استحقاق الثواب في المطيع، بل و حقّ الجار على الجار في الجملة و أنحاءها، من هذا القبيل فيكون لله تعالى حقّ على العاصي أن يعاقبه، و للمطيع - على ما قالوا حقّ على الله تعالى أن يشبهه، مع عدم اعتبار الملكيه و السلطنه في نحو الأخير بالضروره.

دانش آموز و ... نمی توان حق را به سلطنت معنا کرد حتی سلطنت اعتباری چون نمی توان گفت طفل سلطنت بر آب دارد، دانش آموز سلطنت بر معلم دارد، همسایه سلطنت بر همسایه دارد و ... چون ذو الحق تسلطی ندارد و اگر قرار است در این موارد عملی انجام گیرد در حقیقت «من علیه الحق» باید انجام دهد؛ نه «من له الحق» مثلاً در حق ولد؛ یعنی ولد حق دارد که والد او را خوب تربیت کند، در حق معلم؛ یعنی معلم حق دارد دانش آموز او را تکریم کند، در حق رَحِم؛ یعنی رحم حق دارد منسوبین او را مورد صله قرار دهند و ... پس در این موارد «من علیه الحق» باید عملی را انجام دهد و اگر احياناً «من له الحق» باید کاری انجام دهد آن تبعی است و این چنین نیست که معنای سلطنت در حاق آن وجود داشته باشد.

پس معلوم می شود حق و سلطنت دو اعتبار جداگانه است و حق مرادف با سلطنت نیست.

إن قلت: در موارد مذکور مراد از حق، حق اعتباری نیست و معنایی غیر از معنای مورد نظر در بحث فقه و حقوق دارد و یا مجازاً بر آن حق اطلاق شده است، لذا نمی تواند شاهد بر افتراق حق از سلطنت باشد. (۱)

قلت: کلیت این ادعا قابل پذیرش نیست؛ چون وجدانی است که در بسیاری از موارد مذکور، حق مفهومی متفاوت از مثل حق شفعه، حق حضانت، حق خیار و ... ندارد و همان طور که مرحوم امام قدس سره - فرمودند کلمه ی حق مشترک معنوی

۱- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۴۲: إطلاق الحقّ علی ما ذکره من الأمثله مثل إطلاق الحقّ علی سائر الأحكام کحقّ المؤمن علی المؤمن و حق الجار علی الجار فإنّ الأبّ و الولایه و نحوهما من الأمثله لیس لعلاقه حاصله للأب و الحاكم إذ لم يجعل للولی إضافه أثرها السلطنه علی المولی علیه أو علی ماله فلا یكون من مقوله الجده بل من الأحكام الشرعیه كما هو قدس سره أيضا یحتمل هذا المعنی حیث قال و یمکن أن یقال إنّها أو جمله منها من الأحكام لا من الحقوق.

است و در همه جا به یک معنا استعمال می شود و اگر این کلام مرحوم امام - رحمه الله علیه - به نحو موجبه ی کلیه درست نباشد حداقل در اکثر موارد این چنین است و این آیت آن است که اعتبار حق، عین اعتبار سلطنت نیست.

اشکال سوم مرحوم امام قدس سره - بر این نظریه

شاهد دیگری که مرحوم امام قدس سره - بر افتراق حق از سلطنت ذکر می فرماید (۱) و شاید نظرشان این باشد که دلالت نیز دارد آن است که در مورد حق، حداقل در برخی موارد می توان تعبیر کرد «فلائن أَدَى حق فلاین» در حالی که نمی توان به جای آن «سلطنت» گذاشت و گفت «فلائن أَدَى سلطنه فلاین».

و اگر گفته شود این که در مورد حق می توان چنین تعبیر کرد به خاطر آن است که در کلمه ی حق معنای اضافه به «من علیه الحق» إشراب شده به خلاف سلطنت، می گوئیم: در سلطنت نیز اضافه به «مسلط علیه» لحاظ شده، پس از این جهت تفاوتی با هم ندارند.

این دو اشکال مرحوم امام - رحمه الله علیه - به نظر می آید وارد باشد و کافی است در این که بگوئیم حق مرادف با سلطنت نیست و اعتبار حق با اعتبار سلطنت متفاوت است.

نظریه ی مساوات حق با ملک ضعیف

اشاره

برخی مانند سید یزدی قدس سره - (۲)، محقق نائینی - رحمه الله علیه - (۳) و ثله من الأعلام (۴) حق را به ملک

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۴۴: و يؤيدده أيضاً: أنه يعتبر في الحق أحياناً الأداء كالدين، دون الملك؛ لأن الحق كالدين يعتبر في بعض الموارد على الغير، فيصح فيه الأداء، و يصدق عليه، و أما الملك فلا تعتبر فيه العهده، و لا يصح فيه الأداء و التأديه، كما لا يصح ذلك الاعتبار في السلطنه، فلا يقال: «أدى سلطنته أو سلطانه» كما يقال: «أدى حقه».

۲- حاشیه المکاسب (لليزدي)، ج ۱، ص ۵۵: أن كثيراً مما يعدّ من جمله الحقوق يمكن دعوى كونها من باب الحكم الشرعي المذی لا مجال فيه لجعله عوضاً في المعامله فلا بدّ من بيان الفرق بينهما أولاً فنقول أمّا بحسب المفهوم و الحقيقه فالفرق واضح فإنّ الحقّ نوع من السّلطنه على شىء متعلّق بعين كحقّ التّجوير و حقّ الرّهانه و حقّ الغرماء في تركه الميّت أو غيرها كحقّ الخيار المتعلّق بالعقد أو على شخص كحقّ القصاص و حقّ الحضانه و حقّ القسم و نحو ذلك فهي مرتبه ضعيفه من الملك بل نوع منه و صاحبه مالك لشيء يكون أمره إليه كما أنّ في الملك مالك لشيء من عين أو منفعه بخلاف الحكم فإنّه مجرد جعل الرّخصه في فعل شيء أو تركه أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك مثلاً في حق الخيار.

٣- المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ١، ص ٩٢: الكلام يقع تاره في تعيين الحق و تميزه عن الحكم، و اخرى في جواز وقوعه ثمنا (أما الأول) فالكلام فيه أيضا تاره في بيان حقيقه الحق ثبوتا، و اخرى في بيان المائز بينه و بين الحكم في مرحله الإثبات (أما المقام الأول) فالحق هو السلطنه على الشىء و مرتبه ضعيفه من الملكيه قائمه بمن له الحق و من عليه و قد كان بعض الأساطين يعبر عنه ب (ملكه نارسيده).

٤- نهج الفقاهه (للسيد الحكيم)، ص ٦: الحق في اللغة و العرف الأمر الثابت في قبال الباطل غير الثابت و في الاصطلاح الحقيقه عباره عن نوع من الملكيه التى هى نوع خاص من الإضافه بين المالك و المملوك و الاعتبار الخاص بينهما الذى هو معنى لام الملك في مثل قولك الفرس لزيد، فان اللام حاكيه عن اضافه بين زيد و الفرس على نحو خاص يرى فيه الفرس من توابع زيد و شؤونه و لواحقه يعبر عنها بملكه زيد للفرس، فإذا باع زيد الفرس على عمرو صار الفرس ملكا لعمرو و كانت الإضافه المذكوره بين الفرس و عمرو بعد ما لم تكن، كما انها حينئذ لا تكون بين الفرس و زيد بعد ما كانت و اما إضافه الحقيقه فهى نوع من الإضافه المذكوره تختلف معها باختصاصها بمورد خاص.

ضعیف معنا کرده اند؛ یعنی حق مرتبه ی ضعیفی از ملک است. طبق این نظریه، ملک مفهومی کشش دار و مشکک است که قابلیت اشتداد و تضعّف دارد. از مرتبه ی بالای آن تعبیر به ملک و از مرتبه ی پایین آن تعبیر به حق می شود.

اشکال محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - بر این نظریه

محقق اصفهانی قدس سره - (۱) طبق مبنای خود که ملکیت را مقتبس از مقوله ی اضافه

۱- این فیلسوف فقیه اصولی گرچه معروف به اصفهانی است، ولی اصالتاً نخبجوانی است، جدّ ایشان بعد از قرارداد ننگین ترکمن چای و سخت شدن زندگی برای مسلمانان در نخبجوان، به اصفهان رهسپار شد و در آن جا رحل اقامت افکند و بعد از مدتی اولاد ایشان به کاظمین رفتند که جناب محقق در آن جا متولد شدند و بعد از مدتی برای تحصیل به نجف اشرف عازم و مفتخر به غروی گردیدند. این محقق بزرگ همان طور که در علم و تحقیق أعجوبه بودند در عبادت و تهجد نیز سرآمد بودند. والد و استاد معظم ما حضرت آیت الله سید جواد مدرسی یزدی قدس سره - از یکی از بزرگان نجف نقل می کردند که ایشان هر روز به زیارت امیرالمؤمنین علیه السلام - مشرف می شدند و زیارت عاشورا را با صد لعن و صد سلام می خواندند. رضوان الهی بر ایشان باد!

می داند می فرماید(١): حق نمی تواند مرتبه ی ضعیف ملک باشد؛ زیرا مقوله ی اضافه

١- رساله فی تحقیق الحق و الحكم، ص ٤٣: ربّما يقال: أنّ الحق مرتبه ضعیفه من الملك و أول مراتبه، فعدم كون الخمر أو الأرض ملكا- يراد به كسائر الأملاك، لا الملك بهذه المرتبه الضعیفه. و فيه: أنّ حقیقه الملك سواء كانت من مقوله الإضافة أو مقوله الجده ليس لها مراتب مختلفه بالشده و الضعف، حتى يكون اعتبارها فی مواردھا مختلفا باعتبار مرتبه قویه تاره، و اعتبار مرتبه ضعیفه أخرى. بیانه: أنّ مقوله الإضافة كما حقق فی محله ليس لها وجود استقلالی، بل تابعه للمقوله التي تعرضها الإضافة، فإن كانت من مقوله تختلف بالشده و الضعف- كالكيف مثلا- فلا محاله تتصف مقوله الإضافة بهما تبعا، فالحراره قابله للشده و الضعف فتتصف مقوله الإضافة بالأحرّ و هكذا، و إن كانت من مقوله لا تجرى فیها الشده و الضعف فلا تتصف مقوله الإضافة بهما- كمقوله الجوهر مثلا- فإنّ زیدا المحيط علی عین فی الخارج ليس له و لا- لتلك العین شده و ضعف، حتى تتصف الإحاطه بهما بالعرض. و أمّا مقوله الجده فهي لا تتصف فی نفسها بالشده و الضعف، بل تتصف بالزیاده و النقص، فإنّ الهيئه الحاصله للرأس من العمامه أنقص من الهيئه الحاصله للبدن من القميص، فإنّ الثاني أزيد إحاطه من الأول، لسعه المحيط و المحاط فی الثاني دون الأول، و اللازم هنا هو التفاوت بالشده و الضعف، فان شخص هذا المانع لم تتفاوت جدته باعتباره ملكا أو اعتباره حقا، فلا معنى لدعوى تفاوت مراتب الملك شده و ضعفا، و أمّا زیاده و نقصا فهو أجنبي عما نحن فيه، ضروره أنّ المالك للعین و المنفعه أزيد ملكا ممن يملك أحدهما، فتبیّن أنّ جعل الحق بمعنی الملك لا- وجه له، و دعوى اختلافه بالمراتب فاسده. • حاشیه كتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ١، ص ١٩: نعم ربّما يقال: بأنّه مرتبه من الملك، نظرا إلى عدم ترتب جميع آثار الملك علیه، و قد بینا فی محله أنّ الملیکة بأی معنی مقولی كانت ليس لها تفاوت بالشده و الضعف، حتى یصح فی مقام اعتبار ذلك المعنی المقولی اعتبار شديده تاره، و اعتبار ضعیفه أخرى.

بالذات قابلیت اشتداد و تضعف ندارد؛ چون اضافه دائر بین وجود و عدم است؛ مثلاً در مورد ابوت و بنوت که از مقوله ی اضافه است نمی توان گفت ابوت زید اشد از ابوت عمرو است، یا بنوت خالد اشد از بنوت بکر است.

بله، مقوله ی اضافه بالعرض و به تبع معروضش می تواند متصف به اشتداد و تضعف شود؛ چون مقوله ی اضافه احتیاج به معروض دارد و اگر معروض آن، خود عرضی باشد که قابلیت اشتداد و تضعف داشته باشد مانند حرارت، برودت، غضب، علم و ... به تبع آن، مقوله ی اضافه هم می تواند متصف به اشتداد و تضعف شود؛ مثلاً احزیت که اضافه است، به تبع حرارت که معروض آن است اشتداد می پذیرد و گفته می شود هذا الماء أحرّ من ذاك الماء.

امّا «ملک» از آن جا که معروضش جوهر است مثل زید مالک الکتاب که معروضش دو جوهر زید و کتاب است و جوهر قابلیت اشتداد ندارد، پس ملک نمی تواند حتی بالعرض متصف به اشتداد و تضعف شود، لذا دارای مراتب نیست تا گفته شود حق مرتبه ی ضعیف ملک است. (۱) بنابراین نظریه ی سید یزدی و محقق نائینی قدس سرهما - و تمام کسانی که قائلند حق، مرتبه ی ضعیف ملک است درست نمی باشد.

نقد اشکال محقق اصفهانی قدس سره -

در نقد کلام محقق اصفهانی قدس سره - می گوئیم:

اولاً: همان طور که قبلاً توضیح دادیم ملک مقتبس از مقوله ی اضافه نیست. صرف این که مفهومی ذات اضافه است دلیل بر این نیست که مبدأ آن نیز از مقوله ی اضافه باشد؛ زیرا ممکن است مفهومی اضافه باشد، ولی مبدأ آن از

۱- آیا ملک نمی تواند به غیر عین که عرض قابل اشتداد و تضعف باشد تعلق گیرد؟ آیا نمی تواند کسی مالک حرارت و برودت باشد؟! (امیرخانی)

مقوله ي اضافة نباشد؛ مثلاً «عالم»، «معلوم» و «عالمية» مفهومي اضافي است عالمية مضاف حقيقي است و عالم و معلوم به اصطلاح مضاف مشهورى (١) است

١- الجوهر النضيد، ص ٢٨: المضاف من الأجناس العاليه و فيه مباحث: أحدها فى رسمه و هو الذى يعقل بالقياس إلى غيره و لا وجود له سوى ذلك و تحقيق هذا الرسم أن من الماهيات ما يستقل بالمعقوليه من غير حاجه إلى غيره يقاس إليه و منه ما لا يعقل إلا بالقياس إلى غيره. و الثانى هو المضاف و هو قسمان حقيقى و مشهورى و ذلك لأنه إذا عقل بالقياس إلى غيره فإما أن يكون له وجود خاص سوى ذلك و هو المضاف المشهورى كالأب و الابن فإن للأب وجودا مغاير المعقوليه بالقياس إلى غيره و إما أن لا يكون له وجود سوى معقوليته بالقياس إلى غيره و هو المضاف الحقيقى كالأبوه و البنوه و هو المراد هاهنا. و ثانيها اختلف الناس فى وجود الإضافة فأثبته جماعه لأن فوقيه السماء ليس أمرا تقديريا لا غير بل هو أمر متحقق ثابت خارج الذهن و هو غير السماء و غير العدم الصرف فهو ثابت. و أنكره جماعه و استدلوا بأن الإضافة لو كانت موجوده و هى عرض لاقتقرت إلى المحل و يكون حلولها فى ذلك المحل إضافة أخرى و يلزم التسلسل. أجب الشيخ عنه بأن من المضاف ما هو مضاف بذاته و منه ما هو مضاف باعتبار غيره و هذا الأخير يرجع إلى الأول و ينقطع التسلسل و ذلك لأن الأبوه مثلا مضافه لذاتها إلى الابن و حلولها مضاف لذاته إلى المحل فانقطع التسلسل. هذا خلاصه ما ذكره الشيخ و هو غير واف بالمطلوب؛ لأن السائل لم يلزم التسلسل باعتبار أن المضاف دائما إنما يكون مضافا بإضافه مغايره له و إنما ألزم التسلسل من حيث إن الإضافة إذا كانت موجوده كانت عرضا فتكون حاله فى محله و تكون هناك إضافتان إحداهما الأبوه و ثانيهما الحلول و كل واحد منهما مضاف لذاته إلى غيره لكن الحلول من حيث إنه عرض موجود يفتقر إلى محل فيكون حلوله فى ذلك المحل إضافة أخرى و يلزم التسلسل و كلام الشيخ يصلح جوابا على تقدير إيراد السؤال على الوجه الأول إما على هذا الوجه فلا. و ثالثها اعلم أن الإضافة قد تعرض لجميع المقولات أما الجوهر فكالأب و الابن مثلا و أما الكم فكالأعظم و الأصغر و أما الكيف فكالأسخن و الأبرد و أما المضاف فكالأبعد و الأقرب و أما الأين فكالأعلى و الأسفل و أما المتى فكالأقدم و الأحدث و أما الوضع فكالأنصب و أما الملك فكالأكسى و أما الفعل فكالأقطع و أما الانفعال فكالأشد تسخنا. • شرح المصطلحات الفلسفيه، ص ٣٧١: المضاف الحقيقى هو نفس الإضافة- كالأبوه- مأخوذه مجرّده عن الذات التى يعرض لها. (إيضاح المقاصد من حكمه عين القواعد/ ٢١٢) المضاف يطلق بالاشتراك على نفس الإضافة، أى الأمر النسبى العارض و هو المضاف الحقيقى. (مطالع الأنظار/ ١٠٧) الأبوه هى المعقوله بالقياس إلى الغير، و لا حقيقه لها إلا ذلك، أى ليس حقيقته سوى أنها نسبه معقوله بالقياس إلى نسبه أخرى معقوله بالقياس إلى الأولى، و حاصلها النسبه المتكرّره، و هى الإضافة التى تعدّ من المعقولات و تسمى مضافا حقيقيا. (شرح المواقف/ ٣٤٦) المضاف المطلق ماهيته تكون معقوله بالقياس إلى غيره. (تعليقه على الشفاء لصدر الدين/ ٤٦٢-) الإضافة، المضاف المشهورى. المضاف المشهورى هو الماهية التى عرضت لها الإضافة مأخوذه مع الإضافة، كالأب. (إيضاح المقاصد من حكمه عين القواعد/ ٢١٢) يقال الإضافة على الأمر النسبى العارض، و هو المضاف الحقيقى. و على معروض الإضافة وحده، و ليس غرضنا متعلقا به. و على المجموع الحاصل من الإضافة و المعروض الذى تعرض له الإضافة، و هو المضاف المشهورى.

ولى مبدأ آن كه «علم» باشد تقريباً همه ى قدماى از فلاسفه به جز فخر رازى (١).

١- نسبت اين كه فخر رازى قائل است علم از مقوله ى اضافه است مشكل است؛ زیرا بالصراحه رد مى كند مجرد اضافه باشد، بلكه مى گويد كيفيت ذات اضافه است. گرچه جناب ملاصدرا نيز اين نسبت را به ايشان مى دهد كه علم را مجرد اضافه بين عالم و معلوم مى داند، ولى شايد مرادشان اين نيست كه فخر رازى علم را از مقوله ى اضافه مى داند نه كيف نفسانى، بلكه درباره ى چگونگى اين كيف نفسانى مى گويد مجرد اضافه بين عالم و معلوم است. (اميرخانى) • المباحث المشرقيه فى علم الالهيات و الطبيعيات، ج ١، ص ٣٢٤: (التعقل) لا يخلو اما ان يكون امرا عدميا او يكون امرا ثبوتيا و ان كان ثبوتيا فاما ان يكون كيفيه عاربه عن الاضافه او كيفيه مع الاضافه او نفس الاضافه فهذه اقسام اربعة* (و قد اضطرب كلام الشيخ) فى حقيقه العلم غايه الاضطراب فتاره يجعله امرا عدميا ... و تاره يجعله عباره عن الصور المرتسمه فى الجوهر العاقل المطابقه لماهيه المعقول ... و تاره يجعله عباره عن كيفيه ذات اضافه الى الشىء الخارجى و ذلك عند ما يبين ان العلم داخل فى مقوله الكيف بالذات و فى مقوله المضاف بالعرض (و ايضا) عند ما يبين ان تغير المعلوم يوجب تغير العلم الذى هو كيفيه ذات اضافه ... (فلنرجع) الى عقولنا و لنجتهد فى طلب الحق (فنعقول): اما القسم الأول و هو ان التعقل ليس امرا سلبيا فذلك ظاهر من حيث انه لو جعل سلبيا لما كان اى سلب اتفق هو العلم بل سلب ما يقابله و هو الجهل فلا يخلو اما ان يكون عباره عن عدم الجهل البسيط الذى هو عباره عن عدم العلم فيكون العلم عباره عن عدم العلم فيكون امرا ثبوتيا و اما ان يكون عباره عن سلب الجهل المركب لكن لا يلزم من سلب الجهل المركب حصول العلم لاحتمال خلو المحل عنهما ... فثبت بهذا ان التعقل بهذا لا يمكن ان يكون عباره عن سلب المادة او عن سلب شىء آخر. (و اما القسم الثانى) و هو ان يكون عباره عن حضور صور المعقول عند العاقل فقد ابطناه ... (و اما القسم الثالث) و هو ان يكون العلم حاله اضافيه من غير ان يكون هناك امر آخر فذلك باطل ايضا لما بينا ان الاضافات لا تتحصل الا عند وجود المضافات و نحن قد ندرک ما لا وجود له فى الاعيان. (و اما القسم الرابع) فهو متعين لان يكون هو الحق و ذلك لان العلم عباره عن كيفيه ذات اضافه. • المباحث المشرقيه فى علم الالهيات و الطبيعيات، ج ١، ص ٣٤١: فقد اقمنا البرهان على ان التعقل حاله اضافيه و ذلك يوجب كونها مغايره للذات (نعم القوم لما اعتقدوا) ان التعقل هو مجرد الحضور ثم عرفوا انه لا يمكن ان يحضر عند الذات منها صوره اخرى زعموا ان وجود تلك الذات هو العقل* (و اما نحن فلما بينا) انه حاله اضافيه لا جرم حكمننا بان العاقله صفه مغايره للذات العاقله بل نجعل هذا مبدأ البرهان القوى على صحه ما اخترناه. (فنعقول) ادراك الشىء لذاته زائد على ذاته و الا- لكانت حقيقه الادراك هى حقيقه ذاته و حقيقه ذاته هى حقيقه الادراك و كان لا يثبت احدهما الا و الآخر ثابت لكن التالى باطل فالمقدم باطل فثبت ان ادراك الشىء لذاته زائد على ذاته و ذلك الزائد يستحيل ان يكون صوره مطابقه لذاته بالبرهان المشهور فهو اذا امر غير مطابق لذاته و ذلك الغير المطابق ان كان له نسبه و اضافه الى ذاته فذاته انما صارت معلومه لاجل تلك النسبه و العلم و الادراك و الشعور هو تلك النسبه و ان لم تكن له اليه نسبه و تلك الصوره غير مطابقه له و لا مساويه فى الماهيه لم يصير ذلك الشىء معلوما اصلا لان حقيقته غير حاضره و لا للذهن اليه نسبه فالذهن منقطع الاختصاص بالنسبه اليه فيستحيل ان يصير معلوما (فهذا برهان قاطع) على ان العلم حاله نسبيه. • الحاشيه على الهيات الشفاء (لملا صدرا)، ص ١٢٦: (قوله فصل فى العلم و أنه عرض إلى آخره) أن من جمله الأجناس المندرجه تحت مقوله الكيف هى الكيفيات النفسانيه من الشهوه و الغضب و العلم و القدره و الإراده و المحبه و الكراهه و الشجاعه و

الكرم و الحلم و الحياء و الخوف و غير ذلك و قد بحث عنها و عن عرضيتها فى مباحث النفس من الطبيعىات لكن فى إثبات العرضيه للعلم الذى هو من جملة الكيفيات النفسانيه صعوبه شديده فهذا الفصل معقود لبيانه قال و أما العلم فإنه فيه شبهه إلى آخره قد علمت أن للأشياء أى الماهيات وجودا فى الخارج به يترتب عليه آثارها و أحكامها و وجودا فى الذهن لا يترتب به عليها آثارها و أحكامها و العلم لنا بكل شىء عباره عن حصول ماهياتها عند نفوسنا مجردة عن موادها الخارجيه و العلم بكل ماهيه يكون عين تلك الماهيه و بكل مقوله يكون عين تلك المقوله فالعلم بالجواهر جوهر كما أن العلم بالأعراض أعراض و حينئذ يشكل كون العلم من الموجودات الخارجيه و الكيفيات النفسانيه و لأجل صعوبه هذا الإشكال أنكر بعضهم الوجود الذهني للأشياء و جعل بعضهم ك [الفخر] الرازى العلم مجرد الإضافه التى بين العالم و المعلوم و بعض أجله المتأخرين أنكر كون العلم كيفيه نفسانيه بل جعله أمرا ذهنيا فقط من مقوله المعلومات و أن العلم بكل مقوله ليس شيئا سوى تلك المقوله من غير أن يكون له وجود فى نفسه و جعل السيد السند و المصدر الأمجد الصور العلميه الحصيليه كلها من مقوله الكيف لا غير و جعل الشارح الجديد للتجريد العلم عرضا قائما بالنفس و المعلوم شيئا آخر مغايرا له حاصلًا فى الذهن غير قائم و كل هذه الآراء ظنون فاسده و أوهام باطله قد نقضناها و تفصينا عنها و أبطلناها فى كتاب الأسفار.

قبول دارند که از مقوله ی اضافه نیست، بلکه بنابر نظر مشهور فلاسفه از مقوله ی کیف نفسانی است.

ثانیاً: «ملک» مفهومی اعتباری و اختراعی است و مانعی ندارد مخترع آن با این که از مقوله ی اضافه اقتباس کرده، شدت و ضعف برای آن فرض کند. به عبارت دیگر آن چه تضعف و اشتداد نمی پذیرد نفس مقوله ی اضافه است، ولی مفهوم اعتباری مقتبس از آن مانعی ندارد دارای اشتداد و تضعف باشد؛ چون اعتبار سهل المؤمنه و به ید معتبر است و مانعی ندارد تخلف از نسخه ی اصل (مقتبس عنه) داشته باشد؛ چه در ناحیه ی اصل اعتبار و چه در ناحیه ی آثاری که بر آن مترتب می کند.

بنابراین اگر حقیقت ملک همان طور که محقق اصفهانی قدس سره - فرمودند «احتواء شیء علی شیء» باشد که مقتبس از مقوله ی اضافه است، باز مانعی ندارد برای آن اشتداد و تضعف فرض کرد؛ به این معنا که مرتبه ای از ملک آن قدر محکم باشد که به آسانی زائل نمی شود و آثار بیشتری داشته باشد، اما مرتبه ی دیگر آن ضعیف بوده و به آسانی زائل شده و آثار کمتری داشته باشد. (۱)

۱- گرچه اعتبار سهل المؤمنه و به ید معتبر است و حقیقتی وراء فرض فارض و اعتبار معتبر ندارد و ممکن است معتبر از أعراض مختلفی اقتباس کرده باشد، ولی کلام در این است که این مفهوم اگر در خارج موجود شود تحت کدام یک از مقولات قرار می گیرد [لو وجد فی الخارج لکان من مقوله ...] و معلوم است که شیء اگر در خارج تصور شود فقط تحت یکی از مقولات می تواند باشد. به عبارت دیگر مقوله، جنس عالی حقیقت شیء است و همان طور که یک شیء نمی تواند دو جنس عالی داشته باشد، در مفاهیم اعتباری نیز آن چه که به منزله ی جنس برای آن است نمی تواند مرکب باشد. بله در مورد ملک می توان گفت: همان طور که علم از مقوله ی کیف نفسانی است و در عین حال ذات اضافه است نه این که از مقوله ی اضافه باشد ملک نیز اگر در خارج محقق شود به نحو کیف نفسانی ذات اضافه خواهد بود و شاید مراد حضرت استاد دام ظلّه در حقیقت این باشد. (امیرخانی)

نظیر کلام محقق اصفهانی قدس سره - را یکی از شاگردان ایشان (۱) در مبحث طهارت و نجاست مطرح کرده و فرموده است: نجاست، قابلیت اشتداد و تضعف ندارد و نمی توان گفت نجاستِ نجسی، قوی تر و شدیدتر از نجاستِ نجس دیگر است. ولی همان طور که توضیح دادیم به خاطر اعتباری بودن این مفاهیم، مانعی ندارد معتبر آن را دارای شدت و ضعف فرض کند و این از طرف شارع در مورد نجاست اتفاق افتاده است؛ مثلاً نجاست بول را قوی تر از نجاست خون اعتبار کرده است؛ به این معنا که نجاست بول با یک مرتبه آب قلیل زائل نمی شود، ولی نجاست خون زائل می شود و معنای اشتداد در عالم اعتبار، چیزی غیر از این نیست.

اشکال مرحوم امام قدس سره - بر نظریه ی مساوات حق با ملک ضعیف

مرحوم امام قدس سره - در ردّ این نظریه می فرماید (۲):

۱- فقه الشیعه (للسید الخویی)، کتاب الطهاره، ج ۳، ص ۱۲۷: «أنه قد استدل علی نجاسه ولد الزنا بجملة من الروایات الّتی یأتی ذکرها ... فمنها: مرسله الوشاء عن ذکره عن أبی عبد الله علیه السلام :- «أنه کره سئور ولد الزنا، و سئور الیهودی، و النصرانی، و کلّ من خالف الإسلام، و کان أشدّ ذلک عنده سئور الناصب». و فیه: أن الکراهه أعم من النجاسه المصطلحه، فإن الکراهه فی الأخبار و إن لم تکن ظاهره فی الکراهه المصطلحه، لكنها لیست ظاهره فی خصوص الحرمة فیمكن أن یكون الوجه فیه القذاره المعنویه. و ذکر ولد الزنا فی سیاق الأنجاس لا- یصلح قرینه لإیراده النجاسه، لإمكان أن یكون الوجه فی الجمیع هو القذاره المعنویه، كما یشهد لذلك التصریح بأشدّیه سئور الناصب، فإنها هی القابله للتشکیک دون النجاسه الظاهریه.

۲- کتاب البیع (للإمام الخمینی)، ج ۱، ص ۴۰۰: «فإذا صحّ ما ذکرناه من وحدانیته حقیقته كما هو كذلك عرفاً و لغه و تبادراً فالتحقیق أنه غیر الملک و السلطنه. و الشاهد علیه: مضافاً إلى فهم العرف و ارتکاز العقلاء صدقه فی موارد لا یعتبر فیها الملک و لا السلطنه، فلو سبق إلى مکان فی المسجد و الأراضي المتّسعه من الأملاک و الموقوفات، فلا شبهه فی أنه لا یملک المکان المسبوق إليه بوجه من الوجوه؛ لا ملکاً ضعيفاً، و لا شديداً، لو سلّم تصوّر الشدّه و الضعف فی الملک، مع أن المعروف أنه أحقّ به من غیره، و یتعلّق به حقّ له علی المکان. و توهم: مالکيته للتمکّن فیه، کلام شعری لا ینبغی الإصغاء إليه، و مخالف لاعتبار العقلاء. و لو حفر نهراً و أوصله إلى الشطّ، فما لم یدخل الماء فی نهرة لا یكون مالکاً للماء بلا شبهه بوجه من الوجوه، و لكن یمکن أن یقال: إن له حقّ الحیازه، و فی مورد التحجیر یثبت حقّ علی الأرض، و لا تصیر ملکاً له بلا ریب. و من أمثال ما ذکر یظهر: أن اعتباره غیر اعتبار الملک، و لا یكون مساوفاً له، و لا أخصّ منه.

أولاً: با مراجعه به ارتکاز عرفی و عقلایی می‌یابیم که حق با ملک تفاوت جوهری دارد و حق به معنای ملک ضعیف نیست. و از آن جا که این مفاهیم اختراع عرفی و عقلایی است و حقیقت شرعی ندارد، پس فهم عرف بر تغایر این دو مفهوم محکم بوده و دلیل بر آن است که حق به معنای ملک ضعیف نیست.

ثانیاً: در بعضی موارد که حق صادق است، ملک صادق نیست و این نشانگر افتراق و تغایر این دو مفهوم است.

به عنوان مثال: کسی که به مکانی در مسجد سبقت می‌گیرد، بنابر مشهور نسبت به آن حق پیدا می‌کند (۱)، بدون آن که آن مکان داخل در ملک او شود؛ نه ملک شدید و نه ملک ضعیف، علی فرض این که اشتداد و تضعف در ملک قابل تصور باشد. یا در اراضی متسعه چه موقوفه باشد و چه ملک شخصی بنابر نظر مشهور (۲) هر کسی حق دارد در آن قرار گرفته [و برای تصرفات یسیره]

۱- لذا کسی نمی‌تواند مزاحم او شود.

۲- تحریر الوسيله، ج ۱، ص ۱۴۸: مسأله ۶: يجوز الصلاة في الأراضى المتسعه كالصحارى و المزارع و البساتين التى لم بين عليها الحيطان، بل و سائر التصرفات اليسيره مما جرت عليه السيره كالاستطراقات العاديه غير المضره و الجلوس و النوم فيها و غير ذلك، و لا يجب التفحص عن ملاكها، من غير فرق بين كونهم كاملين أو قاصرين كالصغار و المجانين، نعم مع ظهور الكراهه و المنع عن ملاكها و لو بوضع ما يمنع الماره عن الدخول فيها يشكل جميع ما ذكر و أشباهها فيها إلا فى الأراضى المتسعه جدا، كالصحارى التى من مرافق القرى و توابعها العرفيه و مراتع دوابها و مواشيتها، فإنه لا يبعد فيها الجواز حتى مع ظهور الكراهه و المنع. • موسوعه السيد الخويى، ج ۱۳، ص ۱۹۴: ينبغى التفصيل بين الطرق الواقعه فى الأراضى المتسعه الباقية على إباحتها الأصلية، فإنه لا حرمة حينئذ و لا بطلان، لجواز الانتفاع منها لأى أحد كيف ما شاء بعد أن كان الناس كلهم فيها شرعاً سواء. فكما يحق للمارّه المرور عليها فكذا للمصلين الصلاة فيها، و لغيرهم الانتفاع بشكل آخر من غير أحقيته لأحد بالإضافة إلى غيره. و بين الطرق الواقعه فى المدن الحضاريه التى تحدثها الحكومه لغرض الاستطراق بحيث يستوجب حقاً عرفياً للمارّه مع فرض بقائها على الإباحه الأصلية، فإن المزاحمه و إن حرمت حينئذ كما لا يخفى، إلا أنها لا تستوجب البطلان بعد افتراض إباحه المكان. نعم، لو فرض أن تلك الطرق موقوفه لهذه الغايه و لم تكن من المباحات الأصلية بطلت الصلاة حينئذ أيضاً، لأن حكمها حكم الصلاة فى الأرض الغصبيه التى حكمنا فيها بالبطلان من جهة اتحاد المأمور به مع المنهى عنه حال السجود، و امتناع التقرب بالمبغوض حسبما سبق فى محله. فتحصل أن الصور ثلاث: فقد يثبت الحكم التكليفى و الوضعى معاً، و قد يثبت أحدهما دون الآخر، و قد لا يثبت شىء منهما.

استفاده کند و کسی نمی تواند مزاحم او شود، در حالی که هیچ گونه مالکیتی نسبت به آن زمین ندارد و

نقد اشکال مرحوم امام قدس سره -

استدلال اول امام قدس سره - که فرمودند: به حسب فهم عرفی و ارتکاز عقلایی تفاوت جوهری میان حق و ملک وجود دارد، فی الجمله مورد قبول است؛ یعنی با دقت در محاورات عرفیه می بینیم که حق را به معنای ملک ضعیف نمی دانند، هر چند ممکن است عند التحلیل بگویند حق مانند ملک ضعیف است، ولی نحوه ی اعتبار حق را متفاوت از نحوه ی اعتبار ملک می دانند. توضیح بیشتر در تفاوت بین حق و ملک خواهد آمد.

اما استدلال دوم مرحوم امام - رحمه الله علیه - ظاهراً تمام نیست؛ چون کسانی که قائلند ملک

قابلیت تضعیف و اشتداد دارد و حق به معنای ملک ضعیف است ادعا می کنند در موارد مذکور، ملک ضعیف صادق است و این استدلال نمی تواند علیه آنان باشد. بنابراین اگر اشتداد در ملک را بپذیریم مانعی از اطلاق ملک ضعیف بر موارد مذکور وجود ندارد. بله اگر مراد مرحوم امام قدس سره - این است که عند العرف در موارد مذکور، ملک ضعیف صادق نیست، این در حقیقت به استدلال اول برگشت می کند و در عرض آن نیست.

نظریه ی محقق اصفهانی: تفاوت معنای حق به اختلاف موارد (اشتراک لفظی)

اشاره

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - نظریه ی خاصی در مورد حق ارائه کرده که به قول خودشان به این صراحت مسبوق به سابقه نیست (۱) و آن این که حق، مشترک لفظی است و به

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحكم، ص ۴۴: و يمكن أن يقال: - وإن لم أجد من وافق عليه صريحا- أن الحق مصداقا في كل مورد اعتبار مخصوص له آثار خاصه، فحق الولاية ليس إلّا اعتبار ولاية الحاكم و الأب و الجدد، و من أحكام نفس هذا الاعتبار جواز تصرفه في مال المولى عليه تكليفا و وضعاء، و لا- حاجه إلى اعتبار آخر، فإضافه الحق إلى الولاية بيانيه، و كذلك حق التولية و حق النظاره، بل كذلك حق الرهانه، فإنه ليس إلّا اعتبار كون العين وثيقه شرعا، و أثره جواز الاستيفاء ببيعه عند الامتناع عن الوفاء، و حق التحجير أى المسبب عنه ليس إلّا اعتبار كونه أولى بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر، و حق الاختصاص في الخمر ليس إلّا نفس اعتبار كونه أولى بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر، و حق الاختصاص في الخمر ليس إلّا نفس اعتبار كونه أولى بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر، و حق الاختصاص في الخمر ليس إلّا نفس اعتبار اختصاصه به في قبال الآخر، من دون اعتبار ملك أو سلطنه له، و أثر الأولويه و الاختصاص عدم جواز مزاحمه الغير له. نعم لا بأس بما ساعد عليه الدليل من اعتبار السلطنه فيه كحق القصاص، حيث قال عز من قائل (فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا) و كذا لو لم يكن هناك معنى اعتبارى مناسب للمقام كما في حق الشفعه، فإنه ليس إلّا السلطنه على ضم حصه الشريك إلى حصته بتملكه عليه قهرا، فإنّ الشفع هو الضم، و الشفعه- كاللقمه- كون الشىء مشفوعا، أى مضموما إلى ملكه، و لا- معنى لاعتبار نفس الشفعه، و إلّا كان معناه اعتبار ملكيه حصه الشريك، مع أنّه لا يملك إلّا بالأخذ بالشفعه لا بمجرد صيرورته ذا حق. و كذا حق الخيار هو السلطنه على الاختيار- و هو ترجيح أحد الأمرين من الفسخ و الإمضاء- لا اعتبار كونه مختارا، فإنه في قوه اعتبار كونه مرجحا أى فاسخا أو ممضيا، مع أنّه لا فسخ و لا إمضاء بمجرد جعل الحق، نعم ليس حق الخيار ملك الفسخ و الإمضاء معا و إلّا نفذ إمضائه و فسخه معا، مع أنّه لا ينفذ منه إلّا أحدهما، و كذا السلطنه فإنّ حالها حال الملك، و لا أحد الأمرين من الفسخ و الإمضاء، فإنّ أحدهما المردد لا ثبوت له حتى يتقوم به الملك و السلطنه، بل الملك أو السلطنه يتعلق بترجيح أحد الأمرين على الآخر، فالمقوم لاعتبار الملك أو السلطنه أمر واحد و هو ترجيحه لأحد الأمرين. و يمكن أن يقال: بأنّ المعنى الاعتبارى المعقول هنا بحيث يناسب الخيار جعله مفوضا، فاعتبار كونه مفوضا يترتب عليه جواز الفسخ و الإمضاء تكليفا و وضعاء من دون لزوم اعتبار آخر. • حاشيه كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثه)، ج ۱، ص ۲۰: الذى يترجح فى نظرى- و لم أفق على موافق

صريحاً- أن الحق في كل مورد اعتبار خاص له أثر مخصوص، ففي مثل حق الولايه و حق الوصايه و حق التولييه و حق النظاره ليس الاعتبار المجعول إلا اعتبار ولايه الأب و الجد و الحاكم، و اعتبار كون الشخص نائباً في التصرف عن الموصى، و اعتبار كون الشخص متولياً و ناظراً، فإضافه الحق إلى هذه الاعترابات بيانيه. بل حق الرهانه أيضاً كذلك، فإنه ليس إلا اعتبار كون العين وثيقه أو محبوسه على الدين، و أثره جواز استيفاء الدين منه، و أمّا مثل حق التحجير فهو حق مسبب عن التحجير، و الاعتبار الموجود في مورده مجرد كونه أولى بالأرض من غيره في تملكها بإحيائها، فلا يجوز لغيره مزاحمته، و مثل حق الاختصاص في الخمر المتخذ للتخلييل نفس اعتبار اختصاصه به لسبق ملكه له فيملكه بتخلييله لا مجرد جواز تخليله، أو جواز تملكه بتخلييله. نعم في مثل حق الشفعه و حق الخيار و الحق المسبب عن الجنايه لا بأس بأن يكون بمعنى اعتبار السلطنه على ضم حصه الشريك ببذل مثل الثمن للمشتري، و اعتبار السلطنه على الفسخ، و اعتبار السلطنه على الاسترقاق مثلاً، و بقيه الكلام في رساله المعموله في تحقيق الحق.

اختلاف موارد آن، اعتبار مستقل و معنای متفاوت دارد. حق در هر موردی به معنای همان مضافٌ إليه خود می باشد و به اصطلاح اضافه ی بیانیه است نظیر قولی که بعض اشاعره (۱) در مورد وجود قائلند که وجود در هر ماهیتی به معنای همان ماهیتی

۱- بعض اشاعره و معتزله در مورد وجود قائلند که در هر ماهیتی به معنای همان ماهیتی است که وجود پیدا کرده است؛ مثلاً وجود انسان یعنی انسان، وجود فرس یعنی فرس و ... : • الدرہ الفاخره، ص ۲: الظاهر من مذهب الشيخ أبي الحسن الأشعري و أبي الحسين البصري من المعتزله أن وجود الواجب بل وجود كل شيء عين ذاته ذهنًا و خارجًا، و لما استلزم ذلك اشتراك الوجود بين الوجودات الخاصه لفظًا لا معنى. • كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد، ص ۲۴: و اعلم أن الناس اختلفوا في أن الوجود هل هو نفس الماهيه أو زائد عليها فقال أبو الحسن الأشعري و أبو الحسين البصري و جماعه تبعوهما أن وجود كل ماهيه نفس تلك الماهيه. • رسائل الشجره الالهيه في علوم الحقايق الربانيه، ص ۲۱۵: ذهب قوم من المتكلمين - الذين هم في الحقيقه من عوام الناس - إلى أنه لا يزيد على الماهيات لا عينا و لا ذهنًا؛ و هو فاسد؛ لأنه لو كان كذلك لكان قولنا: «الإنسان موجود» جاريا مجرى قولنا: «الإنسان إنسان» و «الموجود موجود» و كذلك إذا قلنا: «الخلأ ليس بموجود» يكون كأننا قلنا: «الخلأ ليس بخلأ».

است که موجود شده است مثلاً- حق التولیه؛ یعنی اعتبار ولایت برای متولی که بر اساس آن می تواند در وقف تصرّف کند، حق النظاره؛ یعنی اعتبار نظارت برای شخص که بر اساس آن می تواند ناظر باشد و حق الرهانه؛ یعنی اعتبار رهانت و وثیقه بودن عین که بر اساس آن مرتهن می تواند عند الامتناع استیفای دین کند.

بله، در بعضی موارد علاوه بر اعتبار اصلی، اعتبار سلطنت هم شده مانند حق قصاص یا اصلاً معنایی جز همان اعتبار سلطنت ندارد مانند حق شفعه، حق خیار و... ولی این طور نیست که در همه جا حق، مجعولی مشترک بین موارد و به معنای سلطنت باشد.

نقد کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه -

اگر مقصود محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - این است که مفهوم حق در موارد مختلف هیچ اشتراکی ندارد و مشترک لفظی محض است همانند مفهوم وجود در نظر اشعری قابل پذیرش نیست؛ چون این خلاف فهم عرفی و ارتکاز عقلائی است.

فهم عرف و ارتکاز عقلاء که ملاک تشخیص معنای مفاهیم عرفی می باشد آن است که گرچه موارد حق ممیزاتی دارد، ولی معنای مشترکی نیز در تمام

موارد اطلاق حق وجود دارد که این معنای مشترک (حق) به منزله ی جنس در مفاهیم ماهوی است و ممیزاتِ موارد به منزله ی فصل آن محسوب می شود، مانند مفهوم حیوان که مشترک بین مفهوم انسان، فرس، غنم و ... می باشد. بنابراین ظاهر کلام محقق اصفهانی قدس سره - که منکر حتی این مقدار اشتراک مفهومی است، درست نیست و خلاف فهم عرف و ارتکاز عقلاء می باشد. (۱)

نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم

اشاره

از طرفداران محکم و با حرارت نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم، سید خویی قدس سره - می باشد که قائلند حق همان حکم است و فقط از حیث آثار متفاوتند؛ مثلاً بر آن احکامی که قابل اسقاط می باشد حق اطلاق می شود.

ایشان در مصباح الفقاهه می فرماید:

«لا ینبغی الریب فی أن الحکم و الحق متحدان حقیقه، لأن قوامها بالاعتبار الصرف» (۲)

۱- به نظر نمی رسد محقق اصفهانی قدس سره - منکر هر گونه اشتراک مفهومی بین مثلاً اعتبار تولیت، اعتبار نظارت و اعتبار رهنان باشد، بلکه منکر مفهوم مشترکی به نام حق می باشد که این حق به معنای سلطنت یا چیز دیگر باشد، لذا برای ردّ نظر محقق اصفهانی باید اثبات کرد که این مفاهیم دارای مفهوم مشترکی به نام حق هستند و این طور نیست که حق در هر یک از این موارد به معنای مضافّ الیه آن باشد، بلکه حق، مستقلاً و بدون در نظر گرفتن مضافّ الیه آن دارای مفهوم است که این مفهوم در تمام موارد آن واحد است. (امیرخانی)

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۵: لا ینبغی الریب فی أن الحکم و الحق متحدان حقیقه، لأن قوامها بالاعتبار الصرف. و توضیح ذلك: أن المجعولات الشرعیه علی سته أقسام: (۱) التکلیفی الإلزامی، کالواجبات و المحرمات. (۲) التکلیفی غیر الإلزامی. کالمستحبات و المكروهات و المباحات. (۳) الوضعی اللزومی الذی یقبل الانفساخ. کالبیع و الإجاره و الصلح و نحوها، فإنها و إن كانت لازمه فی نفسها. و لكنها تنفسخ بالإقاله و نحوها. (۴) الوضعی اللزومی الذی لا یقبل الانفساخ، کالزواج، فإنه لا ینفسخ إلا- فی موارد خاصه. (۵) الوضعی الترخیصی الذی یقبل الاسقاط، کحق الشفعه و حق الخيار، فلصاحب الحق أن یرفع یده عن حقه و یسقطه. (۶) الوضعی الترخیصی الذی لا یقبل الاسقاط، کالجواز فی الهبه، فإنه حکم مجعول للشارع. و لا یرتفع بالإسقاط. و هذه الأمور الاعتباریه و إن اختلفت من حیث الآثار اختلافاً واضحاً، و لكنها تشارك فی أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسیم المجعول الشرعی أو العقلانی إلى الحق و الحکم لکی نحتاج إلى بیان الفارق بینهما. بل کلها حکم شرعی، أو عقلانی قد اعتبر لمصالح خاصه. بناء علی مسلك العدلیه من تبعیه الأحکام للملاکات الواقعیه. نعم تختلف هذه الأحکام فی الأثر- كما أشرنا إليه قریباً- اختلافاً ظاهراً. فبعضها یقبل الاسقاط. و بعضها لا یقبله و السر فی هذا الاختلاف هو أن زمام تلك

الأمر بيد الشارع حدوثا وبقاء فقد يحكم ببقائه، كما حكم بحدوثه، وقد يحكم بارتفاعه و لو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما. نعم المتبع في ذلك- في مقام الإثبات- هو الأدلة الشرعية. و على الجملة: إن الجواز و اللزوم الوضعيين. كالجواز و اللزوم التكليفيين، فان جميعها من الأحكام الشرعية و لا- تفاوت في ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها. فاعطف نظرك هل ترى farkا بين جواز قتل المشرك- الذي يسمى حكما شرعيا- و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل الذي يسمى حقا شرعيا، لقبوله الإسقاط. ثم أرجع البصر كرتين هل ترى farkا بين حق الحضانه و الأبوه، و الولايه و أشباهها مما لا يقبل الإسقاط، و بين حق الشفعه و حق الخيار القابلين للإسقاط، فافهم و اغتنم. و من الغريب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبيان fark بين الحق و الحكم، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبديهايات، زعما منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس، و أبين من الأمس، و ذكر جماعه: أن الحق مرتبه ضعيفه من الملكيه، و صاحبه مالك لشيء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصه في فعل شيء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك. و ذكر طائفه: أن الحق ما يقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئا من هذه الأمور. إلى غير ذلك مما ذكروه في هذا المقام. و لكنك قد عرفت: أنه لا يرجع شيء من ذلك إلى محصل. نعم لا مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفه من الأحكام: و هي التي تقبل الإسقاط، إذ لا- مشاحه في الاصطلاح. و أظن- و إن كان الظن لا يغنى من الحق شيئا- أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء في حقيقه الحق و الحكم. و بيان fark بينهما. و الله العالم. و مما يدل على اتحاد الحق و الحكم أن لفظ (الحق) في اللغه بمعنى الثبوت. و لذا يصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له، سواء أ كان تقررا تكوينيا أم كان اعتباريا. و هو بهذا المعنى قد استعمل في عده موارد من الكتاب العزيز و من هنا يصح إطلاق كلمه (الحق) على الخبر الصادق، لثبوت مضمونه في الواقع. و لهذا أيضا يطلق الحق- بقول مطلق- على الله تعالى، لبطلان غيره في جنبه سبحانه... و إذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعيه. بل جميع الأمور الثابته في أى صقع من الأصقاع، فلا- وجه لتخصيصه بالأحكام فضلا عن تخصيصه بحصه خاصه منها.

سزاوار نیست کسی شک کند در این که حقیقت حق و حکم واحد است؛ چون قوام هر دو به اعتبار صرف است و هر دو امری اعتباری هستند.

تبیین سید خویی قدس سره - بر نظریه ی وحدت حقیقت حق و حکم

سید خویی در توضیح وحدت حقیقت حق و حکم می فرماید: مجعولات شرعیه شش قسم است:

۱. تکلیفی الزامی، مانند واجبات و محرمات.
۲. تکلیفی غیر الزامی، مانند مستحبات، مکروهات و مباحات.
۳. وضعی لزومی که قابل انفساخ است، مانند بیع و اجاره که لازم است ولی قابل انفساخ به إقاله و نحو آن است.
۴. وضعی لزومی غیر قابل انفساخ، مانند عقد نکاح که جز در موارد نادری قابل انفساخ نیست و تنها راه ازاله ی زوجیت، طلاق است.
۵. وضعی ترخیصی قابل اسقاط، مانند حق شفعه و حق خیار که ذو الحق می تواند آن را اسقاط کند.
۶. وضعی ترخیصی غیر قابل اسقاط، مانند جواز در هبه که اگر کسی هبه ی غیر معوضه به غیر رحم کرد مادامی که عین آن باقی است ترخیص در رجوع دارد و این ترخیص قابل اسقاط نیست.

سید خویی قدس سره - می فرماید: این مجعولات گرچه از حیث آثار با هم اختلاف دارند، ولی در این که قوام همه ی آن ها به اعتبار محض است مشترکند.

بنابراین وجهی برای تقسیم این مجعولات شرعی یا عقلائی به حق و حکم وجود ندارد تا دنبال بیان فارق بین آن ها باشیم، بلکه همه ی آن ها حکم شرعی یا عقلائی است که برای مصالح خاصی بنابر مسلک عدلیه که احکام تابع مصالح است اعتبار شده است.

ملاحظات بر کلام سید خویی قدس سره -

اولاً: فرمودید: از آن جا که قوام مجعولات شرعی و عقلایی به اعتبار محض است، پس حقیقت واحد دارند؛ گرچه از حیث آثار متفاوتند.

می گوئیم: این کلام شما نظیر کلام بعض عرفا در وحدت شخصی وجود است که فائند چون همه ی موجودات به وجود قائمند پس دارای یک حقیقتند و یک حقیقت (وجود) در همه ی هستی منبسط شده است؛ از وجود حق تعالی گرفته تا دون ترین موجودات، هر چند با کثراتی اعتباری در مقام تجلی.

بنابراین همان اشکالی که خود شما بر نظریه ی وحدت شخصی وجود وارد کردید که معنای محصل و معقولی ندارد (۱) یعنی این که بگوئیم وجود واحد

۱- التنقیح فی شرح العروه الوثقی، الطهاره، ج ۲، ص ۸۱: القائل بوحده الوجود إن أراد أن الوجود حقیقه واحده و لا تعدد فی حقیقه و أنه كما يطلق علی الواجب كذلك يطلق علی الممكن، فهما موجودان و حقیقه الوجود فیهما واحده و الاختلاف إنما هو بحسب المرتبه، لأن الوجود الواجبی فی أعلى مراتب القوه و التمام و الوجود الممكنی فی أنزل مراتب الضعف و النقصان و إن كان كلاهما موجوداً حقیقه و أحدهما خالق للآخر و موجد له، فهذا فی الحقیقه قول بكثره الوجود و الموجود معاً نعم حقیقه الوجود واحده، فهو مما لا يستلزم الكفر و النجاسه بوجه بل هو مذهب أكثر الفلاسفه بل مما اعتقده المسلمون و أهل الكتاب و مطابق لظواهر الآيات و الأدعیه، فترى أنه (علیه السلام) يقول: «أنت الخالق و أنا المخلوق و أنت الرب و أنا المربوب» و غیر ذلك من التعابیر الداله علی أن هناك موجودین متعدّدين أحدهما موجد و خالق للآخر، و یعتبر عن ذلك فی الاصطلاح بالتوحید العامی. و إن أراد من وحده الوجود ما یقابل الأول و هو أن یقول بوحده الوجود و الموجود حقیقه و أنه لیس هناك فی الحقیقه إلماً موجود واحد و لكن له تطورات متكثره و اعتبارات مختلفه، لأنه فی الخالق خالق و فی المخلوق مخلوق كما أنه فی السماء سماء و فی الأرض أرض و هكذا، و هذا هو الذی یقال له توحید خاص الخاص و هذا القول نسبه صدر المتألّهین إلى بعض الجهله من المتصوفین، و حکى عن بعضهم أنه قال: لیس فی جبتى سوى الله، و أنکر نسبتبه إلى أكابر الصوفیه و رؤسائهم، و إنكاره هذا هو الذی یساعده الاعتبار فان العاقل کیف یصدر منه هذا الكلام و کیف یلتزم بوحده الخالق و مخلوقه

و يدعى اختلافهما بحسب الاعتبار. و كيف كان فلا- إشكال في أن الامتزام بذلك كفر صريح و زندقه ظاهره، لأنه إنكار للواجب و النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) حيث لا امتياز للخالق عن المخلوق حينئذ إلاً بالاعتبار، و كذا النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) و أبو جهل مثلاً متّحداً في الحقيقة على هذا الأساس و إنما يختلفان بحسب الاعتبار. و أما إذا أراد القائل بوحده الوجود أن الوجود واحد حقيقه و لا- كثره فيه من جهة و إنما الموجود متعدّد، و لكنه فرق بين موجوديه الوجود و بين موجوديه غيره من الماهيات الممكنه، لأنّ إطلاق الموجود على الوجود من جهة أنه نفس مبدأ الاشتقاق و أمّا إطلاقه على الماهيات الممكنه فإنما هو من جهة كونها منتسبه إلى الموجود الحقيقي الذي هو الوجود لا من أجل أنها نفس مبدأ الاشتقاق و لا من جهة قيام الوجود بها حيث إن للمشتق إطلاقاً فقد يحمل على الذات من جهة قيام المبدأ به كما في زيد عالم أو ضارب لأنّه بمعنى من قام به العلم أو الضرب، و أخرى يحمل عليه لأنه نفس مبدأ الاشتقاق كما عرفته في الوجود و الموجود، و ثالثه من جهة إضافته إلى المبدأ نحو إضافه و هذا كما في اللّابن و التامر لضروره عدم قيام اللّبن و التمر بيئتهما إلاً أنّ البائع لما كان مسنداً و مضافاً إليهما نحو إضافه و هو كونه بائعاً لهما، صح إطلاق اللّابن و التامر على بائع التمر و اللّبن، و إطلاق الموجود على الماهيات الممكنه من هذا القبيل، لأنه بمعنى أنها منتسبه و مضافه إلى الله سبحانه بإضافه يعبر عنها بالإضافه الإشراقية فالموجود بالوجود الانتسابي متعدّد و الموجود الاستقلالي الذي هو الوجود واحد. و هذا القول منسوب إلى أذواق المتألهين، فكأن القائل به بلغ أعلى مراتب التأله حيث حصر الوجود بالواجب سبحانه، و يسمّى هذا توحيداً خاصياً. و لقد اختار ذلك بعض الأكابر ممن عاصرناهم و أصرّ عليه غاية الإصرار مستشهداً بجملة وافر من الآيات و الأخبار حيث إنّه تعالى قد أطلق عليه الموجود في بعض الأدعيه و هذا المدعى و إن كان أمراً باطلاً في نفسه لابتناؤه على أصله الماهية على ما تحقّق في محلّه و هي فاسده لأنّ الأصل هو الوجود إلاً انه غير مستتبع لشيء من الكفر و النجاسة و الفسق. بقي هناك احتمال آخر و هو ما إذا أراد القائل بوحده الوجود وحده الوجود و الموجود في عين كثرتهما فيلتزم بوحده الوجود و الموجود و أنه الواجب سبحانه إلاً أن الكثرات ظهورات نوره و شؤونات ذاته، و كل منها نعت من نعوته و لمعه من لمعات صفاته و يسمّى ذلك عند الاصطلاح بتوحيد أخصّ الخواص، و هذا هو الذي حقّقه صدر المتألهين و نسبه إلى الأولياء و العرفاء من عظماء أهل الكشف و اليقين قائلاً: بأن الآن حصص الحق و اضمحلت الكثره الوهميه و ارتفعت أغاليط الأوهام، إلاً أنه لم يظهر لنا إلى الآن حقيقه ما يريدونه من هذا الكلام. و كيف كان فالقائل بوحده الوجود بهذا المعنى الأخير أيضاً غير محكوم بكفره و لا بنجاسته ما دام لم يلتزم بتوال فاسده من إنكار الواجب أو الرساله أو المعاد. • فقه الشيعه، كتاب الطهاره، ج ٣، ص ١٤٨: حكم القائلين بوحده الوجود الاحتمالات- أو الأقوال- في وحده الوجود أربعة: أحدها: و هو المسمّى عند الفلاسفه بالتوحيد العامي ان يقال بكثره الوجود و الموجود، بمعنى أن يكون للوجود حقيقه واحده، بحيث لا تعدد في أصل حقيقته، فيطلق على الواجب و الممكن على حدّ سواء، إلاً أن له مراتب مختلفه بالشده و الضعف، فالواجب في أعلى مراتب القوه و الشده، و الممكن في أدنى مراتب الضعف، و إن كان كلاهما موجودا حقيقه، و أحدهما خالق و الآخر مخلوق. و هذا القول لا- يوجب الكفر و النجاسة، بل هو ما عليه أكثر الناس و عامتهم، بل مما اعتقده المسلمون، و أهل الكتاب و عليه ظاهر الآيات و الأدعيه، كما ورد في بعضها: «أنت الخالق و أنا المخلوق، و أنت الربّ و أنا المربوب.» إلى غير ذلك مما يدل على تعدد الواجب و الممكن وجوداً. ثانيها: و هو المسمّى عندهم بتوحيد خاص الخاص أن يقال بوحده الوجود و الموجود في قبال القول الأول، أي ليس هناك إلاً موجود واحد، إلاً أن له أطواراً مختلفه، و شؤوناً متكثره، فهو في السماء سماء، و في الأرض أرض، و في الخالق خالق، و في المخلوق مخلوق، و هكذا. و هذا القول نسبه صدر المتألهين إلى بعض جهله الصوفيّه، حتّى قال: إنّه ليس في جبتى إلاً الله، و أنكر نسبه إلى أكابر الصوفيّه. و هذا القول مما لا يساعده العقل السليم، بل لا- ينبغى صدوره عن عاقل و كيف يلتزم بوحده الخالق و المخلوق، و يقال باختلافهما اعتباراً؟! إذ يلزمه القول بأن

الواجب و النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله واحد غير أنهما يختلفان بالاعتبار، كما أن النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و أبو جهل - مثلا - كذلك. و هذا القول يوجب الكفر و الزندقه، لأنه إنكار للواجب حقيقه. ثالثها: و هو توحيد خاصي أن يقال بوحده الوجود و كثره الوجود. و هو المنسوب إلى اذواق المتألهين، بزعمهم أنهم بلغوا أعلى مراتب التوحيد. و المراد به: ان الوجود بالوجود الاستقلالي و الحقيقي واحد، و هو الواجب سبحانه و تعالى، و إطلاق الوجود عليه إنما يكون من جهه أنه نفس مبدء الاشتقاق، إنما التعدد في الوجود بالوجود الانتسابي، و هي الممكنات بأسرها، حيث أنها منتسبه إلى الوجود الحقيقي نحو انتساب، و ليست هي متصفه بالوجود حقيقه، لعدم قيام المبدء بها. فلا يكون إطلاق الوجود على الممكن نظير إطلاق العالم على زيد القائم به العلم حقيقه، بل ينسب إلى الوجود الحقيقي لقيام المبدء بغيره، كما في اللابن و التامر. ضروره عدم قيام اللب و التمر ببايعهما، غير أن البائع لما كان مسندا و مضافا إليهما نحو إسناد و إضافه من جهه كونه بايعا لهما صح إطلاق اللابن و التامر على بايعهما، فكذلك الحال في إطلاق الوجود على الممكن. و قد إختار هذا القول بعض الأكابر ممن عاصرناهم. و كان مصرا عليه أشد الإصرار. مستشهدا له بجمله من الآيات و الأخبار و قد أطلق عليه تعالى في بعض الأدعيه انه الوجود. و هذا القول و إن كان باطلا- في نفسه، لابتناؤه على أصله الماهيّه المقر في محله بطلانها، إلا أنه لا يوجب الكفر و النجاسه، لعدم كونه منافيا للتوحيد، أو إنكارا لضروريّ الدين. رابعها: و هو توحيد أخص الخواص. أن يقال بوحده الوجود و الوجود في عين كثرتهما. و هذا إن أريد به الاختلاف بحسب المرتبه، و ان الوجود الحقيقي واحد، و هو الله سبحانه و تعالى، و باقى الموجودات المتكثره ظهورات نوره، و شئوناته ذاته، لأنها رشحات وجوديه ضعيفه منه تعالى و تقدس فهو راجع إلى القول الأول. و إن أريد به أن الوجود مع فرض وحدته الحقيقيه متكثر و متعدد بحسب المصاديق من دون رجوعه إلى اختلاف المراتب، فانا لم نتصوره إلى الان، و لم نتحققه مع كمال الدقه و التأمل. و قد صاحبت بعض العرفاء و أردت منه توضيح هذه المقاله صحيحه كانت أو فاسده فلم أتحصل منه معنى معقولا، لأنه لا يخلو عن المناقضه. و مع ذلك فقد إختاره و حققه صدر المتألهين، و نسبه إلى الأولياء و العرفاء من عظماء أهل الكشف و اليقين، مدّعيًا: أن الان حصحص الحق، و اضمحلت الكثره الوهميّه، و ارتفعت الأوهام. و لكن قد أشرنا إلى حقيقه الأمر في ذلك، و أنه على تقدير يرجع إلى القول الأول، و على التقدير الآخر ليس له معنى محصل معقول. و كيف كان فهو لا يوجب الكفر، لعدم استلزامه إنكار الواجب تعالى و تقدس. • الحكمه المتعاليه في الاسفار العقليه الاربعه، ج ٢، ص ٢٩٩: اعلم أيها السالك بأقدام النظر و الساعى إلى طاعه الله سبحانه و الانخراط في سلك المهيمين في ملاحظه كبرياته و المستغرقين في بحار عظمته و بهائه أنه كما أن الموجد لشيء بالحقيقه ما يكون بحسب جوهر ذاته و سنخ حقيقته فياضا بأن يكون ما بحسب تجوهر حقيقته هو بعينه ما بحسب تجوهر فاعليتها فيكون فاعلا بحتا- لا أنه شيء آخر يوصف ذلك الشيء بأنه فاعل فكذلك المعلول له هو ما يكون بذاته أثرا و مفاض لا شيء آخر غير المسمى معلولا يكون هو بالذات أثرا حتى يكون هناك أمران و لو بحسب تحليل العقل و اعتباره أحدهما شيء و الآخر أثر فلا يكون عند التحليل المعلول بالذات إلا أحدهما فقط دون الثاني إلا بضرب من التجوز دفعا للدور و التسلسل فالمعلول بالذات أمر بسيط كالعله بالذات و ذلك عند تجريد الالتفات إليهما فقط فإنا إذا جردنا العله عن كل ما لا يدخل في عليتها و تأثيرها- أى كونها بما هي عله و مؤثره و جردنا المعلول عن سائر ما لا يدخل في قوام معلوليتها- ظهر لنا أن كل عله عله بذاتها و حقيقته و كل معلول معلول بذاته و حقيقته. فإذا كان هذا هكذا يتبين و يتحقق أن هذا المسمى بالمعلول ليست لحقيقته هويه مباينه- لحقيقه عله المفيضه إياه حتى يكون للعقل أن يشير إلى هويه ذات المعلول مع قطع النظر عن هويه موجدتها فيكون هويتان مستقلتان في التعقل إحداهما مفيضه و الآخر مفاض إذ لو كان كذلك لزم أن يكون للمعلول ذات سوى معنى كونه معلولا لكونه متعقلا من غير تعقل علته و إضافته إليها و المعلول بما هو معلول لا يعقل إلا مضافا إلى العله فانفسخ ما أصلناه من الضابط في كون الشيء عله و معلولا هذا خلف

فإذن المعلول بالذات لا حقيقه له بهذا الاعتبار سوى كونه مضافا ولاحقا ولا معنى له غير كونه أثرا و تابعا من دون ذات تكون معروضه لهذه المعانى كما أن العله المفيضة على الإطلاق إنما كونها أصلا و مبدأ و مصمودا إليه و ملحوقا به و متبوعا هو عين ذاته فإذا ثبت تناهى سلسله الوجودات من العلل و المعلولات إلى ذات بسيطه الحقيقه النوريه الوجوديه متقدما عن شوب كثره و نقصان و إمكان و قصور و خفاء برىء الذات عن تعلق بأمر زائد حال أو محل خارج أو داخل و ثبت أنه بذاته فياض- و بحقيقته ساطع و بهويته منور للسموات و الأرض و بوجوده منشأ لعالم الخلق و الأمر تبين و تحقق أن لجميع الموجودات أصلا واحدا أو سنخا فarda هو الحقيقه و الباقي شئونه و هو الذات و غيره و أسماؤه و نعوته و هو الأصل و ما سواه أطواره و شئونه و هو الموجود و ما وراءه جهاته و حيثياته و لا يتوهم أحد من هذه العبارات أن نسبه الممكنات إلى ذات القيوم تعالى يكون نسبه الحلول هيئات أن الحاليه و المحليه مما يقتضيان الاثنينيه فى الوجود بين الحال و المحل. و هاهنا أى عند طلوع شمس التحقيق من أفق العقل الإنسانى المتنور بنور الهدايه و التوفيق ظهر أن لا ثانى للوجود الواحد الأحد الحق و اضمحلت الكسره الوهميه و ارتفعت أغاليط الأوهام و الآن حصحص الحق و سطع نوره النافذ فى هياكل الممكنات يقذف به على الباطل فيدمغه فإذا هو زاهق و للثنويين الويل مما يصفون إذ قد انكشف أن كل ما يقع اسم الوجود عليه و لو بنحو من الأنحاء فليس إلا شأنا من شئون الواحد القيوم و نعتا من نعوت ذاته و لمعه من لمعات صفاته فما وضعناه أولا أن فى الوجود عله و معلولا بحسب النظر الجليل قد آل آخر الأمر بحسب السلوك العرفانى- إلى كون العله منهما أمرا حقيقيا و المعلول جهه من جهاته و رجعت عليه المسمى بالعله و تأثيره للمعلول إلى تطوره بطور و تحيته بحيثيه لا انفصال شىء مابين عنه فأتقن هذا المقام الذى زلت فيه أقدام أولى العقول و الأفهام و أصرف نقد العمر فى تحصيله- لعلك تجد رائحه من مبتغاك إن كنت مستحقا لذلك و أهله.

شخصی است و افتراقات قابل ملاحظه نیست معنای محصل و معقولی ندارد؛ چون بدیهی است وجودها متکثر و متفاوتند، وجود عبد کجا و وجود حق تعالی کجا؟! بر کلامتان در این جا نیز وارد است؛ چون اعتبار، همان وجود فرضی است و اعتبار در عالم فرض به منزله ی وجود در عالم واقع است و معتبر آن به منزله ی ماهیت. پس همان طور که با تکثر موجودات، وحدت شخصی وجود

معقول نیست، با تفاوت معتبرها نیز وحدت اعتبار معقول نیست. (۱)

ثانیاً: فرمودید همه ی این مفاهیم در این قوام آن ها به اعتبار محض است مشترکند، لذا وجهی برای بیان فارق بین حق و حکم وجود ندارد.

می گوئیم: ملک نیز از مفاهیم اعتباری و مجعولات [عقلایی] است، در حالی که شما به طور مفصل درباره ی حقیقت ملک و فرق آن با حق بحث فرمودید (۲) و این نقض کلام خودتان است.

ثالثاً: مهم ترین بیانی که برای اثبات اتحاد حق و حکم ذکر کردید این بود که

۱- گرچه سید خویی قدس سره - به دنبال اثبات وحدت اعتبار نیستند و می خواهند بیان کنند که این مفاهیم چون اعتباری است، پس حقیقت واحدی دارد هر چند آن حقیقت به نحو کثرت اعتبار در مصادیق متعدد باشد یعنی همان طور که وجوب و استحباب دو حکم با دو اعتبار جداگانه است ولی حقیقت هر دو، حکم است، سایر مجعولات شرعی و عقلایی نیز حقیقتشان حکم است هر چند اعتبار جداگانه دارند و آثارشان متفاوت است ولی در صورتی می توانند از اعتباری بودن مفاهیم این نتیجه را بگیرند که قائل به وحدت اعتبار باشند و الا با کثرت اعتبار [که به منزله ی وجود در عالم واقع است] چگونه می توان به این نتیجه رسید که حقیقت مفاهیم اعتباری واحد است؟! بنابراین برای اثبات حقیقت واحد مفاهیم اعتباری ناچارند قائل به وحدت اعتبار نظیر وحدت وجود در عالم واقع شوند تا نتیجه بگیرند معتبرها نیز واحد است، که در این صورت همان اشکالی که خود ایشان بر مبنای وحدت وجود وارد کردند بر این مبنا نیز وارد است. علاوه آن که بحث در ما نحن فیه درباره ی حقیقت اعتبار که به منزله ی وجود در عالم واقع می باشد نیست، بلکه اگر بخواهیم تشبیه کنیم مانند بحث درباره ی مفاهیم ماهوی است؛ یعنی همان طور که با پذیرش مبنای وحدت وجود نمی توان منکر تفاوت ماهوی بین انسان، فرس، غنم، حجر و ... شد، در اعتباریات نیز با پذیرش مبنای وحدت اعتبار نمی توان منکر تفاوت مفهومی بین معتبرها شد و ادعای این که تفاوت مفهومی وجود ندارد بی دلیل است. (امیرخانی)

۲- درباره ی حقیقت ملک بعد از بحث مفصل به این نتیجه رسیدند که «سلطنت و احاطه ی اعتباری» است و فرق آن با حق را این طور ذکر کردند که «إن الفارق بین الحق و الحكم، و بین الملك: أن الأولین لا- یتعلقان إلا بالأفعال بخلاف الملك فإنه یتعلق بالأعیان تاره و بالأفعال اخری». (مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۵)

وقتی به دو مجعول شرعی نظیر هم که یکی حق است و دیگری حکم، نگاه می کنیم احساس تفاوت نمی کنیم؛ مثلاً بین جواز قتل مشرک که حکم شرعی است و سلطنت ولی دم بر قتل قاتل که حق شرعی است تفاوتی وجود ندارد [فقط تفاوتشان در آثار است که یکی قابل اسقاط و دیگری غیر قابل اسقاط است]. یا بین حق حضانت، ابوت و ولایت که قابل اسقاط نیست و بین حق خیار و شفعه که قابل اسقاط است هیچ فرقی وجود ندارد. تفاوت به قابلیت اسقاط و عدم قابلیت اسقاط نیز در واقع به اعتباری بودن این مفاهیم برمی گردد که به ید شارع است و شارع این طور اعتبار کرده است یعنی همانطور که اعتبار حدوداً به ید شارع است بقاء هم به ید شارع است و می تواند حکم را قابل اسقاط یا غیر قابل اسقاط جعل کند. آن حکم هایی که به نحو قابل اسقاط جعل می کند می توان از آن تعبیر به حق کرد پس حق و حکم هیچ تفاوتی ندارد و این که بعضی تفاوت حق و حکم را از اوضح واضحات و اظهر من الشمس و ابین من الأمس دانسته اند سخت در اشتباهند. (۱)

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۶: و هذه الأمور الاعتبارية و إن اختلفت من حيث الآثار اختلافاً واضحاً، و لكنها تترك في أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعي أو العقلاني إلى الحق و الحكم لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما. بل كلها حكم شرعي، أو عقلائي ... فاعطف نظرك هل ترى فارقاً بين جواز قتل المشرك - الذي يسمى حكماً شرعياً - و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل الذي يسمى حقاً شرعياً، لقبوله الاسقاط. ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقاً بين حق الحضانه و الأبوه، و الولايه و أشباهها مما لا يقبل الاسقاط، و بين حق الشفعه و حق الخيار القابلين للإسقاط، فافهم و اغتنم. و من الغريب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق و الحكم، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبديهيات، زعما منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس، و ابين من الأمس، و ذكر جماعه: أن الحق مرتبه ضعيفه من الملكيه، و صاحبه مالك لشيء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصه في فعل شيء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك. و ذكر طائفه: أن الحق ما يقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئاً من هذه الأمور. إلى غير ذلك مما ذكره في هذا المقام. و لكنك قد عرفت: أنه لا يرجع شيء من ذلك إلى محصل. نعم لا مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحاً بطائفه من الأحكام: و هي التي تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحه في الاصطلاح. و أظن - و إن كان الظن لا يغني عن الحق شيئاً - أن هذا الإطلاق صار سبباً لاختلاف العلماء في حقيقه الحق و الحكم و بيان الفارق بينهما. و الله العالم.

می‌گوییم: بالوجدان بین جواز قتل مشرک و حق قصاص احساس تفاوت می‌کنیم و آن این که در حق قصاص، نحوه‌ی اعتبار به گونه‌ای است که حیثیت نفع برای ذی‌الحق لحاظ شده؛ یعنی قصاص برای ولی دم و به نفع او جعل شده به همین خاطر می‌تواند حقیقتش را اسقاط کند به خلاف جواز قتل مشرک که گرچه در آن به نوعی دست مسلمان را باز گذاشته، اما در ماهیت آن، نفع مسلمان لحاظ نشده است.

به همین خاطر حق و حکم این تفاوت را دارند که در ماهیت حق، به نوعی دارایی برای ذی‌الحق لحاظ شده و «له» او جعل شده، ولی در ماهیت حکم چنین لحاظی نشده است، و اگر هم حکمی «له» کسی باشد، این انتزاع ذهن است و این طور نیست که در ماهیت آن لحاظ شده باشد و همین مقدار تفاوت در مفاهیم اعتباری کفایت می‌کند که ماهیتشان تفاوت داشته باشد.

تا این جا به این نتیجه رسیدیم که مفهوم حق دارای اشتراک معنوی است و این طور نیست که در هر موردی معنای متفاوتی داشته باشد و نیز معنای آن با ملک و حکم متفاوت است. مرحوم امام قدس سره - نیز تا این جا با ما هم گام هستند، ولی ایشان تبیینی در مورد این که حقیقت حق چیست نفرموده‌اند. اگر منظورشان این باشد که اصلاً حقیقت حق قابل تبیین نیست ما با سخن ایشان موافق نیستیم، ولی اگر منکر این نیستند که فی‌الجمله حق قابل تبیین است کلام ایشان با سخن ما مغایرتی ندارد.

نظریه ی مختار در تبیین حقیقت حق (ثبوت شایسته نا بایسته)

اشاره

قبلاً بیان کردیم که حق در لغت به معنای ثبوت است، ولی با دقت بیشتر در معنای حق و رجوع به ارتکازات عرفیه در موارد استعمال آن، می بینیم که علاوه بر ثبوت، معنای شایستگی و بایستگی نیز در حاق آن إشراب شده است.

به عنوان مثال در آیه ی شریفه ی (ذَلِكِ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ) (۱) کلمه ی «حق» معنایی فراتر از ثبوت را می خواهد افاده کند و آن این که ثبوت خداوند به نحو بایسته بوده و ضرورت دارد. یا در آیه ی شریفه ی (حَقِيقٌ عَلَيَّ أَنْ لَا أَقُولَ عَلَيَّ اللَّهُ إِلَّا الْحَقُّ) (۲) کلمه ی «حقیق» که از مشتقات حق است، واضح است که به معنای «سزاوار» می باشد، آن هم در حدّ ضرورت و بایستگی؛ یعنی بایسته است بر خدا نگویم جز آن چه ثابت است و شایسته.

وقتی به کتب لغت بیشتری رجوع کردیم دیدیم بعضی از لغویین نیز متوجه این معنا در کلمه ی حق شده اند؛ مثلاً خلیل بن أحمد فراهیدی در کتاب العین و صاحب بن عباد (۳) در المحيط فی اللغة «حَقَّ الأمر» را به «وَجَبَ الأمر» معنا کرده اند (۴).

۱- سوره ی مبارکه ی حج، آیه ی ۶: (ذَلِكِ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَ أَنَّهُ يُحْيِي الْمَوْتَى وَ أَنَّهُ عَلَيَّ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) • سوره ی مبارکه ی حج، آیه ی ۶۲: (ذَلِكِ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَ أَنَّ مَا يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ هُوَ الْبَاطِلُ وَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْعَلِيُّ الْكَبِيرُ) • سوره ی مبارکه ی لقمان، آیه ی ۳۰: (ذَلِكِ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَ أَنَّ مَا يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ الْبَاطِلُ وَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْعَلِيُّ الْكَبِيرُ)
 ۲- سوره ی مبارکه ی أعراف، آیه ی ۱۰۵: (حَقِيقٌ عَلَيَّ أَنْ لَا أَقُولَ عَلَيَّ اللَّهُ إِلَّا الْحَقَّ قَدْ جِئْتُكُمْ بِبَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِي إِسْرَائِيلَ)

۳- خلیل بن أحمد فراهیدی و صاحب بن عباد از بزرگان اهل لغت به شمار می روند و شیعه بوده اند. أشعار صاحب بن عباد در محبت اهل بیت - علیهم السلام - معروف است؛ مثلاً در شعری می گوید: لو شقّ عن قلبی یری وسطه سطران قد خطا بلا کاتب العدل و التوحید فی جانب و حبّ أهل البيت فی جانب • أمالی المرتضی، غرر الفوائد و درر القلائد، ج ۱، ص ۴۰۰: و قال الصحاب اسماعیل بن عباد: لو شقّ قلبی لرأوا وسطه سطرین قد خطا بلا کاتب العدل و التوحید فی جانب و حبّ أهل البيت فی جانب این شعر به شافعی نیز نسبت داده شده است: • الکشکول (للشیخ یوسف البحرانی)، ج ۲، ص ۹۰: مما نسب للشافعی: لو شقّ قلبی لرأوا وسطه خطین قد خطا بلا کاتب الشرع و التوحید فی جانب و حبّ أهل البيت فی جانب

۴- العین، ج ۳، ص ۶: الحَقُّ نقيض الباطل. حَقَّ الشیء یَحِقُّ حَقًّا أی وجب وجوبا. و تقول: یَحِقُّ علیک أن تفعل کذا، و أنت حَقِيقٌ علی أن تفعله. و حَقِيقٌ فعیل فی موضع مفعول. و قول الله عزّ و جلّ حَقِيقٌ عَلَيَّ أَنْ لَا أَقُولَ معناه مَحْقُوقٌ کما تقول: واجب ... و الحَقِيقَه: ما یصیر إليه حَقُّ الأمر و وجوبه. و بلغت حَقِيقَه هذا: أی یقین شأنه. • المحيط فی اللغة، ج ۲، ص ۲۸۶: الحَقُّ: نَقِیضُ الْبَاطِلِ، وَ الْحَقُّهُ: مِثْلُهُ، هَذِهِ حَقَّتْ: أی حَقَّتْ. وَ حَقَّ الشَّيْءُ: وَجَبَ، یَحِقُّ وَ یَحِقُّ، وَ هُوَ حَقِيقٌ وَ مَحْقُوقٌ. وَ بَلَّغْتُ حَقِيقَه الْأَمْرِ: أی یَقِینُ شَأْنَهُ. وَ أَحَقَّ الرَّجُلُ: قَالَ حَقًّا؛ أَوْ ادَّعَى حَقًّا فَوَجَبَ لَهُ، مِنْ قَوْلِهِ عَزَّ وَ جَلَّ: لِيُحِقَّ الْحَقَّ. • تهذیب اللغة، ج ۳،

ص ٢٤١: قال الليث: الحقّ: نقيض الباطل، تقول: حقّ الشيء يُحقّ حقّاً معناه: وجب يجب وجوباً.

که «وجوب» به معنای «ضرورت» و همان «بایستگی» در زبان فارسی است. هرچند به نظر ما «وجوب» و «بایستگی» به تنهایی نمی‌توانند مبین معنای حق باشد، بلکه ترکیبی از «ثبوت» و «اولویت» معنای حق را تشکیل می‌دهد. و مراد از اولویت معنای کشش دار و جامعی از «شایستگی تا بایستگی» است.

در میان لغویین هم فیومی در المصباح المنیر (۱) این دو را با هم ذکر کرده است: «حق الشیء إِذَا وَجَبَ وَ ثَبَّتَ». هم چنین ابن فارس در معجم مقاییس اللغه (۲) حق را به «إحکام الشیء و صحته» (۳) معنا کرده که می توان گفت ایشان هم به نوعی بین دو معنای ثبوت و وجوب تلفیق کرده که همان إحکام باشد؛ «حَقُّ الأَمْرِ» أى أَحکَم الأَمْرِ.

منشأ پیدایش حق اعتباری و تفاوت آن با حق نفس الامری

به هر حال معنای لغوی حق ترکیبی از ثبوت و اولویت است. مُدِرِک ثبوت و اولویت [برای متعلق حق] گاهی عقل نظری است؛ مانند (ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ)

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۱، ص ۱۴۳: الْحَقُّ: خِلَافُ الْبَاطِلِ وَ هُوَ مَصْدَرٌ (حَقَّ) الشَّيْءُ مِنْ يَابِئِ ضَرَبَ وَ قَتَلَ إِذَا وَجَبَ وَ ثَبَّتَ وَ لِهَذَا يُقَالُ لِمَرَاةٍ الدَّارِ (حُقُوقُهَا) وَ (حَقَّتِ) الْقِيَامَةُ (تَحَقُّ) مِنْ بَابِ قَتَلَ أَحَاطَتْ بِالْخَلَائِقِ فَهِيَ (حَاقَّةٌ) وَ مِنْ هُنَا قِيلَ (حَقَّتِ) الْحَاجَةُ إِذَا نَزَلَتْ وَ اشْتَدَّتْ فَهِيَ (حَاقَّةٌ) أَيْضاً وَ (حَقَقْتُ) الأَمْرَ (أَحَقُّهُ) إِذَا تَيَقَّنْتَهُ أَوْ جَعَلْتَهُ ثَابِتاً لَازِماً وَ فِي لُغَةِ بَنِي تَمِيمٍ (أَحَقَّقْتُهُ) بِالْأَلْفِ وَ حَقَّقْتُهُ بِالتَّثْوِيلِ مُبَالَغَةً وَ (حَقِيقَةُ) الشَّيْءِ مُنْتَهَاهُ وَ أَصْلُهُ الْمُشْتَمِلُ عَلَيْهِ وَ فُلَانٌ (حَقِيقٌ) بِكَذَا بِمَعْنَى خَلِيقٍ وَ هُوَ مَا خُوذُ مِنَ الْحَقِّ الثَّابِتِ وَ قَوْلُهُمْ هُوَ (أَحَقُّ) بِكَذَا يُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَيْنِ أَحَدُهُمَا اخْتِصَاصُهُ بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ مُشَارَكَةٍ نَحْوُ زَيْدٌ (أَحَقُّ) بِمَالِهِ أَيْ لَا حَقَّ لِغَيْرِهِ فِيهِ وَ الثَّانِي أَنْ يَكُونَ أَفْعَلَ التَّفْضِيلِ فَيَقْتَضِي اشْتِرَاكَهُ مَعَ غَيْرِهِ وَ تَرْجِيحُهُ عَلَى غَيْرِهِ كَقَوْلِهِمْ زَيْدٌ أَحْسَنُ وَجْهاً مِنْ فُلَانٍ وَ مَعْنَاهُ ثُبُوتُ الْحُسْنِ لَهُمَا وَ تَرْجِيحُهُ لِلأَوَّلِ قَالَه الأَزْهَرِيُّ وَ غَيْرُهُ وَ مِنْ هَذَا الْبَابِ. • أساس البلاغه، ص ۱۳۵: قال أبو زيد: حَقَّ اللهُ الأَمْرَ حَقًّا: أثبتته و أوجبه.

۲- معجم مقاییس اللغه سعی در پیدا کردن اصل و ریشه ی لغات دارد و بیان می کند که اولاً: این اصل صحیح است یا نه، و ثانیاً: آیا معنای اصل واحد است و برای یک معنا وضع شده یا این که متعدد و به نحو مشترک لفظی است. مثلاً درباره ی حق می گوید: «أصل واحد» یعنی حق از ابتدا برای یک معنا وضع شده و اشتراک لفظی ندارد و اگر بعداً در معنای دیگری استعمال شده باشد، به مناسبت منتقل شده است.

۳- معجم مقاییس اللغه، ج ۲، ص ۱۵: حق الحاء و القاف أصل واحد، و هو يدل على إحکام الشیء و صحته. فالحق نقيض الباطل، ثم يرجع كل فرع إليه بجموده الاستخراج و حسن التلفيق و يقال حَقَّ الشیء و وجب.

که عقل نظری درک می کند خداوند ثابت و ضروری است و گاهی عقل عملی است؛ مانند (حَقِيقٌ عَلٰی اَنْ لَا اَقُوْلَ عَلٰی اللّٰهِ اِلَّا الْحَقُّ) که ثابت و واجب است (حقیق) به حسب درک عقل عملی که بر خدا جز حق نگوییم. بعضی موارد هم ممکن است ترکیبی از درک عقل عملی و عقل نظری باشد، مانند «حَقٌّ عَلَیْهِ کَلِمَةُ الْعَذَابِ»^(۱) یعنی ثابت است تکویناً به حسب عقل نظری و سزاوار است به حسب عقل عملی. چنین حقوقی را حقوق نفس الامری می خوانیم در مقابل حقوق اعتباری که نفس الامری ندارد تا عقل نظری یا عملی آن را درک کند، بلکه صرف مواضعه و قرارداد است که انسان با نسخه برداری از تکوین و حقوق نفس الامریه، به حسب نیازها و احتیاجاتی که دارد، شبیه آن را در عالم اعتبار وضع می کند و «ثبوت» و «شایستگی و بایستگی» در همان عالم اعتبار پدید می آید.

تفاوت دیگری که حقوق اعتباری با حقوق نفس الامری دارد آن است که در حقوق اعتباری حیثیت انتفاع ذی الحق در نفس اعتبار حق لحاظ شده، لذا اگر اعتباری ثبوت و وجوب داشته باشد اما حیثیت انتفاع ذی الحق در آن لحاظ نشده باشد، آن مقدار که ما تتبع کردیم نسبت به آن حق اعتباری صدق نمی کند، اما در حقوق نفس الامری لازم نیست ذو الحق منتفع شود.

نکته ای که در حقوق اعتباری لازم است به خاطر خفاء آن بر بعضی مورد توجه قرار گیرد آن است که حقوق اعتباری گرچه همه اعتبارند، ولی به خاطر تفاوت معتبرهایشان با یکدیگر، هویتشان متفاوت بوده و هر اعتباری غیر از اعتبار دیگر است؛ مثلاً اعتبار حق در مثل حضانت، ولایت، شفعه، خیار و ... با هم متفاوت است؛ چراکه هر اعتباری متقوم به معتبر خود بوده نظیر مفاهیم حقیقی ذات اضافه که

۱- سوره ی زمر، آیه ی ۱۹: (أَفَمَنْ حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذَابِ أَفَأَنْتَ تُنقِذُ مَنْ فِي النَّارِ)

بدون متعلق معنا ندارند؛ مثل شوق و محبت که بدون مشتاق الیه و محبوب معنا ندارد و با تفاوت معتبر، اعتبار نیز متفاوت می شود، هر چند از این جهت که در همه ی این حقوق، اعتبار ثبوت شایسته تا بایسته و به نوعی رعایت نفع ذی الحق در آن ها لحاظ شده، در این جهت با هم مشترکند (۱) و متباین به تمام ذات نیستند. (۲)

آیا در حاقّ حقّ، علاوه بر لحاظ «له»، جنبه ی «علیه» نیز لحاظ شده است؟

بیان کردیم در حقوق اعتباری حیثیت «له» و انتفاع ذی الحق در نفس اعتبار حق لحاظ شده است، سؤالی که این جا مطرح می شود آن است که آیا حیثیت «علیه» نیز در حاق حق لحاظ شده یا خیر؟

ممکن است کسی بگوید: از کلام امیر المؤمنین علیه السلام - در نهج البلاغه استفاده می شود حیثیت «علیه» نیز در حق لحاظ شده؛ چون می فرمایند: هیچ حقی برای کسی و به نفع وی جاری نشده، مگر این که علیه او نیز جاری شده است و هیچ حقی علیه کسی جاری نشده، مگر آن که برای او و به نفع او نیز جاری شده است.

أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِي عَلَيْكُمْ حَقًّا بَوْلَايِهِ أَمْرِكُمْ وَ لَكُمْ عَلَيَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِي لِي عَلَيْكُمْ [وَ الْحَقُّ] فَالْحَقُّ أَوْسَعُ الْأَشْيَاءِ فِي

۱- بر خلاف محقق اصفهانی قدس سره - که فرمود حق در هر موردی به معنای همان مورد است و کلمه ی حق در این موارد به نحو اشتراک لفظی است.

۲- در حقوق نفس الامری نیز حق احتیاج به متعلق دارد و به تغایر متعلقش حق نیز در آن جا متفاوت است و از این جهت فرقی با حقوق اعتباری ندارد؛ مثلاً در «الله حق»، «الجنه حق»، «النار حق» و ... متعلق حقوق با هم متفاوت است و در غیر مشترکات (ثبوت و وجوب) با هم تفاوت دارند. همچنین با سایر مفاهیم اعتباری مانند ملک و حکم نیز از این جهت تمایزی ندارد؛ چون ملک و حکم نیز احتیاج به متعلق دارد و با تفاوت متعلق، تفاوت پیدا می کند. (امیرخانی)

التَّوَاصُفِ وَ أَضَيَّقُهَا فِي التَّنَاصُفِ (١) لَا يَجْرِي لِأَحَدٍ إِلَّا جَرَى عَلَيْهِ (٢) وَ لَا

١- در نسخه ی کافی چنین نقل شده است: • الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٨، ص ٣٥٢: عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ الْمُؤَدَّبُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ خَالِدٍ وَ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ التَّمِيمِيِّ جَمِيعاً عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مِهْرَانَ قَالَ حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْحَارِثِ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: خَطَبَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ - النَّاسَ بِصِفَيْنِ فَحَمِدَ اللَّهَ وَ أَثْنَى عَلَيْهِ وَ صَلَّى عَلَى مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ ٩ ثُمَّ قَالَ: أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى لِي عَلَيْكُمْ حَقًّا بَوْلَايِهِ أَمْرِكُمْ وَ مَنَزِلَتِي الَّتِي أَنْزَلَنِي اللَّهُ عَزَّ ذِكْرَهُ بِهَا مِنْكُمْ وَ لَكُمْ عَلَيَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِي لِي عَلَيْكُمْ وَ الْحَقُّ أَجْمَلُ الْأَشْيَاءِ فِي التَّوَاصُفِ وَ أَوْسَعُهَا فِي التَّنَاصُفِ لِأَحَدٍ إِلَّا جَرَى عَلَيْهِ وَ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ إِلَّا جَرَى لَهُ وَ لَوْ كَانَ لِأَحَدٍ أَنْ يَجْرِيَ ذَلِكَ لَهُ وَ لَمَا يَجْرِي عَلَيْهِ لَكَانَ ذَلِكَ لِلَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ خَالِصاً دُونَ خَلْفِهِ ... • مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، ج ٢٦، ص ٥١٧: الحديث ضعيف بعبد الله بن الحارث، و أحمد بن محمد معطوف على علي بن الحسن و هو العاصمي، و التيمي هو ابن فضال، و قل من تفتن لذلك ... قوله عليه السلام -: «و الحق أجمل الأشياء في التواصف» أي وصفه جميل، و ذكره حسن، يقال: تواصفوا الشيء أي وصف بعضهم لبعض، و في بعض النسخ [التراصف] بالراء المهملة و التراصف تنزيد الحجاره بعضها ببعض أي أحسن الأشياء في إحكام الأمور و إتقانها «و أوسعها في التناصف» أي إذا أنصف الناس بعضهم لبعض فالحق يسعه و يحتمله، و لا يقع للناس في العمل بالحق ضيق. و في نهج البلاغه «فالحق أوسع الأشياء في التواصف، و أضيقتها في التناصف» أي إذا أخذ الناس في وصف الحق و بيانه كان لهم في ذلك بحال واسع لسهولته على ألسنتهم، و إذا حضر التناصف بينهم فطلب منهم ضاق عليهم المجال لشده العمل بالحق و صعوبه الإنصاف. • شرح الكافي (للمولى صالح المازندراني)، ج ١٢، ص ٤٧٧: قوله (و الحق أجمل الأشياء في التواصف) أي في أن يصفه بعضهم لبعض و يذكر كل واحد للآخر نعتة لينشر و يرغب فيه (و أوسعها في التناصف) أي في انصاف بعضهم بعضا من نفسه و العمل به فان فيه سعه العيش و حسن النظام و في نهج البلاغه «أوسع الأشياء في التواصف و أضيقتها في التناصف» معناه أنه اذا أخذ الناس في وصف الحق و بيانه كان لهم في ذلك مجال واسع لسهولته على ألسنتهم و اذا حضر التناصف بينهم فطلب منهم ضاق عليهم المجال لشده العمل بالحق و صعوبه الانصاف به لاستلزام ترك بعض المطالب المحبوه لهم، ثم اكد ما سبق بان سنه الله جاريه على أن من له حقا على الغير كان لذلك الغير أيضا حق عليه فقال ...

٢- شرح الكافي (للمولى صالح المازندراني)، ج ١٢، ص ٤٧٧: (لا يجرى لاحد إلا جرى عليه و لا يجرى عليه ان جرى له) أشار بالحصر الاول الى أن كون الحق لاحد لا- يفارق من كونه عليه، و بالحصر الثاني الى عكس ذلك ليفيد التلازم بين الحقيين تسكيننا لنفوسهم بذكر الحق لهم و توطينا لها على الوفاء به اذ هو لا يترك حقهم فيجب أن لا يتركوا حقه ثم أثبت الحصرين بقياس شرطي استثنى نقيض تاليه لينتج نقيض مقدمه و هو (لو كان لاحد أن يجرى ذلك) أي الحق له (و لا يجرى عليه لكان ذلك لله عز و جل خالصا دون خلقه) اذ الخلق لعجزهم يحتاج كل واحد الى الاخر فلا محاله اذا كان لاحدهم حق على الغير كان للغير أيضا حق عليه و تبين الملازمه. قوله (لقدرته على العباد) فيقدر على ابقائهم و افنائهم و أخذ حقه و الانصاف منهم و ليس لهم أن يقولوا لا- نعطي حقتك حتى تعطى حقنا، فيقال لهم أي حق لكم عليه و أنتم و كل مالكم من حقوقه عليكم (و لعدله في كل ما جرت عليه ضروب قضائه) مثل الفقر و المصيبة و المرض و أمثالها فان القضاء بجميع ذلك مصلحه و حق عليهم و ليس لهم في مقابله حق عليه و أيضا هو عادل يفعل ما ينبغي فلو أجرى أن له حقا عليهم لا عليه لكان عدلا، ثم أشار

الى استثناء نقيض التالى باستثناء ملزومه.

يَجْرِي عَلَيْهِ إِلَّا جَرَى لَهُ وَ لَوْ كَانَ لِأَحَدٍ أَنْ يَجْرِيَ لَهُ وَ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ لَكَانَ ذَلِكَ خَالِصًا لِلَّهِ سُبْحَانَهُ دُونَ خَلْقِهِ. (۱)

همانا خداوند متعال حقی را برای من بر عهده ی شما قرار داده که همان ولایت امر شماست و برای شما هم حقی بر عهده ی من است مثل حقی که من بر شما دارم. حق وسیع ترین اشیاء هنگام وصف است [سخن گفتن درباره ی حق آسان است] و محدودترین اشیاء در مرحله ی انصاف است [کمتر کسی به آن عمل می کند]. حق به نفع کسی جاری نمی شود مگر

۱- نهج البلاغه (للصباحی صالح)، خطبه ی ۲۱۹، ص ۳۳۲: أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِي عَلَيْكُمْ حَقًّا بِوَلَايَةِ أَمْرِكُمْ وَ لَكُمْ عَلَيَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِي لِي عَلَيْكُمْ- [وَ الْحَقُّ] فَالْحَقُّ أَوْسَعُ الْأَشْيَاءِ فِي التَّوَاصُفِ وَ أَضْيَقُهَا فِي التَّنَاصُفِ لَا يَجْرِي لِأَحَدٍ إِلَّا جَرَى عَلَيْهِ وَ لَمَّا يَجْرِي لَهُ وَ لَوْ كَانَ لِأَحَدٍ أَنْ يَجْرِيَ لَهُ وَ لَمَّا يَجْرِي عَلَيْهِ لَكَانَ ذَلِكَ خَالِصًا لِلَّهِ سُبْحَانَهُ دُونَ خَلْقِهِ لِقُدْرَتِهِ عَلَيَّ عِبَادِهِ وَ لِعَدْلِهِ فِي كُلِّ مَا جَرَتْ عَلَيْهِ صُرُوفُ قَضَائِهِ وَ لِكِنَّهُ سُبْحَانَهُ جَعَلَ حَقَّهُ عَلَيَّ الْعِبَادِ أَنْ يُطِيعُوهُ وَ جَعَلَ جَزَاءَهُمْ عَلَيَّ مُضَاعَفَةً الثَّوَابِ تَفْضُلًا مِنْهُ وَ تَوْسَعًا بِمَا هُوَ مِنَ الْمَزِيدِ أَهْلُهُ.

این که علیه او هم جاری شده است، هم چنین علیه کسی جاری نمی شود مگر این که به نفع او هم جاری شده است. و اگر حقی باشد که به نفع کسی جاری باشد اما علیه او جاری نباشد، اختصاص به خداوند متعال دارد.

در پاسخ می گوییم: حضرت با این کلام تنها در مقام بیان آثار حق هستند و توضیح این که اگر من بر شما حق دارم شما نیز بر من حق دارید و کلاً هر جا کسی حقی دارد علیه او نیز حقی وجود دارد، ولی در صدد این نیستند که بفرمایند این در حاق حق لحاظ شده است.

بعضی هم گفته اند: هر جا که حقی برای کسی اعتبار می شود، دیگران نسبت به آن «علیه الحق» محسوب می شوند؛ مثلاً حق تحجیر که برای محجّر است، این حق «علیه» دیگران است؛ چون آنان را از مزاحمت با ذی الحق منع می کند.

در پاسخ می گوییم: بله! لازمه ی چنین حقی برای محجّر آن است که دیگران نمی توانند مزاحمت در مقابل حق او که آباد کردن آن زمین است ایجاد کنند، ولی این در حاق اعتبار حق لحاظ نشده و در ذات و ماهیت حق نهفته نیست. بلکه فقط از لوازم اعتبار حق برای ذی الحق است. بنابراین در حاق حق علاوه بر ثبوت شایسته تا بایسته، فقط حیثیت نفع ذی الحق لحاظ شده و چیز دیگری لحاظ نشده است.

با روشن شدن ماهیت حق که عبارتست از: «ثبوت شایسته تا بایسته که به نوعی منفعت برای ذی حق داشته باشد» فرق آن با ملک و حکم نیز مشخص می شود.

تفاوت بین حق و ملک

ملک وقتی به چیزی تعلق می گیرد آن شیء به تمام هویتش متعلق به مالک می شود؛ یعنی هم اصل وجود و هم تقلبات در آن چه تکوینی و چه اعتباری متعلق به مالک است و هیچ استثنائی [الا ما خرج بالدلیل] ندارد. به خلاف تعلق

حق به فعل یا شیء که تمام هویت آن متعلق به ذی الحق نمی شود، بلکه حیثی است؛ یعنی از حیثی دون حیث دیگر تعلق به ذی الحق پیدا می کند که می توانیم از آن تعبیر به ملکیت حیثی کنیم.

به عنوان مثال زمینی که ملک مالک است، آن زمین به تمام هویتش اعم از ذات و جمیع تقلبات در آن متعلق به اوست، لذا می تواند بفروشد، اجاره دهد، شخم بزند، ساختمان بنا کند و ... اما اگر فقط حق عبور و مرور زمینی را داشته باشد، آن زمین از حیث عبور و مرور ملک اوست و فقط می تواند از آن عبور کند یا اگر زمینی را تحجیر کرده و حق تحجیر پیدا کرد، فقط مالک احواء آن می شود و تقلبات دیگر مانند فروش زمین، نگه داری بدون احواء و ... نمی تواند داشته باشد.

همچنین در ملکیت عبد، تمام هویت، آثار و تقلبات آن عبد الا ما خرج بالدلیل متعلق به مولاست؛ چنان که آیه ی شریفه می فرماید: (عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) (۱)؛ یعنی عبد مستقلاً هیچ قدرتی ندارد، هر چه هست متعلق به مولایش است، اما در حق ولایت آب، جد، وصی و حاکم این طور نیست که مولی علیه با تمام هویتش تحت اختیار ولی باشد و هر کاری خواست بتواند با او انجام دهد؛ مثلاً بفروشد یا ...، بلکه فقط از حیث اداره و تمشیت زندگانی او مالک است و می تواند دخالت کند.

و نیز در حق خیار، من له الخيار فقط از حیث امضاء یا فسخ معامله بر عقد تسلط دارد و مالک است. در حقوقی مثل حق همسایه هم از حیث مثلاً احترام

۱- سوره ی مبارکه ی نحل، آیه ی ۷۵: (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ۚ وَ مَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسِيًّا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَ جَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ)

مالک است، لذا می تواند آن را طلب کند و در صورت عدم رعایت اعتراض کند چرا احترام نکردید؟! چرا به من رسیدگی نکردید؟! و ...

بنابراین گرچه معنای ملک با حق متفاوت است، ولی در همه ی مواردی که حق صادق است ملک حیثی نیز صادق است و با هم تساوق دارند، لذا اگر مراد قائلین به این که حق مرتبه ی ضعیف ملک است این باشد که حق، ملک حیثی است، مورد پذیرش است، هر چند ظاهر کلامشان آن است که همان رابطه ی شدید ملکی بین مالک و مملوک که به صورت مطلق است؛ نه حیثی بین ذی الحق و متعلق حق نیز وجود دارد، اما به نحو ضعیف تر.

بنابراین به طور خلاصه می توان تفاوت حق و ملک را این چنین بیان کرد که:

۱. در ملک، تعلق مملوک به مالک مطلق است، ولی در حق، تعلق متعلق حق به ذی الحق حیثی است.

۲. ملک، قابلیت إعراض و نقل و انتقال دارد، ولی حق، فقط زمینه و استعداد اسقاط و نقل و انتقال دارد، اما این که بالفعل قابلیت داشته باشد در ماهیت حق نهفته نیست، برخلاف بعضی که قائلند قابلیت فعلی اسقاط لازمه ی حتمی و لاینفک حق است.

اما در مورد فارقی که سید خویی قدس سره - بین ملک و حق فرمودند که ملک، هم به عین تعلق می گیرد و هم به فعل، ولی حق فقط به فعل تعلق می گیرد، می گوئیم: در بیشتر موارد، حق به فعل تعلق می گیرد، ولی در بعضی موارد ممکن است به عین نیز تعلق گیرد^(۱) و مانعی ندارد، لذا با اطمینان نمی توان گفت حق مطلقاً به عین تعلق نمی گیرد.

۱- مانند حق تحجیر که تحجیر گرچه فعل است، ولی سبب و منشأ حق است؛ نه متعلق حق. حق به خود زمین تعلق گرفته که عین است. (امیرخانی)

در این جا مناسب است به این نکته توجه شود که حق گاهی به «من له الحق» نسبت داده می شود مانند حق ابوت و حق ولایت، گاهی به سبب و منشأ حق نسبت داده می شود مانند حق تحجیر و گاهی به متعلق حق نسبت داده می شود مانند حق فسخ، حق شفعه و ... که این نباید منشأ اشتباه شود.

تفاوت بین حق و حکم

حکم از حیث حکم بودن صرف اعتبار است که شایستگی و بایستگی و تعلق به نفع کسی در هویت آن ذاتاً لحاظ نمی شود، گرچه ممکن است آن حکم به حمل شایع به نفع کسی باشد مثل ملک و نیز بایسته و شایسته به حمل شایع باشد. این اعتبار گاهی به نحو تکلیفی است مانند وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه، که وجوب به معنای اعتبار ضرورت، حرمت به معنای اعتبار حرمان، استحباب به معنای اعتبار شایستگی و ... است. گاهی نیز به صورت وضعی است مانند زوجیت، قضاوت، ملکیت (۱) و ... بنابراین به طور کلی می توان فرق حق و حکم را که حق به منزله ی نوع و حکم به منزله ی جنس آن است این چنین بیان کرد:

۱. در حاق حق، همیشه ثبوت و شایستگی و بایستگی لحاظ شده، بر خلاف حکم که این چنین نیست و حتی در حکم وجوبی و استحبابی هم که حکم خاص است ضرورت در متعلق وجوب و شایستگی در متعلق استحباب اخذ شده است؛ نه در خود حکم؛ یعنی در خود حکم لحاظ نشده که این اعتبار ضرورت و شایستگی، ضرورت یا رجحان دارد. بله ما می دانیم حاکم حکیم بدون ملاک، اعتبار ضرورت یا شایستگی نمی کند و احکام تابع مصالح است، اما این در

۱- و اگر در ملک که حکم وضعی است حتی نفع مالک لحاظ شده باشد، به عنوان ملک که حکم خاص است می باشد؛ نه به عنوان حکم بما هو حکم.

حاق حکم لحاظ نشده است. بر خلاف حق که در حاق آن لحاظ شده که نفس اعتبار شایستگی و بایستگی، ضرورت یا رجحان دارد.

۲. در حاق حق، حیثیت نفع ذی الحق لحاظ شده است، بر خلاف حکم بما هو حکم.

۳. حق، زمینه و استعداد اسقاط و نقل [با عقد] و انتقال [با ارث] را دارد؛ چون حیثیت نفع ذی الحق در آن لحاظ شده است، ولی حکم بما هو حکم اصلاً زمینه ی اسقاط و نقل و انتقال ندارد؛ چون حیثیت نفع در آن لحاظ نشده و مربوط به شخص نیست، بلکه مربوط به موضوعش است که اگر موضوعش محقق شد آن حکم هم فعلی می شود و اثرش آن است که متناسب با آن باید رعایت شود احکام تکلیفی باید امثال شود و در احکام وضعی باید احکام مترتب بر آن مورد عنایت قرار گیرد و اگر موضوع حکم محقق نشد حکم فعلی نیست. بله موضوع حکم ممکن است توسط مکلف عوض شود؛ مثلاً متوطن به سفر رود و موضوع نماز تمام را تغییر دهد، ولی این به معنای اسقاط حکم نیست.

بلی در مورد ملک سخنی وجود دارد که بعداً به آن خواهیم پرداخت و نهایت آن است که از میان احکام وضعیه ملک قابلیت اعراض دارد، ولی این نه بما هو حکم بل بما هو حکم خاص است.

شک بین حق و حکم

بعد از تبیین حقیقت حق و حکم و تفاوت آن دو، دیگر اشتباه مفهومی بین این دو اتفاق نمی افتد، فقط از لحاظ مصداقی ممکن است اشتباه شود (۱). به این صورت که در دلیل اعتبار و جعل شک شود که اعتبار به نحو حق جعل شده تا قابلیت (زمینه) اسقاط و نقل و انتقال داشته باشد یا به نحو حکم جعل شده که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال ندارد.

در این جا اگر بتوانیم از خود دلیل هر چند به مناسبت حکم و موضوع استفاده کنیم به نحو حق جعل شده یا حکم، به آن تمسک می کنیم و الا باید به عمومات و اطلاقات دیگر یا اصول عملیه رجوع کنیم.

البته اگر شک بین حکم و اصل حق باشد مثلاً جواز رجوع در هبه آیا به نحو حکم است یا به نحو حق محض (۲). از آن جا که اثر عملی ندارد، اصل عملی هم جاری نیست؛ زیرا همان طور که بیان کردیم حق ملازم با قابلیت اسقاط و نقل و انتقال بالفعل نیست، بلکه فقط زمینه و استعداد اسقاط و نقل و انتقال دارد، بنابراین چه به نحو حکم باشد و چه به نحو حق محض تأثیر عملی ندارد.

پس در صورتی که شک بین حق و حکم اثر عملی داشت؛ یعنی در شک بین حکم و حقی که قابل اسقاط، قابل نقل یا قابل انتقال است، می توان به اصول عملیه رجوع کرد که در این جا استصحاب عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل و عدم تأثیر موت در انتقال جاری می شود. مثلاً- اگر در جواز اکل مار شک شد که آیا به نحو حکم است یا حقی که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد، استصحاب

۱- اشتباه مصداقی بین «حق» و «ملک» اگر اتفاق بیافتد بسیار نادر است.

۲- منظور از حق محض چیست؟ آیا می دانیم که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال ندارد یا نمی دانیم؟ یا اصلاً قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال آن مغفولٌ عنه است؟ (امیرخانی)

عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل و عدم تأثیر موت در انتقال جاری می شود (۱) و اگر این استصحاب ها جاری نبود استصحاب جواز اکل برای ماژ که استصحاب مسببی (۲) است جاری می شود. (۳)

مهم بررسی حکم شک در قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال حقوق است؛ یعنی بعد از احراز این که اعتباری به نحو حق است و شک شد در این که آیا قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد یا خیر، مرجع چیست؟

قبل از بررسی آن، اقسامی را که سید یزدی قدس سره - برای حقوق از حیث قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال بیان کرده، ذکر می کنیم:

اقسام حقوق در کلام سید یزدی قدس سره -

سید یزدی قدس سره - حقوق را از حیث قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال در شش قسم إحصاء کرده که عبارتند از: (۴)

۱- یعنی شک می کنیم ماژ با گفتن «أَسْقَطْتُ حَقِّي» حَقش ساقط شد یا خیر، استصحاب عدم تأثیر اسقاط جاری می شود. یا شک می کنیم ماژ با فروش حق خود به دیگری، آیا حَقش به او منتقل شد یا خیر، استصحاب عدم تحقق نقل جاری می شود. یا شک می کنیم با موت وی این حق به ورثه اش منتقل شد [تا ورثه بتواند علاوه بر حق ماژ که خود پیدا می کند حق ماژ را نیز با ارث داشته باشد] یا خیر، استصحاب عدم تأثیر موت در انتقال جاری می شود. (امیرخانی)

۲- به این صورت که قبل از اسقاط یا نقل، جواز اکل برای ماژ وجود داشت، شک می کنیم با اسقاط یا نقل این جواز از بین رفت یا خیر، استصحاب جواز اکل جاری می شود. البته این استصحاب در صورتی جاری می شود که استصحاب عدم تأثیر اسقاط و استصحاب عدم تحقق نقل جاری نباشد و الا نوبت به آن نمی رسد؛ چون جواز اکل ماژ مسبب از عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل است.

۳- در صورتی هم که مردّد باشد بین حکم یا حقی که نمی دانیم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد یا خیر، این استصحاب ها جاری است. (امیرخانی)

۴- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۵۶: و أما الحقوق فهي بحسب صحّة الإسقاط و النّقل بعوض أو بلا عوض و الانتقال القهري بإرث و نحوه أقسام فمنها ما لا ينتقل بالموت و لا يصحّ إسقاطه و لا نقله و قد عدّ من ذلك حقّ الأبوة و حقّ الولاية للحاكم و حقّ الاستمتاع بالزّوجه و حقّ السّبق في الرّماية قبل تمام النّضال و حقّ الوصاية و نحو ذلك و يمكن أن يقال إنّها أو جملة منها من الأحكام لا من الحقوق. و منها ما يجوز إسقاطه و لا يصحّ نقله و لا ينتقل بالموت أيضا كحقّ الغيبة أو الشتم أو الأذية بإهانة أو ضرب أو نحو ذلك بناء على وجوب إرضاء صاحبه و عدم كفاية التّوبة. و منها ما ينتقل بالموت و يجوز إسقاطه و لا يصحّ نقله كحقّ الشّفعة على وجه. و منها ما يصحّ نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضا كحقّ الخيار و حقّ القصاص و حقّ الرّهانه و حقّ التحجير و حقّ الشّروط و نحو ذلك. و منها ما يجوز إسقاطه و نقله لا- بعوض كحقّ القسم على ما ذكره جماعة كالعلامة في القواعد على ما حكى عنه و الشّهيد في اللّمعنة حيث قال و لا يصحّ الاعتياض عن القسم بشي ء من المال و حكى

عن الشيخ أيضا و لكن فيه ما لا يخفى فإنه مضافا إلى ورود النص به كخبر على بن جعفر عليه السلام - المتقدم لا وجه له إلا دعوى أن المعوض و هو كون الرجل عندها أعنى عند الموهوبه و هى الضره للواهبه مما لا يقابل بالمال و فيه منع واضح. و منها ما هو محل الشك في صحه الإسقاط أو النقل أو الانتقال و عد من ذلك حق الرجوع في العده الرجعيه و حق التفقه في الأقارب كالأبوين و الأولاد و حق الفسخ بالعيوب في النكاح و حق السبق في إمامه الجماعه و حق المطالبه في القرض و الوديعة و العاديه و حق العزل في الوكاله و حق الرجوع في الهبه و حق الفسخ في سائر العقود الجائزه كالشركه و المضاربه و نحوهما إلى غير ذلك و أنت خير بأن جملة من ذلك من باب الحكم. ثم إن تحقيق الحال في كل واحد من هذه المذكورات و أمثالها موكول إلى بابه و الذى يناسب المقام بيان مقتضى القاعده في ما لم يثبت من الخارج جواز إسقاطه أو نقله فنقول لا يخفى أن طبع الحق يقتضى جواز إسقاطه و نقله لأن المفروض كون صاحبه مالكا للأمر و مسلطا عليه فالمنع إما تعبدى أو من جهه قصور في كفيته بحسب الجعل و الأول واضح و الثانى كأن يكون الحق متقوما بشخص خاص أو عنوان خاص كحق التولية في الوقف و حق الوصايه و نحوهما فإن الواقف أو الموصى جعل الشخص الخاص من حيث إنه خاص موردا للحق فلا يتعدى عنه و كولايه الحاكم فإنها مختصه بعنوان خاص لا يمكن التعدى عنه إلى عنوان آخر و مثل حق المضاجعه بالنسبه إلى غير الزوج و الزوجه و كحق الشفعه بالنسبه إلى غير الشريك و هكذا فإن شك في كون شىء حقا أو حكما فلا يجوز إسقاطه و لا نقله و إن علم كونه حقا و علم المنع التعبدى أو كون الشخص أو العنوان مقوما فلا- إشكال أيضا. و إن شك في المنع فمقتضى العمومات صحه التصرفات فيه و كذا إن شك في كون الشخص أو النوع مقوما بحسب الجعل الشرعى بعد إحراز القابليه بحسب العرف بحيث يكون الشخص موردا عندهم لا- مقوما فإن مقتضى العمومات من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قوله عليه السلام - الصيحه جائز و المؤمنون عند شروطهم بل فحوى قوله عليه السلام - لناس مسلطون على أموالهم و نحو ذلك صحه التصرفات فيه بعد فرض صدق عناوينها نعم مع الشك في إحراز القابليه العرفيه بحيث يرجع إلى الشك في صدقها لا يمكن التمسك بها.

(۱) «ما لا ينتقل بالموت ولا يصح إسقاطه ولا نقله»؛ حقوقی که نه با موت ذی الحق، به ورثه منتقل می شود و نه با اسقاط و گفتن «أسقطتُ حقی» ساقط می شود و نه با نقل آن [تحت یکی از عقود] به دیگری منتقل می شود. مانند حق أبوت، حق ولایت حاکم، حق استمتاع زوج از زوجه و نظایر این حقوق.

البته ممکن است کسی بگوید بعض این امثله از احکام است؛ نه حقوق یا مرحوم امام قدس سره - در مورد ولایت فرمودند: ولایت، اعتباری است در کنار حق، هرچند به نظر می آید که ولایت، اعتباری حقی است و زیر مجموعه ی حق قرار می گیرد؛ چنان که نص نهج البلاغه (۱) و موارد دیگر بر آن دلالت می کند ولی به هر حال اگر حق باشد، قابلیت اسقاط و نقل و انتقال را ندارد.

(۲) «ما يجوز إسقاطه ولا يصح نقله ولا ينتقل بالموت أيضا»؛ حقوقی که قابلیت اسقاط دارد اما قابلیت نقل و انتقال ندارد، مانند «حق الغيبه أو الشتم أو الأذيه بإهانه أو ضرب أو نحو ذلك» یعنی به نظر سید قدس سره - وقتی کسی مورد غیبت واقع می شود، مغتاب (بافتح) حقی بر غیبت کننده (مغتاب بالكسر) پیدا می کند که از او طلب حلّیت شود، هم چنین مشتوم بر شاتم حقی دارد که شاتم طلب رضایت از او کند، مرحوم سید می فرماید: این حقوق قابل اسقاط است و ذی الحق می تواند بگوید من حق طلب حلّیت را اسقاط کردم، اما قابل نقل نیست و با موت ذی الحق نیز به ورثه منتقل نمی شود.

۱- نهج البلاغه (للصبي صالح)، خطبه ی ۲۱۹، ص ۳۳۲: أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِي عَلَيْكُمْ حَقًّا بَوْلَايِهِ أَمْرِكُمْ وَ لَكُمْ عَلَيَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِي لِي عَلَيْكُمْ

البته در مورد غیبت حداقل به گونه‌ی دیگری هم می‌توان حق را بیان کرد و آن این که: یکی از حقوق مسلمان این است که غیبت نشود، اما اگر کسی بگوید راضی هستم غیبت من را بکنید و این حق را اسقاط بکند، بنابر احتمالی غیبت جایز است، هر چند ما در بحث غیبت این قول را نپذیرفتیم و بیان کردیم رضایت مغتاب (بافتح) مجوز برای ارتکاب غیبت حرام نیست، مگر این که ممکن است در مواردی موضوع غیبت را منتفی کند. (۱)

۱- مقالات فقهی (۳) بررسی گسترده‌ی فقهی غیبت، ص ۴۹۹ ۴۹۵: آیا رضایت مغتاب (بافتح) موجب حلیت غیبت می‌شود؟ گاهی از بعضی شنیده می‌شود که می‌گویند هر کسی مرتکب غیبت من شود رضایت دارم. گاهی هم برخی اهل علم می‌گویند: آقا! اجازه می‌دهید غیبت شما کنیم؟ یا بناست بعداً غیبت شما کنیم، راضی باشید. اگر رضایت، بعد از غیبت باشد معلوم است که عمل پسندیده‌ای است، اما اگر قبل از عمل باشد آیا این رضایت موجب سقوط حرمت غیبت می‌شود؟ البته فرض کلام در مواردی است که ابراز رضایت مغتاب (بافتح) جایز باشد، اما در جایی که ابراز رضایت جایز نباشد (مثل موارد قذف) بود و نبود رضایت، تأثیری ندارد. پس فرض کلام در مواردی است که رضایت جایز است؛ مثلاً کسی درباره‌ی عیب دنیوی مستور خود، به بعضی می‌گوید اگر شما این عیب مرا بگویید راضی هستم. آیا این رضایت، برای جواز غیبت کافی است؟ در پاسخ این پرسش، عرض می‌کنیم: دو صورت دارد. صورت اول؛ مغتاب راضی است، اما در عین حال، ناراحت هم می‌شود. مثل این که یکی از بستگانش، مال او را تصرف کند، ناراحت می‌شود، گریه هم می‌کند، ولی می‌گوید: من روز قیامت، به خاطر این کار مؤاخذه‌ات نمی‌کنم. پس رضایت به این معناست که حاضر نیست به خاطر غیبت او، کسی به جهنم برود. در رضایت به این معنا می‌گوییم مادامی که موضوع غیبت با وجود رضایت باقی باشد، یعنی «کشف عما ستره الله» صدق کند، وجهی برای سقوط حرمت آن وجود ندارد، مگر دو بیان که باید بررسی شود: بیان اول: استحلال از غیبت واجب است و بعضی روایات بر آن دلالت دارد. پس معلوم می‌شود «غیبت» [نکردن] حق مغتاب (بافتح) است و با رضایت او حرمتش ساقط می‌شود. مانند حرمت تصرف در مال مؤمن که اگر راضی به تصرف باشد و اذن تصرف بدهد، حرمتش ساقط می‌شود «لایحل لأحد أن يتصرف في مال أخيه إلا بإذنه». پس در مورد عرض هم می‌گوییم: «لایحل لأحد أن يغتاب مؤمناً إلا بإذنه». نقد بیان اول: از آن جایی که وجوب استحلال برای ما ثابت نشد و آن روایات از لحاظ دلالت یا سند، تام نبود، پس از این طریق نمی‌توانیم بگوییم با رضایت، حرمت غیبت ساقط می‌شود. علاوه این که هر حق الناسی با اسقاط، ساقط نمی‌شود. گرچه برخی حقوق الناس با اسقاط، ساقط می‌شود، ولی این کلیت ندارد. حتی می‌توان گفت: گاهی خود طرف ذی حق هم حق ندارد ابراز رضایت کند؛ زیرا عمل مرضی او، موجب ذلت و حطّ شأن او نزد مردم می‌شود. در حالی که عرض مؤمن، توسط هر کسی از جمله خودش باید حفظ شود. چندین روایت به این مضمون هست که در بین آن‌ها روایت معتبر هم داریم، از جمله: روایت سماعه: (الکافی، ج ۵، ص ۶۳) «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ كُلَّهَا وَ لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ أَنْ يُذِلَّ نَفْسَهُ، أَلَمْ تَسْمَعْ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ (وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ)؟ فَالْمُؤْمِنُ يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ عَزِيزاً وَ لَا يَكُونُ ذَلِيلاً يُعِزُّهُ اللَّهُ بِالْإِيمَانِ وَ الْإِسْلَامِ»؛ پس اگر کسی عیبی مخفی حتی دنیایی تا چه رسد به دینی داشته باشد که ذکر آن موجب ذلت نفس مغتاب (بافتح) گردد، چنین ذکری جایز نیست. حتی خود صاحب عیب هم حق ندارد چنین عیبی را ابراز کند؛ مثلاً گناهی مرتکب شده است، باید آن را

بپوشاند و مخفی کند و حق ابراز آن را ندارد. بیان دوم: ادله‌ی حرمت غیبت از صورتی که مغتاب (بافتح) راضی باشد، منصرف است. نقد بیان دوم: وجهی برای این انصراف وجود ندارد و ادله‌ی حرمت، مادامی که «کشف عما ستره الله» صادق باشد، شاملش می‌شود. پس در صورت اول، رضایت مغتاب نمی‌تواند موجب سقوط حرمت شود؛ زیرا اطلاق (لا- یَغْتَبُ بَعْضُكُمْ بَعْضاً)، شامل چنین فردی هم می‌شود. چون فرض این است که مغتاب ناراحت هم می‌شود، ذکر عیب مستور هم هست، پس مقومات غیبت فراهم است. نهایت این که در قیامت طلبکار نیست، ولی این مجوز غیبت نمی‌شود. صورت دوم؛ رضایت مغتاب کاملاً از طیب خاطر باشد؛ یعنی با گفتن دیگری هیچ ضربه‌ای به او نمی‌خورد و مانند آن است که گفتن دیگری و نگفتن او حداقل نسبت به شخص غیبت شونده مساوی است. به عنوان مثال یک شخص با روحیه‌ای است که چند کلمه پشت سر او حرف زدن تأثیری در او ندارد. قول به حرمت این فرض مشکل است؛ زیرا همان گونه که قبلاً گفتیم ما اطلاقی در مورد غیبت نداریم و باید قدر متیقن‌ها را أخذ کنیم. از آن جا که بسیاری از لغوین، تعریف غیبت را «ذکرک أخاک بما یسوءه» یا «أن یذکر الانسان خلفه بما یسوءه» ذکر کردند؛ یعنی ذکری که طرف را ناراحت می‌کند و فرض ما این است که واقعاً طیب خاطر دارد و ناراحت نمی‌شود، مشکل است ملتزم به حرمت چنین فرضی باشیم؛ چون از اول نمی‌دانیم واقعاً این فرض مشمول غیبت می‌شود یا نه. بنابراین، هرچند احتیاط، اجتناب از این موارد است ولی با این قید، دیگر نمی‌توانیم حکم به حرمت کنیم.

(۳) «ما ينتقل بالموت و يجوز إسقاطه و لا يصح نقله»؛ حقوقی که با موت منتقل می شود و اسقاط آن هم جایز است اما نقل آن جایز نیست، مانند حق شفعه بنابر وجهی.

(۴) «ما يصح نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضا»؛ حقوقی که هم قابلیت نقل و اسقاط دارد و هم با موت منتقل می شود، مانند حق خیار، حق قصاص، حق رهانه، حق تحجیر، حق شرط و ...

(۵) «ما يجوز إسقاطه و نقله لا بعوض»؛ حقوقی که اسقاط و نقل آن بدون عوض جایز است، مانند حق قسم که زوجه حق هم خوابی خودش در هر چهار شب یک بار را می تواند اسقاط کند یا به زوج بدون عوض (۱) بنابر نظر بعضی منتقل کند.

(۶) «ما هو محلّ الشكّ في صحّهِ الإسقاط أو النقل أو الانتقال»؛ حقوقی که در صحت اسقاط و نقل و انتقال آن شک وجود دارد، مانند حق رجوع در عدّه ی

۱- ولی روایت صحیحی ای در مورد حق قسم وارد شده که حداقل ظاهر بدوی آن چنین است که زوجه می تواند حق قسم خود را با عوض منتقل کند: • مسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب القسم و النشوز، باب ۶، ح ۲، ص ۳۴۴ و تهذیب الاحکام، ج ۴، ص ۴۷۴ و مسائل علی بن جعفر، ص ۱۷۴: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنِ الْعَمْرِكِيِّ عَنِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ ۸ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا لَيْلَتِي وَ يَوْمِي لِمَكَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا أَوْ مَيَّا كَانَ أَيْ جُوزُ ذَلِكَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ. وَ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ. • همان، ح ۱، ص ۳۴۳ و الکافی، ج ۵، ص ۴۰۳: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَتْ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي حَدِيثٍ: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَهَا مَيَّا لِلْمَرْأَةِ مِنَ النَّفَقَةِ وَ الْقِسْمَةِ وَ لَكِنَّهُ إِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَخَافَتْ مِنْهُ نُشُوزًا وَ خَافَتْ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ يُطَلِّقَهَا فَصَالِحَتْ مِنْ حَقِّهَا عَلَى شَيْءٍ مِنْ نَفَقَتِهَا أَوْ قِسْمَتِهَا فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ.

رجعیه، حق نفقه ی اقارب مثل ابویین و اولاد، حق فسخ به عیوب در نکاح، حق سبق در امامت جماعت برای امام راتب، حق مطالبه در قرض و ودیعه، حق عزل در وکالت، حق رجوع در هبه و

مرحوم سید این تقسیم بندی را بر اساس بعضی فتاوا انجام داده اند، اما این که این تقسیم بندی درست است یا نه و مثال هایی که ذکر شد تحت آن اقسام است یا نه، باید در جای خود با بررسی ادله ی هر یک از این حقوق و یا با رجوع به سایر امارات، آن را مشخص کرد و ما فعلاً در صدد بیان آن نیستیم.

شک در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال حق

اشاره

بعد از احراز این که اعتباری به نحو حق است، اگر شک شود از حقوقی است که قابل اسقاط و نقل و انتقال است یا حق محض است که قابلیت فعلی اسقاط و نقل و انتقال را ندارد، مرجع، اطلاق دلیل حق است که با تمسک به اطلاق می توان گفت حتی بعد از اسقاط و نقل نیز آن حق برای ذی الحق باقی است و در واقع اسقاط و نقل نشده است. (۱)

و اگر دلیل اثبات حق اطلاق نداشت باید بینیم عنوان، مقوم موضوع است یا خیر. اگر عنوان مقوم موضوع باشد مانند حق ولایت که برای مجتهد عادل وضع شده و این عنوان مقوم ولایت است و غیر مجتهد عادل نمی تواند ولایت داشته باشد، یا حق وصایت که قوامش به شخص وصی است معلوم است که نمی تواند به دیگران منتقل کند. (۲)

۱- البته با تمسک به اطلاق نمی توان اثبات کرد که با موت هنوز حق برای ذی الحق باقی است و به ورثه منتقل نشده است؛ چون با موت موضوع حکم منتفی می شود.

۲- اما در مورد نقل مجتهد عادل به مجتهد عادل دیگر می گوئیم: اگر قائل شویم هر مجتهدی ولایت دارد، نقل لغو خواهد بود و اگر بگوئیم ولایت برای مثلاً اول مجتهد عادل متصدی جعل شده، عنوان مقوم می باشد.

اما اگر دلیل اثبات حق اطلاق نداشت و عنوان نیز مقوم موضوع نبود و فرضاً دلیل دیگری هم وجود نداشت، آن گاه می توان با تمسک به اصل عملی مانند استصحاب عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل که اصل سببی است یا استصحاب بقاء حق که اصل مسببی است حکم به بقاء حق برای ذی الحق کرد. همچنین با استصحاب عدم تأثیر موت در انتقال، حکم به عدم انتقال به ورثه بعد از موت کرد.

ولی مهم بررسی این مسأله است که اگر حقی عرفی و عقلایی نیز بود و در نظر عرف قابل نقل بود و عنوان هم مقوم موضوع نبود و دلیل تعبدی نیز بر منع وجود نداشت، آیا می توان با تمسک به اطلاقات و عموماتی مانند (أوفوا بالعقود)، (أحلّ الله البيع) «الصلح جائز»، «المؤمنون عند شروطهم» و ... قابلیت نقل را شرعاً برای آن اثبات کرد تا نوبت به مرحله ی رجوع به اصول عملیه نرسد یا خیر؟

تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت نقل

حقوق مورد پذیرش عقلاء مانند حق تحجیر (۱)، خیار شرط (۲)، خیار غبن و هر حقی که عقلاء آن را به عنوان حق در میان خود پذیرفته اند چه حقوقی که عقلاء خود اختراع کرده اند و مورد امضاء شارع قرار گرفته یا حقوقی که شارع اختراع کرده و عقلاء آن را در میان خود پذیرفته اند در صورتی که عرفاً قابلیت نقل به وسیله ی نواقلی مانند بیع، هبه، صلح و ... داشته باشد، آیا می توان با تمسک به عموماتی مانند (أوفوا بالعقود) (۳)، (أحلّ الله البيع) (۴)، (تجارة عن

۱- اگر شخصی زمین مواتی را مقدمهً للإحياء تحجیر کند عرف و عقلاء او را أحق از دیگران به إحياء آن زمین می دانند. البته سنگ چین کردن به عنوان علامت است و در زمان های مختلف ممکن است تفاوت داشته باشد.

۲- این که بایع یا مشتری توسط شرط برای خود خیار فسخ قرار دهد، مورد پذیرش عقلاء است.

۳- سوره ی مبارکه ی مائده، آیه ی ۱: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ)

۴- سوره ی مبارکه ی بقره، آیه ی ۲۷۵: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ)

تراض (۱)، «الصلح جائز بين المسلمين» (۲)، «المؤمنون عند شروطهم» (۳) و ... قابلیت نقل شرعی را نیز اثبات کرد؟

فرض سؤال در جایی است که دلیل تعبدی بر عدم نقل وجود نداشته و موضوع حق، قائم به شخص ذی الحق یا عنوان خاص نباشد؛ یعنی مثل حق ولایت، حق وصایت، حق تولیت یا حق مضاجعت نیست که قائم به شخص ذی الحق یا عنوان خاص باشد.

۱- سوره ی مبارکه ی نساء، آیه ی ۲۹: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب الصلح، باب ۳، ح ۱، ص ۴۴۳ و الکافی، ج ۵، ص ۲۵۹: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ الْبُخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ • هَمَان، ح ۲ و من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۳۲: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹: الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا.

۳- هَمَان، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب المهور، باب ۲۰، ح ۴، ص ۲۷۶ و تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۳۷۱ وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ] عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورِ بُرْزُجٍ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: قُلْتُ لَهُ: إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَيَّأَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يَرِاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَيَّأَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعِيدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ؟ فَقَالَ: بِسُّ مَا صَدَّقَ وَمَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلْيَفِ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ۹ قَالَ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. وَ رَوَاهُ الْكُلَيْنِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَرِيْعٍ عَنْ مَنْصُورِ بُرْزُجٍ نَحْوَهُ.

این بحث از اهمیت بسیار بالایی در فقه برخوردار است؛ چرا که اگر تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت جاز باشد، راه برای تصحیح بسیاری از عقود باز می شود، هر چند بعضی شروط آن شرعاً مورد شک باشد؛ به عنوان مثال در شک در امکان شرعی نقل مصحف یا عبد مسلم به کافر، شک در امضاء شرعی معاملات صبی، شک در مالکیت و امکان داد و ستد شخصیت حقوقی شرعاً و ... می توان با تمسک به عمومات همه ی این ها را تصحیح کرد، البته به شرطی که قابلیت عرفی آن احراز شده باشد.

موضع بزرگان در این مسأله

اشاره

محقق اصفهانی (۱) قدس سره - در این جا ادعا کرده معروف (۲) بین فقهاء آن است که با

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص ۵۰: و إن کان منشأ الشک مع القطع بکونه حقاً احتمال کونه سنخ حق له الإباء عن الاسقاط و النقل و الانتقال - کحق الولایه - فالمرکب أنه مع إحراز القابلیه عرفاً یتمسک بإطلاق دلیل الصلح، لنفوذ الصلح علی سقوطه و نقله، أو بعموم أدله الإرث لانتقاله، و لیس من التمسک بعموم العام فی الشبهه المصدقیه.

۲- در یک نگاه اجمالی به کلام بزرگان می توان گفت: شیخ طوسی، ابن ادریس، فاضل آبی، علامه ی حلی، سید عمیدالدین عمیدی، فخر المحققین، فاضل مقداد، محقق کرکی، شهید ثانی، مقدس اردبیلی، میرزای قمی، محقق ایروانی، سید یزدی ۴ و ... برای اثبات قابلیت به عمومات تمسک کرده اند، ولی جمعی از متأخرین آن را منع کرده اند، مانند: محقق اردبیلی در زبده بیان، فاضل کاظمی، صاحب حدائق، وحید بهبهانی، صاحب مفتاح الکرامه، صاحب ریاض، سید محمد مجاهد، مولی احمد نراقی، شیخ حسن کاشف الغطاء، صاحب جواهر ۴ و ... (امیرخانی) • الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۶: لیس لأصحابنا نص فی جواز إقراض الجوارى، و لا أعرف لهم فیہ فتیاء، و الذی یقتضیه الأصول أنه علی الإباحه، و یجوز ذلک سواء کان ذلک من أجنبی أو من ذی رحم لها، و متى أقرضها ملکها المستقرض بالقرض، و یجوز له وطؤها إن لم تکن ذات رحم محرمه. و به قال داود، و محمد بن جریر الطبری ... دلیلنا: أن الأصل الإباحه، و الحظر یحتاج الی دلیل. و أيضاً الأخبار الی رویت فی جواز القرض و الحث علیه عامه فی جمیع الأشياء، إلا ما أخرجه الدلیل. و أيضاً روی عن النبی صلی الله علیه و آله انه قال: «الناس مسلطون علی أموالهم» و قال: «لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفس منه». و قال الله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و القرض عقد بلا خلاف. • السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۳۲۸ و قال شیخنا أبو جعفر فی مبسوطه: بیع العصیر ممن یجعله خمرًا، مطلقاً مکروه، و لیس بفاسد، و بیعه ممن یعلم أنه یجعله خمرًا حرام، و لا یبطل البیع، لما روی عن النبی علیه السلام أنه لعن الخمر و بائعها. و كذلك الحکم فیمن یبیع شیئاً یعص الله به، من قتل مؤمن، أو قطع طریق، و ما أشبه ذلک، هذا آخر کلام شیخنا فی مبسوطه. و هذا الذی یقوی عندی، لأنَّ العقد لا دلیل علی بطلانه، لقوله عز و جل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و لیس انضمام هذا الشرط الفاسد الباطل إليه، مما یفسده، بل یبطل الشرط، و یصح العقد. • کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج

١، ص ٤٤٧: «قال دام ظلّه»: و لو بيع و لَمَّا يخبتر، فقولان، أشبههما الجواز. قال الشيخان و سلّار: البيع باطل، و تردد فيه المتأخر، قال: تحمل الروايه- الوارده بالبطلان- على من لم يشهد طعمه و لا وصف البائع، فمع عدم الوصف و الطعم، فالبيع باطل، فإنا مع الوصف يصحّ البيع (فالباع خ ل) و لكن يعتبر فيه ما يعتبر في بيع خيار الرّؤيه. ثم قال: و يمكن ان يقال: انّ البيع بالوصف، لا يكون في الأعيان المشاهده المرئيّه فلا بد فيها من الشّم أو الذوق. ثم أقول: مقتضى الأصل انعقاد البيع و صحته، و يؤيده أيضا قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فَان وردت روايه بالبطلان، فليقل به (البطلان خ). • تذكره الفقهاء (ط - الحديثه)، ج ١٤، ص ٣٩٠: عقد الكفاله يصحّ دخول الخيار فيه، فإن شرط الخيار فيها مدّه معيّنه، صحّ؛ لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» و قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أمر بالوفاء بالعقد، و إنّما وقع العقد على هذا الشرط، و ليس منافياً لمقتضاه، كما لا ينافي غيره من العقود. • كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، ج ١، ص ٣٨٢: قوله رحمه الله: «و في اشتراط تقديم الإيجاب نظر». أقول: وجه النظر من حيث إنّ الأصل بقاء الملك على مالكة إلّا مع تعيّن السبب المزيل، و لم يثبت عند تقديم القبول. و من أنّه عند تقديمه عقد، و الأصل فيه الصحّه، و لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هو عام. • إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ٢، ص ٥٩٩: قال دام ظلّه: و لو زوجت المريضه نفسها فالأقرب الصحه و عدم اشتراط الدخول. أقول: وجه القرب عموم قوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ و عموم قوله عز و جل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ان النص انما جاء في الذكر (و لانه) اكتساب لوجوب المهر و النفقه لها و النكاح لا- يوجب عليها مالا بخلاف الذكر لانه يثبت عليه مالا (و يحتمل) مشاركتها في الحكم لمشاركتها في علتها و هي مزاحمه الوارث في الميراث و الأصح الأول بل لا وجه لهذا الاحتمال عندي. • التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ج ٢، ص ٣٠٥: إذا وقف و حصلت جملة شرائطه الا أنه شرط عوده اليه عند الحاجه فهل يبطل بذلك أو يكون صحيحا و له شرطه، قال المرتضى بالثاني، و قال انه مما انفردت به الإماميه. و نقله العلامة في المختلف عن المفيد و الشيخ في النهايه و القاضى و سلار، و اختاره و احتج له بالأصل و بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم. يقول العسكري عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، رواه محمد بن الحسن الصفار عنه مكاتبه. • جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ٤، ص ٢٦٨: قوله: (و الحمام جنس على اشكال). قد تقدم في الحج ضابط الحمام، و منشأ الاشكال: من الشك في أن مقولته على ما تحته مقوليه النوع على الأصناف، أم الجنس على الأنواع، و الوقوف على الذاتيات عزيز، و لا- قاطع من قبل الشرع على واحد من الأمرين. و عموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) يقتضى صحه البيع الجارى على بعض ببعض، و قوله عليه السلام: «ما اجتمع الحرام و الحلال إلّا غلب الحرام الحلال» و العمل باتحاد الجنس أقرب إلى الاحتياط. • جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ٥، ص ٤٥: قال في التذكرة: و هل يشترط في الصيغه اللفظ العربى؟ الأقرب العدم. قلت: يشكل، بأن الإطلاق محمول على المتعارف من العربى، و لأن هذا من العقود اللازمه، فيتوقف لزومه على العرييه، لأصالة العدم بدونه. لأننا نقول: نمنع صدق العقد بالعجميه مع إمكان العرييه. • مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٣٢٠: قوله: «الحمام جنس واحد. إلخ». قد تقدّم في الحجّ تعريف الحمام على اختلاف فيه، و أنّ الفخاتى و الورشان من أفرادها. و وجه الخلاف هنا الشكّ... و بهذا يحصل الفرق بين أفراد الحمام و أفراد البقر بالنسبه إلى الجاموس، فإنّه قد ثبت شرعا أنّهما نوع واحد، و من ثمّ ضمّ أحدهما إلى الآخر فى الزّكاه. و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقتضى جواز بيع بعضها ببعض كيف كان إلى أن يتحقّق المنع. • مجمع الفائده و البرهان فى شرح إرشاد الأذهان، ج ٨، ص ١٦٥: قوله: «و يجوز ان يتولى الوليطرفى العقد» الظاهر من كلامهم عدم الخلاف فى ذلك، بل ادعى الإجماع فى المنتهى عن ابن إدريس، و يفهم الخلاف فى شرح الشرائع. فلأب و الجد ان يشتري مال ولده لنفسه، و يشتري له من نفسه، بل فى النكاح أيضا بأن يزوج جاريه ولده من صبي ولده الآخر، و كذا الوكيل الولى ان يفعل ذلك. و انما الخلاف فى الوكيل، بان يكون شخص واحد و كيل البائع و المشتري معا و يوقع العقد، أو يكون

وكيلا- لأحدهما و يوقعه لنفسه. و الوصى بأن يوقع العقد لنفسه من مال الطفل، أو يكون وليا لأطفال يشتري للبعض من مال الآخر. و عموم أدله جواز العقود و الإيفاء بها يدل على الجواز، لصدق العقد عليه من غير نزاع، فيكون تحت أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أَحَلَّ اللَّهُ التَّيِّعَ من غير نزاع، و لانه عقد صدر من أهله في محله مع الشرائط، فيصح، و الأصل عدم شرط آخر، و عدم كونه من شخص واحد مانعا، و عدم اشتراط التعدد، و لان الغرض الرضا لا غير لما مرّ، عدم مانعيه الوحده و عدم اشتراط التعدد. • رسائل الميرزا القمى، ج ١، ص ٤٦٢: تحقيق المراد من الآية الكريمة فنقول: معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يجب الوفاء بكلّ عهد موثّق بينكم و بين الله، كالنذر و أشباهه، أو بين أنفسكم مع بعض، كالبيع و أشباهه، أو بين أنفسكم مع أنفسكم، كالاتزامات و الاشتراطات على النفس من غير جهة النذر، أو من الله إليكم، كالإيمان به في عالم الذرّ و بعده. فالأصل وجوب الوفاء بكلّ عهد موثّق، و هو المسمّى بالعقد، خرج ما خرج بالدليل، كالشركة و المضاربه، فإنّه و إن كان صحيحا بسبب قوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ و داخل تحت عموم الآية، و لكنّه ليس بلانزم بسبب الإجماع و غيره، و كالمغارسة و شركة الأبدان، فإنّها ممنوعه رأسا بدليل خارجي. فكلّما يندرج في التجاره عن تراض ثبت صحته منه و لزومه بهذه الآية، و ما لا يندرج فيه كالطلاق بعوض إن قلنا إنّه إيقاع، لا- أنه تجاره ثبت صحته منه و لزومه بهذه الآية. بل نقول: ثبت الصحه و اللزوم معا في جميع العقود بالآيه، خرج ما خرج من الصحه و اللزوم المستفادين من تلك الآيه، و بقي الباقي. فما ذكره في بعض المقامات من المنع من جهة أنّ العقود من الوظائف الشرعيه، و موقوف على التوظيف، و أنّه لم يرد عليه نصّ بالخصوص، مثل ما ذكره في المسالك في المغارسة، فأما غفلوا عن عموم الآية، أو منعوا انصراف عمومها إليه، و لذلك تفتن بعضهم لذلك، و ردّ بمنع عدم التوظيف؛ مستندا بأنّ عدم ورود النصّ الخاص لا يدلّ على عدم التوظيف؛ لثبوته من العموم. • حاشيه المكاسب (للإيرواني)، ج ١، ص ٧٣: أنّ كلّ حقّ شكّ في قبوله للنقل شرعا جاز التمسك بقبوله له بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تجاره عن تراض و أحلّ الله البيع بعد تعلق البيع به و كذا تعلق سائر المعاملات به عرفا و تحقّق عناوين البيع و التجاره و العقد التي هي عناوين الأدله. • زبده البيان في أحكام القرآن، ص ٤٥٦: ... و لا- يكفي أيضا فيه عموم مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» إذ كون الرهن بدون القبض عقدا شرعيّا متلقّى منه داخلا- تحته غير معلوم و لا مظنون، مع ما ذكرناه من الوجه. • مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام (للكاظمي، فاضل)، ج ٣، ص ٧٥: و الذي ثبت بالشرع كونه وثيقه شرعيه، بالإجماع و ظاهر الآية و الخبر السابق هو الرهن المقبوض و لم يثبت في غيره، فيبقى على الأصل الذي هو العدم، و لا يكفي فيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فانا لا نسلم أن الرهن بدون القبض عقد شرعي يجب الوفاء به لعدم ظهور ثبوته من الشرع كذلك. و أيضا ان كان المراد العقود الصحيحه فلا نسلم صحه العقد الواقع بدون القبض، و كون الأصل فيه ذلك غير ظاهر، فإنه يعتبر فيه شروط زائده عليه، و ليس حصولها معلوما و لا مظنونا بدون اعلام الشارع. • الحدائق الناضره في أحكام العترة الطاهره، ج ١٨، ص ٣٧٤: و قوله: ان عموم الأمر بالوفاء بالعقد يشمل، إشاره إلى قوله عز و جل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مردود بالاتفاق على ان المراد بالعقود: العقود الصحيحه، و الا لتناول العقد حال الإكراه. • حاشيه مجمع الفائده و البرهان (للوحد)، ص ٥٣٧: مع أنّ هذا العقد من العقود الجائزه قطعا، فكيف يناسبه الوجوب و الإلزام؟! فغير ظاهر شمول هذا، و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره للعقد الجائز، إلّا أن يقال: يجب الوفاء بما يقتضيه العقد، إن كان اللزوم فباللزوم، و إن كان الجواز فبالجواز، و غير ذلك ممّا يقتضيه. لكن الكلام فيما يقتضيه عقد الشركه، فلا يمكن الإثبات بمجرد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره. مع أنّه إن بنى على ما هو معناه لغه، أي عقد عاقد تم بأيّ نحو اخترعتم و تخيلتم و أحدثتم يجب الوفاء، و يصير حكما شرعيّا و داخلا في الدين، و شرعا من شرع خير المرسلين من غير حدّ و ضبط، يلزم أن لا يكون العقود و المعاملات على النهج المقرّر في الفقه و المسلم عند الفقهاء، بل يلزم عدم الانضباط في المعاملات أصلا، فتأمل فيه، إذ يمكن أن يقال: خرج ما خرج بالإجماع و غيره من الأدله و بقي الباقي. لكن، لا بدّ من التأمل في صحه هذا القدر من الإخراج و التخصيص، كما أشرنا، و مع ذلك يشكّل رفع

اليد عن الاستدلال بها في المسائل الخلافية، لأنّ المدار في الفقه عليه. إلّا أن يقال ببطلان الاستدلال بها على صحّة المعامله التي اخترعت من المتعاملين، و صحّة الاستدلال بها على صحّة البيع اللغوي و العرفي، و كذلك صحّة الهبه اللغويّه و العرفيه، و الصلح اللغوي و العرفي، و الإجازة اللغويه و العرفيه، و غير ذلك من العقود التي كانت متعارفه حين نزول الآيه، لأنّ الخطاب مختصّ بالحاضرين - على ما هو الحقّ و المحقّق - و العقود المحقّقه و المتعارفه و المتداوله يفهم جزماً، أمّا الفرضيه و التقديره، ففهمها ربّما لا يخلو عن الإشكال. • مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه (ط - الحديثه)، ج ١٢، ص ٥٢٠: و فيه بعد تسليم كون مثل ذلك عقداً أنا نشكّ في دخوله تحت عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إن كان للعموم لغه بناءً على عدم حملها عليه من حيث خروج أكثر العقود منها إجماعاً، فيكون الإجماع قرينه على كون العقود التي أمرنا بالوفاء بها هي كلّ ما كان متداولاً في زمن الخطاب لا مطلقاً، و كون ما نحن فيه من تلك غير معلوم، فلم يصل إلينا ما يدلّ عليه أصلاً، فلزم الرجوع إلى الأصل. • رياض المسائل (ط - الحديثه)، ج ٨، ص ٢١٤: و ممّا حقّقناه من الأصل و غيره يظهر وجوب الإتيان بكلّ ما اختلف في اعتباره هنا بل العقود مطلقاً، كالعربيّه و الماضويه و تقديم الإيجاب على القبول و غير ذلك، وفاقاً لجماعه. خلافاً لآخرين، فاكتفوا بمجرّد الإيجابين، إمّا مطلقاً، أو مع اعتبار بعض ما مرّ لا كلّاً، التفاتاً إلى أنّه عقد فيشمله عموم ما دلّ على لزوم الوفاء به، كقوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. و فيه نظر؛ إذ بعد تسليم كون مثل ذلك عقداً يحصل الشكّ في دخوله في الآيه جدّاً و إن كانت للعموم لغه، بناءً على عدم إمكان حملها عليه، من حيث خروج أكثر العقود منها على هذا التقدير إجماعاً، فليس مثله حجّه، فيكون الإجماع حينئذٍ قرينه على كون المراد بالعقود المأمور بالوفاء بها كلّاً ما تداول في زمان الخطاب لا مطلقاً، و دخول المفروض فيه غير معلوم جدّاً و لم يصل إلينا ما يدلّ عليه أصلاً. • مفاتيح الأصول (للمجاهد، سيد محمد)، ص ٥٤١: اعلم أن المعامله الغير المنهي عنها الصادره عن البالغين الأصليين المشتمله على الإيجاب و القبول اللفظيين لا يخلو إما أن تكون مما قام الدليل الشرعي على صحته أو مما قام الدليل الشرعي على فساده أو مما لم يقم الدليل الشرعي على صحته و لا على فساده فإن كانت من الأولين فالحكم فيها واضح و إن كانت من الثاني فلا بد من الحكم بفسادها نظراً إلى ما قدمناه من أن الأصل في المعاملات الفساد اللهم إلا أن يدعى أن الأصل في خصوص محل الفرض الصحه التفاتاً إلى عموم قوله تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لأنّ الأمر بالوفاء لا يتحقق إلا مع الصحه دون الفساد كما صرح به جدى قدس سره فقال لو لم يكن صحيحه شرعاً لما أمر بوجوب الوفاء لأنه ظاهر في الإمضاء و التقرير انتهى و يظهر من المقدس الأردبيلي في زبده البيان و السيوري في كنز العرفان و غيرهما المصير إلى الأصل المذكور للآيه الشريفه قال جدى قدس سره إن المدار في تصحيح كثير من المعاملات بل كل المعاملات عليه. و قال والدى العلامه دام ظلّه العالی في الرياض إجماله و عدم التمسك به في شىء مما عدا محل الوفاق مخالف لسيره العلماء و طريقتهم المسلوکه بينهم بلا خلاف يظهر في ذلك أصلاً من جهه استنادهم إليه في محل النزاع و الوفاق انتهى و قد يقال الآيه الشريفه لا تنهض لإثبات الأصل المذكور لوجوه منها ما ذكره جدى قدس سره فقال إنه تعارف الآن أن العلماء يستدلون على صحه العقود الخلافيه بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا يخلو عن إشكال لأنه إن بنى على معناه اللغوي أى أى عقد عاقدتم بأى نحو اخترعتم و تخيلتم و أحدثتم يجب الوفاء به و يصير حكماً شرعياً و داخلاً في دين الرسول صلى الله عليه و آله و شرعاً من شرعه من غير حدّ و ضبط و حصر فمع أنه لا يخلو عن حرازه ظاهره يلزم أن لا يكون المعاملات و عقودها على النهج المقرر في الفقه و المسلم عند الفقهاء من انحصارها شرعاً في البيع و الصلح و الهبه و الإجاره و غيرها من المعاملات المعهوده المضبوطه المقرره المعروفه المثبتة في كتب الفقه بل يلزم عدم الانضباط شرعاً في المعاملات أصلاً و رأساً و عدم الانحصار في كيفية و نحو ذلك و إن بنى على أنه خرج ما خرج بالإجماع أو النص و بقي الباقي لزم التخصيص الذي لا يرضى به المحققون لخروج الأكثر بل الباقي في جنب الخارج في غايه القله بل بمنزله العدم و إن بنى على أن المراد العقود المتحققه الموجوده المتداوله في ذلك

الزمان يشكل الاستدلال لأنه فرع ثبوت التداول و التعارف انتهى و قد تبعه والدى العلامة دام ظلّه العالى فيما أشار إليه بقوله و إن بنى على أنه خرج ما خرج بالإجماع إلى آخره و فيما أشار إليه بقوله و إن بنى على أن المراد العقود المتحققه و منها ما ذكره بعض الأجله و قال و من الظاهر أن وجوب الوفاء إنما يترتب على العقد الصحيح و حينئذ فلا بد أولاً من النظر فى العقد صحه و بطلاننا ليتمكن من ترتب وجوب الوفاء عليه فالاستناد إلى هذا الاستدلال بهذا العموم قبل النظر فى العقد كما ذكرنا مجازفه ظاهره. • عوائد الأيام فى بيان قواعد الأحكام، ص ٥: قال الله سبحانه يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. قد اشتهر عند الفقهاء الاستدلال بهذه الآيه الكريمه، فى تصحيح العقود، و لزومها. و به يجعلون الأصل فى كل عقد عرفى، و كل إيجاب و قبول، اللزوم. و استشكل جماعه فى دلالتها، فاللازم تحقيق مدلولها، حتى تعلم دلالتها، و عدمها ... ص ٢٢: ... و من جميع ذلك ظهر ضعف التمسك بتلك الآيه الشريفه فى إثبات لزوم بعض ما يعدونه عقداً فى الكتب الفقهيّه. و حيث انحصر الدليل على أصاله لزوم كل عقد بتلك الآيه، فتكون تلك الأصاله غير ثابتة، بل الأصل عدم اللزوم، إلّا أن يثبت لزوم عقد بدليل خاص، كالبيع و أمثاله. • رسائل و مسائل (للنراقى)، ج ١، ص ١٠٨: در تمامیت دلالت اَوْفُوا بِالْعُقُودِ بر صحت و لزوم این عقود متداوله كلام طويل، و میان علماء تنازع و تشاجر بسیار است، و حقیر در عایده اَوَّل از کتاب عوائد الأيام مبسوط بیان کرده ام عدم تمامیت آن را و عدم تمسک به آن در اثبات لزوم عقود، و بر فرض تمامیت نظر به عموم آن، تخصیص آن به ادله خاصه داله بر بطلان آن عقد لازم خواهد بود. • أنوار الفقاهه (لكاشف الغطاء، حسن)، ص ٣: ثامنها: لا- ملازمه بين الملك و بين جواز النقل و التملك فى المشكوك بجواز نقله و تملكه لأصاله العدم سواء كان النقل بمعاوضه أو مجاناً لأن النقل بأسباب شرعيه فلا بد من القطع بحصول السبب و عمومات الصلح و البيع لا تدل إلا على أن القابل للنقل يجوز أن ينقل بالبيع و الصلح و أنهما سببان للنقل و ليس مساق أدلتهم كأحل الله البيع و الصلح جائز قاض بجواز بيع كل شىء مشكوك بنقله و انتقاله و بالجمله فهما مبینان للنقل لا قاضیان بیان ما ينقل و ما لا ينقل و قد يحتمل ذلك كما أستدل بعض الفقهاء على جواز نقل المشكوك بانتقاله بعمومات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و ب (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) الأول أوجه. • جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ٢٦، ص ١٦١: ... و فيه: إمكان منع صحه هذه الحواله، لعدم إطلاق فى نصوص المقام يتناولها، و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» انما يراد منه العقود المتعارفه، أى البيع و الصلح و الحواله و نحوها، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها.

تمسک به عمومات می توان قابلیت شرعی را اثبات کرد.

از جمله کسانی که در این جا خوب وارد مبحث شده و واضح سخن گفته سید یزدی قدس سره - در حاشیه ی نفیستان بر مکاسب است. محققین بعد از ایشان هم عده ای به دفاع از کلام سید و عده ای به نقد کلام سید پرداخته اند. از جمله محقق اصفهانی قدس سره - به نقد کلام سید پرداخته و سید خوئی قدس سره - ظاهراً اشکال محقق اصفهانی قدس سره - را پذیرفته، ولی مرحوم امام قدس سره - به دفاع از کلام سید یزدی برخاسته و اشکال محقق اصفهانی و سید خوئی قدس سره را پاسخ داده، هر چند در آخر خودشان اشکال دیگری وارد کرده اند.

بیان سید یزدی قدس سره - در تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت

اشاره

سید یزدی قدس سره - می فرماید (۱): اگر بعد از احراز این که حقی عرفاً قابلیت نقل

۱- حاشیه مکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۵۶: و الذی یناسب المقام بیان مقتضی القاعده فی ما لم یثبت من الخارج جواز إسقاطه أو نقله فنقول لا یخفی أنّ طبع الحقّ یقتضی جواز إسقاطه و نقله لأنّ المفروض کون صاحبه مالکا للأمر و مسلطاً علیه فالمنع إمّا تعیّدی أو من جهة قصور فی کیفیتته بحسب الجعل و الأوّل واضح و الثانی کأنّ یكون الحقّ متقومًا بشخص خاصّ أو عنوان خاصّ کحقّ التّولیة فی الوقف و حقّ الوصایه و نحوهما فإنّ الواقف أو الموصی جعل الشّخص الخاصّ من حیث إنّّه خاصّ مورداً للحقّ فلا یتعدّی عنه و کولایه الحاکم فإنّهما مختصّه بعنوان خاصّ لا یمکن التّعدی عنه إلی عنوان آخر و مثل حقّ المضاجعه بالنّسبه إلی غیر الزّوج و الزّوجه و کحقّ الشّفعه بالنّسبه إلی غیر الشّریک و هكذا فإنّ شکّ فی کون شیء حقّاً أو حکماً فلا یجوز إسقاطه و لا نقله و إن علم کونه حقّاً و علم المنع التّعدی أو کون الشّخص أو العنوان مقوماً فلا إشکال ایضاً و إن شکّ فی المنع فمقتضی العمومات صحّه التّصرّفات فیہ. و کذا إن شکّ فی کون الشّخص أو التّوع مقوماً بحسب الجعل الشّرعی بعد إحراز القابلیّته بحسب العرف بحیث یكون الشّخص مورداً عندهم لا مقوماً فإنّ مقتضی العمومات من قوله تعالیّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ قوله علیه السلام - الصّیّح جائز و المؤمنون عند شروطهم بل فحوی قوله علیه السلام - النّاس مسلّطون علی أموالهم و نحو ذلك صحّه التّصرّفات فیہ بعد فرض صدق عناوینها. نعم مع الشکّ فی إحراز القابلیّته العرفیّه بحیث یرجع إلی الشکّ فی صدقها لا یمکن التّمسک بها و من ذلك ظهر أنّ ما یقال إنّ العمومات لا تثبت القابلیّات مدفوع بأنّ ذلك إذا کان الشکّ فی القابلیّته العرفیّه و فی المقام الشکّ إنّما هو فی القابلیّته الشّرعیّه و شأن العمومات إثباتها.

داشت، شک کنیم این نقل مورد امضاء شارع قرار گرفته یا نه، با تمسک به عمومات می توانیم اثبات کنیم مورد امضاء قرار گرفته و شرعاً نیز قابلیت نقل دارد؛ مثلاً در حق تحجیر، حق خیار و بعض حقوق دیگر که در عرف با بیع، صلح و نواقل دیگر نقل و انتقال می شود، شک کنیم آیا شرعاً نیز نقل می شود یا نه، می توانیم با تمسک به اطلاق (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)، «الْصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» بگوئیم نقل می شود؛ چون همان طور که مرحوم شیخ فرمودند موضوع این عمومات مانند «عقد»، «بیع»، «تجارت»، «صلح»، «هبه» و ... حقیقت شرعیه ندارد و شارع همان معنای عرفی دارج بین عقلاء را امضاء فرموده و نهایت این که بعض افراد را تخصیص زده مانند بیع غرری و ربوی یا شروطی را به آن اضافه کرده است، بنابراین اگر در خروج موردی از تحت (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)، «الْصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» شک داشتیم می توانیم با تمسک به اطلاق، شک را دفع کنیم.

إن قلت: معروف است که «إنَّ العمومات لا تثبت القابليّات» یعنی با خود عمومات نمی توان اثبات قابلیات کرد؛ مثلاً اگر در قابلیت طفل برای ایجاب و قبول شک شد، نمی توان با تمسک به اطلاق (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) گفت: عقد طفل مورد امضاء شرع واقع شده، در نتیجه طفل قابلیت ایجاب و قبول دارد. در ما نحن فیه نیز با تمسک به عمومات نمی توان اثبات کرد حق قابلیت نقل دارد.

قلت: «إنَّ العمومات لا تثبت القابليّات» مربوط به شک در قابلیت عرفی است؛ یعنی با شک در قابلیت عرفی و عدم احراز آن، نمی توان با تمسک به عمومات، قابلیت شرعی را اثبات کرد. اما اگر قابلیت عرفی محرز بود و فقط شک در قابلیت شرعی داشتیم، می توانیم آن را اثبات کنیم و اصلاً عمومات برای زدودن شک در قابلیت شرعی بعد از احراز قابلیت عرفی وارد شده است؛ به همین خاطر در مورد طفل ممیز که عند العرف قابلیت ایجاب و قبول دارد، می توانیم با تمسک به عمومات، قابلیت شرعی را اثبات کنیم. همچنین در ما نحن فیه که قابلیت نقل [مثلاً] حق تحجیر عرفاً محرز است، با تمسک به عمومات می توانیم بگوییم شرعاً نیز قابل نقل است.

اشکال محقق اصفهانی بر کلام سید یزدی قدس سرهما -

محقق اصفهانی قدس سره - در نقد کلام سید می فرماید (۱): ادله ی معاملات مانند (أَوْفُوا

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحكم، ص ۵۰: بقی الکلام: فیما إذا شک فی القبول للإسقاط و النقل و الانتقال، فإن کان منشأ الشک احتمال کونه حکماً فلا- مناص من الرجوع إلى الأصول دون العموم، لأنّ موضوعه الحق و هو مورد الشک، و لا يجوز التمسک بالعام فی الشبهه المصدقيه. و إن کان منشأ الشک مع القطع بکونه حقاً احتمال کونه سنخ حق له الإیاء عن الإسقاط و النقل و الانتقال- کحق الولایه- فالمعروف أنّه مع إحراز القابلیه عرفاً يتمسک بإطلاق دلیل الصلح، لنفوذ الصلح علی سقوطه و نقله، أو بعموم أدله الإرث لاتتقاله، و لیس من التمسک بعموم العام فی الشبهه المصدقيه، بتوهم احتمال اندراج تحت الحق القابل و الحق الغير القابل، فإنّهما عنوانان انتزاعیان من الحق الداخل تحت العموم و الخارج عنه، لأنّ العام معنون بعنوان القابل و المخصص معنون بعنوان غیر القابل. و یمكن أن یقال: إنّ أدله المعاملات فی مقام إنفاذ الأسباب شرعاً عموماً أو إطلاقاً، فتاره یقطع بأنّ العین الفلانیه قابله للملکیه و النقل و یشک أنّه یعتبر فیه سبب خاص أو لا، فبعموم دلیل الصلح أو الشرط نقول أنّه یملک بالصلح و الشرط، و أخرى یشک فی أصل قبوله للنقل لا من حیث خصوصیه سبب من الأسباب، لیقال إنّ الصلح سبب مطلق، و إنّ کسائر أسباب النقل و الإسقاط مثلاً، و المفروض هنا الشک فی أصل قبول الحق الخاص للإسقاط و النقل، لا من حیث قصور الصلح عن السببیه فی هذا المورد، فکونه قابلاً للصلح عرفاً معناه أنّ الصلح کغیره من الأسباب فی هذا الموضوع، فلا منافاه بین إحراز القابلیه العرفیه من هذه الجبهه مع الشک فی أصل قابلیته للإسقاط و النقل. تقریر اشکال محقق اصفهانی در بیان مرحوم امام قدس سره -: • کتاب البیع (للإمام الخمينی)، ج ۱، ص ۵۰: و ربّما یردّ ذلك: بأنّ أدله إنفاذ المعاملات فی مقام بیان إنفاذ الأسباب شرعاً عموماً أو إطلاقاً، فإذا أُحرزت قابلیته النقل، و شکّ فی اعتبار سبب خاصّ، فدلّیل عموم المعامله کدلیل

الصلح و الشرط يرفع هذا الشكّ، و أمّا إذا شكّ في قبوله للنقل، لا من حيث خصوصيّة سبب من الأسباب، فلا يمكن رفعه بأدلّته. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ٥٨: وقد أورد المحقّق الأصفهاني - بعد ذكره لكلام السيّد، و الكلام المعروف - بقوله: «يمكن أن يقال: إنّ أدلّه المعاملات في مقام إنفاذ الأسباب شرعاً؛ عموماً أو إطلاقاً، فتاره: يقطع بأنّ العين الفلانيه قابله للملكيه و النقل، و يشكّ في أنّه يعتبر فيه سبب خاصّ أو لا، فبعموم دليل الصلح أو الشرط نقول: إنّه يملك بالصلح و الشرط، و اخرى: يشكّ في أصل قبوله للنقل، لا من حيث خصوصيه سبب من الأسباب ليقل: إنّ الصلح سبب مطلقاً؛ و إنّه كسائر أسباب النقل و الإسقاط مثلاً، و المفروض هنا الشكّ في أصل قبول الحقّ الخاصّ للإسقاط و النقل، لا من حيث قصور الصلح عن السببيه في هذا المورد» انتهى موضع الحاجه من كلامه. و ملخص ما أفاده المحقّق رحمه الله: أنّه يمكن التمسك بالعمومات في مقام الشكّ في السببيه، كما إذا احرز و ثبت صحّه النقل شرعاً في معامله كذا، و شكّ في أنّ له سبباً خاصاً، كالطلاق و النكاح مثلاً، أو ليس له سبب خاصّ، بل يقع بالصلح و البيع و الشرط، فحينئذٍ يجوز التمسك بعمومات الصلح و البيع و غيره من أدلّه المعاملات، و أمّا إذا شكّ في أصل صحّه النقل، و لم يكن شكّ في سببيه الصلح و العمومات الاخر للمورد، فلا مجال للتمسك بالعمومات. و المفروض أنّ ما نحن فيه من قبيل الثاني.

بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تَحَارَهُ عَنْ تَوَاضِعٍ)، «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» و ... همه در مقام تنفیذ شرعی اسباب عرفیه ی معاملات است مطلقاً؛ یعنی بعد از احراز [اصل] قابلیت نقل [شرعاً] اگر شک کردیم [این نقل فقط با سبب خاصی منتقل می شود یا مثلاً] با بیع نیز محقق می شود؟ در این جا با تمسک به اطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) می گوئیم با بیع نیز محقق می شود، یا اگر شک کردیم با صلح نیز محقق می شود یا نه، به اطلاق «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» تمسک می کنیم. [بلکه با تمسک به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می توانیم بگوئیم با تمام اسباب قابل نقل است و اختصاص به سببی دون سبب دیگر ندارد.]

اما اگر در اصل قابلیت شرعی نقل شک داشته باشیم دیگر نمی توانیم با تمسک به این عمومات، قابلیت را اثبات کنیم؛ زیرا این عمومات از حیث قابلیت در صدد بیان نیست، بلکه فقط در صدد تنفیذ اسباب معاملات [بعد از احراز قابلیت] است. به عبارت دیگر این عمومات و اطلاقات حیثی است؛ مثلاً دلیل صلح بیان می کند صلح از حیث ناقلیت مطلق است، اما این که چه چیزی قابلیت دارد با صلح منتقل شود در صدد بیان آن نیست و باید از جای دیگر احراز شود. [لذا اگر منشأ شک، شک در سببیت صلح برای نقل چیزی بود، با تمسک به دلیل صلح می توان سببیت صلح را برای نقل آن اثبات کرد، اما اگر منشأ شک، شک در اصل قابلیت آن چیز برای نقل بود نمی توان به دلیل صلح برای اثبات قابلیت تمسک کرد.] بنابراین بعد از احراز قابلیت شرعاً، از این عمومات استفاده می شود [معامله با هر یک از اسباب] نافذ است و اختصاص به سببی دون اسباب دیگر ندارد.

دفاع مرحوم امام از كلام سيد يزدي در مقابل اشكال محقق اصفهاني قدس سرهم -

مرحوم امام قدس سره - می فرماید (١): اطلاقات و عمومات در مقام تنفيذ و امضاء هر

١- كتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ١، ص ٤٩: إنه لو شكَّ في كون شيء حَقًّا أو حكمًا، فلا أصل لإثبات أحدهما، فلا بدَّ من الرجوع إلى الأصول العمليَّة. و أمَّا لو شكَّ في كون حقَّ قابلاً للإسقاط أو النقل، فإن كان الشكُّ لأجل الشكِّ في القابليَّة العرفيَّة، فلا يصحَّ إحرازها بالعمومات؛ لرجوع الشكِّ إلى الصدق. و إن كان في القابليَّة الشرعيَّة، فقد يقال: بجواز التمسِّك بعمومات تنفيذ العقد و الصلح و الشرط و سلطنه الناس على أموالهم؛ لتصحيح المعاملة و كشف القابليَّة؛ إذ شأن العمومات رفع هذا الشكِّ. و ربَّما يردُّ ذلك: بأن أدلَّه إنفاذ المعاملات في مقام بيان إنفاذ الأسباب شرعاً عموماً أو إطلاقاً، فإذا أُحرزت قابليَّة النقل، و شكَّ في اعتبار سبب خاصِّ، فدلَّيل عموم المعاملة كدليل الصلح و الشرط يرفع هذا الشكِّ، و أمَّا إذا شكَّ في قبوله للنقل، لا من حيث خصوصيَّة سبب من الأسباب، فلا يمكن رفعه بأدلتها. و فيه: أنه لا شبهه في أن قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، أو قوله (عليه السَّلام) الصلح جائز بين المسلمين أو المؤمنون عند شروطهم ظاهر في لزوم الوفاء بكلِّ معاقده أو صلح أو شرط تصدق عليها تلك العناوين عرفاً، فعدم وجوب الوفاء في مورد أو موارد، مخالف لهذه العمومات و الإطلاقات. فإذا أُلقيت تلك العمومات إلى العقلاء، لا يشكُّون في أن الشارع بصدد إنفاذ كليَّة العقود و الشروط و ماهيَّة الصلح بلا قيد و شرط، و الشكُّ في عدم القابليَّة الشرعيَّة، راجع إلى الشكِّ في اعتبار الشارع شرطاً و قيداً في المثلن أو الثمن؛ و بالجملة إلى عدم إنفاذه معاملة خاصِّه، فإذا شكَّ في أن البيع الربوي صحيح، يرجع ذلك الشكُّ إلى احتمال اعتبار الشارع شرطاً في العوضين بعد كون المعاملة عقلائيَّة، و لا- شبهه في أن العمومات رافعه له، و لا دليل على دعوى كونها بصدد إنفاذ الأسباب فقط، حتَّى ترجع إلى الحكم الحيثي، بل الظاهر منها أنها أحكام فعليَّة، بصدد إنفاذ المعاملات العقلائيَّة و العقود العرفيَّة، و لا يزال الفقهاء- الذين هم من العرف و العقلاء يتمسِّكون بها لإثبات صحَّه المعاملات. هذا مع عدم جريان الإشكال في مثل الناس مسلَّطون على أموالهم. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ٥٩: أقول: هنا كلامان: أولهما: بيان الحقِّ من الكلام المعروف و المحقق المذكور؛ و حلَّ المناظره بين السيِّد الموافق للمشهور، و ما أفاده المحقق رحمه الله في جوابه. و ثانيهما: تحقيق أصل المطلب. أمَّا بيان الحقِّ من كلام السيِّد و ما أفاده في جوابه، فالأقرب إلى النظر و الصَّحَّه كلام السيِّد؛ إذ المراد بالقابليَّة ليس معناها الفلسفي المقول في الجسم: «بأنه قابل للقسمة إلى كذا و كذا» بل المراد القابليَّة العرفيَّة؛ أعني اعتبار العقلاء، لأنَّ المعاملات كلَّها اعتبارات عقلائيَّة، فما يعتبره العقلاء عقداً و معاهدة- بأيِّ عنوان كان- لا مانع من شمول الأدلَّه له، و ليس المراد بالأدلَّه إنفاذ الأسباب، كما قاله رحمه الله، بل هي إنفاذ و إمضاء لما هو المتداول في العرف؛ فإنَّ باب المعاملات ليس كالعبادات تأسيسات للشارع، بل إمضاء ما هو المرسوم عند العقلاء.

معامله ای است که عرف تحت عنوان عقد، بیع، صلح، شرط و ... انجام می دهد. به تعبیر دیگر در مواردی که ارکان و شرائط عقد، بیع، صلح و ... عرفاً تمام است، این عموماً آن را از تمام جهات [بدون هیچ قید و شرطی] بالفعل تصحیح می کند، در حالی که اگر فقط از حیثی تصحیح می کرد، تصحیح بالفعل عقود محقق نمی شد و نمی توانستیم با استناد به عموماً بگوییم فلان عقد واجب الوفاء است، در حالی که چنین جواز استنادی واضح است.

دفاع سید خوئی از محقق اصفهانی و اشکال بر سید یزدی قدس سرهم -

سید خوئی قدس سره - آن چنان که از هر سه تقریر ایشان (مصباح الفقاهه، محاضرات فی الفقه الجعفری و التنقیح فی شرح المکاسب) (۱) استفاده می شود به دفاع از کلام محقق

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۹: و إذا شككنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحاً أنه يقبل النقل أولاً فإن الأصل عدم قبوله إياه، إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذي الحق فقط. فثبوته لغيره يحتاج إلى دليل. و دعوى أن الأصل جواز نقله تمسكاً بالعمومات الدالة على صحه العقود و نفوذها دعوى جزائیه، فإن تلك العمومات ناظره إلى بيان الحكم الوضعي: و هو إمضاء المعاملات العرفية: أعني ما يكون مورد المعامله فيها قابلاً للانتقال إلى غيره. و مع الشك في ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكاً بها في الشبهه المصدقيه. و قد ثبت في محله عدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصدقيه. • محاضرات فی الفقه الجعفری (تقریرات سید علی شاهرودی)، ج ۲، ص ۲۷: نعم تبقى في البين عموماً (أوفوا بالعقود)، (احل الله البيع) و قوله عليه السلام - «الصلح جائز بين المسلمين» فهل يمكن أن يستفاد منها قابليه الحكم للنقل إذا وقع عليه شيء منها أم لا؟ الظاهر العدم، لأنها لا تكون مشروعاً و مبينه لما يكون للمتعاقدین السلطنه عليه و ما لا يكون، بل هي ناظره إلى نفوذ أسباب النقل و الانتقال في موارد ثبوت السلطنه التامه لكل من المتعاقدین على ماله ولو عند العرف و العقلاء و لذا إذا فرضنا أن أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً في البيع و نفرض أننا نشك في حرمة الغناء و كونه تحت سلطنته وضعاً، فإن الحرام لا يجعل عوضاً و لا تقع المعامله عليه لا يمكننا التمسك بعموم (أوفوا بالعقود) و الحكم بدلالته بالالتزام على صحه العقد و جواز الغناء تكليفاً، و هذا ليس الا لما ذكرناه من أن هذه العمومات لا تثبت السلطنه على اصل النقل، بل ناظره الى أسبابه. فالحق أن مقتضى الاصل عند الشك في قابليه الحكم للنقل هو العدم. • التنقيح في شرح المکاسب، ج ۱، ص ۳۸: وبالجملة: أن مقتضى القاعده الاقتصار على الموارد المتيقنه و عدم ثبوت تلك الأحكام في حق غير من ثبت في حقه أولاً. و دعوى أن مقتضى عموماً «أَحَلَّ اللَّهُ التَّبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» وغيرها من أدله التجاره ونحوها صحه نقل الحكم إلى الغير و ثبوت آثاره في حق المشتري، مدفوعه بأن هذه العمومات لم ترد في مقام تشريع أنحاء السلطنه كالسلطنه على النقل، بل هي ناظره إلى نفوذ أسباب النقل في موارد ثبوت السلطنه التامه لكل من المتعاقدین على ماله ولو عند العرف و العقلاء و لذا لو فرضنا أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً في البيع و نفرض أننا نشك في حرمة الغناء و كونه تحت سلطنته وضعاً - فإن الحرام لا يجوز جعله عوضاً و لا تقع المعامله عليه - لا يمكننا التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و الحكم بدلالته بالالتزام على صحه العقد و جواز الغناء تكليفاً، و ليس هذا إلا لما ذكرناه من أن هذه العمومات لا تثبت السلطنه على أصل النقل، بل هي

ناظره إلى أسبابه. فالصحيح أن مقتضى الأصل عند الشك في قابلية الحكم للنقل هو العدم.

اصفهانى قدس سره - برخاسته و كلام سيد يزدى قدس سره - را نقد کرده است.

در تقريرات مصباح الفقاهه كه معمولاً در اين مباحث به آن اعتماد مى كنيم مى فرمايد: «و دعوى أن الأصل جواز نقله تمسكا بالعمومات الداله على صحة العقود و نفوذها دعوى جزافيه» و وجه آن را در تقريرات محاضرات فى الفقه الجعفرى و التنقيح فى شرح المكاسب اين چنين بيان مى كند:

عمومات در مقام اثبات سلطنت متعاقدين بر نقل و امثال آن نيست، بلكه در مقام بيان نفوذ اسباب نقل است در مواردى كه سلطنت تامه احراز شده باشد.

بنابراین با این ادله نمی توان قابلیت شرعی حق برای نقل و سلطنت ذو الحق بر نقل حق را اثبات کرد.

تا این جا کاملاً روشن است که کلام ایشان به نفع محقق اصفهانی قدس سره - و علیه سید یزدی قدس سره - است، اما در ادامه کلامی دارند که به نفع کلام سید یزدی قدس سره - است:

بل هی ناظره إلى نفوذ أسباب النقل و الانتقال فی موارد ثبوت السلطنة التامة لكل من المتعاقدين علی ماله ولو عند العرف و العقلاء.

یعنی اگر سلطنت تامه برای متعاقدين نزد عرف و عقلاء ثابت باشد هر چند در شرع ثابت نباشد آن عقد عند الشرع نافذ است و این همان کلام سید یزدی است. این عبارت در هر دو تقریر محاضرات فی الفقه الجعفری و التقیح فی شرح المكاسب بعینه (۱) بدون مغایرت در الفاظ حتی در حروف عطف نقل شده است،

۱- محاضرات فی الفقه الجعفری (تقریرات سید علی شاهرودی)، ج ۲، ص ۲۷: بل هی ناظره إلى نفوذ أسباب النقل و الانتقال فی موارد ثبوت السلطنة التامة لكل من المتعاقدين علی ماله ولو عند العرف و العقلاء و لذا إذا فرضنا أن أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً فی البيع و نفرض أنا نشك فی حرمة الغناء و كونه تحت سلطنته وضعاً، فإن الحرام لا يجعل عوضاً و لا تقع المعاملة عليه لا يمكننا التمسك بعموم (أوفوا بالعقود) و الحكم بدلالته بالالتزام علی صحه العقد و جواز الغناء تكليفاً، و هذا ليس الا لما ذكرناه من أن هذه العمومات لا تثبت السلطنة علی اصل النقل، بل ناظره إلى أسبابه. فالحق أن مقتضى الاصل عند الشك فی قابليه الحكم للنقل هو العدم. • التقیح فی شرح المكاسب، ج ۱، ص ۳۸: بل هی ناظره إلى نفوذ أسباب النقل فی موارد ثبوت السلطنة التامة لكل من المتعاقدين علی ماله ولو عند العرف و العقلاء و لذا لو فرضنا أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً فی البيع و نفرض أنا نشك فی حرمة الغناء و كونه تحت سلطنته وضعاً- فإن الحرام لا يجوز جعله عوضاً و لا تقع المعاملة عليه- لا يمكننا التمسك بعموم «أوفوا بالعقود» و الحكم بدلالته بالالتزام علی صحه العقد و جواز الغناء تكليفاً، و ليس هذا إلا لما ذكرناه من أن هذه العمومات لا تثبت السلطنة علی أصل النقل، بل هی ناظره إلى أسبابه. فالصحيح أن مقتضى الأصل عند الشك فی قابليه الحكم للنقل هو العدم.

لذا احتمال این که از همدیگر گرفته یا مصححین بعداً تصحیح کرده باشند زیاد است. احتمال ضعیف هم دارد که هر دو در مجلس درس، عین عبارت سید خویی قدس سره - را که بسیار خوش بیان بودند حفظ کرده و منعکس کرده اند.

به هر حال، گرچه این کلام سید خویی قدس سره - موافق با نظر سید یزدی قدس سره - است، ولی أظهر آن است که ایشان تمسک به عمومات نمی کنند، کما این که تعدادی از فتاوی ایشان نیز مناسب با آن است. مضاف به این که مثال نقضی که در ذیل آن ذکر می کنند نیز بر آن دلالت دارد و آن این که:

فرضاً اگر حرمت غنا و تغنی مشکوک باشد، قابلیت آن برای وقوع در بیع و اجاره [و هر عقد دیگری] نیز مشکوک خواهد بود؛ چون اگر غنا حرام باشد، عقد باطل است؛ زیرا در صحت بیع و اجاره شرط است که قدرت بر تحویل ثمن و مورد اجاره وجود داشته باشد و با حرمت و ممنوعیت عمل، مکلف شرعاً قدرت بر تحویل آن نخواهد داشت و در نتیجه بیع و اجاره باطل است. حال با شک در قابلیت تغنی برای وقوع در بیع و اجاره آیا می توان با تمسک به عمومات و اطلاقاتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ»، اثبات صحت معامله کرد و نتیجه گرفت چون ملازمات أمارات حجت است (۱) پس تغنی جایز است!؟

معلوم است که چنین نتیجه ای نمی توان گرفت، پس کشف می کنیم عمومات فقط در صدد بیان نفوذ اسباب است و از حیث اثبات قابلیت و سلطنت متعاقدين بر عوضین در صدد بیان نیست.

این مثال سید خویی شبیه کلام مرحوم آخوند قدس سرهما - در کفایه (۲) ذیل بحث عدم

۱- یعنی همان طور که حرمت تغنی موجب بطلان معامله است، صحت معامله هم کاشف از جواز تغنی است.

۲- کفایه الأصول (ط- آل البیت- علیهم السلام -)، ص ۲۲۳: وهم و إزاحه: ربما يظهر عن بعضهم التمسك بالعمومات فيما إذا شك في فرد لا- من جهة احتمال التخصيص بل من جهة أخرى كما إذا شك في صحة الوضوء أو الغسل بمائع مضاف ف يستكشف صحته بعموم مثل أوفوا بالنذور فيما إذا وقع متعلقاً للنذر بأن يقال وجب الإتيان بهذا الوضوء وفاء للنذر للعموم و كل ما يجب الوفاء به لا محاله يكون صحيحاً للقطع بأنه لو لا صحته لما وجب الوفاء به و ربما يؤيد ذلك بما ورد من صحة الإحرام و الصيام قبل الميقات و في السفر إذا تعلق بهما النذر.

جواز تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص است که از بعضی نقل کرده برای اثبات صحت وضوء به ماء مضاف مانند ماء الورد و گلاب چنان که جناب صدوق قدس سره - جایز می داند (۱) به عموم (وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) (۲) تمسک کرده اند، به این صورت که اگر کسی نذر کند با گلاب وضوء بگیرد، عموم (وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) شاملش می شود و در نتیجه وفای به آن واجب و نذر منعقد شده است و از آن جا که نذر منعقد نمی شود مگر این که منذور آن شرعاً صحیح باشد، پس صحت نذر ملازم با صحت منذور یعنی وضوء با گلاب است.

بنابراین همان طور که مرحوم آخوند در آن جا فرموده این نوع استدلال صحیح نیست، سید خویی نیز در ما نحن فیه می فرماید تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت درست نیست.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۱، ص ۶: وَ لَمَّا بَأْسَ بِالْوُضُوءِ وَ الْغُسْلِ مِنَ الْجَنَابَةِ وَ الْإِسْتِيَاكِ بِمَاءِ الْوَرْدِ ... • الهدایه فی الأصول و الفروع، ص ۶۵: و لا- بَأْسَ أَنْ يَتَوَضَّأَ بِمَاءِ الْوَرْدِ لِلصَّلَاةِ، وَ يَغْتَسِلُ بِهِ مِنَ الْجَنَابَةِ فَأَمَّا الَّذِي تَسَخَّنَهُ الشَّمْسُ فَإِنَّهُ لَا يَتَوَضَّأُ بِهِ وَ لَا يَغْتَسِلُ بِهِ وَ لَا يَعْجَنُ بِهِ لِأَنَّهُ يورث البرص.

۲- سوره ی مبارکه ی حج، آیه ی ۲۹: (ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَ لِيُوفُوا نُذُورَهُمْ وَ لِيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ)

نقد کلام سید خوئی قدس سره -

به نظر می‌رسد همان‌طور که سید یزدی قدس سره - و مرحوم امام فرمودند، هرگاه قابلیت عرفی احراز شد می‌توان با تمسک به عموماً و اطلاقات شرعی را اثبات کرد؛ چون عرف و اهل لسان با دریافت آیه‌ی شریفه‌ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ظاهراً شک نمی‌کنند که باید به هر نوع عقدی که در میان خود دارند و هر چیزی را که قرارداد و پیمان می‌دانند پایبند باشند؛ زیرا جمع مُحَلَّای به لام افاده‌ی عموم می‌کند و طبق فرض، مفهوم عقد و مصادیق آن عرفی است؛ نه شرعی، لذا اجمالی نسبت به آیه‌ی شریفه برای عرف باقی نمی‌ماند تا منتظر باشند شارع مراد خود از عقد و مؤلفه‌های آن را تبیین کند.

بله ممکن است شارع عقدی را از عموم خارج کرده و بیان کند وفای به آن لازم نیست، اما این باعث نمی‌شود در موارد شک در اخراج فردی از افراد عقد بعد از فحص و عدم ظفر به مخصص و مقید کسی نتواند به عموم تمسک کند، و اگر در چنین فرضی با تمسک به استصحاب یا براءت، وفای به عقد نکرد عذر او پذیرفته نیست و مورد توبیخ مولا واقع می‌شود که چرا بعد از فحص و یأس از ظفر به مخصص، به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عمل نکرد در حالی که عموم برای تمسک عند الشک بیان شده است؟!

پاسخ مثال نقض سید خوئی قدس سره -

اما در مورد مثال نقض سید خوئی قدس سره - سه پاسخ بیان می‌کنیم:

این پاسخ طبق مبنای کسانی از جمله سید خوبی قدس سره - (۱) است که قائلند عموماتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» و ... فقط در مقام بیان حکم وضعی است و هیچ نظری به حکم تکلیفی ندارد. طبق این مبنا، عمومات فقط از حیث شکوک مربوط به حکم وضعی محض قابل تمسک است و در شک در حکم تکلیفی یا حکم وضعی که منشأ آن شک در حکم تکلیفی است قابل تمسک نیست. بنابراین مثال مذکور که منشأ شک در آن، حکم تکلیفی است نمی تواند به عنوان نقض باشد؛ چون از آن جهت در صدد بیان نیست. امّا در ما نحن فیه که آیا حقوق قابلیت نقل شرعی دارد، از آن جا که شک ما ناشی از حیثیت وضعی است نه تکلیفی، پس بدون اشکال می توان به عمومات تمسک کرد.

البته ما اصل این مبنا را که عمومات فقط در مقام بیان حکم وضعی است و هیچ نظری به حکم تکلیفی ندارد یا طلاقه قبول نداریم، گرچه مانند شیخ انصاری قدس سره - (۲) نیز قائل نیستیم که وضعیات اصلاً اصالت نداشته و منتزع از تکلیفیات

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۴۲: قوله (تعالی) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ: لا ریب فی دلاله هذه الآیه الکریمه علی ... لزوم کل عقد، لأنّ معنی الوفاء هو التمام. و من هنا یقال: الدرهم الوافی: أي الدرهم التام. و معنی العقد إما العهد المطلق كما صرح به بعض أهل اللغة أو العهد الوثیق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغة أيضا. و المراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الإرشاد إلى لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تکلیفیا لکان فسخ العقد حراما و هو واضح البطلان.

۲- فرائد الأصول (ط - مجمع فکر)، ج ۳، ص ۱۲۵: ثمّ إنّه لا بأس بصرف الكلام إلى بیان أنّ الحكم الوضعی حکم مستقلّ مجعول - كما اشتهر فی ألسنه جماعه - أو لا، و إنّما مرجعه إلى الحكم التکلیفی؟ فنقول: المشهور - كما فی شرح الزبیده - بل الذی استقرّ علیه رأی المحقّقین - كما فی شرح الوافی للسیّد صدر الدین -: أنّ الخطاب الوضعی مرجعه إلى الخطاب الشرعی، و أنّ کون الشیء سببا لواجب هو الحكم بوجوب ذلك الواجب عند حصول ذلك الشیء، فمعنی قولنا: «إتلاف الصبی سبب لضمانه»، أنّه یجب علیه غرامه المثل أو القیمه إذا اجتمع فیہ شرائط التکلیف من البلوغ و العقل و اليسار و غیرها، فإذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله: «اغرم ما أتلفته فی حال صغرك»، انتزع من هذا الخطاب معنی یعبّر عنه بسببیه الإتلاف للضمان، و یقال: إنّ ضامن، بمعنی أنّه یجب علیه الغرامه عند اجتماع شرائط التکلیف. و لم یدع أحد إرجاع الحكم الوضعی إلى التکلیف الفعلی المنجز حال استناد الحكم الوضعی إلى الشخص، حتّى یدفع ذلك بما ذکره بعض من غفل عن مراد النافین: من أنّه قد یتحقّق الحكم الوضعی فی مورد غیر قابل للحکم التکلیفی، كالصبی و النائم و شبههما. و کذا الكلام فی غیر السبب؛ فإنّ شرطیه الطهاره للصلاه لیست مجعوله بجعل مغایر لإنشاء وجوب الصلاه الواقعه حال الطهاره، و کذا مانعیه النجاسه لیست إلّا منتزعه من المنع عن الصلاه فی النجس، و کذا الجزئیّه منتزعه من الأمر بالمرکب. • المكاسب المحرمه (ط - القدیمه)، ج ۲، ص ۳۰۶: قد حقق فی الأصول أن لا معنی للحکم الوضعی إلا ما انتزع من الحكم التکلیفی.

است. بلکه همان طور که در ابتدای مکاسب محرمه در بحث تحلیلی و تفصیلی درباره ی بعضی عمومات مثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بیان کردیم، ابتداءً حکم تکلیفی از آن استفاده می شود و بالملازمه العرفیه البینه استفاده ی حکم وضعی می شود و بعضی اطلاعات مانند «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» نیز مستقیماً حکم وضعی را بیان می کند و بعضی مثل (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) بیان گر حکم وضعی و تکلیفی هر دو می باشند.

پاسخ دوم

بنابر این که ادله ی معاملات یا حداقل بعضی آن ابتداءً در صدد بیان حکم تکلیفی است و بالملازمه حکم وضعی را بیان می کند، چه مانعی دارد بگوئیم ظاهر (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) و ... در صدد بیان آن است که هر گاه مؤلفه های وضعی عقد، بیع، تجارت و ... عرفاً تمام بود معامله صحیح است، اما از حیث موانع تکلیفیه ی جائیه ی من قبل شارع در صدد

بیان نیست؟! (۱) نتیجه اش آن است که از حیث مؤلفه های وضعی عقد می توان به عمومات تمسک کرد، اما از حیث حرمت تکلیفی نمی توان تمسک کرد؛ چون در صدد بیان آن نیست.

پاسخ سوم

جواب مهم تر این که سید خویی قدس سره - عدم جواز تمسک به عام برای اثبات جواز تکلیفی غنا را مسلّم و مفروغ عنه گرفتند، در حالی که عده ای از فقهاء در موارد مشابه با تمسک به عمومات، بالملازمه جواز تکلیفی حکم دیگر را اثبات کرده اند. مثلاً مرحوم آخوند قدس سره - بعد از مناقشه در تمسک به عموم (وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) برای اثبات جواز تَوْضُؤْ به ماء الورد نه از آن حیث که سید خویی و محقق اصفهانی قدس سرهما - مناقشه کردند، بلکه از این حیث که تمسک به عام است در شبهه ی مصداقیه؛ چراکه در متعلق نذر شرط است که راجح باشد، در حالی که نمی دانیم تَوْضُؤْ به ماء الورد راجح باشد با صراحت می فرماید: اگر در متعلق عام، شرط خاصی مانند رجحان، جواز و ... اخذ نشده باشد، مانعی در تمسک به عام برای اثبات صحت موارد مشکوک و بالملازمه اثبات جواز فعل محتمل الحرمة نیست. عبارت آخوند قدس سره - این چنین است:

نعم لا بأس بالتمسک به فی جوازه بعد إحراز التمكن منه و القدره علیه فیما لم يؤخذ فی موضوعاتها حکم أصلاً فإذا شك فی

۱- یعنی حتی با قبول این که مثلاً آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بیان حکم تکلیفی وجوب وفای به عقد می کند و بالملازمه از آن صحت وضعی عقود استفاده می شود، می توان گفت آیه ی شریفه در مقام بیان از حیث مؤلفه های وضعی عقود است ولی از حیث موانع تکلیفی که ممکن است شارع بیان کنند در صدد بیان نیست و عمومیت ندارد. به همین خاطر در موارد شک در صحت عقد از حیث موانع تکلیفی نمی توان به عموم آیه ی شریفه تمسک کرد.

جواز صحت التمسك بعموم دليلها في الحكم بجوازها. (۱)

يعنى فعلى [مانند غنا در مثال سيد خويى قدس سره -] كه حكيمش مشكوك است اگر متعلق احكام ثانويه [مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)] قرار گيرد، مى توان با تمسك به عموم آن حكم ثانوى [(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)] آن عقد را تصحيح کرده و بالملازمه حكم به جواز فعل [غنا] كرد. البته اين در صورتى است كه در موضوع حكم ثانوى بعد از مقدور بودن عقلى آن حكمى مانند رجحان، جواز و ... اخذ نشده باشد، كما اين كه در مثال مذکور اخذ نشده است.

محشئين محقق و مدقق كفايه و نيز خود سيد خويى قدس سره - (۲) بر اين كلام مرحوم

۱- كفايه الأصول (ط - آل البيت - عليهم السلام -)، ص ۲۲۴: و التحقيق أن يقال إنه لا مجال لتوهم الاستدلال بالعمومات المتكفله لأحكام العناوين الثانويه فيما شك من غير جهة تخصيصها إذا أخذ في موضوعاتها أحد الأحكام المتعلقة بالأفعال بعناوينها الأولية كما هو الحال في وجوب إطاعة الوالد و الوفاء بالنذر و شبهه في الأمور المباحة أو الراجحة ضروره أنه معه لا يكاد يتوهم عاقل إذا شك في رجحان شيء أو حليته جواز التمسك بعموم دليل وجوب الإطاعة أو الوفاء في رجحانه أو حليته. نعم لا بأس بالتمسك به في جواز بعد إحراز التمكن منه و القدره عليه فيما لم يؤخذ في موضوعاتها حكم أصلاً فإذا شك في جواز صحت التمسك بعموم دليلها في الحكم بجوازها و إذا كانت محكومها بعناوينها الأولية بغير حكمها بعناوينها الثانويه وقع المزاحمه بين المقتضيين و يؤثر الأقوى منهما لو كان في البين و إلا لم يؤثر أحدهما و إلا لزم الترجيح بلا مرجح فليحكم عليه حينئذ بحكم آخر كالإباحه إذا كان أحدهما مقتضياً للوجوب و الآخر للحرمة مثلاً.

۲- محاضرات في أصول الفقه، ج ۵، ص ۲۳۳: ذكر المحقق صاحب الكفايه (قده) انه «ربما يظهر من بعضهم التمسك بالعمومات فيما إذا شك في فرد لا من جهة احتمال التخصيص، بل من جهة أخرى كما إذا شك في صحة الوضوء أو الغسل بمائع مضاف فيكشف صحته بعموم مثل أوفوا بالنذور فيما إذا وقع متعلقاً للنذر بأن يقال وجب الإتيان بهذا الوضوء وفاء للنذر للعموم و كلما يجب الوفاء به لا محاله يكون صحيحاً للقطع بأنه لو لا صحته لما وجب الوفاء به. و ربما يؤيد ذلك بما ورد من صحة الإحرام و الصيام قبل الميقات و في السفر إذا تعلق بهما النذر كذلك» ملخص ذلك هو أنه لا مانع من تصحيح عباده لم تثبت مشروعيتها من ناحيه النذر حيث ان وجوب الوفاء به يكشف عن صحتها و الا لم يجب الوفاء به جزماً نظير الصوم في السفر و الإحرام قبل الميقات فانه كالصلاه قبل الوقت في عدم المشروعيه كما في بعض الروايات، و مع ذلك يصح بالنذر، و كذا الصوم في السفر فانه غير مشروع، و مع ذلك يصح بالنذر، حرى بنا أن نتكلم في هذه المسأله في مقامين: (الأول) في صحة هذا النذر و فساده (الثاني) في صحة الإحرام قبل الميقات و الصوم في السفر بالنذر. أما المقام الأول: فلا شبهه في أن صحة النذر مشروطه بكون متعلقه راجحاً فلا يصح فيما إذا تعلق بأمر مباح فضلاً عن المرجوح، ضروره ان ما كان لله تعالى لا بد و ان يكون راجحاً حتى يصلح للتقرب به إليه تعالى فان المباح لا يصلح أن يكون مقرباً، فإذا لا بد أن يكون متعلقه عملاً صالحاً لذلك. و على ضوء ذلك فلو شك في رجحان عمل و عدمه لم يمكن التمسك بعموم أوفوا بالنذور لفرض ان الشبهه هنا مصداقيه و قد تقدم أنه لا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصداقيه، بل هو من أظهر أفراد التمسك به في الشبهه المصداقيه، و لعل من يقول به لم يقل بجوازها في المقام يعنى فيما إذا كان المأخوذ في موضوع حكم العام عنواناً وجودياً كما هو المفروض هنا، فان

موضوع وجوب الوفاء بالنذر قد قيد بعنوان وجودى و هو عنوان الراجح. و عليه فلا يمكن الحكم بصحة الوضوء بمائع مضاف من جهة التمسك بعموم وجوب الوفاء بالنذر لفرض ان الشك فى رجحان هذا الوضوء، و معه كيف يمكن التمسك به. فالنتيجة أنه لا يمكن تصحيح الوضوء أو الغسل بمائع مضاف من ناحيه عموم وجوب الوفاء بالنذر. • مصباح الأصول (مباحث الفاظ)، ج ٢، ص ٤٣٣: عبارت مصباح الاصول دقيقاً مانند محاضرات است.

آخوند از این جهت اشکالی وارد نکرده اند. بنابراین این طور نیست که تمسک به عموم عام برای اثبات جواز غنا در ما نحن فیه معلوم البطلان باشد.

پس تا این جا معلوم شد که کلام سید یزدی قدس سره - که فرمودند بعد از احراز قابلیت عرفی می توان به عمومات برای اثبات قابلیت شرعی تمسک کرد کلام محکم و مستدلی است و عمومات هیچ قصوری از این حیث ندارد.

شبهه: شک در قابلیت به نحو شبهه ی مصداقیه ی مخصص است

اشاره

سید یزدی - رحمه الله علیه - بعد از اثبات عدم قصور عموماتِ مربوط به معاملات، برای اثبات قابلیت بعد از تحقق و ثبوت قابلیت عرفاً شبهه ای (۱) را مطرح و سپس آن را دفع می کنند (۲) و آن این که:

بعد از این که می دانیم شارع بعضی از قابلیت عرفیه را نپذیرفته است، اگر بخواهیم در موارد شک که آیا شارع قابلیت را پذیرفته یا خیر، به این عمومات تمسک کنیم، تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص خواهد شد، در حالی که تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص حتی اگر مخصص لئی باشد جایز نیست؛ مثلاً اگر عامی بیان کند «اکرم کلّ عالم» و مخصصی وارد شود «لا- تکرّم العالم الفاسق» در مواردی که شک داریم عالمی آیا فاسق است تا از تحت عام خارج شده باشد یا غیر فاسق است که تحت عام باقی باشد، نمی توانیم به عموم عام تمسک کرده و اثبات کنیم وجوب اکرام دارد. بله! به کمک اصل محرز و استصحاب عدم فسق زید عالم می توان با ضمّ وجدان به اصل، تنقیح موضوع عام کرد و گفت: زید عالم تحت عام باقی است و در نتیجه وجوب اکرام دارد.

۱- فرق این شبهه با شبهه ی قبلی سید خویی و محقق اصفهانی قدس سرهما - در آن است که شبهه ی قبلی به نحو «ضیق فم الرکیه» بیان می کرد که اصلاً عمومات نسبت به قابلیت از آن جهت مورد بحث شمولی ندارد، ولی این شبهه بعد از قبول شمول عام بیان می کند تمسک به عام در موارد مشکوک به نحو تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص است.

۲- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۵۶: أما دعوی أنّ الشکّ يرجع إلى الشبهه المصداقیه لأنّ الحقّ المختصّ بشخص أو عنوان خارج عن العمومات و بعبارة أخرى هی مخصّیة به غیر القابل فلا يجوز الرجوع إليها مع الشکّ فی القابلیة فمدفوعه بمنع ذلك إذ الخارج خصوصیات الحقوق الثابتة کونها مخصّیة بأدلّتها الخاصّة و لم یخرج عنوان واحد عامّ نعم یمکن انتزاع عنوان عامّ کما فی غیر هذا المقام أيضا فإنّه یمکن أن یقال خرج من العمومات العقود الفاسده فمع الشکّ فی الصّحّه و الفساد لا یمکن التمسک بها و هكذا.

در ما نحن فيه نیز از آن جا که (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و سایر عمومات نسبت به بعضی قابلیت عرفیه تخصیص خورده است، پس اگر در مورد قابلیت شک وجود داشته باشد که تحت عام باقی است یا داخل در مخصص است، دیگر نمی توان به عموم عام تمسک کرد؛ زیرا تمسک به عام است در شبهه ی مصداقیه ی مخصص. بنابراین در هیچ یک از حقوقی که قابلیت نقل و انتقال آن مشکوک است نمی توان با تمسک به این عمومات، اثبات قابلیت آن کرد؛ چون تمسک به عام است در شبهه ی مصداقیه ی مخصص.

پاسخ به شبهه

سید یزدی قدس سره - در پاسخ به این شبهه می فرماید: تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص در صورتی لازم می آید که خود شارع عنوانی را تخصیص زده و خارج کرده باشد و ما موردی را شک داشته باشیم که تحت آن عنوان قرار دارد یا خیر. اما اگر عنوان جامعی را خارج نکرده، بلکه فقط موارد خاصی را خارج کرده باشد هر چند ذهن بتواند عنوان جامعی برای آن انتزاع کند و شک کنیم مورد منظور را نیز خارج کرده یا خیر، می توان به عموم عام تمسک کرد و الا تقریباً به هیچ عامی نمی توان تمسک کرد؛ زیرا مثلاً در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) شارع عقود فاسد مانند عقد غرری و ربوی را خارج کرده در نتیجه اگر در صحت عقدی شک کردیم دیگر نمی توانیم به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تمسک کنیم و هکذا سایر عمومات.

در حالی که از آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) استفاده می شود هر چیزی که عرفاً عقد محسوب شود صحیح و لازم الرعایه است، فقط موارد خاص (مورد به مورد؛ نه تحت عنوان جامعی که خود شارع بیان فرموده باشد) خارج می شود و در مشکوکات

باید رجوع به عموم عام شود و در حقیقت در چنین فرضی، شک به نحو شبهه ی مفهومی در سعه و ضیق مخصص منفصل است که مرجع، عام می باشد.

پاسخ سید یزدی قدس سره - به این شبهه تمام است و هیچ یک از اعلام آن مقدار که مراجعه کردم نسبت به این کلام سید اعتراضی نکرده است؛ الا مرحوم امام قدس سره - که [در صغرای کلام سید اشکال کرده] و فرموده است: مخصصی با عنوان جامع از طرف خود شارع برای این عمومات بیان شده، بنابراین موارد شک به نحو شبهه ی مصداقیه ی مخصص می باشد، لذا نمی توان به عموم عام تمسک کرد.

تثبیت شبهه توسط مرحوم امام قدس سره -

اشاره

کلام حضرت امام قدس سره - (۱) مبتنی بر دو مقدمه است:

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۵۱: نعم، هنا شبهه اخرى، و هي أنه استثنى من أدله نفوذ الشرط ما هو مخالف لكتاب الله، أو غير موافق له، أو حرم حلالاً، أو أحل حراماً. وكذا استثنى من دليل إنفاذ الصلح ما أحل حراماً أو حرم حلالاً. والظاهر من مخالفه الكتاب مخالفه حكم الله تعالى، ولو ثبت من سنه رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أو أخبار الأئمة الطاهرين سلام الله عليهم. كما أن الظاهر أن لا خصوصية للتحليل والتحریم، بل المراد تغيير حكم الله تعالى، كما يشهد به اختلاف التعبير في الشرط، فيراد في الصلح أيضاً ظاهراً استثناء مطلق ما يخالف حكم الله، ولا يبعد إسراء العرف والعقلاء هذا الاستثناء إلى سائر المعاملات، بل لا يبعد أن يكون ذلك حكماً عقلياً واستثناءً لياً يدركه العقل. ولو قلنا بأن الشرط أعظم من الشرط الضمني والابتدائي، بل مطلق العقود والمجعولات العقلية، فالأمر أوضح. وعلى هذا: لو شك في معامله؛ من جهة اعتبار الشارع الأقدس قيداً أو شرطاً في العوضين، به يخرجان عن القابلية للانتقال، لا يصح التمسك لرفعه بالعمومات؛ لكونه من التمسك بها في شبهه المصداقيه، وهو غير جائز ولو في المخصّصات اللبّيه، كما قرّرنا في محلّه. • كتاب البیع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ۶۰: و أما تحقيق المطلب فنقول: الشك في المقام في المصدق، لا في المفهوم. بيان المطلب: أن العموم في الصلح وكذا في الشرط، مقيد بعدم تحليل الحرام، و تحريم الحلال، و عدم مخالفه الكتاب، كما في مرسله الصدوق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: «الصلح جائز إلا ما حرم حلالاً، أو أحل حراماً». و كما في قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل». وكذا في قوله: «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً». و من المعلوم أن المراد بالحليّه و الحرمة، ليس معناهما الاصطلاحى، و كذا ليس المراد بمخالفه الكتاب و موافقه، موافقه و مخالفه خصوص الكتاب؛ أعنى القرآن، بل معنى الروايات أن كل شرط أو صلح، نافذ و جائز ما لم يغير اعتبار الشارع و ما فهم من قانونه و لو كان من السنّه؛ بمعنى أن الشارع لو اعتبر في مورد اعتباراً خاصاً، فلا يمكن تغييره بالصلح و الشرط، فلو كان مخالفاً لاعتبار الشرع لا يكون نافذاً. و بالجملة: مورد الأدله مقيد بعدم مخالفته للقانون الشرعى، و يسرى ذلك إلى باقى

العمومات و الإطلاقات بالقييد اللبّي؛ أعني الإحالة على ما هو مرتكز في الأذهان من هذا القيد. و على هذا، فما شكّ في قابليته الشرعيه- كما فيما نحن فيه- لا يمكن التمسك لصحته بالعمومات و الأدلّه؛ لأنّ الشكّ فيه شكّ في كونه مصداقاً لما لا يكون مخالفاً لاعتبار الشارع و قانونه، فإنّ المفروض شمول العمومات لما لا يكون مغيراً لاعتبار الشارع، و ما لم يحرز فيه ذلك لا يمكن التمسك في صحته بها؛ لكونه شبهةً مصداقيه.

١. در ادله ی نفوذ شرط آمده که «إِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (١) و «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا يَجُوزُ» (٢) و «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيَمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ» (٣) و «كُلُّ

١- وسائل الشيعه، ج ١٨، كتاب التجاره، أبواب الخيار، باب ٦، ح ٥، ص ١٧ و تهذيب الاحكام، ج ٧، ص ٤٦٧: و [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] يَأْسِنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - كَانَ يَقُولُ: مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا.

٢- همان، أبواب الخيار، باب ٦، ح ٢، ص ١٦ و تهذيب الاحكام، ج ٧، ص ٢٢: و [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] يَأْسِنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُؤَيْدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا يَجُوزُ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ يَأْسِنَادِهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ مِثْلَهُ.

٣- تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٢: الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا مُخَالَفًا لِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا يَجُوزُ لَهُ عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيَمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَدٌّ» (۱).

در ادله ی نفوذ صلح نیز وارد شده «أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (۲).

بنابراین ادله ی نفوذ شرط و ادله ی نفوذ صلح، مخصص (۳) دارد و آن این که «مخالف حکم الله» نباشد؛ چون ظاهراً مراد از مخالفت کتاب الله، مخالفت حکم الله است، هر چند آن حکم از سنت پیامبر - صلی الله علیه و آله و سلم - یا ائمه ی معصومین - علیهم السلام - ثابت شده باشد. کما این که تحلیل حرام و تحریم حلال نیز خصوصیت ندارد و مراد تغییر حکم الله است. پس این ادله بیان می کند صلح و شرط نافذ است مگر این که مخالف حکم الله باشد.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۲۱۲: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّرْطِ فِي الْإِمَاءِ أَلَا تُبَاعُ وَ لَمَا تُوْرَتْ وَ لَمَا تُوْرَتْ وَ لَمَا تُوْرَتْ فَقَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ غَيْرَ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهَا تُوْرَتْ وَ كُلُّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَدٌّ.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص ۴۱۲: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْمِقْدَامِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَيْلَمَةَ بْنِ كَهَيْلٍ قَالَ: سَمِعْتُ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ - يَقُولُ لِشُرَيْحٍ انْظُرْ إِلَى أَهْلِ الْمَعَكِ وَ الْمَطْلِ وَ دَفْعِ حُقُوقِ النَّاسِ مِنْ أَهْلِ الْمَقْدَرِ وَ الْبَسَارِ مِمَّنْ يُدْلَى بِأَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ إِلَى الْحُكَّامِ فَخُذْ لِلنَّاسِ بِحُقُوقِهِمْ مِنْهُمْ وَ بَعِ فِيهَا الْعَقَارَ وَ الدِّيَارَ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ۹ يَقُولُ مَطْلُ الْمُسْلِمِ الْمَوْسِرِ ظُلْمٌ لِلْمُسْلِمِ وَ مَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَقَارٌ وَ لَا دَارٌ وَ لَا مَالٌ فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ وَ اعْلَمْ أَنَّهُ لَا يَحْمِلُ النَّاسَ عَلَى الْحَقِّ إِلَّا مَنْ وَرَعَهُمْ عَنِ الْبَاطِلِ ثُمَّ وَاسِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ بِوَجْهِكَ وَ مَنْطِقِكَ وَ مَجْلِسِكَ حَتَّى لَمَّا يَطْمَعُ قَرِيْبُكَ فِي حَيْفِكَ وَ لَا يَبِيْءُ عِدُوْكَ مِنْ عِدْلِكَ وَ رَدَّ الْيَمِيْنَ عَلَى الْمِدْعَى مَعَ بَيْنِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ أَجْلَى لِلْعَمَى وَ أَثْبَتُ فِي الْقَضَاءِ وَ اعْلَمْ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ عُدُوْلٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا مَجْلُودًا فِي حَدٍّ لَمْ يَتَّبِعْ مِنْهُ أَوْ مَعْرُوفٌ بِشَهَادَةِ زُورٍ أَوْ ظَنِيْنٌ وَ إِيَّاكَ وَ التَّضَجْرَ وَ التَّأْدَى فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ الَّذِي أَوْجَبَ اللَّهُ فِيهِ الْأَجْرَ وَ يُحْسِنُ فِيهِ الدُّخْرَ لِمَنْ قَضَى بِالْحَقِّ وَ اعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا وَ اجْعَلْ لِمَنْ ادَّعَى شُهُودًا غُيْبًا أَمَدًا بَيْنَهُمَا فَإِنْ أَحْضَرَهُمْ أَحْضَرْتَهُ بِحَقِّهِ وَ إِنْ لَمْ يُحْضِرْهُمْ أَوْجَبَتْ عَلَيْهِ الْقَضِيَّةُ فَإِيَّاكَ أَنْ تُنْفَذَ فِيهِ قَضِيَّةٌ فِي قِصَاصٍ أَوْ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ أَوْ حَقٍّ مِنْ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى تَعْرِضَ ذَلِكَ عَلَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَ لَا تَقْعُدَنَّ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ حَتَّى تَطْعَمَ.

۳- مخصص منفصل و متصل در این جا فرقی ندارد.

۲. عرف و عقلا از این ادله استظهار می کنند که عقد صلح و شرط خصوصیتی ندارد و این تقيید و تخصیص در همه ی معاملات سریان دارد؛ یعنی هر عقدی اعم از بیع، اجاره و ... نافذ است مگر در صورتی که مخالف حکم الله باشد.

بلکه می توان گفت این یک قید لئی و عقلی برای تمام معاملات است؛ یعنی عقل حکم می کند هیچ یک از معاملات نباید مغایر حکم الله باشد و کسی حق ندارد حکم الله را تغییر دهد.

بنابراین حتی اگر عرف هم القاء خصوصیت نکند و به همه ی معاملات اسراء ندهد، عقل حکم می کند که عقود نباید مشتمل بر خلاف شرع باشد، لذا اگر عقدی مشتمل بر خلاف شرع بود قابل نفوذ و امضاء با عموم «اوفوا بالعقود» نیست.

پس با این بیان معلوم شد همه ی عمومات، دارای مخصص است و این که مرحوم سید یزدی فرمود انتزاعی است و عمومات مخصص ندارد درست نیست. بنابراین هر جا شک شد که شارع اقدس قید یا شرطی را در عوضین لحاظ فرموده یا نه، نمی توان به عمومات تمسک کرد؛ چون شبهه ی مصداقیه ی مخصص است و در شبهه ی مصداقیه ی مخصص حتی اگر مخصص لئی باشد نمی توان به عام رجوع کرد. لذا در ما نحن فیه در شک این که حقی قابل نقل است یا خیر، نمی توان با تمسک به (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اثبات کرد قابل نقل است.

ملاحظات بر فرمایش مرحوم امام قدس سره -

خدمت امام بزرگوار با آن عظمت و دقت نظر عرض می کنیم:

۱. اگر این تخصیص و استثناء را به همه ی شروط محتمله شرعاً سرايت دهیم و در نتیجه در موارد شک در اشتراط چیزی شرعاً در عوضین یا متعاقدين یا خود عقد نتوانیم تمسک به عمومات کنیم، لازمه اش آن است که این عمومات

و اطلاعات بی فایده شود و فقط به قدر متیقن اکتفا کنیم، در حالی که گمان نمی کنم خود شما به آن ملتزم باشید.

و اگر مقصودتان تفکیک بین شروط است؛ مثلاً در شک در قابلیت عوضین برای نقل نمی توان به عام تمسک کرد، ولی در شک در قابلیت متعاقدين می توان تمسک کرد، احتیاج به تبیین دارد و بیان شما وافی به مقصود نیست.

۲. فرمودید عرف و عقلاء، استثناء واقع در ادله ی نفوذ شرط و صلح را به خاطر مناسبات حکم و موضوع و ارتکازات خودشان به همه ی معاملات سریان می دهند.

عرض می کنیم این مطلب بسیار مهمی است که نیاز به احراز دارد. به نظر می رسد عرف دقی (۱) در این جا با توجه به نکاتی که بیان می کنیم توقف می کند و این اسراء را انجام نمی دهد و آن این که:

طبیعت شرط و صلح به گونه ای است که افراد می توانند هرچه را که بخواهند با شرط یا صلح تحمیل کنند و اگر ادله ی صلح و شرط مذیل به آن ذیل «الا ما خالف حکم الله» نباشد، در مظان آن است که افرادی بعضی از محرمات اعم از محرمات تکلیفی، وضعی، محرمات مشکوکه یا حتی محرزه را تحت عنوان شرط یا صلح، بر خود یا دیگران لازم کنند؛ چون شرط و صلح حداقل از حیثی قلیل المؤمنه است (۲)؛ لذا برای این که چنین سوء استفاده ای نشود، شارع خصوص دلیل نفوذ شرط و صلح را با عنوانی متصللاً یا منفصلاً تخصیص زده

۱- عرف ساذج بدوی فهمش حجت نیست، علاوه آن که چنین اسرائی هم انجام نمی دهد.

۲- صلح آن قدر کشش دارد که همه چیز را شامل می شود. حتی صلح بدون دعوا و بدون عوض بنا به نظری هم جایز است. و نیز معاوضه ی غرری با صلح جایز است و ... شرط نیز آن قدر وسعت دارد که آن چیزهایی که در ضمن بیع، اجاره و عقود دیگر نمی توان انجام داد، با شرط الزام می کنند. شروطی که الان در ضمن نکاح ذکر می کنند با خود نکاح الزامی نبود و با شرط الزامی می کنند.

است، به خلاف عقود دیگر که ذاتاً ضیق دارند و آن سعه‌ی صلح و شرط را ندارند، لذا در مظان سوء استفاده مثل شرط و صلح نیستند.

از طرف دیگر مخصصاتی اعم از تکلیفی و وضعی بر عموماتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) وارد شده، مثل نهی از بیع غرری، بیع ربوی، قرض ربوی، یا نهی از جعل خیار در نکاح یا نهی از تعلیق انشاء در همه‌ی عقود که البته با دلیل اجماع ثابت شده است و ...

لذا ممکن است شارع با توجه به ضیق ذاتی این عقود و وجود این تخصیصات خواسته باشد بقیه‌ی موارد را تنفیذ کند؛ یعنی هرچه که خارج از ضیق ذاتی این عقود و خارج از این مخصصات باشد نافذ است. بدین جهت آن مخصصی را که برای شرط و صلح قرار داده برای عمومات عقود و معاملات قرار نداده است تا مجتهد بتواند غیر مواردی را که شارع تخصیص زده حکم به تنفیذ کند.

با وجود این احتمال که رادعی از آن وجود ندارد، دیگر عرف دقّی و عقلاء القاء خصوصیات بین شرط و صلح و بین سایر عقود نمی‌کنند. بنابراین این که شما فرمودید عرف و عقلاء خصوصیتی برای صلح و شرط نمی‌بینند و تخصیص و استثناء شرط و صلح را به سایر عقود اسراء می‌دهند درست نیست و واقعاً احتمال خصوصیت داده می‌شود.

۳. اما این که فرمودید: اگر هم عرف و عقلاء اسراء ندهند، عقل به تنهایی حکم می‌کند که عقود معاملی یا هر عقدی نباید مخالف شرع و مغتیر حکم الله باشد و این یک مخصص لیبی است.

عرض می‌کنیم: این فرمایش شما را فی الجمله قبول داریم که یک قید لیبی در این جا وجود دارد، اما این که با این عنوان «الا ما خالف حکم الله» استثناء شده باشد و این عنوان موضوعیت داشته باشد به نحوی که عام بعد از تخصیص به آن،

معنون به عنوان «غیر عنوان مذکور» [مانند عنوان «عقود غیر مخالف شرع»] شود که در نتیجه شک در صدق آن بر موارد مشکوک داشته باشیم، ثابت نیست و عقل این اندازه درک نمی کند.

عقل فقط درک می کند عقود نباید مشتمل بر مواردی باشد که شارع وضعاً یا تکلیفاً آن ها را به حمل شایع (۱) خلاف شرع قلمداد کرده است؛ نه این که عقل عنوانی را خارج کند و پیدا کردن مصادیق به عهده ی مخاطب باشد.

در حقیقت ما نحن فیه نظیر آن است که شارع فرموده باشد: «اکرم کل عالم» و می دانیم عالم فاسق، عالم شاعر، عالم نحوی را اخراج کرده، ولی نمی دانیم عالم صرفی را نیز اخراج کرده یا خیر. در چنین جایی که در حقیقت شک در تخصیص زائد است، بعد از فحص تمسک به عموم عام می کنیم؛ چون عام برای ضرب قاعده القاء شده و موارد شک در تخصیص زائد را پوشش می دهد.

بلکه چه بسا در مورد شرط و صلح نیز بتوان گفت: خود عنوان «ما خالف حکم الله» موضوعیت ندارد و اشاره به موارد است یعنی به حمل شایع مراد است و خود مفهوم قید برای عام نیست. لذا در موارد شک می توان به عام تمسک کرد.

بنابراین ادعای این که این عمومات به القاء خصوصیت صلح و شرط یا به حکم عقل مقید به عدم مخالفت با شرع بعنوانه شده باشد ثابت نیست؛ لذا تمسک به عام در موارد شک، تمسک به عام در شبهه ی مصادیقی مختص نیست و منعی از تمسک به عام وجود ندارد.

۱- «موارد» به حمل اولی و به صورت عنوان و مفهوم قید نشده، بلکه به حمل شایع قید شده است، لذا در حقیقت عام معنون به عنوان دیگری نشده تا شک در صدق آن، نسبت به افراد مشکوک داشته باشیم. (امیرخانی)

راهی برای تمسک به عام علی فرض تثبیت اشکال مرحوم امام قدس سره -

علی فرض این که اشکال مرحوم امام قدس سره - تثبیت شود و بگوییم همه ی عمومات دارای مخصص لُبی با عنوان «إلا ما خالف الشرع» است و این عنوان موضوعیت داشته به نحوی که عام بعد از تخصیص به آن، معنون به عنوان «غیر عنوان مذکور» شده و در نتیجه تمسک به عام در موارد مشکوک، تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص باشد، آیا راهی برای برون رفت از شبهه و در نتیجه تمسک به عام وجود دارد؟

کثیری از اعلام از جمله مرحوم آخوند قدس سره - در ذیل مبحث عام و خاص (۱) راه حلی ارائه کرده اند و آن این که: با جریان اصل محرز می توان موارد مشکوک را از تحت عنوان مخصص خارج کرده و در نتیجه با ضمّ وجدان به اصل، حکم عام را جاری کرد.

به عنوان مثال دلیلی که می گوید: «المراه تری الحمره الی خمسين سنه الا القرشیه» اگر در مورد زنی که مشکوک است قرشی است یا غیر قرشی، به عموم یا اطلاق «المراه تری الحمره الی خمسين سنه» تمسک شود تمسک به عام یا

۱- کفایه الأصول، ص ۲۲۳: لا- یخفی أن الباقی تحت العام بعد تخصیصه بالمنفصل أو کالاستثناء من المتصل لما کان غیر معنون بعنوان خاص بل بکل عنوان لم یکن ذاک بعنوان الخاص کان إحراز المشتبه منه بالأصل الموضوعی فی غالب الموارد إلا- ما شد ممکنا فبذلک یحکم علیه بحکم العام و إن لم یجز التمسک به بلا کلام ضروره أنه قلما لا یوجد عنوان یجری فیہ أصل ینقح به أنه مما بقى تحته مثلا إذا شک أن امراه تكون قرشیه او غیرها فهی و إن کانت وجدت إما قرشیه أو غیرها فلا أصل یحرز أنها قرشیه أو غیرها إلا أن أصله عدم تحقق الانتساب بینها و بین قریش تجدی فی تنقیح أنها ممن لا تحيض إلا الی خمسين لأن المراه التي لا یكون بینها و بین قریش انتساب أيضا باقیه تحت ما دل علی أن المراه إنما تری الحمره الی خمسين و الخارج عن تحته هی القرشیه فتأمل تعرف.

اطلاق است در شبهه ی مصاداقیه ی مخصص و مقید و جایز نیست، ولی می توان آن را با استصحاب عدم قرشیت از تحت مخصص [مقید] خارج کرد و در نتیجه با ضمّ وجدان به اصل یعنی مرأه موجود است بالوجدان و قرشیت مرأه منتفی است بالأصل حکم به «تری الحمره الی خمسين سنه» می شود.

إن قلت: نمی توان زمانی را فرض کرد که مرأه موجود بود ولی قرشیت موجود نبود؛ زیرا این وصف ذاتی است و هر زن قرشی از همان لحظه ای که موجود می شود وصف قرشیت را دارد؛ لذا نمی توان زمانی را فرض کرد که موجود شده ولی وصف قرشیت نداشته است. بنابراین حالت سابقه ندارد و نمی توان استصحاب جاری کرد.

قلت: بله استصحاب عدم نعتی در این جا جاری نیست؛ چون حالت سابقه ندارد، اما استصحاب عدم ازلی به نحو کان تأمه جاری است به این صورت که وقتی مرأه نبود، از باب سالبه به انتفاء موضوع انتساب وی به قریش هم نبود، شک می کنیم وقتی که مرأه موجود شد وصف قرشیت و انتساب به قریش نیز همراه او موجود شد یا نه، استصحاب عدم می کنیم.

با همین بیان در ما نحن فیه نیز می توانیم استصحاب جاری کنیم؛ به این صورت که از تحت عموماتی مانند (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عنوان وجودی «ما خالف الشرع» خارج شده است؛ یعنی «أوفوا بالعقود إلا إذا كان مخالفاً للشرع» حال اگر حقی که قابلیت انتقال شرعی آن مشکوک است تحت یکی از عقود واقع شود، وجدانا عقد محقق شده است [عرفاً]، ولی نمی دانیم وصف مخالفت با شرع نیز محقق شده یا نه، می گوییم وقتی که عقد محقق نشده بود وصف مخالفت آن با شرع هم نبود، با تحقق عقد شک می کنیم که وصف مخالفت با شرع همراه عقد محقق شد یا نه، استصحاب عدم ازلی تحقق آن وصف جاری می کنیم. بنابراین

با ضم وجدان به اصل که این عمل عقد است وجداناً و غیر مخالف شرع است بالاصل مشمول حکم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می شود. بله اگر کسی مانند محقق نائینی و حضرت امام قدس سرهما - منکر استصحاب عدم ازلی باشد، با این روش نمی تواند موضوع (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) را احراز کند.

تمسک به عمومات برای اثبات قابلیت نقل حقوق ابداعی شارع

تا این جا بیان کردیم حقوقی که عقلاء ابداع و شارع آن را امضاء کرده است مانند حق تحجیر، بعضی اختیارات و ... اگر قابلیت نقل آن نزد عرف احراز شود با تمسک به عمومات می توان قابلیت شرعی آن را نیز اثبات کرد.

اکنون سؤال در این است که آیا با تمسک به عمومات می توان قابلیت نقل حقوقی را که شارع خود ابداع کرده و نزد عرف صرف نظر از شرع وجود ندارد، مانند خیار حیوان و ... اثبات کرد؟

در پاسخ می گوییم: اگر عرف درک کند حقی که شارع جعل کرده مانند سایر حقوق قابل نقل است، می توان با تمسک به عمومات قابلیت نقل را اثبات کرد؛ زیرا بدین معناست که شارع حقی نظیر حقوقی که عقلاء در میان خود دارند جعل کرده و همان احکام و آثار را دارد.

اما اگر عرف احراز نکرد که حق ابداعی شارع مانند سایر حقوق بوده و همان آثار و احکام را داراست، بلکه احتمال داد شارع قابلیت نقل برای آن اعتبار نکرده باشد دیگر نمی توان با تمسک به عمومات، قابلیت نقل را اثبات کرد و باید به قواعد دیگر و اصول عملیه رجوع کرد.

شک در قابلیت اسقاط حق

اشاره

طبق تعریفی که قبلاً- درباره ی حق ارائه کردیم معلوم شد که حق، ملازم با قابلیت فعلی اسقاط نیست، بلکه فقط زمینه ی اسقاط دارد و حقوقی مانند حق ولایت، حق ابوت، حق اخوت و ... قابلیت فعلی اسقاط ندارد. قبل از این که حکم شک در قابلیت فعلی اسقاط حق را بیان کنیم مناسب است ابتدا حقیقت اسقاط را توضیح دهیم.

همان طور که در تعریف حق بیان کردیم حق مفهومی ذات تعلق است و نیاز به متعلق دارد. متعلق آن اگر همیشه فعل نباشد غالباً فعل است. حتی در مثل حق تحجیر که حق، اضافه به سببش شده، متعلق آن حقیقتاً فعل یعنی إحياء ارض است.

در این که حقیقت اسقاط حق چیست، آیا رفع آن اضافه ای است که بین ذی الحق و متعلق حق وجود دارد، یا رفع طرف اضافه یعنی ذی الحق یا متعلق حق است؟ از ظاهر بعض کلمات استفاده می شود که احتمالات متعددی وجود دارد.

نظیر این سؤال در مورد إعراض از ملک نیز مطرح است که آیا إعراض از ملک به معنای رفع ملکیت است که به تعبیر بعضی «اضافه» می باشد یا رفع طرف اضافه یعنی رفع طرفیت مالک یا رفع طرفیت مملوک است؟ به خاطر این که در تحلیل ملک، سه مفهوم مالک، مملوک و ملک (به معنای مصدری) تصور می شود؛ کما این که در تحلیل حق، سه مفهوم ذی الحق، متعلق حق و اضافه ی حقی تصور می شود. لذا در اسقاط حق این سؤال پیش می آید که آیا اسقاط حق به رفع آن اضافه ی حقی است یا رفع ذی الحق است از طرفیت حق یا رفع متعلق حق از طرفیت حق؟ کما این که در إعراض از ملک سؤال است که آیا رفع اضافه ی ملکی است یا رفع مالک از طرفیت ملک یا رفع مملوک از طرفیت ملک؟

نظر محقق نائینی قدس سره - در حقیقت إعراض، نقل و اسقاط

محقق نائینی قدس سره - (۱) در بحث إعراض از ملک می فرماید: إعراض از ملک به

۱- المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ۱، ص ۸۷: فاعلم أن الدليل والاعتبار يساعدان مع كون التبدیل بين المالین لا بين الإضافتين، و ذلك لأن دليل سلطنه الناس على أموالهم انما يقتضى ثبوتها على الأموال لا على الملكيه الاعتباريه التي بينها و بين أربابها، فتبدیل الملكيه بالملكيه يحتاج الى ثبوت سلطنه على الملكيه لأن الملكيه بنفسها عباره عن السلطنه على المال و لا معنى للسلطنه على السلطنه و لو فرض تصور معنى لذلك فلا- دليل على ثبوتها، و لعله لذلك يقال بعدم زوال الملكيه عن المال بالإعراض حيث لا- دليل على ثبوت السلطنه للمالك على إزاله الملكيه عن ملكه، هذا بحسب الدليل، و أما بحسب الاعتبار فللوجدان الحاكم بأن فعل البائع و المشتري ليس إلا- نقل الأموال لا نقل الملكيه القائم بهما فالبائع يعطى الثمن لا أنه يعطى واجديته له و المشتري أيضا يعطى الثمن لا واجديته له، و هكذا في جميع العقود سواء كانت معاوضيه أو بلا عوض. (فان قلت) هذا لا يتم في مثل الهبه فإنها تملك مجانى، و معناه هو إعطاء الملكيه فالمنشأ في الهبه هو الملكيه بلا عوض (قلت) لا فرق فيما ذكرناه بين الهبه و غيرها ففي الهبه أيضا يكون نقل المال إلا- أنه بلا عوض و لازم انتقال المال عن الواهب الى المتهب بنقل الواهب في عالم الاعتبار هو انعدام ذلك الخيط الاعتبارى و الإضافه التي كانت بين الواهب و بين المال و حدوث إضافه أخرى

بين المتهب و بين المال الموهوب، لا- أن فعل الواهب ابتداء هو إعطاء خيطه الاعتباري و إضافته إلى المتهب، (فالمتحصل) من هذا الأمر هو أن حقيقه البيع عباره عن مبادله المال بالمال بمعنى تبادل أحد طرفي الإضافة بطرف إضافه أخرى لا نفس تبادل اضافه بإضافه أخرى. • منيه الطالب في حاشيه المكاسب، ج ١، ص ٣٤: قوله قدس سره البيع و هو في الأصل كما عن المصباح مبادله مال بمال ... على أى حال هذا التعريف و تعريفه بأنه تملك العين بالعوض لا يرجع إلى معنى واحد فإن ظاهر التعريف الأول أن المعامله تقع بين المملوكين و التعريف الثاني أن المقابله تقع بين السيلطنتين و لا إشكال أن في مقام الخارج و ما هو المتعارف بين الناس و من أعظم ما يتوقف عليه عيش بني آدم و هو تبادل الأموال لا تبادل الملكيه التي هي عباره عن السيلطنه على المال فإن الناس مسلطون على أموالهم و ليس لهم السيلطنه على سلطنتهم و سيجى ء في محلّه أن جواز الإعراض عن الملك و نفوذه و ليس من جهه شمول الناس مسلطون على أموالهم له فإن الإعراض إذهاب موضوع السلطنه و ليس مندرجا في عموم السلطنه و بالجملة قد أشرنا في أول المكاسب المحرمة أن باب المعاوضات مقابل لباب الإرث فإن في الإرث يتبدل المالكان دون المملوكين و باب المعاوضات بعكس ذلك فيتبدل بها المملوكان. و حاصله أن في عالم الاعتبار كل من صاحب الطعام و صاحب الدراهم واجد لإضافه و أحد طرفي الإضافة قائم بالمالك و طرفها الآخر بالمملوك و التبدل عباره عن حل الإضافة القائمه بالطعام و جعلها قائمه بالدراهم و هذا الحل من آثار واجديه الإضافة لا أن الإضافة بتمامها تتبدل بإضافه أخرى فإن الإضافة عباره عن السلطنه على المال و إذا كان التبدل واقعا بين السلطنتين فيتوقف صحته على أن يكون ذو السلطنه له السلطنه على السلطنه و هكذا و على هذا فالحق أن البيع هو مبادله مال بمال أو تبادل مال بمال و ليس عباره عن تملك العين بعوض إلا أن يكون المقصود من هذه العباره التعريف باللازم فإن لازم تبادل العين تحقق الملكيه للمشتري. ... و أما الملكيه الاصطلاحيه التي هي من إحدى المقولات فهي أضعف رتبه و أنزل درجه من الجده الحقيقيه و أما الجده الاعتباريه فهي أضعف من المرتبتين السابقتين و لكن لها نحو تحقق في عالم الاعتبار و تكون منشأ للآثار و بها يتبدل الأموال و أما هي بنفسها فليست قابله للتبدل ابتداء لأنه ليس للمالك ملكيه على الملكيه من غير فرق بين باب البيع و غيره حتى في مثل الهبه المجانيه فإن الواهب لا يملك المتهب ابتداء بل يعطيه المال فإذا أعطاه إياه ينخلع عنه الإضافة و يلبسها الآخر فهو يصير واجدا. و لا مانع عن تعريف البيع بأنه تملك عين بعوض و عن الهبه بأنها تملك مجاني إذا كان المقصود منه تبادل المال أو إعطاءه فإن مقصودنا أن ما هو الواقع خارجا و الثابت في عالم الاعتبار هو أن صاحب المال له إضافه و جده كان المالك في شرق العالم و المملوك في غربه أو كان تحت يده و بلحاظ مالكيته لهذه الإضافة مسلط على تبادل ماله و هكذا لو كان ذا حق أيضا فله إسقاط حقه أو تبديله بأمر آخر من جهه سلطنته عليه لا تبادل نفس السلطنه.

معنای از بین بردن اعتباری طرف اضافه یعنی مملوک است که به تبع آن خود اضافه یعنی ملکیت از بین می رود؛ چون آن چه مالک بر آن تسلط دارد مملوک است؛ نه ملکیت. مثلاً زید که مالک کتاب است یعنی مسلط بر کتاب است و می تواند آن را جابه جا یا در عالم اعتبار اعدام کند، ولی بر ملکیت کتاب تسلطی ندارد تا بتواند در عالم اعتبار اعدام کند؛ چون انسان مالک ملکیتش نیست که بر آن تسلط داشته و بتواند تصرف کند.

ایشان در تشبیه معقول به محسوس، ملکیت و اضافه ی ملکی را به رشته و خیطی تشبیه می کنند که از طرف مالک به مملوک بسته شده است و در حقیقت نقل می فرمایند: آن چه در نقل، معاوضه می شود مملوک است و آن رشته تغییر نمی کند؛ مثلاً در مبادله ی کتاب زید با قلم عمرو، در حقیقت آن خیط و رشته ای که بین زید و کتابش بسته شده تغییر نمی کند، بلکه آن سر خیط که به کتاب بسته شده باز می شود و به جای آن به قلم بسته می شود و نیز آن خیطی که بین عمرو و قلمش بسته شده تغییر نمی کند، بلکه آن سر خیط که به قلم بسته شده باز می شود و به جای آن به کتاب بسته می شود.

این مبنای محقق نائینی قدس سره - در مورد إعراض از ملك با این سازگار است که ایشان اسقاط حق را نیز به معنای اسقاط طرف و متعلق حق بدانند؛ نه اسقاط اضافه ی حق؛ چراکه حق، همان ملك حیثی است و انسان نسبت به حق خود دیگر حق ندارد تا آن را اسقاط کند، بلکه نسبت به محقوق و متعلق، حق دارد و می تواند آن را اسقاط (اعدام اعتباری) کند. ولی در عین حال در جای (۱) تصریح

۱- منیه الطالب فی حاشیه المكاسب، ج ۲، ص ۲۷: قوله قدس سره و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد إلى آخره لا إشكال فی سقوطه بالإسقاط إنما الكلام فی مدرکه و الاستدلال بفحوى النَّاسِ مسلَّطون غير تامَّ لأنَّه لو فرض دلالتہ بالصَّراحه على تسلُّط النَّاسِ على حقوقهم لا يفيد ذلك لأنَّ السُّلْطَنه على المال و الحقَّ هي أن يتصرف فيهما بالتصرُّفات التي تحت سلطنته لا التصرُّفات التي فوق سلطنته و بعبارة واضحة ذكرنا في أوَّل الخيارات أنَّ مثل النَّاسِ مسلَّطون لا يدلُّ على صحَّه الإعراض عن الملك الذي هو إذهاب موضوع الملك فلا يدلُّ على التسلُّط على إسقاط الخيار الذي هو إذهاب موضوع الحقَّ لأنَّ التسلُّط على الحقَّ معناه نفوذ تصرُّفه فيه بالنقل و أمثاله كإعمال الخيار بالفسخ أو الإمضاء لا إعدامه لإسقاطه اللهمَّ إلَّا أن يقال إنَّ الإعراض عن الملكيه و إن لم يكن من أنحاء السُّلْطَنه على الملك لأنَّ السُّلْطَنه عبارة عن الاقتدار و الاقتدار على سلب الاقتدار ليس تحت الاقتدار إلَّا أنه ليس الحقَّ مثل الملكيه لأنَّ المملوك له وجود عيني غير الإضافة الحاصله بينه و بين المالك و وجوده العيني غير قابل للإعدام إلَّا بنحو الشرب و الأكل الذي هو تحت السلطنة لا إعدامه بنحو الإتلاف الغير المرخص فيه شرعا. و بعبارة واضحة إعدام المملوك ليس من أنحاء السُّلْطَنه على الملك لأنَّه لا يمكن إعدامه تشريعا و في عالم الإنشاء بل ما هو قابل للتصرُّف هو الإضافة الحاصله بينه و بين المالك و هذا بخلاف الحقَّ فإنَّه ليس إلَّا الإضافة الخاصه و قد لا يكون لمتعلِّق الحقَّ وجود عيني و الإضافة الخاصه قابله للتصرُّف و لو بنحو الإعدام و لا- ينتقض هذا بمثل حقَّ التَّحجير و حقَّ الرهانه و نحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالعين فإنَّ تعلقها بها ليس كتعلق الإضافة المالكيه بالملك فإنَّ الملك وجوده العيني ملك للمالك و هذا بخلاف الحقَّ المتعلِّق بالعين فإنَّ العين إمَّا تكون ملكا لغير ذى الحقَّ أو تكون من المباحات فننوذ تصرُّف ذى الحقَّ ليس إلَّا بمعنى السُّلْطَنه على الإسقاط بل أظهر آثار السُّلْطَنه على الحقَّ إعدامه إنشاء فبنفس قوله أسقطت حقي ينعدم الحقَّ و ليست السُّلْطَنه عليه إلَّا عبارة عن إعدامه أو نقله إلى الغير لو كان قابلا للنقل.

می کنند: از آن جا که حق اضافه ی خاصه است و برای آن چه بسا متعلق خارجی نباشد و چون خود قابل تصرف است پس می توان آن را اسقاط کرد.

نظر محقق اصفهانی - رحمه الله عليه - در حقیقت اعراض، نقل و اسقاط

جناب محقق اصفهانی - رحمه الله عليه - که مفصل تر از همه وارد بحث حقیقت اسقاط شده ابتدا وجهی را بیان می کنند(۱) که به نظر می آید اسقاط، رفع اضافه ی حقی نیست،

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص ۴۶: ثم إنَّ الاسقاط هل هو بمعنى رفع الإضافة أو إخراج الشخص أو الطرف عن الطرفية للإضافة؟ ربّما يترجح الثاني في النظر، نظرا إلى أنَّ الحق ربّما لا يعقل رفعه لقيامه مع وحدته بمتعدد، كما في إرث حق الشفعة، فإنَّ إسقاط بعض الورثة حقه جائز مع بقاء الحق بالإضافة إلى الباقي، و الحق الواحد لا- يتعدد فإنّه خلف، و لا يتجزئ و لا يتبعض فإنّه بسيط، فلا- معنى لإسقاط الحق إلّا إخراج أحد الورثة نفسه عن الطرفية للإضافة الشخصية، فيستقل باقي الورثة بالطرفية للإضافة. إلّا أنَّ التحقيق: أنَّ الاسقاط هو رفع الإضافة، و يلزمه خروج الطرف عن الطرفية، لا أنّه عينه، فإنَّ الغرض إن كان إسقاط من أصله كان سقوطه منافيا لثبوت، و أمّا إن كان سقوطه عن نفسه فهو لا ينافي ثبوته لغيره. و بالجمله: الاسقاط كالنقل يضاف إلى نفس الحق، فإنَّ الحق- المقابل للعين و المنفعه و عمل الحرّ في كلام المصنف رحمه الله و غيره- نفس الإضافة، لا متعلقه الذي لا يخرج عن كونه أحد الأشياء المتقدمه، و بهذا المعنى أشكل المصنف رحمه الله فيما سيأتي إن شاء الله تعالى على جعل الحق عوضا بأنّه ليس بمال، مع أنّه متعلقه مال قطعاً، ففي مثل حق التحجير الذي هو مورد هذا الإيراد في كلامه قدّس سرّه، ليس مورد الإشكال في المالىه إلّا نفس الاعتبار، لا الأرض المحجره التي لا شبهه في ماليتها هذا هو الكلام في حقيقه الاسقاط. أمّا حقيقه النقل فقد بيّنا سابقا أنَّ النقل الاعتباري إخراج الشئ عن طرف إضافة ملكيه نفسه إلى الطرفية لإضافه ملكيه غيره، فنقل من طرف هذه الإضافة إلى طرف إضافة أخرى، و لذا قلنا بأنّ البيع لا يستلزم النقل دائما، فإنّ بيع الكلى صحيح مع أنّه لا نقل فيه من طرف إضافة إلى أخرى، بل تمليك ابتدائي. و عليه فيشكل الأمر في نقل إضافة الحق فإنّ النقل إن كان متعلقا بطرف الحق كان النقل صحيحا، فإنّ ذا الحق يخرج الأرض المحجره من طرف إضافته الحقيقه إلى طرف إضافة أخرى، و أمّا نقل نفس الإضافة المضافه بذاتها فغير معقول، لأنّ الإضافات تتشخص بأطرافها، فشخص العين قابل للنقل دون شخص الإضافة، فلا- بد من أن يكون النقل فيها بالعنايه و بنظر الوحده، فكأن الإضافة المنقوله من طرف نفسه إلى طرف غيره شخص تلك الإضافة، هذا كله في بيان حقيقه الاسقاط و النقل.

بلکه رفع طرف حق است و مقصودشان از طرف حق، ذی الحق است؛ یعنی ذی الحق از طرفیت حق برداشته می شود. به خاطر این که در مواردی که ذی الحق متعدد و حق واحد است، با رفع یدِ بعضی از حق خود، از دیگران ساقط نمی شود، در حالی که اگر به معنای رفع اضافه ی حقی بود از همه ساقط می شد؛ مثلاً در حق شفعه ای که به وراثت متعدد به ارث می رسد اگر یکی از وراثت حق خود را اسقاط کند، با این که حق شفعه واحد است حق بقیه اسقاط نمی شود، در حالی که اگر اسقاط، رفع اضافه ی حقی بود، یک نفر که اسقاط می کرد باید کل حق ساقط می شد؛ چون واحد است، در حالی که می دانیم این حق برای دیگران باقی است. پس معلوم می شود با اسقاط، خودش را از طرفیت حق خارج کرده است، نه این که اضافه ی حقی از بین رفته باشد.

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - بعد از ذکر این وجه می فرماید: ولی حقیقت آن است که اسقاط، رفع اضافه است؛ نه اخراج ذی حق از طرفیت اضافه. و در مورد مثال مذکور که حق واحد و ذو الحق متعدد است کأنّ می خواهند بفرمایند عبارت ایشان خیلی واضح نیست همان حق واحد به نوعی تقسیم پذیر است و هر کدام از صاحبان حق که اسقاط کند در حقیقت اضافه ی مربوط به خودش را رفع می کند که به تبع خودش هم از طرفیت اضافه خارج می شود؛ چون با رفع اضافه، ذی حق نیز از طرفیت اضافه برداشته می شود.

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - سپس تذکری می دهند که کسی فکر نکند اسقاط به معنای رفع متعلق است؛ چون متعلق حق، یا عین است یا منفعت [یا عمل حر]. مثلاً در حق تحجیر که متعلق حق، ارض محجره می باشد، معنا ندارد که خود ارض اسقاط شود یا در حق خیار که متعلق حق، فسخ و امضاء می باشد، معلوم است که خود حق اسقاط می شود؛ نه فسخ یا امضاء. کما این که در نقل حق نیز در حقیقت

خود حق نقل می شود؛ نه متعلق حق؛ مثلاً- در حق تحجیر، ارض محجره به دیگری نقل نمی شود بلکه حق متعلق به ارض محجره نقل می شود. گرچه ایشان در کلامشان می فرمایند اگر در نقل حق، متعلق نقل شود اشکالی در نقل وجود ندارد، اما از مجموع کلامشان استفاده می شود که این یک فرض است و نقل به خود اضافه ی حقی تعلق می گیرد.

بر خلاف ملک که در آن، مملوک و متعلق ملک نقل می شود؛ نه ملکیت. به این معنا که عین از طرفیت ملکیت با بیع خارج شده و به طرفیت ملکیت مشتری درمی آید و بالعکس؛ مثلاً- در مبادله ی کتاب زید با قلم عمرو، زید کتاب را از طرفیت ملکیت خود خارج کرده و به طرفیت ملکیت عمرو در می آورد، چنان که عمرو نیز قلم را از طرفیت ملکیت خود خارج ساخته و به طرفیت ملکیت زید در می آورد. (۱)

محقق اصفهانی قدس سره - سپس مطلبی را در ضمن مطالبشان در این جا ذکر می کنند (۲) و آن این است که بیع همیشه مستلزم نقل نیست، لذا تعریف بیع به نقل شیئی از ملکیت یکی به ملکیت دیگری صحیح نیست؛ زیرا گاهی بیع تملیک ابتدایی است، بدون آن که نقلی از طرفیت اضافه ی یکی به طرفیت اضافه ی دیگری محقق شود؛ مثلاً در بیع کلی در باب سلف که یک کیلو گندم می فروشد اصلاً گندمی وجود ندارد که طرف ملکیت باشد ولی در عین حال بیع نزد همه صحیح است. پس در این جا با این که نقلی به این معنا که از طرفیت ملک با بیع خارج شده و به طرفیت ملک

- ۱- محقق اصفهانی قدس سره - مثال خیط را که محقق نائینی قدس سره - ذکر کردند به خاطر نکته ای که به آن توجه دارند نمی زنند، بلکه می فرمایند: مملوک از طرفیت اضافه ی مالک خارج شده، داخل در طرفیت اضافه ی شخص دیگر می شود.
- ۲- ظاهراً محقق اصفهانی قدس سره - این مطلب را متفرع بر این که در بیع، خود اضافه نقل نمی شود بلکه طرف اضافه منتقل می شود می کنند؛ چرا که اگر بیع نقل خود اضافه باشد بیع کلی در ذمه صحیح نیست؛ چون صاحب ذمه ملکیتی نسبت به ذمه ی خود ندارد تا آن را به دیگری منتقل کند، بلکه آن مملوک را صرف نظر از این که طرف اضافه است منتقل می کند. البته عبارت محقق خالی از ابهام نیست. (امیرخانی)

مشتری داخل شود وجود ندارد و تملیک ابتدائی است، امّا بیع صحیح است. بنابراین معلوم می شود که تعریف بیع به نقل صحیح نیست.

محقق اصفهانی قدس سره - بعد از تبیین معنای نقل می فرماید: امر در نقل اضافه ی حق مشکل است؛ زیرا هر اضافه ای متقوم به اطرافش است و با تغییر طرفین یا طرف اضافه، آن اضافه معدوم و اضافه ی دیگری محقق می شود، پس نمی توان خود حق را به دیگری منتقل کرد. از طرف دیگر فرض این است که در نقل حق، متعلق حق منتقل نمی شود؛ مثلاً- در حق تحجیر، ذو الحق ارض محجّره را که به دیگری منتقل نمی کند هر چند اگر خود ارض محجّره را منتقل می کرد مانعی نداشت بلکه فرض آن است خود حق را منتقل می کند؛ لذا ناچاریم بگوییم این یک تسامح است. هذا كله في بيان حقيقة الاسقاط و النقل.

نظر محقق اصفهانی - رحمه الله عليه - در مورد اعراض نیز علی القاعدة باید مانند اسقاط باشد؛ یعنی اعراض، رفع ملکیت است؛ نه اخراج مالک یا مملوک از طرفیت ملک، ولی ایشان در جایی تصریح می کنند که اعراض را موجب خروج از ملکیت نمی دانند (۱) و در جای دیگر در بحث خیرات می فرمایند: «الاعراض علی القول به إعراض عن المال لا- عن الملكيه» (۲).

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحكم، ص ۴۶: قلنا بأنّ الاعراض عن الملك لا یوجب سقوط الملكيه أو سقوط المملوك عن الملكيه فإنّ السقوط كالثبوت یحتاج إلى سبب جعلی.

۲- حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۴، ص ۱۱۸: قوله قدّس سرّه: (و لعله لفحوی تسلط الناس علی أموالهم .. إلخ). تقریب الفحوی: أنّ المراد بالأموال المضافه إلى الناس ما أضيف إليهم بإضافه الملكيه، فإذا كانوا مسلطين علی أملاكهم فهم أولى بأن يكونوا مسلطين علی حقوقهم، لأنّ من كان له السلطنه علی الأقوی كان له السلطنه علی الأضعف بنحو أولى، و لا یخفی أنّ أمر الملك و إن كان أعظم من أمر الحق لمكان القوه و الضعف، إلّا أنّ هذه الأولویه إنّما تجدی مع اتحاد المورد فی الملك و الحق، و ليس ذلك إلّا بملاحظه المشابهه بین الإبراء و الإسقاط، فإنّ الإبراء یتعلق بالملك الذمی، و الإسقاط یتعلق بالحق، فكلاهما إسقاط فی اللب. و فيه: أنّ الملك كما ینحل إلى ملكيه و ذات المملوك كذلك الحق ینحل إلى اعتبار الحقیه و المال أو العقد أو الفعل الذی یتعلق به الاعتبار الحقی، و ما هو قابل للإبراء و له السلطنه علیه ذات الملك، فیرى ما فی ذمته فتزول الملكيه، لا أنّه یرى إضافه الملكيه، فله السلطنه علی المال المملوك بالتصرف فيه بإبرائه، لا السلطنه علی الملكيه بإزالتها و إسقاطها، و كذا الاعراض - علی القول به - إعراض عن المال لا- عن الملكيه، بخلاف ما نحن فيه فإنّ ما هو اسقاطی هو الحق لا- متعلقه من المال أو العقد أو الفسخ أو استرداد العین، و مثله غیر متحقق فی الملك حتى یثبت فی الحق بالأولویه.

نظر مختار در حقیقت إسقاط، نقل و إعراض

نظری که ما در مورد حقیقت إسقاط، نقل و إعراض بیان می کنیم متفاوت با فرمایش محقق اصفهانی قدس سره - و دیگران است و اساساً این پرسش را در مورد حقیقت اسقاط که آیا رفع اضافه است یا رفع ذی الحق یا متعلق حق از طرفیت اضافه، پرسشی ناصحیح می دانیم؛ به خاطر این که حق اصلاً قابل انفکاک از متعلق خود و ذی الحق بما هو ذی الحق نیست و رفع هر کدام به معنای رفع هر سه مفهوم می باشد.

توضیح مطلب

همان طور که قبلاً بیان کردیم حق مفهومی ذات اضافه است به گونه ای که مضاف الیه در قوام و ماهیت آن موجود بوده و اصلاً نمی توان حق را بدون مضاف الیه که همان محقوق و متعلق حق است تصور کرد. کما این که نمی توان حق را بدون ذی الحق بما هو ذی الحق تصور کرد.

مفاهیم ذات اضافه ی اعتباری، همانند مفاهیم ذات اضافه ی تکوینی و حقیقی قابل انفکاک از طرفین اضافه ی خود نیست؛ یعنی همان طور که نمی توان علم را که از مفاهیم حقیقی است از معلوم و عالم بما هو عالم تفکیک کرد و فرض علم بدون عالم یا بدون معلوم محال بوده و حقیقت علم مشتمل بر عالم و معلوم

است، در مورد حق نیز که از مفاهیم ذات اضافه ی اعتباری است نمی توان بدون محقوق و متعلق حق و بدون ذی الحق بما هو ذی الحق تصور کرد. نمی توان گفت «فلانی حق دارد» بدون این که متعلق داشته باشد یا نمی توان گفت «حقی وجود دارد ولی ذو الحق ندارد» و این نظیر آن است که بگوییم: علم وجود دارد ولی عالم آن علم وجود ندارد! حبّ وجود دارد ولی محبّ ندارد!

بنابراین همان طور که حقیقت علم، عالم و معلوم واحد است و فقط لحاظشان متفاوت است، حقیقت حق، متعلق حق و ذی الحق نیز واحد است و قابل انفکاک از هم نیست، لذا اسقاط حق نیز به معنای اسقاط یک حقیقت سه بعدی و در عین حال بسیط است.

با این توضیح معلوم می شود این سؤال که اسقاط حق آیا اسقاط خود حق است یا اسقاط ذی الحق از طرفیت حق یا اسقاط متعلق حق از طرفیت حق، سؤال درستی نیست؛ چون همیشه ذو الحق و متعلق حق، همراه حق مفروض است و عقلاً و عرفاً قابل تفکیک نیست و رفع یکی به معنای رفع هر سه است و حتی این تعبیر که با رفع یکی، به تبع، آن دو نیز رفع می شوند و در کلمات محقق اصفهانی (۱) قدس سره - به آن اشاره شده، صحیح نیست؛ چون هر سه با هم و در یک مرتبه رفع می شوند، نظیر این که با رفع علم، معلوم بالذات و عالم بما هو عالم نه آن ذاتی که علم به آن قائم است نیز در همان مرتبه رفع می شود.

در مورد ملک نیز همین رابطه بین «ملک»، «مالک بما هو مالک» و «مملوک بما هو مملوک» برقرار است و این سه از هم جدایی ناپذیرند. «ملک» بدون

۱- رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص ۴۶: التحقيق: أنّ الاسقاط هو رفع الإضافة، و يلزمه خروج الطرف عن الطرفیه، لا- أنّه عينه، فإنّ الغرض إنّ كان إسقاط من أصله كان سقوطه منافياً لثبوته، و أمّا إن كان سقوطه عن نفسه فهو لا ينافي ثبوته لغيره.

«مملوک» و بدون «مالک بما هو مالک» امکان پذیر نیست؛ چون ملک طبق آن چه قبلاً بیان کردیم به معنای وابستگی شیئی به تمام هویت و آثار به دیگری است و وابسته بدون آن چیزی که وابسته به او باشد معنا ندارد و این معنا حتی بالاتر از معنای تضایف مملوک و مالک است که متکافئانند قوه و فعلاً.

بنابراین آن هایی که در «نقل ملک» می گویند: عین از طرفیت اضافه ی ملکی شخصی به طرفیت اضافه ی ملکی دیگری در می آید، اگر مقصودشان این است که عین به وصف آن مملوک از طرفیت اضافه ی ملکی زید به طرفیت اضافه ی ملکی عمرو در می آید، می گوییم: «مملوک بما هو مملوک» بدون «ملک» و بدون «مالک بما هو مالک» قابل جابه جایی نیست؛ زیرا از هم قابل انفکاک نیست، هر چند ذهن با تحلیل تفکیک می کند ولی حقیقتاً تفکیک پذیر نیست. لذا ادعای نقل مملوک بدون نقل ملکیت و مالک صحیح نیست. و اگر مقصودشان آن است که «عین بما هی عین» بدون وصف مملوکیت نقل می شود، این خارج از محل بحث ماست. چون محل بحث «نقل عین بما هی عین» نیست، بلکه «نقل عین بما هی مملوکه» است.

محقق اصفهانی قدس سره - در مورد نقل حق، فی الجمله به این نکته توجه داشتند و فرمودند:

و أمّا نقل نفس الإضافة المضافة بذاتها فغير معقول، لأن الإضافات تتشخص بأطرافها، فشخص العين قابل للنقل دون شخص الإضافة، فلا بد من أن يكون النقل فيها بالعناية. (۱)

۱- أمّا حقیقه النقل فقد بینا سابقاً أنّ النقل الاعتباری إخراج الشیء عن طرف إضافة ملكیه نفسه إلى الطرفیه لإضافة ملكیه غیره، فنقل من طرف هذه الإضافة إلى طرف إضافة أخرى، و لذا قلنا بأنّ البيع لا يستلزم النقل دائماً، فإنّ بيع الكلی صحیح مع أنّه لا نقل فيه من طرف إضافة إلى أخرى، بل تمليك ابتدائی. و علیه فیشکل الأمر فی نقل إضافة الحق فإنّ النقل إن كان متعلقاً بطرف الحق كان النقل صحیحاً، فإنّ ذا الحق يخرج الأرض المحجره من طرف إضافته الحقیه إلى طرف إضافة أخرى، و أمّا نقل نفس الإضافة المضافة بذاتها فغير معقول، لأنّ الإضافات تتشخص بأطرافها، فشخص العين قابل للنقل دون شخص الإضافة، فلا بد من أن يكون النقل فيها بالعناية و بنظر الوحده، فكأنّ الإضافة المنقوله من طرف نفسه إلى طرف غیره شخص تلك الإضافة، هذا كله فی بیان حقیقه الإسقاط و النقل.

ولی ما خدمت ایشان عرض می کنیم در مورد نقل ملک نیز تعبیر نقل مملوک یا نقل نفس اضافه مجاز است؛ چون «ملک»، «مالک بما هو مالک» و «مملوک بما هو مملوک» از هم قابل تفکیک نیست و اصلاً در حقیقت نقلی اتفاق نمی افتد، بلکه دو قضیه اتفاق می افتد که از هم منفک نیست و آن این که:

هر یک از بایع و مشتری «مالک بودن خود»، «ملکیت خود» و «مملوکیت مبیع یا ثمن برای خود» را که هر سه تعبیر از یک حقیقت است از بین می برد و مثل آن را در عالم اعتبار برای طرف مقابل ایجاد می کند؛ چون ملکیتی که مثلاً بایع بر کتاب دارد قائم به خودش بوده و «مملوک» و «ملک» نیز متحد با مالک بودن اوست و از هم جدایی ناپذیر است، با جدا کردن یکی از این سه، در حقیقت کل ملکیت نابود می شود و چیز دیگری نیست تا آن را نقل کند، بلکه نظیر آن را در عالم اعتبار برای طرف مقابل ایجاد می کند و این نظیر تعبیر مسامحی نقل علم به دیگری در عالم تکوین است که در حقیقت ایجاد علم است؛ نه نقل علم؛ چون علم هر کسی قائم به نفس اوست و قابل انتقال به دیگری نیست. (۱)

پس در عالم اعتبار نیز تعبیر نقل ملک تعبیر مسامحی است و در حقیقت مالک، ملکیت خود را إفناء کرده و ملکیت جدیدی را برای مالک جدید ایجاد می کند. یعنی همان طور که عقلاء برای کسی که با حیازت صاحب چیزی می شود اعتبار ملکیت می کنند؛ یعنی اعتباری که قبلاً نبوده برای او فرض می کنند، در نقل هم عقلاء به

۱- یا وقتی کسی که خشمگین است دیگری را خشمگین می کند، در حقیقت ایجاد خشم در نفس او می کند؛ نه این که خشم خود را به او منتقل کند، حتی اگر خشم دیگری باعث خاموش شدن خشم خودش شود.

مالک این اجازه را داده اند که ملکیت را از خود معدوم کرده و برای دیگری ایجاد کند. پس نقل، اعتبار جدید است و تنها فرقی که با اعتبار ملکیت در حیازت دارد آن است که در حیازت، مسبوق به ملک کسی نبوده، ولی در نقل، مسبوق به ملکیت دیگری بوده که آن ملکیت إفناء می شود و ملکیت جدیدی پدید می آید.

آیا إعراض موجب سقوط ملکیت می شود؟

همان طور که بیان کردیم بعضی مثل محقق اصفهانی قدس سره - در این که إعراض از ملک، موجب سقوط ملکیت می شود تشکیک کرده و آن را مؤثر نمی دانند؛ چون دلیلی بر آن وجود ندارد.

إعراض از ملک، به معنای قطع وابستگی مملوک به مالک در عالم اعتبار است. اگر بخواهیم در عالم تکوین آن را به چیزی تشبیه کنیم به قطع التفات به صورت ذهنی تنظیر می کنیم. صورت ذهنی این ویژگی را دارد مادامی که نفس به آن التفات دارد موجود است، ولی به مجرد غفلت و صرف نظر از آن، دیگر آن صورت وجود ندارد. ملکیت اعتباری مقتبس از ملکیت حقیقی یا تکوینی نیز همین ویژگی را دارد؛ یعنی آن وابستگی مملوک به تمام هویت خود به مالک، با رفع التفات مالک از مملوک به همان نحو مناسب عالم اعتبار قطع شده و دیگر آن ملک نخواهد بود.

در سیره ی عقلائیه نیز این چنین است که اگر کسی مقداری از اموالش را با التفات در بیابان رها کند و دیگری با علم به این که مالک به قصد رهایی آن را دور انداخته، آن را بردارد هیچ کس او را ملامت نکرده و نمی گوید مال دیگری را برداشته یا در ملک دیگری تصرف کرده است، بلکه با آن اموال دور ریخته شده، معامله ی مباحات می کنند.

این سیره ی عقلانی به نظر می آید مورد ردع شارع واقع نشده است. بنابراین چنان که مشهور ظاهراً قائلند، إعراض موجب خروج از ملکیت است و تشکیک در مؤثریت إعراض طبق قواعد درست نیست؛ کما این که اسقاط حق نیز موجب ابطال و اعدام حق می باشد.

حکم شک در قابلیت بالفعل إسقاط حق

بیان کردیم بعضی از حقوق، قابلیت بالفعل اسقاط ندارد و آن [معمولاً] حقوقی است که منفعت آن، دو سویه باشد؛ یعنی علاوه بر منفعت ذو الحق، نفعی هم از ناحیه ی آن عائد دیگران شود؛ به خاطر این که فهم عقلاء و نیز متشرعه بر این است که هر کس می تواند آن چه را که به نفع خودش است اسقاط کرده و غمض عین کند، اما اگر چیزی به نفع دیگری هم بود، نمی تواند اسقاط کند؛ مانند حق ولایت که علاوه بر منفعت والی که می تواند در اموال و نفوس افراد تحت ولایتش تصرف کند، کسانی که تحت ولایتند نیز با این ولایت بهره مند شده، معاش و معادشان تنظیم می شود. یا حق تولیت اوقاف که علاوه بر منفعت متولی در جواز تصرف وقف (موقوفه)، خود وقف (موقوفه) و موقوف علیهم نیز از تولیت او بهره مند می شوند. همچنین است حق النظاره و ... که منفعت آن دو سویه بوده و قابل اسقاط نیست.

امّا حقوقی که شک داریم علاوه بر منفعت ذو الحق آیا منفعت دیگری نیز در آن لحاظ شده یا نه و در نتیجه شک در قابلیت اسقاط آن حق داشتیم مثل حق حضانت اگر به همان روش هایی که قبلاً اشاره کردیم توانستیم اثبات کنیم که قابل اسقاط است به آن اخذ می کنیم، و الا اگر دلیل ثبوت حق، اطلاق داشت به اطلاقش اخذ می کنیم؛ یعنی اطلاق دلیل ثبوت حق حتی صورتی را که گفته باشد «أسقطت حقی» شامل می شود، پس آن حق باقی بوده و ساقط نشده است. و اگر

دلیل ثبوت حق اطلاق نداشت، استصحاب عدم تأثیر إسقاط و نیز استصحاب بقاء حق و ... که قبلاً توضیح دادیم جاری می شود.

بررسی بعض تعاریف بیع و بیان تعریف مختار

اشاره

تعریف بیع در نظر شیخ «إنشاء تملیک عین بمال»

نظر مختار در تعریف بیع «تبدیل مال بمال ما اعتباراً»

بررسی معانی دیگر بیع

بیع و سایر عقود اسم برای صحیح است یا اعم؟

مراتب صحت در معاملات

اسامی معاملات اسم برای سبب است یا مسبب؟

تعریف بیع در نظر شیخ قدس سره -

مرحوم شیخ قدس سره - بعد از ذکر مطالبی در مورد حق، تعاریفی درباره ی بیع از اعیان فقهاء نقل می کنند که هیچ کدام مورد پسندشان واقع نمی شود. سپس خودشان تعریفی را ارائه می دهند و می فرمایند: فالأولی تعریفه بأنه «إنشاء تملیک عین بمال» (۱).

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۱۰: ثم الظاهر: أن لفظ «البيع» ليس له حقيقه شرعيه ولا متشرعيه، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه، ففي المبسوط و السرائر و التذكرة و غيرها: «انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي». و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحه واضحه، عدل آخرون إلى تعريفه ب: «الإيجاب و القبول الدالّين على الانتقال»، و حيث إنّ البيع من مقوله المعنى دون اللفظ مجرداً أو بشرط قصد المعنى، و إلّا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب: «نقل العين بالصيغه المخصوصه». و يرد عليه مع أنّ النقل ليس مرادفاً للبيع؛ و لذا صرح في التذكرة: بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت»، و جعله من الكنايات، و أنّ المعاطاه عنده بيع مع خلّوها عن الصيغه: أنّ النقل بالصيغه أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغه. و لا يندفع هذا: بأنّ المراد أنّ البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغه، فجعله مدلول الصيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا أنّه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول «بعت»: نقلت بالصيغه؛ لأنّه إن أُريد بالصيغه خصوص «بعت» لزم الدور؛ لأنّ المقصود معرفه ماده «بعت»، و إن أُريد بها ما يشمل «ملكّت» و جب الاقتصار على مجرد التمليك و النقل. فالأولى تعريفه بأنه: «إنشاء تمليك عين بمال»، و لا يلزم عليه شيء مما تقدّم.

اهتمام بزرگان برای تعریف صحیح بیع به این خاطر است که بیع احکامی دارد که برای عقود دیگر جاری نیست؛ مانند خیار مجلس، خیار حیوان و به نوعی خیار تأخیر و نیز لزوم تقابض در مجلس در بیع نقدین و نیز ثبوت حق شفعه که اختصاص به بیع دارد. لذا لازم است تعریف جامع و مانعی ارائه شود تا آن را از عقود دیگر ممتاز کند.

به هر حال مرحوم شیخ بعد از تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» برای تثبیت آن، شبهاتی را مطرح کرده، سپس پاسخ می دهند.

شبهات تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» و پاسخ به آن از جانب شیخ قدس سره -

اشکال اول (جواز ایجاب بیع با لفظ «مَلَّكَ»)

اشاره

لازمه ی این تعریف آن است که بتوان ایجاب بیع را با لفظ «مَلَّكَ» انجام داد. و إلا تملیک مرادف با بیع نیست. (۱)

طبیعی است وقتی گفته می شود حقیقت بیع در همان عالم اعتبار، تملیک عین است در مقابل عوض، بتوان با لفظ «مَلَّكَ» ایجاب بیع کرد. (۲)

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۱: فالأولی تعریفه بأنه: «إنشاء تملیک عین بمال»، و لا یلزم علیه شیء مما تقدم. نعم، یبقی علیه أمور: منها: أنه موقوف علی جواز الإیجاب بلفظ «مَلَّكَ» و إنما لم یکن مرادفًا له. و یردّه: أنه الحقّ كما سیجی ۶.

۲- ولی به نظر می رسد تلازمی بین تعریف بیع به تملیک و جواز ایقاع ایجاب با لفظ «مَلَّكَ» وجود ندارد؛ چون ممکن است به دلایلی لازم باشد الفاظ خاصی در إنشاء عقد به کار رود. (امیرخانی) • حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۶۶: لا یخفی علیک أنه لا ملازمه بین جواز الإیجاب و جواز التعریف، لإمكان اناطه التسیب بألفاظ صریحه، بل بعین عنوان ذلك العقد أو الإیقاع، ألا- ترى أن إیقاع الطلاق منوط بعنوان هی طالق، مع أن الطلاق لیس إلا البینونه التي لا یقع بها الطلاق شرعا، بل جواز التعریف منوط باتحاد الحد و المحدود ذاتا و مفهوما مع اختلافهما بالإجمال و التفصیل فی الحدود، و بمجرد الاتحاد وجودا فی الرسوم، فلا عدم جواز الإیجاب کاشف عن المغایره مفهوما، و لا ملازمه بین الإیجاب و التعریف، بل لكل منهما ملاک خاص و مناط مخصوص، نعم بناء علی ما قدمناه لیس التملیک متحدا مع البیع مفهوما و لا وجودا، فتدبر.

شیخ در جواب می فرماید: بله ما ملتزم هستیم و قبول داریم ایجاب بیع با «ملکت» محقق می شود.

اشکال بعضی بر تعریف شیخ قدس سره - و نقد آن

اما بعضی (۱) برای اثبات عدم ترادف بیع با تملیک و اشکال بر تعریف شیخ مطلبی را ذکر کرده اند که مایه ی تعجب است و آن این که در بعضی موارد، بیع محقق می شود بدون این که تملیکی واقع شود؛ مثلاً اگر کسی مالی را وصیت کند که در راه خدا مصرف شود و قید کند که ملک احدی نشود، چنین وصیتی از باب عمومات وصیت نافذ است. حال اگر «وصی» یا «مَنْ بِحُکْمِ الوَصِيِّ» این مال را بفروشد تا ثمن آن را در راه خدا مصرف کند، صدق بیع می کند بدون این که تملیک باشد؛ چون وصیت کرده بود موصی به ملک کسی نشود. پس معلوم می شود بیع مرادف با تملیک نیست تا بتوان همیشه و همه جا با «ملکت» ایجاب بیع کرد.

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۵۷: و التحقيق: أنه لا- ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ ملكت. و لكن هذا بعيد عن قضيه مرادفه التملیک للبيع. ضروره أنه ربما يتحقق مفهوم البيع و لا يكون هناك تمليک أصلاً. و مثال ذلك: أنه إذا أوصى أحد بصرف ماله في سبيل الله، و نص على عدم صيرورته ملكاً لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور- لكي يصرف ثمنه في قربات الله- لم يقع التبدیل بين العوضين في الإضافة الملكية. بل في إضافه أخرى غيرها. و أضف إلى ذلك أن الإنشاء بصيغه ملكت إنما يصح فيما إذا كان المشتري أصيلاً. و أما إذا كان فضولياً، أو أحد الأولياء من قبل الأشخاص المحجورين فإنه لا- يصح خطابه بلفظ ملكتك. بل لا بد حينئذ من إنشاء البيع بلفظ آخر غير لفظ ملكت.

در پاسخ به این اشکال می‌گوییم: اگر وصیت کرده عین مال در راه خدا مصرف شود و ملک کسی نشود، بیع آن جایز نخواهد بود؛ زیرا با بیع دیگر عین آن در راه خدا مصرف نمی‌شود، بلکه ثمن آن در راه خدا مصرف می‌شود، در حالی که وصیت کرده بود عین آن در راه خدا مصرف شود.

امّا اگر وصیت کرده ارزش آن در راه خدا مصرف شود، این نقض بر کلام شیخ نیست؛ زیرا وصی، آن شیء را با بیع به مشتری تملیک می‌کند و ثمن آن را در راه خدا مصرف می‌کند و این خلاف وصیت نیست، و «تملیک عین بمال» نیز صادق است. (۱)

۱- البته در دو تقریر دیگر مستشکل محترم، اشکال به نحو دیگری مطرح شده که به نظر می‌رسد فی الجمله بر تعریف شیخ وارد باشد و آن این که کسی که وصیت می‌کند مالش مثلاً یک میلیون تومان در جهت خاصی مانند عمارت مسجد مصرف شود، اگر وصی یا «مَنْ بِحُكْمِ الْوَصِيِّ» آن را به عنوان ثمن قرار داده و مبیعی را برای عمارت مسجد بخرد، در این جا [عرفاً] بیع صادق است، بدون این که تملیکی از طرف بایع محقق شود؛ زیرا مبیع باید برای عمارت مسجد خرج شود و کسی نمی‌تواند مالک آن شود. در این فرض نیز می‌گوییم: اگر مقصود از وصیت این بوده که آن مال حتی به عنوان عوض و ثمن، ملک هیچ کس و هیچ عنوانی نشود بدین معناست که با موصی به چیزی خریده نشود و در نتیجه بیع باطل است. اما اگر مقصود آن است که موصی به داخل در ملک وراثت نشود، بعد از فوت موصی بیع صحیح خواهد بود، گرچه ممکن است مثل مرحوم شیخ در چنین جایی پاسخ دهند که مبیع در این جا تملیک عنوانی از عناوین مناسب مانند تملیک مسجد می‌شود. • التفتیح فی شرح المکاسب، ج ۱، ص ۴۲: لا- یخفی أنّه إنّما یصحّ إنشاء البیع بلفظ ملک فیما إذا کان مشتری نفس مالک المال، وأمّا إذا کان ولیه أو وکیله أو من غصب منه فلا، لأنّه حیث إنّما یملکه للمالک لا للمخاطب الذی فرضناه ولیاً أو وکیلاً أو غاصباً، فإنّهُ نظیر التزوید فی النکاح إذ لا یصحّ أن یقال: زوّجتک للمخاطب مع أنّه ولی الزوج أو وکیله بل یقول: زوّجت موکلک و هكذا، و ذلك من جهة أنّ المبادله فی التملیک إنّما یتحقّق بین المالکین لا محاله، و هذا بخلاف ما إذا انشئ بلفظ البیع فإنّهُ یصحّ مع کلّ واحد من الأشخاص المذكورین، کان مالکاً أو ولیاً و وکیلاً عنه أو غاصباً، لأنّه عبارة عن المبادله بین المالیین كما سیأتی توضیحه فی بیع الفضولی. إن شاء الله تعالی. و کذا قد یتحقّق البیع من غیر تملیک كما إذا أوصی بصرف ماله فی جهة خاصّه کعماره المسجد فاشتری به مال فإنّه لا یدخل فی ملک أحد ومع ذلك یصدق البیع. فظهر أنّ البیع لیس مرادفاً للتملیک و إن صحّ إنشاؤه به. • محاضرات فی الفقه الجعفری، ج ۲، ص ۳۲: اقول: لا- اشکال فی جواز إنشاء البیع بلفظ ملک الا انه لا یلازم مرادفه البیع و التملیک فإن البیع یمکن اسناده الی الطرف مطلقاً سواء کان اصیلاً أو وکیلاً أو ولیاً، فیصح أن یقال فی البیع للولی بعثک هذا المال بمال ابنک و هذا بخلاف بقیه عناوین العقود، ففی التزوید لا یصح الاسناد الی الولی او الوکیل فلا- یقال زوّجتک بل یقال زوجت ابنک أو موکلک و التملیک ایضاً یكون نظیر التزوید فلا یقال لولی مشتری ملکک السلعه بكذا و هكذا الوکیل. لأن دخول المثلث فی کیس من ینخرج الثمن من کیسه و بالعکس مأخوذ فی عنوان البیع، بل قد یتحقّق البیع بلا تملیک كما إذا أوصی بصرف ماله فی جهة خاصه کعماره المسجد و نحوها فاشتری به مال فإنه لا یدخل فی ملک أحد اصلاً و مع ذلك یصدق علیه البیع.

نقضی بر ترادف بیع با تملیک

نقضی بر ترادف بیع با تملیک وارد است و آن این که بیع حقوق همان طور که قبلاً بیان کردیم به نحو تملیک نیست، چون مشتری با شراء حق، مالک حق نمی شود بلکه واجد حق و ذو الحق می شود. (۱) بنابراین در مواردی (۲) مثل بیع

۱- هر چند گفتیم «حق»، «ملک حیثی» است، ولی مراد این بود که «حق» با «ملک حیثی» مساوق است؛ نه عین آن.
 ۲- بعضی مانند محقق اصفهانی قدس سره - موارد متعددی را به عنوان نقض بر تعریف بیع به تملیک بیان می کنند: • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۶۴: الالتزام بالتملیک فی جمله من الموارد مشکل: منها: بیع العبد ممن ینعتق علیه، فإنّ الملک التحقیقی إذا کان ممتنعاً شرعاً أو عقلاً فلا فرق بین زمان طویل أو قصیر، فالالتزام بحصول الملک آنا ما ثم الانعتاق فی غایه الإشکال، و الالتزام بالملک الحکمی مرجعه إلى ترتیب أثر الملک من دون ثبوته حقیقه، فلا بیع حقیقه فیکون العوضان علی ملک مالکهما، حیث لا معاوضه حقیقه، مضافاً إلى دعوی ظهور بعض الأدله فی ترتب الانعتاق علی نفس الشراء، و لا یعقل تخلف المعلول عن علتة و لو آنا ما. و ما فی الجواهر تبعاً لغيره من تقدّم الملک علی الانعتاق تقدّم ذاتياً لا زمانياً، حتی یلزم تخلف المعلول عن علتة و لو آنا ما، بل جعله جمعا بین النصوص المقتضیه لعدم العتق إلّا فی الملک، و لترتب الانعتاق علی نفس الشراء، بل جعله أقرب إلى الضوابط من الالتزام بالملک آنا ما. کله خلاف التحقیق، إذ لا اعتبار للملک إلّا فی الزمان، فالملک لا فی زمان غیر معقول، حتی ینفک التقدّم الذاتى بلحاظ شرطیته للعتق عن التقدّم الزمانى بلحاظ تأثیر البیع فی الملک، فکیف یکون الأمر الممتنع جمعا بین النصوص، أم کیف یکون أقرب إلى الضوابط فتدبر جیدا. و منها: بیع الدین علی من هو علیه، فإنّه إذا لم یعقل أن یملک الإنسان ما فی ذمه نفسه، و لأجله یسقط، فمانع البقاء مانع الحدوث، إذ لا فرق فی ما لا یعقل بین زمان طویل و زمان قصیر كما مرّ و سیجى ء إن شاء الله تعالی فی شرح کلامه قدّس سرّه. و منها: بیع العبد من نفسه فی بعض الموارد، فإنّ اتحاد المالك و المملوک ممتنع عندهم، و لا فرق فیهم أيضاً بین الطویل من الزمان و القصیر منه. و منها: شراء العبد تحت الشده من الزکاه، فإنّ المشتري سواء کان من علیه الزکاه أو الحاكم الشرعى و إن کان له ملک التصرف و الولاية علی الشراء، لكنهما لا یملکان الرقبه كما لا یملکان الزکاه الواقعه عوضاً، فبأى وجه یملکان العبد، خصوصاً مع ترتب الانعتاق علی شرائهما فی قبال العتق بعد شرائهما. و منها: اشتراء آلات المسجد و القنطره من الزکاه أو من غله العین الموقوفه علیهما، فإنّه لا یملک تلك الآلات أحد لعدم الموجب، كما لا یملک الزکاه و الغله لكون الزکاه غیر مملوکة للمشتري و لا لغيره، بل المسجد و القنطره مصرف لها، و لكون الغله غله عین غیر مملوکة لأحد، لفرض الوقف علی الجهة لا علی شخص أو أشخاص خاصه، كما حقق فی باب الوقف علی الجهات العامه. و منها: البیع بإزاء سقوط الحق، حیث لا معنی لحصول التملیک أو التبدیل بلحاظ الملیکيه من الطرفين، مع أنه بیع عرفاً و إن لم ینطبق علیه تعریف صاحب المصباح. و بالجمله: فالالتزام بالتملیک الحقیقی فی هذه الموارد لا یخلو عن تکلف و تعسّف، و لا ملزم به إلّا اشتهاً تعریف البیع بالنقل و التبدیل التملیک.

حقوق، با این که تملیک صادق نیست ولی بیع صادق است. پس معلوم می شود بیع مرادف با تملیک نیست.

بله اگر کسی مانند محقق نائینی قدس سره - منکر قابلیت بیع و شراء برای حق باشد، از این حیث اشکال بر تعریف شیخ قدس سره - وارد نیست. ولی اصل قابلیت فروش حق همان طور که بیان کردیم فی الجمله روایات (۱) بر آن دلالت می کند و در میان عرف نیز فروش حقوقی مانند حق انشعاب آب، حق امتیاز تلفن، گاز و ... مرسوم است.

۱- مثل صحیحه ی علی بن جعفر در شراء حق قسم: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنِ الْعَمْرِكِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا لِيَتِي وَ يَوْمِي لِمَكَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا أَوْ مِائَةً كَمَا أَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ. وَ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ. (وسائل الشيعه، ج ۲۱، كتاب النكاح، ابواب القسم و النشوز و الشقاق، باب ۶، ح ۲، ص ۳۴۴؛ تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۷۴ و مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، ص ۱۷۴)

اشکال دوم (عدم انطباق تعریف بر بیع الدین علی من هو علیه)

اشاره

اشکال دومی که شیخ مطرح می فرماید (۱) این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» جامع افراد نیست و شامل بیع الدین علی من هو علیه نمی شود؛ لاینّ الانسان لا یملک مالاً علی نفسه؛ مثلاً زید که مالک یک تن گندم در ذمه ی عمرو است، اگر همان را به خود عمرو در مقابل یک میلیون تومان بفروشد، این جا بیع ظاهراً نزد همه صادق است بدون این که تملیکی از جانب بایع شده باشد؛ چون عمرو نمی تواند مالک ذمه ی خودش شود؛ زیرا معنا ندارد بگوییم عمرو مالک یک تن گندم بر عهده و ذمه ی خودش است و عقلاء چنین ملکیتی را اعتبار نمی کنند. عقلاء اعتبار می کنند کسی مالک مالی بر عهده ی دیگری باشد، ولی اعتبار نمی کنند که مالک مالی بر عهده ی خودش باشد. پس تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» جامع تمام افراد بیع نیست.

مرحوم شیخ دو پاسخ به این اشکال ذکر می کنند.

پاسخ اول شیخ به اشکال دوم

اشاره

پاسخ اول که شیخ می فرماید قبلاً هم به آن اشاره شد (۲) این است که چرا

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۱: و منها: أنه لا یشمل بیع الدین علی من هو علیه؛ لأنّ الإنسان لا یملک مالاً علی نفسه. و فیه مع ما عرفت و ستعرف من تعقل تملک ما علی نفسه و رجوعه إلی سقوطه عنه، نظیر تملک ما هو مساوٍ لما فی ذمته، و سقوطه بالتهاتر: أنه لو لم یعقل التملیک لم یعقل البیع؛ إذ لیس للبیع لغه و عرفاً معنی غیر المبادله و النقل و التملیک و ما یساویها من الألفاظ؛ و لذا قال فخر الدین: إنّ معنی «بعت» فی لغه العرب: «ملکت غیری»، فإذا لم یعقل ملکیه ما فی ذمه نفسه لم یعقل شیء مما یساویها، فلا یعقل البیع.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸: و أمّا الحقوق فإن لم تقبل المعاوضه بالمال کحقّ الحضانه و الولایه فلا إشکال، و کذا لو لم تقبل النقل، کحقّ الشفعه، و حقّ الخيار؛ لأنّ البیع تملیک غیر. و لا ینتقض بیع الدین علی من هو علیه؛ لأنه لا مانع من کونه تملیکاً فیسقط؛ و لذا جعل الشهد فی قواعده «الإبراء» مردداً بین الإسقاط و التملیک. و الحاصل: أنه یعقل أن یشکل ما لکما فی ذمته فیؤثر تملیکه السقوط، و لا یعقل أن یتسلط علی نفسه.

مسلم گرفته اید کسی نمی تواند مالک ذمه ی خودش شود و آن را غیر عقلایی قلمداد کردید؟! در حالی که چنین چیزی کاملاً معقول است و شخص می تواند مالک مالی بر عهده و ذمه ی خود شود، به این صورت که عمرو با خرید ذمه ی خود از زید آناما مالک ذمه ی خود می شود، سپس سقوط می کند و ثمره اش آن است که دیگر عمرو بدهکار به زید نیست و ذمه اش آزاد می شود. پس تملک مال بر عهده ی خود به این نحو که بیان شد معقول و جایز است و لغو نیست.

نظیر این تملک آناما و سپس سقوط، آن است که عمرو بعد از آن که یک میلیون تومان به زید بدهکار است و زید مالک ذمه ی عمرو می باشد، عمرو نیز با فروش جنسی به زید به قیمت یک میلیون تومان کلی در ذمه، مالک ذمه ی زید شود. نتیجه ی این تملک ذمه ی زید برای عمرو، سقوط به تهاتر (۱) است؛ یعنی عمرو آناما مالک ذمه ی زید می شود، سپس با سر به سر شدن با بدهی خود به زید، هر دو سقوط می کند؛ یعنی نه عمرو دیگر به زید بدهکار است و نه زید به عمرو. ما نحن فيه هم این چنین است که عمرو با خرید ذمه ی خود از زید که به خاطر بدهی تحت ملکیت زید قرار دارد، آناما مالک ذمه ی خود شده، سپس سقوط می کند و نتیجه اش آزادی ذمه ی خود از ملکیت زید و نداشتن بدهی است.

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۶۳۳: الهِئْر: الدَاهِيَةُ وَ الْجَمْعُ (أَهْتَارٌ) مِثْلُ حِمْلٍ وَ أَحْمَالٍ وَ (الْهَيْرُ) أَيْضاً السَّقَطُ مِنَ الْكَلَامِ وَ الْخَطَأُ مِنْهُ قِيلَ (تَهَاتَرَ) الرَّجُلَانِ إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى الْآخَرِ بَاطِلًا ثُمَّ قِيلَ (تَهَاتَرَتِ) الْبَيِّنَاتُ إِذَا تَسَاقَطَتْ وَ بَطَلَتْ وَ (اسْتَهْتَرَ) اتَّبَعَ هَوَاهُ فَلَا يُبَالِي بِمَا يَفْعَلُ.

نقد پاسخ اول شیخ قدس سره -

تشبیه ما نحن فیه به سقوط به تهاتر درست نیست. در تهاتر دو بیع عقلائی جدای از هم وجود دارد که در یکی، زید با فروش جنسی به عمرو به قیمت یک میلیون تومان، مالک ذمه ی عمرو شده که کاملاً عقلائی است و در بیع مستقل دیگر عمرو نیز با فروش جنسی به زید به قیمت یک میلیون تومان، مالک ذمه ی زید شده که آن هم معقول است. در چنین فرضی اگر عقلاء بگویند هر یک از زید و عمرو باید بدهی خود را به صورت جداگانه به طرف مقابل پرداخت کنند چیز عجیبی نیست، ولی از آن جا که چنین کاری زحمت بی جا و لغو بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نمی شود، حکم می کنند که ذمه ها در مقابل هم قرار گرفته تهاتر شود. پس به هر حال اصل هر یک از دو بیع کاملاً عقلایی بوده و مالکیت هر یک نسبت به ذمه ی دیگری حدوداً معقول است، هر چند استدامه ی آن به نحوی که هر کدام جداگانه وفای به دین کنند لغو بوده و معقول نیست، به خلاف ما نحن فیه که مالکیت فرد نسبت به ذمه ی خود از اول و حدوداً نیز نامعقول است؛ زیرا معنا ندارد کسی علیه خود و در ذمه ی خود چیزی را مالک شود، لذا با تشبیه ما نحن فیه به تهاتر نمی توان به اشکال پاسخ داد. پس جواب اول شیخ ناتمام است.

پاسخ دوم شیخ قدس سره - به اشکال دوم**اشاره**

مرحوم شیخ در پاسخ دوم می فرماید: اگر شما قبول کردید که «بیع ما فی الذمه ی شخص به خودش» صحیح است باید بپذیرید که «تملیک ما فی الذمه ی شخص به خودش» نیز صحیح است؛ زیرا این دو قابل تفکیک نیست؛ چون بیع در لغت و عرف معنایی جز مبادله، نقل، تملیک و آن چه که مرادف و مساوی این هاست ندارد. پس اگر بیع صحیح است یعنی تبدیل، نقل و تملیک رخ داده

است و اگر بفرمایید تملیک صحیح نیست باید بگویید بیع نیز صحیح نیست؛ زیرا این ها مرادفند، در حالی که شما گفتید بیعش صحیح است.

نقد پاسخ دوم شیخ قدس سره -

واقع امر آن است که پاسخ دوم شیخ قدس سره - صرف ادعا و مصادره ی به مطلوب است؛ چون مستشکل «بیع» را مرادف با «نقل ملک»، «مبادله ی ملک» و «تملیک» نمی داند و به این خاطر تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» را تمام نمی داند. بله، حال که مستشکل بیع را مرادف با تملیک نمی داند بر عهده ی اوست که حقیقت بیع را تبیین کند تا مشخص شود چطور بیع ذمه ی شخص به خود شخص درست است بدون این که تملیک باشد.

نظر مختار در وجه صحت «بیع الدین علی من هو علیه» بدون وقوع تملیک

با مراجعه ی به عرف و عقلاء دو چیز قابل انکار نیست و آن این که:

۱. عقلاء «بیع الدین علی من هو علیه» را علی وجه الحقیقه بیع می دانند و این طور نیست که مجازاً به آن بیع اطلاق کنند.
۲. عقلاء اعتبار ملکیت برای کسی نسبت به ذمه ی خود و این که بر عهده ی خود مال داشته باشد نمی کنند و کسی نمی تواند اعتبار مال برای خود در ذمه ی خود کند. بله، به نحو تکوینی هر کسی می تواند تصمیم به تحصیل مال مثلاً یک تن گندم در سال آینده بگیرد، ولی دیگر نمی گویند یک تن گندم برای خود در ذمه اش اعتبار کرده است؛ چون چنین اعتباری را لغو می دانند. فرقی هم نمی کند سبب اعتبار، خرید ذمه ی خود از دیگری باشد یا چیز دیگر.

لذا لازم است تفسیر دیگری از بیع ارائه شود که هم شامل بیع الدین علی من

هو عليه شود و هم محذور مالکیت شخص نسبت به ذمه ی خودش پدید نیاید.

در مباحث گذشته در این که حقیقت نقل ملک چیست بیان کردیم بعضی مثل محقق نائینی قدس سره - ملکیت را به خیطی تشبیه کرده که از طرف مالک به مملوک بسته شده است و در نقل، آن طرف خیط که به مملوک (مبیع) بسته شده باز شده و به طرف دیگر معامله یعنی ثمن بسته می شود و آن طرف خیطی هم که از طرف مشتری به ثمن بسته شده باز می شود و به مبیع بسته می شود، ولی ما گفتیم این تعابیر در نقل ملک تسامحی است و حقیقت نقل ملک این است که بایع رابطه ی خود با مبیع را القاء می کند و رابطه ی جدیدی را برای مشتری ابداع و ایجاد می کند؛ یعنی زید که بایع کتاب است رابطه ی ملکی خود را القاء و إفاء می کند و رابطه ی ملکی جدیدی را برای عمرو ایجاد می کند.

این در صورتی است که بعد از ازاله ی رابطه ی اول، ابداع رابطه ی دوم ممکن و معقول باشد، اما اگر در جایی مانند ما نحن فیه با ازاله ی رابطه ی اول که مربوط به بایع و مملوک است، غرض حاصل شده و ابداع رابطه ی دیگر لغو و غیر معقول باشد، آن جا نیازی به ابداع رابطه ی دیگر نیست؛ مثلاً زید که مالک ذمه ی عمرو است و ذمه ی عمرو را به خود عمرو می فروشد، همین که رابطه ی ملکی خودش را با ذمه ی عمرو به نفع عمرو ازاله و اعدام می کند، بیع محقق می شود و دیگر نیازی به ابداع رابطه ی جدیدی بین عمرو و ذمه ی خود عمرو نیست؛ چون لغو است و در اعتبار عقلاء اثری بر آن مترتب نیست.

بنابراین این که گفتیم بیع، ازاله ی یک رابطه و ابداع رابطه ی دیگر است، مربوط به جایی است که ابداع رابطه ی جدید معقول بوده و لغو نباشد. اما اگر در جایی ابداع رابطه ی جدید لغو باشد، ابداع رابطه ی جدید در تحقق بیع لازم نیست و همین اندازه که مشتری از ازاله ی رابطه ی اول نفع ببرد کفایت می کند.

پس در بیع، همیشه «تملیک» به معنای ابداع رابطه‌ی جدید لازم نیست، لذا می‌گوییم بیع الدین علی من هو علیه بدون این که تملیک باشد صحیح است. همین که بایع رابطه‌ی خود را با ذمه‌ی مشتری در مقابل دریافت ثمن ازاله می‌کند (۱) و مشتری از آن نفع می‌برد چون دیگر به بایع بدهکار نیست بیع صدق می‌کند و نیازی به ایجاد رابطه‌ی جدید نیست. بله، آن جاهایی که ابداع رابطه و اضافه ممکن است باید ابداع کند.

پس به نظر ما بیع به معنای تملیک نیست و اشکال دومی که مطرح شد بر تعریف شیخ وارد است.

اشکال سوم (انطباق تعریف بر تملیک به معاطاه)

اشکال سومی (۲) که مرحوم شیخ مطرح می‌کند این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» شامل تملیک به معاطاه هم می‌شود در حالی که مشهور گفته‌اند معاطاه بیع نیست، بلکه ادعای اجماع شده معاطاه بیع نیست.

پاسخ این اشکال روشن است و آن این که هیچ کس فی ما أعلم ادعا نکرده که معاطاه عرفاً بیع نیست؛ چون عرف بر معاملات معاطاتی، حقیقتاً خرید و فروش اطلاق می‌کند. مثلاً کسی که از نانویی نان در مقابل اعطاء پول بدون خواندن عقد می‌گیرد می‌گوید نان خریدم، نانوا نیز می‌گوید نان فروختم. پس جای هیچ شبهه نیست که معاطاه، لغه و عرفاً بیع است.

۱- البته از آن جا که این ازاله در مقابل ثمن بوده و در ضمن عقد انجام می‌شود و به نفع مشتری است، با إعراض که ایقاع می‌باشد متفاوت است.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۲: و منها: أنه یشمل التملیک بالمعاطاه، مع حکم المشهور، بل دعوی الإجماع علی أنها لیست بیعاً. و فیه: ما سیجی ء من کون المعاطاه بیعاً؛ و أنّ مراد النافین نفی صحته.

بنابراین نسبتی که به مشهور داده شده در واقع انکار صحت شرعی معاطاه است؛ نه صدق عرفی بیع؛ چون ظاهراً شخص قابل اعتنایی در صدق عرفی بیع بر معاطاه تشکیک نکرده است. تأیید بر این که مرادشان انکار صحت شرعی معاطاه است این که ادعای اجماع بر بطلان کرده اند؛ زیرا ادعای اجماع خصوصاً در کتب فقهی در امور شرعی مفید است. ادعای اجماع بر یک امر عرفی و عقلانی که چندان ارزشی ندارد! پس معلوم می شود آن چه که مورد ادعاست عدم صحت شرعی معاطاه است که در حقیقت به معنای عدم امضاء بیع معاطاتی عرفی می باشد.

اشکال چهارم (انطباق تعریف بر شراء)

اشاره

اشکال دیگر (۱) آن است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» بر شراء نیز منطبق می شود، در حالی که ما به دنبال تعریف بیع هستیم تا با بیع را بشناسیم؛ زیرا همان طور که عقد بیع دارای احکام خاصی است که بر سایر عقود مترتب نیست، با بیع نیز احکام خاصی دارد که برای مشتری جاری نیست و مشتری هم احکام خاصی دارد که با بیع ندارد، لذا تفکیک این دو دارای اثر می باشد؛ مثلاً در روایت وارد شده «مشتري الحيوان بالخيار» (۲) یعنی حکم خیار در خرید حیوان برای

- ۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۱۲: و منها: صدقه على الشراء؛ فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع. و فيه: أن التملیک فيه ضمنی، و إنما حقیقته التملک بعوض؛ و لذا لا يجوز الشراء بلفظ «ملکت»، تقدّم على الإيجاب أو تأخر. و به يظهر اندفاع الإیراد بانتفاضه بمستأجر العين بعین؛ حيث إن الاستئجار يتضمّن تملیک العين بمال، أعنی: المنفعه.
- ۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۲۱۶: الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ الْخِيَارُ فِي الْحَيَوَانِ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي وَ فِي غَيْرِ الْحَيَوَانِ أَنْ يَتَفَرَّقَا وَ أَحْدَاثُ السَّنَةِ تُرَدُّ بَعْدَ السَّنَةِ قُلْتُ وَ مَا أَحْدَاثُ السَّنَةِ قَالَ الْجُنُونُ وَ الْجُدَامُ وَ الْبَرَصُ وَ الْقَرْنُ فَمَنْ اشْتَرَى فَحَدَثَ فِيهِ هَذِهِ الْأَحْدَاثُ فَالْحُكْمُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى صَاحِبِهِ إِلَى تَمَامِ السَّنَةِ مِنْ يَوْمِ اشْتَرَاهُ. • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۷۰: أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا وَ صَاحِبُ الْحَيَوَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۷۰: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ فَضِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: قُلْتُ لَهُ مَا الشَّرْطُ فِي الْحَيَوَانِ فَقَالَ: إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي قُلْتُ فَمَا الشَّرْطُ فِي غَيْرِ الْحَيَوَانِ قَالَ: بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرِقَا فَلَا خِيَارَ بَعْدَ الرِّضَا مِنْهُمَا.

مشتری است و بایع بنا بر قولی حتی اگر حیوان را به عنوان ثمن دریافت کند خیار حیوان ندارد. پس این حکم مخصوص مشتری بما هو مشتری است. یا قاعده ی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» (۱) و همین طور خیار تأخیر (۲) مخصوص بایع می باشد.

پس اشکال چهارم این شد که تعریف «إنشاء تمليك عين بمال» بر عمل مشتری هم صادق است و با این تعریف نمی توان بایع را از مشتری تمییز داد؛

۱- مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳، ص ۳۰۳: عَوَالِي اللَّالِي، عَنِ النَّبِيِّ ۹ أَنَّهُ قَالَ: كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ. • الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص ۱۷۱: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هَلَالٍ عَنْ عُقْبَةَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مَتَاعًا مِنْ رَجُلٍ وَ أَوْجَبَهُ غَيْرَ أَنَّهُ تَرَكَ الْمَتَاعَ عِنْدَهُ وَ لَمْ يَقْبِضْهُ قَالَ آتِيكَ غَدًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَسِيرِقَ الْمَتَاعُ مِنْ مَالٍ مَنْ يَكُونُ قَالَ مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يَقْبِضَ الْمَتَاعَ وَ يُخْرِجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَالْمُبْتَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرُدَّ مَالَهُ إِلَيْهِ.

۲- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص ۱۷۱: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَدِيدٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ۸ قَالَ: قُلْتُ الرَّجُلُ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الْمَتَاعَ ثُمَّ يَدْعُهُ عِنْدَهُ يَقُولُ حَتَّى آتِيكَ بِثَمَنِهِ قَالَ إِنْ جَاءَ بِثَمَنِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَ إِلَّا فَلَا يَبِيعُ لَهُ.

چراکه مشتری نیز با قبول، در واقع مالش را که اکثراً عین است، مانند درهم، دینار و حتی پول های اعتباری امروزی که به نوعی عین است و ... در مقابل مبیع به بایع تملیک می کند. پس مشتری [با گفتن «قبلت»] إنشاء تملیک عین در مقابل مال می کند.

بلکه این تعریف شامل مستأجر در عقد إجاره نیز می شود؛ زیرا مستأجر مال خود را که عین است مانند درهم، دینار، پول اعتباری، یک تُن گندم و ... در مقابل مثلاً منفعت خانه که مال است به موجر تملیک می کند. پس مستأجر نیز إنشاء تملیک عین بمال می کند.

پاسخ شیخ به اشکال چهارم

شیخ قدس سره - در پاسخ می فرماید: گرچه در شراء نیز تملیک وجود دارد و مشتری ثمن را به بایع تملیک می کند، ولی این نقض بر تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» نیست؛ به خاطر این که حقیقت شراء، تملیک نیست بلکه «تملک بعوض» است و تملیک از ناحیه ی مشتری، تملیک ضمنی است. بنابراین از آن جا که تعریف شراء «إنشاء تملک» است و تملک با تملیک متفاوت است، پس تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» نقض نمی شود.

اشکال سید خوبی بر پاسخ شیخ قدس سرهما -

سید خوبی قدس سره - درباره ی پاسخ شیخ قدس سره - به تقریر مصباح الفقه (۱) می فرماید (۲):

۱- مصباح الفقه که تقریر مرحوم توحیدی است تحت نظر خود سید خوبی قدس سره - تصحیح و چاپ شده، بدین جهت اتکال ما اولاً روی مصباح الفقه است، هر چند التفتیح فی شرح المکاسب شهید غروی و محاضرات فی الفقه الجعفری مرحوم شاهرودی حاوی نکاتی است که شایسته ی امعان نظر است، گرچه احتمالاً بعض مجلدات محاضرات نیز به همان نحو تحت نظر استاد بوده است.

۲- مصباح الفقه، ج ۲، ص ۶۰: و من النقوض انه إذا كان البيع إنشاء تملیک عین بمال انتقض منعه بالشراء، فإن مشتری بقبوله للبیع یملک ماله بعوض المبیع. و أجاب عنه المصنف و إلیک نصح: (و فيه ان التملیک فيه ضمنی و انما حقیقته التملک بعوض. و به یظهر اندفاع الإیراد بانتفاضه بمستأجر العین بعین حیث ان الاستئجار یتضمن تملیک العین بمال: أعنی المنفعه.) و لکن لم نفهم معنی محصلاً للتملیک الضمنی إذ یرد علیه أولاً انه ان کان مراده من التملیک الضمنی التملیک التبعی: (بمعنی ان البائع یملک ماله للمشتري أولاً و یملک المشتري ماله للبائع ثانياً) فیرد علیه: ان لازم ذلك ان ینعکس الأمر فیما إذا تقدم القبول على الإیجاب: بأن یكون التملیک من ناحیه المشتري أولاً، و البیع من ناحیه البائع ثانياً. و ان کان مراده من التملیک الضمنی: ان ألفاظ الإیجاب و القبول انما تدل بالدلاله المطابقیه على تملیک المشتري ماله للبائع، سواء فی ذلك تقدم القبول على الإیجاب و عدمه، ان کان مراده هذا فیرد علیه: ان هذا یرجع الى جهه الدلاله، و مقام الإثبات. فلا یوجب فرقا بین التملیکین لبأ، و فی مقام الثبوت، بداهه ان البیع تبدیل شیء بشیء فی جهه الإضافه. و من الضروري أنه یتحیل تحقق التبدیل بین شیئین الا ان یتنقل

كل منهما الى محل الآخر في آن واحد، و في مرتبه واحده. و عليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحيه البائع إلا في آن وجود التمليك من ناحيه المشتري. و بتعبير آخر: أن البائع إنما ينشئ التبدل بين الثمن و المثلن في جهه الإضافه في مرتبه واحده. نعم يشترط رضا المشتري و قبوله لفعل البائع في تحقق عنوان التبدل، و نتيجه ذلك: أن التمليكين (تمليك البائع و تمليك المشتري) يتحققان في مرتبه واحده. و إذن فلا أصاله و لا تبعيه في المقام. و أضف إلى ذلك: أنا سلمنا كون التمليك من ناحيه البائع أصليا استقلاليا، و من ناحيه المشتري ضمنا تبعا. إلا أن إطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين و إذن فلا وجه لصرفه عن الثاني، و حصره في الأول. قيل: ان مفهوم البيع يوجد بالإيجاب الساذج، و يتحقق به التمليك و التملك في عالم الاعتبار. و عليه فلا يبقى مجال لتمليك المشتري لكي ينتقض به تعريف البيع. و إذن فلا شأن للمشتري الا قبول الإيجاب من البائع و نسبه فعله الى نفسه فتكون منزله القبول في البيع منزله الإمضاء في المعاملات الفضوليه و فيه أن قبول الإيجاب و ان كان شرطا في البيع، لا جزء مقوما له إلا أن شروط البيع على ثلاثه أقسام: (١) أن يكون شرطا لإمضاء الشارع. (٢) أن يكون شرطا لإمضاء العقلاء. (٣) أن يكون شرطا لأصل الاعتبار: بأن يدور عليه مفهوم البيع وجودا و عدما. و من الواضح أن تعقب الإيجاب بالقبول من القليل الثالث. بداهه انتفاء حقيقه البيع بانتفاء القبول. فكما ان التمليك و التملك يستندان إلى البائع كذلك يستندان إلى المشتري. •

التفريح في شرح المكاسب، ج ١، ص ٤٤: و ربما يورد عليه أيضاً: بالنقض بالشراء والاستيجار فيما إذا استأجر عيناً بعين، فإن المشتري أيضاً يملك ماله بمال البائع، كما أن البائع يملك ماله بمال المشتري، وكذا الاستيجار المذكور فإنه أيضاً يملك عين بمال وهو المنفعة. و قد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدس سره) بأن التمليك في الشراء والاستيجار ضمنى بخلاف البيع فإن التمليك فيه استقلالي، هذا. و لكني لم أفهم حقيقه مراده كما لم يفهمه جماعه آخرون، إذ ما معنى كون التمليك في الشراء ضمناً، فإن اريد به تأخر القبول عن الإيجاب وأن المشتري إنما يملكه بعد تمليك البائع، ففيه: أنه لا يضر بصدق التمليك عليه فلا بد أن يكون الشراء بيعاً ضمناً كما هو واضح. مضافاً إلى أنه يمكن أن يقدم تمليك المشتري على تمليك البائع في غير صيغتي رضيت و قبلت، فله أن يقول أولاً: اشتريت مالك بكذا فيقول البائع قبلت، فإنه يبيع بلا كلام. وكذا يجوز أن يتقدم إنشاء المستأجر على إنشاء المؤجر في الاجاره و إنشاء الزوج على إنشاء الزوجه في النكاح، بل قد ورد في صحته روايه بمضمون أنها إذا قالت نعم بعد إيجابك فأنت أولى الناس بها وإن اريد بذلك أن تمليك المشتري مدلول غير مطابق والمدلول المطابق هو تمليك البائع ففيه أيضاً أنه لا ينافي صدق التمليك فيلزم أن يكون الشراء بيعاً ضمناً. فالصحيح في الفرق بين البيع والشراء إنما هو بما بيناه من أن غرض البائع حفظ ماله و غرض المشتري تحصيل خصوصيه المبيع، وأما إذا كان غرض كل منهما حفظ الماليه أو تحصيل الخصوصيه فلا تكون المعامله بيعاً. و هكذا الحال في الاجاره فغرض المؤجر يتعلق بالماليه و غرض المستأجر بالانتفاع بالعين، و بدونه لا تصدق الاجاره. • محاضرات في الفقه الجعفري، ج ٢، ص ٣٣: نقول: لم نفهم ما اراده قدس سره - من كون التمليك من جهه المشتري ضمناً، فإنه إن اراد به أن تمليكه يكون بنحو المطاوعه و القبول أي تبعاً لفعل البائع، فهو لا ينافي صدق التمليك و عليه لا بد و أن يكون الشراء بيعاً تبعياً مع أن ذلك غير معتبر في الشراء. و إن اراد ان القبول يعتبر فيه أن يتأخر عن الإيجاب ففيه انه إنما يعتبر فيما إذا أنشأ القبول بلفظ قبلت أو رضيت و نحوه مما أخذ في معناه المطاوعه. و أما إذا أنشأ بلفظ اشتريت أو تملك، فلا مانع من تقديمه على الإيجاب فابتداءً يقول المشتري اشتريت منك المتاع الفلاني بكذا درهم، فيقول البائع قبلت أو بعث كما ان النكاح أيضاً يمكن إنشاؤه من طرف الزوج. فيقول الزوج أتزوجك في المده المعلومه بمبلغ كذا. فإذا قالت قبلت يتم النكاح و هو منصوص. و بالجملة كما أن البائع يملك المشتري شيئاً و يملك منه شيئاً آخر، كذلك المشتري، و القول أن التمليك من أحد الطرفين ضمنى و من الآخر استقلالي لا وجه له فالفرق بين البيع والشراء انما هو بيناه من أن غرض البائع لا بد و أن يتعلق بالمال و غرض المشتري إنما يتعلق بشخص المبيع و أما إذا كان غرض كل منهما متعلقاً

بحفظ المالىه أو بشخص العوضين فلا- تكون المبادله بيعاً و إنما هى معاوضه اخرى و هكذا الحال فى الاجاره فغرض المؤجر لا بد و أن يتعلق بالماليه و غرض المستأجر يتعلق بالانتفاع بالعين و إلا فلا تصدق الاجاره.

تملیک ضمنی معنای محصلی ندارد و در یکی دیگر از تقریراتشان (التنقیح فی شرح المکاسب) می فرماید: نه تنها من حقیقت مراد مرحوم شیخ را نفهمیدم، بلکه جماعتی دیگری (۱) نیز مراد شیخ را نفهمیدند.

به هر حال در این که مراد مرحوم شیخ چیست محقق خوئی قدس سره - می فرماید: دو احتمال وجود دارد:

(۱) ممکن است مراد شیخ از تملیک ضمنی، تملیک تبعی باشد در مقابل تملیک استقلالی و اصلی؛ یعنی در بیع ابتدا بایع مبیع را به مشتری تملیک می کند، سپس مشتری ثمن را به بایع تملیک می کند. پس معنای تملیک ضمنی، تملیک دوم است؛ اولاً تملیک بایع محقق می شود ثانیاً تملیک مشتری.

طبیعی است که اگر این احتمال، مقصود جناب شیخ باشد دو اشکال واضح دارد و آن این که:

اولاً: در مواردی که قبول مقدم بر ایجاب می شود؛ یعنی ابتدا مشتری «اشتریت» می گوید سپس بایع «بعث» می گوید، تملیک مشتری اصلی بوده و تبعی نیست. لذا پاسخ شیخ در این موارد نقض می شود.

ثانیاً: هیچ یک از تملیک بایع یا مشتری بر دیگری مقدم نیست و هر دو در یک رتبه واقع می شود؛ زیرا تملیک بایع قبل از قبول مشتری که اثری ندارد و تا ایجاب

۱- یادم می آید کسی می گفت ما خدمت آشیخ کاظم شیرازی قدس سره - از علماء نجف می رفتیم و گاهی سید خوئی قدس سره - کتاب مکاسب را نزد ایشان می برد و مطالبی را مطرح می کرد. این جا هم که می فرماید: «لم يفهمه جماعه آخرون» شاید ایشان هم جزء آن ها بوده و فرموده ما هم نفهمیدیم.

متعقب به قبول نشود نقل و انتقال محقق نمی شود و بعد از قبول مشتری نیز هر دو در یک رتبه اتفاق می افتد. (۱) پس این طور نیست که تملیک مشتری ضمنی و دوم باشد و تملیک بایع اصلی و اول باشد، بلکه هر دو در یک رتبه قرار دارد.

(۲) احتمال دیگری که می توان برای مراد شیخ از تملیک ضمنی بیان کرد این است که الفاظ ایجاب و قبول با دلالت مطابقی دال بر تملیک بایع است و با دلالت غیر مطابقی و به نحو ضمنی یا تبعی دال بر تملیک مشتری است. پس دلالت مطابقی الفاظ ایجاب و قبول بر این است که بایع مبیع را به مشتری تملیک می کند و دلالت غیر مطابقی آن (دلالت ضمنی یا تبعی) بر این است که مشتری ثمن را به بایع تملیک می کند. فرقی هم نمی کند ایجاب مقدم باشد یا قبول.

اگر مراد شیخ این احتمال باشد پاسخش این است که بیع رهین کیفیت عالم اثبات و دلالت نیست و ربطی به نحوه ی دلالت ندارد، آیت آن این است که در معاطاه اصلاً لفظی وجود ندارد تا دلالت مطابقی و غیر مطابقی داشته باشد و اگر داشته باشد با یک تمحلی می توان پذیرفت در حالی که بایع و مشتری در معاطاه معلوم است. پس بیع، بایع، اشتراء و مشتری اموری ثبوتی است و با معیارهای ثبوتی باید «بایع و مشتری» و «بیع و شراء» را تشخیص داد و ربطی به عالم دلالت و اثبات ندارد. معیار اثباتی فقط می تواند کاشف از ثبوت باشد و به تعبیر دیگر اگر عالم دلالت الفاظ و حتی اشارات را کنار گذاشته و به عالم ثبوت نگاه کنیم، باز «مشتری و بایع» و «بیع و شراء» صرف نظر از کیفیت عالم اثبات دو چیز است. پس این ملاک، ملاک درستی برای تمیز «بایع از مشتری» و «بیع از شراء» نیست.

۱- إن قلت: قبول مشتری به نحو شرط متأخر تأثیر می گذارد؛ یعنی با قبول مشتری کشف می شود بیع از همان لحظه ی ایجاب مؤثر بوده است. قلت: تأثیر قبول مشتری به نحو شرط متأخر نیست بلکه هم زمان است و قبل از قبول مشتری هیچ اثری مترتب نمی شود.

بررسی اشکال سید خوئی بر پاسخ شیخ قدس سرهما -

اگر مراد شیخ از ضمنی بودن تملیک مشتری همان دو احتمالی که سید خوئی قدس سره - مطرح کردند باشد اشکال ایشان بر پاسخ شیخ وارد است (۱)، اما به نظر می رسد مراد شیخ غیر از آن دو احتمالی است که سید خوئی قدس سره - فرمودند و آن این که:

مراد از ضمنی بودن تملیک مشتری و اصلی بودن تملیک بایع این است که در فرآیند بیع، بایع عنصر فعال بوده و مشتری دارای انفعال است؛ یعنی عمل بایع (بیع) هم در تملیک مبیع و هم در تملک ثمن، فعل است و عمل مشتری (اشترای) در هر یک از تملک مبیع و تملیک ثمن، انفعال و مطاوعه است؛ زیرا اشترای به معنای پذیرفتن بیع بایع است و به همین جهت می توان لفظ «قبلت» به جای «اشتریت» به کار برد.

بیع و اشترای نظیر کسر و انکسار است گرچه تفاوت هایی نیز دارند یعنی همان گونه که کسر بدون انکسار و انکسار بدون کسر معنا ندارد و هر دو، شکستن هم زمان را افاده می کنند، ولی مفهوماً متفاوت بوده و آن نیرویی که می شکاند جنبه ی فاعلیت دارد و آن چیزی که می شکند جنبه ی قبول دارد، در بیع و اشترای نیز بایع جنبه ی فاعلیت دارد و مشتری جنبه ی پذیرش و قبول. به همین خاطر ایجاب بیع بر عهده ی بایع و قبول بر عهده ی مشتری است.

در اصطلاح اقتصاددانان نیز که به فروشندگان «عرضه کننده» و به خریداران «مقتاضی» اطلاق می شود، عرضه حالت فعلیت داشته و تقاضا مناسب با پذیرش بوده و به نوعی حالت انفعال و مطاوعه دارد، گرچه تقاضا دقیقاً به معنای پذیرش نیست. در نکاح نیز زن عرضه کننده است و مرد مقتاضی لذا مرد باید مهر بپردازد

۱- مگر اشکال دوم احتمال اول؛ چون مبنای شیخ در معنای بیع این است که صدق بیع رهین تحقق قبول نیست.

و حتی لفظ اشتراء بر عمل مرد در روایات اطلاق شده است «یشتربها بأغلی الثمن (۱)» به همین جهت ایجاب بر عهده ی زن و قبول بر عهده ی مرد می باشد و حتی اگر مرد ابتدا بگوید «تزوجتک» سپس زن بگوید «قبلت»، در واقع زن با لفظ «قبلت» ایجاب کرده است؛ چون در هر حال عرضه کننده زن است و متقاضی مرد.

پس «اشترأ» به معنای پذیرش تملیک بایع یا به تعبیر دیگر دریافت ارسال بایع است. فرقی هم نمی کند ایجاب مقدم باشد یا قبول (۲)؛ چون زمان در تحقق بیع و شراء در عالم اعتبار ملغی است و هر دو با هم محقق می شود.

بنابراین این اشکال بر تعریف شیخ از بیع که بر اشتراء به عین نیز صادق است وارد نیست؛ چون همان طور که شیخ فرمود و با عرف سازگاری دارد، بیع تملیک است و حالت فعل، ایجاب، تهاجم و عرضه دارد، ولی اشتراء تملک است و حالت پذیرش، مطاوعه و انفعال دارد.

إن قلت: به هر حال تملیک و ارسال بایع، و تملک، قبول و انفعال مشتری پڑواک نیز دارد؛ یعنی مشتری نیز هم زمان ثمن را که در اکثر موارد عین است تملیک و ارسال می کند و بایع حالت انفعال به آن دارد. بنابراین تعریف شیخ بر اشتراء نیز صادق است.

قلت: تملیکی که از جانب مشتری صورت می گیرد باز ناشی از انفعال است؛

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۳۶۵: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْخَزَّازِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنِ الرَّجُلِ يُرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ أَيْنُظَرُ إِلَيْهَا؟ قَالَ: نَعَمْ إِنَّمَا يَشْتَرِيهَا بِأَغْلَى الثَّمَنِ.

۲- حتی اگر مشتری ابتدا بگوید «اشتریت» سپس بایع بگوید «بعثت» و بیع صحیح باشد باز کلام بایع ایجاب است و کلام مشتری قبول؛ چون مقصود بایع از «قبلت» این است که پذیرش تو را معتبر می دانم و آن چه را که مناسب پذیرش توست انشاء کردم.

چون بائع با ایجاب، مبیع را ارسال و ثمن را تملک می کند و مشتری نیز با قبول، در واقع همان ارسال و تملک بائع را قبول می کند و خود حقیقتاً ارسالی ندارد. بدین جهت می گوئیم بائع همیشه فعال است و مشتری منفعل. بیع، چه نسبت به تملیک مبیع و چه نسبت به تملک ثمن فعل است و اشتراء چه نسبت به تملک مبیع و چه نسبت به تملیک ثمن انفعال است.

انفعالی بودن تملیک ثمن از جانب مشتری و فعلی بودن تملک ثمن از جانب بائع، نظیر آن است که کسی دست دراز کند و چیزی را از دست دیگری بگیرد و شخص از دست دهنده اعتراض نکند بلکه راضی باشد، در این حالت گرچه صدق می کند مالش را در اختیار دیگری گذاشته است، اما این در اختیار گذاشتن انفعالی است؛ نه فعلی، به خلاف آن که خودش ابتداءً مال را در اختیار دیگری بگذارد.

بنابراین حتی اگر ثمن عین باشد تعریف جناب شیخ بر اشتراء صادق نیست؛ زیرا همه ی روند اشتراء به پذیرش و قبول محقق می شود؛ نه ایجاب.

إن قلت: تا قبول محقق نشده است، تملیک بائع نیز محقق نمی شود و قبول مشتری نقش در تملیک مبیع دارد، پس تملیک بائع نسبت به مبیع نیز ضمنی است. (۱)

۱- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۴: التملیک و التملک یکونان فی عرض واحد و یحدثان فی مرتبه واحده بإنشاء المبادلہ بین المالین فلا یعقل أن یکون أحدهما ضمئیا و الآخر استقلالیا و لو سلمناه لم یرتفع بذلک الإشکال لشمول التعریف لكل من التملیک الأصلی و التبعی و لم یقید التعریف بالتملیک الأصلی لیخرج منه التملیک التبعی. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۶۸: لا یخفی علیک أن المعامله السبعیه کسائر عقود المعاوضات مرکه من تسبیب أحدهما لملکیه شیء بالعوض و مطاوعه الآخر لهذا التسبیب، لا أنها مرکه من تسبیب، فلیس شأن القبول إلا مطاوعه التسبیب المزبور، و نفس هذا التسبیب الذی تعلّق به القبول - الذی به یتم سبب الملکیه - موجب لملکیه المشتري للمعوض و البائع للعوض، فالمراد من التملیک الضمنی إن کان بلحاظ أن مال المشتري یکون ملکا للبائع بقبول المشتري الذی هو متمم السبب، فهو بالإضافه إلى مال المشتري و مال البائع علی حد سواء، فلا اختصاص للتملیک الضمنی بالعوض كما هو مورد النقض، و إن کان بملاحظه أن قبوله لا بد من أن یتضمن تملیکا من المشتري تسبیبا، فمرجه إلى استحقاق البائع علی المشتري تملیک ماله، مع أن العوض هو مال المشتري دون عمله، فلا تملیک ضمنی من المشتري بوجه من الوجوه. و دعوی: الفرق بین تملیک البائع و تملیک المشتري، أن البائع یملک ماله بعوض و المشتري یملک ماله عوضا، فهو مباین للتملیک بالعوض، غیر وجهیه، فإنه تملیک ابتدائی لا ضمنی، فلا یتستحق إطلاق الضمنیه علیه. و إن أريد من الضمنیه أن قبوله الإنشائی یتضمن التملیک الحقیقی فی قبالی التملیک الإنشائی مکان قبوله الإنشائی. ففیه: أنه إذا قبل من دون تسبیب إلى تملیک ماله عوضا کان کافیا فی تمامیه السبب المملک للمعوض و العوض. ثم اعلم أن الکلام فی أن البیع بالحمل الشائع یتقوم بتسبیب من طرف و قبول من آخر، فلا نظر هنا إلى أن السبب لا بد من أن یکون من طرف البائع بالإیجاب الإنشائی و القبول بإنشاء مفهوم القبول، حتی ینتقض بمثل بیع السلف، حیث یصح للمشتري أن یقول: «أسلفتک عشره دراهم فی من من الحنطه» و للبائع أن یقول: «قبلت»، فإن التوسع فی

باب السلف فى مقام السبب لا توجب مغايره حقيقه المسبب فى السلف مع غيره، فتدبر.

قلت: گرچه بنا بر این که در صدق بیع تحقق قبول شرط است، تملیک مبیع بدون قبول مشتری محقق نمی شود، اما به نظر می رسد بیع بر این مبنا حقیقت واحده ای باشد که عند التحلیل به دو شیء که یکی فعل است و دیگری قبول باز گردد، نظیر ترکیب انواع جسمانی از صورت و ماده که بنا بر ترکیب اتحادی «صورت» فعلیت است و «ماده» قبول محض. و همان طور که بخش ماده با بخش صورت اشتباه نمی شود، در بیع نیز عمل بایع که نظیر صورت است با عمل مشتری که نظیر ماده است اشتباه نمی شود. (۱)

با روشن شدن این که مراد شیخ از «إنشاء تملیک عین بمال» تملیک فعلی است؛ نه انفعالی، جواب نقض دیگر بر تعریف شیخ که شامل عمل مستأجر در عقد اجاره می شود نیز واضح می گردد؛ زیرا مستأجر گرچه در صورت تملیک عین در مقابل منفعت مثلاً خانه إنشاء تملیک عین بمال می کند ولی این

۱- ملاک تمییز بایع از مشتری به طور مفضل در تنبیه سوم معاطات خواهد آمد.

تملیک، تملیک انفعالی است؛ چون عمل مؤجر چه از حیث تملیک منفعت و چه از حیث تملک ثمن، ایجاب و فعل است و عمل مستأجر چه از حیث تملک منفعت و چه از حیث تملیک ثمن همیشه قبول و انفعال است. بنابراین تعریف شیخ شامل عمل مستأجر نمی شود.

اشکال پنجم (انطباق تعریف بر صلح)

اشاره

پنجمین اشکالی که شیخ مطرح می فرماید این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» شامل صلح بر روی عین [در مقابل مال] هم می شود؛ مثلاً اگر زید کتابش را با عمرو در مقابل هزار تومان مصالحه کند، در واقع کتابش را در مقابل مال تملیک کرده و «إنشاء تملیک عین بمال» بر فعل او صادق است، پس این تعریف طارد اغیار نیست.

چنان که بیان کردیم تلاش برای تعریف دقیق بیع برای آن است که بیع از سایر عقود ممتاز شود؛ چراکه احکامی بر بیع مترتب است که بر سایر عقود مترتب نیست؛ مثلاً خیار مجلس، خیار حیوان، خیار تأخیر، لزوم تقابض در مجلس در بیع نقدین و ... مخصوص بیع است و در صلح و عقود دیگر جاری نمی شود، یا حق شفعه در جایی است که احد الشریکین سهم مشاع خودش را به شخص ثالث بفروشد، اما اگر با او مصالحه کرده یا به نحو دیگری منتقل کرده باشد، شریک دیگر حق شفعه ندارد. کما این که شرط عدم غرر مخصوص بیع یا بعض عقود مثل بیع است، اما در صلح لازم نیست معامله غیر غرری باشد؛ چون مبنای صلح فی الجمله یا بالجمله بر غرر است.

پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال پنجم

به هر حال شیخ قدس سره - (۱) در پاسخ به اشکال پنجم ابتدا می فرماید:

صلح به معنای سازش (۲) و با هم کنار آمدن است و آن چه متصالحین إنشاء می کنند سازش است، به خلاف بیع که به معنای تملیک عین بمال است. بنابراین گر چه ممکن است اثر صلح، تملیک باشد ولی این لازمه ی حقیقت صلح است، حقیقت صلح همان سازش است، به خلاف بیع که حقیقت آن تملیک علی وجه

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۴: و منها: انتفاض طرده بالصلح علی العین بمال، و بالهبه المعوضه. و فیه: أن حقیقه الصلح و لو تعلق بالعین لیس هو التملیک علی وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الأصلي هو التسالم؛ و لذا لا يتعدی بنفسه إلى المال. نعم، هو متضمن للتملیک إذا تعلق بعین، لا أنه نفسه. و الذی يدلک علی هذا: أن الصلح قد يتعلق بالمال عیناً أو منفعه، فیفید التملیک. و قد يتعلق بالانتفاع به فیفید فائده العاریه، و هو مجرد التسلیط و قد يتعلق بالحقوق، فیفید الإسقاط أو الانتقال، و قد يتعلق بتقریر أمر بین المتصالحین كما فی قول أحد الشریکین لصاحبه: «صالحتک علی أن یكون الربح لک و الخسران علیک» فیفید مجرد التقریر. فلو كانت حقیقه الصلح هی عین کل من هذه المفاداه الخمسه لزم کونه مشترکاً لفظیاً، و هو واضح البطلان، فلم یبق إلّا أن یكون مفهومه معنی آخر، و هو التسالم، فیفید فی کل موضع فائده من الفوائد المذكوره بحسب ما یقتضیه متعلقه. فالصلح علی العین بعوض: تسالم علیه، و هو يتضمن التملیک، لا أن مفهوم الصلح فی خصوص هذا المقام و حقیقه هو إنشاء التملیک، و من هنا لم یکن طلبه من الخصم إقراراً، بخلاف طلب التملیک.

۲- حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۶۹: معنی الصلح و الصلوح و الصلاح ما یعبر عنه بالفارسیه (بسازش و سازگاری) فهو أقرب إلى مفهوم الموافقه و الملائمه من المسالمه، فإن السلم و المسالمه بمعنی الخلوص تقریباً، و التسالم هو الخالی عن الآفات و الخالص منها، و السلام من أسمائه الحسنی بمعنی الخالص عن النقائص، و الإسلام إخلاص القلب من الکفر و الشرك، و المسالمه جعل القلب خالیاً عما لا- یوافق غرض الآخر، فالصلح علی أي حال مغایر مفهوم ما مع مفهوم البیع، بل الأمر كذلك وجوداً، فإن ما هو بیع بالحمل الشائع غیر ما هو صلح بالحمل الشائع، و إن كان التسالم علی ملکیه شیء بعوض تفید نتیجه البیع، و هی ملکیه عین بعوض.

المقابله است. به خاطر همین تفاوت معنای صلح و بیع است که ماده ی بیع بنفسه متعدی به عین می شود، مانند «بعتک هذا الكتاب بذاک الثمن» ولی ماده ی صلح با حرف جر متعدی می شود، مانند «صالحتک علی أن یکونَ هذا الكتابُ ملکاً لک قبال أن یکون ذاک المال لی» در حالی که اگر مترادف بودند، یا باید هر دو با حرف جر متعدی می شدند و یا هیچ کدام نیاز به حرف جر نداشت. پس تعریف إنشاء تملیک عین بمال بر صلح منطبق نمی شود.

مرحوم شیخ قدس سره - سپس برای تثبیت این که معنای صلح فقط سازش است و نتیجه ی صلح، خارج از حقیقت صلح است می فرماید: دقت در موارد استعمال صلح این معنا را روشن می کند؛ زیرا:

۱. گاهی متعلق صلح مال است، چه آن مال عین باشد مثلاً کتاب را در مقابل ده هزار تومان مصالحه می کند و چه منفعت باشد؛ مثلاً منفعت خانه را در قبال پنجاه هزار تومان مصالحه می کند. در این صورت نتیجه و فایده ی صلح تملیک است؛ یعنی آن مال را که متعلق صلح است به طرف مقابل تملیک می کند. (۱)

۲. گاهی متعلق صلح انتفاع است؛ مثلاً [جواز] انتفاع از منزل را در قبال پنجاه هزار تومان مصالحه می کند. در این صورت فایده ی صلح تملیک نیست؛ یعنی منفعت را تملیک نمی کند تا بتواند دیگران و حتی خود مالک را منع کند، بلکه مجرد تسلیط است و فایده ی عاریه می دهد؛ چون در عاریه، مستعیر می تواند از عینی که مورد عاریه قرار گرفته انتفاع ببرد بدون آن که عین یا منفعت را مالک شود. به خلاف صورت قبل که منفعت را مالک می شد. (۲)

۱- همان: أن الصلح قد یتعلّق بالمال عیناً أو منفعه، فیفید التملیک.

۲- همان: و قد یتعلّق بالانتفاع به فیفید فائده العاریه، و هو مجرد التسلیط.

۳. گاهی متعلق صلح حقوق است که نتیجه ی آن اسقاط یا انتقال حق است، مثلاً اسقاط حق خیار یا انتقال حق تحجیر خود را در قبال فلان مقدار مصالحه می کند. (۱)

۴. گاهی مصالحه به تقریر و تثبیت امری تعلق می گیرد؛ مثلاً دو نفر که با هم شریک هستند و با هم کار کرده، سود و زیان برده اند، یکی از آن دو به دیگری می گوید: مصالحه کردم با تو به این که سود و زیان هر چه هست مال تو باشد، در مقابل سهم من را از مال مشترک به من برگردان. پس نتیجه ی مصالحه در این صورت تثبیت امری بین المتصالحین است. (۲)

پس صلح گاهی افاده ی تملیک، گاهی افاده ی مجرد تسلیط، گاهی افاده ی اسقاط و نقل و گاهی افاده ی تقریر امر می کند. حال اگر بگوییم: صلح در هر یک از این موارد به معنای نتیجه و فایده ی آن مورد است یعنی در مواردی که افاده ی تملیک می کند به معنای تملیک است و در مواردی که افاده ی تسلیط می کند به معنای تسلیط است و ... لازمه اش آن است که لفظ صلح، مشترک لفظی بین این معانی باشد که وجه مشترکی ندارند، در حالی که این بدیهی البطلان است و صلح چهار معنای متباین ندارد. پس معلوم می شود صلح معنای دیگری دارد و آن سازش است، نهایت آن که گاهی سازش در تملیک است، گاهی سازش در تسلیط بدون تملیک، گاهی سازش بر اسقاط و نقل و گاهی سازش بر تثبیت امری بین متصالحین است.

۱- همان: و قد يتعلّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال.

۲- همان: و قد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: «صالحتك علي أن يكون الربح لك و الخسران عليك» فيفيد مجرد التقرير.

مرحوم شیخ باز برای تثبیت این که حقیقت صلح به معنای سازش است؛ نه تملیک می فرماید: اگر صلح به معنای تملیک باشد لازمه اش آن است که اگر گفت: بیا بر سر این کتاب با هم مصالحه کنیم، به معنای اقرار به مالکیت طرف مقابل نسبت به کتاب باشد؛ زیرا تملیک بدون مالک بودن معنا ندارد، در حالی که واقعیت این طور نیست و طلب مصالحه به معنای سازش نسبت به دعوای مالکیت کتاب است؛ یعنی هر چند کتاب مال تو نیست، ولی بیا با هم سازش کنیم.

پس نتیجه این شد که صلح در موارد تملیک عین به مال، به معنای تملیک نیست بلکه به معنای سازش است که نتیجه ی آن تملیک عین به مال است، لذا تعریف انشاء تملیک عین بمال بر آن منطبق نیست. پس اشکال پنجم بر تعریف شیخ قدس سره - وارد نیست.

بررسی پاسخ شیخ قدس سره -

اصل فرمایش شیخ که صلح عرفاً و لغهً با بیع متفاوت بوده و به معنای سازش است و نیز بیان هایی که برای تثبیت آن ذکر کردند مورد قبول است، فقط این نکته که مرحوم شیخ، اختلاف بیع و صلح در تعدی بنفسه و تعدی به حرف جر را شاهد بر تغایر معنای بیع و صلح گرفتند درست نیست؛ چون ممکن است کسی ادعا کند ماده ی صلح به همراه حرف جر به معنای بیع است؛ یعنی بعث کذا مرادف صالحت علی کذا می باشد. و نظائر آن (۱) حتی در زبان های دیگر یا در زبانی نسبت به زبان دیگر فراوان است؛ مثلاً ترکیب دو واژه ی «have to» در زبان انگلیسی و «ضرورت دارد» در زبان فارسی به معنای «must» و «باید» می باشد. (۲) بنابراین مانعی

۱- مثلاً «الزمک» به معنای «أوجب علیک» می باشد. (امیرخانی)

۲- برای توضیح بیشتر در این موضوع رجوع شود به کتاب ارزشمند فلسفه ی اخلاق حضرت استاد دام ظلّه، ص ۴۱.

ندارد دو کلمه با هم، مرادف یک کلمه در همان زبان یا لغت دیگر باشد.

اشکال ششم (انطباق تعریف بر هبه ی معوضه)

اشاره

ششمین اشکالی که شیخ قدس سره - مطرح می فرماید این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» بر هبه ی معوضه نیز منطبق می شود و از این جهت طارد اغیار نیست.

اصطلاح هبه ی معوضه دو کاربرد دارد:

۱. بعد از این که هبه ای مجاناً و بدون شرط از طرف واهب اتفاق افتاد و متهب قبول کرد، متهب نیز هبه ای به قصد مقابله یا شاید حتی بدون قصد مقابله به واهب بدهد. (۱) اثر هبه ی دوم آن است که هبه ی اول لازم شده و قابل رجوع نمی باشد. (۲)

۲. واهب در ضمن عقد هبه، شرط می کند که متهب چیزی را به عنوان عوض

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص ۱۸۶: و کذا لا رجوع بها إن عوض عنها و لو كان العوض يسيرا بلا خلاف أجدده فيه حتى من المرتضى بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منه مستفیض أو متواتر مضافاً إلى صحیح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام) «إذا عوض صاحب الهبه فليس له أن يرجع». و صحیح عبد الرحمن و عبد الله بن سليمان المتقدم سابقاً، بل ظاهر إطلاق النص و الفتوى عدم الفرق فی العوض بین أن يكون فی نفس العقد أو بعده بأن أطلق فی العقد ثم بذل العوض بعد ذلك. نعم صرح جماعه باعتبار بذله على أنه عوض، و قبول الواهب له على ذلك، إذ هو حينئذ هبه جدیده، و لا يجب علیه قبولها، و لا- بأس به اقتصاراً فی الخروج عن أصل الجواز على المتيقن، و منه يعلم المناقشه فيما فی القواعد و بعض من تأخر عنها، من الاكتفاء بها و لو كان من بعضها، بل المتبادر من المعاوضه هو كون أحد العوضين غير الآخر، و الا لزم صدق المعاوضه بدفعها جميعها إليه، و من المعلوم كون مثله ردا لا معاوضه، كما هو واضح.

۲- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۷، ص ۳۳: عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: إِذَا عُوِّضَ صَاحِبُ الْهَبَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ.

به او بدهد؛ مثلاً می گوید کتابم را به شما می بخشم به شرط آن که شما هم عینکت را به من ببخشی.

مراد مرحوم شیخ از نقض تعریف به هبه ی معوضه، قسم اوّل نیست؛ چون آن چه از جانب واهب در قسم اوّل اتفاق می افتد تملیک عین بمال نیست، بلکه تملیک مجانی است، به خلاف قسم دوم که با شرطی که در ضمن عقد می کند در واقع تملیک عین بمال می کند در نتیجه تعریف بر آن صادق است.

تطبیق تعریف بر هبه ی معوضه در صورتی که شرط عوض در ضمن عقد به نحو شرط نتیجه باشد واضح تر نیز می شود؛ چون شرط اگر به نحو فعل باشد، چه بسا متهب بعد از قبول هبه، به آن شرط عمل نکند زیرا هبه نیاز به إنشاء دارد و بدون إنشاء واقع نمی شود (۱) اما اگر به نحو شرط نتیجه باشد؛ مثلاً بگوید کتابم را به تو هبه کردم به شرط آن که عینک تو مال من باشد، دیگر احتیاج به إنشاء و فعل متهب ندارد، بلکه خود به خود بعد از قبول هبه از طرف متهب، عوض به ملک واهب در می آید؛ چون این طور شرط کرده که عوض ملک واهب شود؛ نه این که متهب آن را تملیک کند.

به هر حال از مجموع چهار صورتی که برای هبه متصور است (۱. هبه ی مجانی بدون عوض ۲. هبه ی مجانی همراه عوض ۳. هبه ی معوضه به نحو شرط فعل ۴. هبه ی معوضه به نحو شرط نتیجه) دو صورت آن (صورت سوم و چهارم) مشمول تعریف إنشاء تملیک عین بمال می شود.

۱- هر چند می توانیم بگوییم با شرط، واهب مالک فعل متهب شده است.

پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال ششم

شیخ - رحمه الله علیه - در پاسخ به این اشکال می فرماید (۱): در تعریف «إنشاء تمليك عين بمال» تمليك عين، علی وجهه المقابله است؛ یعنی عوض در قبال عين قرار می گیرد و مقابله به عوض، داخل در حقیقت عقد است، لذا اگر در ماهیت عقدی، مقابله ی عين به عوض نباشد تعریف بر آن منطبق نیست. به همین جهت در هبه ی معوضه چه به نحو شرط فعل و چه به نحو شرط نتیجه از آن جا که ماهیت آن، تمليك عين علی نحو مقابله با مال نیست و به تعبیر دیگر إنشاء مبادله نیست بلکه إنشاء تمليك مجاني است و شرط خارج از ماهیت آن است، تعریف نمی تواند بر آن منطبق شود.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۱۴: و أمّا الهبه المعوضه و المراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض فليست إنشاء تمليك بعوض علی وجهه المقابله، و إلّا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر مع أنّ ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبه، بل غايه الأمر أنّ المتّهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع في هبته، فالظاهر أنّ التعويض المشترط في الهبه كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تمليکاً مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقيقه المعاوضه و المقابله مقصوده في كلّ من العوضين؛ كما يتّضح ذلك بملاحظه التعويض الغير المشترط في ضمن الهبه الاولى. فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أنّ حقيقه تمليك العين بالعوض ليست إلّا البيع، فلو قال: «ملكك كذا بكذا» كان بيعاً، و لا يصحّ صلحاً و لا هبه معوضه و إن قصدتهما؛ إذ التمليك علی وجهه المقابله الحقيقته ليس صلحاً، و لا هبه، فلا يقعان به. نعم، لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحه توجه تحقّقهما مع قصدهما، فما قيل من أنّ البيع هو الأصل في تمليك الأعيان بالعوض، فيقدّم علی الصلح و الهبه المعوضه، محلّ تأمّل، بل منع؛ لما عرفت من أنّ تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم، لو اتى بلفظ «التمليك بالعوض» و احتمال إرادته غير حقيقته كان [مقتضى] الأصل اللفظي حمله علی المعنى الحقيقى، فيحكم بالبيع، لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدّم، و سيجى ء توضيحه في مسأله المعاطاه في غير البيع إن شاء الله.

توضیح مطلب این که هبه ی معوضه اگر به نحو شرط فعل باشد، واضح است که ماهیت آن مبادله نیست بلکه تملیک عین مجاناً است؛ فقط واهب شرطی را خارج از ماهیت هبه ذکر می کند، ولی از آن جا که آن شرط، ذیل و تابع عقد است، وفای به آن عند العقلاء لازم بوده و نیز مشمول «المؤمنون عند شروطهم» (۱) می باشد. به عبارت دیگر چون شرط است، انجام آن لازم است؛ نه این که چون مقابل آن عینی که واهب تملیک کرده قرار دارد باید متهب نیز تملیک کند؛ زیرا شرط ممکن است ربطی به واهب نداشته باشد؛ مثلاً بگوید: کتاب را هبه می کنم به شرطی که نماز صبحت را بخوانی، که اگر بیع یا اجاره بود اکل مال در مقابل آن، اکل مال به باطل بود.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۷، ص ۳۷۱: عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ عَنْهُ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَيْفَوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورِ بْنِ بُرْزَجٍ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: قُلْتُ إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ يَدَا لَهُ فِي التَّرْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَضِيعُ قَالَ بِنَسِّ مَا صَنَعَ وَمَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلَيْفَ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ۹ قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. • الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص ۴۰۴: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَرِيعٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ بُرْزَجٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَأَنَا قَائِمٌ جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاكَ إِنَّ شَرِيكَاً لِي كَانَتْ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ فَطَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ مُرَاجَعَتَهَا وَقَالَتِ الْمَرْأَةُ لِمَا وَاللَّهِ لِمَا أَتَزَوَّجُكَ أَبِداً حَتَّى تَجْعَلَ لِلَّهِ لِي عَلَيْكَ أَلَّا تُطَلِّقَنِي وَلَا تَزَوَّجَ عَلَيَّ قَالَ وَفَعَلَ قُلْتُ نَعَمْ قَدْ فَعَلَ جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاكَ قَالَ بِنَسِّ مَا صَنَعَ وَمَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا وَقَعُ فِي قَلْبِهِ فِي جَوْفِ اللَّيْلِ أَوْ النَّهَارِ ثُمَّ قَالَ لَهُ أَمَا الْآنَ فَقُلْ لَهُ فَلَيْفَ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ۹ قَالَ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ قُلْتُ جَعَلْتُ فِدَاكَ إِنَّي أَشْكُ فِي حَرْفٍ فَقَالَ هُوَ عِمْرَانُ يَمُرُّ بِكَ أَلَيْسَ هُوَ مَعَكَ بِالْمَدِينَةِ فَقُلْتُ بَلَى قَالَ فَقُلْ لَهُ فَلَيْفَ كُتِبَتْهَا وَلَيْبَعَثَ بِهَا إِلَيَّ فَجَاءَنَا عِمْرَانُ بَعْدَ ذَلِكَ فَكُتِبَتْهَا لَهُ وَ لَمْ يَكُنْ فِيهَا زِيَادَةٌ وَ لَمَّا نَفَصْنَا أَنْ فَرَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَقِينِي فِي سُوقِ الْحَنَاطِينَ فَحَيَّكَ مَنْكِبُهُ بِمَنْكِبِي فَقَالَ يُقْرئُكَ السَّلَامَ وَ يَقُولُ لَكَ قُلْ لِلرَّجُلِ يَفِي بِشَرْطِ.

بنابراین شرط چون عوض تملیک واهب نیست، به مجرد این که واهب تملیک کرد متهب مالک هبه می شود، هر چند هنوز شرط را انجام نداده یا حتی تصمیم دارد انجام ندهد. بلکه اگر متهب به شرط عمل نکرد عقد لازم نیست و واهب می تواند رجوع کند. به خلاف بیع که نقل و انتقال مبیع و ثمن در یک مرتبه محقق می شود و قابل تفکیک از لحاظ مرتبه نیست؛ چه رسد به این که زمان شان متفاوت باشد.

همچنین در هبه ی معوضه به نحو شرط نتیجه که به مجرد تملیک واهب، عوض نیز به ملک واهب در می آید و تملیک و تملک واهب هر دو در یک رتبه محقق می شود گرچه مسأله کمی مشکل تر است و شیخ قدس سره - این صورت را مطرح نکرده، ولی به نظر می آید این جا نیز همان جواب شیخ - رحمه الله علیه - برای دفع اشکال کافست؛ زیرا واهب که کتاب را به متهب می بخشد مجاناً می بخشد و نمی خواهد عوض در مقابل کتاب قرار دهد و غرضش انشاء مبادله نیست، بلکه انشاء تملیک مجانی است، فقط شرطی را مثل صورت قبل که خارج از حاق عقد است به نحو شرط نتیجه قرار می دهد. پس گرچه هم زمان و در یک رتبه نقل و انتقال رخ می دهد، ولی انتقال مال از متهب به واهب، انتقال به خود عقد نیست بلکه انتقال به شرط است. بنابراین ماهیت عقد هبه تملیک مجانی است و اگر مالی در مقابل قرار می گیرد خارج از ماهیت آن است، به خلاف «انشاء تملیک عین بمال» که بیان می کند خود عقد به نحو معاوضه است. بنابراین تعریف «انشاء تملیک عین بمال» بر هبه ی معوضه چه به نحو شرط فعل و چه به نحو شرط نتیجه منطبق نمی شود.

اشکال هفتم (انطباق تعریف بر قرض)**اشاره**

اشکال دیگری که شیخ قدس سره - مطرح می فرماید (۱) این است که تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» بر «قرض» نیز منطبق می شود؛ زیرا قرض به معنای تملیک به ضمان (مثل یا قیمت) است. پس قرض، هم مشتمل بر تملیک است و هم عوض که مثل یا قیمت باشد، لذا تعریف مذکور از این جهت طارد اغیار نیست.

پاسخ شیخ قدس سره - به اشکال هفتم

شیخ قدس سره - در پاسخ به این اشکال می فرماید: در تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» بقاء در «بمال» بقاء مقابله و معاوضه است؛ یعنی تملیک در مقابل مال است، در حالی که در قرض مقابله و معاوضه نیست؛ یعنی مُقرض در مقابل تملیکی که انجام می دهد چیزی قرار نمی دهد. بلکه ضمان در حاقّ قرض موجود است، ولی ضمان به عنوان عوض برای تملیک عین نیست.

شواهد شیخ قدس سره - بر معاوضه نبودن قرض**اشاره**

مرحوم شیخ سپس چهار شاهد بر این که قرض معاوضه نیست ذکر می کند:

و لذا لا یجری فیہ ربا المعاوضه، و لا الغرر المنفی فیها، و لا ذکر العوض، و لا العلم به، فتأمل.

یعنی به خاطر معاوضه نبودن قرض است که ربای معاوضی در آن نیست،

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۵: بقی القرض داخلاً فی ظاهر الحدّ، و یمكن إخراجہ بأنّ مفہومہ لیس نفس المعاوضه، بل هو تملیک علی وجه ضمان المثل أو القیمه، لا معاوضه للعین بهما؛ و لذا لا یجری فیہ ربا المعاوضه، و لا الغرر المنفی فیها، و لا ذکر العوض، و لا العلم به، فتأمل.

احکام معاوضه ی غرری بر آن مترتب نیست و ذکر عوض و نیز علم به عوض در آن لازم نیست.

شاهد اول: عدم جریان ربای معاوضی در قرض

ربای حرام دو قسم است؛ ربای معاوضی و ربای قرضی.

ربای معاوضی آن است که در معاوضه ی مکیل و موزون به هم جنس خود، یکی از دو طرف معاوضه مشتمل بر زیاده باشد. مثلاً یک کیلو گندم را در مقابل دو کیلو گندم معاوضه کند؛ چه آن یک کیلو گندم از لحاظ کیفیت مرغوب تر و قیمتش مضاعف باشد و چه نباشد، در هر صورت ربا و حرام است. فقط در صورتی که سر به سر معاوضه شوند ربا نیست؛ یعنی یک کیلو گندم در مقابل یک کیلو گندم.

پس موضوع ربای معاوضی مکیل و موزون است که با هم جنس خود معاوضه شود. اجناسی که اصل آن واحد است نیز ملحق به جنس واحد است؛ مثلاً ماست و پنیر، ماست با روغن حیوانی، ماست و شیر و ... از آن جا که اصل همه ی آن ها شیر است یک جنس محسوب می شوند، لذا اگر یک کیلو شیر با نهصد گرم ماست یا نیم کیلو پنیر معاوضه شود ربا بوده و حرام است. هم چنین چیزهایی که تعبداً یا به اخبار شارع اصلشان واحد است ملحق به جنس واحد است (۱)؛ مانند

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۸۷: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ عُمَيْرٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ قَالَ: لَا يُبَاعُ مَخْتُومَانِ مِنْ شَعِيرٍ بِمَخْتُومٍ مِنْ حِنْطَةٍ وَلَا يُبَاعُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَ التَّمْرُ مِثْلُ ذَلِكَ قَالَ وَ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْحِنْطَةَ فَلَا يَجِدُ عِنْدَ صَاحِبِهَا إِلَّا شَعِيرًا أَوْ يَصِلُحُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ قَالَ لَا إِنَّمَا أَضِيَهُمَا وَاحِدٌ وَ كَانَ عَلِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ - يُعَدُّ الشَّعِيرَ بِالْحِنْطَةِ. • همان: أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ وَ غَيْرِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: الْحِنْطَةُ وَ الشَّعِيرُ رَأْسًا بِرَأْسٍ لَا يُزَادُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ. • همان، ص ۱۸۸: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عِدَّةٍ مِنْ أَضْيَحَانِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصِيرٍ عَنْ أَبَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَيْجُوزُ قَفِيرٌ مِنْ حِنْطَةٍ بِقَفِيرَيْنِ مِنْ شَعِيرٍ؟ فَقَالَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ثُمَّ قَالَ إِنَّ الشَّعِيرَ مِنَ الْحِنْطَةِ.

گندم و جو که یک جنس محسوب می شوند، لذا اگر یک کیلو گندم با دو کیلو جو معاوضه شود ربا می باشد؛ چه قیمت جو ارزان تر باشد و چه نباشد. بله اگر هر کدام جداگانه به قیمت متفاوت معامله شود اشکالی ندارد، مثلاً اگر یک کیلو شیر را به قیمت سه هزار تومان بفروشد و نیم کیلو پنیر را به قیمت پنج هزار تومان بخرد مانعی ندارد، اما اگر جنس به جنس معامله شود باید سر به سر باشد.

یکی دیگر از تفاضل هایی که ممکن است در ربای معاوضی اتفاق بیافتد این است که یکی نقد باشد و دیگری نسیه؛ مثلاً یک کیلو گندم ردیء بدهد و شش ماه دیگر یک کیلو گندم جید تحویل بگیرد که این هم زیاده ی حکمی بوده و ربا و حرام است؛ چون للأجل قسط من الثمن (١).

١- مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ١٣، ص ٧١٧: و أمّا إسلاف الأثمان فی الأعواض فموضع نصّ و اتفاق. و أمّا عدم جواز إسلاف الأثمان فی الأثمان فقد نصّ علیه أيضا فی الكتب الأربعة المتقدّمه و غيرها، لأنّ التقابض قبل التفزق شرط و هو مناف للأجل، و مع ذلك الزیاده الحکمیة الحاصله باعتبار الأجل موجب للربا فیما إذا تماثل العوضان، إذ للأجل قسط من الثمن. • جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ٢٣، ص ٣٤٠: و أمّا إذا كانت الزیاده حکمیة، كالأجل فلا خلاف محقق معتد به فی عدم الجواز ف لا يجوز حیثئذ إسلاف أحدهما فی الآخر، لكن قال المصنف هنا علی الأظهر و لعله أشار به إلى ما حکاه فی المختلف عن الخلاف من کراهه بیع المتجانسین متماثلا نسیئته، و المبسوط من أن الأحوط أن یکون یدایبید. و فی الدروس «إنه أول کلامه، بإرادته التحريم لأن المسأله إجماعیه» قلت: لأنه نفسه منع من بیع الثیاب بالثیاب و حیوان بالحووان نسیئته، فضلا عما نحن فیہ، فمثله حیثئذ لا یعد خلافا بعد الإجماع بقسمیه، و ظهور النصوص فی تحقق الربا بذلك، بل ستعرف القول بتحقیقه بذلك مع اختلاف الجنس، فضلا عن متحده.

در این که حکمت حرمت ربای معاوضی چیست تحلیل هایی را می توان ارائه کرد، از جمله این که بگوییم شاید شارع خواسته که اقتصاد با واسطه ی پول در جریان باشد و به نحو کالا به کالا نباشد.

ربای قرضی آن است که در قرضی که به دیگری می دهد شرط اضافه کند؛ مثلاً صد هزار تومان قرض می دهد به شرطی که یک ماه دیگر صد و بیست هزار تومان به او برگرداند. شرط اضافه در قرض بآئی نحو حتی به اندازه ی عاریه ی متاع یا رکوب دابه حرام است. در صحیحہ ی محمد بن قیس تصریح می فرماید:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ يُوسُفَ بْنِ عَقِيلٍ (۱) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ (۲) عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: مَنْ أَقْرَضَ رَجُلًا وَرِقًا (۳) فَلَا

۱- رجال النجاشی، ص ۴۵۲: یوسف بن عقیل البجلی کوفی ثقه قلیل الحدیث یقول القمیون إن له کتابا و عندی أن الکتاب لمحمد بن قیس. أخبرنا أبو الحسن بن الجندی قال: حدثنا محمد بن همام قال: حدثنا علی بن الحسین الهمدانی قال: حدثنا محمد بن خالد البرقی عن یوسف.

۲- رجال النجاشی، ص ۳۲۳: محمد بن قیس أبو عبد الله البجلی ثقه عین کوفی روی عن أبی جعفر و أبی عبد الله ۸. له کتاب القضايا المعروف رواه عنه عاصم بن حمید الحناط و یوسف بن عقیل و عبید ابنه. أخبرنا أحمد بن عبد الواحد قال حدثنا علی بن محمد القرشی قال: حدثنا علی بن الحسن بن فضال عن عبد الرحمن بن أبی نجران عن عاصم عن محمد بن قیس. أخبرنا أبو الحسن أحمد بن محمد بن موسی قال: حدثنا أبو علی بن همام قال: حدثنا العباس بن محمد بن الحسین عن أبیه عن عبد الرحمن بن أبی نجران عن عاصم عنه.

۳- ورق به معنای پول نقره ای می باشد. در آیه ی شریفه می فرماید: (وَ كَذَلِكَ بَعَثْنَاهُمْ لِيَتَسَاءَلُوا بَيْنَهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ كَمْ لَبِئْتُمْ قَالُوا لَبِئْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِئْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَ لِيَتَلَطَّفْ وَ لَا يُشْجِرَنَّ بَكُمْ أَحَدًا) (سوره ی مبارکه ی كهف، آیه ی ۱۹) • المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۶۵۵: الْوَرِقُ: بِكَسْرِ الرَّاءِ وَ الْإِسْكَانِ لِلتَّخْفِيفِ النَّقْرَةُ الْمَضْرُوبَةُ وَ مِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ النَّقْرَةُ مَضْرُوبَةٌ كَأَنْتَ أَوْ غَيْرَ مَضْرُوبَةٍ قَالَ الْفَارَابِيُّ (الْوَرِقُ) الْمَالُ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَ يَجْمَعُ عَلَى (أُورَاقٍ) وَ (الرَّقَّة) مِثْلُ عَدِهِ مِثْلُ (الْوَرِقِ).

يَشْتَرِطُ إِلَّا مِثْلَهَا فَإِنْ جُوزِيَ أَجُودَ مِنْهَا فَلْيَقْبَلْ وَلَا يَأْخُذْ أَحَدٌ مِنْكُمْ رُكُوبَ دَابَّةٍ أَوْ عَارِيَةَ مَتَاعٍ يَشْتَرِطُهُ مِنْ أَجْلِ قَرْضٍ وَرِقَةٍ. (۱)

محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام - نقل می کند که فرمودند: کسی که به دیگری درهمی قرض می دهد، چیزی مگر مثل آن را شرط نکند، اگر [بدون شرط] بهتر از آن به او داده شد قبول کند و کسی از شما رکوب دابه یا عاریه ی متاع را به خاطر قرض درهمش شرط نکند.

پس اگر مقترض بدون این که شرط شده باشد بهتر از قرض را تحویل داد، قبول آن برای مقرض مانعی ندارد، ولی اگر زیاده ای را به خاطر قرض شرط کند جایز نیست و ربا محسوب می شود؛ به همین خاطر ما از عبارت «يَشْتَرِطُهُ مِنْ أَجْلِ قَرْضٍ وَرِقَةٍ» استفاده کردیم که دریافت کارمزد عیبی ندارد؛ زیرا شرط در صورتی که مِنْ أَجْلِ قَرْضٍ وَرِقَةٍ باشد جایز نیست، اما اگر شرط به خاطر ارائه ی خدمت دیگری غیر از قرض باشد گرچه به نوعی مربوط به قرض باشد روایت شامل آن نمی شود و به خاطر عمومات می توانیم بگوییم اشکالی ندارد، هر چند بعضی گفته اند روایت از هر جهت اطلاق دارد و اشتراط دریافت کارمزد نیز جایز نیست.

همچنین از روایت استفاده نمی شود اگر مقترض به نفع خود شرط زیاده کند؛ مثلاً بگوید به شرطی پولت را به عنوان قرض قبول می کنم که به مدت یک سال

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب التجاره، ابواب الدین و القرض، باب ۱۹، ح ۱۱، ص ۳۵۷ و تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۰۳.

منزلت را برای سکونت در اختیار من بگذاری(۱) و مقرض قبول کند، چنین قرضی حرام باشد؛ زیرا روایت فرمود: «مَنْ أَقْرَضَ رَجُلًا وَرِقًا فَلَمَّا يَشْتَرِطُ إِلَّا مِثْلَهَا» یعنی مُقْرِضٌ نباید شرط زیاده به نفع خود کند، اما اگر مقترض شرط زیاده به نفع خود کند مشمول روایت نبوده و تحت عمومات باقی است و مشکلی ندارد.

به خاطر این فرق بین ربای معاوضی و ربای قرضی است که مرحوم شیخ می فرماید: «و لَذَا لَا يَجْرِي فِيهِ رِبَا الْمَعَاوِضَةِ»؛ در قرض احکام ربای معاوضی جاری نیست؛ زیرا در قرض اگر مقترض شرط زیاده به نفع خود کند مثلاً بگوید به شرطی این صد کیلو گندم را به عنوان قرض قبول می کنم که ده هزار تومان به من بدهی قرض صحیح بوده و حرام نیست، در حالی که اگر قرض معاوضه بود اخذ زیاده در مکیل و موزون جایز نبود؛ زیرا در معاوضه ی جنس به جنس مکیل و موزون، در هیچ صورتی اخذ زیاده جایز نیست.

علاوه آن که در معاوضه ی جنس به جنس مکیل و موزون، زیاده ی حکمی نیز جایز نیست؛ یعنی یک طرف نمی تواند زمان دار باشد و باید ید به ید باشد، در حالی که اساس قرض بر زیاده ی حکمی است؛ زیرا در قرض، مقترض جنس را نقداً می گیرد و بعد از مدت معینی پس می دهد، پس مقترض دارای زیاده ی حکمی است.(۲)

۱- ممکن است شرایطی برای کسی حاصل شود که نتواند مالش را نزد خود نگه دارد، به همین خاطر دوست دارد به شخص متدین قابل اعتمادی قرض دهد تا در وقت مقتضی مثل یا قیمت آن را پس دهد، مقترض می تواند شرط کند در صورتی قرض قبول می کند که مثلاً از منفعت منزل مقرض استفاده کند.

۲- البته بعضی حواشی مکاسب، فرق های دیگری برای ربای قرضی و ربای معاوضی ذکر کرده اند که با عبارت شیخ چندان سازگاری ندارد. • حاشیه المكاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۱: أقول یعنی لا يشترط في تحقّق الرّبا فيه ما يعتبر في تحقّقه في سائر المعاوضات من اعتبار كون العوضين من جنس واحد و اشتراط كونهما من المكييل و الموزون بل يحرم فيه الزّيادة مطلقاً و إن لم يكونا من جنس كما في قرض القيميات و كذا إن كان معدوداً أيضاً هذا و لكن يمكن أن يمنع دلالة ذلك على عدم كونه معاوضه و إن كان أصل المطلب حقاً لوضوح أنّ القرض تمليك بالضمّ مان لا- بعوض و ذلك لإمكان اختصاص بعض المعاوضات بسعه دائرة الرّبا فيه لدليل خاصّ فتدبر.

تفاوت حکم قرض با معاوضه در ربا آیت آن است که قرض اصلاً معاوضه نیست.

شاهد دوم: جواز غرر در قرض

غرر (۱) به معنای خطر (۲) ناشی از جهالت است؛ مثلاً- بایع بگوید آن چه در جیب من است به ده میلیون فروختم، و مشتری بدون آن که بداند چیست بگوید خریدم.

غرر در بیع و بنا بر احتمالی در تمام معاملات مبنی بر تحفظ از غبن یا حداقل در بیع و اجاره جایز نیست، اما در قرض مانعی ندارد (۳)؛ چون در حقیقت خطری

۱- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۷، ص ۳۰۰: وَ غَرَّرَ بِنَفْسِهِ وَ كَذَلِكَ بِالْمَالِ تَغْرِيراً وَ تَغَرَّةً، كَتَحَلَّهُ وَ تَعَلَّهُ: عَرَّضَ بِهَا لِلْهَلَاكِهٖ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْرِفَ، وَ الْأَسْمُ الْغَرَّرُ، مُحَرَّكَةً، وَ هُوَ الْخَطَرُ، وَ مِنْهُ الْحَدِيثُ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ» وَ هُوَ مِثْلُ بَيْعِ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ، وَ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ. وَ قِيلَ: هُوَ مَا كَانَ لَهُ ظَاهِرٌ يُغَرَّرُ الْمُشْتَرِي، وَ بَاطِنٌ مَجْهُولٌ. وَ قِيلَ: هُوَ أَنْ يَكُونَ عَلَى غَيْرِ عَهْدِهِ وَ لَا- تَقَهٗ. قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: وَ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْغَرْرِ الْبَيْعُ الْمَجْهُولُهُ الَّتِي لَا يُحِيطُ بِكُنْهَافِهَا الْمُتَبَايِعَانِ حَتَّى تَكُونَ مَعْلُومَةً.

۲- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج ۱، ص ۱۷۳: الْخَطَرُ: الْإِشْرَافُ عَلَى الْهَلَاكِهٖ وَ خَوْفُ التَّلْفِ. وَ (الْخَطَرُ) السَّبْقُ الَّذِي يُتْرَاهُنْ عَلَيْهِ وَ الْجَمْعُ (أَخْطَرًا) مِثْلُ سَيْبٍ وَ أَسْبَابٍ وَ (أَخْطَرْتُ) الْمَالَ (إِخْطَارًا) جَعَلْتُهُ (خَطَرًا) بَيْنَ الْمُتْرَاهِنِينَ وَ بَادِيَةً (مُخْطِرَةً) كَأَنَّهَا (أَخْطَرَتْ) الْمُسَافِرَ فَجَعَلْتُهُ (خَطَرًا) بَيْنَ السَّلَامَةِ وَ التَّلْفِ وَ (خَاطَرْتُهُ) عَلَى مَالٍ مِثْلُ زَاهِنْتُهُ عَلَيْهِ وَ زَنًا وَ مَعْنَى. وَ (خَاطَرَ) بِنَفْسِهِ فَعَلَ مَا يَكُونُ الْخَوْفُ فِيهِ أَغْلَبَ.

۳- هر چند بعضی در قرض نیز قائلند نباید غرر باشد. • نهج الفقاهه، ص ۱۷: فان دليل نفي الغرر و ان كان الظاهر اختصاصه بالبيع و هو قوله عليه السلام -: نهى النبي ۹ عن بيع الغرر، إلا- أن المعروف بينهم عمومهم لمطلق المعاوضات، و مع ذلك فالمحكي عن تصريح بعض و ظاهر آخرين عدم قدح الغرر في القرض. اللهم إلا أن يقال: المصرح به أيضا في كلام جماعه قدحه فيه، و تصريح بعض بخلافه كتصريح بعض بذلك في المعاوضات «و بالجمله»: قدح الغرر في القرض كقدحه في المعاوضات محل اشكال، و لكن المعروف بينهم ذلك فراجع. نعم في القيمي ظاهرهم جواز قرضه مع عدم العلم بقيمته وقت القرض مع بنائهم على ثبوت قيمه في الذمه عندهم.

نیست و مقتضی با دریافت آن دچار خطر ضرر نمی شود، فقط ضامن مثل یا قیمت آن است؛ یعنی هر چه باشد همان را به مقرض برمی گرداند، کما این که مقرض هم گرفتار خطر ضرر نمی شود، به خلاف بیع و سایر معاملات که خطر است؛ زیرا ممکن است مثلاً ارزش آن چه در جیب باع است صد تومان باشد؛ نه ده میلیون. پس این که غرر در قرض جایز است شاهد بر آن است که معاوضه نیست.

شاهد سوم: عدم لزوم ذکر عوض در قرض

یکی دیگر از شواهدی که شیخ برای عدم معاوضه بودن قرض ذکر می کند آن است که ذکر عوض در استقراض لازم نیست، در حالی که اگر معاوضه بود ذکر عوض لازم بود؛ چون معاوضه یعنی مبادله ی عوض و معوض.

شاهد چهارم: عدم لزوم علم به عوض

در قرض علم به عوض تعییناً لازم نیست، به خلاف معاوضات که علم به عوض همانند علم به مبیع لازم است.

مرحوم شیخ بعد از ذکر این چهار شاهد می فرماید «فتأمل».

شاید مرادشان این است که چون قرض به معنای برگرداندن مثل یا قیمت است، پس ذکر عوض شده و علم به عوض حاصل است و غرر هم منتفی است.

اشکال محقق ایروانی بر پاسخ شیخ قدس سرهما -

محقق ایروانی قدس سره - از محشّین مدقّق مکاسب که مطالبش را بدون تعقید و با قلم

روان بیان می کند اشکالی (۱) بر پاسخ جناب شیخ که قرض «تملیک علی وجه الضمان» است؛ نه معاوضه مطرح کرده که این پاسخ یا تغییر عبارت است و در حقیقت تملیک علی وجه الضمان، چیزی جز همان إنشاء تملیک عین بمالِ إفاده نمی کند یا آن که تعبیر تملیک علی وجه الضمان کلام نامعقولی است.

توضیح مطلب این که اگر مراد از تعریف قرض به «تملیک علی وجه الضمان» آن باشد که تملیک به نحو مقابله است و ضمان، مقابل این تملیک است به گونه ای که عوض در ذمه ی مقترض قرار می گیرد، این در حقیقت همان تملیک عین بمال است و تعویض لفظ، تغییری در حقیقت و ماهیت آن ایجاد نکرده است. و یا آن که مراد از تملیک علی وجه الضمان تملیک مجانی است، فقط شرط شده که ذمه ی مقترض به حکم شرع مشغول به ضمان (مثل یا قیمت) باشد، که کلام نامعقولی است؛ زیرا معنا ندارد کسی مجاناً چیزی را مالک شود و در عین حال ذمه اش نسبت به آن شیء مشغول باشد! خصوصاً اگر عین آن هنوز باقی باشد، مجانی بودن با ضمان سازگاری ندارد و نامعقول است.

بنابراین تعریف جناب شیخ منطبق بر قرض نیز می شود و تعریف مذکور مانع اغیار نیست.

۱- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۴: قد تقدّم بیان حقیقه القرض و أنه عبارة عن تملیک العین و تأمین المالیّه و أمّا ما أفاده المصنّف فی الفرق بینة و بین المعاوضه فإمّا هو مجرد تغییر للعبارة مع کون واقعه هو المعاوضه أو هو غیر معقول فإنّ التملیک علی وجه ضمان المثل أو القیمه إن کان بمعنی المقابله علی أن یکون تملیکا بإزاء عوض فی الذّمه فذلک هو الأوّل فإنّه تملیک بعوض فی الذّمه و إن کان لا بمعنی المقابله بل کان التملیک مجّانیا و قد اشترط فی تملیکه أن تكون الذّمه مشغوله بحکم الشّارع کما تكون مشغوله فی موارد الضّمّانات فذاک هو الثّانی فإنه لا یعقل أن یکون الشخص ضامنا لملک نفسه لا سیما مع قیام عینه فتكون العین له و ممّا ملکها مجّانا و مع ذلک یکون ضامنا لها علی أن یؤدّی العوض للغير.

نقد کلام محقق ایروانی قدس سره -

اشکال محقق ایروانی قدس سره - به روشنی قابل دفع است؛ چون قرض نه تملیک بالعوض (معاوضه) است و نه تملیک مجانی، بلکه تملیک با جبران خسارت است؛ زیرا:

در معاوضه، معاوضه کننده می خواهد معوض را از ملکیت خود خارج کند تا عوض را در مقابل آن تصاحب کند و چه بسا آن عوض از لحاظ مالیت بیشتر یا کمتر از معوض باشد، مساوی هم باشد باز تفاوتی بین معوض و عوض وجود دارد؛ چون اگر عوض و معوض دقیقاً مثل هم باشند در ید به ید، بیع [معاوضه] صادق نیست، اگر هم یکی نسبه باشد جای تأمل دارد و بعضی گفته اند صادق نیست.

ولی در قرض، مقرض نمی خواهد مال را از ملکیت خود خارج کند و با چیز دیگری معاوضه و تبدیل کند، بلکه چون مقرض به حسب معمول به آن نیاز دارد هر چند نیاز مقرض شرط لازم در قرض نیست مقرض از مال خود غمض عین کرده و به ملک مقرض در می آورد، ولی این طور نیست که این تملیک مجانی باشد یا علی وجه المعاوضه باشد، بلکه تملیک می کند که بعد از أجل مقرر یا مطالبه ی مقرض، اگر عین باقی بود عین را برگرداند و اگر عین باقی نبود مثل آن و اگر مثل نبود قیمت آن را به مقرض برگرداند.

پس در قرض، مقرض به خاطر تصاحب مثل یا قیمت، عین را تملیک نمی کند، لذا اگر موقع پس دادن، عین باقی بود و مقرض عین را پس داد مقرض نمی تواند مقرض را ملزم کند به جای عین، مثل یا قیمت آن را بپردازد. گرچه بعضی احتمال داده یا شاید فتوا داده باشند که مقرض می تواند عین را قبول نکند و مثل یا قیمت را مطالبه کند، ولی این صحیح نیست؛ زیرا اگر آن عین، مثلی باشد مثل می دهد چون مراد از مثل، جامع بین عین و سایر امثال است و اگر قیمی باشد، پرداخت قیمت در صورتی لازم است که ارجاع عین ممکن نباشد.

و فرضاً اگر مقرض بتواند با وجود عین، مقرض را ملزم به پرداخت مثل یا قیمت کند، باز این از باب عوض نیست، بلکه از باب جبران خسارت است؛ یعنی مقرض مالش را تملیک کرد با جبران خسارت از طرف مقرض، که اگر مثلی بود به مثل و اگر قیمی بود به قیمت جبران کند و این مانند آن است که اگر کسی مال دیگری را اتلاف کرد باید مثل یا قیمت آن را بپردازد، پس همان طور که ضمان اتلاف، عوض محسوب نمی شود و معاوضه صادق نیست، ضمان قرض نیز عوض نیست و معاوضه صدق نمی کند.

پس تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» شامل قرض نمی شود؛ زیرا در تعریف مذکور، مقابله و معاوضه به نص خود شیخ قدس سره - و به دلالت «باء» مأخوذ است، برخلاف تملیک قرضی که مقابله و معاوضه نیست، بلکه تملیک است با جبران خسارت.

اشتباه مصادیق قرض در تعاملات بانکی

تعریف قرض همان طور که بیان شد «التملیک علی وجه الضمان» می باشد، هر چند که ما تبصره ای به این تعریف در جای خود خواهیم داشت.

عدم دقت در تعریف قرض باعث شده کثیری که از آنان توقع نمی رود، در تعاملات بانکی دچار اشتباه شوند و مواردی را که تعریف قرض بر آن صادق است با عقود دیگر اشتباه بگیرند؛ مثلاً پولی را که در بانک گذاشته می شود اطلاق ودیعه و امانت بر آن می کنند، در حالی که حد قرض بر آن صادق است؛ چون سپرده گذار با این قصد پول را در بانک می گذارد که بانک در آن تصرف مالکانه کند و هر وقت مطالبه کرد، بانک مثل آن را به او بازگرداند و اراده نمی کند بانک عین آن پول را به او برگرداند، لذا تعریف التملیک علی وجه الضمان بر آن منطبق است، ولی در ودیعه و امانت، امانت دار حق هیچ تصرفی ندارد و باید عین آن را

به ودیعه گذار بازگرداند، مانند ودیعه گذاشتن طلا در بانک که بانک در آن تصرف نمی کند و عین آن را برمی گرداند.

یا حساب جاری را می گویند قرض نیست، در حالی که حساب جاری معمولاً به نحو تملیک علی وجه الضمان است و هیچ کس اراده نمی کند عین همان پولی را که در بانک گذاشته، بانک به او برگرداند.

بله، در مواردی که برای سرمایه گذاری پول در بانک می گذارد حساب دیگری دارد که با بعضی وکالت ها، بسیاری از امور آن را تصحیح می کنند.

اشکالات دیگر تعریف شیخ از محقق ایروانی قدس سرهما -

اشاره

بعد از بررسی اشکالاتی که خود مرحوم شیخ بر تعریفشان از بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» وارد و دفع کردند، برای کامل شدن بحث، تعدادی از اشکالاتی که بعض اعلام از جمله محقق ایروانی، محقق اصفهانی، مرحوم امام و ... رضوان الله تعالی علیهم بر تعریف شیخ قدس سره - وارد کرده اند مطرح کرده و بررسی می کنیم.

محقق ایروانی قدس سره - با اُردأ التعاریف و اُزیف (۱) التعاریف خواندن تعریف شیخ قدس سره - اشکالات (۲) متعددی بر تعریف مذکور وارد می کند، از جمله:

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۱، ص ۲۶۱: زَافَتْ: الدَّرَاهِمُ (تَزِيفٌ) (زَيْفًا) مِنْ بَابِ سَارَ رَدُّوَتْ ثُمَّ وَصِفَ بِالْمُضِيِّ دَرِ قَيْلٍ دِرْهَمٌ (زَيْفٌ) وَ جُمِعَ عَلَى مَعْنَى الْأَشِيمِيَّةِ فَقِيلَ (زُيُوفٌ) مِثْلُ فُلُسٍ وَ فُلُوسٍ وَ رُبَّمَا قِيلَ (زَائِفٌ) عَلَى الْأَصِيلِ وَ دَرَاهِمٌ (زَيْفٌ) مِثْلُ رَاكِعٍ وَ رُكَّعٍ وَ (زَيْفَتُهَا) (تَزِيفًا) أَظْهَرَتْ (زَيْفَتُهَا) قَالَ بَعْضُهُمْ الزُّيُوفُ هِيَ الْمُطَيَّبَةُ بِالزُّبُقِ الْمَعْقُودِ بِمُزَاوَجِهِ الْكُبْرِيَّةِ وَ كَانَتْ مَعْرُوفَةً قَبْلَ زَمَانِنَا وَ قَدَرُهَا مِثْلُ سِنَجِ الْمِيزَانِ.

۲- حاشیه مکاسب (لایروانی)، ج ۱، ص ۷۴: هذا اُردأ التعاریف فإنه مضافا إلى توجه إشكال عدم قبوله للإنشاء يتجه عليه: أولا- أن البيع ليس من مقوله الإنشاء بل معامله واقعيه تحصل بالإنشاء. و ثانيا أنه يشمل إنشاء العاين و اللأغى و إنشاء الإيجاب غير المتعقب بالقبول مع أن شيئا من ذلك ليس بيعا بل إنشاء للبيع. و ثالثا العين تشمل الأعيان المتمولة و غير المتمولة كالخنافس و الديدان. و رابعا يشمل الإنشاء الصريح و الضمني مع أن مقصوده الإنشاء الصريح كيلا يشمل القبول من المشتري و لا- يشمل قبول مستأجر العين و لا يشمل الصِّلح. و خامسا يلزم تعلق الجار في التعريف بالعين أو بصفه مقدره لها حتى يكون تقدير الكلام إنشاء تمليك عين مقابل المال مع أن ظاهره التعلق بالتمليك فإذا تعلق بالتمليك انطبق التعريف على الهبه إذ كان العوض عوضا للفعل و هو التملك لا عوضا للعين المتعلق به التملك و الفارق بين البيع و الهبه عند المصنّف ره هو هذا و ليت شرعى ما الذى دعا المصنّف إلى العدول عن تعريف صاحب المصباح مع أن الظاهر منه فى صدر الكلام ارتضاؤه بتغيير ما و هو تبديل المال الأول بالعين فيكون التعريف مبادله عين بمال و هو أسلم و أبعد عن الإشكال من هذا التعريف الذى أحدثه و هو اُزيف التعاريف.

اشكال أول (زائد بودن «إنشاء» در تعريف)

اشكال أول كه علاوه بر محقق ايروانى قدس سره - بعضى ديگر از أجلاى محشين (١) نيز

١- حاشيه المكاسب (لليزدي)، ج ١، ص ٦٠: لا- يخفى أنّ الأولى إسقاط لفظ الإنشاء إذ الغرض من زيادته بيان أن البيع ليس تمليكا خارجيا بمعنى إيجاد الملكيه الواقعيه بأن يكون ممّا أمضاه العرف أو الشارع بل هو تمليك إنشائي من الموجب و إن لم يحصل به الملكيه عند العرف كما فى بيع الأشياء المحقره التى يعدّ بيعها سفها و كذا إن لم يحصل به الملكيه عند الشارع كبيع الخمر فإنه فى الصورتين بيع غايه الأمر أنّه فاسد عرفا أو شرعا و ذلك كما فى الطلب الوجوبى فإنه إيجاب إنشائي لا واقعى فإيجاب الفقير لإعطاء الدرهم طلب وجوبى و إن لم يحصل به الوجوب عند العقلاء و الشارع و حينئذ فنقول لا حاجه إلى ذكر هذا اللفظ لبيان هذا المطلب بل هو معلوم من لفظ التمليك و على فرض الحاجه إليه لا ينبغى جعله جنسا للحدّ بل الأولى أن يقال إنّه تمليك إنشائي. و بالجملة البيع لا يكون إلّا التمليك كسائر تصاريفه غايته أنّه تمليك إنشائي بل التمليك أيضا ليس إلّا إيجاد الملكيه الإنشائيه بمعنى أنّ حقيقته ذلك و هذا واضح بناء على المختار من كون الملكيه من الأحكام المجعوله التى حقيقتها حين الاعتبار العقلاني إذ حينئذ إذا قال بعث فقد أوجد الملكيه فى اعتباره و إمضاء العقلاء أو الشارع له و عدم إمضاءهم مطلب آخر فهو نظير سائر الأفعال الخارجيه كالضرب و القتل و نحوهما لا ينبغى أن يدرج فى مفهومها لفظ الإنشاء غايه الفرق أنّ فى ما نحن فيه خارجيه عين الاعتبار الإنشائي و على ما ذكرنا فهو و التملك و الإيجاب و الوجوب من قبيل الكسر و الانكسار لأنّه لا يعقل التمليك بدون حصول الملكيه عند الموجب و إن لم يكن ممّا أمضاه الشرع و العرف نعم بناء على مختار المصنف من كون الملكيه صفه واقعيه و ربطا واقعيًا بين المالك و المملوك من غير أن يكون من الأحكام المجعوله لا بدّ أن يقال إنّه تمليك إنشائي ليدخل فيه البيع الفاسد حيث تخيّل أنه لم يوجد فيه الملكيه الخارجيه. هذا و من الغريب ما صدر من بعض المعاصرين فى المقام حيث إنّ لفظ الإنشاء فى المقام بمعنى البيع إنشاء البيع و معنى البائع منشئ البيع ضروره أن الإخبار عن البيع لا يصحّ أن يسمّى بيعا و كذا من أخبر به بقوله بعث أمس لا يصحّ أن يحكم عليه بأنه باع فالإنشاء معتبر فى مفهوم البيع و ما تصرف منه لكنّ التمليك الذى ذكر فى التعريف جنسا حاله حال البيع فلا يسمّى الإخبار عن التمليك أيضا تمليكا فذكر الإنشاء حينئذ مستدرك لأنّه معتبر فى مفهوم لفظ التمليك انتهى و قد عرفت أن المقصود من ذكر لفظ الإنشاء بيان عدم كونه من التمليك الخارجى الذى أمضاه العرف و الشرع لا بيان عدم كونه من باب الإخبار ثمّ إنّ الأسد و الأخصر فى تعريف البيع أن يقال إنّه تمليك عين بعوض ليشمل صورته كون العوض حقّا أيضا سواء كان على وجه النقل أو الإسقاط بل قد عرفت سابقا أنّه لا يعتبر فى حقيقه البيع كون العوضين ممّا له ماله بل يصدق و لو كان أحدهما أو كلاهما ممّا لا ماله له أصلا كمنّ من تراب أو رماد أو نحو ذلك غايه الأمر أنّه بيع فاسد و دعوى أنّ البيع بلا ثمن أيضا بيع فاسد فلا حاجه إلى ذكر العوض كما ترى فإنّا نمنع صدق البيع عليه و إن عبّر به بلفظ البيع فإنه لو قال بعثك بلا ثمن يعدّ من التناقض إلّا أن يريد منه الهبه مجازا و بالجملة المعتبر فى حقيقه البيع الأعمّ من الصّحيح و الفاسد كون المبيع عينا و ذكر العوض و كون النقل على وجه التمليك فحقيقه تمليك عين بعوض فتدبّر. • نهج الفقاهه، ص ١٢: «قوله: إنشاء تمليك عين» هذا محكى عن المصايح للعلامه الطباطبائى (قده) لكن بعد تبديل المال بالعوض و اضافته قيد (على وجه التراضى) اليه و جعله الأخصر و الأسد (وفيه) أن البيع موضوع للإنشاء كما تقدم فكيف يكون نفس الإنشاء. نعم. يصح ذلك تعريفا لإنشاء البيع لا للبيع نفسه، و لعل

ذلك هو المراد- كما يشهد به كثير من عبارات الكتاب الآتية- فيكون الإشكال في التعبير لا- في المراد، وإن شئت قلت:
التعريف للبيع بمعنى المصدر لا- بمعنى اسم المصدر، كما هو محل البحث. فتأمل فإنه سيأتي من المصنف (ره) ان مراده من
إنشاء التمليك نفس الإيجاب المقابل للقبول، و سيأتي ما فيه.

ذکر فرموده اند آن است که طبق ظاهر تعریف شیخ، بیع امری است که ذاتاً انشاء است. پس اگر انشاء در تعریف بیع أخذ شود در واقع انشاء بیع، انشاء انشاء خواهد بود در حالی که انشاء دیگر قابل انشاء نیست. بنابراین تعریف شیخ از این جهت مزیف است و باید لفظ «انشاء» از تعریف بیع برداشته شود، ولی به

نظر ما این اشکال باید چنین تقریر شود: تملیک امری انشائی است؛ نه حقیقی [تکوینی] و اگر حقیقی [تکوینی] بود با انشاء محقق نمی شد. پس تملیک خود انشاء است و اگر گفته شود بیع تملیک است، یعنی بیع انشائی است که مفاد آن ملکیت است و دیگر معنا ندارد گفته شود که بیع، انشاء انشائی است که مفاد آن ملکیت می باشد. لذا اصل این اشکال که غیر واحد من الاعلام هر کدام با بیانی ذکر کردند، وارد است.

اشکال دوم (بیع از مقوله ی انشاء نیست) و نقد آن

اشکال دیگری که محقق ایروانی بر تعریف شیخ وارد می کند این است که «إِنَّ الْبَيْعَ لَيْسَ مِنْ مَقُولَةِ الْإِنشَاءِ بَلْ مَعَامِلَةٌ وَقَعِيَّةٌ تَحْصُلُ بِالْإِنشَاءِ»؛ بیع از مقوله انشاء نیست، بلکه معامله ی واقعیه ای است که با انشاء حاصل می شود.

در نقد کلام محقق ایروانی قدس سره - می گوئیم: اگر مراد از «إِنَّ الْبَيْعَ لَيْسَ مِنْ مَقُولَةِ الْإِنشَاءِ بَلْ مَعَامِلَةٌ وَقَعِيَّةٌ تَحْصُلُ بِالْإِنشَاءِ» این است که بیع خود انشاء نیست بلکه مورد انشاء واقع شده و منشأ است و انشاء محصل آن است، می گوئیم: انشاء و منشأ ذاتاً یکی است و اعتباراً تفاوت دارند.

و اگر مراد این است که بیع امری واقعی و حقیقی است؛ نه اعتباری، می گوئیم: اولاً- این حرف درستی نیست. ثانیاً اگر بیع امر واقعی باشد نمی تواند با انشاء حاصل شود.

اشکال سوم (شمول تعریف بر انشاء عابث و لاغی و ایجاب غیر متعقب به قبول) و نقد آن

اشکال دیگر آن که تعریف مرحوم شیخ قدس سره - شامل انشاء عابث یعنی کسی که عبثاً انشاء می کند و لاغی از روی لغو انشاء می کند و ایجاب غیر متعقب به

قبول می شود، در حالی که هیچ یک از این ها بیع نیست.

ولی این اشکال نیز بر تعریف شیخ قدس سره - وارد نیست؛ زیرا انشاء عابث و لاغی، تملیک جدی نیست بلکه از روی عبث و لغو «بعث» می گوید و قصد تملیک ندارد، کما این که «امر» برای بعث است ولی ممکن است امری مصداق تعجیز یا استهزاء باشد؛ چون از آن به طور جد بعث اراده نشده است، بلکه مقصود جدی از امر مثلاً استهزاء بوده است.

و اما «ایجاب غیر متعقب به قبول» طبق مبنایی که شیخ اتخاذ خواهند کرد و به زودی خواهد آمد بیع است؛ یعنی شیخ قدس سره - ملتزمند که بیع، اسم برای ایجاب بایع است حتی اگر مشتری قبول نکند. پس طبق مبنای شیخ گرچه ما آن را قبول نداریم این اشکال وارد نیست.

البته این اشکال طبق مبنای صحیح هم قابل دفع است و آن این که در اکثر موارد الا بعض مواردی که مورد اختلاف است در نظر عرف، تملیک بدون قبول طرف مقابل محقق نمی شود و قبول لازمه ی لاینفک تملیک است.

اشکال چهارم (شمول تعریف بر اعیان غیر متموله)

اشاره

اشکال دیگری که محقق ایروانی قدس سره - بر تعریف جناب شیخ وارد می کند این است که تعریف مذکور، هم شامل اعیان متموله می شود و هم اعیان غیر متموله؛ یعنی در تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» عین اعم است از این که مالیت داشته یا مالیت نداشته باشد، لذا اگر کسی یک مشت خاک بی ارزش و بدون قیمت را به دیگری در مقابل مال تملیک کند بیع محسوب می شود.

به نظر ما نیز این اشکال بر تعریف شیخ وارد است؛ زیرا «عین» اعم است از این که مالیت داشته باشد یا نداشته باشد، در حالی که در بیع لازم است عوض و

معوّض هر دو مال باشند و اگر مال نباشند عرفاً بيع صادق نیست.

عدم لزوم مالیت معوّض در نظر سید یزدی و سید خویی قدس سرهما -

اما در میان فقهاء بعضی از جمله سید یزدی (١) - رحمه الله عليه - و سید خویی (٢) - رحمه الله عليه - قائل شده اند

١- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ١، ص ٦٠: قد عرفت سابقاً أنّه لا يعتبر في حقيقه البيع كون العوضين ممّا له مالیه بل يصدق و لو كان أحدهما أو كلاهما ممّا لا مالیه له أصلاً كمنّ من تراب أو رماد أو نحو ذلك غايه الأمر أنّه بيع فاسد و دعوى أنّ البيع بلا ثمن أيضاً بيع فاسد فلا حاجة إلى ذكر العوض كما ترى فإنّنا نمنع صدق البيع عليه و إن عبّر به بلفظ البيع فإنّه لو قال بعثتك بلا ثمن يعدّ من التناقض إلّا أن يريد منه الهبه مجازاً و بالجمله المعتبر في حقيقه البيع الأعمّ من الصّحيح و الفاسد كون المبيع عيناً و ذكر العوض و كون النّقل على وجه التملیک فحقيقه تملیک عين بعوض فتدبرّ.

٢- مصباح الفقاهه، ج ٢، ص ٢٤: أما الوجه في عدم اختصاص الإضافة المذكوره بالإضافه المالیه فلائنه لا دليل على اعتبار المالیه في البيع. و إنما المناط في تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضه عليه. و أما ما ذكره صاحب المصباح - من أن (الأصل في البيع مبادله مال بمال) - فلا يكون دليلاً على ذلك لعدم حجیه قوله. و على هذا فإذا كان المبيع مورداً لغرض المشتري - سواء أ كان مالا عند العقلاء أم لا كالحشرات - و اشتراه بأعلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع. و هذا بين لا ريب فيه. غايه ما يلزم كون المعامله على ما ليس بمال عرفاً سفیهه. و لا دليل على بطلانها بعد ما شملته أدله صحه البيع. و الفاسد شرعاً إنما هو معامله السفیهه و الدليل على الفساد فيها أن السفیهه محجور شرعاً عن المعاملات و إذن فلا وجه لأخذ قيد المال في تعريف البيع. قيل: إذا تعلق غرض المشتري باشتراء ما لا يعد مالا في نظر أهل العرف كان ذلك الغرض موجبا لعروض المالیه له. لما عرفته آنفاً من أن مالیه الأشياء متقومه بنظر العقلاء، و رغبتهم فيها. و من البديهي أن المشتري من أفرادهم. و الجواب عن ذلك: أن مالیه الأشياء و إن كانت متقومه برغبه العقلاء و تنافسهم فيها إلا أن المراد من العقلاء نوعهم، دون الشخص الواحد. و لأجل ذلك أن من اعتبر المالیه في البيع فقد رتب على اعتباره هذا فساد بيع الحيات و العقارب و الديدان و الخنافس، و أشباهها من هوام الأرض و صغار دوابها، و غير ذلك مما لا يعد مالا - في نظر نوع العقلاء و إن كان ذا رغبه لدى بعضهم لغرض ما. و يضاف الى ذلك أنا لو سلمنا وجود الدليل على اعتبار المالیه في البيع. إلا أن ذلك حكم شرعی غير مربوط بمفهوم البيع حتى يؤخذ في تعريفه. و لو صح أخذ ذلك في تعريف البيع لحسن بنا أن نأخذ أحكام البيع برمتها في تعريفه. مع أنه واضح الفساد.

مَعْوُض لازم نیست مال باشد؛ یعنی اگر مَعْوُض مالیت نداشته باشد نیز عرفاً بیع صادق است.

سید خویی قدس سره - برای اثبات کلام خود مثالی (۱) ذکر کرده و آن این که اگر کسی به خاطر علاقه ای که به جدش دارد حاضر شود در مقابل به دست آوردن دست نوشتِ جدش بر روی کاغذی که هیچ قیمتی ندارد پول پرداخت کند در حالی که هیچ کس غیر او حاضر نیست ثمن در مقابل آن بدهد، عرفاً بیع صادق است.

نقد کلام سید خویی قدس سره -

کلام سید خویی قدس سره - ظاهراً ناتمام است؛ زیرا در مثالی که ذکر کردند اگر خوب دقت کنیم می بینیم که عرفاً بیع نیست، بلکه کأنّ ابتدا از مالک می خواهد آن دست خط را مجاناً تملیک او کند، وقتی قبول نکرد یا می داند قبول نمی کند

۱- مصباح الفقاهه، ج ۵، ص ۱۲۰: یکفی فی صحه المعامله علی ما لیس بمال مجرد الغرض الشخصی، كما إذا اشتری مکتوبه جده بقیمه عالیه للإبقاء مع عدم کونها قابله للمعاوضه أو اشتری خنفساء بقیمه أو عقرباً بقیمه کذا، لاجل المداوی و نحوها كما لا یخفی، و قد تقدم فی أول البیع جواز کون الحقوق ثمناً فی المعامله بأن باع شیئاً لیرفع المشتري یده من حقه الفلانی صحیح و الوجه فی ذلك کله هو ان البیع تبدیل بین الشیئین برفع الید عن أحدهما و جعل الآخر مورداً للحق كما لا یخفی، فغایه الأمر یمنع ذلك عن التمسک بعمومات ما دلّ علی صحه البیع بالخصوص، و اما ما دلّ علی صحه مطلق العقود و التجاره عن تراض فلا، إذ لا شک فی صدق التجاره عن تراض، و العقد علی المعامله الجاریه علی ما لیس بمال لما عرفت فی بعض تنبّهات المعاطاه أن فی العرف لا یرصدق علیه البیع، بل الثمن و المثلث علی العوضین بل یرصدق علیه مجرد المبادله و المعاوضه کتبدیل ثوب بثوب و عباء بعباء، و هکذا، و لا شبهه فی صحه ذلك لَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ، و السیره القطعیه كما هو واضح.

می گوید حاضر م فلان مقدار به تو بدهم تا از آن به نفع من رفع ید کنی یا تملیک من کنی و این بیع نیست، نظیر آن که کسی به دیگری که در مسجد نشسته پول بدهد تا از جایش برخیزد. پس اگر مالیت نداشته باشد بیع صادق نیست و اگر بیع گفته شود تسامح است.

بله، اگر تعداد قابل اعتنایی به آن دست خط رغبت داشته باشند، از آن جا که مالیت پیدا می کند بیع آن صحیح است؛ مثلاً اگر دست خط علامه ی حلی یا علامه ی مجلسی یا شیخ بهایی قدس سرهم - و ... باشد که تعدادی به آن رغبت دارند بیع صحیح است.

ملاک مالیت اشیاء

از این جا می توانیم بگوییم که در مالیت اشیاء، صرف رغبت یک شخص کافی نیست، بلکه باید تعداد قابل اعتنایی به آن رغبت داشته باشند.

علاوه آن که آن شیء باید ندرت هم داشته باشد و صرف رغبت عقلاء کافی نیست. به عنوان مثال اکسیژن هوا مورد رغبت عقلاء است ولی چون وفور دارد و بدون زحمت قابل دسترسی است، کسی حاضر نیست در مقابل آن پول بپردازد. پس ملاک مالیت اشیاء آن است که تعداد قابل اعتنایی به آن رغبت داشته و ندرت هم داشته باشد.

اشکال پنجم (شمول تعریف بر تملیک ضمنی)

پنجمین اشکالی که محقق ابروانی قدس سره - بر تعریف شیخ قدس سره - وارد می کند این است (۱)

۱- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۴: و رابعا يشمل الإنشاء الصریح و الضمنی مع أنّ مقصوده الإنشاء الصریح کیلا يشمل القبول من المشتري و لا يشمل قبول مستأجر العين و لا يشمل الصلح.

که تعریف مذکور شامل تملیک صریح و ضمنی هر دو می شود، در حالی که مراد شیخ از بیع به تصریح خودشان تملیک صریح است؛ نه تملیک ضمنی تا شامل تملیک از ناحیه مشتری، مستأجر و صلح نشود. بنابراین جناب شیخ باید دالی در تعریفشان تعبیه کنند تا مرادشان را که فقط تملیک صریح است إفاده کند و این دال در تعریف ایشان وجود ندارد، لذا تعریف طارد اغیار نیست.

ولی آن گونه که ما تملیک صریح و ضمنی را تعریف کردیم که تملیک از ناحیه ی بایع تملیک فعلی است و تملیک از جانب مشتری تملیک انفعالی، می توان از این اشکال این طور پاسخ داد که تملیک، انصراف به تملیک فعلی و فعال دارد؛ نه تملیک انفعالی که با یک تکلفی بر آن تملیک اطلاق می شود.

اشکال ششم (ظهور تعلق بآء به تملیک؛ نه عین)

اشاره

آخرین اشکال محقق ایروانی قدس سره - بر تعریف شیخ قدس سره - این است که (۱) در «إنشاء تملیک عین بمال» باید «باء» در «بمال» برای مقابله بین عین و مال باشد و در حقیقت «باء» باید یا متعلق به «عین» باشد یا متعلق به صفت مقدری مانند «مقابل» برای عین که این چنین می شود: «إنشاء تملیک عین مقابل بمال»، امّا ظاهر تعریف این است که «باء» متعلق به «تملیک» است؛ نه به «عین» یا صفت

۱- همان: و خامسا یلزم تعلق الجار فی التعریف بالعین أو بصفه مقدّره لها حتی یكون تقدیر الکلام إنشاء تملیک عین مقابل بمال مع أن ظاهره التعلق بالتملیک فإذا تعلق بالتملیک انطبق التعریف علی الهبه إذ كان العوض عوضا للفعل و هو التملیک لا عوضا للعین المتعلق به التملیک و الفارق بین البیع و الهبه عند المصنّف ره هو هذا و لیت شعری ما الّذی دعا المصنّف إلى العدول عن تعریف صاحب المصباح مع أنّ الظاهر منه فی صدر الکلام ارتضاؤه بتغییر ما و هو تبدیل المال الأوّل بالعین فیکون التعریف مبادلّه عین بمال و هو أسلم و أبعد عن الإشکال من هذا التعریف الّذی أحدثه و هو أزیف التّعاریف.

مقدّری برای «عین»؛ یعنی مقابله بین تملیک و مال برقرار است؛ نه بین عین و مال، در حالی که این درست نیست و مقابله باید بین «عین» و «مال» باشد. پس از این جهت نیز تعریف شیخ قدس سره - ناتمام است.

نقد اشکال ششم

ظهور تعریف شیخ قدس سره - در این که «باء» متعلق به تملیک است؛ نه عین یا صفت مقدر برای عین، ظهور مناسبی بوده و شایسته و بلکه بایسته است این چنین باشد؛ زیرا مقابله ی بین عین و مال که معنا ندارد و مراد این نیست که دو جامد روبه روی هم و به محاذات هم قرار گیرند، کما این که مراد این نیست که بین حدث و عین مقابله شود؛ چون معنای مناسبی ندارد، بلکه مراد مقابله ی بین دو عمل و دو حدث است؛ یعنی تملیک عین در مقابل تملک مال.

پس معنا ندارد بگوییم که عین در مقابل مال است یا تملیک عین در مقابل مال. بلکه مقابله بین حدثی بر روی عین در مقابل حدثی بر روی مال است و بدون فرض حدث برای طرفین، مقابله معنایی ندارد؛ یعنی تملیک عین است در مقابل تملک مال.

بنابراین این که محقق ایروانی فرمود مقابله بین عین و مال است درست نیست، بلکه مقابله بین دو حدث است، لذا «باء» باید متعلق به «تملیک» باشد؛ چون خود «تملیک» طرف مقابله است؛ نه عین. البته طرف دیگر مقابله نیز خود «مال» نیست بلکه «تملک مال» است که «تملک» در تقدیر است؛ یعنی «تملیک عین قبلاً تملک مال» که هر دو فعل بایع است و مشتری قبول می کند و این که «تملک» در تعریف ذکر نشده به خاطر وضوح آن بوده است. احتمال ضعیف (۱) هم

۱- به خاطر این که تملیک و تملک از جانب مشتری به نحو انفعالی است.

دارد که بگوییم طرف دیگر مقابله به جای «تملک مال» که فعل بایع است، «تملیک مال» باشد که فعل مشتری است. البته آن چه ذکر شد منافات ندارد با این مطلب که مبیع و ثمن به اعتباری عوض و معوض بوده و در قبال یکدیگرند.

اشکالات دیگر تعریف شیخ از محقق اصفهانی قدس سرهما - و برخی دیگر

اشاره

محقق اصفهانی قدس سره - و برخی دیگر، اشکالات دیگری بر تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» وارد کرده اند که گرچه ما قبلاً از زاویه ی دیگری آن را مطرح کرده ایم، اما مناسب است دوباره به آن اشاره کنیم.

اشکال اول (در بیع همیشه تملیک نیست)

در برخی موارد بیع صادق است بدون این که تملیکی رخ دهد. بنابراین تعریف شیخ قدس سره - از این جهت مخدوش است.

مثال ۱: بنا بر مبنای این که سهم سبیل الله از زکات ملک کسی نیست و حتی عنوان، مالک آن نمی شود و فقط باید صرف در سبیل الله شود، اگر حاکم شرع با پول زکوی سهم سبیل الله، چیزی از بایع بخرد؛ مثلاً اسب و شمشیر برای جهاد بخرد، بیع صادق است بدون این که تملیکی از جانب بایع صورت گرفته باشد؛ زیرا هیچ کس مالک آن اسب و شمشیر نمی شود و فقط باید صرف در سبیل الله شود. پس بیع همیشه تملیک نیست.

مثال ۲: کسی که وصیت می کند ثلث اموال مرا صرف خرید زمین برای احداث جاده ی عمومی کنید، وصی که طبق وصیت زمین را از صاحبش می خرد، بیع صادق است بدون این که تملیکی از جانب بایع (صاحب زمین) رخ دهد؛ زیرا کسی مالک آن زمین نمی شود؛ زیرا آن زمین برای جاده ی عمومی است و کسی مالک آن نمی شود.

مثال ۳: کسی که وصیت می کند با پول من زمینی بخرید که عین زمین مسجد شود، با خرید زمین از جانب وصی، زمین مسجد می شود (۱). پس در این جا نیز بیع صادق است بدون این که تملیکی از جانب بایع رخ دهد؛ زیرا مسجد فک ملک است و کسی مالک آن نیست. فتأمل.

مثال ۴: کسی وصیت کند با پول من زمینی بخرید که فی سبیل الله باشد و تصریح کند ملک کسی نشود، در این جا نیز بیع صحیح است و واضح است که کسی مالک آن زمین نمی شود.

اصل این اشکال را که محقق اصفهانی قدس سره - و دیگران ذکر کرده اند به نظر ما نیز بر تعریف شیخ قدس سره - وارد است.

اشکال دوم (عدم لزوم عین بودن مبیع)

اشکال دیگری که بر تعریف «إنشاء تملیک عین بمال» وارد است آن است که معوض لازم نیست عین باشد؛ زیرا همان طور که قبلاً بیان کردیم حقوق ثابت (۲) قابل فروش است در حالی که حق، عین نیست. علاوه آن که بایع حق، حق را تملیک نمی کند؛ چون حق مقابل ملک است و مشتری با اشتراء حق، ذو الحق می شود؛ نه مالک حق.

۱- احتیاج به صیغه هم ندارد، نهایت آن که باید یک نفر در آن نماز بخواند تا مسجد شود. • العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۱، ص ۵۹۷: مسأله ۱۱: الأحوط إجراء صیغه الوقف بقصد القربه فی صیورته مسجداً بأن یقول وقفته قربه إلی الله تعالی لکن الأقوی کفایه البناء بقصد کونه مسجداً مع صلاه شخص واحد فیہ یاذن البانی فیجری علیه حینئذ حکم المسجديه و إن لم تجر الصیغه.

۲- مقصود از حقوق ثابتة یعنی حقوقی که عرفاً هویت استقلالی یافته و وابستگی آن به موضوعی مورد التفات قرار نگیرد.

نظر محقق اصفهانی قدس سره - در تعریف بیع و نقد آن

به خاطر این اشکالاتی که بر تعریف شیخ وارد است محقق اصفهانی قدس سره - تعریف دیگری از بیع ارائه داده و می فرماید (۱): «البيع هو جعلُ شیءٍ بإزاءِ شیءٍ»؛ بیع قرار دادن چیزی به إزاء چیز دیگر است.

اولین اشکالی که بر این تعریف بر ذهن تبادر می کند و بعضی مطرح کرده اند آن است که تعریف شامل قرار دادن چیزی به إزاء چیز دیگر تکویناً نیز می شود؛ مثلاً قرار دادن چیزی در مقابل آئینه جعلُ شیءٍ بإزاءِ شیءٍ است.

ولی این اشکال وارد نیست؛ زیرا از سبک و سیاق معلوم است که مراد از جعل، جعل انشائی است؛ نه جعل خارجی و تکوینی؛ چون در فقه و حقوق، خصوصاً بیع، معلوم است که جعل اعتباری مراد است. با این حال اگر کسی اصرار کند که شامل جعل تکوینی می شود، قید اعتباراً را به تعریف اضافه می کنیم «جعلُ شیءٍ بإزاءِ شیءٍ اعتباراً» کما این که ما نیز در تعریفی که ارائه خواهیم داد

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۶۶: و لا- یبعد أن یقال: إنَّ البیع جعل شیءٍ بإزاء شیءٍ، فیختلف أثره بحسب الموارد، فأثره تاره ملكیه العوضین كما فی غالب افراده، و أخرى انقطاع إضافة الجاعل عن المبیع، و حیث إنَّه لا- یعقل دخوله فی ملك المشتري فیعتقد كما فی البیع ممن ینعتق علیه، فإنَّ الانعتاق لیس إلّا زوال ملكیه المالك عن العبد، و ثالثه ذلك الانقطاع مع كونه کلیاً غیر قابل للدخول فی ملك المشتري، فهو عین سقوط ما فی الذمه كما فی بیع الدین ممن هو علیه، و رابعه قیام كل من العوضین مقام الآخر فیما له من التعلق و الإضافة بأحد أو بجهه، كالألات المشتراه من غله العین الموقوفه، فتكون الآلات كالمسجد و القنطره متعلقه بتلك الجهه، و تكون الغله مملوكه لملك الآلات، و كذا فی اشتراطها من الزكاه. فأثر المعامله البیعیه هی الملكیه من الطرفين فی المورد القابل، و أمّا فی غیرها فآثارها إمّا الانعتاق أو السقوط أو الوقفیه، لصیوره المال بدلا عن الموقوف، و لیس المراد من جعل شیءٍ فی قبال شیءٍ إلّا فی قبال المجانیه كالهبه، فلا مانع من جعل المال بإزاء سقوط الحق بطور نتیجه، أو جعله بإزاء كون العوض لزید، و علی هذا الإطلاق یقال «باع فلان دینه بدنیا غیره»، و هذا المسلك و إن كان غیر معروف و لا مألوف إلّا أن المتبع هو البرهان، و الله المستعان.

این قید را اضافه خواهیم کرد.

اشکال دیگری (۱) که بر این تعریف وارد است این است که چون «شیء» مفهوم وسیعی دارد، تعریف شامل بسیاری از عقود می شود مانند: اجاره که یک چیزی مانند منفعت خانه به إزاء مال الاجاره قرار می گیرد، یا جعاله که جعل جُعل است به إزاء عمل، یا طلاق خلع و مبارات که شوهر به إزاء دادن طلاق، چیزی دریافت می کند و

این اشکال گرچه به نظر می آید وارد باشد، ولی به نوعی می توان بعض موارد نقض را دفع کرد و آن این که: مقصود محقق اصفهانی قدس سره - از جعل شیء بإزاء شیء این است که شیء به تمام هویتش در مقابل شیء دیگر قرار بگیرد، ولی در اجاره منفعت شیء در مقابل چیز دیگر است؛ نه تمام هویت شیء. بنابراین اجاره مشمول تعریف نمی شود.

إن قلت: ممکن است مال الإجاره عین باشد، پس تعریف بر آن صادق است.

قلت: همان طور که قبلاً بیان کردیم کار مستأجر قبول است؛ نه إيجاب، پس اجاره خارج از تعریف است.

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۶۸: و أمّا تعريفه [المحقق الاصفهانی] بما ذكر فلا يوافق العرف و اللغه، و یرد عليه من النقض إلى ما شاء الله، كجعل شیء بإزاء شیء مكاناً، و كالجعاله، و الطلاق خلعاً و مباراة، و الإجاره، و الهبه غير المجانيه، و الصلح، و كذلك جعل الله الثواب مقابل العمل. إلى غير ذلك. و العجب منه حيث قال: هذا المسلك و إن كان غير معروف و لا مألوف، إلا أن المتبع هو البرهان. و فيه: أن كون ما ذكر خلاف المعروف و المألوف لدى العقلاء جميعاً، أقوى دليل على بطلانه؛ فإن البیع من المعانی العرفیه الاعتباریه، و لا سبيل للبرهان فيه إن كان مراده البرهان الاصطلاحی، و لو أراد أن معناه عرفاً و لدى العقلاء ذلك، فلا معنى لعدم معرفيته و مألوفيته، مع أن ما ذكر ليس معناه العرفی و العقلای جزماً.

ولی به هر حال جعاله و طلاق خلع و مبارات تحت تعریف باقی می ماند. مضاف به این که با این توجیه گرچه اجاره از تحت تعریف خارج می شود، ولی تعریف بیع نیز ناقص می شود و شامل جایی که ثمن فعل باشد نمی شود.

اشکالی دیگری که بر این تعریف وارد است و قابل دفع نیست این که: تعریف شامل می شود جایی را که طرفین ششیه هم هستند و نمی توان یکی را مبیع و دیگری را ثمن محسوب کرد؛ چون هر دو، کالا بوده و هر دو طرف طالب تبادل هستند؛ مثلاً یکی نیاز به گردو دارد و دیگری نیاز به بادام و در شرائط مساوی یکی گردو می دهد و بادام می گیرد و دیگری بادام می دهد و گردو می گیرد. در چنین مواردی بیع صادق نیست؛ چون در بیع تفاوت بین بایع و مشتری لازم است، در حالی که این جا نمی توان یکی را بایع و دیگری را مشتری محسوب کرد. البته بعضی گفته اند در چنین مواردی هر دو بایعتند و هر دو مشتری، ولی این درست نیست و عرفاً بر آن بیع اطلاق نمی شود، بلکه مبادله و معاوضه بر آن اطلاق می شود.

نظر مختار در تعریف بیع

اشاره

تعریفی که به نظر می آید با توضیحاتی که در ذیل ذکر می شود عاری از اشکالات مذکور باشد، این است که بگوییم: «البیع هو تبدیل مالٍ بمالٍ ما اعتباراً».

ویژگی های تعریف مختار

۱. قید «اعتباراً» در تعریف، برای احتراز از تبدیل خارجی و تکوینی است تا نقض نشود که اگر کسی مال خودش را از وضعیتی به وضعیت دیگر که آن هم مال است تبدیل کرد تعریف شاملش می شود؛ زیرا مراد از تبدیل، تبدیل اعتباری است؛ نه تکوینی و خارجی؛ یعنی ممکن است بعد از این که بایع مثلاً انشاء کرد

«بعتُ هذا الكتاب بذاكَ القلم» و مشتری گفت: «قبلتُ» هنوز در خارج تبدیلی رخ نداده باشد، ولی به مجرد خواندن صیغه، تبدیل در عالم اعتبار رخ داده و کتاب مال مشتری و قلم مال بایع می شود. بله از آثار این تبدیل اعتباری آن است که بایع می تواند مطالبه ی قلم از مشتری کرده و مشتری نیز مطالبه ی کتاب از بایع کند.

پس اضافه کردن قید «اعتباراً» برای احتراز از تبدیل خارجی و تکوینی است و اگر کسی بگوید از آن جا که مقام، مقام تعریف بیع و مباحث فقه و اصول است، از ابتدا معلوم است که تبدیل اعتباری مراد است و نیازی به این قید ندارد، می تواند قید اعتباراً را از تعریف حذف کند.

۲. نکته ی این که معوض را که در تعریف شیخ قدس سره - «عین» بود (۱) به «مال» تغییر دادیم این است که معوض نه لازم است عین باشد و نه این که صرف عین بودن کافی است؛ زیرا آن چه در معوض شرط است مالیت است؛ نه عین بودن، لذا اگر چیزی مال باشد و عین نباشد می تواند معوض واقع شود، کما این که اگر عین باشد ولی مال نباشد نمی تواند معوض واقع شود.

۳. تعریف «تبدیلُ مالٍ بمالٍ مَبْرَأً اعتباراً» شامل اشتراء نمی شود؛ زیرا «تبدیل» بیان گر فعل، هجمه و ایجاب است، ولی اشتراء چنان که قبلاً توضیح دادیم قبول، مطاوعه و انفعال است.

۴. تعریف شامل اجاره نمی شود؛ زیرا در اجاره که «موجر» موجب است مالش را به مال دیگر تبدیل نمی کند، بلکه منفعت مالش را به دیگری می دهد. به عبارت دیگر «مال» ظهور در تمام هویت مستقل دارد؛ یعنی تمام هویت مستقل مال به مال دیگر در بیع تبدیل می شود، ولی در اجاره چنین نیست، بلکه فقط

۱- یعنی «إنشاء تملیک عین بمال».

منافع مال، آن هم به نحو موقت تبدیل می شود. (۱) بله اگر منفعت در نظر عرف، هویت مستقلی پیدا کند می تواند به عنوان مثنی در بیع واقع شده و تبدیل شود.

۵. نتیجه ی تبدیل نسبت به موارد مختلف است، اگر مبیع ملک باشد مشتری مالک آن می شود و اگر مبیع حق باشد مشتری ذو الحق می شود، و اگر نه حق باشد و نه ملک، چه بسا علقه ی دیگری حاصل شود و یا از طرف فک ملک باشد.

۶. این تعریف شامل هبه، صلح و قرض نمی شود؛ زیرا همان طور که مرحوم شیخ فرمودند هبه، تملیک یا اعطاء مجانی است، صلح، إنشاء سازش است و قرض، تملیک با جبران خسارت است و هیچ کدام تبدیل نیست تا تعریف بر آن صادق باشد.

۷. تعریف شامل معاوضه ای که هر دو طرف، عرضه کننده ی جنس و تقاضا کننده ی جنس هستند نمی شود؛ چون آن، تبدیل نیست بلکه تبادل است؛ زیرا هر دو فعال هستند و این طور نیست که یکی فعال و دیگری منفعل باشد، به خلاف تبدیل که یک طرف فعال و طرف دیگر منفعل است.

۸. بنابر تعریف مختار، عمل حرّ با این که قبل از معاوضه به نظر ما مال نیست می تواند به عنوان ثمن واقع شود؛ زیرا اخذ «مال ما» در تعریف برای بیان آن است

۱- إن قلت: به هر حال می توان در اجاره، منفعت را مثلاً منفعت منزل یک هویت مستقل محسوب کرد، لذا تعریف بر آن صادق است؛ چون منافع منزل که مال است و هویت مستقل دارد و در مقابل مال قرار می گیرد، کما این که در روایت نیز اطلاق «بیع سکنای دار» شده است. قلت: متعلق اجاره با متعلق بیع متفاوت است. متعلق اجاره خود منزل است، ولی متعلق بیع منافع منزل است. لذا در اجاره چون خود منزل تبدیل نمی شود پس تعریف صادق نیست، به خلاف بیع منافع منزل که تبدیل در آن صادق است. بنابراین می توان گفت هیچ گاه تعریف بیع بر اجاره صادق نیست؛ زیرا در اجاره، مورد اجاره تبدیل نمی شود بلکه نهایت می توان گفت منافع تبدیل می شود که از لوازم اجاره است، نه این که خود اجاره تبدیل منفعت باشد. علاوه آن که اجاره زمان دار است، به خلاف بیع که در آن زمان وجود ندارد و تبدیل همیشگی است. (امیرخانی)

که ثمن به هر نحوی مال باشد هر چند به نفس بیع مالیت پیدا کند کفایت می کند، همچنین بیان می کند که ثمن لازم نیست به تمام هویتش به بایع تعلق گیرد؛ یعنی منافع نیز گرچه هویت مستقلی ندارد می تواند به عنوان ثمن واقع شود.

۹. شرطیت «تعقب به قبول» در تعریف مختار نهفته است؛ زیرا مراد از تبدیل، تبدیل اعتباری است و تعقب به قبول، مقوم تبدیل اعتباری است و بدون آن معنا ندارد. (۱) پس لفظ «تبدیل» انصراف به تعقب آن به قبول دارد. با این حال اگر کسی اصرار کند که تعریف باید صریح باشد و انصراف کافی نیست، قید «بشرط قبول من یبدل المال بماله» یا «بشرط القبول» را به تعریف اضافه می کنیم؛ یعنی تبدیل مال بمال ما اعتباراً بشرط قبول من یبدل المال بماله یا بشرط القبول.

۱۰. تعریف «تبدیل مال بمال ما اعتباراً» شامل جعاله نمی شود؛ زیرا اولاً در بیع «إنشاء تبدیل» حقیقت آن است در حالی که در جعاله إنشاء تعهدی است در مقابل عملی و تبدیل جعل به عمل یا عمل به جعل نیست. ثانیاً تعریف ظهور در تنجیز دارد؛ نه تعلیق؛ یعنی به مجرد خواندن صیغه، تبدیل رخ می دهد و مبیع به جیب مشتری و ثمن به جیب بایع در می آید.

در جعاله هر چند در برخی موارد در نهایت تبدیل مال بمال است؛ مثلاً جاعلی که اعلام می کند «کسی که دابه ی ضاله ی مرا پیدا کند صد هزار تومان به او می دهم» در واقع صد هزار تومان را تبدیل به عوض یعنی پیدا کردن دابه می کند، ولی این تبدیل در جعاله إنشاء نمی شود؛ یعنی آن چه در جعاله إنشاء می شود تبدیل نیست و تبدیل از لوازم آن است. علاوه آن که تبدیل به نحو تعلیق است؛ نه تنجیز،

۱- در تعریف شیخ نیز گفتیم «تعقب به قبول» در آن نهفته است؛ زیرا تملیک اعتباری بدون قبول عرفاً معنا ندارد. گرچه خود شیخ قبول ندارد که قبول شرط تحقق و صحت بیع است.

و در اصل، صیغه ی آن چنین است: «من ردّ دابّتی فله كذا» یعنی بعد از پیدا شدن دابّه تبدیل رخ می دهد. به همین خاطر بعضی جُعّاله را در زمره ی ایقاعات شمرده اند؛ نه عقود؛ زیرا درخواستی که جاعل می کند نیازی به قبول ندارد و هر کسی که عمل را انجام دهد بعد از عمل، طلب کار جاعل می شود.

بررسی معانی دیگر «بیع» توسط شیخ قدس سره -

اشاره

جناب شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: «یظهر من بعض من قارب عصرنا(۱) استعماله فی معانٍ

۱- تستری، اسد الله کاظمی (۱۲۳۷ ه.ق)، مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ۱۰۷: أنّ للفظ البيع اطلاقاً: احدها ان يستعمل مصدراً لباعٍ بمعنى اوجد البيع و هو بهذا المعنى عباره عن الفعل الصادر من احد المتعاملين خاصه مباشره او توليدا و لما كان من الاضداد صحّ اطلاقه على كل من فعليهما و ان اشتهر في مالک المبيع بحيث لا يكاد يتبادر عند الاطلاق الا فعله و يشترط في كلا- الاطلاقين انضمام الفعلين و اجتماعهما في الوجود فلا- يقال لمن اوجب البيع بقوله بعت انه باع الا بعد ان ينضم قول الاخر و قبوله و مثله الاخر بل الحكم فيه اظهر و لا وجه لحصر هذا الاطلاق الا اعتبار الضّميمه في اصل الوضع كما هو الشأن فيما هو من مقوله الفعل و الانفعال و التأثير و المطاوعه فانه لا يطلق اللفظ الدال على احدهما الا بعد حصول الاخر كالكسر و الانكسار و نحو ذلك و اما قولهم كسرته فلم ينكسر فجاز كما انهم يقولون كسرته فانكسر دفعا للتجوّز و لذلك يقتصر كثيرا على الاول و لا- يختل المعنى اصلا و كذلك الحال فيما نحن فيه و ان افترق عما ذكرنا من حيث أنّ الصّادر من كل من المتعاملين لفظ دال على الرضا كالأخر و من مجموعهما قد وجد الاثر. ثانيها ما يقصده البائع بقوله بعت في العقد و هو النقل الاعتباري الانشائي الكاشف عن الرضا التنجيزي و هذا المعنى صحيح بحسب القصد حيث وقع عن قصد سواء ترتب عليه القبول أم لا- فيكون لاغيا حينئذ من جهة الاثر كالفعل الغير المتبوع بانفعال المحل و هذا نظير ما يقصده المشتري بقوله اشترى او اشترت مقدما او مؤخرا و كل منهما جزء السبب الناقل. ثالثها الاثر المترتب على تحقق جزئي العقد معا و هو النقل العرفي مطلقا و الشرعي مع صحه العقد و يعبر عنه بالانتقال أيضا و يختلفان بالاعتبار. رابعها نفس العقد المركب من الايجاب و القبول و هذا هو الشائع المعروف بين الفقهاء في ساير الفاظ العقود ممّا كان منها مصدرا بصيغه الفاعل و المفاعله او بمعناه كالقراض و المضاربه و المزارعه و المساقات و المسابقه و المباره و المكاتبه و الشركه و الصّيلمح. • همان، ص ۲۷۵: و التحقيق ان هنا معان عديده: الأوّل ما قصده البائع بقوله بعت في العقد و هو النقل الاعتباري و الانشائي الكاشف عن الرضا التنجيزي و هذا المعنى صحيح بحسب القصد [العقد] حيث وقع عن قصد سواء ترتب عليه القبول أم لا فيكون لاغيا حينئذ من جهة الاثر كالفعل الغير المتبوع بانفعال المحل و هذا نظير ما يقصده المشتري بقول اشترى او اشترت هذه او مؤخرا و كل منهما جزء السبب الناقل فاذا تحققا ترتب الاثر. و هذا النقل العرفي مطلقا و الشرعي مع صحه العقد و يعبر عنه بانتقال أيضا و يختلفان بالاعتبار و هذا هو المعنى الثاني الذي اخذه بعضهم في الحد و فاعله المتعاقدان معا لمباشرتهم السبب. و الثالث ما يقصد بقوله بعت في الاخبار و هو الايجاب اللفظي او اثره او ما تعمه و الفعلي بشرط ان يتعقبه القبول كذلك فلا يصح ممن صدر منه الايجاب خاصه لانتفاء شرط صدقه و ان لم يكن من فعله و ربّما يصح له ان يقول بعته فلم يقبل كما يقال كسرته فلم ينكسر فيكون بمعنى نفس

الايجاب المطلق و نظير هذا المعنى قول المشتري في الاخبار اشتريت. و الرابع نفس العقد المركب من الايجاب و القبول و هذا هو الشائع عندهم في نفس الالفاظ المذكوره ممّا كان مصدرا او غيره دون مشتقاتها و فاعله المتعاقدان معا على وجه المباشره و كثيرا ما يتسامحون في بعض الالفاظ فيقولون أنّه مستعمل في العقد مع أنّه مستعمل في جزئه و هو المعنى الثالث.

آخر غير ما ذكر»؛ از کلمات بعضی از مقاربین عصر ما ظاهر می شود که بیع در معانی دیگری غیر از «إنشاء تملیک عین بمال» نیز استعمال می شود، از جمله:

۱. «إنشاء تملیک عین بمال بشرط تعقبه بتملک المشتري» یا «بشرط القبول»

اشاره

این که مرحوم شیخ اضافه شدن قید «بشرط تعقبه بتملک المشتري»^(۱) را معنای

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۶: و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فی معانٍ آخر غیر ما ذکر: أحدها: التملیک المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملک المشتري، و إليه نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قید التعقب بالقبول فی تعريف البيع المصطلح؛ و لعله لتبادر التملیک المقرون بالقبول من اللفظ، بل و صحه السلب عن المجرد؛ و لهذا لا يقال: «باع فلان ماله»، إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، و يستفاد من قول القائل: «بعث مالي»، أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.

دیگری برای بیع قلمداد می کنند گرچه در نهایت آن را نمی پذیرند معلوم می شود نظرشان در تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» این بوده که قبول مشتری در صدق بیع لازم نیست. (۱)

اضافه شدن قید «بشرط تعقبه بتملک مشتری» یا «بشرط القبول» از طرف بعض مقاربین عصر مرحوم شیخ به خاطر «تبادر» است؛ یعنی متبادر از لفظ بیع وقتی که گفته می شود «فلائذ باع داره» یا «باع کتابه» و ... این است که مبیع از ملک بایع خارج شده و به ملک مشتری در آمده و در عوض، بایع نیز چیزی دریافت کرده است و این در صورتی اتفاق می افتد که مشتری قبول کرده باشد و اگر مشتری قبول نکند هیچ یک از این ها اتفاق نمی افتد. بنابراین حداقل یکی از معانی بیع «إنشاء تملیک عین بمال بشرط القبول» است.

مخالفت شیخ قدس سره - با اشتراط قبول در تحقق بیع مصطلح

شیخ قدس سره - می فرماید (۲): بیع به معنای ایجاب متعقب به قبول، معنایی در قبال

۱- به همین خاطر گفتیم اشکال محقق ایروانی قدس سره - که تعریف «إنشاء تملک عین بمال» مانع اغیار نبوده و شامل ایجاب غیر متعقب به قبول هم می شود، طبق مبنای شیخ وارد نیست؛ چون ایشان ایجاب غیر متعقب به قبول را بیع می دانند.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۶: أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول، فالظاهر أنه ليس مقابلاً للأول، وإنما هو فردٌ انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينه على إرادة الإيجاب المثمر؛ إذ لا ثمره في الإيجاب المجرد، فقول المخبر: «بع»، إنما أراد الإيجاب المقيّد، فالقيد مستفاد من الخارج، لا- أنّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقب للقبول، و كذلك لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التملیک» و شبهها، مع أنه لم يقل أحد بأنّ تعقب القبول له دخل في معناها. نعم، تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا- في نظر الناقل؛ إذ لا- ينفكّ التأثير عن الأثر، فالبيع و ما يساويه معنی من قبيل الإيجاب و الوجوب، لا الكسر و الانكسار كما تخيّل بعض فتأمل. و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح، فضلاً عن أن يجعل أحد معانيه.

«إنشاء تمليك عين بمال» نیست، بلکه مندرج در آن بوده و فرد خاصی از آن عام را نشان می دهد که در مقام قیام قرینه بر این که ایجاب مُثْمِر مراد است، لفظ انصراف به ایجاب متعقب به قبول دارد؛ چون هیچ اثری بر ایجاب ساده و مجرد از قبول مترتب نیست. پس اگر قرینه ی عامی بر اراده ی ایجاب مَثْمِر باشد، لفظ انصراف به ایجاب متعقب به قبول دارد و إلا حاقّ معنای بیع، مشتمل بر قبول حتی به نحو شرط متأخر نیست؛ چون بیع دارای معنایی مانند نقل، ابدال، تملیک و شبه آن است و همان طور که در حاقّ معنای نقل، ابدال و تملیک، قبول نهفته نیست، در معنای بیع هم قبول نهفته نیست.

شیخ - رحمه الله علیه - سپس می فرماید: بله! قبول، شرط در تحقق انتقال در خارج است؛ ولی در نظر ناقل شرط نیست؛ چون اثر قابل انفکاک از تأثیر نیست (۱). پس بیع از آن جهت که قبول در نظر ناقل شرط تحقق انتقال نیست ولی در خارج که قاعدتاً مرادشان نزد عقلاء است شرط تحقق انتقال است، شبیه «ایجاب و وجوب» است؛ نه «کسر و انکسار»؛ زیرا «ایجاب» و «وجوب» همیشه در نظر موجب ملازم یکدیگرند ولی در خارج ملازم یکدیگر نیستند و چه بسا ایجاب محقق شود بدون آن که وجوب در خارج محقق شود؛ مانند امر دانی به عالی که ایجاب و وجوب در نظر آمر است، ولی وجوب در خارج نیست. به خلاف «کسر» و «انکسار» که هر جا کسر صادق باشد حتماً انکسار هم صادق است و کسر بدون انکسار معنا ندارد.

۱- عدم انفکاک تأثیر از اثر همان گونه که نزد ناقل ممکن نیست، در خارج نیز ممکن نیست. پس چطور شیخ قدس سره - می فرماید بیع در خارج محقق شده ولی انتقال محقق نشده است؟! و اگر در جواب گفته شود عقلاء آن را ایجاب می دانند ولی نه ایجاب مُثْمِر، می گوئیم ناقل نیز می تواند بین ایجاب مُثْمِر و غیر مُثْمِر تفکیک کند، پس چرا فرمودید نزد ناقل، انتقال قابل انفکاک از نقل نبوده و قبول شرط تحقق انتقال نیست؟! (امیرخانی)

ملاحظات بر کلام شیخ قدس سره -

۱. این که شیخ فرمودند قبول در حاقّ معنای بیع نهفته نیست، درست نیست؛ زیرا تبادل مستند به حاقّ لغت «بیع» آن است که بیع، در صورتی بیع است که همراه قبول باشد و بیعی که همراه قبول نباشد فاقد معنا بوده و سلب لفظ بیع از آن صحیح می باشد؛ مثلاً جمله ی «فلانُ باع داره و لم یقبله مشتری» نزد عرف متناقض بوده و جمله ای غلط محسوب می شود. یا کسی که می گوید ماشینم را فروختم، اگر در مقابل این سؤال که «پس چرا تصرف مالکانه در آن می کنی؟» پاسخ دهد که من فروختم اما کسی قبول نکرد! مورد مضحکه قرار می گیرد و مانند آن است که کسی بگوید دختر پادشاه را به نکاح خود در آوردم و همه چیز تمام شد، فقط مانده وی قبول کند!

پس متبادر از حاقّ لغت بیع آن است که همراه قبول باشد و لفظ بیع در ایجاب بدون قبول، صحت سلب دارد. بنابراین اگر در آن استعمال شود به نحو مجاز است؛ چون صحت سلب از علائم مجاز است.

۲. این که شیخ قدس سره - فرمودند وزان بیع نسبت به انتقال وزان ایجاب و وجوب است؛ چون ممکن است ایجاب نزد عرف محقق شود ولی وجوب در خارج محقق نشود مانند ایجاب دانی به عالی می گوئیم: همان طور که در امر دانی به عالی، وجوب عرفاً صادق نیست، ایجاب نیز صادق نیست و ایجاب همانند وجوب، مربوط به فضایی است که آمر به نوعی حاکم و مأمور به نوعی محکوم باشد.

پس ایجاب در هر مرتبه ای صادق باشد وجوب هم در همان مرتبه صادق است. لذا اگر اصرار کنید که ایجاب از دانی عرفاً صادق است، می گوئیم پس وجوب نیز در همان مرتبه عرفاً صادق است. و اگر بگویید وجوب عرفاً صادق نیست، می گوئیم ایجاب نیز لاجرم صادق نیست؛ چون ایجاب و وجوب، مانند

ایجاد و وجود، یک حقیقت است، اعتباراً متفاوت است؛ یعنی ایجاب و وجوب حقیقت واحدی است که فقط فرقیان این است که در «ایجاب» حیثیت صدور آن از موجب لحاظ شده، ولی در «وجوب» لحاظ نشده است. بله می توان گفت: ایجاب در نظر آمر موجود و وجوب در نظر عرف غیر موجود است، هر چند وجوب در نظر آمر موجود است.

به هر حال «نقل و انتقال» در بیع و «ایجاب و وجوب» در آمر را باید در یک رتبه سنجید؛ یعنی هر دو را باید در نظر ناقل و آمر سنجید یا در نظر عرف و عقلاء. این که یکی در نظر ناقل و آمر، و دیگری در نظر عرف و عقلاء قیاس شود و نتیجه گرفته شود «نقل و انتقال» و «ایجاب و وجوب» از هم قابل انفکاک است قیاس صحیحی نیست.

پس «نقل و انتقال» در بیع و «ایجاب و وجوب» و «کسر و انکسار» نظیر هم است؛ یعنی همان طور که کسر بدون انکسار معنا ندارد، ایجاب بدون وجوب و بیع بدون انتقال نیز معنا ندارد و در نظر عقلاء بیع آن جایی صادق است که ملکیت و انتقال در پی داشته باشد؛ یعنی همراه قبول باشد.

۳. این که شیخ قدس سره - لفظ بیع را به «نقل»، «إبدال» و «تملیک» تشبیه کرده و گفتند: همان طور که قبول در تحقق «نقل»، «إبدال» و «تملیک» شرط نیست، در تحقق «بیع» هم قبول شرط نیست، می گوئیم: اما دو لفظ نقل و إبدال، تفاوت آشکاری با لفظ بیع دارد؛ زیرا «نقل» در اصل برای نقل خارجی وضع شده مانند نقل سنگ از مکانی به مکان دیگر که احتیاج به قبول ندارد، همچنین «إبدال» برای عوض کردن خارجی وضع شده مانند إبدال لباسی به لباسی دیگر که احتیاج به قبول ندارد، لذا تشبیه بیع به نقل و إبدال که در اصل برای امری تکوینی وضع شده صحیح نمی باشد؛ زیرا بیع از ابتدا برای امر اعتباری وضع شده که نزد عقلاء بدون قبول معنایی ندارد.

و در مورد «تملیک» می‌گوییم: در مواردی که طرف مقابل دارای اراده و اختیار نیست (۱)، تملیک نزد عقلاء بدون قبول آن شخص یا شیء که مالک می‌شود محقق می‌شود و صادق است و در مواردی که طرف مقابل دارای اراده و اختیار است، قبول وی شرط تحقق تملیک است. (۲) بنابراین در حاق معنای تملیک شرطیت قبول نهفته نیست.

ولی در فضای فقه، حقوق و امور اعتباریه در مواردی که طرف مقابل، قابلیت قبول دارد، عقلاء قبول را شرط «تملیک» و حتی شرط «إبدال» و «نقل» اعتباری می‌دانند، پس این الفاظ در چنین مواردی انصراف به جایی دارد که همراه قبول باشد. علاوه آن که اگر قبول شرط تملیک، نقل و إبدال اعتباری نباشد، دلیل بر آن نیست که در بیع نیز شرط نباشد، و یکی از شواهد بر مطلب آن که این الفاظ در صورت غفلت طرف مقابل از قبول، می‌تواند صادق باشد امّا بیع با غفلت طرف مقابل از قبول صادق نمی‌باشد؛ یعنی نمی‌توان گفت: «بعته مع كونه غافلاً عن القبول».

۲. اثر حاصل از ایجاب و قبول (انتقال)

اشاره

دومین معنایی (۳) که جناب شیخ - رحمه الله علیه - از قول بعض من قارب عصره برای بیع ذکر فرمودند این است که «بیع» در اثر حاصل از ایجاب و قبول که انتقال باشد

- ۱- یا اراده ی مملک در برابر اراده ی مملک بی ارزش باشد، مثل آن که شارع فوت را مملک قهری وراثت قرار داده است.
- ۲- نیز می‌توان گفت لفظ «تملیک» و «نقل» در اعم از تملیک و نقل مجانی و به عوض استعمال می‌شود. بنابراین از آن جا که ممکن است در تملیک و نقل مجانی، قبول شرط تحقق آن نباشد، تملیک و نقل بدون قبول صادق باشد، به خلاف بیع که فقط در تملیک و نقل به عوض استعمال می‌شود و قبول شرط تحقق آن است. (امیرخانی)
- ۳- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۷: الثانی: الأثر الحاصل من الإیجاب و القبول، و هو الانتقال، كما يظهر من المبسوط و غیره.

استعمال می شود. استعمال بیع در این معنا از مبسوط (۱) شیخ طوسی قدس سره - و نیز غیر مبسوط (۲) نقل شده است.

طبق این معنا ایجاب و قبول محصل بیع است و «بیع» اثری است که از ایجاب و قبول پدید می آید و آن انتقال است؛ یعنی انتقال میب به مشتری و انتقال ثمن به بایع.

مخالفت شیخ قدس سره - با استعمال بیع در معنای «انتقال»

مرحوم شیخ می فرماید: استعمال بیع در اثر حاصل از ایجاب و قبول که همان انتقال باشد فلم یوجد فی اللغه و لا- فی العرف (۳)؛ نه در لغت و نه در عرف، بیع به معنای «انتقال» استعمال نشده است، فقط در تعریف مبسوط واقع شده و عده ای نیز از مبسوط تبعیت کرده اند.

به همین خاطر بعضی (۴) تلاش کرده اند آن را توجیه کرده بگویند: مراد از بیعی

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص ۷۶: البیع هو انتقال عین مملوکه من شخص إلى غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی.
 ۲- السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۲۴۰: البیع هو انتقال عین مملوکه، من شخص إلى غیره بعوض مقدر، علی وجه التراضی. • تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیثه)، ج ۲، ص ۲۷۵: البیع انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض معلوم علی وجه التراضی.

۳- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۸: و أما البیع بمعنی الأثر و هو الانتقال، فلم یوجد فی اللغه و لا فی العرف، و إنما وقع فی تعریف جماعه تبعاً للمبسوط. و قد یوجّه: بأن المراد بالبیع المحدود المصدر من المبنی للمفعول، أعنی: «المبیعیه»، و هو تکلف حسن.

۴- مقصود، سید مهدی طباطبایی قدس سره - (بحر العلوم) در مصابیح الاحکام است که ظاهراً این بخش از کتاب ایشان هنوز به چاپ نرسیده است، ولی شاگرد بزرگوار ایشان سید جواد عاملی قدس سره - در مفتاح الکرامه آن را منعکس کرده و صاحب جواهر قدس سره - نیز نقل کرده است: • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ۱۲، ص ۴۷۷: قال [الاستاذ] أدام الله حراسته: و قد یرد الانتقال و العقد إلى النقل إما بتقدير مصحح فی الکلام أو بإطلاق اسم المسبب أو السبب علی الآخر أو بحمل الانتقال و العقد علی البیع مبالغه كما فی زید عدل و إنما هی إقبال و إدبار. و یرد بأن ذلك كله مجاز لا یرتکب فی الحدود إلا أن یتکل علی الظهور و یکنفی بمثله فی الحد کغیره و هو قریب و إن کان خلاف ما أطلقوه من المنع، و یختص المجاز العقلي بالامتناع، لأنه فرع وجود النسبه و لا نسبه بین الحد و المحدود لا بالإسناد و لا بالتقييد. و الأولى بناء الحدود المختلفه للبیع علی إطلاقاته المختلفه فإنه یطلق علی معناه المصدرى الحقیقى و هو النقل و علی الأثر المترتب علیه و هو الانتقال و علی السبب الناقل و هو العقد، فلا اختلاف بین الأقوال فی المعنی و لا تجوز فی شىء من الحدود و إنما التجوز فی البیع المحدود بالانتقال و العقد، و لیس ذلك مجازاً فی الحد، لأن الحد هو المعرف دون المعرف. و أولى منه فی توجیه الانتقال جعله حداً لمصدر الفعل المجهول فیوافق تحديد المعلوم بالنقل و یسلم من التجوز فی الحد و فی المحدود. • جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۰۷: ... بل ربما قيل: ان التعریف بالانتقالی للبیع مصدراً للفعل المبنی للمجهول،

فیوافق حینئذ تعریفه بالنقل مصدرًا للفعل المعلوم، و یسلم من التجوز فی الحد المحدود و إن كان فیہ ما فیہ، و الأمر فی ذلك كله سهل بعد ما عرفت. همان طور که ملاحظه می فرمایید مراد سید بحر العلوم قدس سره - از بیعی که به انتقال تعریف شده، مصدر فعل مبنی للمجهول است؛ نه مصدر از اسم مفعول؛ یعنی مصدر فعل مجهول «بیع» است که به معنای «فروخته شدن» می باشد، در مقابل مصدر فعل مبنی للمعلوم «باع» که به معنای «فروختن» باشد. اگر مراد شیخ قدس سره - از «مبیعیت» فروخته شدن و مرادشان از مصدر از مبنی للمفعول همان مصدر فعل مبنی للمجهول باشد با مراد سید بحر العلوم قدس سره - یکی است، ولی اگر مرادشان مصدر از اسم مفعول باشد متفاوت است. علاوه آن که در این صورت تکلفی است که با انتقال هم سازگاری ندارد؛ نه این که تکلف حسن باشد؛ چون طبق این معنا باید بگوییم مصدر ثلاثی مجرد به معنای مصدر جعلی از اسم مفعول خود به کار رفته در حالی که آن چه در ادبیات معروف است این است که مصدر به معنای اسم مفعول استعمال شود؛ نه در مصدر جعلی از اسم مفعول آن گاه این مصدر جعلی از اسم مفعول یعنی «مبیعیت» به معنای انتقال استعمال شده است! گرچه از بعضی کلمات استفاده می شود مصدر از فعل مجهول یا همان مصدر مبنی للمفعول که بر وزن همان مصدر مبنی للمعلوم باشد اختلافی است و بعضی چنین مصدری را انکار کرده اند، ولی بعضی نیز آن را پذیرفته و حتی ظاهر بعض مصادر آیات شریفه را بر مبنی بر مجهول حمل کرده اند: و من ذلك قوله تعالى: (يُجِبُّونَهُمْ كَحُبِّ اللَّهِ)، (كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ)، (الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ) و (هَذَا ذِكْرٌ مَنْ مَعِيَ وَذِكْرٌ مَنْ قَبْلِي) و (وَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِمْ فِعْلَ الْخَيْرَاتِ وَإِقَامَ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءَ الزَّكَاةِ)، و (يَوْمَ نَطْوِي السَّمَاءَ كَطَيِّ السِّجِلِّ لِلْكُتُبِ) و (وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلِبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ) و (فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضُّعْفِ) و (لَأَنْتُمْ أَشَدُّ رَهْبَةً فِي صُدُورِهِمْ). • تفسیر جوامع الجامع، ج ۴، ص ۲۷۱: ... «ثُمَّ لَا يُنْصَرُونَ» بعد ذلك، ای: یهلکهم الله و لا- ینفعمهم نفاقهم لظهور کفرهم. «رَهْبَةً» مصدر رهب، المبنی للمفعول كأنه قال: أشد مرهوبیه. • همان، ج ۱، ص ۹۵: «يُجِبُّونَهُمْ» يعظّمونهم و يخضعون لهم و يحبون عبادتهم و الانقياد لهم «كَحُبِّ اللَّهِ» أي كما يحب الله على أنه مصدر من الفعل المبنی للمفعول و استغنى عن ذكر من يحبه لأنه معلوم. • الکشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ج ۴، ص ۵۰۷: رَهْبَةً مصدر رهب المبنی للمفعول، كأنه قيل: أشد مرهوبیه. • حاشیه الصبان علی شرح الأشمونی لألفیه ابن مالک، ج ۱، ص ۹: قوله [تعالی] (و ما توفیقی إلا بالله) استقبح أهل اللسان نسبة الفعل إلى الفاعل بالباء لأنه يوهم الآله فلا يحسن ضربی بزید إذا كان زید ضاربا والحسن ضربی من زید. و فاعل التوفيق هو الله تعالی فالحسن و ما توفیقی إلا من الله. و توجيهه علی ما يستفاد من الکشاف فی تفسیر سوره هود أنه علی تقدير مضاف وأن التوفيق مصدر المبنی للمجهول حيث قال أي و ما کونی موقفا إلا بمعونته و توفيقه أفاده ابن قاسم. * در آیه ی شریفه ی (وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلِبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ) بعضی در مورد ضمیر «هم» در «غلبهم» گفته اند: غیر از ضمیر «هم» در ابتدای آیه ی شریفه بوده و مقصود «فارس» است؛ نه «روم» که در این صورت معنای آیه ی شریفه چنین می شود: «و آنان (روم) بعد از غلبه ی آن ها (فارس) غالب خواهند شد. بعضی نیز گفته اند ضمیر «هم» مفعول برای مصدر «غلب» می باشد؛ یعنی مصدر به مفعول خود اضافه شده و مراد همان «روم» است که در این صورت معنای آیه ی شریفه چنین می شود: «و آنان (روم) بعد از غلبه کردن [فارس] بر آنان (روم) غالب خواهند شد» ولی از همه فصیح تر و بلیغ تر آن است که بگوییم مصدر «غلب» مبنی للمفعول بوده و ضمیر «هم» نائب فاعل آن است و معنای آیه ی شریفه چنین است: «و آنان (روم) بعد از مغلوب شدنشان، غالب خواهند شد». • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۶، ص ۱۵۵: قوله تعالی: «وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلِبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ فِي بَضْعِ سِتْرَيْنِ» ضمیر الجمع الأول للروم و کذا الثالث و أما الثانی فقد قيل إنه للفرس و المعنی: و الروم من بعد غلبه الفرس سیغلبون، و یمكن أن یكون الغلب من المصدر المبنی للمفعول و الضمیر للروم کالضمیرین قبلها و بعدها فلا تختلف الضمائر و المعنی: و الروم من بعد مغلوبیتهم سیغلبون. • روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، ج ۱۱، ص ۱۹: وَ هُمْ أَى الروم

مِنْ بَعِيدٍ غَلِبَهُمْ أَى غَلَبَ فَارِسَ إِيَاهُمْ عَلَى أَنَّهُ مَصْدَرٌ مِضَافٌ إِلَى مَفْعُولِهِ أَوْ إِلَى نَائِبِ فَاعِلِهِ إِنْ كَانَ مَصْدَرُ الْمَجْهُولِ وَرَجَحَهُ
بَعْضُهُمْ بِمُؤَافَقَتِهِ لِلنَّظْمِ الْجَلِيلِ. (اميرخانى)

که به معنای انتقال و اثر حاصل از ایجاب و قبول می باشد مصدر از فعل مبنی للمفعول است؛ یعنی «مبیعیت». به تعبیر دیگر مصدر «بِيعَ يُبَاعُ» را در نظر

می گیریم، لذا «بیع» در این جا همان معنای مصدر جعلی مأخوذ از اسم مفعول یعنی «مبیعیت» را افاده می کند.

«مبیعیت» که به معنای مبیع واقع شدن است، اثر بیع بوده و مرادف با «نقل داده شدن» و به اعتباری «انتقال» می باشد، لذا بیع اگر مصدر از مبنی للمفعول باشد، به معنای اثر بیع (۱) یعنی «انتقال» است. پس یکی از معانی بیع، «انتقال» می باشد. کما این که اگر «ضَرْب» و «ظُلْم» مصدر از مبنی للمفعول و مرادف با «مضروویت» و «مظلومیت» باشد، به معنای اثر ضرب و ظلم، یعنی «مضروب شدن» و «مورد ظلم واقع شدن» خواهد بود.

شیخ قدس سره - این توجیه را که بیع مصدر از مبنی للمفعول بوده و به معنای انتقال باشد «تکلف» می دانند، ولی می فرمایند تکلفی حسن است.

نقد کلام شیخ قدس سره -

همان طور که قبلاً بیان کردیم گرچه بیع دقیقاً مرادف با نقل نیست؛ چراکه ما بیع را به «تبدیل» معنا کردیم، ولی هر بیعی همراه «نقل اعتباری» است؛ یعنی هر جا بیع صادق باشد، نقل نیز صادق است و هر بیعی مصداقی از مصداق نقل اعتباری است. البته بیع در نظر هر که صادق و صحیح باشد نقل نیز در نظر همان صادق و محقق است. لذا اگر بیع فقط در نظر بایع و ناقل صحیح باشد نقل نیز فقط در نظر آن دو صادق است و اگر بیع علاوه بر بایع و ناقل، در میان عرف و عقلاء نیز صحیح باشد نقل نیز، هم در نظر ناقل و هم در نظر عرف محقق است

۱- یعنی بیعی که مصدر از مبنی للمفعول و به معنای انتقال است، اثر بیع به معنای «إنشاء تملیک عین بمال» است، هر چند خود شیخ فرمودند اثر «ایجاب و قبول» است، ولی این درست نیست؛ زیرا طبق مبنای شیخ هم که تعقب به قبول شرط در تحقق «إنشاء تملیک عین بمال» نیست، به صرف ایجاب هر چند متعقب به قبول نباشد که نزد ناقل، بیع صادق است، نقل نیز در نظر وی صادق است. (امیرخانی)

و اگر علاوه بر آن، در نظر شرع هم صحیح باشد، نقل نیز علاوه بر نظر بایع و عرف، در نظر شرع نیز محقق است.

از طرف دیگر هر جا «نقل» صادق باشد «انتقال» هم صادق است؛ چون «انتقال» همان «نقل» است صرف نظر از حیثیت صدور آن.

بنابراین این که جناب شیخ قدس سره - از معنای دوم بیع یعنی اثر و انتقال تحاشی کرده و آن را امری غریب پنداشتند درست نیست؛ چون هر جا بیع صادق باشد انتقال هم صادق است.

اما این که ایشان بیع به معنای مصدر از مبنی للمفعول «مبیعیت» را تکلف دانستند، می‌گوییم بالدقه اگر نگاه کنیم بیع به معنای مصدر از مبنی للمفعول «مبیعیت» چیزی غیر از بیع به معنای مصدری نیست؛ زیرا مصدر مأخوذ از مبنی للمفعول با مصدر مأخوذ از مبنی للفاعل ذاتاً یکی است ولی اعتباراً متفاوت است. پس «مبیعیت» همان «بیع» و «مضروبیّت» همان «ضرب» و «مظلومیت» همان «ظلم» است، ولی اعتباراً تفاوت دارند؛ یعنی در «بیع»، «ضرب» و «ظلم» حیثیت صدور از فاعل در نظر گرفته شده، ولی در «مبیعیت»، «مضروبیّت» و «مظلومیت» این حیث در نظر گرفته نشده، بلکه از این حیث که «قابل» آن را دریافت کرده در نظر گرفته شده است و این تفاوت، تفاوتی نیست که یکی را اثر و دیگری را مؤثر قرار دهد، لذا نمی‌توان گفت مضروبیّت اثر ضرب، مظلومیت اثر ظلم و مبیعیت اثر بیع است، بلکه مضروبیّت عین ضرب، مظلومیت عین ظلم و مبیعیت عین بیع است. بله به نحو تسامحی می‌توان گفت اثر آن است، چنان که در تفاوت بین مصدر و اسم مصدر، اسم مصدر را حاصل و اثر مصدر می‌دانند در حالی که حقیقتاً این طور نیست و مصدر و اسم مصدر ذاتاً یکی هستند، فقط اعتبارشان متفاوت است.

پس این که بیع به معنای انتقال باشد آن قدرها غرابت ندارد.

۳. عقد مرکب از ایجاب و قبول

سومین معنایی که جناب شیخ قدس سره - از بعض من قارب عصره نقل می کنند آن است که لفظ «بیع» در نفس عقد مرکب از ایجاب و قبول استعمال می شود. (۱)

تفاوت معنای سوم با معنای اول و دوم آن است که در معنای اول، «بیع» در «ایجاب» استعمال شده ولی قبول شرط آن است و در معنای دوم در «انتقال» که اثر و حاصل ایجاب و قبول می باشد استعمال شده، اما در معنای سوم، «بیع» در «عقد مرکب از ایجاب و قبول» که ایجاب و قبول دو جزء مفهوم می باشد استعمال شده است.

هر کسی که بیع را به «عقد» تعریف کرده، این معنای سوم مرادش بوده است. بلکه ظاهر این است در عناوین ابواب معاملات، مانند: کتاب البیع، کتاب المساقاه، کتاب المضاربه و ... اتفاق وجود دارد که معنای سوم اراده شده و حتی «إجاره» که در اصل، اسم برای یکی از دو طرف عقد نیست بلکه به معنای اجرت است مقصود از آن در کتاب الإجاره، عقد مرکب از ایجاب و قبول است. (۲) کما این که در

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۷: الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول، وإليه ينظر من عرف البيع بالعقد. قال: بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجاره و شبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد.

۲- یعنی با این که مناسبت استعمال إجاره در عقد از مناسبت استعمال بیع در عقد کمتر است زیرا «بیع» در اصل، اسم برای ایجاب که جزء عقد است می باشد، ولی إجاره در اصل، اسم برای اجرت می باشد که مناسبت آن با عقد کمتر است با این حال مراد از آن در کتاب الإجاره عقد است. • حاشیه المکاسب (للزیدی)، ج ۱، ص ۶۲: الظاهر أنّ وجه عدم كون الإجاره اسماً لأحد طرفي العقد أنّها بمعنى الأجره و ليس مصدرًا أو أنّها مصدر لأجر من الثلاثي لا لأجر فإنّ مصدره الإيجار فكان المناسب أن يعبر بالإيجار و مثلها الوكالة فإن المناسب التعبير بعنوان الباب بالتوكيل و كذا السبق و الرّمايه فإنّ المناسب المسابقه و المراماه و وجه إخفائه كون المراد من هذه المذكورات العقد المستفاده من التعبير بحتى أنّ استعمال ما كان في الأصل اسماً لأحد الطرفين كالبيع و نحوه في المجموع أقرب و أسهل من استعمال ما ليس كذلك في هذا المجموع إذ على الأوّل يكون من قبيل استعمال اللفظ الموضوع للجزء في الكلّ بخلافه على الثّاني فإنّه استعمال في المبادئ و إن كان على التّقديرين مبيناً من وجه و ذلك لأنّ الموضوع له على الأوّل أيضاً أثر الجزء و مدلوله لا نفسه كما هو واضح إذ المفروض أنّ المعنى الحقيقي هو التّقلّ الحاصل بالإيجاب لا نفسه.

شبه إجاره، مانند وکالت نیز که در اصل، اسم برای یکی از دو طرف عقد نیست، مراد از وکالت در کتاب الوکاله، عقد مرکب از ایجاب و قبول می باشد.

مجازیت استعمال بیع در «عقد» در نظر شیخ - رحمه الله علیه -

مرحوم شیخ (۱) قدس سره - بررسی معنای سوم را با نقل عبارتی از شهید ثانی (۲) قدس سره - مبنی بر

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۱۸: و أما البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله: بأن إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقه السببيه. و الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب؛ لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقّف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر بمجرد الأمر و إن لم يصر واجباً في الخارج في نظر غيره. و إلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لا- بيع بينهما»، أو «أقاله في البيع» و نحو ذلك. و الحاصل: أنّ البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه في نظر الشارع، المتوقّف على تحقّق الإيجاب و القبول، فإضافه العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانيه؛ و لذا يقال: «انعقد البيع»، و «لا ينعقد البيع».

۲- مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۴۴: اختلفت عبارات الأصحاب في حقيقه البيع، فجعله جماعه - منهم المصنف في النافع و الشهيد (رحمه الله) - نفس الإيجاب و القبول الناقلين لملك الأعيان و احتجوا عليه بأنّ ذلك هو المتبادر عرفاً من معنى البيع فيكون حقيقه فيه. و ذهب آخرون إلى أنّه أثر العقد، و هو انتقال العين. إلخ. و ردّه الشهيد (رحمه الله) في بعض تحقیقاته إلى الأول، نظراً إلى أنّ الصيغه المخصوصه سبب في الانتقال، فأطلق اسم المسبب على السبب، و عرّف المعنى بالغايه. و فيه نظر لأنّ الإطلاق المذكور مجازي، يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفه للماهيه، إلّا مع قيام قرينه واضحه، و هو منتف. و أمّا التعريف بالغايه بهذا المعنى فغير جائز، لأنّ حملها على المعنى حمل المواطاه - أعنى حمل هو هو - و الغايه مما لا يصح حملها عليه كذلك. و إنّما تدخل الغايه في التعريفات على معنى أخذ لفظ يمكن حمله على المعرف، يشير إلى الغايه و غيرها من العلل التي لا يصح حملها عليه حمل المواطاه و هو هنا منتف.

مجازی بودن این استعمال به علاقه ی سببیت و مسببیت دنبال می کنند و در توضیح آن می فرمایند مراد از مسبب در این جا إنشاء تملیک عین بمال نیست که شیخ قبلاً آن را معنای حقیقی بیع دانست و حتی شرطیت قبول را در آن منتفی دانست، بلکه مقصود از مسبب، اثر حاصل نزد شارع است. نص عبارت شیخ چنین است:

«و الظاهر أنّ المسبب هو الأثر الحاصل فی نظر الشارع؛ لأنه المسبب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب؛ لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقّف علی شیءٍ، كحصول وجوب الضرب فی نظر الأمر بمجرد الأمر و إن لم یصر واجباً فی الخارج فی نظر غیره.»

یعنی اثر حاصل از عقد که همان «نقل»^(۱) باشد مسبب است و مقصود، نقل در دیدگاه شارع است که مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود؛ نه نقل حاصل از فعل موجب (بایع)؛ زیرا از نظر بایع، نقل به صرف ایجاب و إنشاء بایع محقق می شود و متوقف بر چیزی نیست و نظیر تحقق وجوب است به صرف امر در نظر امر در حالی که چه بسا عرفاً محقق نشده باشد که توضیحش گذشت.

شیخ قدس سره - سپس می فرماید: هر جا در روایات یا کلمات علماء تعبیری مانند «لزم

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۴: أقول الفرق بینه و بین الانتقال أنه انفعال بخلاف التقل الّذی هو اسم المصدر فإنّه حاصل المصدر الّذی هو التقل الحدی و الحاصل أنّ اسم المصدر هو المصدر مع إلغاء حیثیه حدوثه و صدوره من الفاعل فلا وجه لتوهم أنه عین الانتقال الّذی نقله عن المبسوط و جعله أثراً للإیجاب و القبول فتدبر.

«البيع»، «وجب البيع»، «أقال البيع»، «لا بيع بينهما» و... وجود داشت، مراد از بیع، اثر حاصل از عقد در نظر شارع می باشد. «وجب البيع» و «لزم البيع»؛ یعنی آن انتقالی که شارع امضاء می کند محقق و قطعی شد.

و در نهایت می فرماید:

«و الحاصل: أنّ البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه فى نظر الشارع، المتوقّف على تحقّق الإيجاب و القبول»

مراد از بیعی که از عقود شمرده می شود، اثر حاصل عند الشارع است؛ یعنی نقل به معنای اسم مصدری اسم مصدر همان مصدر است صرف نظر از حدوث و صدورش از فاعل که متوقف بر ایجاب و قبول بایع و مشتری است، به اضافه ی اعتبار تحقق آن در نظر شارع.

پس بیع به این معنای اسم مصدری که هم متوقف بر ایجاب و قبول است و هم اعتبار شارع مسبب بوده و غیر از عقد است، لذا اضافه ی «عَقْدُ الْبَيْعِ» اضافه ی بیانیه نیست، بلکه اضافه ی لامیه و سببیه است؛ یعنی عقدی که برای بیع بوده و سبب آن است. به همین خاطر تعبیر «إِنْعَقَدَ الْبَيْعَ» یا «لَا يَنْعَقَدُ الْبَيْعَ» صحیح می باشد، در حالی که اگر بیع به معنای ایجاب و قبول بود، در واقع به معنای «بَاعَ الْبَيْعَ» یا «لَا يَبِيعُ الْبَيْعَ» می شد که صحیح نیست.

پس خلاصه ی کلام شیخ این شد که استعمال بیع در عقدِ مرکب از ایجاب و قبول به علاقه ی سبب و مسببی بوده و مجاز است. مقصود از مسبب نیز «نقل» به معنای اسم مصدری است؛ یعنی اثر حاصل در نظر شارع.

توضیحی بر کلام شیخ قدس سره -

جناب شیخ قدس سره - تلاش کردند بیان فرمایند که استعمال بیع در عقد مرگب از ایجاب و قبول، به علاقه ی سبب و مسبب بوده و مجاز است و مسبب، اثر حاصل از عقد در نظر شارع است. سؤالی که این جا بی پاسخ ماند آن است که استعمال بیع در آن مسبب (اثر حاصل از عقد در نظر شارع) آیا به نحو حقیقت است یا مجاز؟

چه بسا برخی از سیاق کلام شیخ استفاده کنند که استعمال لفظ بیع در مسبب (اثر حاصل از عقد در نظر شارع) به نحو حقیقت باشد؛ چون اطلاق بیع بر عقد که سبب باشد بر گرفته از اطلاق بیع بر مسبب است، پس اطلاق بیع بر مسبب حقیقی است و بر سبب مجازی.

ولی با دقت در کلام شیخ قدس سره - به نظر می رسد ایشان قبول ندارند و نباید قبول داشته باشند که اطلاق بیع بر مسبب (اثر حاصل در نظر شارع) علی وجه الحقیقه باشد؛ چرا که ایشان بیع را به «إنشاء تملیک عین بمال» تعریف کردند و گفتند: بیع بر إنشاء موجب هر چند متعقب به قبول نباشد علی نحو الحقیقه صادق است. حال اگر اطلاق بیع بر «اثر حاصل در نظر شارع» را نیز علی وجه الحقیقه بدانند امر غریبی است؛ زیرا لازمه اش آن است که ایشان بیع را مشترک لفظی در دو معنای متفاوت بدانند که یکی صرف «إنشاء تملیک عین بمال» است و دیگری اثر حاصل عند الشارع، علاوه آن که «بیع» باید حقیقت شرعیه باشد چون نظر شارع دخیل در معناست، در حالی که بدیهی است که مفهوم «بیع» از جانب شارع، هیچ دچار تغییر نشده و شارع همان معنایی را که لفظ «بیع» قبل از اسلام به نحو حقیقت داشته موضوع احکام قرار داده و دخل و تصرفی در مفهوم نکرده است. بلکه اصل آن را امضاء فرموده و فقط بعضی قیود اثباتی یا نفیی نسبت به صحت یا لزوم آن افزوده است. پس این که بگوییم استعمال لفظ بیع در

اثر حاصل در نظر شارع به نحو حقیقت است قابل التزام نیست و قطعاً شیخ - رحمه الله علیه - آن را اراده نفرموده است.

بنابراین باید بگوییم جناب شیخ - رحمه الله علیه - فقط «إنشاء تملیک عین بمال» را معنای حقیقی بیع می دانند و اطلاق بیع بر اثر حاصل عند الشارع را مجاز می دانند. ولی این سؤال این جا مطرح می شود که اگر اطلاق بیع بر خود مسبب به نحو مجازی است، پس چطور معنای مجازی دیگری به علاقه ی سببیت از آن أخذ شده است؟! در پاسخ می گوییم: معنای مجازی حتماً لازم نیست از معنای حقیقی أخذ شود، بلکه می تواند از معنای مجازی دیگر أخذ شود که در اصطلاح «سبک مجاز از مجاز(۱)» گفته می شود؛ یعنی در حقیقت ابتدا معنای مجازی «اثر حاصل از عقد

۱- منهاج البراعه فی شرح نهج البلاغه (خویی)، ج ۱، ص ۴۱: اختلفوا فی سبک المجاز عن المجاز، و هو أن يستعمل اللفظ فی معنی مجازی لعلاقه بینه و بین المعنی الحقیقی ثم يستعمل فی معنی آخر لعلاقه بینه و بین المجاز الأول. و لم أظفر بعد بمن أفرد هذه المسأله استقلالاً بالبحث، و لم أجد عنوانها مستقلاً فی کلام من تقدّم، و أنّما يوجد الاشارة إليها فی کلامهم، و یذکرونها استطراداً إذا مست حاجتهم إليها من دون أن یکشفوا عن وجهها الثقات، و یرفعوا عنها الحجاب، و الحق فیها هو الجواز، وفاقاً لجمع من الاصحاب منهم العلامة الحلی فی النهایه و العمیدی فی المنیه و الفاضل القمی (ره) فی القوانین فی تعریف الفقه و ذهب قوم إلى المنع منهم صاحب الفصول و صاحب المصایح. قال الأول: اعلم أنّ العلقه المعروفه أنّما تعتبر إذا كانت بین المعنی المجازی و بین المعنی الموضوع له فلا تعتبر إذا كانت بینه و بین معنی مجازی آخر الا إذا كانت بحيث توجب العلقه بینه و بین المعنی الحقیقی، فتعتبر من هذه الحیثیه، و لهذا تراهم یمنعون سبک المجاز من المجاز، و الدلیل علیه عدم مساعده الطبع، أو الرخصه علی الاعتداد بمثل تلك العلقه لبعدها عن الاعتبار. و أمّا صاحب المصایح فأنه كتب الی الفاضل القمی (ره) فی جمله اعتراضاته التي أوردتها فی حاشیه القوانین مشروحه: أنّ فی القوانین جوّزتم سبک المجاز من المجاز مع أن المجاز لا یتجوّز منه اجماعاً تحصیلاً و نقلاً من العلامه فی بحث النسخ من النهایه، و قد صرّح بذلك جماعه فی بحث مفسده و محاسنه. فكتب الیه الفاضل القمی قدس سره - لا- یحضرنی النهایه و لا غیره من کلمات من نسبتم هذا الکلام الیه، و الذی یحضرنی فی الجواب عمّا ذکرتم: أنّی لا أجد مانعاً منه، و ناهیک فی ذلك ما يوجد فی کلام الملک العلام الذی هو فی منتهی البلاغه مثل قوله تعالی: (وَجُوهٌ یَوْمَئِذٍ نَاضِرَةٌ إِلَى رَبِّهَا نَاطِرَةٌ) اذ الظاهر ان کلمه الربّ مجاز عن رحمته و ثوابه، و ثوابه مجاز عن آثار رحمته من الجنه و الحور و القصور و الثمار و الأنهار و لو لم نقل بذلك فلا بدّ من ارتکاب المجاز فی کلمه الناظره أيضاً و كذلك قوله تعالی: (یَقُولُ الْإِنْسَانُ یَوْمَئِذٍ أَیْنَ الْمُفْرُؤُ، کَلَّا لَا وَزَرَ إِلَى رَبِّکَ یَوْمَئِذٍ الْمُسْتَقَرُّ) فانّ الظاهر أنّ کلمه الربّ مجاز عن حکمه و مشیتته و الحکم و المشیته تصیر ان مستقرّاً للانسان بسبب مقتضیاتهما ...

عند الشارع» از معنای حقیقی «إنشاء تملیک عین بمال» اخذ شده، آن گاه معنای مجازی دیگری (عقد مرکب از ایجاب و قبول) از این مجاز به علاقه ی سببیت اخذ شده و لفظ بیع در آن نیز مجازاً استعمال شده است. (۱)

آیا نزد عرف، صدق و صحت بیع متلازمند؟

به نظر می رسد صدق بیع با صحت آن نزد عرف متلازم نیست؛ یعنی این طور نیست که هر جا عرفاً بیع صادق بود اثر نیز عرفاً بر آن مترتب باشد، بلکه چه بسا ممکن است عرف معامله ای را بیع بدانند ولی اثر بر آن مترتب نکند؛ یعنی در حقیقت آن را بیع فاسد بدانند. شواهدی بر این ادعا می توان اقامه کرد، از جمله:

۱. اگر طفل خردسالی که معنای بیع را درک می کند مال خود را به دیگری بفروشد، عرفاً صدق می کند که «هذا الطفل باع ماله» ولی اثر بر آن مترتب نمی کنند،

۱- به نظر می رسد لزومی ندارد کلام شیخ قدس سره - در توجیه کلام شهید ثانی قدس سره - که اطلاق بیع بر عقد به علاقه ی سببیت است را حمل بر آن کنیم که خود شیخ نیز پذیرفته اند که علاقه ی سببیت مصحح مجازیت اطلاق بیع بر عقد است تا سبک مجاز از مجاز لازم بیاید، بلکه می توان گفت نظر شیخ قدس سره - بر این است که مصحح مجازیت اطلاق بیع بر عقد، علاقه ی جزء و کل است و مستقیماً از اطلاق عقد بر ایجاب یعنی «إنشاء تملیک عین بمال» اخذ شده است. عبارت «حتی الإجاره و شبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد» نیز می تواند مؤید آن باشد؛ زیرا بدین معناست که در اجاره و شبه آن که در اصل اسم برای یکی از دو طرف عقد نیست گرچه علاقه ی جزء و کل وجود ندارد، ولی باز می توان گفت به نحو مجاز است و علاقه ی دیگری وجود دارد. (امیرخانی)

لذا در صورت بروز اختلاف، دادگاه عرفی حکم به عدم صحت معامله می کند.

۲. اگر کسی مال دیگری را سرقت کرد و در بازار فروخت، حتی با علم به مسروقه بودن آن صادق است که «باع السارق ذلک المال من ذاک مشتری» ولی عرف ترتیب اثر بر آن بیع نمی دهد و نقل و انتقال را محقق نمی داند.

بنابراین ما نیز مانند سید یزدی قدس سره - قبول داریم که ممکن است در جایی عرفاً بیع صادق باشد اما اثر عرفاً مترتب نشود. (۱) گرچه در تطبیق کبری بر بعض مصادیق چه بسا با ایشان اختلاف نظر داشته باشیم؛ مثلاً قبول نداریم که تملیک یک کیلو خاک فاقد هرگونه مالیت، بیع باشد چنان که قبلاً در بررسی کلام سید خوبی قدس سره - توضیح دادیم و اگر عرفاً بیع صادق باشد اثر نیز بر آن مترتب می شود.

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۲: فتیین أن کل تملیک إنشائی لا یكون بیعا بل هو أقسام: أحدها: ما یكون بلا قبول سواء كان هناك مخاطب فاهم أو لا و هذا لیس بیعا و لا تملیکا حتی فی نظر المنشی. الثانی: أن یكون مع القبول و سائر شرائط أصل الماهیة و لكن لم یکن ممضی فی نظر العرف كما إذا قال بعتك هذا المن من التراب بكذا و هذا بیع حقیقه إلا أنه فاسد عرفا. الثالث: أن یكون مع القبول و الإمضاء العرفی دون الشرع کبیع الخمر و هذا صحیح عرفی فاسد شرعا. الرابع: أن یكون ممضی فی الشرع أيضا كالواجد لجميع شرائط الصّحه و الإیجاب أيضا كذلك فإن أمر الجدار بالضرب لا یكون إیجابا فی نظر الأمر أيضا و أمر الدانی للعالی إیجاب حقیقی فی نظره دون نظر العرف و أمر الأخ لأخیه إیجاب ممضی عند العرف دون الشرع و أمر الوالد لولده ممضی فی الشرع أيضا.

بيع و سایر عقود اسم برای صحیح است یا اعم؟

بيع حقیقت در صحیح و مجاز در فاسد در کلام شهیدین قدس سرهما -

جناب شیخ قدس سره - ابتدا کلامی از شهید ثانی - رحمه الله علیه - در کتاب الیمین مسالک الأفهام (١) نقل می کنند (٢) که عقد «بيع» و سایر عقود، حقیقت در صحیح و مجاز در فاسد

١- مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ١١، ص ٢٦٣: عقد البيع و غیره من العقود حقیقه فی الصحیح مجاز فی الفاسد، لوجود خواصّ الحقیقه و المجاز فیهما، کمبادره المعنی إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره، و غیره، و من ثمّ حمل الإقرار به علیه، حتی لو ادّعی إرادته الفاسد لم تسمع إجماعاً، و عدم صحّحه السلب و غیر ذلك من خواصّه. و لو كان مشترکاً بین الصحیح و الفاسد لقبل تفسیره بأحدهما کغیره من الألفاظ المشترکه. و انقسامه إلى الصحیح و الفاسد أعمّ من الحقیقه. و حیث كان الإطلاق محمولاً على الصحیح لا یبیز بالفاسد و لو حلف على الإثبات، سواء كان فساده لعدم صلاحیّته للمعاوضه كالخمر و الخنزیر، أم لفقد شرط فيه كجهاله مقداره و عینه. و سیأتی البحث فيه.

٢- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ٣، ص ١٩: ثمّ إنّ الشّهد الثانی نصّ فی «کتاب الیمین» من المسالک على أنّ عقد البيع و غیره من العقود حقیقه فی الصحیح، مجاز فی الفاسد؛ لوجود خواصّ الحقیقه و المجاز، کالتبادر و صحّحه السلب. قال: و من ثمّ حمل الإقرار به علیه، حتی لو ادّعی إرادته الفاسد لم یسمع إجماعاً، و لو كان مشترکاً بین الصحیح و الفاسد لقبل تفسیره بأحدهما کغیره من الألفاظ المشترکه، و انقسامه إلى الصحیح و الفاسد أعمّ من الحقیقه، انتهى. و قال الشّهد الأوّل فی قواعد: الماهیّات الجعلیّیه كالصلاه و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلّا الحجّ؛ لوجوب المضیّ فیها، و ظاهره إرادته الإطلاق الحقیقی. و یشکل ما ذکره بأنّ وضعها للصحیح یوجب عدم جواز التمسک بإطلاق نحو وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و إطلاقاً أدلّه سائر العقود فی مقام الشکّ فی اعتبار شیءٍ فیها، مع أنّ سیره علماء الإسلام التمسک بها فی هذه المقامات. نعم، یمکن أن یقال: إنّ البيع و شبهه فی العرف إذا استعمل فی الحاصل من المصدر الذی یراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء، لا یستعمل حقیقه إلّا فی ما كان صحیحاً مؤثراً و لو فی نظر القائل، ثمّ إذا كان مؤثراً فی نظر الشارع كان بیعاً عنده، و إلّا كان صورته بیع، نظیر بیع الهازل عند العرف. فالبيع الذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقیقه فی الصحیح المفید للأثر، و مجاز فی غیره، إلّا أنّ الإفاده و ثبوت الفائده مختلف فی نظر العرف و الشرع. و أمّا وجه تمسک العلماء بإطلاق أدلّه البيع و نحوه؛ فلا یؤثر الخطاب لَمَّا وردت على طبق العرف، حمل لفظ «البيع» و شبهه فی الخطابات الشرعیّه على ما هو الصحیح المؤثر عند العرف، أو على المصدر الذی یراد من لفظ «بعت»، فیستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً فی نظر الشارع أيضاً، فتأمل فإنّ للكلام محلاً آخر.

است؛ چراکه خواص حقیقت و مجاز در این دو وجود دارد؛ یعنی متبادر از لفظ بیع، بیع صحیح است و از بیع فاسد می توان سلب عنوان بیع کرد و گفت «لیس ببيع» پس معلوم می شود بیع برای «بیع صحیح» وضع شده و استعمال آن در «بیع فاسد» مجاز است.

همچنین اگر کسی اقرار کرد چیزی را فروخته است، کلامش بر بیع صحیح حمل می شود و حتی اگر اقرارش را بعداً تفسیر کرده و بگوید مراد من از بیع، بیع فاسد بود، از وی پذیرفته نمی شود اجماعاً. در حالی که اگر برای اعم وضع شده و مشترک بین صحیح و فاسد بود، تفسیر اقرارش به هر یک از دو قسم پذیرفته می شد، کما این که در بقیه ی الفاظ مشترک نیز پذیرفته می شود؛ مثلاً اگر کسی اقرار کند که حیوان خریدم، سپس حیوان را به حیوان خاصی تفسیر کند پذیرفته می شود.

و اگر کسی بگوید انقسام بیع به صحیح و فاسد و استعمال آن در مقسم، نشان گر آن است که بیع برای اعم وضع شده، پاسخش آن است که استعمال اعم از حقیقت بوده و صرف استعمال، دلیل بر حقیقت در آن معنا نیست.

جناب شیخ قدس سره - سپس عبارت کوتاهی را از شهید اول - رحمه الله علیه - نقل می کنند که در کتاب القواعد و الفوائد (۱) می فرماید: ماهیات جعلیه ماهیاتی که شارع اختراع

۱- القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۱۵۸: فائده: الماهیات الجعلیه، كالصلاه، و الصوم، و سائر العقود، لا تطلق علی الفاسد إلا الحج، لوجوب المضی فیہ، فلو حلف علی ترک الصلاه أو الصوم اکتفی بمسمى الصحه، و هو الدخول فیهما، فلو أفسدهما بعد ذلك لم یزل الحنث. و یحتمل عدمه، لأنها لا تسمى صلاه شرعا و لا صوما مع الفساد. أما لو تحرم فی الصلاه، أو دخل فی الصوم مع مانع من الدخول، لم یحث قطعا. و من فروع الحقیقه: حمل (اللام) علی الملك، فلو قال: هذا لزيد، فقد أقر له بملكه، فلو قال: أردت أنه بیده عاریه أو إجاره أو سکنی، لم یسمع، لأنه خلاف الحقیقه. و کذا الإضافه بمعنی (اللام) مثل: دار زید، فلو حلف أن لا یدخل دار زید، فهی المملوکه و لو بالوقف. و علی هذا لا یحث بالحلف علی دابه العبد أصلا، لعدم تصور الملك فیہ علی الأقوی، إلا أن یقصد ما عرف به و شبهه. و قال بعض العامه: لا یحث و لو قلنا بملكه، لنقصه باعتبار أنه فی معرض الانتزاع منه فی کل آن. و یرد علیه: أن الملك ینقسم إلى التام و الناقص حقیقه. إلا أن یمنع القسمه المعنویه.

کرده مثل صلاه و صوم و [نیز] همه ی عقود، فقط برای صحیح وضع شده و بر فاسد علی وجه الحقیقه اطلاق نمی شود. بلکه فقط «حج» بر حج فاسد نیز به نحو حقیقت اطلاق می شود؛ زیرا اگر کسی حجش را فاسد کرد نمی تواند آن را به هم بزند، بلکه باید مُضی در آن داشته باشد. (۱)

عدم جواز تمسک به عمومات و اطلاقات، لازمه ی کلام شهیدین قدس سرهما -

شیخ قدس سره - به جای قضاوت در اصل مطلب که آیا بیع حقیقت در صحیح است یا اعم، به مشکلی که از نظریه ی شهیدین قدس سرهما - پدید می آید اشاره می کند و آن این که اگر الفاظ معاملات از جمله بیع برای خصوص صحیح وضع شده باشد لازمه اش آن است که عند الشک در اشتراط و اعتبار شیئی در معاملات به عنوان شرط یا جزء نتوان به اطلاق یا عموم ادله ی معاملات تمسک کرد؛ مثلاً در شک در اشتراط عربیت در صیغه ی بیع یا اشتراط موالات بین ایجاب و قبول،

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۴، ص ۳۷۳: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَتْ: سَأَلْتُهُ عَنْ مُحْرِمٍ غَشِيَتْهُ امْرَأَتُهُ وَ هِيَ مُحْرِمَةٌ قَالَتْ: جَاهِلَيْنِ أَوْ عَالَمَيْنِ؟ قُلْتُ: أَجْنَبِي فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا قَالَ: إِنْ كَانَا جَاهِلَيْنِ اسْتَغْفَرَا رَبَّهُمَا وَ مَضَىٰ عَلَيَّ حَجَّهُمَا وَ لَيْسَ عَلَيْهِمَا شَيْءٌ ؕ وَ إِنْ كَانَا عَالَمَيْنِ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي أَحَدْتَا فِيهِ وَ عَلَيْهِمَا بَدَنُهُ وَ عَلَيْهِمَا الْحُجُّ مِنْ قَابِلٍ فَإِذَا بَلَغَا الْمَكَانَ الَّذِي أَحَدْتَا فِيهِ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا حَتَّىٰ يَقْضِيَا نُسُكَهُمَا وَ يَرْجِعَا إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي أَصَابَا فِيهِ مَا أَصَابَا قُلْتُ: فَأَيُّ الْحَجَّيْنِ لَهُمَا؟ قَالَ: الْأُولَى الَّتِي أَحَدْتَا فِيهَا مَا أَحَدْتَا وَ الْأُخْرَى عَلَيْهِمَا عُقُوبَةٌ.

نمی توان با تمسک به عموم یا اطلاق مثل (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و ... اثبات کرد عریّت و موالات شرط نیست؛ زیرا بنابر مبنای شهیدین مراد از «بیع»، «تجاره» و «عقد» در آیات شریفه «بیع»، «تجاره» و «عقد» صحیح است، لذا با شک در صحت آن نمی توان به عموم یا اطلاق تمسک کرد؛ زیرا تمسک به عام یا مطلق در شبهه ی مصداقیه لازم می آید و مانند آن است که با شک در عالم بودن زید، تمسک به اطلاق «اکرم العالم» کرده و اثبات کرد زید واجب الاکرام است!

پس لازمه ی کلام شهیدین عدم جواز تمسک به اطلاق و عموم ادله ی معاملات است، در حالی که سیره ی علماء اسلام بر تمسک به آن بوده است.

شیخ قدس سره - بعد از ذکر اشکال کلام شهیدین در صدد برمی آیند آن را به گونه ای توجیه و تأویل کنند تا این اثر بر آن مرتب نگردد و امکان تمسک به عموم و اطلاق فراهم شود.

قبل از بیان فرمایش شیخ لازم است «مراتب صحت در معاملات» را تبیین کنیم تا نکته ای که جناب شیخ در تأویل کلام شهیدین قدس سرهما - به آن تکیه کرده اند مشخص گردد.

مراتب صحت در معاملات

اشاره

صحت در معاملات در سه مرتبه قابل تصور است:

۱. صحت عند المتعاملین؛ زید و عمرو که با یکدیگر بیع می کنند، بالطبع آن بیع را در نظر خودشان صحیح می دانند، و ملحق به متعاملین است آن فضای محدودی که متعاملین در آن قرار داشته و با متعاملین هم نظرند؛ مثلاً محله ای که متعاملین در آن قرار دارند و افرادی که با آن دو در ارتباطند آن بیع را صحیح می دانند.

۲. صحّت عند العرف و العقلاء؛ همان طور که قبلاً بیان کردیم ممکن است در مواردی بیع عند المتعاملین صحیح باشد اما عقلاء آن را صحیح ندانند. پس اگر علاوه بر متعاملین، عموم عرف و عقلاء نیز آن را صحیح بدانند مرتبه ی دیگری از صحّت تحقق یافته است.

در نگاه متعاملین هرگاه بیع صادق باشد ظاهراً صحیح نیز می باشد و صدق و صحت تلازم دارند^(۱)، امّا در نگاه عرف و عقلاء همیشه صدق ملازم با صحت نیست؛ یعنی ممکن است بیع نزد متعاملین و عرف صادق باشد ولی عقلاء آن را صحیح ندانند، مانند بیع مال دزدی که عند المتعاملین صحیح است اما عقلاء با این که آن را بیع می دانند، اثر بر آن مترتب نکرده و آن را فاسد می دانند. البته بعضی از اعلام^(۲) علی ما نُقِلَ بین آن دو تفکیک نکرده و قائلند هر جا بیع صادق است، عموم عرف و عقلاء آن را صحیح و ذات اثر نیز می دانند. ولی تقریباً واضح است که این حرف اشتباه است.

۳. صحّت عند الشارع؛ مرتبه ی دیگر صحّت، صحّت عند الشارع است؛ چون

۱- ولی بعضی مثل سید یزدی قدس سره - قائل به عدم تلازم هستند: • حاشیه المكاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۳: أَنَّ الْأَثْرَ الَّذِي هُوَ الْمَلَکِيَّةُ قَدْ لَا يَكُونُ مُتَحَقِّقًا فِي نَظَرِهِ [النَّاقِل] أَيْضًا وَإِنْ حَصَلَ إِشَاؤُهُ وَوَجَدَ بَوْجُودَ إِشَائِيٍّ غَيْرٍ مُعْتَبَرٍ كَمَا فِي النَّظَائِرِ الَّتِي أَشْرْنَا إِلَيْهَا فَإِنَّ الْمَلَکِيَّةَ الْإِشَائِيَّةَ حَاصِلَهُ إِذَا تَخَيَّلَ وَجُودَ الْعَوْضِ فَبِانْ عَدَمِهِ أَوْ إِذَا قَالَ لِلجِدَارِ بَعْتِكَ دَارِي مَعَ أَنَّهَا لَيْسَتْ حَاصِلَهُ فِي نَظَرِهِ وَفِي اعْتِبَارِهِ قِطْعًا وَ لَا يَكُونُ بَيْعًا قِطْعًا.

۲- کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص ۴۴: إِنَّ الْبَيْعَ وَ أَمْثَالَهُ مِنَ الْمَعَامَلَاتِ - كَالْتَرْوِیجِ - أُمُورٌ يَعْتَبَرُهَا الْعُقَلَاءُ، وَ اعْتِبَارُهُمْ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْسِ وَ الْإِثْبَاتِ، وَ لَيْسَتْ لَهُ حَالَةٌ بَرَزَخِيَّةٌ؛ بَأَنَّ يَكُونُ فَاسِدًا؛ فَإِنَّهُمْ إِمْرًا يَعْتَبِرُونَ التَّبَادُلَ فِي الْمَالِيْنِ، أَوْ لَا، وَ لَا يَتَصَوَّرُ اعْتِبَارَهُمْ لِذَلِكَ فَاسِدًا، وَ مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ اعْتِبَارَهُمْ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْمَالِيْنِ، فَبَيْعُ كَوْزٍ مِنَ الْمَاءِ بِكَوْزٍ آخَرَ فِي وَسْطِ الْبَحْرِ، لَيْسَ بَيْعًا عِنْدَهُمْ، وَ لَا يَعْتَبَرُونَهُ بَيْعًا، بَلْ يَحْمِلُونَهُ عَلَى الْهَزْلِ وَ اللَّغْوِيَّةِ.

ممکن است معامله ای عند المتعاملین و نیز عند العقلاء صحیح باشد، اما شارع حکم به فسادش کرده باشد، مانند بیع خمر، بیع ربوی و

ظهور عبارت شهیدین قدس سرهما - در صحت عند الشارع

بعد از روشن شدن مراتب صحت، این سؤال در مورد کلام شهیدین مطرح می شود که مراد از صحت در نظر این دو بزرگوار که فرمودند الفاظ معاملات حقیقت در صحیح است نه در اعم کدام مرتبه از مراتب صحت است؟ عند المتبایعین، عند العقلاء یا عند الشارع؟

از عبارت شهیدین، خصوصاً شهید اول قدس سره - که عقود را با ماهیات جعلیه (الفاظ عبادات مانند صلاه، صوم و ...) در یک ردیف قرار داده، استفاده می شود مرادشان صحیح عند الشارع است.

وارد بودن اشکال شیخ و اشکالی دیگر بر ظاهر عبارت شهیدین قدس سرهما -

اگر شهیدین قدس سرهما - ظاهر کلامشان را اراده کرده باشند اشکال شیخ قدس سره - که فرمود لازمه اش آن است نتوان به عمومات و اطلاقات تمسک کرد بر آن وارد است؛ زیرا اگر مراد از «بیع»، «تجاره» و «عقد» در آیات شریفه «بیع»، «تجاره» و «عقد» صحیح در نظر شارع باشد، دیگر نمی توان با شک در صحت شرعی عقد فاقد عربیت و نظیر آن، به عموم (أوفوا بالعقود)، (أحلَّ اللهُ البیع) و (إلا أنْ تَكونَ تجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ) تمسک کرده و اثبات کرد عقد صحیح است؛ چون تمسک به عام است در شبهه ی مصداقیه که هیچ کس حتی افراد قلیلی (۱) که تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصّص را جایز می دانند تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی نفس عام را روا نمی دانند.

۱- مانند محقق نهاوندی قدس سره - در تشریح الاصول، ص ۲۶۱.

اشکال دیگر آن که چگونه می توان گفت الفاظ معاملات مانند بیع، عقد، تجارت و ... حتی نکاح که معامله ی بالمعنی الاعم است برای خصوص صحیح عند الشارع وضع شده، در حالی که این الفاظ یا مرادف آن در لغات دیگر، قبل از اسلام و از ابتدای شروع مدنیّت بشر مورد استعمال بوده است؟!

و اگر گفته شود شارع این الفاظ را از معنای لغوی به معنای شرعی که واجد تمام شرائط صحت باشد نقل کرده، در پاسخ می گوئیم بدیهی است که چنین اتفاقی نیافتاده و اگر اتفاق می افتاد حتماً برای ما ولو در ضمن روایت ضعیفی نقل می شد و ما به آن علم پیدا می کردیم.

ورود این اشکالات بر ظاهر کلام شهیدین، شیخ را به تکاپو انداخته که یک نوع توجیه و تأویلی که شایسته ی مقام این دو بزرگوار است ذکر بفرمایند.

توجیه شیخ درباره ی کلام شهیدین و نقد آن

مرحوم شیخ حقیقت بودن لفظ بیع در صحیح، در عبارت شهیدین قدس سرهما - و نیز اشکالی که از آن پدید می آید، هر دو را توجیه می کند.

در توجیه «حقیقت بودن لفظ بیع در صحیح» می فرماید (۱): بیع و شبه آن برای صحیح و مؤثر وضع شده است. با گفتن «بعث» از جانب بایع، مصدر یعنی «البیع» محقق می شود. اگر این مصدر را از حیث صدور آن تجرید کرده و به نحو اسم

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۲۰: نعم، یمکن أن یقال: إنَّ البیع و شبهه فی العرف إذا استعمل فی الحاصل من المصدر الذی یراد من قول القائل: «بعث» عند الإنشاء، لا یستعمل حقیقه إلّا فی ما کان صحیحاً مؤثراً و لو فی نظر القائل، ثمّ إذا کان مؤثراً فی نظر الشارع کان بیعاً عنده، و إلّا کان صوره بیع، نظیر بیع الهازل عند العرف. فالبیع الذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل: «بعث» عند العرف و الشرع حقیقه فی الصحیح المفید للأثر، و مجاز فی غیره، إلّا أنّ الإفاده و ثبوت الفائده مختلف فی نظر العرف و الشرع.

مصدر (۱) در نظر بگیرییم مفاد و معنای بیع خواهد بود که باید مؤثر و صحیح باشد هر چند صحیح و مؤثر در نظر قائل؛ یعنی وقتی که شخصی خبر از تحقق بیع می دهد، در واقع لفظ بیع را در صحیح و مؤثر استعمال می کند، هر چند فقط در نظر خودش صحیح و مؤثر باشد. اگر علاوه بر آن نزد شارع نیز مؤثر و صحیح باشد، نزد شارع نیز بیع خواهد بود و الا صورت بیع بوده و نظیر بیع هازل نزد عرف می باشد. یعنی همان طور که اگر کسی از روی هزل و شوخی بیع انجام دهد عرف آن را بیع نمی داند، شارع نیز بیعی که تمام شرائط صحت را نداشته باشد بیع نمی داند.

پس بیع که در معنای اسم مصدری به کار رفته و حکایت از تحقق امری بعد از انشاء بایع می کند، چه در نظر عرف و چه در نظر شارع، حقیقت در صحیح است؛ إلا این که صحیح نزد عرف با صحیح نزد شرع متفاوت است. به تعبیر دیگر بیع اسم برای عقد مؤثر و مفید فایده ی ملکیت می باشد، ولی ممکن است بیعی در نظر عرف صحیح باشد و در نظر شرع صحیح نباشد، مانند بیع خمر و بیع ربوی که عرف آن را صحیح می داند ولی شارع آن را مؤثر و صحیح نمی داند و از آن جا که طبق فرض، بیع اسم برای عقد مؤثر و صحیح است، پس بیع خمر و بیع ربوی نزد شارع اصلاً بیع نیست.

عبارت شیخ قدس سره - گرچه مقداری دارای ابهام است، ولی به نظر می رسد بیع را از حیث صحت، مفهومی کشش دار می دانند که شامل صحت نزد قائل، عرف و شارع می شود و معتقدند حداقل در مقام توجیه کلام شهیدین قدس سرهما - که بیع بر غیر عقد صحیح اطلاق نمی شود.

۱- ظاهراً مراد شیخ قدس سره - از مصدر، «إنشاء تملیک عین بمال» است که همان انشاء موجب و گفتن «بعثت» بوده و به معنای فروختن است و مرادشان از اسم مصدر «نقل» است که اثر بیع صحیح ولو در نظر قائل می باشد و از انشاء موجب و گفتن «بعثت» حاصل می شود. (امیرخانی)

اگر بخواهیم تشبیهی برای مفهوم کشش داربِیع صحیح ذکر کنیم می توانیم به داروی مسکن مثال بزیم. داروی مسکن انواع مختلفی مانند آسپیرین، استامینوفن، پروفن، پتیدین (۱) و ... دارد و از لحاظ تأثیری که در تسکین درد دارند متفاوت است؛ مثلاً بعضی ممکن است در تسکین سر درد مفید باشد و بعضی در تسکین دل درد و برخی در تسکین دردهای عمومی بدن و ... ولی همه از این جهت که تسکین دهنده اند «مسکن» نامیده شده اند. بیع نیز اسم برای عقد مؤثر است، ولی گاهی فقط نزد قائل مؤثر بوده و نظیر مسکنی است که فقط سر درد را تسکین می دهد و گاهی علاوه بر آن، نزد عرف و گاهی نزد شارع نیز مؤثر است و نظیر مسکنی است که همه ی دردهای بدن را تسکین می دهد.

۱- آسپیرین، استامینوفن و ایبوپروفن (پروفن) معمول ترین داروهای مسکن هستند. کلیه ی این داروها در یک خاصیت مشترک هستند. آن ها باعث کاهش تولید پروستاگلاندین ها ماده ای شبه هورمون که توسط بدن تولید می شود و باعث تحریک التهاب، تب و درد می گردد می شوند. آسپیرین و ایبوپروفن در رفع هر سه اثر پروستاگلاندین ها مؤثر هستند در حالی که استامینوفن در برطرف کردن تب و درد تأثیر دارد و در رفع التهاب مؤثر نیست. آسپیرین (Asprin)) گسترده ترین دامنه ی کاربرد را دارد و در سردرد ساده، دردهای عضلانی، التهاب مفصلی، شکستگی استخوان ها، رماتیسم، دندان درد و غیره استفاده می شود. استامینوفن (Acetaminophen) دارویی مسکن و تب بر است که به طور گسترده برای درمان تب، سردرد و دردهای خفیف مورد استفاده قرار می گیرد. برعکس داروهای ضد التهاب غیر استروئیدی که در سطح پوست و عضلات و مفاصل و استخوان ها تأثیر می گذارند - استامینوفن با مهار حس درد در مغز و نخاع سبب کاهش درد می شود. عوارض جانبی و واکنش های حساسیتی استامینوفن کمتر از آسپیرین است. ایبوپروفن (Ibuprofen) به خصوص در رفع درد و التهاب مفصلی و نیز تب، گرفتگی عضلانی، دندان درد، کمردرد، میگرن، درد و تب ناشی از سرماخوردگی و مهم تر برای دردهای قاعدگی مفید است و از نظر انعقاد خون اثر آن مشابه آسپیرین است. احتمال ایجاد زخم در اثر ایبوپروفن کمتر از آسپیرین است، اگرچه مصرف درازمدت آن می تواند باعث زخم و خون ریزی شود. پتیدین (Pethidine) داروی مخدر از گروه شبه تریاک هاست که به روش صنعتی تولید و برای درمان دردهای متوسط تا شدید استفاده می شود. پتیدین در مقایسه با مرفین داروی کم خطرتریست و احتمال اعتیاد به آن کمتر است، ولی عوارض خطرناکی مانند تشنج و هذیان ممکن است به دنبال داشته باشد.

پس این که گفته شود «بیع در معنای صحیح به کار رفته، ولی ممکن است صحیح در نظر عرف، متفاوت از صحیح در نظر قائل و صحیح در نظر شرع، متفاوت از نظر عرف باشد و به اصطلاح مفهومی کشش دار باشد» استغراب نداشته و نظیر آن در عرف نیز وجود دارد.

اگر مراد شهیدین قدس سرهما - این توجیه باشد که بیع برای صحیح ولو در نظر قائل وضع شده است، این در حقیقت عبارت آخرای آن است که بگوییم صحت حداقلی در صدق بیع کفایت می کند و صحت عند العقلاء و صحت عند الشارع در صدق آن شرط نیست و اگر أحياناً فهمیده شود که صحت عند العقلاء یا صحت عند الشارع اراده شده، از قرینه ی خارجی فهمیده می شود و این طور نیست که لفظ به گونه ای وضع شده باشد که وقتی از جانب شارع استعمال می شود صحیح معنای خاصی داشته باشد و هنگامی که از جانب عقلاء صادر می شود معنای دیگری داشته باشد، بلکه معنای لفظ آن است که حداقل اثر بر آن مترتب شود و آن، اثر عند القائل و به تعبیر ما عند المتعاملین است. (۱)

پس این کلام در واقع التزام به آن است که بیع برای اثر مترتب عند المتعاملین وضع شده است. لذا ممکن است در مواردی بیع صادق باشد ولی عند العرف و عند الشرع فاسد باشد و این طور نیست که بر فاسد عند العرف یا عند الشرع، بیع حقیقتاً صادق نباشد. بله هر جا بیع صادق است، عند المتعاملین صحیح نیز هست؛ چون معنا ندارد بیع صادق باشد ولی در نظر متعاملین فاسد باشد.

۱- این نظیر آن است که کسی طلب مسکن کند در حالی که هیچ قرینه ای بر اراده ی نوع خاصی از آن وجود نداشته باشد، که در این صورت بر مسکن [حداقلی] نیز صادق است؛ یعنی هر نوع مسکنی اعم از مسکن دل درد یا سر درد یا ... به او داده شود دستور انجام شده است. اما گاهی قرینه وجود دارد چه نوع مسکنی می خواهد؛ مثلاً می گوید سرم درد می کند مسکن بده، که مراد مسکن سر درد است یا بگوید کل بدنم و عضلاتم کوفته شده، که مسکن درد عمومی مراد است.

مرحوم شیخ در توجیه مشکل پدید آمده از کلام شهیدین قدس سرهما - که لفظ بیع حقیقت در صحیح است و لذا نمی توان به اطلاقات و عمومات تمسک کرد، دو راه حل ارائه می کنند(۱) که عبارتست از:

۱. از آن جا که خطابات شرعیه به عرف إلقاء شده است، پس مراد از لفظ بیع و شبه آن در مثل (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و ... بیع، عقد و تجارت صحیح عند العرف می باشد و در واقع این آیات شریفه بیع، تجارت و عقد عرفی را مورد امضاء قرار می دهد. پس مشکل تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه نیز رفع می گردد؛ زیرا شک در اشتراط و اعتبار شیئی در بیع شرعاً، بعد از احراز صحت بیع عرفاً، مانع از تمسک به اطلاق و عموم نیست؛ چون علی الفرض مقصود از بیع، تجارت و عقد در اطلاقات و عمومات، بیع صحیح، تجارت صحیح و عقد صحیح عند العقلاء است؛ نه عند الشرع تا تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه لازم آید.

و اما این که مراد شیخ قدس سره - از بیع در این احتمال، به نحو اسم مصدری است یا مصدری، دارای ابهام است ولی به قرینه ی سیاق، استعمال آن به نحو اسم مصدری مراد شیخ است، هر چند ظاهر حاشیه ی آخوند(۲) قدس سره - آن است که مراد از بیع در این احتمال و احتمال بعد به نحو مصدری است.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۲۰: و أمّا وجه تمسک العلماء بإطلاق أدله البيع و نحوه؛ فلأنّ الخطابات لما وردت علی طبق العرف، حمل لفظ «البيع» و شبهه فی الخطابات الشرعیه علی ما هو الصحیح المؤثر عند العرف، أو علی المصدر الذی یراد من لفظ «بعث»، فیستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه أو بوجوب الوفاء علی كونه مؤثراً فی نظر الشارع أيضاً، فتأمل فإنّ للكلام محلاً آخر.

۲- حاشیه المكاسب (للاخوند)، ص ۸: أي يستدل بإطلاقه علی كون البيع الإنشائي، بمثل (بعث)، علی إطلاقه، من دون اعتبار ما شكّ فی اعتباره، يكون مؤثراً نافذاً، غايه الأمر، قد علم تقييده بالقبول. و من هنا ظهر أنه علی الوجهين، يكون المراد بالبيع، هو السبب القابل للاتصاف بالصحة، و الفساد. و الفرق بينهما أنّما يكون بالتّمامیه، و النقصان. فافهم.

۲. مراد از بیع در مثل (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) مصدری است که با گفتن «بعثت» پدید می آید و در حقیقت به این معناست که هرچه عرفاً بیع بر آن صادق است اعم از آن که عند العرف و العقلاء صحیح باشد یا نه مورد امضاء شرع قرار گرفته است. (۱)

مرحوم شیخ در نهایت «فتأمل» ذکر می کنند و می فرمایند: فَإِنَّ لِلْكَلامِ محللاً آخر.

همان طور که ملاحظه می فرمایید، این دو راه حلّی که جناب شیخ ارائه کردند در واقع راه حل نبود و رفع ید از کلام شهیدین بود، هر چند در وجه اوّل به گونه ای خواستند کلام شهیدین را اعمال کنند، ولی در حقیقت رفع ید از آن است؛ زیرا کلام شهیدین این بود که اسامی معاملات برای خصوص عقود

۱- حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحديثه)، ج ۱، ص ۸۸: ملخص كلامه قدّس سرّه تصحيح التمسك بالإطلاق بوجهين: أحدهما: أنّ البيع وإن كان موضوعاً للنقل المؤثر من دون خصوصيه نظر دون نظر كما تقدم آنفاً إلا أنّ الخطابات الشرعيه حيث إنّها أُلقيت إلى العرف، فلا بد من حملها على ما هو النقل المؤثر عندهم، فالشارع في مخاطباته كأحد أهل العرف بالنسبه إلى الآخر منهم، فلو أراد خلاف ما عليه العرف لزم عليه نصب القرينه، و عليه فيتعين النقل العرفي لجميع الأحكام والآثار المترتبة على النقل الشرعي إلا ما خرج بالدليل. و هذا التقريب لا دخل له بمسأله تصويب نظر العرف بالإطلاق و تخطئه نظرهم في مورد الاستثناء، كما فهمه غير واحد من اجله المحشين إذ صريح عبارته قدّس سرّه أنّ النقل العرفي هو الموضوع حيث قال رحمه الله: (حمل لفظ البيع و شبهه في الخطابات الشرعيه على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف .. إلخ) و لا واقع للنقل باعتبار العرف إلّا نفسه. ثانيهما: حمل لفظ البيع على إنشاء النقل و هو فعل الموجب، و هو الذي اختاره في مقام تعريف البيع، و هو الذي عبر عنه هنا بالمصدر، في قبال السابق المعبر عنه بحاصل المصدر، و عليه فإذا حكم الشارع على إنشاء النقل بالحل أو بوجوب الوفاء، مع أنّه لو لا- تأثيره في النقل شرعاً لا حليه و لا وجوب الوفاء، فيعلم من إطلاقه أنّ كل إنشاء النقل يوجب النقل شرعاً، و هذا أيضاً لا دخل له بالتخطئه و التصويب، فإنّ إنشاء النقل واقع نفسه بالضروره، و لا واقع آخر له حتى يصيب تاره و يخطأ أخرى، نعم يشترك الوجهان في لزوم التخصيص الحقيقي في موارد الاستثناء، لانحفاظ الموضوع بحده و مع ذلك لا حكم له و لا أثر له أحياناً.

صحيحه عند الشارع وضع شده است، ولي جناب شيخ در راه حل اول مي فرمايد: مراد از بيع و نظير آن در عمومات و اطلاقات كتاب و سنت، صحيح عند العقلاء است؛ نه صحيح عند الشارع، و در راه حل دوم مي فرمايد: مراد از بيع در عمومات و اطلاقات، مصدرى (۱) است كه عرفاً «بيع» بر آن صادق باشد، هر چند صحيح نباشد، كه لازمه اش آن است بگوئيم: حتى اگر بيعى در نظر عرف فاسد باشد مورد امضاء شارع است. گرچه احتمال قوى وجود دارد كه كلام از آن منصرف باشد، لذا بيش از امضاء عقودى كه صحيح عند العقلاء است از اطلاقات و عمومات استفاده نمى شود.

۱- اين احتمال دقيقاً بر خلاف توجيهى است كه قبلاً براى كلام شهيدى قدس سرهما - انجام دادند و فرمودند: «إنَّ البيع و شبهه فى العرف إذا استعمل فى الحاصل من المصدر الذى يراد من قول القائل: «بعث» عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقه إلَّا فى ما كان صحيحاً مؤثراً و لو فى نظر القائل».

اسامی معاملات اسم برای سبب است یا مسبب؟

اشاره

بحثی در فقه و اصول مطرح شده که اسامی معاملات از جمله بیع، اسم برای سبب است یا مسبب؟ آثاری را بر هر دو احتمال مترتب کرده اند، از جمله این که اگر اسامی معاملات برای مسبب وضع شده باشد دیگر این بحث که اسامی معاملات برای صحیح وضع شده یا اعم، جایگاهی نخواهد داشت؛ زیرا مسبب امرش دائر بین وجود و عدم است. (۱) همچنین بعضی گفته اند اگر بیع و امثال آن برای مسبب وضع شده باشد دیگر نمی توان به اطلاق ادله تمسک کرد. (۲)

۱- کفایه الأصول، ص ۳۳: أن أسامی المعاملات إن كانت موضوعه للمسيبات فلا مجال للنزاع في كونها موضوعه للصحيحه أو للأعم لعدم اتصافها بهما كما لا يخفى بل بالوجود تاره و بالعدم أخرى و أما إن كانت موضوعه للأسباب فللنزاع فيه مجال لكنه لا يبعد دعوى كونها موضوعه للصحيحه أيضا و أن الموضوع له هو العقد المؤثر لأثر كذا شرعا و عرفا و الاختلاف بين الشرع و العرف فيما يعتبر في تأثير العقد لا يوجب الاختلاف بينهما في المعنى بل الاختلاف في المحققات و المصاديق و تخطئه الشرع العرف في تخيل كون العقد بدون ما اعتبره في تأثيره محققا لما هو المؤثر كما لا يخفى فافهم.

۲- محاضرات في أصول الفقه، ج ۱، ص ۱۸۶: و ربما يورد بان حديث التمسك بالإطلاق في المعاملات انما يتم فيما لو كانت المعاملات أسامی للأسباب، دون المسيبات، فانه حينئذ مجال للتمسك بإطلاق قوله تعالى (أحل الله البيع) (و تجاره عن تراض) و نحوهما لإثبات إمضاء كل سبب عرفي إلا ما نهى عنه الشارع. و أما لو كانت المعاملات أسامی للمسيبات فالإمضاء الشرعي المتوجه إليها لا يدل على إمضاء أسبابها، لعدم الملازمه بين إمضاء المسبب و هو المبادله في البيع و ما شاكلها، و إمضاء السبب و هو المعاطاه أو الصيغه الفارسيه- مثلا- و من الواضح ان أدله الإمضاء جميعاً من الآيات، و الروايات متجهه إلى إمضاء المسيبات، و لا تنظر إلى إمضاء الأسباب أصلا، ضروره ان الحليه في قوله تعالى أحل الله البيع ثابتة لنفس المبادله و الملكيه في مقابل تحريمها، و لا- معنى لحليه نفس الصيغه أو حرمتها، و وجوب الوفاء في قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) ثابت للملكيه و المبادله، فان الوفاء على ما ذكرناه بمعنى الإنهاء و الإتمام، و من المعلوم انه لا يتعلق بنفس العقد فانه أنى الحصول فلا بقاء له، بل لا بد و ان يتعلق بما له قابليه البقاء و الدوام و هو ليس في المقام إلا نفس المسبب.

از عبارات شیخ قدس سره - هم استفاده می شود در معاملات، سبب و مسبب وجود دارد، ولی ما می خواهیم بیان کنیم اگر مراد از مسبب همان گونه که شیخ بیان کردند اثر عند الشارع یا اثر عند العرف باشد، مانعی ندارد قائل به سبب و مسبب باشیم به این نحو که عقد را سبب و ملکیت عند الشارع یا عند العرف را مسبب از آن بدانیم؛ البته با تسامح؛ زیرا ملکیت عند الشارع یا عند العرف مسبب از اعتبار خود شارع یا خود عرف است؛ نه از عقد متبایعین، گرچه عقد نیز نقش دارد.

اما اگر مراد از مسبب، همان گونه که از بعضی کلمات استفاده می شود ملکیت عند المتبایعین باشد، سبب و مسببی وجود ندارد بلکه یک چیز ترکیبی است که امرش دائر بین وجود و عدم بوده و وابسته به اعتبار معتبر یعنی بایع و مشتری می باشد.

به عنوان مثال؛ وقتی زید هنگام فروش کتابش به عمرو، با قصد تملیک و گفتن «بعث» یا هر مبرز دیگر ایجاب می کند و مشتری نیز به همین نحو قبول می کند، دیگر ملکیتی وراء آن چه انشاء کرده اند حاصل نمی شود، بلکه ملکیت همان چیزی است که با «بعث» و «اشتریت» پدید آمده و جزء مجموعه ی عقد است که از آن به «بیع» تعبیر می شود.

به تعبیر دیگر عقد تام، همان اعتبار ملکیت برای دیگری با مبرز است به شرط قبول وی، و در حقیقت مجموعه ی گفتن «بعث» و «اشتریت» همراه قصد این که کتاب ملک مشتری و ثمن ملک بایع باشد بیع است و بیع چیزی غیر از این نیست. نهایت آن که بعض اجزاء آن مانند «بعث و اشتریت» متصرم و غیر قارّ الذات است و بعض اجزاء آن مانند ملکیت در همان عالم اعتبار قارّ الذات است.

بنابراین بیع اسم برای مجموعه است و نمی توان آن را تفکیک کرده بخشی را به عنوان سبب و بخشی را به عنوان مسبب دانست و گفت بیع اسم برای خصوص «سبب» یا خصوص «مسبب» است.

اگر هم تعبیر سبب و مسبب در بیع را با تسامح بپذیریم این طور نیست که «بیع» اسم برای خصوص سبب یا خصوص مسبب باشد، بلکه برای مجموع سبب و مسبب وضع شده و فرایندی است که از مجموع گفتن «بعث» از طرف بایع، همراه با قصد تملیک مبیع [و تملک ثمن] و نیز گفتن «قبلت» از جانب مشتری تشکیل شده و چیز دیگری وراء آن وجود ندارد.

تقریب مطلب این که؛ همان طور که در «تسلیط» و «إعطاء» تکوینی چیزی به کسی، مجموعه ی برداشتن آن شیء و حرکت به سوی آن شخص و دادن به وی، حقیقت «إعطاء» و «تسلیط» را در عالم مادی تشکیل می دهد؛ نه خصوص مرحله ی اخیر یا خصوص مقدمات آن (۱)، در «إعطاء» اعتباری و «بیع» نیز فرآیند مذکور «بیع» نامیده می شود.

بنابراین «بیع» در نظر ما نه اسم برای سبب است و نه مسبب و در حقیقت سبب و مسبب در آن وجود ندارد و این خلاف نظری است که در اصول فقه مانند جناب شیخ و عده ای دیگر بیان کرده بودیم که «بیع» اسم برای مسبب (ملکیت) است که از سبب (إنشاء) حاصل می شود.

عدم امکان أخذ صحت عند الشارع در عمومات و اطلاقات معاملات در نظر سید خویی قدس سره -

برخی از جمله سید خویی (۲) - رحمه الله علیه - قائل شده اند اصلاً امکان ثبوتی أخذ صحت عند الشرع در مسمای الفاظ معاملات مأخوذ در ادله ی إمضاء وجود ندارد؛ زیرا لغویت لازم می آید؛ چراکه در آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) اگر مراد از بیع، بیع صحیح

-
- ۱- هر چند ممکن است گفته شود «إعطاء» و «تسلیط» اسم برای مرحله ی اخیر است، ولی مهم اصل تمثیل می باشد.
 - ۲- محاضرات فی أصول الفقه، ج ۱، ص ۱۹۳: و أما الصحة الشرعية فلا يعقل أخذها فی المسمى، و فی موضوع أدله الإمضاء لیکون معنی قوله تعالی (أحلَّ الله البيع) ان الله أحل و أمضى البيع الذي أحله و أمضاه.

شرعی باشد معنا چنین می شود: خداوند متعال بیع صحیح شرعی را صحیح می داند! یعنی قضیه به نحو ضرورت به شرط محمول می شود. یا در آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) معنا چنین می شود: وفای به عقودی که واجب الوفاء است واجب می باشد! یعنی قضیه به نحو «این همانی» و حمل شیء بر نفس می شود که از آن به «توتولوژی (۱)» نیز تعبیر می گردد، در حالی که چنین کلامی به نحو ضرورت به شرط محمول یا حمل شیء بر نفس از متکلم عادی سر نمی زند؛ چه رسد به کلام الهی که در اوج فصاحت و بلاغت بوده و معجزه می باشد!

نقد کلام سید خوبی قدس سره -

در پاسخ به کلام سید خوبی قدس سره - می گوئیم: مراد از وضع الفاظ معاملات برای خصوص صحیح، این نیست که عنوان «صحیح» در مفهوم آن اخذ شده و به حمل اولی «صحیح» باشد، بلکه مراد صحیح به حمل شایع است، کما این که در الفاظ عبادات نیز این گونه است.

پس مشهور که به نقل مرحوم آخوند (۲) قائل به وضع الفاظ عبادات و معاملات

۱- Tautology

۲- کفایه الأصول، ص ۲۸: و منها أن ثمره النزاع إجمال الخطاب على القول الصحيحى و عدم جواز الرجوع إلى إطلاقه فى رفع ما إذا شك فى جزئیه شیء للمأمور به أو شرطیهته أصلاً... و قد انقدهح بذلك أن الرجوع إلى البراءة أو الاشتغال فى موارد إجمال الخطاب أو إهماله على القولین فلا وجه لجعل الثمره هو الرجوع إلى البراءة على الأعم و الاشتغال على الصحيح و لذا ذهب المشهور إلى البراءة مع ذهابهم إلى الصحيح [فى الفاظ العبادات]. • کفایه الأصول، ص ۳۳: الثانى أن كون ألفاظ المعاملات أسامى للصحيحه لا یوجب إجمالها كألفاظ العبادات كى لا یصح التمسك بإطلاقها عند الشك فى اعتبار شیء فى تأثيرها شرعاً و ذلك لأن إطلاقها لو كان مسوقاً فى مقام البيان ينزل على أن المؤثر عند الشارع هو المؤثر عند أهل العرف و لم یعتبر فى تأثيره عنده غیر ما اعتبر فيه عندهم كما ينزل علیه إطلاق كلام غیره حيث إنه منهم و لو اعتبر فى تأثيره ما شك فى اعتباره كان علیه البيان و نصب القرينه علیه و حيث لم ینصب بان عدم اعتباره عنده أيضاً و لذا يتمسكون بالإطلاق فى أبواب المعاملات مع ذهابهم إلى كون ألفاظها موضوعه للصحيح.

برای خصوص صحیح شده اند، مرادشان این نیست که وصف و عنوان «صحیح» در مفهوم الفاظ عبادات و معاملات اخذ شده، بلکه صحیح به حمل شایع مراد است که در این صورت دیگر نه مشکل ضرورت به شرط محمول پیش می آید و نه حمل شیء بر نفس. مثلاً اگر شارع تصریح می فرمود: «عقدی که چنین خصوصیتی داشته و همراه رضا و قصد ملکیت بوده و بین ایجاب و قبول موالات باشد و به صیغه ی عربی اجرا گردد، چنین عقدی موضوع له لفظ «بیع» نزد من بوده و صحیح می باشد» مشکل مذکور پیش نمی آمد.

تمسک به اطلاق مقامی در ادله ی معاملات بنابر اراده ی صحت عند الشارع

اشاره

مرحوم آخوند قدس سره - در بحث صحیح و اعم (۱) بعد از پذیرش توجیه شیخ قدس سره - که

۱- کفایه الأصول، ص ۳۳: بقی أمور: الأول أن أسامی المعاملات إن كانت موضوعه للمسببات فلا- مجال للنزاع فی كونها موضوعه للصحیحه أو للأعم لعدم اتصافها بهما كما لا يخفی بل بالوجود تاره و بالعدم أخرى و أما إن كانت موضوعه للأسباب فللنزاع فيه مجال لكنه لا یبعد دعوی كونها موضوعه للصحیحه أيضا و أن الموضوع له هو العقد المؤثر لأثر كذا شرعا و عرفا و الاختلاف بین الشرع و العرف فیما یعتبر فی تأثیر العقد لا- یوجب الاختلاف بینهما فی المعنی بل الاختلاف فی المحققات و المصادیق و تخطئه الشرع العرف فی تخیل كون العقد بدون ما اعتبره فی تأثیره محققا لما هو المؤثر كما لا يخفی فافهم. الثانی أن كون ألفاظ المعاملات أسامی للصحیحه لا یوجب إجمالها كألفاظ العبادات کی لا یصح التمسك بإطلاقها عند الشك فی اعتبار شیء فی تأثیرها شرعا و ذلك لأن إطلاقها لو كان مسوقا فی مقام البیان ینزل علی أن المؤثر عند الشارع هو المؤثر عند أهل العرف و لم یعتبر فی تأثیره عنده غیر ما اعتبر فیهم عندهم كما ینزل علیه إطلاق كلام غیره حیث إنه منهم و لو اعتبر فی تأثیره ما شك فی اعتباره كان علیه البیان و نصب القرینه علیه و حیث لم ینصب بان عدم اعتباره عنده أيضا و لذا یتمسكون بالإطلاق فی أبواب المعاملات مع ذهابهم إلى كون ألفاظها موضوعه للصحیح. نعم لو شك فی اعتبار شیء فیها عرفا فلا مجال للتمسك بإطلاقها فی عدم اعتباره بل لا بد من اعتباره لأصالة عدم الأثر بدونہ فتأمل جيدا.

اسامی معاملات برای خصوص صحیح (عقد مؤثر) وضع شده، ولی مؤثریت نزد متعاملین، عرف و شرع متفاوت است و محقق اثر در نظر شارع غیر از محقق اثر در نظر عرف است در نهایت می فرماید «فافهم» که قاعدتاً اشاره به همان مطلبی است که در ردّ کلام شیخ قدس سره - بیان کردیم و آن این که لازمه ی این کلام، اعتراف به آن است که در صدق بیع، صحّت عند المتبایعین کافی است و بیش از آن لازم نیست و بدین معناست که لفظ «بیع» حتی برای صحیح عند العقلاء وضع نشده؛ فضلاً از این که برای صحیح عند الشارع وضع شده باشد! بله صحّت عند العقلاء یا عند الشارع در صورت تحقّق، خارج از موضوع له نیست.

مرحوم آخوند قدس سره - سپس با قبول ضمنی عدم جواز تمسّک به اطلاق لفظی در فرض اراده ی صحّت شرعی از الفاظ معاملات در اطلاق، راه حلّی ارائه می کنند تا بتوان موارد مشکوک را تصحیح کرده و احراز امضاء شارع کرد و آن از طریق تمسّک به اطلاق مقامی است، هر چند به این عنوان تصریح نمی کنند.

اطلاق مقامی قسیم اطلاق لفظی است. اطلاق لفظی آن است که کلامی در مقام بیان تمام مراد متکلم صادر شده و مشتمل بر مقسمی است که قابلیت انطباق بر همه ی افراد از جمله موارد مشکوک را دارد و قیدی هم برای آن ذکر نشده است (۱)؛

۱- البته مرحوم آخوند قدس سره - قید دیگری نیز برای تمسّک به اطلاق لفظی اضافه می کنند و آن این که باید قدر متیقن در مقام تخاطب وجود نداشته باشد. • کفایه الأصول، ص ۲۴۸: ثالثها انتفاء القدر المتیقن فی مقام التخاطب و لو کان المتیقن بملاحظه الخارج عن ذاک المقام فی البین فإنه غیر مؤثر فی رفع الإخلال بالغرض لو کان بصدد البیان كما هو الفرض فإنه فیما تحققت لو لم یرد الشیاع لأخل بغرضه حیث إنه لم ینبه مع أنه بصدده و بدونها لا یکاد یکون هناک إخلال به حیث لم یکن مع انتفاء الأولى إلا- فی مقام الإهمال أو الإجمال و مع انتفاء الثانیة کان البیان بالقرینه و مع انتفاء الثالثه لا إخلال بالغرض لو کان المتیقن تمام مراده فإن الفرض أنه بصدد بیان تمامه و قد بینه لا بصدد بیان أنه تمامه کی أخل ببیان فافهم.

مثلاً در «اکرم العالم» متکلم در مقام بیان تمام مقصود خود، لفظ «العالم» را که قابلیت صدق بر همه ی افراد عالم دارد به کار برده و قیدی هم برای آن ذکر نکرده، لذا در موارد شک در شمول آن نسبت به عالمی خاص مانند عالم صرفی می توان به اطلاق لفظی «العالم» تمسک کرده و حکم به وجوب اکرام عالم صرفی داد.

اما در اطلاق مقامی کلام مشتمل بر مقسمی که قابل انطباق بر همه ی افراد بوده و موارد مشکوک را شامل شود وجود ندارد، ولی چون متکلم در مقام شمارش و بیان تمام قیود یا اجزاء و شرائط یک مرکب می باشد و موارد مشکوک داخل موارد مذکور نیست، پس می توانیم بگوییم موارد مشکوک، از اجزاء و شرائط آن مرکب نیست؛ مثلاً اگر در مقام تعداد اجزاء نماز، فقط هشت جزء مانند تکبیر، قرائت حمد، قرائت سوره، رکوع، سجود، تشهد، تسبیحات اربعه و سلام را بیان فرمود و مثلاً قنوت را که شک در جزئیت آن داریم ذکر نکرد، می توانیم با تمسک به اطلاق مقامی جزئیت آن را دفع کنیم؛ زیرا در مقام بیان تمام اجزاء بوده و فقط هشت جزء را بیان فرموده، پس معلوم می شود جزء دیگری دخیل نیست و نماز فقط از هشت جزء تشکیل شده است و الا عقلاً لازم بود بیان بفرماید.

تقریب کلام آخوند - رحمه الله علیه - در ما نحن فیه آن است که حتی با فرض وضع اسامی معاملات برای صحیح عند الشارع و استعمال آن به همین وجه در اطلاقات و عمومات و در نتیجه عدم جواز تمسک به اطلاق لفظی در موارد مشکوک، می توانیم به اطلاق مقامی تمسک کرده و موارد مشکوک را تصحیح کنیم؛ زیرا:

اولاً: فرض آن است که مولی در مقام بیان بوده و می خواهد مخاطبین و هر کسی را که کلامش به او واصل می شود به نظراتش در رابطه با آن معامله راهنمایی کند؛ مثلاً آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) در مقام بیان حلیت وضعی «بیع» بوده و شارع از این طریق می خواهد نظر خودش را به دیگران برساند.

ثانیاً: تنها راه رسیدن به حدود و ثغور بیع صحیح مورد نظر شارع، از طریق بیان خود شارع است؛ مثلاً اگر عربیت در صیغه ی بیع را لازم می داند باید خود شارع به گونه ای آن را بیان کند و الا راه دیگری برای رسیدن به این مقصود شارع وجود ندارد.

ثالثاً: گرچه شارع اسامی معاملات را در صحیح به کار برده و حتی حقیقت شرعیه شده است، ولی همان مفهوم عرفی اسامی معاملات را اخذ کرده و اندکی جرح و تعدیل و دست کاری کرده، سپس اسم عرفی آن را به مفهوم دست کاری شده منتقل نموده است.

با توجه به این سه مقدمه می توان ادعا کرد که ظهور حالی پیدا می شود شارع در مورد شرائط و موانع بیع و سایر عقود، در غیر آن چه خود بدان تصریح کرده، به عرف احاله داده است. به عبارت دیگر مواردی که شارع تصریح به دخالت آن به نحو شرط یا مانع کرده مثلاً غرر و ربوی بودن را نفی کرده معلوم است که باید به آن اخذ کرد، اما موارد مشکوک را که دلیلی بالخصوص در مورد آن ذکر نکرده مانند شک در دخالت عربیت در صیغه نزد شارع به عرف احاله داده و از آن جا که عرف عربیت را دخیل نمی داند، پس شارع نیز عربیت را دخیل نمی داند. بنابراین در موارد شک در اعتبار چیزی در بیع یا سایر عقود می توان با اطلاق مقامی اعتبار آن را دفع کرد.

و این نظیر رجوع به عرف است در کیفیت تطهیر بدن یا سایر اشیاء در موارد شک در اعتبار قیدی در آن؛ زیرا گرچه مراد از تطهیر در مثل «طَهَّرْ ثَوْبَكَ» یا

«طَهِّرْ بَدَنَكَ» تطهیر شرعی است؛ نه تطهیر عرفی محض زیرا عرف مثلاً- تطهیر با الکل را نیز تطهیر می داند در حالی که می دانیم شارع تطهیر با آب را لازم می داند اما با این حال کیفیت تطهیر و غسل را که از بالا آب ریخته شود یا به گونه ی دیگر، بیان نفرموده و به عرف محوّل کرده است.

مرحوم آخوند سپس می فرماید: مشهور که قائلند الفاظ برای صحیح وضع شده و در عین حال در موارد مشکوک به اطلاقات تمسک می کنند، مقصودشان اطلاق مقامی است؛ نه اطلاق لفظی.

نقد شهید صدر قدس سره - بر نظریه ی تحقق اطلاق مقامی در ادله ی معاملات

شهید صدر کلام آخوند قدس سرهما - را مورد نقد قرار داده که خلاصه ی آن چنین است (۱): اگر شارع تنها با خطاب (أَحَلَّ اللهُ التَّيْعَ) در صدد بیان تمام مرادش باشد،

۱- بحوث فی علم الأصول، ج ۱، ص ۲۱۲: الجبهه الثالثه فی ثمره النزاع: لا- إشکال فی عدم انعقاد الإطلاق اللفظی فی أدله المعاملات بناء على القول بوضعها للصحیح كما هو الحال فی أسماء العبادات بناء على وضعها للصحیح، إلا أنه على القول بالوضع للصحیح الشرعی لا- ینعقد إطلاق لفظی أصلاً، و على القول بالوضع للصحیح العقلائی ففیما یشک فی اعتباره عند العقلاء فقط لا ما یحرز عدم اعتباره عندهم و یشک فی اعتباره شرعاً. و لكن قد یعوض عن الإطلاق اللفظی بدلاله أخرى ینفی بها احتمال اعتبار القید المشکوک و یمکن تقریبها بأحد نحوین: ۱) التمسک بدلاله الاقتضاء فی دلیل إمضاء المعامله، إذ لو لم یکن الإمضاء مطلقاً لزم لغویه الخطاب عرفاً. و فیهِ: أنّ الإطلاق بملاک صون الکلام عن اللغویه موقوف على عدم وجود قدر متیقن الصحه لمفاد الدلیل؛ كما هو كذلك بالنسبه إلى المعامله الواجده لتمام ما یحتمل دخله فی صحتها شرعاً. ۲) التمسک بالإطلاق المقامی یقوم على أساس ظهور حال الشارع عند تصدیه لإمضاء معاملة دائره بین العقلاء فی الإحاله على العرف العقلائی بالنسبه إلى ما سکت عنه. و هذا التقریب و إن کان أحسن حالاً من سابقه، لكنّه موقوف على إحراز تصدی المولی لیان تمام مرامه بشخص ذلك الخطاب لا بمجموع خطاباتہ كما هو طریقته فی الردع. و اما استکشاف الإمضاء الشرعی من عدم وصول الرادع مع الحاجه إليه فهو اعتماد على دلیل لئبی لیس فیهِ امتیازات الدلیل اللفظی كما هو واضح.

در این صورت تمسک به اطلاق مقامی در موارد شک در اشتراط و اعتبار امری بدون اشکال است؛ زیرا با فرض این که تنها با این خطاب در صدد بیان تمام مرادش است به این معناست که موارد مشکوک را به عرف احاله داده است.

امّا اگر شارع با مجموع خطابات خود یعنی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و مقیّدات منفصله ی آن در صدد بیان تمام مرادش باشد که در واقع نیز چنین است در صورتی می توان در موارد مشکوک به اطلاق مقامی تمسک کرد که به مجموع کلمات و مقیداتی که از شارع درباره ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) صادر شده احاطه پیدا کرده و اطمینان حاصل نمود که شارع مقید دیگری را نفرموده است. در این صورت می توان گفت شارع چون در مقام بیان بوده و بیش از مواردی که فحص شد نفرموده، پس بقیه ی موارد را به عرف احاله داده و از آن جا که عرف آن مورد مشکوک را معتبر نمی داند پس کشف می شود شارع نیز معتبر نمی داند.

امّا چنین احاطه ای به تمام آن چه شارع درباره ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) فرموده ممکن نیست؛ زیرا بعد از فحص و احاطه به آن چه به دست ما رسیده، باز بالوجدان این احتمال وجود دارد که شارع مقید دیگری را نیز فرموده ولی به دست ما نرسیده است (۱) و راهی برای اثبات این که شارع هر آن چه درباره ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) فرموده به دست ما رسیده وجود ندارد. (۲)

۱- إن قلت: از آن جا که متشرعه هر روز با بیع سر و کار داشته و دارند، اگر مورد مشکوک جزء مقیّدات بود حتماً به ما می رسید، لذا اطمینان وجود دارد مورد مشکوک جزء مقیّدات شارع نبوده است. قلت: اگر چنین اطمینانی وجود داشت فقهاء این قدر در مثل اشتراط صیغه، بحث نمی کردند که مثلاً آیا صیغه شرط است یا نه؟! علاوه آن که این بحث اختصاص به بیع ندارد و شامل همه ی عقود حتّی عقود غیر شایعه می شود.

۲- إن قلت: با تمسک به «رُفِعَ مَا لَا يَعْلَمُونَ» می توان احراز کرد که شارع مقید دیگری نفرموده است. قلت: اولاً: ما به دنبال تمسک به اطلاق مقامی که دلیل اجتهادی است می باشیم در حالی که برائت دلیل فقهایی است و مرتبه ی آن متأخر از دلیل اجتهادی می باشد. ثانیاً: عده ی زیادی قائلند «رُفِعَ مَا لَا يَعْلَمُونَ» در احکام وضعیه جاری نیست؛ چرا که «رُفِعَ مَا لَا يَعْلَمُونَ» برای رفع چیزی که ثقل برای مکلف ایجاد می کند وارد شده و اگر ثقلی ایجاد نکند با آن برداشته نمی شود. لذا چون عمل «بیع» واجب نیست و ثقلی برای مکلف ندارد «رُفِعَ مَا لَا يَعْلَمُونَ» در آن کاربرد ندارد. از حیث صحت بیع و ترتب اثر بر آن نیز گرچه ممکن است برای بعضی صحت منّت باشد و رفع شرطیت و مانعیت چیزی برای او مفید باشد، ولی در عین حال چه بسا برای طرف او خلاف منّت باشد و به واسطه ی فقدان امری بطلان بیع برای او مفید باشد، لذا نمی توان قاعده ی کلی ارائه داد که شمول حدیث رفع همیشه مطابق امتنان برای بایع و مشتری هر دو باشد. به همین خاطر در شک در اعتبار چیزی در معاملات، اگر دلیل اجتهادی مانند عموم یا اطلاق وجود داشته باشد به آن تمسک می کنند و الا استصحاب عدم ترتب اثر جاری می کنند. هر چند با همه ی این ها باز کلامی داریم که إن شاء الله در جای خود بیان خواهیم کرد.

نقد اشکال شهید صدر قدس سره -

خدمت شهید صدر اعلی الله مقامه عرض می کنیم: اگر اشکال شما بر تمسک به اطلاق مقامی به خاطر احتمال وجود مقیدی که به دست ما نرسیده وارد باشد، بر اطلاق لفظی هم وارد خواهد بود؛ چراکه در اطلاق لفظی نیز تمسک به آن وقتی جایز است که متکلم مقیدی چه به نحو متصل و چه به نحو منفصل برای آن ذکر نکرده باشد. بنابراین از آن جا که در اطلاق لفظی نیز احتمال وجود مقید منفصل که به دست ما نرسیده باشد وجود دارد، نمی توان در موارد مشکوک به اطلاق تمسک کرد، در حالی که همه ی فقهاء و خود شما در چنین مواردی به اطلاق تمسک می کنید.

به عنوان مثال اگر شارع فرموده باشد: «اکرم العالم» و با قیدهای منفصل برخی را خارج کرده باشد؛ مثلاً گفته باشد «لا تکرم العالم الفاسق»، «لا- تکرم العالم النحوی» و «لا- تکرم العالم الصرفی» و ما شک کنیم آیا «عالم مرتکب خلاف مروّت» را نیز خارج کرده یا نه، همه قبول دارند در این جا می توان با تمسک به اطلاق «اکرم العالم» قید مشکوک را دفع کرده و اثبات کرد عالم مرتکب خلاف مروّت نیز واجب الاکرام است، در حالی که این احتمال وجود دارد که شارع

«عالم مرتکب خلاف مروّت» را خارج کرده باشد ولی به دست ما نرسیده است.

بلکه بالاتر، اگر روایت غیر حجّت بر عدم جواز یا عدم وجوب اکرام عالم مرتکب خلاف مروّت قائم شده باشد، می گویند: از آن جا که این روایت حجّت نیست، نمی توان از اطلاق «اکرم العالم» که حجّت است دست برداشت و گفت: عالم مرتکب خلاف مروّت واجب الاکرام نیست!

بنابراین در اطلاق مقامی نیز باید همانند اطلاق لفظی بیان کرد که اگر اطلاق مقامی، ظهوری هر چند حالی و مقامی ایجاد می کند که متکلم در مقام بیان تمام مرادش است و در مقام تعداد اجزاء، شرائط و موانع مرکب مثلاً پنج مورد را می شمارد، معلوم می شود غیر از آن پنج مورد در مرکب دخیل نیست و از این جهت هیچ تفاوتی با اطلاق لفظی ندارد و صرف این که در اطلاق لفظی مقسم تطبیق می کند و در اطلاق مقامی لفظ تطبیق نمی کند فارق نیست.

بنابراین همین اندازه که بعد از فحص، ظفر به مفید پیدا نکردیم می توانیم به اطلاق مقامی که همان ظهور مقامی است تمسک کرده و اعتبار مشکوک را در بیع دفع کنیم. (۱)

۱- به این دو مثال توجه بفرمایید: مثال ۱: مولا در خطاب های منفصلی اجزاء نماز را بیان می کند؛ مثلاً می فرماید: «التکبیر و قراءه الفاتحه من اجزاء الصلاه» در دلیل دیگر می فرماید: «الركوع و السجود من اجزاء الصلاه» و در دلیل دیگر می فرماید: «التشهد و السلام من اجزاء الصلاه». مثال ۲: مولا- به این نحو اجزاء صلاه را بیان می کند و می فرماید: «اجزاء الصلاه هی التکبیر و قراءه الفاتحه و الركوع و السجود و السلام» و در دلیل منفصل دیگری می فرماید: «التشهد من اجزاء الصلاه». حال اگر شک کنیم قرائت سوره از اجزاء نماز است، آیا در مثال اول می توان به اطلاق مقامی تمسک کرد یا فقط جای تمسک به برائت است؟ به نظر می رسد در مثال اول چون ظهوری نسبت به هیچ یک از خطابات مولا در این که تمام مراد خود را بیان می کند منعقد نمی شود، بلکه استفاده می شود مولا- با خطابات مختلف می خواهد اجزاء نماز را بیان کند، اطلاق مقامی منعقد نمی شود تا بتوان موارد مشکوک را با تمسک به آن دفع کرد. به خلاف مثال دوم که در خطاب اول این ظهور منعقد می شود که مولا در مقام بیان تمام مراد خود می باشد لذا اطلاق مقامی منعقد می شود. بنابراین اگر در دلیل منفصل دیگری جزء دیگری را بیان کند به آن تمسک می شود، ولی اجزاء مشکوک با تمسک به اطلاق مقامی دفع می شود. با توجه به این دو مثال به نظر می رسد مقصود شهید صدر قدس سره - که می فرماید: «و هذا التقريب و إن كان أحسن حالاً من سابقه، لكنّه موقوف علی إحراز تصدی المولی لیبان تمام مرامه بشخص ذلك الخطاب لا بمجموع خطاباتہ كما هو طریقه فی الردع. و اما استکشاف الإضاء الشرعی من عدم وصول الردع مع الحاجه إليه فهو اعتماد علی دلیل لئی لیس فيه امتیازات الدلیل اللفظی كما هو واضح.» این باشد که اگر نفس خطاب به گونه ای است که ظهور دارد در این که مولا- تمام مرادش را به نفس آن خطاب بیان می کند، اطلاق مقامی منعقد می شود و این منافات ندارد که در دلیل منفصل دیگری قید و جزئی را اضافه کند، لذا در موارد مشکوک می توان به اطلاق مقامی تمسک کرد. اما اگر هیچ یک از خطابات به گونه ای نیست که ظهور داشته باشد مولا در مقام بیان تمام مراد خود می باشد، بلکه با مجموع خطابات آن را بیان می کند، اطلاق مقامی منعقد نمی شود،

لذا در موارد مشکوک نمی توان با تمسک به اطلاق مقامی آن را دفع کرد، بلکه از آن جا که با مجموع خطابات خود مقصودش را بیان می کند ممکن است مورد مشکوک جزء خطابات شارع بوده باشد که به دست ما نرسیده است. لذا فقط از طریق برائت می توان آن را دفع کرد. حضرت استاد دام ظلّه در پاسخ به این کلام فرمودند: اگر ظهور حال متکلم در آن باشد که می خواهد همه ی مطالب خود را با یک خطاب اصلی و مفسّرات بعدی آن بیان کند و با فرض آن که می تواند مقیدات را به گونه ای إلقاء کند که اگر مخاطب فحص کند به آن ظفر می یابد، این کافی است در اطلاق مقامی. (امیرخانی)

و اگر بخواهیم مسأله را ریشه ای تر بررسی کنیم که چرا در اطلاق لفظی با احتمال وجود مقیدی که به دست ما نرسیده، تمسک به اطلاق می شود، می توان پاسخ آن را در ضمن بحثی که مرحوم آخوند در بحث تعادل و تراجیح گشوده و «بعضی از مواردی که گفته شده از باب تعارض نیست، ولی در حقیقت از باب تعارض است» را مطرح کرده یافت.

مرحوم آخوند می فرماید (۱): اگر نسبت عامی با مطلق، عموم و خصوص من

۱- کفایه الأصول، ص ۴۵۰: قیل فی ترجیح ظهور العموم علی الإطلاق و تقدیم التقیید علی التخصیص فیما دار الأمر بینهما من کون ظهور العام فی العموم تنجیزیا بخلاف ظهور المطلق فی الإطلاق فإنه معلق علی عدم البیان و العام یصلح بیانا فتقدیم العام حینئذ لعدم تمامیه مقتضی الإطلاق معه بخلاف العکس فإنه موجب لتخصیصه بلا وجه إلا علی نحو دائر و من أن التقیید أغلب من التخصیص. و فیه: أن عدم البیان الذی هو جزء المقتضی فی مقدمات الحکمه إنما هو عدم البیان فی مقام التخاطب لا إلی الأبد و أغلبیه التقیید مع کثره التخصیص بمثابة قد قیل ما من عام إلا و قد خص غیر مفید فلا بد فی کل قضیه من ملاحظه خصوصیاتها الموجبه لأظهریه أحدهما من الآخر فتدبر.

وجه باشد، مثل «اکرم کلّ عالم» و «لا تکرّم الفاسق» در ماده ی اجتماع یعنی «عالم فاسق» تعارض رخ می دهد؛ چراکه عام می گوید واجب الاکرام است و مطلق بیان می کند واجب الاکرام نیست.

بعضی از جمله شیخ انصاری (۱) قدس سره - در این جا فرموده اند: تعارض به نفع عام حل می شود؛ چون دلالت لفظ عام بر عموم به نحو تنجیزی است، ولی دلالت لفظ مطلق بر شمول و اطلاق به نحو تعلیقی است؛ یعنی معلق بر این است که بیانی بر خلافش نباشد و از آن جا که عام بیان بر خلافش است پس عام به عموم خود باقی می ماند و نتیجه این می شود که اکرم کلّ عالم و لو کان فاسقاً.

۱- فرائد الاصول، ج ۴، ص ۹۷: و منها تعارض الإطلاق و العموم فتعارض تقييد المطلق و تخصيص العام و لا إشكال في ترجيح التقييد على ما حققه سلطان العلماء من كونه حقيقه لأن الحكم بالإطلاق من حيث عدم البيان و العام بيان فعدم البيان للتقييد جزء من مقتضى الإطلاق و البيان للتخصيص مانع عن اقتضاء العام للعموم. فإذا دفعنا المانع عن العموم بالأصل و المفروض وجود المقتضى له ثبت بيان التقييد و ارتفع المقتضى للإطلاق فالمطلق دليل تعلقي و العام دليل تنجيزي و العمل بالتعلقي موقوف على طرح التنجيزي لتوقف موضوعه على عدمه فلو كان طرح التنجيزي متوقفا على العمل بالتعلقي و مسببا عنه لزم الدور بل هو يتوقف على حجه أخرى راجحه عليه فالمطلق دليل تعلقي و العام دليل تنجيزي. و أما على القول بكونه مجازا فالمعروف في وجه تقديم التقييد كونه أغلب من التخصيص. و فيه تأمل نعم إذا استفيد العموم الشمولي من دليل الحكمه كانت الإفادة غير مستنده إلى الوضع كمنذهب السلطان في العموم البدلي و مما ذكرنا يظهر حال التقييد مع سائر المجازات.

مرحوم آخوند در پاسخ به کلام شیخ قدس سره - می فرماید: مطلق در قوه ی عام است؛ زیرا عدم بیانی که جزء مقتضی در مقدمات حکمت است و حجیت مطلق بر آن معلق است، مراد عدم بیان در مقام مخاطب است؛ نه عدم بیان الی الأبد. لذا چون در مقام مخاطب قیدی نیست و عام خارج از مخاطب است، پس مطلق و عام با هم درگیر شده و در ماده ی اجتماع تعارض و تساقط می کنند.

این کلام آخوند که حجیت مطلق معلق بر عدم بیان در مقام مخاطب است؛ نه الی الأبد را اگر بپذیریم مسأله حل می شود، ولی ما این مبنا را قبول نداریم، بلکه پاسخ دیگری داریم که خلاصه ی آن چنین است: سیره ی عقلاء بر این قائم است که وقتی مطلق از متکلمی صادر می شود آن را حجت می دانند، مگر آن که حجتی بعداً هر چند با فاصله بر خلاف آن قائم شود و فرقی نمی کند که آن اطلاق لفظی باشد یا مقامی. تفصیل این مطلب را در اصول در بحث تعادل و ترجیح ذکر کرده ایم.

خلاصه ی کلام در جواز یا عدم تمسک به اطلاق ادله ی معاملات

پس خلاصه ی کلام در تمسک به اطلاق ادله ی معاملات این شد که حتی اگر اسامی معاملات برای خصوص صحیح وضع شده باشد مانعی از تمسک به اطلاق مقامی نه اطلاق لفظی وجود ندارد.

ولی با توضیحاتی که قبلاً ارائه کردیم معلوم شد که اصلاً نوبت به اطلاق مقامی نمی رسد؛ زیرا بیع و سایر معاملات مفهومی عرفی است که از ابتدای حیات بشریت بوده و قرآن کریم هر جا این الفاظ را به کار می برد، مانند (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا)، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ) و ... در همان معنای عرفی آن استعمال می کند، نهایت آن که در بعضی موارد قیودی را اضافه می کند که موجب تضییق آن می شود. لذا مانعی از تمسک به اطلاق لفظی وجود ندارد.

و این که اکثر از جمله مرحوم آخوند قدس سره - قائل شدند بیع و سایر الفاظ معاملات اسم برای سبب است؛ نه مسبب؛ چرا که اگر برای مسبب وضع شده باشد دیگر متصف به صحت و فساد نمی شود و مرادشان از سبب، بیع به معنای مصدری (۱) (عقد) است و مرادشان از مسبب، بیع به معنای اسم مصدری (ملکیت حاصل از عقد) است (۲) بیان کردیم که اصلاً سبب و مسببی در بیع و سایر معاملات وجود ندارد، بلکه «بیع» اسم برای فرآیندی است که از مجموع صیغه یا «ما يقوم مقامها»، قصد تملیک و قبول مشتری محقق می شود (۳) و از لحاظ عرفی می تواند متصف به صحت و فساد شود، هر چند در نظر متبایعین همیشه صدق بیع مساوی با صحت است. علاوه آن که مصدر و اسم مصدر حقیقتاً واحد بوده و اعتباراً تفاوت دارند، لذا نمی تواند یکی به عنوان سبب و دیگری به عنوان مسبب باشد؛ زیرا سبب و مسبب حقیقتاً متفاوت بوده و مسبب از سبب حاصل می شود.

بحمد الله بحث تحلیل بیع به اتمام رسید و در ادامه، بحث «معاطات» را خواهیم داشت إن شاء الله.

۱- حاشیه مکاسب (للاخوند)، ص ۹: قوله (ره): (فيستدل بإطلاق الحكم يحله - إلخ-)؛ أي يستدل بإطلاقه على كون البيع الإنشائي، بمثل (بعث)، على إطلاقه، من دون اعتبار ما شك في اعتباره، يكون مؤثراً نافذاً، غاية الأمر، قد علم تقييده بالقبول. و من هنا ظهر أنه على الوجهين، يكون المراد بالبيع، هو السبب القابل للاتصاف بالصحة، و الفساد. و الفرق بينهما [أي بين الصحة و الفساد] أنما يكون بالتاميه، و التقصان. فافهم.

۲- گرچه شیخ قدس سره - می فرماید: إن المسبب هو الاثر الحاصل في نظر الشارع لأنه المسبب عن العقد.

۳- شیخ قدس سره - نیز طبق مبانی خود فرموده است که ملکیت عند المتبایعین به نفس إنشاء موجب حاصل می شود و دیگر مسبب نیست. • المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۱۸: و الظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنه المسبب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب؛ لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر بمجرد الأمر و إن لم يصير واجباً في الخارج في نظر غيره.

مبحث معاطات

اشاره

صور مختلف معاطات

إعطاء بقر و غنم بالضریبه تحت کدام یک از عقود قرار دارد؟

اقوال در نتیجه ی معاطات

تمسک به سیره برای اثبات مفید ملک بودن معاطات

تمسک به اطلاقات و عمومات برای اثبات مفید ملک بودن معاطات

بحث هایی مهم پیرامون آیه ی شریفه ی (أحل الله البيع و حرّم الربا)

بحث هایی مهم پیرامون کریمه ی (لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل إلا

أن تكون تجاره عن تراضٍ منکم)

بحث هایی پیرامون کریمه ی (أوفوا بالعقود)

بحث هایی پیرامون روایت «الناس مسلطون علی أموالهم»

مبّعات هشتگانه ی قول به إباحه از کاشف الغطاء قدس سره -

معاطات مفید ملکیت لازم است یا مترزلزل؟

تمسک به اطلاقات و عمومات برای اثبات لزوم ملکیت حاصل از معاطات

بررسی روایات دالّ بر عدم لزوم ملکیت در معاطات

بیع در یک تقسیم بندی به بیع بالصیغه (صیغه ی لفظی) و بیع بالفعل (معاطاتی) تقسیم می شود.

در بیع بالصیغه الفاضلی که لغۀ برای بیع وضع شده مانند «بعث» و «اشتریت» در انشاء بیع به کار گرفته می شود. در این که الفاظ غیر صریح نیز می تواند محقق بیع بالصیغه باشد اختلاف است.

ولی در بیع بالفعل و معاطاتی، متعاطیین الفاضلی را که مفید بیع بوده و عرفاً برای تحقق بیع وضع شده به کار نمی برند هر چند ممکن است الفاظ دیگری به کار ببرند بلکه هر یک در مقابل کالایی که اخذ می کنند عوض إعطاء می کنند. (۱)

لذا عدّه ای معاطات را این گونه تعریف کرده اند: «أن یُعطى كلُّ من اثنین عوضاً عما يأخذ من الآخر» (۲)

۱- در تنبیه دوم معاطات خواهد آمد که تعاطی از طرفین فرض متیقّن از معاطات است.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۲۳: الکلام فی المعاطاه: اعلم أنّ المعاطاه علی ما فسّره جماعه: أن یعطى كلُّ من اثنین عوضاً عما يأخذ من الآخر، و هو يتصوّر علی وجهین: أحدهما: أن یبیح كلُّ منهما للآخر التصرف فیما یعطیه، من دون نظر إلى تملیکه. الثانی: أن یتعاطیا علی وجه التملیک. و ربما یدکر وجهان آخران: أحدهما: أن یقع النقل من غیر قصد البیع و لا تصریح بالإباحه المزبوره، بل یعطى شیئاً لیتناول شیئاً فدفعه الآخر إليه. الثانی: أن یقصد الملک المطلق، دون خصوص البیع.

مقصود از «اعطاء» و «أخذ» در معاطات، إعطاء و اخذ قصدی و اختیاری است؛ نه اعطاء و اخذ غیر قصدی. پس اگر عن غیر قصد و اختیار چیزی را به دیگری بدهد یا اخذ کند حتی اگر لفظ «اعطاء» یا «أخذ» بر عمل صادق باشد معاطات مصطلح بر آن صادق نمی‌کند.

صور معاطات

مرحوم شیخ می‌فرماید: معاطات به دو وجه قابل تصور است؛ یعنی قصدی که متعاطین می‌کنند به دو صورت می‌تواند باشد:

(۱) أن یبیح کلُّ منهما للآخر التصرف فیما یعطیه، من دون نظر إلی تملیکه؛ هر یک از متعاطین فقط قصد اباحه و جواز تصرف برای دیگری داشته و قصد تملیک نداشته باشند.

(۲) أن یتعاطیا علی وجه التملیک؛ هر یک از متعاطین با قصد تملیک به دیگری اعطاء کنند؛ مثلاً زید کتابش را به قصد تملیک به عمرو بدهد و عمرو نیز به قصد تملیک ثمن را به زید بدهد.

دو وجه دیگر برای تصویر معاطات

دو وجه (۱) دیگر برای معاطات تصویر شده است:

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۲۷: ثالثها: أن یقع الفعل من المتعاطین من غیر قصد البیع، و لا تصریح بالإباحه المزبوره بل یعطى البقال مثلا شیئا لیتناول عوضه فیدفعه إلیه و لعل القائل باشرط الصیغه فی البیع، یشرعه ایضا علی وجه الإباحه التي هی کالأصل فیما یقصد به مطلق التسلیط، فغیرها محتاج إلی قصد آخر بخلافها، فإنه یکفی فیها قصد هذا التسلیط المطلق، و یمکن أن یکون هذا مراد الشیخ و غیره فی المثال الذی ذکروه من إعطاء البقلی شیئا، أو یکون مرادهم الصوره الأولى و علی کل حال، فالقول بمشروعیته عندهم ممکن، بل لعل القائل بعدم شرطیه الصیغه یشرعه ایضا كذلك أى علی الإباحه، ضروره عدم امکان جعله بیعا بعد فرض عدم قصد التسلیط علی وجه الملك. رابعها: أن یقصد الملك المطلق، و لا ریب فی فسادہ عند من اعتبر الصیغه الخاصه فی ملک المعاوضه، لانقضاء المشروط حینئذ بانقضاء شرطه أما القائل بعدم اشتراطه فقد یقول بصحته و تنزیله علی البیع، بناء علی أنه الأصل فی نقل الأعیان، و لا یخرج عنه إلا بقصد غیره، كما صرح به بعض مشایخنا، لكن قد یناقش فی ثبوت الأصل المزبور بعدم الدلیل علیه، و مطلق النقل جنس مشترک بینه و بین الصلح و الهبه بعوض فلا- یتشخص إلا- بقصدہ، و لذا لا- یکفی فی صیغه البیع ملکتهک و نحوها و قد یقول بصحته علی أن یکون من الهبه المعاوضه، و فیہ أنها محتاجه إلی القصد ایضا، و أولى من ذلك دعوی کونها معاوضه مستقله لا تدخل تحت اسم شیء من المعاوضات، لكن فیہ أنه لا- دلیل علیه، بل ظاهر حصر الأصحاب النواقل فیما ذکروه من الأمور المخصوصه خلافه، مضافا إلی أصاله عدمه، اللهم إلا أن یستند فیہ إلی السیره، و إن کان دون إثباتها علی وجه تكون معتبره خرط القتاد.

۳) أن يقع النقل من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه؛ متعاطين نه قصد بيع داشته باشند و نه قصد إباحه(۱)، بلکه قصدشان این باشد که چیزی بدهند تا چیزی به دست آورند، طرف مقابل نیز آن را تحویل دهد.

۴) أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع؛ متعاطين قصد تمليك مطلق کنند، نه ملك ناشی از خصوص بيع؛ یعنی مُعطى به قصد این که شیء ملك مطلق آخذ شود نه ملك ناشی از بيع إعطاء می کند، آخذ نیز عوض را به قصد این که ملك مطلق مُعطى شود می دهد.

شیخ - رحمه الله عليه - هر دو وجه مذکور را مورد مناقشه قرار می دهد.

۱- یعنی قصد هیچ یک از عناوین خاصه مانند بيع، هبه، اجاره، عاریه و ... نداشته باشند.

مناقشه ی شیخ قدس سره - در وجه سوم

شیخ - رحمه الله علیه - در مناقشه ی وجه سوم می فرماید (۱): این که معاطات بدون قصد تملیک و بدون قصد اباحه واقع شود معقول (۲) نیست؛ زیرا به هر حال قصد معطی خالی از یکی از عناوین خاصه نیست؛ چون قصد معطی از إعطاء شیء یا آن است که ملک آخذ شود و در مقابل، عوض آن را بگیرد که این همان بیع است، یا قصد می کند منافعش را مجاناً استفاده کند و عین را مالک نشود که همان عاریه است، یا قصد می کند که آخذ برای او نگهداری کند و هیچ استفاده ای از آن نکند که همان ودیعه است، یا قصد می کند که ملک آخذ شود با جبران خسارت که همان قرض است، یا قصد می کند ملک آخذ شود مجاناً که هبه است، یا قصد می کند ملک آخذ شود مجاناً به شرط این که آخذ نیز مجاناً چیزی تملیک کند که هبه ی معوضه است، یا با سازش توافق می کند ملک آخذ شود که صلح است و ... بنابراین از آن جا که فعل اختیاری بدون قصد ممکن نیست، قصد معطی نمی تواند از یکی از عناوین مذکور خالی باشد.

اشکال بعضی بر مناقشه ی شیخ در وجه سوم

اشاره

بعضی (۳) بر مناقشه ی شیخ در وجه سوم اشکال کرده و گفته اند: وجه سوم

-
- ۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۲۳: و یرد الأول: بامتناع خلّو الدافع عن قصد عنوان من عناوین البیع، أو الإباحه، أو العاریه، أو الودیعه، أو القرض، أو غیر ذلك من العنوانات الخاصه.
 - ۲- مراد از معقول نبودن امتناع عقلی نیست، بلکه امتناع عملی است.
 - ۳- حاشیه المكاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۶: ثم إنّ معقولیه هذا القسم یكون بأحد وجهین: الأول: أن یقصد کلّ منهما بإعطائه الإباحه و رفع الید عن الملك بالفكّ و التحریر من غیر ربطه بصاحبه و تملیکه إیّاه و إنّما صاحبه یتملّكه بالحیازه فیکون إعراضاً بإزاء إعراض. الثانی: أن یقصد کلّ منهما تسلیط صاحبه علی المال بعنوان التوکیل فی أن یأخذه لنفسه إمّا تملیکا أو علی وجه الإباحه فتكون توکیلا معاطاتیا بإزاء توکیل و فی هذا قد ینتهی الأمر فی الخارج إلی العمل بالوكالة من الجانبین أو من أحدهما و قد لا ینتهی فإن قام أحدهما و لم یقم الآخر لم یضّرّ ذلك بصحّه عمل القائم إذا كان العوض و كاله القائم لا عمله بما وکلّ فیهِ و ممّا ذكرنا یظهر بطلان إیراد المصنّف علی هذا الوجه بعدم المعقولیه.

یعنی إعطاء و أخذ بدون قصد عناوین خاصه معقول بوده و دو فرض می توان برای آن ذکر کرد:

الف) هر یک از متعاطیین هنگام اعطاء، قصد إعراض داشته باشند و أخذ در واقع مال بی صاحب را أخذ کرده و با حیازت، مالک آن می شود.

پس در این فرض که إعراض در إزاء إعراض است، إعطاء و أخذ تحقق یافته بدون آن که یکی از عناوین خاصه قصد شود.

ب) هر یک از متعاطیین هنگام إعطاء، قصد توکیل داشته و طرف مقابل را وکیل خود قرار دهد در این که آن مال را برای خود (وکیل) تملیک یا إباحه کند. به تعبیر دیگر این اعطاء به منزله ی گفتن «و کلتک» بوده و در حقیقت توکیل معاطاتی در إزاء توکیل معاطاتی است.

پس در این فرض نیز إعطاء و أخذ تحقق یافته بدون آن که یکی از عناوین خاصه قصد شود.

نقد اشکال

ولی این اشکال به کلام شیخ وارد نیست؛ زیرا مراد شیخ این بود که إعطاء بدون قصد یکی از عناوین خاصه معقول نیست، در حالی که إعراض و توکیل نیز مانند بیع، إجاره، عاریه، قرض و ... یکی از عناوین خاصه بوده و إعطاء به قصد إعراض یا توکیل، اعطاء با قصد عناوین خاصه است و إعراض و توکیل

فرقی از این جهت با اجاره، عاریه، قرض و ... ندارد.

علاوه آن که می توان گفت بحث درباره ی معاطاتی است که متعاطین در مقام بیع هستند و می خواهند آن بیعی را که با صیغه محقق می شود بدون صیغه محقق کنند و هر آن چه در بیع معتبر است را رعایت می کنند؛ به جز خواندن صیغه ی معتبر بنابراین قصد متعاطین تملیک بالبیع است و نهایت اگر توسعه دهیم قصد اباحه دارند. پس به هر حال قصدشان از این دو امر خارج نیست و معاطاتی که مفید اجاره، قرض، ودیعه، عاریه، وکالت، اعراض یا ... باشد خارج از محل کلام است. (۱)

مناقشه ی شیخ قدس سره - در وجه چهارم

وجه چهارم این بود که متعاطین قصد ملک مطلق کنند؛ نه ملک ناشی از بیع.

همان طور که معلوم است ملکیتی که از اسباب مختلف حاصل می شود تفاوتی با هم ندارد؛ یعنی ملکیتی که با بیع حاصل می شود با ملکیتی که از هبه حاصل می شود با ملکیتی که از ارث حاصل می شود و ... تفاوتی ندارد و این طور نیست که مثلاً ملکیت حاصل از هبه ضعیف تر از ملکیت حاصل از بیع باشد. بنابراین مرادشان از ملک مطلق این است که سبب خاصّی را برای ملکیت قصد نکنند، بلکه خود ملکیت را صرف نظر از این که به شکل بیع باشد یا به شکل هبه یا ...

۱- بعضی اشکال دیگری بر کلام شیخ وارد کرده اند که به نظر می رسد آن هم وارد نیست و خروج از محلّ کلام است. (امیرخانی) • حاشیه کتاب المکاسب (للهمدانی)، ص ۲۰: و آورد علیه شیخ مشایخنا قدّس سرّه: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوان البیع أو الإباحه و العاریه أو الودیعه أو غیر ذلک من العناوین الخاصّه. لکنّ الإنصاف إمكان تعقله، كما أنّه يتعقل إرادة الزّوج إزاله عقد نکاح إحدى زوجاته، كذلك یعقل إنشاء سبب ذلک و ان لم یتربّ علیه الأثر فی الخارج، لأنّ ترتّب الأثر بید الجاعل لا غیر، و کذا فیما نحن فیہ.

قصده کرده و انشاء کنند و به تعبیر دیگر اگر با صیغه انشاء می کردند لفظ «ملکوتک» به کار می بردند؛ نه الفاظ مخصوص بیع، هبه و

شیخ - رحمه الله علیه - در ردّ وجه چهارم می فرماید (۱): این وجه نیز درست نیست؛ چراکه تعریف بیع بر آن منطبق است؛ زیرا عمل متعاطین تملیک بالعوض است که این مصداق تعریف «بیع» می باشد.

آیا معاوضه ی لبن شاه به نحو تملیک مطلق است؟

مرحوم شیخ سپس می فرماید: از عبارات غیر واحدی از فقهاء ظاهر می شود که در بعضی عقود، مانند بیع لبن شاه و غیر آن، تملیک مطلق محقق می شود که اعم از بیع می باشد. تملیک مطلق در واقع به منزله ی جنس است که «بیع» از افراد آن بوده و تملیک خاص می باشد و آن چه در معاوضه ی لبن شاه و مانند آن محقق می شود تملیک مطلق است؛ نه تملیک خاص.

در روایات متعددی این مسأله مورد سؤال واقع شده که اگر کسی بقر و غنم خود را به دیگری إعطاء کند تا از پشم و شیر آن استفاده کند و در مقابل، درهم و دینار یا مقداری از روغن آن دریافت کند چه حکمی دارد؟ فقهاء ۴ به تبع روایات، این مسأله را در کتب فقهی خود مطرح کرده و بعضی علی رغم حکم به صحت چنین معامله ای در روایات، حکم به بطلان معامله کرده و بعضی دیگر آن را صحیح دانسته، ولی تصریح کرده اند که این معامله، نه به نحو بیع است و نه به نحو اجاره بلکه یک نوع معاوضه و تراضی است و مرحوم شیخ عبارت این فقهاء را ظاهر در تملیک مطلق دانسته است.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۲۴؛ و [یردّ] الثانی: بما تقدّم فی تعریف البیع: من أنّ التملیک بالعوض علی وجه المبادله هو مفهوم البیع، لا- غیر. نعم، ینظر من غیر واحدٍ منهم فی بعض العقود کبیع لبن الشاه مدّه، و غیر ذلک: کون التملیک المطلق أعمّ من البیع.

به علت اهمیت مسأله لازم است روایات مربوطه و کلمات فقهاء مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص شود:

اولاً: چنین معامله ای صحیح است یا خیر؟

ثانیاً: در صورت صحت معامله، تحت کدام یک از عقود قرار می گیرد؟

ثالثاً: آیا عبارات فقهاء همان طور که شیخ ادعا کرده ظهور در تملیک مطلق دارد؟ و اصلاً تملیک مطلق معنای روشنی دارد؟

روایات مربوط به اعطاء بقر و غنم بالضریه

جواز اعطاء بقر و غنم بالضریه مستظهر به روایات خاص می باشد که در بین آن ها صحیح نیز وجود دارد. این گونه روایات متأسفانه کمتر در کتب فقهی متأخرین مورد توجه قرار گرفته است. (۱)

صاحب وسائل قدس سره - این روایات را در کتاب التجاره وسائل الشیعه در بابی تحت همین عنوان؛ یعنی «بَابُ حُكْمِ إِعْطَاءِ الْغَنَمِ وَ الْبَقَرِ بِالضَّرِيَّةِ» جمع آوری کرده است:

۱. مصححه ی حلبی:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الْغَنَمُ يُعْطِيهَا بِضَرِيَّةٍ سَنَةٍ شَيْئاً مَعْلُوماً أَوْ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً مِنْ كُلِّ شَاهٍ كَذَا وَ كَذَا قَالَ: لَا بَأْسَ بِالذَّرَاهِمِ وَ لَسْتُ أَحِبُّ (۲) أَنْ يَكُونَ بِالسَّمَنِ. (۳)

۱- یاد می آید یکی از علماء در جوانی چنین معامله ای انجام داده بود، ولی در کهولت به علت عوارض کهن سالی و بیماری، نسبت به صحت و انجام این نوع معامله شک می کرد و دنبال طرف معامله بود تا طلب رضایت کند! در حالی که این نصوص به راحتی دال بر صحت چنین معامله ای است.

۲- ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۱، ص ۱۷۴: قوله عليه السلام -: و لست أحب إذ الظاهر من السمن أن يكون من تلك الشياه، و لعله لم يحصل منها ذلك القدر، بقريته قوله عليه السلام في الخبر الآتي «إلا أن تكون حوالب». و ظاهر تلك الأخبار الكراهه. و قال في المختلف: قال الشيخ في النهاية: لا بأس بأن يعطى الإنسان الغنم و البقر بالضرية مده من الزمان بشي ء من الدراهم و الدنانير و السمن، و إعطاء ذلك بالذهب و الفضة أجود في الاحتياط. و قال ابن إدريس: لا يجوز ذلك. و التحقيق أن هذا ليس ببيع و إنما هو نوع معاوضه و مرضاه غير لازمه بل سائغه، و لا منع من ذلك، و قد وردت الأخبار.

۳- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البيع و شروطه، باب ۹، ح ۱، ص ۳۵۰؛ الکافی، ج ۵، ص ۲۲۳ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۲۷.

حلبی از امام صادق علیه السلام - نقل می کند که حضرت درباره ی شخصی که گوسفند دارد و آن را به مدت یک سال در قبال شیء معلوم یا دراهم مشخص (نسبت به هر گوسفندی فلان مقدار) إعطاء می کند فرمودند: در قبال درهم اشکالی ندارد، ولی در قبال روغن دوست نمی دارم.

همه ی روات این روایت از أجلاءند و به خاطر پدر علی بن ابراهیم (ابراهیم بن هاشم) که توثیق خاصی در رجال ندارد ولی در حکم ثقة است، تعبیر به مصححه یا حسنه ی کالصحیحه می شود. (۱)

از عبارت «لست أحب» بیش از کراهت عوض واقع شدن «سین» نمی توان استفاده کرد. مکروه بودن سین به عنوان عوض، شاید به این خاطر است که از منافع همان غنمی است که مورد اجاره واقع شده است، کما این که نظیر آن در «اجاره ی زمین» نیز وجود دارد و آن این که اگر کسی زمینی را به دیگری اجاره دهد تا گندم در آن بکارد در مقابل مقدار معینی از گندم همان زمین، مشهور (۲) آن را باطل می دانند و در روایات، اجاره دادن شیئی در مقابل چیزی که از همان شیء حاصل می شود فی الجمله مورد نهی قرار گرفته است. (۳)

۱- البته تعبیر به صحیحه نیز می شود. (امیرخانی)

۲- العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص ۶۱۵: لا- يجوز إجاره الأرض لزرع الحنطه أو الشعير بما يحصل منها من الحنطه أو الشعير ...

۳- وسائل الشیعه، ج ۱۹، کتاب الاجاره، باب ۲۶، باب جَوَازِ إِجَارَةِ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ بِالذَّهَبِ وَالْفُضَّةِ وَحُكْمِ إِجَارَتِهَا بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَنَحْوِهَا مِنْهَا أَوْ مُطْلَقًا، ص ۱۳۸: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: لَمَا تَسْتَأْجِرُ الْأَرْضَ بِالتَّمْرِ وَ لَمَا بِالْحِنْطَةِ وَ لَا بِالشَّعِيرِ وَ لَا بِالْأَرْبَعَاءِ وَ لَا بِالنُّطَافِ قُلْتَ وَ مَا الْأَرْبَعَاءُ قَالَ الشُّرْبُ وَ النَّطَافُ فَضْلُ الْمَاءِ وَ لَكِنْ تَقْبَلُهَا بِالذَّهَبِ وَ الْفُضَّةِ وَ النُّصْفِ وَ الثُّلْثِ وَ الرَّبْعِ. • همان، کتاب المزارعه و المساقاه، باب ۱۵، باب أَنَّهُ يُجُوزُ لِمَنْ اسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ أَنْ يُزَارِعَ غَيْرَهُ بِحَصِّهِ، ص ۵۲: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبَانَ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ تَسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ بِدَرَاهِمٍ وَ تُزَارِعَ النَّاسَ عَلَى الثُّلْثِ وَ الرَّبْعِ وَ أَقَلِّ وَ أَكْثَرَ إِذَا كُنْتَ لَا تَأْخُذُ الرَّجُلَ إِلَّا بِمَا أَخْرَجَتْ أَرْضُكَ. • همان، باب ۱۶، باب مَا تَجُوزُ إِجَارَةُ الْأَرْضِ بِهِ وَ مَا لَا تَجُوزُ وَ خَرَجَ الْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرِ، ص ۵۳: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: لَا تَقْبَلُ الْأَرْضَ بِحِنْطَةٍ مُسَمَّاهِ وَ لَكِنْ بِالنُّصْفِ وَ الثُّلْثِ وَ الرَّبْعِ وَ الْخُمْسِ لَمَا يَأْسَ بِهِ الْعَيْدِثَ. • همان: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ فِي الْعِلَالِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ۸ أَنَّهُمَا سُئِلَا مَا الْعِلَّةُ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا لَا يُجُوزُ أَنْ تُؤَاجَرَ الْأَرْضُ بِالطَّعَامِ وَ تُؤَاجَرُهَا بِالذَّهَبِ وَ الْفُضَّةِ قَالَ: الْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الذِّي يَخْرُجُ مِنْهَا حِنْطَةٌ وَ شَعِيرٌ وَ لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ حِنْطَةٍ بِحِنْطَةٍ وَ لَا شَعِيرٍ بِشَعِيرٍ.

۲. روایت ابراهیم بن میمون:

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ] عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْمُونٍ أَنَّهُ (۱) سَأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فَقَالَ: نُعْطَى الرَّاعِيَ الْغَنَمَ بِالْجَبَلِ يَرْعَاهَا وَ لَهُ أَصْوَابُهَا وَ اللَّبَانُهَا وَ يُعْطِينَا لِكُلِّ شَاهٍ دَرَاهِمَ فَقَالَ لَيْسَ بِذَلِكَ بِأَسْفَلُ فَقُلْتُ إِنَّ أَهْلَ الْمَسْجِدِ

۱- در تهذیب این چنین نقل می کند: • تهذیب الأحكام، ج ۷، ص ۱۲۷: عَنْهُ [الحسن بن محمد بن سماعه] عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْمُونٍ أَنَّ إِبْرَاهِيمَ بْنَ أَبِي الْمُثَنَّى سَأَلَ ...

يَقُولُونَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مِنْهَا مَا لَيْسَ لَهُ صُوفٌ وَلَا لَبْنٌ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَ هَلْ يُطِيبُهُ إِلَّا ذَاكَ (۱) يَذْهَبُ بَعْضُهُ وَ يَبْقَى بَعْضٌ (۲).

ابی المغرء (حمید بن المثنی) می گوید: ابراهیم بن میمون از امام صادق علیه السلام - سؤال کرد و گفت: ما گوسفندان را به چوپان می دهیم تا در کوه بچراند و در مقابل، پشم ها و شیرهای گوسفندان را مالک می شود و برای هر گوسفندی دراهمی را پرداخت می کند. فرمودند: اشکالی ندارد. [ابراهیم بن میمون می گوید: عرض کردم اهل مسجد [عامه] می گویند: این کار جایز نیست؛ چراکه بعضی از گوسفندان نه پشم دارند و نه شیر. امام صادق علیه السلام - فرمودند: همین که بعضی دارد نقص بعضی دیگر را جبران می کند [و به صورت مجموع (۳) حساب می شود].

این روایت از لحاظ سند به خاطر ابراهیم بن میمون که توثیق ندارد ناتمام است.

از این روایت استفاده می شود که گوسفندان به چوپان اجاره داده می شود و منافع گوسفندان در قبال پرداخت دراهم معلوم، ملک چوپان می شود. (۴)

۱- مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۱۹، ص ۲۶۱: قوله عليه السلام -: «و هل يطيبه إلا ذاك» أي إنما رضی صاحب الغنم عن كل شاه بدرهم لأجل أن فيها ما ليس له صوف و لبن، و لو لم يكن كذلك لما رضی به، أو المراد به أنه لا يحل هذا العقد إلا ذلك، لأنك قلت: منها ما ليس له صوف، فظهر منه أن بعضها ليس كذلك، و يكفي هذا في صحة العقد، أو المراد أن زيادة بعضها يجبر نقص بعض و لو لا ذلك لما طاب.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب ۹، ح ۲، ص ۳۵۰ و الکافی، ج ۵، ص ۲۲۴.

۳- اگر به صورت مجموع باشد این سؤال باقی می ماند که چطور مالک، برای هر شاه دراهم می گیرد؛ نه بما هو مجموع. (امیرخانی)

۴- شاید بتوان گفت ظهور روایت در آن است که «بالجبل یرعاها» خصوصیت داشته و مالک غنم به خاطر این که گوسفندان در جبل چرانیده شود به چوپان می دهد، لذا چوپان خود اجیر می شود و «له اصوافها و البانها» به عنوان مال الاجاره است. (امیرخانی)

۳. روایت مُدْرِكِ بْنِ الْهَزْهَازِ:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ حُمَيْدِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبَانَ عَنْ مُدْرِكِ بْنِ الْهَزْهَازِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي الرَّجُلِ تَكُونُ لَهُ الْغَنَمُ فَيُعْطِيهَا بَضْرِيَّةَ شَيْئًا مَعْلُومًا مِنَ الصُّوفِ أَوْ السَّمْنِ أَوِ الدَّرَاهِمِ قَالَ لَا بَأْسَ بِالدَّرَاهِمِ وَ كَرِهَ السَّمْنَ. (۱)

مدرك بن الهزهاز از امام صادق عليه السلام - نقل می کند که حضرت درباره ی شخصی که گوسفندانش را بالضریبه در قبال شیء معلومی از پشم یا روغن یا دراهم إعطاء می کند فرمودند: اشکالی ندارد و روغن را کراهت داشتند.

این روایت از لحاظ سند به خاطر ارسال و عدم وثاقت مُدْرِكِ بْنِ الْهَزْهَازِ ناتمام است.

این روایت بیان می کند که حضرت نسبت به این که سَمْن به عنوان عوض واقع شود کراهت دارند، اما نسبت به «صوف» که آن هم از نتاج گوسفند است چیزی نفرمودند. این که آیا سَمْن و صوف با هم فرق دارند که حضرت فقط سمن را مکروه داشتند یا فرق نداشته و راوی بیان نکرده، معلوم نیست. به هر حال روایت از لحاظ سند قابل اعتماد نیست و فقط به عنوان مؤید است.

۴. صحیحہ ی عبد الله بن سنان:

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ غَنَمَهُ بِسَمْنٍ وَ دَرَاهِمٍ مَعْلُومَةٍ لِكُلِّ شَاهٍ كَذَا وَ كَذَا فِي كُلِّ شَهْرٍ قَالَ لَا بَأْسَ بِالدَّرَاهِمِ

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب ۹، ح ۳، ص ۳۵۰؛ الکافی، ج ۵، ص ۲۲۴ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۲۷.

فَأَمَّا السَّمْنُ فَلَا أُحِبُّ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَوَالِبَ (۱) فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ يَأْسِنَادِهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ وَ الَّذِي قَبْلَهُ يَأْسِنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ وَ الْأَوَّلَ يَأْسِنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ. (۲)

عبد الله بن سنان می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی شخصی که گوسفندانش را به دیگری در مقابل روغن و دراهم معلومه داده که برای هر گوسفندی در هر ماه فلان مقدار باشد سؤال کردم، حضرت فرمودند: اما روغن را دوست ندارم [که ثمن واقع شود] مگر این که [گوسفندان بالفعل] شیردار باشند که در این صورت اشکالی ندارد.

هر دو سند کلینی و شیخ به این روایت تمام است و مراد از «ابن محبوب» به قرینه ی روایت از عبدالله بن سنان، الحسن بن محبوب می باشد.

از این روایت استفاده می شود اگر گوسفندان بالفعل شیردار باشند نه آن که امید باشد در آینده شیردار شوند اشکالی ندارد سمن به عنوان عوض واقع شود، ولی اگر بالفعل شیردار نباشند کراهت دارد و نمی توان استفاده ی حرمت و بطلان کرد.

۵. موثقه ی اسماعیل بن الفضل:

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْسِنَادِهِ (۳) عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ]

۱- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص ۱۰۳: فَالْوَجْهُ فِي الْأَخْبَارِ الْأَوَّلِ أَنْ تُحْمَلَ عَلَى هَذَا الْخَبَرِ الَّذِي هُوَ مُفْصَّلٌ وَ هُوَ أَنَّهُ إِنَّمَا كَرِهَ ضَرِيْبَتَهَا بِالسَّمْنِ إِذَا لَمْ تَكُنْ حَوَالِبَ فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ كَذَلِكَ فَلَا بَأْسَ.

۲- وسائل الشيعه، ج ۱۷، كتاب التجاره، ابواب عقد البيع و شروطه، باب ۹، ح ۴، ص ۳۵۰؛ الكافي، ج ۵، ص ۲۲۴ و تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۱۲۷.

۳- تهذيب الأحكام، المشيخه، ص ۷۵: و ما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسن بن محمد بن سماعه فقد اخبرني به احمد بن عبدون عن ابي طالب الانباري عن حميد بن زياد عن الحسن ابن محمد بن سماعه، و اخبرني أيضا الشيخ ابو عبد الله و الحسين بن عبيد الله و احمد ابن عبدون كلهم عن ابي عبد الله الحسين بن سفيان البزوفري عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه.

عَنْ جَعْفَرِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِسْمَاعِيلِ بْنِ الْفَضْلِ (۱) قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنِ الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى الرَّجُلِ بَقْرًا أَوْ غَنَمًا عَلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ كُلَّ سَنَةٍ مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَوْلَادِهَا كَذًا وَكَذَا قَالَ: مَكْرُوهٌ. (۲)

اسماعیل بن الفضل الهاشمی می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی کسی که غنم و بقر خود را به دیگری می دهد در قبال این که در هر سال مقداری از شیرها و فرزندان آن را به او بدهد سؤال کردم، حضرت فرمودند: مکروه است.

این روایت از لحاظ سند تمام است و به خاطر الحسن بن محمد بن سماعه و بعضی دیگر از واقفین تعبیر به موثقه می شود.

از سیاق روایت استفاده نمی شود که «مکروه» به معنای حرمت و بطلان باشد، بلکه استفاده می شود کار خوشایندی نیست و حداقل این که به اطلاق بقیه ی روایات می توان گفت اگر البان و اولاد به عنوان عوض واقع شود معامله صحیح است.

اجاره بودن إعطاء غنم و بقر بالضریبه

با وجود این روایات که در بین آن ها صحیح نیز وجود دارد شکی نیست که چنین معامله ای صحیح می باشد، اما در این که چه نوع معامله ای است به نظر می رسد از باب اجاره باشد؛ زیرا همه ی شروط اجاره از جمله شرط معین و مشخص بودن

۱- رجال الطوسی، ص ۱۲۵: إسماعیل بن الفضل بن یعقوب بن الفضل بن عبد الله بن الحارث بن نوفل بن الحارث بن عبد المطلب ثقة من أهل البصره.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب عقد البیع و شروطه، باب ۹، ح ۶، ص ۳۵۱ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۲۶.

مال الاجاره را دارد؛ چراکه در بعض روایات قید شده دراهم یا مقدار سمن و لبن معلوم و مشخص است. بله شرطی که مشهور (۱) در اجاره لازم می دانند که مدت اجاره باید معین باشد در این نوع معامله لازم نیست (۲) که آن هم می گوئیم اگر دلیل قطعی بر معین بودن مدت اجاره قائم باشد می تواند مقید اطلاقات باشد.

به هر حال ارتکاز عرفی بر اجاره بودن این نوع معامله است و روایات نیز با اجاره بودن آن ناسازگار نیست و احتمال هم دارد معامله ای بر آنها باشد نظیر مزارعه، مساقات، مضاربه و ... که می توان نام آن را مغانمه یا مباقره نهاد! و تفاوتش با مضاربه، مزارعه و مساقات آن است که در این معامله، آن چه مالک باید دریافت کند معین و مشخص است، ولی در مضاربه، مزارعه و مساقات معین و مشخص نیست، بلکه به نسبت و درصد است.

۱- العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص ۵۷۸: ما كان معلومیته بتقدير المدّه لا بدّ من تعینها شهراً أو سنه أو نحو ذلك، و لو قال: آجرتك إلى شهر أو شهرين بطل، و لو قال: آجرتك كل شهر بدرهم مثلاً، ففي صحته مطلقاً أو بطلانه مطلقاً، أو صحته في شهر و بطلانه في الزيادة، فإن سكن فأجره المثل بالنسبه إلى الزيادة، أو الفرق بين التعبير المذكور و بين أن يقول: آجرتك شهراً بدرهم فإن زدت فبحسابه، بالبطلان في الأوّل و الصحه في شهر في الثاني أقوال: أقواها الثاني و ذلك لعدم تعین المدّه الموجب لجهاله الأجره بل جهاله المنفعه أيضاً، من غير فرق بين أن يعین المبدأ أو لا، بل على فرض عدم تعین المبدأ يلزم جهاله أخرى إلّا أن يقال: إنّه حينئذٍ ينصرف إلى المتّصل بالعقد، هذا إذا كان بعنوان الإجاره، و أمّا إذا كان بعنوان الجعاله فلا مانع منه، لأنّه يغتفر فيها مثل هذه الجهاله، و كذا إذا كان بعنوان الإباحه بالعوض.

۲- زیرا همین که معین کرده باشند هر ماه یا هر سال، ثمن مشخصی به مالک پرداخت شود معامله صحیح است و لازم نیست سقفی را برای زمان آن معین کنند که مثلاً تا یک سال یا دو سال این معامله ادامه داشته باشد.

عبارات فقهاء در بیع لبن شاه

۱. کلام شیخ طوسی قدس سره - در نهاییه:

«و لا بأس أن يعطى الإنسان الغنم و البقر بالضربيه (۱) مده من الزمان بشىء من الدراهم و الدنانير و السمن (۲)، و إعطاء ذلك بالذهب و الفضه أجود فى الاحتياط» (۳)

مانعی ندارد انسان [مالک غنم و بقر] مدتی از زمان، بقر و غنم خود را به مقدار معینی از دراهم، دنانیر و روغن به دیگری بدهد. و إعطاء آن در مقابل طلا و نقره [درهم و دینار] اجود در احتیاط است.

در عبارت شیخ طوسی قدس سره - «بیع لبن شاه» ذکر نشده، بلکه «إعطاء البقر و الغنم مده من الزمان بالضربيه» ذکر شده و شاید به همین جهت است که شیخ انصاری قدس سره - فرمودند از عبارت بعضی استفاده می شود که آن «تملیک مطلق» بوده و اعم از بیع است؛ یعنی شخصی که بقر و غنم را تحویل گرفته، شیر، پشم، روغن و ... آن بقر و غنم را بدون سبب خاص مالک شده است.

۲. کلام ابن ادریس قدس سره - در سرائر:

و لا يجوز أن يباع اللبن فى الضرور، فمن أراد بيع ذلك، حلب منه شيئاً، و اشتراه مع ما بقى فى الضرور فى الحال، أو مده من الزمان، على ما رواه أصحابنا، و إن جعل معه عرضاً آخر، كان أحوط.

۱- الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربيه)، ج ۱، ص ۱۷۰: و الضربيه: واحده الضرائب التى تؤخذ فى الأرصاد و الجزیه و نحوها. و منه ضربيه العبد، و هى غلته.

۲- مراد از سَمَن ظاهرأ سمن خود غنم و بقر است.

۳- النهایه فى مجرد الفقه و الفتاوى، ص ۴۰۰.

فروش شیر در پستان [بقر و غنم و امثال آن] جایز نیست. پس اگر کسی خواست آن را بفروشد مقداری از آن را بدوشد و با ما بقی آن در پستان در آن وقت یا در مدت زمان معلوم بفروشد، طبق آن چه اصحاب ما روایت کرده اند. و اگر همراه آن [شیر در پستان] متاع دیگری ضمیمه کند [به جای شیر دوشیده شده] احوط است.

پس جناب ابن ادریس قدس سره - می فرماید: فروش شیر در پستان بقر و غنم و ... به خاطر لزوم غرر جایز نیست. اگر کسی خواست شیر در پستان را بفروشد، باید مقدار معینی از آن را دوشیده و آن را همراه شیر در پستان شیری که الان در پستان موجود است یا شیری که در مدت معینی مثلاً یک ماه در پستان تولید می شود بفروشد.

إن قلت: اگر شیر در پستان را همراه شیر دوشیده شده بفروشد باز غرر لازم می آید.

قلت: اولاً: از آن جا که دلیل خاص بر آن وجود دارد که جناب ابن ادریس فرمود: علی ما رواه اصحابنا اگر در این فرض، غرر هم لازم آید اشکالی ندارد.

ثانیاً: اگر شیر دوشیده شده و معین را اصل و شیر در پستان را به عنوان تبع و شرط قرار دهد بیع صحیح است؛ زیرا بسیاری غرر در شرط را مانع صحت بیع نمی دانند، چنان که در نظیر آن گفته اند: بیع عبد آبق (۱) همراه ضمیمه ی معین جایز است.

و قد روی أنه لا بأس أن يعطى الإنسان الغنم، و البقر، بالضربيه،

۱- الخلاف، ج ۳، ص ۱۶۸: لا يجوز بيع العبد الآبق منفرداً، و يجوز بيعه مع سلعه أخرى. و قال الفقهاء [العامه] بأسره: لا يجوز بيعه، و لم يفصلوا دليلنا على منع بيعه منفرداً: إجماع الفرقه، و لأنه لا يقدر على تسليمه، و لأنه يبيع الغرر، فاما جوازه مع السلعه الأخرى فإجماع الفرقه، و دلالة الأصل، و المنع يحتاج إلى دليل.

مدّه من الزمان، بشىء من الدراهم، و الدنانير، و السمن، و إعطاء ذلك بالذهب و الفضة، أجود فى الاحتياط، و يمكن أن يعمل بهذه الروايه على بعض الوجوه، و هو أن يحلب بعض اللبن و يبيعه مع ما فى الضروع، مدّه من الزمان، على ما وردت بمثله الأخبار، أو يجعل عوض اللبن شيئاً من العروض (۱)، و يبيعه مع ما فى الضروع مدّه من الزمان، لأنّ الإجاره لا تصحّ هاهنا، لأنّ الإجاره استحقات منافع السلعه المستأجره، دون استحقات أعيان منها.

و الأقوى عندى المنع من ذلك كله، لأنّه غرر، و بيع مجهول، و الرسول عليه السّلام، نهى عن بيع الغرر، فمن أثبت ذلك عقداً يحتاج إلى دليل شرعى، و الذى ورد فيه، أخبار آحاد شذاذ، و قد بينا أنّ أخبار الآحاد عند أصحابنا، لا توجب علماً و لا عملاً، و الواجب على المفتى الرجوع فى صحه الفتوى، إلى الأدله القاطعه (۲).

روایت شده که مانعی ندارد انسان [مالک غنم و بقر] مدتی از زمان، بقر و غنم خود را به مقدار معینی از دراهم، دنانیر و روغن به دیگری بدهد. و إعطاء آن در مقابل طلا و نقره [درهم و دینار] اجود در احتیاط است.

بنابر بعضی وجوه می توان به این روایت عمل کرد و آن این که مقداری از

۱- . المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۴۰۴: (الْعَرَضُ) بِفَتْحَتَيْنِ مَتَاعُ الدُّنْيَا وَ (الْعَرَضُ) فِي اضْطِطْلَاحِ الْمُتَكَلِّمِينَ مَا لَمْ يَقُومْ بِنَفْسِهِ وَ لَمْ يُوجِدْ إِلَّا فِي مَحَلِّ يَقُومُ بِهِ وَ هُوَ خِلَافُ الْجَوْهَرِ وَ ذَلِكَ نَحْوُ حُمْرَةِ الْخَجَلِ وَ صِفْرَةِ الْوَجَلِ وَ (الْعَرَضُ) بِالسُّكُونِ الْمَتَاعُ قَالُوا وَ الدَّرَاهِمُ وَ الدَّنَانِيرُ عَيْنٌ وَ مَا سِوَاهُمَا (عَرَضٌ) وَ الْجَمْعُ (عُرُوضٌ) مِثْلُ فَلَسٍ وَ فُلُوسٍ وَ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ (الْعُرُوضُ) الْأَمْتَعَةُ الَّتِي لَا يَدْخُلُهَا كَيْلٌ وَ لَا وَزْنٌ وَ لَا تَكُونُ حَيَوَانًا وَ لَا عَقَارًا.

۲- السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، ج ۲، ص ۳۲۱.

شیر را بدوشد و آن را با شیر در پستان (در مدت زمان معین) بفروشد؛ چنان که روایات بر مثل آن وارد شده است. یا این که به جای دوشیدن شیر، متاع دیگری را جایگزین کرده و با شیر در پستان (در مدت زمان معین) بفروشد. به خاطر این که اجاره در این جا صحیح نیست؛ زیرا در اجاره، مستأجر مستحق منافع کالای مورد اجاره می شود؛ نه مستحق عین مورد اجاره.

ولی اقوی نزد من آن است که در هیچ صورتی [حتی دو راهی که بیان کردم] بیع جایز نیست؛ به خاطر این که غرر بوده و بیع شیء مجهول می باشد در حالی که رسول الله - صلی الله علیه و آله و سلم - از بیع غرر نهی فرموده است. بنابراین اگر کسی آن را به عنوان عقد شرعی می پذیرد باید دلیل شرعی اقامه کند. و اما روایتی که در این زمینه وارد شده، اخبار آحاد و شاذ است و همان طور که بیان کردیم اخبار آحاد نزد اصحاب ما نه موجب علم می شود و نه عمل. و بر مفتی واجب است که در صحت فتوا به ادله ی قاطعه رجوع کند.

پس جناب ابن ادریس قدس سره - مسأله ی إعطاء غنم و بقره به شخصی در مدتی از زمان در مقابل درهم و دینار را از باب اجاره نمی دانند و علت آن را این طور بیان می کنند که در اجاره، مستأجر فقط مستحق منافع عین مستأجره می شود؛ نه مالک عین مستأجره، در حالی که در ما نحن فیه فرض آن است کسی که غنم و بقره را تحویل گرفته مالک شیر و پشم آن می شود که عین است. لذا باید بگوییم معامله به نحو بیع است. ولی برای این که معامله از جهالت و غرر خارج شود باید یکی از این دو روش را انجام دهد؛ یا این که مقداری از شیر را دوشیده و آن را همراه شیری که الان در پستان موجود است یا در مدت معین تولید خواهد شد بفروشد کما این که این روش در روایت (۱) نیز آمده است یا این که به جای دوشیدن

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب العقد و شروطه، باب ۸ (باب جَوَازِ بَیْعِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ إِذَا ضُمَّ إِلَيْهِ شَيْءٌ مَعْلُومٌ)، ص ۳۴۸: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ عَنْ صِهْفَوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عِيصِ بْنِ الْقَاسِمِ قَالَ: سَأَلْتُ أَيْبَا عَدِيدٍ اللَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ رَجُلٍ لَهُ نَعْمٌ يَبِيعُ أَلْبَانَهَا بِغَيْرِ كَيْلٍ قَالَ نَعَمْ حَتَّى تَنْقَطِعَ أَوْ شَيْءٌ مِنْهَا. وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ اللَّبَنِ يُشْتَرَى وَهُوَ فِي الضَّرْعِ فَقَالَ لَا إِلَّا أَنْ يَحْلُبَ لَكَ مِنْهُ سَكْرُجَةٌ فَيَقُولَ اشْتَرْتُمْنِي هَذَا اللَّبَنِ الَّذِي فِي السُّكْرُجَةِ وَمَا فِي ضُرُوعِهَا بِثَمَنِ مِثْلِي فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الضَّرْعِ شَيْءٌ كَمَا فِي السُّكْرُجَةِ. وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَمَاعَةَ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا عَدِيدٍ اللَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَذَكَرَ مِثْلَهُ وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ سَعِيدٍ.

شیر، متاع دیگری جایگزین کرده و آن متاع را همراه شیر در پستان بفروشد.

جناب ابن ادریس در نهایت می فرماید: اقوی آن است که چنین معامله ای صحیح نیست؛ چرا که این دو روش نیز معامله را از غرری بودن و جهالت خارج نمی کند؛ زیرا به هر حال مقدار شیری که در پستان است یا در زمان معین تولید خواهد شد مجهول است و آن روایاتی هم که در این زمینه وارد شده، اخبار آحاد و شاذ بوده که مفید علم و عمل نمی باشد، اصحاب نیز اخبار آحاد را حجت نمی دانند.

کلام ابن ادریس در ردّ اجاره بودن معامله به خاطر تملک عین از طرف مستأجر، صحیح نیست؛ چرا که عین مستأجره، لبن و پشم نیست که نتواند به ملک مستأجر در بیاید، بلکه عین مستأجره غنم و بقر است که لبن و پشم از منافع آن بوده و منافع عین مستأجره هر چند خودش عین باشد می تواند به ملک مستأجر در آید، کما این که اجاره ی باغ میوه و تملک میوه ی آن از جانب مستأجر مورد پذیرش است. (۱)

غرری بودن بیع نیز به نحوی قابل اصلاح است؛ زیرا با اصل قرار دادن شیر

۱- ظاهراً بعضی، از جمله علامه آن را قبول ندارند. (امیرخانی) • قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۸۷: [الشرط] الرابع: انفرادها بالتقویم: فلو استأجر الكرم لثمره و الشاه لتاجها أو صوفها أو لبنها لم ینعقد، لما یتضمن من بیع الأعیان قبل وجودها. و الاستئجار إنما یتعلق بالمنافع.

دوشیده شده یا متاع دیگر و تبیع و شرط قرار دادن شیر در پستان، جهالت آن ضربه ای به صحت بیع نمی زند.

۳. کلام علامه قدس سره - در مختلف الشیعه:

و التحقیق: أنّ هذا لیس بیع، و أنّما هو نوع معاوضه و مرضاه غیر لازمه بل سائغه، و لا منع فی ذلك. (۱)

علامه قدس سره - در مختلف الشیعه بعد از نقل کلام شیخ طوسی قدس سره - در جواز إعطاء غنم و بقر در مقابل درهم و دینار و نیز کلام ابن ادریس قدس سره - در عدم جواز چنین معامله ای می فرماید: تحقیق آن است که إعطاء غنم و بقر مدتی از زمان در مقابل درهم و دنانیر بیع نیست و اصلاً متعرض قضیه ی اجاره نمی شوند؛ کأنّ استدلال ابن ادریس را در عدم اجاره بودن معامله پذیرفته اند.

علامه سپس می فرماید: این إعطاء یک نوع معاوضه و مرضات است که لازم نیست، بلکه جایز است؛ یعنی هر کدام پیشیمان شد می تواند معامله را فسخ کند.

۴. کلام علامه قدس سره - در نهاییه الاحکام:

لا- يجوز بیع اللبن فی الضرع لأنه مجهول، و ما روی فی ذلك محمول علی الضریبه، فقد روی أنه ... و هذا لیس بیعا فی الحقیقه، بل نوع معاوضه غیر لازمه، بل جائزه لما فیہ من الإرفاق و الإعانه، فیأخذ دافع النقد ما یحتاج إلیه من اللبن و غیره و ینتفع به، و یأخذ صاحب الغنم النقد لینتفع به.

و لا یمکن البیع فی مثل هذا، و لا طریق سوی ما ذکرناه، و کان

۱- مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، ج ۵، ص ۲۴۸.

سائغا للحاجه، و كبيع المعاطاه. و لما روى عن الصادق عليه السلام فى الرجل يكون له الغنم أ يعطيه بضريبه سمنا شيئا معلوما أو دراهم معلومه من كل شاه كذا و كذا؟ قال: لا بأس بالدراهم و لست أحب أن يكون بالسمن. (۱)

علامه قدس سره - در نهايه الاحكام مقصدارى روشن تر بيان مى كند كه إعطاء غنم و بقر بالضريبه بيع نيست، بلكه نوعى معاوضه ي غير لازم است كه به خاطر ارفاق و إعانه اى كه در آن وجود دارد جايز مى باشد. پرداخت كننده ي درهم و دينار، آن چه را كه از لبن و مانند آن احتياج دارد دريافت کرده و انتفاع مى برد و صاحب غنم نيز درهم و دينار را دريافت کرده از آن انتفاع مى برد.

سپس مى فرمايد: امكان بيع در مثل چنين معامله اى وجود ندارد. راهى هم براى تصحيح آن نيست؛ مگر همان كه بيان كرديم معاوضه اى جداگانه است، و به خاطر نص و نيازى كه به آن وجود دارد چنين معامله اى جايز بوده و مانند بيع معاطات مى باشد. (۲)

۵. كلام صاحب حدائق قدس سره :-

و المستفاد من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو أنه يجوز أن يعطى الغنم و نحوها الى من يرعاها بضريبه يضربها المالك على

۱- نهايه الاحكام فى معرفه الأحكام، ج ۲، ص ۵۳۵.

۲- علامه در تحرير نيز چنين مى فرمايد: • تحرير الأحكام الشرعيه على مذهب الإماميه (ط - الحديثه)، ج ۲، ص ۳۵۲: يجوز إعطاء البقر و الغنم بالضريبه مدّه من الزمان بشى ء من الدراهم أو الدنانير و السمن، و الذهب و الفضة أحوط، قاله الشيخ، و قال ابن إدريس: يمكن العمل بهذه الروايه بأن يحلب بعض اللبن و يبيعه مع ما فى الضرع، مدّه من الزمان. و الوجه عندى البطلان إن كان يبيعا، و إلّا كان هذا بمنزله الإباحه.

الراعى من نقد أو سمن بالشرط المتقدم، و ان ما عدا ما شرطه مما حصل من الغنم من لبن و دهن و صوف و نحو ذلك فهو للراعى فى مقابله قيامه بها و حفظها و دورانه بها فى مواضع القطر و العلف، و حينئذ يكون ذلك أجره عمله.

صاحب حدائق قدس سره - بعد از نقل کلام شیخ طوسی قدس سره - و روایاتی که در این زمینه وارد شده می فرماید: مستفاد از اخبار بعد از ضمّ بعضی به بعضی دیگر آن است که مالک، غنم و بقر را در مقابل ضریبه ای که معین می کند از پول یا مقداری از روغن بقر و غنم به چوپان تحویل دهد، و اجرت چوپان نیز در مقابل چرانیدن و نگه داری از بقر و غنم، منافع آن اعم از لبن، روغن و پشم باشد غیر از آن مقداری که برای مالک معین شده است.

بنابراین نظر صاحب حدائق قدس سره - در مورد این معامله آن است که به نحو اجاره است؛ به این صورت که چوپان اجیر می شود بقر و غنم را در مراتع چرانیده و نگه داری کند و اجرت عملش، مقداری از منافع بقر و غنم باشد و بقیه ی آن عین یا ثمن آن را به مالک تحویل دهد.

لکن یشکل ذلك على قواعد الأصحاب من وجوب معلوميه الأجره و تعيينها، و المفهوم من كلام ابن إدريس ان منعه لذلك، لان دفعها على هذا الوجه من قبيل الإجاره، و ان الإجاره هنا باطله، لأن ثمره الإجاره تمليك المنفعه، دون العين، و الذى أخذه الراعى انما هو من الأعيان لا المنافع.

صاحب حدائق قدس سره - سپس می فرماید: ولی این نوع اجاره نیز طبق قواعد أصحاب مشکل است؛ چراکه مال الاجاره باید معلوم و معین باشد، در حالی که

مال الإجاره ی چوپان مجهول است؛ لذا معامله باطل می باشد. مفهوم از کلام ابن ادریس نیز آن است که منع چنین معامله ای به خاطر جهالت آن است. به خاطر این که إعطاء غنم و بقر بالضریبه، اگر به نحو اجاره باشد اجاره در این جا باطل است؛ زیرا ثمره ی اجاره تملیک منفعت است؛ نه عین، در حالی که آن چه چوپان اخذ کرده عین است؛ نه منفعت. و اگر به نحو بیع باشد، از آن جا که مقدار لبن مجهول است بیع صحیح نیست و آن دو روشی که ابن ادریس بیان کرد از جهالت خارج نمی کند.

و لهذا ان العلامه إنما تفصی عن ذلك بان هذه المعامله لیست من قبیل البیع، و لا الإجاره، و انما هی نوع معاوضه و تراض من الطرفين، و ان كان غیر لازم شرعا لو أريد فسخه و إبطاله، و هو جيد وقوفا علی ظواهر الأخبار المذكوره و الله العالم. (۱)

صاحب حدائق قدس سره - در نهایت می فرماید: به خاطر تفصیی از این مشکل، مرحوم علامه قدس سره - فرمودند که این معامله نه به نحو بیع است و نه اجاره، بلکه نوعی معاوضه و تراضی دیگر است که غیر لازم می باشد؛ یعنی می توانند فسخ کنند. این نظر علامه، به خاطر وقوف بر ظاهر اخباری که بر آن دلالت می کند نظر مناسبی است.

صاحب حدائق قدس سره - ظاهراً از روایت ابراهیم بن میمون استفاده کرده اند که «إعطاء بقر و غنم بالضریبه» به نحو اجاره بوده و خود چوپان برای چراندن گوسفندان اجیر می شود، ولی از آن جا که مال الاجاره (منافع گوسفندان) از حیث مقدار مجهول است نمی توان به آن ملتزم شد و چنین اجاره ای صحیح نیست.

در حالی که اگر روایت را این طور معنا می کردند که گوسفندان به چوپان

۱- الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره، ج ۲۰، ص ۶۰.

إجاره داده می شود و منافع گوسفندان(۱) در قبال پرداخت دراهم معلوم، ملک چوپان می شود، مشکلی پدید نمی آمد.

أعلام دیگری(۲) نیز مسأله را مطرح کرده اند که فعلاً به همین مقدار بسنده می کنیم.

۱- إن قلت: چه گوسفندان مورد اجاره واقع شوند و چه چوپان اجیر شود و منافع گوسفندان به عنوان مال الاجاره باشد، در هر صورت چون منافع گوسفندان مجهول می باشد اجاره باطل است. قلت: اگر گوسفندان مورد اجاره واقع شوند لازم نیست منافع گوسفندان کاملاً معین و مشخص باشد، کما این که در اجاره ی باغ قبل از بُدو صلاح، مقدار میوه های باغ مجهول است، به خلاف صورتی که منافع گوسفندان به عنوان مال الاجاره واقع شود که باید معین و مشخص باشد. (امیرخانی)

۲- نکت النهایه، ج ۲، ص ۱۷۱: قوله: «و لا بأس أن يعطى الإنسان الغنم و البقر بالضربيه مده من الزمان بشىء من الدراهم و الدنانير و السمن، و إعطاء ذلك بالذهب و الفضة أجود فى الاحتياط». هل يجوز الرجوع لأحدهما قبل استكمال المده؟ و هل يجوز بغير الذهب و الفضة و السمن، من اللبن أو الصوف أو الغله أو غير ذلك؟ و قوله: «أجود فى الاحتياط» لم كان أجود؟ و الاحتياط ما المراد به هنا؟ الجواب: الظاهر أن ذلك على سبيل الجواز لا اللزوم، لأنه معاوضه على ما ليس بمملوك، و النقل يضمن الجواز و رفع البأس، و لا يلزم من رفع البأس لو تراضيا به لزومه لهما. روى هذه الروايه الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل دفع غنمه الى رجل بسمن و دراهم معلومه، لكل شاه كذا و كذا فى كل شهر، قال: لا- بأس بالدراهم، فأما السمن فلا- أحب، إلا أن يكون حوالب فلا بأس. و عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضربيه سمناً شيئاً معلوماً من كل شاه كذا و كذا، قال: لا بأس بالدراهم، و لست أحب أن يكون بالسمن. • مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه (ط - الحديثه)، ج ۱۹، ص ۴۴۳: [قال العلامه] إن الأقوى أن المعقود عليه فى الإجاره إنما هو المنافع دون الأعيان و جزم فى التحرير بعدم الانعقاد فى استئجار الكرم للثمره و استشكل فى استئجار الغنم و الإبل و البقر للبنها و صوفها و شعرها و وبرها و قال قد روى أصحابنا جواز أخذ الغنم بالضربيه مده من الزمان و سيقرب فى الكتاب جواز استئجار الشاه لإرضاع سخله و قد تقدم لنا ترجيح استئجار الشاه للحلب لمكان صحبته عبد الله بن سنان و حسنه الحلبي و إطلاقات الفتاوى و الإجماعات المستفيضه على أن كل ما تصح إعارته تصح إجارته فلما كانت المسأله غير قطعيه و كان للتأمل فيها مجال و كان أحمد و الشافعي يذهبان إلى أن الإجاره بيع و نوع منه أراد أن يقطع الشبهه من أصلها فاستدل على عدم الانعقاد بوجهين (الأول) أنه بيع بلفظ الإجاره (و الثانى) أنه بيع الأعيان قبل وجودها أما الأول فلأنه تضمن نقل العين و لا يكون ذلك فى الإجاره فلا ينعقد بيعاً لكونه بلفظ الإجاره و لا إجاره لكون المتعلق عيناً و أما الثانى فلأن القائل بأنها بيع بمنفعه لا بيع عين و على تقدير التسليم فهى هنا بيع للشىء قبل وجوده و هما أى أحمد و الشافعي لا يجوزانه فلا يتجه قوله فى جامع المقاصد إن فى التعليل مناقشتين (إحدهما) أن هذه الإجاره لا تتضمن بيعاً لكنها لما اشتملت على نقل العين لم تنعقد لأن لكل عقد حداً لا يتعداه. (الثانيه) أن قوله قبل وجودها غير محتاج إليه و لا ينبغى لأنه يقتضى أن المانع من الصحه هو مجموع الأمرين مع أن الأول وحده كاف فى المنع عندنا نعم فيه مناقشه من وجه آخر و هو أن ذلك لا يرتبط بالشرط المذكور و هو كون المنفعه مقومه بانفرادها لأنه ليس فى الأمثله منفعه استؤجر لها و لا- قيمه لها بدون العين إذ المستأجر لأجله هو الثمره و النتاج و هما عينان فلعل الأولى أن يقول فلا يصح استئجار الغنم و المعز لغير اللبن و الصوف على رأى و لا استئجار المطاعم

للأكل و نحو ذلك.

نقد کلام شیخ قدس سره - در ظهور عبارت فقهاء در تملیک مطلق

فرمایش علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - که اعطاء بقر و غنم بالضریبه نه بیع است و نه اجاره، بلکه نوعی معاوضه و تراضی دیگر است شاهد جناب شیخ قدس سره - است که فرمود: ظاهر عبارت برخی آن است که بیع [اعطاء] لبن شاه، تملیک مطلق بوده و اعم از بیع است؛ چون ظاهر این معاوضه و تراضی، تملیک است؛ نه اباحه و به همین خاطر قابلیت فسخ دارد و الا فسخ معنا نداشت، اما ملکیت خاص حاصل از بیع نیست، بلکه ملکیت مطلق است.

صرف نظر از اشکالی که بر کلام علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - وارد کردیم که مانعی ندارد اعطاء بقر و غنم بالضریبه به نحو اجاره باشد، خدمت جناب شیخ قدس سره - عرض می کنیم:

همان طور که بیان کردیم ملکیتی که با بیع یا اسباب دیگر حاصل می شود هیچ

تفاوتی با هم نداشته و همه ملکیت مطلق است؛ یعنی ملکیتی که مثلاً با بیع حاصل می شود ملکیت خاص نیست، بلکه ملکیت مطلق است، فقط سبب آن خاص است؛ یعنی متعاملین بیع را قصد می کنند که مشتمل بر تملیک مطلق است، یا در صلح، متعاملین قصد صلح می کنند ولی ملکیتی که حاصل می شود ملکیت مطلق است.

بنابراین اگر مراد علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - در مورد ملکیت حاصل از اعطاء بقر و غنم بالضریبه، آن است که این ملکیت با سبب خاصی غیر از بیع و اجاره و ... حاصل شده است، می گوئیم از آن جا که ملکیتی که از این سبب خاص حاصل می شود با ملکیت حاصل از اسباب دیگر تفاوتی ندارد و همه ملکیت مطلق است، پس از عبارات علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - چیزی به نام «ملکیت مطلق» در مقابل «ملکیت خاص» استفاده نمی شود.

و اگر مراد علامه و صاحب حدائق قدس سرهما - آن است که این ملکیت با سبب خاصی مانند بیع، اجاره، صلح و ... حاصل نشده و متعاملین سببی را قصد نکرده اند، کلامشان درست نیست و خود اعطاء غنم و بقر بالضریبه می تواند سببی در عرض بیع، اجاره، هبه، صلح و ... باشد.

پس خلاصه این که اگر متعاطین قصد تملیک مطلق کنند معنایش این نیست که بیع و امثال آن را قصد نکرده اند و اگر احیاناً آن تملیک، تحت هیچ یک از عناوین خاص قرار نگرفت، از آن جا که تملیک در همان عالم اعتبار بدون سبب واقع نمی شود، می گوئیم ملکیت از سبب جدیدی پدید آمده که اسم خاصی ندارد.

بنابراین تملیک مطلق، بدون قصد سبب و انطباق عنوانی از عناوین متصور نیست و صرف نظر از قصد سبب، خود ملکیت به نحو مطلقه قصد می شود و از این نظر ملکیت خاصه معنا ندارد.

بنابراین احتمال چهارمی که در مورد معاطات ذکر شده، اگر متعاطین فقط قصد تملیک داشته باشند چیزی جز احتمال دوم نیست، اما اگر همراه قصد تملیک، سبب خاصی غیر از بیع، اجاره، هبه و ... کرده باشند، گرچه غیر از احتمال دوم است ولی خارج از محل بحث است؛ زیرا محل کلام جایی است که متعاطین قصد بیع و یا اباحه داشته باشند که مفید ملکیت مطلقه [یا اباحه] است.

اقوال در نتیجه ی معاطات

اشاره

مرحوم شیخ می فرماید: «فالأقوال فی المعاطاه علی ما یساعده ظواهر کلماتهم سنّه» (۱).

سید یزدی قدس سره - نیز در حاشیه بر مکاسب (۲) قول دیگری به آن اضافه می کند که در مجموع هفت قول می شود که عبارتند از:

قول اول: مفید لزوم (ملکیت لازم) مطلقاً

قول اول که اکثر معاصرین به آن قائلند این است که معاطات هیچ تفاوتی با بیع بالصیغه نداشته و مفید ملک لازم برای متعاطین است مطلقاً؛ چه دالّ بر تراضی، لفظ [غیر واجد شرائط] باشد و چه نباشد.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۳۷: فالأقوال فی المعاطاه علی ما یساعده ظواهر کلماتهم سنّه: اللزوم مطلقاً، كما عن ظاهر المفید، و یکفی فی وجود القائل به قول العلّامه رحمه الله فی التذکره: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصیغه. و اللزوم بشرط کون الدالّ علی التراضی أو المعامله لفظاً، حکى عن بعض معاصری الشهد الثانی، و بعض متأخری المحدثین، لکن فی عدّ هذا من الأقوال فی المعاطاه تأمل. و الملک الغیر اللزوم، ذهب إليه المحقّق الثانی، و نسبه إلى کلّ من قال بالإباحه. و فی النسبه ما عرفت. و عدم الملک مع إباحه جمیع التصرفات حتی المتوقّفه علی الملک، كما هو ظاهر عبائر کثیر، بل ذکر فی المسالک: أنّ کلّ من قال بالإباحه یسوّغ جمیع التصرفات. و إباحه ما لا یتوقّف علی الملک، و هو الظاهر من الکلام المتقدّم عن حواشی الشهد علی القواعد، و هو المناسب لما حکیناه عن الشیخ فی إهداء الجاریه من دون إيجاب و قبول. و القول بعدم إباحه التصرف مطلقاً، نسب إلى ظاهر النهایه، لکن ثبت رجوعه عنه فی غیره.

۲- حاشیه مکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۸: أقول و هنا قول سابع و هو أنّها معامله مستقلّه مفیده للملکیه و لیست بیعا و إن كانت فی مقامه حکى عن الشیخ الکبیر الشیخ جعفر قدّس سرّه و أمّا المحقّق الثانی فهو یجعلها بیعا جائزا فلا یرجع هذا القول إلى قوله.

این قول در میان قدماء شیعه طرفدار ندارد، تنها کسی که در میان قدماء به وی نسبت داده شده شیخ مفید قدس سره - در مقنعه است.

عبارت مقنعه این چنین است:

باب عقود البیوع: و البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبایع له إذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افتراقا بالأبدان.

و من ابتاع شیئا معروفا بثمان مسمی و لم یقبضه و لا قبض ثمنه و فارق البائع بعد العقد لیتقده الثمن فهو أحق به ما بینه و بین ثلاثه أيام فإن مضت ثلاثه أيام و لم یحضر الثمن کان البائع بالخیار إن شاء فسخ البیع و باع من (۱) سواه و إن شاء طالبه بالثمن علی التعجیل له و الوفاء و ... (۲).

بیع با تراضی طرفین در آن چه که مالک خرید و فروش آن هستند منعقد می شود در صورتی که عوض و معوض را بشناسند و راضی به بیع بوده و تقابض کنند و با بدن هایشان از هم جدا شوند. (۳)

کسی که شیء معروفی [غیر مجهول] را به ثمن مشخصی خرید، ولی آن را قبض نکرد و ثمن را اقباض نکرد و از بایع جدا شد تا بعداً ثمن را پرداخت کند، تا سه روز آحق به آن شیء است. پس اگر سه روز گذشت و ثمن را حاضر نکرد بایع دارای اختیار است، اگر خواست بیع را فسخ می کند و به دیگری می فروشد و اگر خواست می تواند ثمن را مطالبه کند ...

مشهور از اطلاق کلام شیخ مفید قدس سره - استفاده کرده اند که ایشان بیع معاطاتی را

۱- ظاهراً «ممن سواه» باید باشد.

۲- المقنعه (للشیخ المفید)، ص ۵۹۱.

۳- یعنی خیار مجلس ساقط شود؛ چراکه «البیعان بالخیار ما لم یفترقا».

نیز موجب انعقاد و لزوم عقد می داند؛ زیرا بدون آن که بیع را مقید بالصیغه کند علی الاطلاق فرمود موجب انعقاد و لزوم می شود، ولی عده ای (۱) گفته اند مراد شیخ مفید از «بیع» در این عبارت بیع بالصیغه است و به خاطر وضوح و مسلم بودن نزد ایشان و اعتماداً علی الظهور عند الناس به آن تصریح نفرموده است. شاهدش این است که نظیر چنین تعبیری را در کتاب نکاح (۲) نیز دارند و اسمی از صیغه نبردند در حالی که قطعاً نکاح بالصیغه مرادشان است؛ زیرا اجماع قطعی بر لزوم صیغه در نکاح است.

مضاف به این که فرع بعدی نیز در کلام شیخ مفید فقط با بیع بالصیغه سازگار است؛ چون فرض آن است که بیع محقق شده ولی قبض و اقباضی صورت نگرفته است.

ولی با این حال به نظر می رسد کلام شیخ مفید قدس سره - اطلاق داشته و شامل معاطات نیز بشود؛ چراکه لزوم صیغه در بیع، امر مسلمی نبوده کما این که در فقه عامه نیز مسلم نبوده و طبق نقل علامه در تذکره (۳)، أحمد حنبل و مالک مطلقاً و

۱- الحاشیه الثانیه علی المکاسب (للخوانساری)، ص ۸۰: الانصاف عدم الظهور فی کلامه و ان اوهم اطلاق عبارته ذلک فعن المقنعه «و البیع ینعقد علی تراضی بین الاثنین فیما یملکان التبايع له اذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افتراقا بالابدان» ه و سیجی ء فی المتن أنه یحتمل قویاً ارادته من ذلک بیان الشرائط لصحة العقد و لزومه لا إرادته تحقق البیع بذلک من دون صیغه و یکون ترکه لذكر الصیغه اتکالا- علی معلومی اعتبارها فیه کترکه علی المحکی لا اعتبار الصیغه فی النکاح و الطلاق أيضا مع اعتبارها فیهما من دون خلاف و لا اشکال.

۲- در مقنعه عبارتی که مفید تعریف عقد نکاح باشد تا ما نحن فیه را بتوان با آن قیاس کرد پیدا نکردیم. (امیرخانی)

۳- تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۰، ص ۷: الفصل الثانی فی الصیغه: مسأله ۱: الأشهر عندنا: أنه لا بدّ منها، و لا تکفی المعاطاه فی الجلیل و الحقیق، مثل: أعطنی بهذا الدینار ثوبا، فیعطیه ما یرضیه، أو یقول: خذ هذا الثوب بدینار، فیاخذه و به قال الشافعی مطلقاً لأصاله بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلاله علی المقاصد. و بعض الحنفیة و ابن سریق فی الجلیله. و قال أحمد: ینعقد مطلقاً و نحوه قال مالک، فإنه قال: بع بما یعتقده الناس بیعا لأنه تعالی أحلّ البیع و لم یبین کیفیة، فتحال علی العرف کالقبض، و البیع وقع فی زمانه علیه السّلام کثیرا و لم ینقل اللفظ، و إلما لتواتر. و الجواب: المعاطاه تثبت فی غیر البیع، فیجب عود النصّ إلی غیرها. و نمنع عدم التواتر، و الاستغناء بالإباحه عنه.

بعض حنفیه در محقرات قائل به عدم لزوم صیغه بودند و از آن جا که فقه ما به گونه ای با توجه به اهل تسنن پیش رفته و فقهاء ما با نگاه به فقه آنان فروعاً فقہی را مطرح کرده اند، پس معلوم می شود لزوم صیغه، امر واضح و مسلّمی نبوده تا بگوییم مراد از بیع در کلام شیخ مفید، بیع بالصیغه بوده، مگر این که کسی ادعا کند نزد شیعه واضح بوده، که آن هم قابل اعتماد نیست. پس اطلاق کلام ایشان، مفید آن است که بیع معاطاتی در صحت و لزوم بیع کافی است.

خصوصاً با توجه به این که «تقابض» را به عنوان شرط انعقاد و لزوم بیع ذکر کرده، در حالی که چنین شرطی فقط در معاطات لازم است (۱) و در بیع بالصیغه با قبض یکی از طرفین بدون قبض طرف دیگر نیز عقد لازم شده و دیگر قابل انفساخ نیست. (۲)

۱- آن هم بنابر آن که إعطاء یا قبض هر کدام به تنهایی کافی در تحقق معاطات نباشد.

۲- اگر بگوییم شرط «تقابض» را به جهت داخل کردن معاطات ذکر فرموده، لازمه اش آن است که با این شرط، بیع بالصیغه خارج شود؛ چرا که در بیع بالصیغه تقابض لازم نیست، بلکه قبض یکی از عوضین کفایت می کند! پس اگر خواسته باشند معاطات را داخل کنند مناسب بود که هم تقابض و هم قبض یکی از عوضین هر دو را ذکر می کردند؛ نه فقط تقابض. بنابراین به نظر می رسد کلام ظهور در شمول بیع معاطاتی ندارد و این که شرط تقابض را ذکر فرموده تسامحاً بوده و این که به هر حال تقابض در بیع بالصیغه موجب لزوم می شود. (امیرخانی) • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۲، ص ۵۰۴: نقل الآبی فی «کشف الرموز» عن المفید و الشیخ أنّه لا بدّ فی البیع عندهما من لفظٍ مخصوص كما ستسمعه إن شاء الله. و بهذا یبغید ما فهموه من عبارة المفید فلا تغفل، و الرجل قریب العهد عارف بالأقوال من تلامذه المحقّق. • مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، ج ۵، ص ۵۱: و للمفید قول یوهم الجواز فإنه قال: و البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبايع له إذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افتراقاً بالأبدان. و لیس فی هذا تصریح بصحته، إلاّ أنّه موهم.

إن قلت: در لزوم بیع بالصیغه قبض أحد الطرفين کافی است، پس ذکر تقابض بدون وجه است.

قلت: بعید نیست نظر شیخ مفید قدس سره - در این جا به خصوص بیع معاطاتی باشد و در صدد بیان این مطلب باشند که کمترین شرایط لزوم بیع به طور نسبی اموری است که ذکر فرموده اند، گرچه این توجیه با فرع بعدی مذکور در کلام شیخ مفید سازگاری ندارد؛ زیرا در آن فرع مفروض تحقق عقد به لفظ است؛ چون قبض و اقباضی رخ نداده است.

بالجمله این که به ظاهر کلام شیخ مفید قدس سره - نسبت داده شده که ایشان قائل به لزوم در معاطات شده اند درست بوده و ظهور قوی در آن دارد، ولی به هر حال از حد ظهور تجاوز نمی کند.

قول دوم: مفید ملکیت جائزه

قول دوم بیان می کند معاطات مفید ملکیت است ولی ملکیت جائزه و متزلزله که با تلف یکی یا به حکم تلف لازم می شود.

محقق کرکی قدس سره - این قول را اختیار کرده (۱) و به ظاهر اصحاب نیز نسبت داده،

۱- جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۵۸: [المعاطاه]: مفاعله من الإعطاء، فظاهره أنها لا تكفي في المقصود في البيع، و هو: نقل الملك. و ليس كذلك، فان المعروف بين الأصحاب أنها بيع و إن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافا لظاهر عباره المفید، و لا يقول أحد من الأصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهايه، و قد رجع عنه في كتبه المتأخره عنها. و قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) يتناولها، لأنها بيع بالاتفاق، حتى القائلين بفسادها، لأنهم يقولون: هي بيع فاسد. و قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) فإنه عام، إلا فيما أخرجه دليل. و ما يوجد في عباره جمع من متأخري الأصحاب: من أنها تفيد إباحه، و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به: عدم اللزوم في أول الأمر، و بالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادته الإباحه المجرده عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسده (و لم يجز التصرف في العين، و كافه الأصحاب على خلافه. و أيضا فإن الإباحه المحضه) لا تقتضي الملك أصلا و رأسا، فكيف يتحقق ملك مال شخص بذهاب مال آخر في يده؟ و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد في الصراحه كالأقوال و إنما تدل بالفرائض، منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكنا، فمع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، لأن إحداهما في مقابل الأخرى، و يكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقه، و للضرر، و لأن المطلوب هو كون إحداهما في مقابل الأخرى.

هر چند آن نسبت، شدیداً جای تأمل دارد، كما سيظهر إن شاء الله.

قول سوم: مفید ملکیت لازم در صورتی که دال بر تراضی، لفظ باشد

قول سوم را شهید ثانی قدس سره - در مسالک به بعض [مشایخ] معاصرین خود نسبت داده (۱) و بعض متأخرین از محدثین (۲) نیز آن را اختیار کرده است.

۱- مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۴۷: أنّ ظاهر كلام المفيد رحمه الله يدلّ على الاكتفاء في تحقق البيع بما دلّ على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه و تقابضا. و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين* يذهب إلى ذلك أيضا، لكن يشترط في الدال كونه لفظا. و إطلاق كلام المفيد أعمّ منه.* هو السيد حسن بن السيد جعفر الكركي، كما حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامه: • مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، ج ۴، ص ۱۵۶: و القول المذكور نقله في المسالک عن بعض مشايخه المعاصرين و هو السيد حسن بن السيد جعفر لكنه قال إنه يشترط في الدال كونه لفظا.

۲- الحدائق الناضره في أحكام العترة الطاهره، ج ۱۸، ص ۳۵۵: المفهوم مما نقله في المسالک عن بعض مشايخه المعاصرين، هو اشتراط وجود اللفظ الدال على التراضی من الطرفين. و المفهوم مما نقل عن المفيد: الاكتفاء بمجرد التراضی، و لو بالإشارة و القرائن، و ان لم يحصل بينهما ألفاظ داله على ذلك، و اختاره في المفاتيح و سجل عليه. و الظاهر هو الأول، لتطرق القدرح الى ما ذكره، فإن الأصل بقاء ملك كل واحد لملكه حتى يعلم الناقل شرعا، و غايه ما يفهم من الاخبار الجاربه في هذا المضممار- مما تلوناه عليك و نحوه- هو النقل و صحه العقد بالألفاظ الجاربه من الطرفين، الداله على التراضی بمضمون ذلك العقد، دون الصيغ الخاصه التي اعتبرها الأكثر. و اما مجرد التراضی و التقابض من غير لفظ يدل على ذلك فلم يقيم عليه دليل، و حديث «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» مؤيد ظاهر لما قلنا، و غايه ما تدل عليه الأدله التي استند إليها، من الهدايا و الهبه و وقوع الشراء قديما و حديثا من البائع بغير كلام إذا كان السعر معهودا و نحو ذلك، هو جواز التصرف، و هو مما لا نزاع فيه و لا إشكال، اما كونه موجبا للنقل من المالك السابق ما دامت العين موجوده، بحيث لا يجوز لصاحبها الرد فيها، فغير معلوم، كيف و قد صرحوا بأنه لا خلاف في جواز الرد في الهدايا ما دامت العين موجوده، و حديث «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» مؤيد أيضا، إذ لم يحصل من الكلام ما أوجب الانتقال حتى يحرم الرد و الرجوع، و اما جواز التصرف فلا ينافي الخبر المذكور، لانه محمول على اللزوم و على ما بعد الرجوع، جمعا بينه و بين ما دل على الإباحه بالتراضی. و بالجمله فالتمسك بأصاله بقاء الملك حجه قويه، الى ان يحصل المخرج عن ذلك من الحجج الشرعيه، و غايه ما يستفاد من الاخبار- كما عرفت- هو الاكتفاء بالتراضی الحاصل من الألفاظ، دون مجرد التراضی.

این قول (۱) بین معاطاتی که دالّ بر ترازی در آن لفظ باشد و معاطاتی که دالّ بر ترازی در آن، غیر لفظ باشد تفصیل داده و فرموده است: اگر دالّ بر ترازی لفظ باشد مفید ملکیت لازم است و اگر غیر لفظ باشد مفید اباحه (۲) است. به

۱- مرحوم شیخ دربارہ ی این قول می فرماید: «اللزوم بشرط كون الدالّ علی التراضی أو المعامله لفظاً، حکى عن بعض معاصری الشہید الثانی، و بعض متأخری المحدثین، لكن فی عدّ هذا من الأقوال فی المعاطاه تأمل.» همان طور که ملاحظه می فرمایید مرحوم شیخ می فرماید: در این قول لازم است دالّ بر «ترازی» یا «معامله» لفظ باشد، و «معامله» را نیز اضافه کرده، در حالی که قائلین به این قول، فقط دالّ بر ترازی را گفته اند و شاید به همین خاطر باشد که شیخ در نهایت می فرماید: شمردن این قول در عداد اقوال در معاطات محلّ تأمل است؛ زیرا اگر دالّ بر ترازی فقط لفظ باشد، ولی معامله با فعل باشد؛ نه لفظ، جای شبهه نیست که معاطات است. (امیرخانی) • حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۷: إذا كان المراد من الدالّ علی التراضی ما يدلّ علی المساومه و مقدمات البیع صحّ عدّ هذا القول تفصيلاً فی المسأله و أمّا إذا كان المراد منه ما يدلّ علی المعامله و إنشائها كما هو ظاهر المصنّف خرج عن كونه تفصيلاً فی المسأله و كان قولاً ببطلان المعاطاه رأساً و اعتبار الجنس اللفظ مع إلغاء سائر الخصوصيات من العربيّه و الماضويّه و أشباههما.

۲- مفید اباحه بودن در کلام قائلین به این قول که یکی معاصر شهید ثانی و دیگری صاحب حدائق ۴ است تصریح نشده، ولی شاید بتوان از مجموع کلام صاحب حدائق آن را استفاده کرد. (امیرخانی)

عنوان مثال اگر پول را به نانوا تحویل داد و نان را برداشت بدون این که کلامی ردّ و بدل شود این معاطات مفید اباحه است. اما اگر دالّ بر تراضی به نوعی لفظ باشد؛ البته نه لفظی که ایجاب و قبول باشد که در این صورت بیع بالصیغه می شود، بلکه مثلاً به فروشنده بگوید فلان جنس را داری به من بفروشی؟ و فروشنده بگوید بله دارم الان می آورم! سپس خریدار پول را تحویل داده جنس را بگیرد، این معاطات مفید ملکیت لازم است.

قول چهارم: مفید اباحه ی جمیع تصرّفات حتّی تصرّفات متوقف بر ملک

قول چهارم آن است که معاطات مفید اباحه ی تامّه است؛ یعنی طرفین می توانند هر نوع تصرّفی در مأخوذ به معاطات انجام دهند حتی تصرّفاتِی که متوقف بر ملک باشد، مثل فروش آن.

تفاوت این قول با ملکیت غیر لازم آن است که هر یک از متعاطیین می توانند نماء مال خود را مطالبه کنند یا علاوه بر تصرف طرف مقابل، خودشان نیز در آن تصرف کنند؛ نظیر غذایی که صاحب خانه جلوی مهمان می گذارد که علاوه بر آن که می تواند غذا را بردارد، خودش نیز می تواند در آن تصرف کند.

قول پنجم: مفید اباحه ی تصرّفات غیر متوقف بر ملک

قول پنجم آن است که معاطات مفید اباحه است، اما نه اباحه ی مطلقه بلکه اباحه ی تصرّفات غیر متوقفه بر ملک. بنابراین طبق این قول تصرّفات متوقف بر ملک، مانند وطی جاریه، عتق عبد، اخراج در خمس و زکات، بیع و ... جایز نیست.

این قول را ظاهراً شهید اوّل قدس سره - در حاشیه بر قواعد انتخاب کرده است. (۱)

۱- حکاه السید العاملی فی مفتاح الکرامه: • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - القدیمه)، ج ۴، ص ۱۵۸: و فی الدروس یشبه أن یکون من المعاطاه ... و فی حواشی الکتاب لا یجوز لأحدهما أن یخرجها فی زکاه أو خمس أو ثمن الهدی قبل التلف یرید تلف العین الأخری و (قال) و یجوز أن یکون الثمن و المثلن مجهولین لأنها لیست عقدا و کذا جهاله الأجل (و قال) لو اشتری أمه بالمعاطاه لم یجز له نکاحها قبل تلف الثمن فإن وطئ کان بشبهه انتهى.

قول ششم: بطلان معامله و عدم ترتب اثر

این قول که ضعیف ترین قول در معاطات است بیان می کند که معاطات معامله ی فاسد است و هیچ اثری حتی اباحه بر آن مترتب نیست، لذا تصرف در مال مأخوذ به معاطات حرام بوده و موجب ضمان است.

این قول را علامه قدس سره - در نهایه الاحکام (۱) اختیار کرده، ولی در کتب دیگر از آن عدول کرده است. (۲)

۱- نهایه الاحکام فی معرفه الأحكام، ج ۲، ص ۴۴۸: و لا بد من الصیغه الداله على الإيجاب و القبول، للنهی عن الأكل بالباطل، بل المأمور به التجاره عن التراضی، و الرضا من الأمور الباطنه التي يعسر الوقوف عليها، فناط الشارع الحكم باللفظ الظاهر توصلا على علم الباطن غالبا، و لم يعتد بالنادر ... و المعاطاه ليست بیعا، و هو أن يقول: أعطنی بهذا الدینار جزءا، فيعطيه ما یرضیه. أو يقول: خذ هذا الثوب بدینار فیأخذه، لأن الأفعال لا- دلالة لها بالوضع، و قصود الناس فیها تختلف. و لا فرق بین المحقرات و غیرها، لأصالة بقاء الملك فیهما. و هل هو إباحه؟ أو یكون حکمه حکم المقبوض بسائر العقود الفاسده؟ الأقرب الثانی، فلكل منهما مطالبه الآخر بما سلمه إليه ما دام باقیا، و یضمنانه إن كان تالفا. فلو كان الثمن الذی قبضه البائع مثل القیمه، فهو مستحق ظفر بمثل حقه و المالك راض فله تملكه. و یحتمل العدم. • قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۶: و لا بد من الصیغه الداله على الرضا الباطنی، و هی: الإيجاب كقوله: بع و شريت و ملكت، و القبول و هو: اشريت أو تملكك أو قبلت. و لا- تكفی المعاطاه و إن كان فی المحقرات، و لا- الاستیجاب و الإيجاب، و هو: أن يقول المشتري: بعنی، فيقول البائع: بعتك، من غیر أن یرد المشتري ... و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم یملك و ضمن.

۲- تحریر الأحكام الشرعیه على مذهب الإمامیه (ط - الحدیثه)، ج ۲، ص ۲۷۵: و الأقوی عندی انّ المعاطاه غیر لازم، بل لكلّ منهما فسخ المعاوضه ما دامت العین باقیه، فإن تلفت إحدى العینین لزم، و لا یحرم على كلّ واحد منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البیع الفاسد. • أجوبه المسائل المهنائیه، ص ۱۲۶: الأقوی فی ذلك أن انتقال الأعیان موقوف على العقد، و أما المعاطاه فلا یفید الانتقال لكن یصح لكل واحد من المتعاطیین الانتفاع بما وصل الیه لتضمن ذلك الاذن فی التصرف، و لا یكون المنتفع مستعملا للحرام، و لكل الرجوع فی سلعتة مع بقائها، لأصالة بقائها على ملك مالکها.

قول هفتم: معامله ای مستقل و مفید ملکیت

این قول که به شیخ کبیر کاشف الغطاء قدس سره - نسبت داده شده (١) آن است که معاطات بیع نبوده، بلکه معامله ای برأسها و مستقل است که مفید ملکیت بوده ولی احکام بیع را ندارد. (٢)

١- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ١٤٢: أنها هل هی داخله فی اسم المعامله التي قامت فی مقامها فیجری فیها شرائطها و أحكامها الظاهر من جماعه من الأصحاب اختیار ذلك فتجری فیها قائمه مقام البیع أحكام الشفعه و الخيار و الصرف و السلم و بیع الحيوان أو الثمار و جمیع شرائطه سوى الصیغه. و لم یقم علی ذلك شاهد معتبر من کتاب أو سنّه أو إجماع. و الأقوی أنها قسم آخر بمنزله الصلح و العقود الجائزه یلزم فیها ما یلزم فیها فتصح المعاطاه علی المشاهد من مکیل أو موزون من غیر اعتبار مکیال أو میزان و بنحو ذلك جرت عاده المسلمین. نعم لو أرادوا المدّاقه بنوا له علی إیقاع الصیغه و المحافظه علی الشروط فالظاهر أنه متى جاء الفعل مستقلاً أو مع ألفاظ لا تستجمع الشروط مقصوداً بها المسامحه جاء حکم المعاطاه أو علی الأول فإن صرّح فیها بالحاق ببیع أو غیره بنی علیه و إلا فالبیع أصل فی المعاطاه علی الأعیان مقدّم علی الصلح و الهبه المعوّضه و الإجاره أصل فی نقل المنافع مقدمه علی الصلح و الجعاله ثمّ، اللزوم لیس من المقتضیات الأصلیه و إنما هو من التوابع و اللواحق الشرعیه فقصدّه غیر مخلّ و إن لم یصادف محله، و قد تبین أن حکم المعاطاه إنما یجیء من خلل بالصیغه أما فی نفسها أو نظمها کتقدیم القبول أو حصول الفصل الطویل و لو جاء الخلل من خارج اللفظ أو منه مراداً به الجامع للشروط فإن کان مع التصریح بالإباحه المجرده مطلقهً أو مقیده بالاستمرار و عدمه فی الحکم واضح.

٢- و قد نسبه السید العاملی فی مفتاح الکرامه إلی حواشی الکتاب [حواشی القواعد] للشهید قدس سرهما -: • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ١٢، ص ٥١١: و تجویزه الجهاله فی الثمن و المثمن و الأجل ممّا یقضى بأنّه لا یشرط فیها جمیع الشروط المعتره فی صحّه البیوع سوى الصیغه و قد یدعی أنّ ظاهرهم ذلك، لأنّ الظاهر منهم أنّها معاوضه برأسها و هل تصیر بیعاً علی تقدیر لزومها بأحد الوجوه أو معاوضه برأسها؟ ففی «حواشی الکتاب» أنّها معاوضه برأسها إمّا لازمه و إمّا جائزه فقد جعلها أولاً و آخراً معاوضه علی حده، و هو الظاهر من کلامهم. و قد سمعت ما فی «جامع المقاصد» من أنّها بیع. و فی المسالک و الروضه علی تقدیر لزومها فی وجهان: من حصرهم المعاطات و لیست إحداها و من اتفاهم علی أنّها لیست بیعاً مع الألفاظ الدالّه علی التراضی فکیف تصیر بیعاً مع التلف. ثمّ قال فی «المسالک»: و تظهر الفائده فی ترتّب الأحکام المختصّه بالبیع علیها کخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه. • المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ٣، ص ٧٢: كما اعترف بها الشهید رحمه الله فی موضع من الحواشی؛ حیث قال: إنّ المعاطاه معاوضه مستقله جائزه أو لازمه، انتهى.

مروری گذرا بر مستند اقوال هفت گانه

مستند قول اول را که معاطات مفید ملکیت لازم است می توان اطلاقات ادله ی معاملات مانند (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ)، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و نیز سیره ی عقلائیه ی غیر مردوعه ذکر کرد.

نظر علامه حلی - رحمه الله علیه - در نهاییه را که مقابل این قول قرار گرفته و معاطات را بیع فاسد دانسته که «لا یترب علیه شیء» می توان این چنین توجیه کرد که چون «بیع» إنشاء است و ادعای اجماع شده که «الإنشاء هو القول الذی یوجد به مدلوله» پس مدلول إنشاء فقط با قول محقق می شود. و نیز کلامی را که شهید ثانی قدس سره - در مسالک از عده ای نقل کرده و چه بسا ادعای اجماع کرده اند که «الناقل للملك لا بد أن یکون من الأقوال الصریحه فی الإنشاء منصوبه من قبل الشارع»^(۱) می تواند

۱- مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۴۸: هل المراد بالإباحه الحاصله بالمعاطه قبل ذهاب العین افاده ملک متزلزل کالمبیع فی زمن الخیار، و بالتصرف یتحقق لزومه، أم الإباحه المحضه التي هی بمعنی الإذن فی التصرف، و بتحقیقه یتحصل الملك له و للعین الأخری؟. یتحمل الأول، بناء علی ... و یتحمل الثانی، التفاتا إلى أنّ الملك لو حصل بها لكانت بیعا و مدّعاهم نفی ذلك، و احتجاجهم بأنّ الناقل للملك لا بدّ أن یتكون من الأقوال الصریحه فی الإنشاء، المنصوبه من قبل الشارع.

به عنوان دلیل برای قول علامه در نهاییه باشد؛ چراکه با این اجماع، عمومات و اطلاقات تخصیص و تقيید خورده و سیره نیز ردع می شود.

قائلین به مفید اباحه بودن معاطات مدعی هستند که اجماع بر آن قائم است؛ لذا اگر استدلال اول را قبول داشته باشند می گویند آن اطلاقات با این اجماع تقيید خورده است و اگر استدلال علامه را در اصل قبول داشته باشند می گویند گرچه بیع بدون صیغه محقق نمی شود، اما اجماع وجود دارد که اباحه محقق می شود.

اما این که این اباحه به نحو مطلق است یا مقید به تصرفات غیر متوقف بر ملک، بستگی به سعه و ضیق اجماع مورد قبول دارد. برای خصوص اباحه ی تصرفات غیر متوقف بر ملک نیز می توان این دلیل را که شهید ثانی در مسالک^(۱) بیان فرموده اضافه کرد که چون بیع فاسد است پس تصرفات متوقف بر ملک جایز نیست، ولی چون هر یک دیگری را بر مال خود تسلیط کرده، پس تصرفات غیر متوقف بر ملک را اجازه داده است.

برای قولی که تفصیل داده اگر دال بر تراضی لفظ باشد مفید ملکیت لازم و اگر غیر لفظ باشد مفید اباحه است می توان این چنین استدلال کرد که طبق اصل اولی، دلیل قول اول صحیح بوده و مفید ملکیت لازم است، از طرف دیگر اجماع

۱- همان، ص ۱۴۹: و إنما حصلت الإباحه باستلزام إعطاء كل منهما الآخر سلطته مسلطا له عليها الإذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات، فاذا حصل كان الآخر عوضا عما قابله لتراضيهما على ذلك، و قبله يكون كل واحد من العوضين باقيا على ملكه مالكة، فيجوز له الرجوع فيه.

قائم است بر این که در معاطات بیش از اباحه پدید نمی آید، ولی از آن جا که اجماع دلیل لئی است به قدر متیقن از آن اکتفاء می شود و آن، جایی است که اصلاً مقرون به لفظ نباشد.

اما دلیل این که معامله ی مستقل و برأسهاست این است که ادله ی شرعیه ی امضاء بیع شامل معاطات نمی شود به خاطر یکی از وجوهی که بیان کردیم و بعداً نیز بیان خواهیم کرد همچنین معاطات مورد نظر تحت عقود معروف دیگر مانند اجاره، مصالحه، مزارعه، مساقات و ... نیز قرار نمی گیرد، پس معامله ای برأسهاست که چون شارع آن را ردع نکرده یا مشمول عموماً بوده صحیح می باشد.

همان طور که ملاحظه می کنید محور مهم استنباط و مستند این اقوال، قبول یا عدم قبول «اجماع» می باشد، لذا بررسی وجود اجماع در مسأله و حدود آن، از اهمیت ویژه ای برخوردار است.

اگر اجماع در مسأله ثابت نشود یا به مقداری که ادعا شده ثابت نشود، باید به مقتضای ادله ی اولیه اکتفا شود. مقتضای ادله ی اولیه در انظار، مختلف است. اکثر شیعه و سنی قبول دارند که مقتضای ادله ی اولیه صحت معاطات بوده و اطلاقات و عموماً معاملات شامل آن می شود. برخی نیز معتقدند مقتضای ادله ی اولیه صرف نظر از اجماع بر اباحه فساد معاطات است.

اجماع دیگری نیز در ضمن بیان شد و آن، لزوم قول صریح در انشاء می باشد که لازم است آن هم بررسی گردد.

برای بررسی دو اجماع مذکور لازم است کلمات قدما که تأثیر در تحصیل اجماع حجت دارد ذکر شود و کلمات متأخرین چون تأثیری در تحصیل اجماع ندارد نیازی به ذکر آن نیست.

بررسی کلمات قدما در معاطات

کلمات شیخ مفید قدس سره :-

کلمات شیخ مفید قدس سره - در مقنعه را قبلاً (۱) نقل کرده و گفتیم ظاهر قوی آن است که ایشان قائلند معاطات مفید ملکیت لازم است.

کلمات سید مرتضی قدس سره :-

عد الشافعی أن رجلا- إذا قال لغيره «بعتك كذا» فقال «بعتك» كان ذلك إيجاباً و قبولاً و انعقد البيع، و قال في النكاح بمثل ذلك. و يحتاج عنده في البيع إذا كان «بعتك» أن يقول «اشتريت» حتى يكون قبولاً صحيحاً.

و الذي يقوى في نفسى أن النكاح كالبيع في افتقاره الى صريح القبول، فإذا قال له «زوجني» فقال له الولي «زوجتك» لا بد من أن يقول «قد قبلت هذا العقد». و كذلك إذا قال له في البيع «بعتك» لا بد من أن يقول المبتاع «قد اشتريت» حتى يكون قبولاً.

و الدليل على صحه ما ذهبنا اليه أن قوله «زوجني» أو «بعتك» أمر و سؤال على حسب الحال في رتبه القائل و المقول له، فإذا قال له «بعتك» أو «زوجتك» لا بد له من قبول صريح، و ليس في قوله «بعتك» أو «زوجني» ما ينبئ عن القبول، لأن الأمر لا يفهم منه ذلك. ألا- ترى أنه لو قال له «أتبيعي» أو قال «أ تزوجني» قال الآخر «بعتك» فإن أحدا لا يقول ان ذلك يغنى عن القبول، فكذلك إذا قال «بعتك» أو «زوجني».

... و الذى يكشف عن صحه ما ذكرناه أنه لو قال له «ابتع منى هذا الثوب» فقال «قد ابتعته» لا يكون قوله «ابتع منى» إيجابا حتى يقول «قد بعته»، فكذلك لا يكون قوله «بعنى» قبولا حتى يقول «اشتريت»، و كذلك القول فى النكاح.

و العله الجامعه بين الأمرين أن الإيجاب غير مفهوم من لفظ الأمر، و كذلك القبول لا يفهم من لفظ الأمر فلذا اعتبروا الإراده و ان قوله «بعنى» يدل على الإراده و مع هذا فلم يغن ذلك عن لفظ الإيجاب الصريح. (۱)

كلام سيد مرتضى قدس سره - صريح است در اين كه ايجاب و قبول بايد لفظ صريح باشد و الا بيع منعقد نمى شود. (۲)

كلمات شيخ طوسى قدس سره :-

شيخ طوسى قدس سره - در خلاف اين چنين مى فرمايد:

إذا دفع قطعه إلى البقلى، أو إلى الشارب و قال: أعطنى بطلا أو ماء، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعا، و كذلك سائر المحقرات، و انما يكون إباحه له أن يتصرف كل واحد منهما فيما أخذه، تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه.

و فائده ذلك، أن البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعه أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك، لأن الملك لم يحصل لهما. و به قال الشافعى.

۱- رسائل الشريف المرتضى، ج ۴، ص ۳۱۹.

۲- رسائل سيد مرتضى قدس سره - مجموعه اى جمع آورى شده از رسائل متعدد منسوب به سيد مرتضى قدس سره - است.

و قال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يوجد الإيجاب و القبول، قال ذلك في المحقرات دون غيرها.

دلیلنا: إن العقد حکم شرعی، و لا دلالة فی الشرع علی وجوده هاهنا، فیجب أن لا یشتب. فإما الاستباحة بذلك فهو مجمع علیه، لا یختلف العلماء فیها. (۱)

اگر قطعه ای [درهم یا دینار] به سبزی فروش یا آب فروش [سَقًّا] پرداخت کرد و گفت: سبزی یا آب به من بده، این بیع نیست، همچنین است در سایر محقرات. بلکه اباحه بوده که هر یک در آن چه اخذ کرده اند می توانند تصرف کنند بدون آن که مالک شده باشند.

فایده ی آن [که بیع نیست و اباحه است] این است که هرگاه سبزی فروش یا پرداخت کننده ی قطعه، خواستند سبزی یا قطعه را پس بگیرند می توانند پس بگیرند؛ چون ملکیت حاصل نشده است. شافعی نیز قائل به این قول است.

ابوحنیفه گفته است: این معامله، بیع صحیح است، هر چند ایجاب و قبول ندارد. البته این قول را فقط در مورد محقرات گفته است.

دلیل ما این است که عقد، حکم شرعی است و دلیلی در شرع بر وجود عقد در این جا نیست، پس ثابت نیست. اما حصول اباحه با آن، مورد اجماع بوده و علماء در آن اختلاف ندارند.

پس شیخ طوسی قدس سره - در خلاف قائلند حتی اگر متعاملین «لفظاً» به کار برده باشند ولی دالّ بر ایجاب و قبول نباشد مفید ملکیت نیست، بلکه افاده ی اباحه می کند؛ زیرا دلیلی از شرع بر عقد بودن چنین معامله ای وجود ندارد، پس بیع نیست تا مفید ملکیت باشد، ولی به خاطر وجود اجماع، مفید اباحه است.

در المبسوط نیز می فرماید:

فأما البيع فإن تقدم الإيجاب فقال: بعتك فقال: قبلت صح بلا خلاف، و إن تقدم القبول فقال: بعنيه بألف فقال: بعتك صح، و الأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت. فإذا ثبت هذا فكل ما يجري بين الناس إنما هو استباحات و تراض دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً مثل أن يعطى للخباز درهما فيعطيه الخبز أو قطعه للبقل فيناوله البقل، و ما أشبه ذلك و لو أن كل واحد منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع (۱).

اما در بيع، اگر ايجاب مقدم باشد و بگويد «فروختم» و [مشتري] بگويد: «قبول كردم» بدون خلاف صحيح است و اگر قبول مقدم باشد و بگويد: «آن را به هزار به من بفروش» و بايع بگويد: «فروختم» صحيح است، ولي اقوى نزد من آن است كه صحيح نيست تا اين كه مشتري بعد آن بگويد: «قبول كردم».

بنابراین تمام معاملاتى كه بين مردم جارى است همه به نحو اباحه و تراضى است، بدون اين كه بيع باشد، مثل وقتى كه درهمى را به نانوا مى دهد و نانوا نیز نان به او مى دهد يا قطعه اى را به سبزی فروش مى دهد و او نیز سبزی مى دهد و مانند آن، اگر هر يك بخواهد آن چه را كه اعطاء کرده پس بگيرد مى تواند پس بگيرد؛ چرا كه عقد صحيح يعنى بيع نيست.

پس در المبسوط تا اين جا پيش رفته اند كه اگر قبول مقدم بر ايجاب باشد بيع صحيح نيست، مگر اين كه دوباره «قبلت» بگويد، با اين كه لفظى كه به كار رفته نزديك به ايجاب و قبول و چه بسا دالّ بر ايجاب و قبول باشد. بنابراین معاملاتى كه مردم، روزمره انجام داده و الفاظ ايجاب و قبول به كار نمى برند بيع نيست، بلكه اباحه است.

کلمات ابن براج قدس سره :-

جناب ابن براج (۱) که شاگرد شیخ طوسی قدس سرهما - و نماینده ی ایشان در طرابلس

۱- سعد الدین ابوالقاسم عبد العزیز بن نحیری بن عبد العزیز ابن براج طرابلسی (م ۴۸۱ ه.ق) معروف به «ابن براج» و «قاضی» و ملقب به «عز المؤمنین» فقیه و قاضی شیعی امامی می باشد. مصادر از ذکر تاریخ تولد او غفلت کرده اند. با توجه به اینکه عمرش را هشتاد و اندی نوشته اند می توان گفت که در حدود ۴۰۰ ه.ق به دنیا آمده است. ابن براج در مصر متولد گردید و در همان جا رشد یافت و چون دیر زمانی قضاوت طرابلس شام را به عهده داشت، به طرابلسی معروف شد. فقیهان امامی وقتی به نحو مطلق از «قاضی» یاد می کنند، مرادشان ابن براج است. آوازه ی مجلس درس سید مرتضی (علم الهدی) او را به بغداد کشاند. ابن براج در سال ۴۲۹ ه.ق در درس وی حاضر شد و هفت سال یعنی تا زمان درگذشت سید مرتضی نزد او دانش آموخت. علم الهدی که کمک هزینه ی دانشجویان را به اندازه ی شأن علمی شان می پرداخت، به شیخ طوسی ماهانه دوازده و به ابن براج هشت دینار می داد، از این رو می توان او را برجسته ترین و نامدارترین شاگرد علم الهدی، پس از شیخ ابوجعفر طوسی دانست. ابن براج پس از درگذشت علم الهدی، در مجلس درس شیخ طوسی شرکت جست و چند سالی نیز در محضر او بود. در سال ۴۳۸ ه.ق به عنوان نماینده و جانشین شیخ رهسپار طرابلس شام شد. برخی از نویسندگان برآنند که جلال الملک از فرمانروایان بنی عمّار در همین سال او را بر منصب قضاوت گماشت. اگر جلال الملک درست در آغاز حکومت خود، ابن براج را بر آن منصب گمارده باشد، از آنجا که وی تا پایان عمر در طرابلس ماندگار شد، می توان گفت که وی حدود هفده سال قاضی طرابلس بوده است. گرچه بیست سال و سی سال هم در منابع آمده است. [آن زمان ظاهراً اوج قدرت شیعه بوده است. آل بویه حکومت شیعی در ایران، حَمْدانیون و سپس بنی عمار حکومت شیعی در شام و طرابلس و فاطمیون حکومت شیعی اسماعیلی در مصر داشتند.] شاگردان: حسکا بن بابویه جدّ منتجب الدین، عبدالجبار مقری رازی، عبدالرحمان نیشابوری خزاعی، حسن بن عبدالعزیز جیهانی، قاضی بن ابی کامل طرابلسی، ابوجعفر محمد حلبی، زید بن داعی و کمیح. شیخ طوسی در سرآغاز پاره ای از نوشته هایش تصریح می کند که این کتاب ها را به درخواست شیخ فاضل می نویسد و آقا بزرگ در حاشیه ی بعضی از نسخ کتاب الجمل و العقود وی دیده که مراد از شیخ فاضل، «ابن براج» است. نیز به گفته ی کاظمینی، راوندی در حل العقود تصریح کرده که شیخ مورد نظر همان ابن براج است. افزون بر آن این که شیخ کتاب جداگانه ای به نام مسائل ابن براج نگاشته که دالّ بر مقام علمی بالای اوست. آثار ابن براج: ۱) الجواهر فی الفقه [یا جواهر الفقه]؛ در این کتاب حدود ۸۲۰ پرسش در باب های گوناگون فقه مطرح و به آن ها پاسخ داده شده است. ۲) شرح جمل العلم والعمل؛ که شرحی است بر بخش فقهی کتاب جمل العلم والعمل تألیف علم الهدی، [و بخش اعتقادات آن را شیخ طوسی شرح کرده است.] ۳) المهذب؛ این کتاب در حدود سال ۴۶۷ ه.ق نوشته شده است و صاحب مفتاح الکرامه آن را مهذب قدیم در مقابل مهذب ابن فهد (مهذب جدید) می خواند. آثار منسوب: «حُسن التعریف» که حرّ عاملی آن را «حسن التقرب» ضبط کرده است؛ «الروضاء»، که ابن شهر آشوب آن را «روضاً النفس فی احکام الخمس» نامیده است؛ «عماد المحتاج فی مناسک الحاج»، که کنتوری آن را «عماد الحاج فی مناسک المحتاج» و بغدادی آن را «الاحتجاج...» ضبط کرده است؛

«الكامل» در فقه، «العالم» در فروع، «المعتمد»، «المقرب» که بعضاً به شکل «المغرب» و یا «المعرب» ضبط شده است؛ «المنهاج»، «الموجز» در فقه و «التفسیر». (برگرفته از دائره المعارف بزرگ اسلامی، ج ۳، ص ۹۴۶)

می باشد در المهدب چنین می فرماید:

فإن باع من غيره شيئاً و لم يجر بينهما من القول ما يقتضى الإيجاب و القبول، مثل أن يقول البائع للمشتري قد بعتك هذا و يقول المشتري قد اشتريته أو قد قبلت ذلك أو أوجبت على نفسي، أو يقول المشتري بعنى هذا فيقول البائع قد بعتك إياه، لم يصح البيع و كان فاسداً. (۱)

اگر چیزی به دیگری فروخت و بین آن دو، قولی که مقتضی ایجاب و قبول است جاری نشد مثل این که بائع به مشتری بگوید: این را به تو فروختم و مشتری بگوید خریدم یا قبول کردم یا بر خودم واجب کردم، یا مشتری اول بگوید: این را به من بفروش و بائع بگوید آن را به تو فروختم بیع صحیح نبوده و فاسد است.

از این کلام استفاده می شود اگر لفظی باشد که فی الجملة مفاد ایجاب و قبول را برساند در صحّت بیع کافی است و سخت گیری شیخ در المبسوط را ندارد؛

۱- المهدب (لابن البراج)، ج ۱، ص ۳۵۰.

چون جناب شیخ فرمودند: اگر مشتری بگوید «بعنی» و بایع بگوید «بعتك» اقوی آن است که بیع صحیح نیست، ولی جناب ابن براج می فرمایند صحیح است.

اما اگر قولی که مقتضی ایجاب و قبول است ردّ و بدل نشود بیع را صحیح نمی دانند و فرقی بین محقرات و غیر محقرات نمی گذارند و بیان نمی کنند که در این صور که بیع فاسد است مفید اباحه می باشد، در حالی که اگر در نظرشان اباحه بود قاعدتاً ذکر می کردند.

ولی از کلام ایشان در جواهر الفقه استفاده می شود نظرشان در هر دو مسأله با جناب شیخ یکی است:

مسأله: إذا قال المشتري للبائع: بعني بكذا، فقال البائع: بعتك هذا، هل ينعقد البيع أم لا؟

الجواب: لا ينعقد البيع بذلك، و انما ينعقد بان يقول له المشتري بعد ذلك: قبلت أو اشتريت، لأن ما ذكرناه مجمع على ثبوت العقد، و صحته به، و ليس كذلك ما خالفه، و من ادعى ثبوته و صحته بغير ما ذكرناه، فعليه الدليل، و أيضا فالأصل عدم العقد، و على من يدعى ثبوته الدليل.

مسأله: إذا دفع قطعه الى بقلی أو سقاء ، و قال له: أعطني بقلأ أو ماء، فأعطاه، هل يكون ذلك بيعا في الحقيقة أم لا؟

الجواب: هذا ليس ببيع في الحقيقة، لأنه ليس فيه إيجاب و لا قبول، و انما هو اباحه، و لأن العقد حكم شرعی، و لا دليل يدل على ثبوت العقد ها هنا، و على من يدعى ذلك الدليل. (۱)

عبارة ابى الصلاح الحلبي قدس سره :-

البيع عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن و تسليمهما، و تفتقر صحته الى شروط ثمانية: صحة الولاية فى المبيعين، و تعيينهما بالصفه أو المبلغ أو بهما، و تعيين الأجل فى المؤجل، و إمكان التسليم، و قول يقتضى إيجابا من البائع و قبولا من المبتاع، و افتراق عن مجلس العقد بالأبدان، و حصول ذلك عن إيثار، و وقوعه على أمر يسوغ.

و اعتبرنا صحة الولاية لتأثير حصولها بثبوت الملك أو الاذن و صحة الرأى (كذا) فى صحة العقد و عدم ذلك فى فساد.

و اعتبرنا التعيين بالوصف أو المقدار لفساد العقد على المجهول. و اعتبرنا تعيين الأجل لفساده مؤجلا بما لا يتحدد. و اعتبرنا إمكان التسليم لفساد بيع ما لا يمكن تسليمه كالطير فى الجو و السمك فى الماء و أمثال ذلك من بيع الغرر.

و اشترطنا الإيجاب و القبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع.

و اعتبرنا الافتراق بالأبدان لوقوف مضيه عليه. و اعتبرنا الإيثار لفساد بيع الإكراه. و اعتبرنا وقوعه على الوجه المشروع احترازا من بيع المحرم أو ابتياعه بالمحرم و المحلل و عقود الربا و العقود الفاسده.

فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم، و ان جاز

التصرف مع اختلال بعضها للتراضی دون عقد البیع، و یصح معه الرجوع. (۱)

ابو الصلاح حلبی که ایشان نیز شاگرد شیخ بوده، در کتاب پر مغز الکافی فی الفقه یکی از شرایط صحت بیع را قولی که مقتضی ایجاب و قبول باشد ذکر می کند و می فرماید: اگر بیع مشتمل بر قولی که مقتضی ایجاب و قبول است نباشد از حکم بیع خارج می شود و در نهایت نیز می فرماید: اگر یکی از شرایط مذکور در صحت بیع مختل شود بیع منعقد نشده و طرفین مستحق تسلیم نمی شوند، هر چند با اختلال بعضی شروط، تصرف جایز است به خاطر تراضی که از طرفین وجود دارد، ولی بیع منعقد نمی شود و امکان رجوع برای طرفین وجود دارد.

بنابراین ایشان قائل به اباحه ی تصرف در معاطات هستند؛ البته نه به دلیل اجماع بلکه به دلیل عدم انعقاد بیع و وجود تراضی بر اباحه ی تصرف.

عبارت سید ابی المکارم ابن زهره قدس سره -:

و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري، تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع، و هو أن يقول: بعنيه بألف، فيقول: بعتك، فإنه لا ينعقد بذلك بل لا بد أن يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت أو قبلت، حتى ينعقد.

و احترازا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاه، نحو أن يدفع إلى البقلى قطعه و يقول: أعطنى بقلا، فيعطيه، فإن ذلك ليس ببيع و إنما هو إباحه للتصرف.

يدل على ما قلناه الإجماع المشار إليه، و أيضا فما اعتبرناه مجمع

على صحه العقد به، و ليس على صحته بما عداه دليل. و لما ذكرناه نهى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الملامسه و المنابذه، و عن بيع الحصاه على التأويل الآخر، و معنى ذلك أن يجعل اللمس للشيء أو النبذ له و إلقاء الحصاه بيعا موجبا. (۱)

جناب ابن زهره مانند شيخ قدس سرهما - در مبسوط قائلند که اگر ابتدا مشتری بگوید: «بمعنى هذا بألف» و بايع بگوید: «بعتك» عقد منعقد نمی شود؛ مگر این که مشتری بعد از بايع بگوید: «اشتریت» یا «قبلت».

ایشان سپس تصریح می کنند که معاطات بيع نبوده و فقط اباحه ی تصرف می آورد. دليل آن را فی الجملة اجماع ذکر می کنند و وجه دیگرشان این است که دلیلی بر صحت بيع بدون شرائط مذکور وجود ندارد.

کلمات ابن حمزه قدس سره -:

البيع عقد على انتقال عين مملوكة أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي.

و يحتاج في صحته إلى تسعة أشياء:

كون المبيع ملكا للبائع أو في حكمه بأن يكون البائع وكيلا لمالكة أو وليا أو يجيز المالك بيعه. و الثاني كون المتبايعين نافذی التصرف في مالهما. و الثالث كون المبيع مشاهدا أو في حكمه. و الرابع كون الثمن كذلك. و الخامس تعيين مقدار الثمن. و السادس الإيجاب. و السابع القبول.

و الثامن تقديم الإيجاب على القبول. و التاسع أن يؤتى بالإيجاب و القبول بلفظ الماضي. (۱).

جناب ابن حمزه (۲) یکی از شرائط نه گانه ی صحت بیع را لزوم تقديم ايجاب بر قبول و یکی دیگر را لفظ ماضی ايجاب و قبول ذکر می کند؛ یعنی اگر ايجاب و قبول در بیع، لفظ نباشد یا لفظ ماضی نباشد یا ايجاب مقدم بر قبول نباشد، بیع صحیح نیست.

کلمات ابن ادریس قدس سره :-

إذا قال بعنيه أو أتبعني هذا بألف، أو بعني، أو اشتريت منك هذا بألف، فقال صاحبه: بعتك، لم يصح العقد و البيع، حتى يقول المشتري بعد قول البائع بعتك: اشتريت، أو قبلت.

و كذا إذا قال البائع: تشتري مني هذا بألف، أو أبيعك هذا بألف، أو اشتر هذا مني بألف، فقال المشتري: اشتريت، أو قبلت، لم يصح البيع، و لم ينعقد العقد، إلا أن يأتي البائع بلفظ الإخبار و الإيجاب، دون لفظ الاستفهام و الأمر، و هو قوله: بعتك فيقول المشتري: اشتريت، أو قبلت على ما قدّمناه، فينعقد العقد بذلك، دون ما سواه من الألفاظ.

إذا دفع قطعه إلى البقلى، أو إلى الشارب، فقال: أعطنى بقالاً أو ماء، فإنه لا- يكون بيعاً، و لا عقداً، لأنّ الإيجاب و القبول ما حصل، و كذلك سائر المحقرات، و سائر الأشياء، محقراً كان أو غير محقر، من

۱- الوسيله إلى نيل الفضيله، ص ۲۳۶.

۲- زمان وفات وی دقیقاً مشخص نیست، ولی حدود سال ۵۶۶ هـ. ق زنده بوده و جناب ابن ادریس در سال ۵۹۸ هـ. ق وفات یافته است.

الثياب و الحيوان، و غير ذلك، و إنما يكون إباحه له، فيتصرف كل واحد منهما فيما أخذه، تصرفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه، أو دخل في ملكه، و لكل واحد منهما، أن يرجع فيما بذله، لأن الملك لم يحصل لهما، بشرط أن بقيا فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أولاً فلا خيار لأحدهما، و ليس هذا من العقود الفاسده، لأنه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما، و إنما ذلك على وجه الإباحه. (۱)

جناب ابن ادریس معروف به فحل العلماء می فرماید: معاطات چه در محقرات و چه در غیر محقرات، نه بیع است و نه عقد دیگر؛ چون ایجاب و قبولی حاصل نشده است، بلکه اباحه بوده و هر یک از متعاطین در آن چه اخذ کرده اند می توانند تصرف کنند بدون آن که مالک شده باشند و هر یک می توانند آن چه را که داده اند پس بگیرند؛ چون ملکیت برای طرف مقابل حاصل نشده است. البته جواز رجوع در صورتی است که عوضین هر دو باقی باشد، پس اگر حداقل یکی از آن دو باقی نباشد هیچ کدام خيار رجوع ندارند.

جناب ابن ادریس سپس بر خلاف بعضی تصریح می فرماید که معاطات از عقود فاسد نیست؛ چراکه اگر از عقود فاسد بود تصرف در آن چه اخذ کرده اند جایز نبود.

این کلام ابن ادریس قدس سره - که هر جا عقد فاسد بود تصرف در مأخوذ به عقد فاسد جایز نیست کلام متینی است ولی این که گفته شود همین که طرف مقابل جنس را داده و جنس دیگر را تحویل گرفته، پس رضایت داشته و لذا تصرف در آن جایز می باشد درست نیست؛ چون رضایت بر اساس معامله داشته؛ نه مطلقاً، که آن هم

شارع امضاء نفرموده؛ لذا نمی توانند در مأخوذ به عقد فاسد تصرف کنند. بله! اگر واقعاً این چنین باشد که حتی اگر عقدی نبود طرفین رضایت داشتند طرف مقابل در مالشان تصرف کند، آن مانعی ندارد، ولی چنین چیزی نادراً اتفاق می افتد.

کلمات علامه حلی قدس سره :-

کلمات علامه حلی قدس سره - در تذکره الفقهاء را به خاطر توجه به نظر دیگران و نیز نقل اقوال عامه نقل می کنیم:

الأشهر عندنا: أنه لا بدّ منها [الصيغه] و لا تكفي المعاطاه في الجليل و الحقير، مثل: أعطني بهذا الدينار ثوبا، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه- و به قال الشافعي مطلقا - لأصالة بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و بعض الحنفيّه و ابن سريج في الجليله و قال أحمد: ينعقد مطلقا- و نحوه قال مالك، فإنه قال: بع بما يعتقده الناس بيعا - لأنه تعالى أحلّ البيع و لم يبيّن الكيفيّة، فتحال على العرف كالقبض، و البيع وقع في زمانه عليه السّلام كثيرا و لم ينقل اللفظ، و إلّا لتواتر.

و الجواب: المعاطاه تثبت في غير البيع، فيجب عود النصّ إلى غيرها. و نمنع عدم التواتر، و الاستغناء بالإباحه عنه.

علامه می فرماید: اشهر نزد ما امامیه آن است که صیغه در بیع لازم بوده و معاطات چه در حقیر و چه در جلیل در صحت بیع کافی نیست. این که می فرماید «اشهر است» معلوم می شود در نظر علامه قول به کفایت معاطات که

مقابل اين قول اشهر قرار دارد، در میان امامیه مشهور بوده و شاذ نمی باشد. (١)

١- البته بعضی قول به عدم کفایت معاطات را به مشهور نسبت داده اند که استفاده می شود قول مقابل یعنی قول به کفایت معاطات قول شاذی است: • الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - کلانتر)، ج ٣، ص ٢٢٢: و حیث کان البیع عباره عن الإیجاب و القبول المذکورین فلا یکفی المعاطاه و هی إعطاء کل واحد من المتبایعین ما یریده من المال عوضاً عما یأخذه من الآخر بانفاقهما علی ذلك بغير العقد المخصوص، سواء فی ذلك الجلیل و الحقیق، علی المشهور بین أصحابنا، بل کاد یكون إجماعاً، نعم یباح بالمعاطاه التصرف من کل منهما فیما صار إلیه من العوض. • مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ج ١٢، ص ٤٩٨: و لا تکفی المعاطاه کما فی الشرائع و التذکره و الدروس و اللمعه و ظاهر الجمیع لأن کانت عباره واحده أنها لا تکفی فی المقصود بالبیع و هو نقل الملك کما هو صریح الخلاف و السرائر و المختلف و حواشی الشهید علی کتاب و قواعد و التنقیح و هو ظاهر الإرشاد حیث قال: و لا- ینعقد بدون الإیجاب و القبول. و هو ظاهر کل ما اشترط فیہ الإیجاب و القبول کالخلاف و المراسم و الوسیله و النافع و المهدب البارع و غیرها. و ظاهر قواعد الشهید الإجماع علی أنها لا تفید الملك و إنما تفید الإباحه، فلا تكون عند هؤلاء جمیعاً بیعاً حقیقاً و إنما هی إباحه کما هو صریح الخلاف و المبسوط و الجواهر و الغنیه و السرائر و جامع الشرائع و المیسیه و الروضه و المسالک فی أثناء کلام له فی کتابین قال: لإطباقهم علی أنها لیست بیعاً حال وقوعها، و فی «الغنیه» أيضاً الإجماع علیہ، قال: إنها لیست بیع و إنما هی إباحه للتصرف یدلّ علیہ الإجماع المشار إلیه، و أيضاً فما اعتبرناه مجمع علی صحه العقد به و لیس علی صحته بما عده دلیل، و لما ذکرناه نهی النبئی صلی الله علیه و آله عن بیع الملامسه و المنابذه و ثمن بیع الحصاه علی التأویل الآخر، و معنی ذلك أن یجعل اللمس للشیء و النبذ له و إلقاء الحصاه بیعاً موجباً. و فی «المیسیه» أنّ المشهور بین الأصحاب أنها لیست بیعاً محضاً و لكنها تفید فائدته فی إباحه التصرف. و نسب ذلك فی «مجمع البرهان إلی المشهور. و فی «المسالک» و الروضه عند شرح عبارتی الشرائع و اللمعه و قد عرفت المراد منهما أنه المشهور بل کاد یكون إجماعاً، و مثله ما فی المفاتیح. و فی موضع آخر من «المسالک» قال عند نقل کلام المفید: ما أحسنه و أمتن دلیله إن لم یقم إجماع علی خلافه. و فی التذکره أنّ الأشهر عندنا أنه لا بدّ من الصیغه فلا تکفی المعاطاه. و فی المختلف أنه مذهب الأ-کثر. و فی المفاتیح أنّ المشهور أنها تفید إباحه تصرف. و فی «تعلیق الإرشاد» أنّ الأظهر بین عامّه المتأخرین من الأصحاب أنّ المعاطاه تفید إباحه کلّ من العوضین لآخذه و لكلّ منهما الرجوع فیہ ما دامت العین باقیه، فإذا تلفت لزم المبیع حیثئذ، ثمّ إنه جعل مقتضی ذلك أنها تفید ملكاً مترزلاً. ثمّ أخذ یستدلّ علیہ بما ستسمعه. و فی «الکفایه» أنّ المشهور أنها تفید إباحه تصرف کلّ منهما لا أنها بیع فاسد. و فیها أيضاً: أنّ المشهور عدم تحقّق اللزوم بدون اللفظ المعبر. و فی «الریاض» أنها تفید الإباحه کما هو المشهور بین الطائفه بل کافتهم، لرجوع القائل بعدمها و حرمة التصرف فی المعاطاه عنه إلی الإباحه کما حکاه عنه جماعه.

علامه سپس می فرماید: معاطات چه در حقیر و چه در جلیل کافی نیست و نظر شافعی نیز این چنین است. دلیل عدم کفایت معاطات، یکی اصاله بقاء الملک و دیگری قصور افعال در دلالت بر مقاصد می باشد.

بعض حنفیه و ابن سریج در اشیاء مهم گفته اند صیغه لازم است. ولی احمد حنبل و مالک گفته اند بیع منعقد می شود مطلقاً؛ چه در حقیر و چه در جلیل.

مالک گفته است: با هر آن چه مردم آن را بیع می پندارند بیع کن؛ چون خداوند متعال بیع را حلال فرموده و کیفیت آن را بیان فرموده، پس به عرف واگذار شده است، همان طور که قبض به عرف واگذار شده است. همچنین در زمان [پیامبر - صلی الله علیه و آله و سلم -] بیع کثیراً واقع می شد، ولی لفظ خاصی از حضرت نقل نشده و الا متواتراً نقل می شد.

علامه در پاسخ به احمد و مالک می فرماید: معاطات در غیر «بیع» ثابت است، لذا نص بر معامله ی بدون لفظ باید به غیر معاطات بیعی برگردد و عدم تواتر را منع می کنیم و با حصول اباحه [با معاطات] استغناء پیدا می کنیم از بیع و حصول ملک.

تا این جا قول فقهاء اقدمین ۴ را تا زمان علامه قدس سره - نقل کردیم، نظر فقهاء بعد از ایشان چون تأثیری در حصول اجماع ندارد از ذکر آن صرف نظر می کنیم.

ولی همان طور که بیان کردیم از آن جا که فقه شیعه با نظر به فقه عامه و سؤالاتی که در فضای عامه مطرح بوده تنظیم شده و بدون فهم امّهات فقه عامه نه فروع آن امّهات مباحث فقه شیعه نیز فهمیده نمی شود، ناچار از ذکر اقوال بعض معاریف عامه هستیم.

كلمات برخی معاریف عامه در معاطات

ابن قدامه در مغنی:

فصل: و البيع على ضربين أحدهما: الإيجاب و القبول فالإيجاب أن يقول: بعتك أو ملكتك أو لفظ يدل على عليهما و القبول أن يقول: اشتريت أو قبلت و نحوهما

الضرب الثاني: المعاطاه مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فياخذه فهذا بيع صحيح نص عليه أحمد فيمن قال لخباز كيف تباع الخبز قال كذا بدرهم قال زنه و تصدق به فإذا وزنه فهو عليه و قول مالك نحو من هذا فإنه قال: يقع البيع بما يعتقدده الناس بيعا و قال بعض الحنفية: يصح في خسائس الأشياء و حكى عن القاضي مثل هذا قال يصح في الأشياء اليسيره دون الكبيره مذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب و القبول و ذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا.

و لنا أن الله أحل البيع و لم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز و التفرق و المسلمون في أسواقهم و بياعاتهم على ذلك و لأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم وإنما علق الشرع عليه أحكاما و إبقاه على ما كان فلا- يجوز تغييره بالرأى و التحكم و لم ينقل عن النبي صلى الله عليه و سلم و لا- عن أصحابه مع كثره وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب و القبول ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ولو كان ذلك شرطا لوجب

نقله و لم يتصور منهم إهماله وا لغفله عن نقله ... (۱).

ابن قدامه (۲) که خود حنبلی است می گوید: احمد حنبل بیع معاطاتی را که مثلاً کسی به نانوا می گوید: چطور نان می فروشی؟ و نانوا می گوید: فلان مقدار [وزن] نان در مقابل یک درهم و او بگوید: وزن کن و تصدیق وی کند در وزن، بیع صحیح می داند. مالک نیز نظرش چنین است.

بعض حنفیه گفته اند: بیع معاطاتی در اشیاء پست و کوچک صحیح است. شافعی نظرش این است که بیع بدون ایجاب و قبول لفظی صحیح نیست، ولی بعض اصحاب شافعی مانند حنبلی ها گفته اند بیع صحیح است.

نووی در المجموع شرح المذهب:

المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا - بالایجاب و القبول و لا - تصح المعاطاه فی قليل و لا كثير و بهذا قطع المصنف و الجمهور و فيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه يصح البيع بالمعاطاه خرجه من مسأله الهدی إذا قلده صاحبه فهل يصير بالتقليد هديا منذورا فيه قولان مشهوران (الصحيح) الجديد لا يصير (و القديم) أنه يصير و يقام الفعل مقام القول فخرج ابن سريج من ذلك القول وجها في صحه البيع بالمعاطاه.

ثم إن الغزالي و المتولي و صاحب العده و الرافي و الجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه تجوز المعاطاه في المحقرات و هو مذهب أبي حنيفة فانه جوزها في المحقرات دون الاشیاء النفیسه و نقل امام الحرمین هذا

۱- المغنی لابن قدامه، ج ۴، ص ۴.

۲- أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه الجماعیلی المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی، الشهیر بابن قدامه المقدسی (المتوفی ۶۲۰ ه.ق).

عن أبي حنيفة و نقل عن ابن سريج أنه جوزها و لم يقيد الامام فى نقله عن ابن سريج بالمحقرات كما قيد فى نقله عن أبى حنيفة و لعله أراد ذلك و اكتفى بالتقيد عن أبى حنيفة و قد أنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الغزالي كونه حكى عن ابن سريج تجويزها فى المحقرات و قال ليست مختصه عند ابن سريج بالمحقرات و هذا الانكار على الغزالي غير مقبول لان المشهور عن ابن سريج التخصيص بالمحقرات كما ذكرناه والله أعلم

و اختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاه فيما يعد بيعا و قال مالك كلما عدده الناس بيعا فهو بيع و ممن اختار من أصحابنا أن المعاطاه فيما يعد بيعا صحيحه و ان ما عدده الناس بيعا فهو بيع صاحب الشامل و المتولى و البغوى و الرويانى و كان الرويانى يفتى به و قال المتولى و هذا هو المختار للفتوى و كذا قاله آخرون و هذا هو المختار لان الله تعالى أحل البيع و لم يثبت فى الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف

و أحسن من هذه المسأله و أوضحها المتولى فقال المعاطاه التى جرت بها العاده بان يزن النقد و يأخذ المتاع من غير ايجاب و لا قبول ليست بيعا على المشهور من مذهب الشافعى و قال ابن سريج كل ما جرت العاده فيه بالمعاطاه و عدده بيعا فهو بيع و ما لم تجر فيه العاده بالمعاطاه كالجوارى و الدواب و العقار لا يكون بيعا قال وهذا هو المختار للفتوى و به قال مالك و قال أبو حنيفة المعاطاه بيع فى المحقرات فاما النفيس فلا بد فيه من الايجاب و القبول ... (١).

نووی (۱) در کتاب معروف خود «المجموع» که شرح «المهذب» شیرازی (۲) و طبق فقه شافعی است می گوید: مشهور از مذهب شافعی آن است بیع جز با ایجاب و قبول لفظی صحیح نبوده و لذا معاطات صحیح نیست. مصنف یعنی شیرازی صاحب المهذب و جمهور به این نظر قطع پیدا کرده اند. ولی جماعتی از اصحاب شافعی بیع معاطاتی را در مواردی که [عرفاً] بیع شمرده می شود جایز دانسته اند.

ابن نجیم حنفی در البحر الرائق:

و يَلْزَمُ الْبَيْعُ بِالْتَّعَاطِي أَيْضًا لِأَنَّ جَوَازَهُ بِإِعْتِبَارِ الرِّضَا وَقَدْ وَجِدَ وَقَدْ بَنَاهُ فِي الْهَدَايَةِ عَلَى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ هُوَ الْمَعْنَى وَالْإِشَارَةُ إِلَى الْعُقُودِ التَّمْلِيكِيَّةِ كَمَا فِي الْمِعْرَاجِ فَخَرَجَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ فَإِنَّ اللَّفْظَ فِيهِمَا يَقَامُ مَقَامَ الْمَعْنَى ...

وَ حَقِيقَةُ التَّعَاطِي وَضْعُ الثَّمَنِ وَ أَخْذُ الْمُنَمَّنِ عَنِ تَرَاضٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ وَهُوَ يُفِيدُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِعْطَاءِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ لِأَنَّهُ مِنَ الْمُعَاطَاةِ وَ هِيَ مُفَاعَلَةٌ فَتَقْتَضِي حُصُولَهَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَالْمُضَارَبَةِ وَالْمُقَاسِمَةِ وَالْمُخَاصِمَةِ وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْمَشَايخِ كَمَا ذَكَرَهُ الطَّرْسُوسِيُّ وَأَفْتَى بِهِ الْحَلْوَانِيُّ وَ فِي الْبُرَازِيَّةِ أَنَّهُ الْمُخْتَارُ وَ صَحَّحَ فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ أَنَّ اعْطَاءَ أَحَدِهِمَا كَافٍ وَنَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى أَنَّ بَيْعَ التَّعَاطِي يُثْبِتُ بِقَبْضِ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ وَهَذَا يَنْتَظِمُ الْمَبِيعُ وَالثَّمَنُ وَنُصُّهُ فِي الْجَامِعِ عَلَى أَنَّ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ يَكْفِي لَا يَنْفِي الْآخَرَ. (۳)

۱- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى ۶۷۶ ه.ق).

۲- أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى ۴۷۶ ه.ق).

۳- البحر الرائق، ج ۵، ۲۹۱.

ابن نجیم (۱) در البحر الرائق که فقه حنفی است می گوید: بیع با تعاطی نیز لازم می شود؛ چون نفوذ آن به اعتبار رضایت است که موجود شده و [صاحب هدایه] در الهدایه بنا را بر این گذاشته که معتبر در این عقود تملیکیه معناست و دالّ مهم نیست. بنابراین به تعاطی هم انجام می شود.

قصد تملیک، محطّ بحث در معاطات

از عبارات فقهاء شیعه و سنّی استفاده می شود محطّ بحث جایی است که متعاطین قصد تملیک دارند؛ زیرا بحث را این چنین مطرح کرده اند که بیع اگر با «إعطاء» و «اخذ عملی» انجام پذیرد صحیح بوده و مانند بیع به صیغه است یا خیر؟ یعنی تمام شرایط بیع را داراست، فقط به جای به کار بردن صیغه، با إعطاء و اخذ عملی آن را محقق کرده اند، به همین خاطر مثبتین گفته اند معاطات، بیع بوده و صحیح می باشد.

پس محطّ بحث مثبتین و منکرین صحّت بیع معاطاتی آن جاست که طرفین قصد تملیک کرده اند و اگر کسی صورتی را که متعاطین قصد اباحه داشته باشند نیز مورد نظرش باشد، به نحو استطرادی است و مرکز اصلی بحث جایی است که قصد تملیک دارند.

از این جا معلوم می شود این که صاحب جواهر (۲) - رحمه الله علیه - محطّ بحث را جایی قرار

۱- زین الدین بن ابراهیم بن محمد، المعروف بابن نجیم المصری (المتوفی ۹۷۰ه.ق).

۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۲۴: لا ریب فی أن حمل کلام قدماء الأصحاب علی ما ذکرناه، من أن مرادهم بیان قابلیه الأفعال للإباحه لو قصدها و أن ذلك مشروع دون التملیک البیعی مثلا خیر من ذلك، لا لصعوبه الجواب عنها، فإنک ستعرفه لو قرر الاعتراض بها علی الصوره الأولى، بل لأن الواقع خلافه، و غرابه نفس الدعوی و هی إثبات أمر غیر ما قصده المتبايعان بلا- داع و لا دلیل، بل مقتضی الأدله جميعها خلافه فلا بد من حمل مرادهم علی ما ذکرناه، لا أن مرادهم الإباحه فیما قصد به المتعاملان إنشاء البیع مثلا، بل لیس هو إلا الفساد حیثند كما صرح به الفاضل فی النهایه، فما عساه يظهر من المتأخرین و متأخريهم من أن محل النزاع فیما قصد به البیع مثلا من الأفعال و غیر الأقوال المخصوصه مع جميع شرائط البیع عدا الصیغه و أن المعظم یقولون بالإباحه فيه، و الکرکی و من تابعه بالبیع المترزل، و الفاضل فی النهایه بالبیع الفاسد كما ترى، بل یمکن دعوی القطع بفساده بأدنی تأمل و أنه لا ینبغی أن ینسب إلى أصاغر الطلبة فضلا عن أعظم الأصحاب و کبرائهم، بل لا مناص من القول بالفساد فيه لمن اشترط الصیغه فی الصحه، فضلا عن جعله عباره عنها.

داده که متعاطین قصد اباحه داشته باشند؛ نه قصد تملیک چون دیده اند که مشهور نزدیک به اجماع قائلند معاطات مفید اباحه است و این با قصد ملکیت متعاطین منافات دارد؛ چراکه لازمه اش آن است که عقد تابع قصد نباشد با نوع عبارات فقهاء شیعه و سنی سازگار نیست و مطابق واقع نیز نمی باشد؛ چراکه در معاطات، دافع قصد تملیک معوض و آخذ قصد تملیک عوض دارد.

همچنین با تأمل در عبارت فقهاء معلوم می شود این که گفته اند معاطات بیع نبوده و فقط مفید اباحه است، مرادشان از اباحه «ملکیت متزلزل» نیست، بلکه مرادشان همان «اباحه» است. بنابراین این که محقق ثانی (۱) قدس سره - فرموده اند مراد فقهاء از اباحه، ملکیت متزلزل است چراکه هر نوع تصرفی را جایز دانسته اند و

۱- جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۵۸: و ما يوجد فی عبارة جمع من متأخري الأصحاب: من أنها تفيد إباحه، و تلزم بذهاب إحدى العينين، يري دون به: عدم اللزوم في أول الأمر، و بالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادته الإباحه المجرده عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسده و لم يجز التصرف في العين، و كافه الأصحاب على خلافه. و أيضا فإن الإباحه المحضه لا تقتضي الملك أصلا و رأسا، فكيف يتحقق ملك مال شخص بذهاب مال آخر في يده؟ و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد في الصراحة كالأقوال و إنما تدل بالقرائن، منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكنا، فمع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، لأن إحداهما في مقابل الأخرى، و يكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعيض الصفقه، و للضرر، و لأن المطلوب هو كون إحداهما في مقابل الأخرى.

متعاطین نیز قصد تملیک کرده اند پس معلوم می شود مرادشان ملک است، از طرف دیگر گفته اند رجوع جایز است، پس مرادشان ملکیت متزلزل است؛ نه اباحه ای نظیر اباحه ی در پذیرایی میزبان از مهمان درست نیست؛ چون این اجتهاد مقابل نصّ است؛ چراکه شیخ طوسی قدس سره - در خلاف تصریح فرمود: «فإنه لا یکون بیعاً... و انما یکون اباحه له أن یتصرف کل واحد منهما فیما أخذہ، تصرفاً مباحاً من غیر أن یکون ملکہ» و نیز جناب ابن ادریس فرمود: «فإنه لا یکون بیعاً... و إنما یکون اباحه له، یتصرف کلّ واحد منهما فیما أخذہ، تصرفاً مباحاً، من غیر أن یکون ملکہ، أو دخل فی ملکہ، و لكل واحد منهما، أن یرجع فیما بذله، لأنّ الملک لم یحصل لهما... و لیس هذا من العقود الفاسده، لأنّه لو کان عقداً فاسداً لم یصحّ التصرف فیما صار إلى کلّ واحد منهما، و انما ذلک علی وجه الإباحه» و ظاهر عبارات بقیه نیز اباحه است؛ نه ملکیت متزلزل.

مقتضای ادله ی اولیه در معاطات

اشاره

بعد از روشن شدن محل نزاع که متعاطین قصد تملیک دارند، این مسأله را مرحوم شیخ مطرح می کنند که مقتضای ادله ی اولیه در مورد معاطات اعم از عقل، کتاب و سنت صرف نظر از اجماعی که ادعا شده چیست و در دو مرحله مسأله را دنبال می کنند؛ یکی این که آیا معاطات مفید ملک است یا خیر؟ و دیگری این که آیا معاطات مفید ملکیت لازم است یا خیر؟ ما نیز به تبع شیخ در دو مرحله بحث می کنیم.

تمسک به سیره برای اثبات مفید ملک بودن معاطات

اشاره

مرحوم شیخ برای اثبات مفید ملک بودن معاطات ابتدا به سیره تمسک فرمودند. (۱)

سیره در این جا به دو قسم قابل تقریب است:

الف) سیره ی متشرعه

اشاره

سیره ی متشرعه بما هم متشرعه و متدینین بر آن است که نسبت به مأخوذ به معاطات، معامله ی ملک کرده و هر تصرفی را نسبت به آن انجام می دهند؛ مثلاً آن را می فروشند، اگر عبد باشد آزاد می کنند، اگر جاریه باشد جائز الوطی می دانند، اگر آخذ فوت شود آن را به وراثت داده و وراثت در آن تصرف مالکانه می کنند و ... این ها علامت آن است که شارع خود چنین نظری دارد؛ زیرا متشرعه بما هم

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۰: و ذهب جماعه تبعاً للمحقق الثانی إلى حصول الملك، و لا یخلو عن قوه؛ للسیره المستمرّه علی معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك فی التصرف فیہ بالعق، و البیع، و الوطاء، و الإیصاء، و توریثه، و غیر ذلک من آثار الملك.

مشرعه چون تدین دارند و شارع آن‌ها را تربیت کرده و ملتزم به احکام شرعی هستند چنین عمل می‌کنند و اگر شارع نظر دیگری داشت این طور عمل نمی‌کردند. بنابراین معاطات مفید ملکیت است.

نقد

سیره ی مشرعه وقتی حجت است که احراز شود سیره ی مشرعه بما هم مشرعه است و منشأ سیره خود شارع بوده و مؤمنین به تعلیم خود شارع چنین عمل می‌کنند، در حالی که راهی برای احراز آن در این جا وجود ندارد؛ خصوصاً با توجه به این که اکثریت قریب به اتفاق فقهاء که مرجع حلال و حرام مردمند قائل به عدم تحقق ملک با معاطات و حصول فقط اباحه بوده اند.

بله اگر کسی احراز کند که سیره ی متصل به زمان معصوم علیه السلام - چنین بوده و منشأ آن جز تعلیم شارع نبوده کفایت می‌کند، ولی از کجا بتوان آن را احراز کرد؟!

مضاف به این که اگر چنین سیره ای ثابت باشد فقط در محقرات، مانند خرید نان، سبزی، یک کیلو شیر و ... بوده، اما در مورد چیزهای بزرگ و با ارزش مانند خانه، مزرعه و ... وجود نداشته، بلکه با خواندن عقد معامله می‌کردند یا حداقل مشکوک است.

البته در زمان ما در اشیاء بزرگ نیز چنین سیره ای وجود دارد ولی منشأ آن، همین فتاوی علماست. زمان های سابق چون فتوای به عدم افاده ی ملکیت یا ملکیت لازمه وجود داشت، خواندن عقد نیز رواج داشت. (۱)

پس احراز سیره ی مشرعه بما هم مشرعه که کاشف از تعلیم شارع باشد

۱- یادم می‌آید وقتی سنّ ما کم بود در روستاها نیز خواندن عقد، حتی به صورت عربی «بعث و اشتریت» رواج داشت که منشأ آن فتوای علماء و تذکراتی که اهل منبر به مردم می‌دادند بود.

ممکن نیست و این به معنای عدم حجیت سیره ی مشرعه نیست، بلکه مناقشه در اثبات صغرای سیره ی مشرعه است. بنابراین این که بعضی گفته اند اگر در این سیره مناقشه شود فعلاً السیره السلام^(۱)، در صورتی درست است که کسی با قبول وجود سیره، منکر حجیت آن باشد، در حالی که ما منکر حجیت سیره ی مشرعه نیستیم بلکه می گوییم: سیره ی مشرعه بما هم مشرعه ثابت نیست.

شیخ قدس سره - نیز در نقد تمسک به سیره ی مشرعه برای اثبات ملک می فرماید^(۲): این سیره ناشی از مسامحه و قلت مبالات به شرع است و الا کسانی که اهل مبالات هستند اگر فتوایی که مجوز حصول ملک با معاطات باشد پیدا نکنند احتیاط کرده صیغه می خوانند.^(۳)

۱- حاشیه المكاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۸: يمكن أن يقال في السيره على التورث مثل ما قيل في السيره على التصرفات بل و فوق ما قيل بل الضروره يلجئ إلى الالتزام بفساد السيره مع أن هذه السيره بهذه العظمه لو كانت فاسده فعلى السيره السلام و الوجوه التي يمكن أن تقال هي إن السيره على التوارث بمعنى أخذ الورثه للمال و معاملتهم معه معامله الملكيه فلعل أخذهم للمال أيضا يكون على وجه الإباحه كمورثهم ثم يدخل المال في ملك الورثه بإرادته التصرفات الموقوفه على الملك أو لعل المال يدخل في ملك المورث قبل موته آنا ما ثم ينتقل منه إلى ورثته أو لعل موته يكون مملكا تعبديا للورثه من غير أن يتلقونه من ملكه كما في ديه النفس.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۴۲: و أما ثبوت السيره و استمرارها على التورث، فهي كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه و قلّه المبالاه في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم، كما لا يخفى.

۳- یکی از اساتید ما هم در مثل این مسأله می فرمود: ما مدتی با تمسک به سیره ی مشرعه قائل بودیم متنجس منجس نیست؛ چون مشرعه وقتی مثلاً دستشان نجس می شود با ازاله ی عین نجاست دیگر از ملاقی با دستشان اجتناب نمی کنند. اما بعد از مدتی متوجه شدیم بعض مشرعه هر چند نماز خوان! حتی از عین نجاست هم احتراز نمی کنند و معلوم شد که این به خاطر عدم مبالات است. به همین خاطر از آن نظر رفع ید کردند و قائل به احتیاط در متنجس شدند. البته ما نیز در این مسأله با دلیل دیگری ثابت کردیم که متنجس فی الجمله نه مطلقاً منجس است.

(ب) سیره ی عقلاء

عقلاء عالم حتی کسانی که دین ندارند چنین سیره و روشی دارند که با معاطات، خرید و فروش کرده و نتیجه ی آن را ملکیت می دانند. این سیره قبل از شرع و نیز در آغاز شرع و بعد آن بوده و به خاطر کثرت ابتلاء همه ی مردم به مسأله در مرئی و منظر شارع بوده است، ولی با این که شارع وظیفه ی تعلیم حکم و نهی از منکر دارد ردعی از آن نکرده است؛ چون اگر ردع کرده بود به دست ما می رسید. پس اطمینان وجود دارد که ردع نکرده است. بنابراین شارع إفاده ی ملکیت معاطات را امضاء فرموده است.

ظاهراً سیره ی عقلاء با این تقریب تمام است، ولی با وجود اطلاقات و عمومات نوبت به آن نمی رسد که ما بخواهیم از طریق اطمینان به عدم ردع و کشف امضاء شارع، مفید ملک بودن معاطات را ثابت کنیم.

تذکر این نکته هم لازم است که صرف عدم اثبات ردع در حجیت سیره کافی نیست، بلکه باید ثابت شود که ردع نشده است و این که در بعضی تقریرات (۱) آمده است: در صورت شک در ردع، با اصل عملی (استصحاب) می توان احراز عدم

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۹۳: أنه لا ريب في قيام السيره- بين المسلمين بل بين عقلاء العالم- على صحة المعامله المعاطاتيه و ترتيب آثار الملكيه على المأخوذ بها. و بما أن الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيره فتكون حجه شرعيه. و لو شككنا في ثبوت الردع فالأصل عدمه. • محاضرات في الفقه الجعفري، ج ۲، ص ۵۳: و الفرق بين السيره المتشرعه و سيره العقلاء أن في الاولى لا بد من إثبات اتصالها إلى زمان المعصوم بما أنها سيره المتدينين ليثبت إمضاؤها، و أما الثانيه فيكفي فيها عدم الردع، فكان الشك في الاولى من الشك في المقتضى و في الثانيه من الشك في المانع.

ردع کرد درست نیست؛ چراکه اثبات امضاء شارع با استصحاب عدم ردع به نحو اصل مثبت می باشد.

تمسک به اطلاقات و عمومات برای اثبات مفید ملک بودن معاطات

اشاره

مباحث مربوط به اطلاقات و عموماتی مانند (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا)، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و ... را به طور مفصل در ابتدای شروع مکاسب محرمه به عنوان قواعد عامه ی مورد احتیاج در سرتاسر مکاسب مطرح کرده ایم و خلاصه ی آن مطالب و نیز مطالب جدیدی که در این جا مناسب است را ذکر می کنیم.

(۱) آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا)

اشاره

برای فهم بهتر آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) لازم است کل آیه ی شریفه یک جا ملاحظه گردیده و در تمام کلمات آن دقت شود:

(الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بَأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَ مَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) (۱)

کسانی که ربا می خورند به پای نمی خیزند، مگر مانند به پای خاستن کسی که شیطان او را با تماس خود آشفته حال کرده [و تعادل روانی و عقلی اش را مختل ساخته] است، این بدان سبب است که آنان گفتند: خرید و فروش هم مانند رباست. و خدا خرید و فروش را حلال، و ربا را حرام کرده است. پس هر که از سوی پروردگارش پندی به او رسد و [از کار

۱- سوره ی مبارکه ی بقره، آیه ی ۲۷۵.

زشت خود] بازایستد، سودهایی که [پیش از تحریم آن] به دست آورده مال خود اوست، و کارش [از جهت آثار گناه و کیفر آخرتی] با خداست. و کسانی که [به عمل زشت خود] بازگردند [و نهی خدا را احترام نکنند] پس آنان اهل آتش اند و در آن جاودانه اند.

مراد از «أكل»، صرف خوردن با دهان نیست، بلکه کنایه از «تصرف» است و مانند آیه ی شریفه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) می باشد.

«ربا» (۱) اسم برای آن زیاده است که در ربای قرضی یا ربای معاملی أخذ می شود.

(لَا يُقِيمُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ (۲) الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ) یعنی رباخوار مثل کسی که ممسوس شیطان است و شیطان بر او مسلط شده و عقلش را مختل

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۱، ص ۲۱۷: الرَّبَا: الْفَضْلُ وَالزِّيَادَةُ وَهُوَ مَقْصُورٌ عَلَى الْأَشْهَرِ وَيُنْتَى (رَبْوَان) بِالْوَاوِ عَلَى الْأَصِيلِ وَقَدْ يُقَالُ (رَبِيَان) عَلَى التَّخْفِيفِ وَيُنْسَبُ إِلَيْهِ عَلَى لَفْظِهِ فَيُقَالُ: (رَبَوِيٌّ) قَالَ أَبُو عبيدٍ وَغَيْرُهُ. وَزَادَ الْمُطْرِزِيُّ. فَقَالَ: الْفَتْحُ فِي النَّسْبِ بِهِ خَطَأً وَ (رَبَا) الشَّيْءُ يُزْبُو إِذَا زَادَ وَ (أَرْبَى) الرَّجُلُ بِالْأَلْفِ دَخَلَ فِي الرَّبَا وَ (أَرْبَى) عَلَى الْخُمْسِ بِهِ زَادَ عَلَيْهَا وَ رَبَّى الصَّغِيرُ (يَرْبِي) مِنْ يَابِ تَعَبَ وَ (رَبَا) (يَرْبُو) مِنْ يَابِ عَلِمَا إِذَا نَشَأَ وَ يَتَعَدَّى بِالتَّضْعِيمِ فَيُقَالُ (رَبَيْتُهُ) (فَتَرَبَّى) وَ (الرَّبْوَةُ) الْمَكَانُ الْمُتَرَفِّعُ بِضَمِّ الرَّاءِ وَ هُوَ الْمَأْكُتَرُ وَ الْفَتْحُ لُغَةُ بَنِي تَمِيمٍ وَ الْكَسْرِ لُغَةُ سَمِيتَ (رَبْوَةٌ) لِأَنَّهَا (رَبَتْ) فَعَلَتْ وَ الْجَمْعُ (رَبَّى) مِثْلُ مُدْيِهِ وَ مُدْيِ وَ (الرَّابِيَةُ) مِثْلُهُ وَ الْجَمْعُ (الرَّوَابِي).

۲- همان، ج ۲، ص ۱۶۳: خَبَطْتُ: الْوَرَقَ مِنَ الشَّجَرِ (خَبَطًا) مِنْ بَابِ ضَرْبٍ أَسْبَقَتْهُ فَإِذَا سَقَطَ فَهُوَ (خَبَطٌ) بِفَتْحَتَيْنِ فَعَلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ مَسْمُوعٍ كَثِيرًا وَ (تَخَبَّطُهُ) الشَّيْطَانُ أَفْسَدَهُ وَ حَقِيقَةُ (الْخَبَطِ) الضَّرْبُ وَ (خَبَطَ) الْبَعِيرُ الْأَرْضَ ضَرْبَهَا بِيَدِهِ. • مفردات ألفاظ القرآن، ص ۲۷۳: الْخَبِطُ: الضَّرْبُ عَلَى غَيْرِ اسْتِوَاءٍ، كَخَبَطِ الْبَعِيرِ الْأَرْضَ بِيَدِهِ، وَ الرَّجُلِ الشَّجَرَ بِعَصَاهُ، وَ يُقَالُ لِلْمَخْبُوطِ: خَبَطُ، كَمَا يُقَالُ لِلْمَضْرُوبِ: ضَرْبٌ، وَ اسْتَعِيرَ لِعَسْفِ السَّلْطَانِ فَقِيلَ: سَلْطَانُ خَبُوطٍ، وَ اخْتَبَاطُ الْمَعْرُوفِ: طَلَبُهُ بِعَسْفِ تَشْبِيهِهَا بِخَبَطِ الْوَرَقِ، وَ قَوْلُهُ تَعَالَى: «يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ» فَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مِنْ خَبَطِ الشَّجَرِ، وَ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْاِخْتَبَاطِ الَّذِي هُوَ طَلَبُ الْمَعْرُوفِ.

ساخته می ایستد که شاید کنایه از این باشد که رباخوار نمی فهمد چه کار می کند. (۱) به هر حال آیه ی شریفه در مقام مذمت شدید رباخوار است.

در (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) بیع به ربا تشبیه شده، در حالی که انتظار می رفت ربا به بیع تشبیه شود؛ چراکه ربا محل خلاف بوده و بیع محل وفاق، و حق تشبیه آن

۱- المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۴۱۰: الخبط هو المشى على غير استواء، يقال خبط البعير إذا اختل جهه مشيه، و للإنسان فى حياته طريق مستقيم لا ينحرف عنه ... و إنما اهتدى الإنسان إلى هذا الطريق المستقيم بقوه مودوعه فيه هى القوه المميزه بين الخير و الشر و النافع و الضار و الحسن و القبيح ... و أما الإنسان الممسوس و هو الذى اختلت قوته المميزه فهو لا- يفرق بين الحسن و القبيح و النافع و الضار و الخير و الشر ... و لذلك استدل تعالى على خبط المرابين بما حكاه من قولهم: إنما البيع مثل الربا. و من هذا البيان يظهر: أولاً: أن المراد بالقيام فى قوله تعالى: لا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ، هو الاستواء على الحياه و القيام بأمر المعيشه فإنه معنى من معانى القيام يعرفه أهل اللسان فى استعمالاتهم، قال تعالى: «لَيَقُومَنَّ النَّاسُ بِالْقِسْطِ:» ... و أما كون المراد به المعنى المقابل للقعود فمما لا يناسب المورد، و لا يستقيم عليه معنى الآيه. و ثانياً: أن المراد بخرط الممسوس فى قيامه ليس هو الحركات التى يظهر من الممسوس حال الصرع أو عقيب هذا الحال على ما يظهر من كلام المفسرين، فإن ذلك لا يلائم الغرض المسوق لبيانه الكلام، و هو ما يعتقد المرابى من عدم الفرق بين البيع و الربا، و بناء عمله عليه، و محصله أفعال اختياريه صادرة عن اعتقاد خابط، و كم من فرق بينهما و بين الحركات الصادره عن المصروع حال الصرع، فالمصير إلى ما ذكرناه من كون المراد قيام الربوى فى حياته بأمر المعاش كقيام الممسوس الخابط فى أمر الحياه ... قوله تعالى: ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا، قد تقدم الوجه فى تشبيه البيع بالربا دون العكس بأن يقال: إنما الربا مثل البيع فإن من استقر به الخبط و الاختلال كان واقفاً فى موقف خارج عن العاده المستقيمه، و المعروف عند العقلاء و المنكر عندهم سيات عنده، فإذا أمرته بترك ما يأتيه من المنكر و الرجوع إلى المعروف أجابك- لو أجاب- إن الذى تأمرنى به كالى تنهانى عنه لا مزيه له عليه، و لو قال: إن الذى تنهانى عنه كالى تأمرنى به كان عاقلاً غير مختل الإدراك فإن معنى هذا القول: أنه يسلم أن الذى يؤمر به أصل ذو مزيه يجب اتباعه لكنه يدعى أن الذى ينهى عنه ذو مزيه مثله، و لم يكن معنى كلامه إبطال المزيه و إهماله كما يراه الممسوس، و هذا هو قول المرابى المستقر فى نفسه الخبط: إنما البيع مثل الربا، و لو أنه قال: إن الربا مثل البيع لكان رادا على الله جاحداً للشريعه لا خابطاً كالممسوس.

است که محل خلاف به محل وفاق تشبیه شود. وجه آن شاید این باشد که در عربی تشبیه معکوس مرسوم است، مانند آیه ی شریفه ای از زبان مادر حضرت مریم که نذر کرده بود فرزندی که به دنیا می آورد در معبد معتکف شود، ولی وقتی دید حضرت مریم را به دنیا آورده که مؤنث است به خداوند عرض کرد: (رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ) (۱)؛ یعنی عرض (۲) کرد: ذکر مانند آنثی نیست، در حالی که علی القاعده باید می گفت: آنثی مانند ذکر نیست.

۱- سوره ی مبارکه ی آل عمران، آیه ی ۳۶.

۲- البته این در صورتی است که (وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ) مقول قول مادر حضرت مریم باشد؛ نه ادامه ی قول خداوند متعال که در فقره ی قبل فرمود: (وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ) که در این صورت تشبیه معکوس نیست، بلکه می خواهد بیان بفرماید آن چه خداوند روزی فرموده بالا-تر از آن چیزی است که به دنبالش بود؛ یعنی ذکر مثل آن آنثی (حضرت مریم) نیست و حضرت مریم بالا-تر است. (امیرخانی) • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۳، ص ۱۷۱: لما كانت قولها رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ، مسوقا لإظهار التحسر كان ظاهر قوله: وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ، أنه مسوق لبيان أنا نعلم أنها أنثى لكننا أردنا بذلك إنجاز ما كانت تتمناه بأحسن وجه و أرضى طريق، و لو كانت تعلم ما أردناه من جعل ما فى بطنها أنثى لم تتحسر و لم تحزن ذاك التحسر و التحزن و الحال أن الذكر الذى كانت ترجوه لم يكن ممكنا أن يصير مثل هذا الأنثى التى وهبناها لها، و يترتب عليه ما يترتب على خلق هذه الأنثى فإن غاية أمره أن يصير مثل عيسى نبيا مبرئا للأكمه و الأبرص و ... و من هنا يظهر: أن قوله: وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ، مقول له تعالى لا-لامرأه عمران، و لو كان مقولا لها لكان حق الكلام أن يقال: و ليس الأنثى كالذكر لا بالعكس و هو ظاهر فإن من كان يرجو شيئا شريفا أو مقاما عاليا ثم رزق ما هو أخص منه و أردأ إنما يقول عند التحسر: ليس هذا الذى وجدته هو الذى كنت أطلبه و أبتغيه، أو ليس ما رزقته كالذى كنت أرجوه، و لا يقول: ليس ما كنت أرجوه كهذا الذى رزقته البتة، و ظهر من ذلك أن اللام فى الذكر و الأنثى معا أو فى الأنثى فقط للعهد. و قد أخذ أكثر المفسرين قوله: وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ، تتمه قول امرأه عمران، و تكلفوا فى توجيه تقديم الذكر على الأنثى بما لا يرجع إلى محصل، من أراد فليرجع إلى كتبهم.

و شاید هم وجه آن این باشد: شما که ربا را حرام کردید پس بیع را هم حرام کنید؛ چون بیع نیز مثل رباست، چرا فقط ربا را حرام کردید؟!

سه محور بحث پیرامون آیه ی شریفه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)

اشاره

برای تمسّک به آیه ی شریفه ی (احل الله البيع) برای اثبات مفید ملک بودن معاطات، لازم است بحث در سه محور اساسی دنبال شود:

الف) مراد از بیع در آیه ی شریفه چیست؟

ب) مراد از حلّیت در آیه ی شریفه چیست؟

ج) بر فرض دلالت آیه بر صحّت بیع، آیا اطلاق دارد تا شامل بیع معاطاتی شود یا خیر؟

الف) مراد از بیع در آیه ی شریفه چیست؟

اشاره

«بیع» طبق تعریف مختار «تبدیل مالِ بمالٍ ما اعتباراً» بوده و مصدر می باشد. همان طور که قبلاً بیان کردیم سبب و مسبب در بیع وجود ندارد، لذا بیع نه اسم برای سبب است و نه مسبب، بلکه بیع اسم برای مجموعه ای است که از الفاظ به کار رفته در مقام إنشاء به همراه قصد معنا و اعتبار ملکیتی که ناشی از استعمال این الفاظ می باشد تشکیل شده است. بنابراین اگر قرینه ی خاصه ای بر خلاف نباشد «بیع» به همان معنای مصدری حمل می شود.

حمل بیع بر «تصرفات مترتب بر بیع» در کلام شیخ قدس سره -

اما مرحوم شیخ (۱) بیع را در آیه ی شریفه بر «جمیع تصرفات مترتب بر بیع»

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۰: و یدلّ علیه أيضاً: عموم قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ؛ حيث إنّهُ یدلّ علی حلیّه جمیع التصرفات المترتبه علی البیع، بل قد یقال: بأنّ الآیه دالّه عرفاً بالمطابقه علی صحّه البیع، لا مجرد الحکم التکلیفی. لکنّه محلّ تأمل.

حمل کرده است. بنابراین (احل الله البيع) یعنی «احلّ الله جميع التصرفات المترتبة على البيع» و مراد از تصرفات مترتب بر بیع یعنی «تصرف در عوض و معوض» که با بیع منتقل شده است.

قرینه ای که باعث شده جناب شیخ «بیع» را به این معنا حمل کنند بعضی (۱) «مناسبت» با معنای ربا ذکر کرده اند؛ چون «ربا» اسم برای عین (زیاده) است و (حَرَمَ الرِّبَا) به معنای حرمت تصرف در آن زیاده می باشد. بنابراین به قرینه ی مناسبت با معنای ربا که بیع در مقابل آن قرار گرفته، (احل الله البيع) نیز باید به معنای حلیت تصرف در آن چیزی که با بیع منتقل شده، باشد.

بعضی (۲) نیز گفته اند از آن جا که حلیت تکلیفی بیع بما هو إنشاء واضح بوده و

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۹۶: الوجه الثانی: ما ذكره المصنف، و حاصله: أن المراد من حلیه البيع فی الآیه الکریمه إنما هو الحلیه التکلیفیه، لمقابلتها مع حرمة الربا الظاهره فی الحرمة التکلیفیه و من الواضح أن الحلیه التکلیفیه لا یصح تعلقها بالبیع، لأنه إنشاء تملیک عین بمال. و حلیه ذلك لا تحتاج إلى بیان. و علیه فلا بد من الالتزام بتعلق الحل فی الآیه بالتصرفات المترتبة على البیع.

۲- حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۰۵: حیث إنه لا- موهم لحرمة البیع لا- بما هو عمل من الأعمال، و لا بما هو تسبیب إلى الملك، فلذا تصدّی قدس سرّه لصرف التحلیل إلى الآثار. • حاشیه مکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۷: و كأنّ الدّاعی إلى ارتکاب التقدير هو المحافظه على ظهور أحلّ فی الحلیه التکلیفیه المؤکّد هذا الظهور بمقابله و حرّم الربا فلما لم یکن معنی إباحه البیع لم یکن بدّ من تقدير التصرفات. • التنقیح فی شرح مکاسب البیع، ج ۱، ص ۷۶: و شیخنا الأنصاری حمل الآیه على الحلیه التکلیفیه، و بما أنّه رأى عدم مناسبتها مع البیع - إذ لم یتوهم أحد حرمة البیع تکلیفاً، غایه الأمر أن یكون فاسداً نظیر البیع الغرری فإنّ النهی عنه لیس بمعنی کونه محرّماً تکلیفياً بل المراد أنّه فاسد و لا یتربّ علیه الأثر- فالترم بتعلّق الحلّ بالتصرفات المترتبة على البیع واقعاً، و إنّما اسند إلى البیع لفظاً من باب المجاز فی الاسناد لأنّ البیع سبب لها أو من باب المجاز فی الحذف، فاستند فی الاستدلال بالآیه على صحّه البیع إلى الدلاله الالتزامیه.

احتمال حرمت آن نمی رفت، نمی توان (احل الله البيع) را در صورتی که مراد از حلیت، حلیت تکلیفی باشد بر این حمل کرد که گفتن «بعث و اشتریت» حلال است، به همین خاطر مرحوم شیخ بیع را به «جميع تصرفات مترتب بر بیع» حمل نموده است.

نقد کلام شیخ قدس سره -

قبلا بیان کردیم مراد از «أكل» در (الذین یأکلون الربا) صرف اُکل به دهان نیست، بلکه کنایه از تصرف است. حال اضافه می کنیم که مراد از «أكل» تَمَکُّک و تَسَلُّط اعتباری بر رباست؛ چون کسی که معامله ی ربوی انجام داده و خود را مالک ربای می داند ولی به خاطر در ذمه بودن مقدار زیاده هنوز در آن تصرف نکرده، اما خود را ذی حق می داند که طلب کند به نحوی که ادنی اثر بر آن مترتب شود مشمول آیه ی شریفه است و اختصاص به تصرف خارجی و عملی در عین ربا ندارد. بنابراین معنای (الذین یأکلون الربا) چنین می شود: «کسانی که خود را مالک و مسلط بر ربا می دانند اعتباراً ...».

همچنین در (ذَلِكْ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) مرادشان از ربا آن عین خارجی نیست، بلکه مرادشان مالکیت اعتباری بر رباست و معنای آیه ی شریفه چنین می باشد: «مالکیت ناشی از بیع مانند مالکیت بر رباست و هیچ تفاوتی با هم ندارند». خداوند متعال نیز در پاسخ می فرماید: خداوند «مالکیت بیعی» را حلال و «مالکیت ربوی» را حرام کرده است.

در انتهای آیه ی شریفه هم که می فرماید: (فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ) روشن است مراد از (فَلَهُ مَا سَلَفَ) ملکیت اعتباری است؛ یعنی آن چه از ربا در سابق گرفته مال اوست اعتباراً.

پس معلوم شد مراد از «ربا» در صدر تا ذیل آیه ی شریفه، تملک و تسلط اعتباری بر آن زیاده است؛ نه تصرفات خارجیه تا به قرینه ی مناسبت، «بیع» نیز بر «تصرفات مترتب بر بیع» حمل شود.

اما این که بعضی گفتند احتمال حرمت انشاء بیع وجود نداشت تا مراد از بیع، انشاء بیع باشد، می گوییم همان طور که از ادله استفاده می شود انشاء بیع خمر، انشاء بیع ربوی و ... حرام است، احتمال آن بود که انشاء مطلق بیع نیز حرام باشد، به همین خاطر گفتیم شاید مرادشان از (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) این بوده که بیع نیز باید مانند ربا حرام باشد! لذا اگر آیه ی شریفه ظهور در حلیت تکلیفی انشاء بیع داشته باشد دلیل قاطعی بر انصراف از این ظهور وجود ندارد.

بنابراین با ردّ این دو قرینه، دیگر نمی توان با ارتکاب «مجاز در اسناد» یا «مجاز در کلمه»، یا «مجاز در حذف»^(۱) بیع را بر «تصرفات مترتب بر بیع» حمل نمود، بلکه باید بر همان معنایی که ظاهر است یعنی معنای مصدری «تبدیل مال بمال ما اعتباراً» حمل کرد که در این صورت معنای (احلّ الله البيع و حرّم الرّبا) آن است که خداوند گفتن «بعث و اشتريت» به نحوی که ملکیت بر آن مترتب

۱- مجاز در اسناد، به این نحو که در واقع «احلّ الله جميع التصرفات المترتبة على البيع» بوده و مجازاً به بیع اسناد داده شده است، مانند جری المیزاب که در حقیقت جری الماء فی المیزاب بوده است. مجاز در کلمه به این نحو که بگوییم مراد از بیع به علاقه ی سببیت و مسببیت، جميع تصرفات مترتب بر بیع است. مجاز در حذف به این نحو که بگوییم «جميع التصرفات المترتبة على» در تقدیر می باشد و نظیر (و اسئلوا القرية) است که در واقع «و اسئلوا اهل القرية» بوده و «اهل» در تقدیر می باشد.

است را حلال کرده و [ملکیت بر] ربا را حرام کرده است و اگر در هر دو «ملکیت» را در تقدیر بگیریم این چنین می شود: خداوند ملکیت ناشی از گفتن «بعث و اشتریت» را حلال و ملکیت بر ربا را حرام نموده است.

(ب) مراد از «حلیت» در آیه ی شریفه چیست؟

اشاره

حلیت بر دو قسم است: حلیت تکلیفی و حلیت وضعی.

حلیت تکلیفی که به معنای اباحه می باشد خود بر دو قسم است: حلیت بالمعنی الخاص که قسیم وجوب، حرمت، کراهت و استحباب می باشد و به معنای عدم اقتضاء فعل و ترک است و دیگری حلیت بالمعنی الاعم [که به معنای عدم حرمت بوده و شامل کراهت، استحباب، اباحه بالمعنی الخاص و وجوب می شود].

حلیت وضعی به معنای ممضی و نافذ بودن است که خود اقتضاء فعل و ترک ندارد، بلکه موضوع احکام تکلیفه واقع می شود.

تبیین مراد از حلیت در کریمه و رابطه ی آن با صحت معاطات از دیدگاه شیخ قدس سره -

بعضی از جمله مرحوم شیخ قدس سره - به دلیل وجوهی که ذکر خواهیم کرد قائل شده اند مراد از حلیت در آیه ی شریفه، حلیت تکلیفی است؛ نه حلیت وضعی.

امّا لازمه ی این کلام آن است که دیگر نتوان برای اثبات مفید ملکیت بودن معاطات به آیه ی شریفه استناد کرد؛ چراکه صحت معامله و إفاده ی ملکیت از امور وضعی بوده و با حلیت تکلیفی بیگانه است، لهذا مرحوم شیخ برای استفاده ی حکم وضعی می فرمایند: گر چه مراد از حلیت در آیه ی شریفه، حلیت تکلیفی است ولی از آن جا که متعلق این حلیت «جمیع تصرفات مترتب بر بیع» می باشد، پس ملازمه با «ملکیت» دارد؛ چون «جمیع تصرفات» شامل تصرفات

متوقف بر ملک نیز می شود. بنابراین برای اثبات صحت معاطات و مفید ملک بودن آن می توان به آیه ی شریفه استناد کرد؛ چراکه معاطات عرفاً بیع بوده و آیه ی شریفه جمیع تصرفات مترتب بر آن را مباح می داند، پس معاطات صحیح بوده و مفید ملکیت است.

اما مرحوم شیخ خودشان اشکالی (۱) را بر این ملازمه وارد کرده و می فرمایند: ممکن است گفته شود نهایت چیزی که از آیه ی شریفه در مورد معاطات استفاده می شود آن است که جمیع تصرفات مترتب بر معاطات حتی تصرفات متوقف بر ملک مباح است و این تلازمی با مفید ملک بودن معاطات از همان ابتدای وقوع معاطات ندارد، بلکه سازگاری دارد با این که بگوییم: معاطات ابتدا فقط مفید اباحه ی تصرف است، ولی لحظه ای که می خواهد تصرف متوقف بر ملک کند آنما قبل از آن، ملک متحقق می شود و لازم نیست حتماً از ابتدای وقوع معاطات ملک حاصل شود؛ مثلاً اگر عبدی را به معاطات خرید مالک عبد نشده است، فقط لحظه ای قبل از آن که او را آزاد کند مالک می شود؛ چون «لا عتق الا

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۲: و کیف كان، ففي الآيتين [آیه أحلّ الله البيع و آیه التجاره] مع السيره كفايه. اللهم إلاً أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، و إنما تدلان على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك، كالبيع و الوطاء و العتق و الإيضاء، و إباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمه الشرعيه الحاصله في سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك، دون المقام الذي لا يعلم ذلك منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحه التصرفات و صرح في المسالك: بأن من أجاز المعاطاه سوغ جميع التصرفات. غايه الأمر أنه لا بدّ من التزامهم بأنّ التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنما؛ فإنّ الجمع بين إباحه هذه التصرفات و بين توقّفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار. و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر ليقال: إنّ مرجع هذه الإباحه أيضاً إلى التملك.

فی ملک» (۱). یا اگر اُمه ای را به معاطات خرید لحظه ای قبل از آن که او را وطی کند مالک می شود؛ نه از ابتدای حصول معاطات، در حالی که ادعا آن است که معاطات از همان ابتدا مفید ملکیت است؛ نه آنآما قبل از تصرف متوقف بر ملک!

بدین جهت شیخ (۲) قدس سره - برای فرار از اشکال، به نحو ضعیف به روش دیگر روی می آورد که همان استفاده ی حکم وضعی و صحّت بیع معاطاتی از کریمه است که تقریب آن خواهد آمد إن شاء الله. همچنین مبعّداتی را برای حدوث ملک آنآما قبل از تصرفات متوقّف بر ملک ذکر می کنند که شاید متعرّض آن شویم.

وجوه حمل حلیت بر حلیت تکلیفی در کریمه و نقد آن

وجه اوّل: به قرینه ی این که مراد از بیع «جمیع تصرفات مترتب بر بیع» می باشد «حلیت» به معنای «حلیت تکلیفی» است؛ چرا که «تصرف» فعل بوده و با حلیت تکلیفی سازگار می باشد.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص ۱۷۹: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُصَيَّبِ بْنِ حِازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹ لَا طَّلَاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ وَ لَا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۴۳: فالأولى حينئذ: التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من «حلّ البيع» صحّته شرعاً. هذا، مع إمكان إثبات صحّحه المعاطاه في الهبه و الإجاره ببعض إطلاقاتهما، و تتميمه في البيع بالإجماع المركّب. هذا، مع أنّ ما ذكر: من أنّ للفقیه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقّف عليه، لا يليق بالمتفقّه فضلاً عن الفقيه! و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد: أنّ القول بالإباحه المجزّده، مع فرض قصد المتعاطين التملك و البيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديده: منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد. و منها: ... انتهى. و المقصود من ذلك كلّ استبعاد هذا القول، لا أنّ الوجوه المذكوره تنهض في مقابل الأصول و العمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديده لتخالف القواعد المتداوله بين الفقهاء.

ولی از آن جا که ما در حمل بیع بر «جمع تصرفات مترتب بر بیع» مناقشه کردیم این وجه نمی تواند در حمل حلیت بر «حلیت تکلیفی» کارایی داشته باشد.

وجه دوم: از آن جا که حلیت بیع در مقابل حرمت ربا قرار گرفته و مراد از حرمت ربا حرمت تکلیفی است، پس مراد از حلیت بیع نیز حلیت تکلیفی است.

جواب این وجه نیز از ما سبق روشن است و آن این که مراد از حرمت ربا به همان قرائنی که بیان کردیم حرمت وضعی است؛ زیرا اعراب جاهلی معاصر نزول آیه ی شریفه قائل بودند مالک ربا می شوند و منع قانونی برای مالکیت ربا وجود ندارد. آیه ی شریفه نیز اعتقاد آنان را تخطئه کرده و می فرماید: منع الهی از مالکیت ربا وجود دارد و کسی مالک آن نمی شود. بنابراین آیه ی شریفه هیچ ظهوری در حرمت تکلیفی ندارد تا قرینه شود بر این که حلیت بیع نیز حلیت تکلیفی است.

بله حرمت تکلیفی ربا حتی حرمت تکلیفی انشاء معامله ی ربوی را می توان از ادله ی دیگر استفاده کرد؛ مثلاً- در روایت صحیحی می فرماید: «أَكَلَ الرَّبَاَ وَ مُؤَكَّلَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدَاهُ فِيهِ سَوَاءٌ»^(۱) و در روایت دیگر می فرماید: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ - الرَّبَاَ وَ آكَلَهُ وَ بَائِعَهُ وَ مُشْتَرِيَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدِيَهُ»^(۲) که از آن استفاده ی حرمت تکلیفی

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب التجاره، ابواب الربا، باب تحريم أخذ الربا و دفعه و كتابته و الشهاده عليه، ح ۱، ص ۱۲۶: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنِ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عِاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَكَلَ الرَّبَاَ وَ مُؤَكَّلَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدَاهُ فِيهِ سَوَاءٌ. وَ هَمَان، ح ۳: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ شُعَيْبِ بْنِ وَقْدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَنِ آبَائِهِ - عَلَيْهِمُ السَّلَامُ - فِي مَنَاهِي النَّبِيِّ ۹ أَنَّهُ نَهَى عَنْ أَكْلِ الرَّبَا وَ شَهَادَةِ الزُّورِ وَ كِتَابَةِ الرَّبَا وَ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ أَكَلَ الرَّبَا وَ مُؤَكَّلَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدِيَهُ.

۲- همان، ح ۲: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلْوَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ آبَائِهِ عَنِ عَلِيٍّ - عَلَيْهِمُ السَّلَامُ - قَالَ: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ۹ الرَّبَاَ وَ آكَلَهُ وَ بَائِعَهُ وَ مُشْتَرِيَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدِيَهُ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسَلًا وَ كَذَا الَّذِي قَبْلَهُ.

می شود؛ چراکه کاتب و شاهد، مال ربوی نمی خورند تا حرمت وضعی داشته باشد، بلکه نسبت به کتابت یا شهادت بر عقد یعنی «بعث و اشتریت» در بیع ربوی و «اقرضت» در قرض ربوی مرتکب حرام تکلیفی می شوند و به طریق اولی استفاده می شود «موجب» و «قابل» مرتکب حرام تکلیفی می شوند.

وجه سوم: حلیت، حداقل در لغت منصرف به حلیت تکلیفی است.

این وجه نیز درست نیست و عن قریب خواهد آمد که انصراف به حلیت تکلیفی ندارد.

وجه چهارم: بعضی از جمله خود شیخ (۱) قائلند حکم وضعی مستقیماً قابل جعل

۱- فرائد الأصول، ج ۳، ص ۱۲۵: ثم إنه لا بأس بصرف الكلام إلى بيان أنّ الحكم الوضعي حكم مستقلّ مجعول- كما اشتهر في ألسنة جماعه- أو لا، و إنما مرجعه إلى الحكم التكليفي؟ فنقول: المشهور- كما في شرح الزبده- بل الذي استقرّ عليه رأى المحققين- كما في شرح الوافيه للسيد صدر الدين:- أنّ الخطاب الوضعي مرجعه إلى الخطاب الشرعي، و أنّ كون الشيء سبباً لواجب هو الحكم بوجوب ذلك الواجب عند حصول ذلك الشيء، فمعنى قولنا: «إتلاف الصبي سبب لضمانه»، أنّه يجب عليه غرامه المثل أو قيمه إذا اجتمع فيه شرائط التكليف من البلوغ و العقل و اليسار و غيرها، فإذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله: «اغرم ما أتلفته في حال صغرك»، انتزع من هذا الخطاب معنى يعبر عنه بسبب الإتلاف لضمان، و يقال: أنّه ضامن، بمعنى أنّه يجب عليه الغرامه عند اجتماع شرائط التكليف. و لم يدع أحد إرجاع الحكم الوضعي إلى التكليف الفعلي المنجز حال استناد الحكم الوضعي إلى الشخص، حتّى يدفع ذلك بما ذكره بعض من غفل عن مراد النافين: من أنّه قد يتحقق الحكم الوضعي في مورد غير قابل للحكم التكليفي، كالصبي و النائم و شبههما. و كذا الكلام في غير السبب؛ فإن شرطيه الطهاره للصلاه ليست مجعوله بجعل مغاير لإنشاء وجوب الصلاه الواقعه حال الطهاره، و كذا مانعيه النجاسه ليست إلّا منتزعه من المنع عن الصلاه في النجس، و كذا الجزئيه منتزعه من الأمر بالمركب. • المكاسب المحرمه (ط - القديمه)، ج ۲، ص ۳۰۶: قد حقق في الأصول أن لا معنى للحكم الوضعي إلا ما انتزع من الحكم التكليفي.

نیست، بلکه از حکم تکلیفی منتزع می شود. به همین خاطر این جا چون حلیت به نحو مستقیم تحت جعل رفته، پس مراد حلیت تکلیفی است؛ نه حلیت وضعی.

ولی از آن جا که این مبنا درست نیست و حکم وضعی مستقیماً قابل جعل است، این وجه نیز نمی تواند دلیل بر تکلیفی بودن حلیت باشد.

نظر مشهور در حلیت در کریمه

مشهور گفته اند: مراد از حلیت در آیه ی شریفه حلیت وضعی است و (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) یعنی خداوند بیع را نافذ قرار داده است. پس اثرات متوقع بر آن مترتب است؛ یعنی مبیع از کیس بایع به کیس مشتری و ثمن از کیس مشتری به کیس بایع داخل می شود.

بعضی (۱) نیز به نحو قانون کلی گفته اند: هر گاه متعلق حلیت و حرمت، از معاملات بالمعنی الاعم بود مانند بیع، اجاره، نکاح و ... حلیت و حرمت به معنای نفوذ و عدم نفوذ است که همان حکم وضعی می باشد.

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للهمدانی)، ص ۲۸: فنقول: امّا کون المراد من حلیه البیع صحته و جواز ترتب الآثار المبتنیه علیه و حصول المملکیه به فغیر بعید، بل هو الظاهر من قول القائل: «المعامله الکذائیه حلال» و ذلك لإطلاقهم المعامله کثیرا ما علی المعامله الّتی یترتّب علیها الأثر. • إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۴، ص ۲۶: لا یخفی ان قوله سبحانه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) مدلوله المطابقی کما هو مقتضى إضافه الحلیه إلی المعامله؛ و منها البیع جوازها الوضعی ای إمضائها.

مراد از حلیت، جامع حلیت وضعی و تکلیفی در نظر سید خویی قدس سره -

سید خویی قدس سره - فرموده است (١): حلیت در آیه ی شریفه در جامع بین حلیت

١- مصباح الفقاهه، ج ٢، ص ٩٤: ان معنى الحل فى اللغة هو الإطلاق والإرسال. و يعبر عنه فى لغة الفارس بكلمه (بازداشتن) [رها کردن] و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع والحجر. ولا- ريب أن الحل بهذا المعنى يناسب الحليه الوضعيه و التكليفيه كليهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل فى خصوص الحليه الوضعيه، أو التكليفيه كذلك يصح استعماله فى كليهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف الموارد و القرائن. و هكذا الحال فى لفظ التحريم- الذى هو مقابل الحل- فإنه يعم التحريم الوضعى و التحريم التكليفى كليهما، و إرادته خصوص أحدهما دون الآخر فى بعض الموارد من ناحيه القرائن الحاليه أو المقاليه. و إذن فلا وجه للمناقشه فى شمول لفظ الحل للحليه الوضعيه و التكليفيه معا بعدم وجود الجامع بينهما. و هذا واضح لا ريب فيه.

• محاضرات فى الفقه الجعفرى، ج ٢، ص ٥٤: إن الحلّ فى اللغة فى مقابل العقد و الشد، يقال: «حبلٌ محلولٌ» فى مقابل المعقود و المشدود، و قد ذكر فى كتاب أقرب الموارد: «حلّ العقده من باب نصر نقشها و فتحها، و حلّ المكان أو بالمكان من باب نصر و ضرب حلالاً و حلولاً و حلالاً نزل به، و حلّ أمر الله عليه (ن ض) حلولاً و جب، و بهما قرئ «فيحلّ عليكم غضبى». ثم ذكر بعد ذلك: أحلّ الله الشىء جعله حلالاً. ثم ذكر بعده: الحلال (و هو صفه مشبهه على وزن جبان) ما أباحه الله، و سُمى حلالاً لانحلال عقده الحظر عنه ضد الحرام، و الخارج من الإحرام». فما ذكره هذا اللغوى موافق لما استظهرناه، و هو يجتمع مع كل من الحليه التكليفيه و الوضعيه بحسب اختلاف الموارد، فإذا أسند فى كلام الشارع إلى الأفعال أو الموضوعات الخارجيه يراد به الحلّ من حيث التكليف و عدم العقاب، و إذا أسند إلى الاعتبارات العرفيه يراد به بمناسبه الحكم و الموضوع الصّحّه و النفوذ كما أن الحرمة أيضاً يراد بها الفساد إذا أسندت إليها. و عليه فالآيه الشريفه بالمطابقه تدل على صحه البيع و إمضائه. • التنقيح فى شرح مكاسب البيع، ج ١، ص ٧٧: والظاهر أنه بمعنى الحلّ فى مقابل الشدّ والعقد وأنّ الله أحلّ البيع، يعنى أرسله وأطلقه ولم يشدّه ويمنع عنه، بخلاف الربا فإنه منع عنه وقيدته، فالبيع محلول فى مقابل الممنوع والمشدود، وهذا المعنى للحلّ يجتمع مع كل من الحليه التكليفيه والوضعيه بحسب اختلاف الموارد، فإذا أسند فى كلام الشارع إلى الأفعال أو الموضوعات الخارجيه اراد به الحلّ من حيث التكليف وعدم العقاب، وإذا أسند إلى الاعتبارات العرفيه كالبيع اراد به الصّحّه والنفوذ بمناسبه الحكم والموضوع، كما أنّ الحرمة أيضاً كذلك تجتمع مع كلّ من التكليف والوضع بحسب اختلاف الموارد، وعليه فالآيه تدلّ بالمطابقه على صحه البيع و نفوذه بقريته إسناد الحلّ إلى البيع الذى هو من الاعتبارات العرفيه.

وضعی و حلیت تکلیفی به کار رفته است؛ چراکه «حلیت» در لغت (۱) به معنای اطلاق، ارسال و رها بودن است، در مقابل «حرمت» که به معنای منع، حجر و بازداشتن است. اگر چیزی «مطلق»، «بدون قید و بند» و «رها» بود گفته می شود «حلال» است. حلیت به این معنا مناسبت با حلیت تکلیفی و حلیت وضعی هر دو دارد و می تواند هر دو را افاده کند. بنابراین (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) به این معناست که خداوند بیع را رها و بدون قید و بند قرار داده است که هم از لحاظ تکلیفی رهاست و منعی ندارد و هم از لحاظ وضعی.

سید خویی قدس سره - سپس می فرماید (۲): کلمه ی حلیت و حرمت گاهی به اعیان

۱- مفردات ألفاظ القرآن، ص ۲۵۱: أصل الحَلِّ: حَلَّ العَقْدَةَ، و منه قوله عَزَّ و جَلَّ: وَ أَحْلَلَّ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي [طه / ۲۷]، وَ حَلَّتْ: نزلت، أصله من حَلَّ الأَحْمَالِ عِنْدَ النَّزُولِ، ثُمَّ جَرَّدَ اسْتِعْمَالَهُ لِلنَّزُولِ، فَقِيلَ: حَلَّ حُلُولًا، وَ أَحْلَهُ غَيْرَهُ، قَالَ عَزَّ وَ جَلَّ: أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِنْ دَارِهِمْ [الرعد / ۳۱]، وَ أَحْلُوا قَوْمَهُمْ دَارَ الْبُورِ [إبراهيم / ۲۸]، وَ يُقَالُ: حَلَّ الدِّينَ: وَجِبَ أَدَاؤُهُ، وَ الْحِلَّةُ: الْقَوْمُ النَّازِلُونَ، وَ حَى حِلْمًا مِثْلَهُ، وَ الْمَحَلَّةُ: مَكَانُ النَّزُولِ، وَ عَنِ حَلِّ الْعَقْدَةِ اسْتِعْيَابُ قَوْلِهِمْ: حَلَّ الشَّيْءُ حَلَالًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: وَ كُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ حَلَالًا طَيِّبًا [المائدة / ۸۸]، وَ قَالَ تَعَالَى: هَذَا حَلَالٌ وَ هَذَا حَرَامٌ [النحل / ۱۱۶]، وَ مِنَ الْحُلُولِ أَحَلَّتِ الشَّاهُ: نَزَلَ اللَّبَنُ فِي ضَرْعِهَا، وَ قَالَ تَعَالَى: حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ [البقره / ۱۹۶]، وَ أَحَلَّ اللَّهُ كَذَا، قَالَ تَعَالَى: أُحِلَّتْ لَكُمْ الْأَنْعَامُ [الحج / ۳۰]، وَ قَالَ تَعَالَى: يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَ مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَ بَنَاتِ عَمَّاتِكَ ...

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۹۴: ثم إن الحل قد يتعلق بالأعيان الخارجيه. و قد يتعلق بالأفعال الخارجيه. و قد يتعلق بالأموال الاعتباريه المبرزه بمبرز خارجي. و على الأول فلا- يصح الكلام إلا بالتقدير، للدلاله الاقتضائيه، و صيانه لكلام المتكلم عن اللغويه. و من هذا القبيل قوله (تعالى) (أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَّلَ لَكُمْ، وَ طَعَامُكُمْ حَلَّلَ لَهُمْ، وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ) فإن متعلق الحل في هذه الآيه إنما هو المطاعم و المآكل و المناكح. و من الواضح أنه لا معنى لحليه هذه الأمور بنفسها، بل المراد من حليتها إنما هو حليه ما تعلق بها من الأفعال المناسبه لها من الأكل و الشرب و النكاح. و على الثاني فلا- شبهه في صحه الكلام بلا- احتياج إلى التقدير، و منه قوله (تعالى) (أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ). و كذلك الحال في الثالث، و مثاله: أن يتعلق الحل بالمعاملات- التي هي الاعتبارات النفسانيه المظهره بمبرز خارجي- فإنها بنفسها قابله للحليه وضعاً و تكليفاً من دون احتياج إلى التقدير و من ذلك قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ). و لا يخفى عليك أن هذه الصور الثلاث- التي ذكرناها في استعمالات كلمه الحل- جاريه بعينها في استعمالات كلمه التحريم أيضاً طابق النعل بالنعل و القذه بالقذه. و المتحصل من جميع ما بيناه: أن معنى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) هو أن الله قد رخص في إيجاد البيع، و أطلقه، و أرسله، و لم يمنع عن تحققه في الخارج و إذن فتدل الآيه الكريمة دلاله مطابقيه على جواز البيع تكليفاً، و على نفوذه وضعاً. و من الواضح الذي لا خفاء فيه أن المعاطاه بيع فتكون مشموله للآيه. و إذن فلا يتوجه عليه أي محذور من المحاذير و الله العالم.

خارجی نسبت داده می شود مثل (أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ) (۱) و (وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) (۲) بنابر آن که مراد از طیب و خبیث عین خارجی باشد یا (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ) (۳) که در چنین جاهایی باید فعل مناسبی را در تقدیر گرفت؛ چراکه عین خارجی نمی تواند حلال یا حرام باشد، بلکه فعل مناسب آن است که متصف به حلال یا حرام می شود. بنابراین در (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ) به مناسبت حکم و موضوع و قرائن، «نکاح» در تقدیر است؛ یعنی «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ نِكَاحُ أُمَّهَاتِكُمْ» و در (أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ) و (يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) «أَكَلَ وَ شَرِبَ» در تقدیر است.

گاهی نیز حلیت و حرمت به خود افعال تعلق می گیرد، مثل (أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَهُ

۱- سوره ی مبارکه ی مائده، آیه ی ۴.

۲- سوره ی مبارکه ی اعراف، آیه ی ۱۵۷.

۳- سوره ی مبارکه ی نساء، آیه ی ۲۳.

الصَّيَامِ الرَّفْتُ إِلَيَّ نِسَائِكُمْ) (۱) که رفت به معنای جماع است و فعل می باشد. در چنین جایی کلام احتیاج به تقدیر ندارد.

و گاهی به امور اعتباریه مانند بیع، اجاره، نکاح و ... تعلق می گیرد، مثل (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) که بیع یک امر اعتباری است. در چنین جایی نیز احتیاج به تقدیر نیست و حلیت امر اعتباری به معنای رها بودن آن است که اگر رها بودنش اطلاق داشته باشد شامل حلیت وضعی و حلیت تکلیفی هر دو می شود.

بنابراین کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) بالمطابقه می تواند دالّ بر حلیت وضعی و حلیت تکلیفی «بیع» باشد.

بررسی کلام سید خویی قدس سره -

همانطور که در ابتدای مکاسب محرمه بیان کردیم به نظر ما نیز کلام سید خویی قدس سره - صحیح است و معنای عرفی «أَحَلَّ» وقتی به مثل بیع، اجاره، نکاح و ... تعلق می گیرد مفید حلیت وضعی و تکلیفی هر دو می باشد. به عنوان مثال اگر در کشوری تملک زمین برای غیر اتباع آن کشور ممنوع باشد یا نکاح با اتباع بر غیر تابع ممنوع باشد، سپس آن را آزاد کنند، هم آزادی تکلیفی و هم آزادی وضعی از آن فهمیده می شود؛ یعنی اگر غیر تابع زمینی را بخرد، هم مرتکب جرم نشده و هم زمین را مالک می شود و نیز اگر با اتباع ازدواج کند کار خلافی مرتکب نشده و ازدواجشان نافذ است.

بنابراین حلیت هر گاه به امور اعتباری تعلق بگیرد و اطلاق داشته باشد در معنای جامع وضعی و تکلیفی استعمال می شود و مفید هر دو حکم می باشد.

معنای حلّیت در نظر محقق اصفهانی قدس سره - و نقد آن

محقق اصفهانی (۱) قدس سره - «أحلّ» را از «حُلُول» به معنای «نزول» گرفته و به «جای دادن» (۲) معنا کرده است، نظیر این فقره ی دعای ندبه که می فرماید: «وَ أَحَلَّهُ مَحَلَّ هَارُونَ مِنْ مُوسَى»؛ پیامبر اکرم - صلی الله علیه و آله و سلم - علی علیه السلام - را جای داد همان جایگاه هارون نسبت به موسی ۸. بنابراین (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) یعنی خداوند متعال همان جایگاهی که بیع در میان مردم داشت تثبیت کرد و تغییری نداد، ولی جلوی ربا را گرفت.

امّا این معنا خلاف ظاهر است؛ زیرا ظاهر آن است که «أحلّ» در مقابل «حرّم» قرار دارد، [در حالی که اگر «أحلّ» به معنای جای دادن باشد خیلی با «حرّم» مناسبت ندارد؛ چراکه مقابل «حلول» و «إحلال»، «ارتحال» و «إزاله» (۳) قرار دارد؛ نه

۱- حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحديثه)، ج ۱، ص ۱۰۵: [تدلّ] الآیه بالمطابقه علی الصحه، نظرا إلى أنّ الحلیه أمر یناسب التکلیف و الوضع، و لذا ورد فی باب الصلاه (حلت الصلاه فیه) أى جازت و وقعت فی محلها، فالحلیه منسوبه إلى نفس البیع بما هو تسبب إلى الملكیه، و المراد - و الله اعلم - أنه تعالی أحله محله و أفزّه مقره و لم یجعله كالقمار بحکم العدم. و أمّا جعله من الحلّ فی قبال الشد - بمعنی أنّه لم یصد عنه و جعله مرخی العنان فی تأثیره - فغیر وجیه، لأنّ الحلّ فی قبال الشد یتعدى بنفسه، بخلاف أحلّ من الحلول، و المراد من دلالة الآیه بالمطابقه فی کلامه و جعله محل التأمل هذا الوجه، الذی مرجعه إلى إرادته الوضع من الحلیه دون التکلیف.

۲- لسان العرب، ج ۱۱، ص ۱۶۳: حَلَّ بِالْمَكَانِ يَحُلُّ حُلُولًا وَمَحَلًّا وَحَلًّا وَحَلًّا، بِفِكَ التَّضْعِيفِ نَادِرًا: وَذَلِكَ نَزُولُ الْقَوْمِ بِمَحَلِّهِ وَهُوَ نَقِیضُ الْاِرْتِحَالِ؛ ... وَحَلَّهُ وَاحْتَلَّ بِهِ وَاحْتَلَّ بِهِ. اللیث: الحَلُّ الحُلُولُ وَالنَزُولُ.

۳- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۹۵: و قد ذکر بعض مشایخنا المحققین: ... و یرد علیه: أن أحل من الحلول و إن وقع فی الاستعمالات العرفیه الصحیحه الفصحیه، بل فی الكتاب المجید إلا أن هذا المعنی لا یناسب الحل بمعنی الإطلاق و الإرسال الذی ورد فی الآیات التي تقدمت الإشارة إليها قریبا. و ورد أيضا فی استعمالات أهل العرف و اللغه كثيرا. و تتأكد إرادته هذا المعنی الثانی فیما إذا استعمل لفظ الحل فی مقابل کلمه التحريم، كما فی قوله (تعالی) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) و وجه التأكد: أن الحل إذا أخذ بمعنی الحلول كان مقابله الإزاله، لا التحريم.

«حرمت» و «تحریم». به خلاف «أحلّ» به معنای «ارسال» و «رها کردن» که در مقابل «بازداشتن»، «ممنوع کردن» بوده و با «تحریم» سازگار است. [۱].

ج) کلام در اطلاق کریمه ی (أحلّ الله البیع)

بعد از روشن شدن معنای «بیع» و «حلیت» و دلالت (أحلّ الله البیع) بر حلیت وضعی و تکلیفی هر دو، محور سوم بحث پیرامون آیه ی شریفه مطرح می شود که آیا اطلاق دارد یا خیر؟ اگر کریمه اطلاق داشته باشد در ما نحن فیه مفید خواهد بود، اما اگر اطلاق نداشته باشد فقط به قدر متیقن می توان اخذ کرد و دیگر نمی توان در تصحیح بیوع مشکوک از جمله معاطات به آن تمسک کرد.

مشهور، از خلاف (۲) شیخ طوسی - رحمه الله علیه - گرفته تا آخرین کتاب هایی که در فقه نوشته شده قائل به اطلاق هستند و کثیراً به اطلاق (أحلّ الله البیع) تمسک می کنند، اما بعضی گفته اند: آیه ی شریفه در مقام بیان نیست و نمی توان در موارد مشکوک به آن تمسک کرد.

از جمله اعلامی که در این زمینه مفصل و خوب وارد بحث شده اند مرحوم امام قدس سره -

۱- ولی اشکال محقق اصفهانی قدس سره - بی پاسخ ماند که اگر «أحلّ» از «حلّ العقد» بوده و به معنای باز کردن و ارسال باشد ثلاثی مجرد آن خود متعدی می باشد و لازم نیست به باب «إفعال» برده شود، به خلاف «أحلّ» به معنای «انزل» که ثلاثی مجرد آن متعدی نیست. به هر حال نتیجه ی کلام محقق اصفهانی و سید خوبی قدس سرهما - یکی است و آیه ی شریفه دالّ بر حلیت وضعی و تکلیفی هر دو می باشد. (امیرخانی)

۲- الخلاف، ج ۲، ص ۱۱۶: مسأله ۱۳۷: یکره للإنسان أن يشتري ما أخرج في الصدقة، و ليس بمحذور. و به قال أبو حنيفة و الشافعي. و قال مالك: البيع مفسوخ. دلیلنا: قوله تعالى «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» و هذا بيع، فمن ادعى فسوخه، فعليه الدلالة.

است. ایشان ابتدا دو اشکال بر این که آیه ی شریفه اطلاق داشته باشد وارد می کنند:

دو اشکال مرحوم امام قدس سره - بر اطلاق آیه ی شریفه

اشکال اول: کریمه در صدد نفی تسویه بین بیع و رباست

در صورتی می توان در موارد مشکوک به اطلاق تمسک کرد که متکلم از آن حیث در مقام بیان باشد، لذا اگر کلامی از حیثی در مقام بیان باشد و از حیثی در مقام بیان نباشد، فقط از آن حیث که در مقام بیان است می توان به اطلاق تمسک کرد. به همین خاطر در آیه ی شریفه ی (فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ) (۱) نمی توان به اطلاق تمسک کرد و گفت: شکاری که کلب معلّم می گیرد طاهر بوده و احتیاج به آب کشیدن محل گاز گرفتن کلب ندارد؛ چراکه آیه ی شریفه فقط از حیث تذکیه و عدم تذکیه در مقام بیان است و از حیث طهارت و نجاست در مقام بیان نیست.

مرحوم امام قدس سره - می فرماید (۲): کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) در مقام تشریح حلیت بیع و حرمت ربا نیست، بلکه در صدد نفی تسویه بین بیع و رباست در قبال کسانی که تسویه قائل شدند و گفتند: (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا). بنابراین آیه ی شریفه در مقام بیان مطلب دیگری است و در مقام تشریح حلیت بیع و حرمت ربا نیست تا بتوان در موارد مشکوک به اطلاق آن تمسک کرد.

۱- سوره ی مبارکه ی مائده، آیه ی ۴.

۲- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۹۵: ثم إن في إطلاق الآية الكريمة إشكالاً: أمّا أولاً: فلأن الظاهر أنها ليست في مقام حلیته البیع و حرمة الربا، بل بصدد بیان نفی التسویه بینهما فی قبال من قال: إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا فتكون في مقام بیان حکم آخر، فلا إطلاق فیها یدفع به الشک عن الأسباب المحتمله و غيرها.

اشکال دوم: کریمه در مقام إخبار از حکم سابق است

مرحوم امام قدس سره - در اشکال دوم می فرماید (۱): ظاهر آیه ی مبارکه آن است که در مقام إخبار از حکم شرعی تشریح شده در سابق است؛ نه در مقام إنشاء فعلی حلیت بیع و حرمت ربا. حلیت بیع و حرمت ربا در سابق با آیات دیگر یا روایات تشریح شده بود و این کریمه در مقام حکایت و إخبار از آن است؛ زیرا عتاب تنیدی که به ربا خواران شده که (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ) این مناسبت با تشریح بالفعل حرمت ربا و حلیت بیع ندارد، بلکه با این سازگار است که قبلاً تشریح شده بود و علی رغم

۱- همان: و أمّا ثانياً: فلأنّ الظاهر من الآيه أنّ قوله وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ. إلى آخره، إخبار عن حکم شرعی سابق، لا إنشاء فعلی للحلّ و الحرمة؛ بقرینه قوله الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا. فلا بدّ و أن يكون حکم البيع و الربا مسبوقاً بالجعل، حتّى يتوجّه على القائل بالتسوية بالتعير و التوعيد. مضافاً إلى أنّ قولهم بالتسوية ظاهر في مسبوقيه سلبها، لا كلام ابتدائي، فظاهر الآيه و العلم عنده تعالى الذين يأكلون الربا لا يقومون إلاّ كذا، و ذلك لأجل قولهم مخالفاً لقوله تعالى إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا مع أنّ الله تعالى كان أحلّ البيع و حرّم الربا، فقولهم بما أنّه في قبال حکم الله تعالى، صار موجباً للعذاب و العقاب الأخرى. فعليه لا تكون الآيه بصدد بيان الحلّ و الحرمة، بل بصدد الإخبار عن حلّيه و حرمة سابقتين. و لعلّها كانتا بلسان رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم). أو لعلهما مستفادتان من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ بضميمه بعض آيات تحریم الربا المخصّصه له. و لعلّها كانتا متقدّمتين في النزول على قوله وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ. إلى آخره، و إن كانت آيه و جوب الوفاء في «المائده»، التي يقال: إنّها أخيره السور نزولاً لعدم ثبوت كونها بجميع آياتها كذلك، و لو سلم - كما يظهر من بعض الروایات ففيما عداها كفايه. و بالجمله: لا يصحّ التمسك بإطلاق الآيه؛ لاحتمال أن يكون الحكم المجعول سابقاً بنحو خاصّ، و كأنّ القائل بالتسوية ادّعى التسوية بين المجعولين، فلا يظهر حال المجعول؛ هل هو مطلق، أو مقيد؟

تشریح و بلکه تأکید بر آن در سابق، باز عده ای اقدام به اکل ربا می کردند.

علاوه آن که قول ربا خواران که می گفتند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) به این خاطر بود که می دانستند اسلام ربا را حرام و بیع را حلال کرده و به آن اعتراض می کردند و الا اگر قبلاً این اتفاق نیفتاده بود دلیلی نداشت آن را بگویند. اخبار از قول آنان در آینده نیز نیست؛ چراکه با فعل ماضی «قالوا» از آن اخبار می کند.

بنابراین آیه ی شریفه چون در مقام حکایت است؛ نه إنشاء، اطلاقی ندارد تا در موارد مشکوک بتوان به آن تمسک کرد، بلکه باید به محکی آن نگاه کرد که آیا به نحو إطلاق، حلیت بیع و حرمت ربا إنشاء شده یا مقیداً، و از آن جا که آن را نمی دانیم نمی توانیم به اطلاق آن تمسک کنیم.

پاسخ امام قدس سره - به هر دو اشکال

امام قدس سره - خودشان متصدی پاسخ (۱) به هر دو اشکال می شوند و می فرمایند: ظاهر

۱- همان، ص ۹۶: و یمكن دفعهما: بأنَّ قوله تعالى ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا. إلى آخره، إخبار عن قولهم، فلا بدَّ و أن يكون قولهم: «البيع كالربا» من غير تقييد؛ صوناً لكلامه تعالى عن الكذب، فيظهر منه أنهم في مقام بيان تسوية مطلق البيع غير الربوي لمطلق البيع الربوي، أو مطلق نتيجة الأول للثاني على الاحتمالين المتقدمين. فحينئذ يكون إخبار الله تعالى بأنَّ الله أحلَّ البيع و حرّم الربا موافقاً لقولهم موضوعاً؛ أي يكون الموضوع في قوله وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ هو الموضوع لقولهم إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا فيكون إخباراً بتحليله مطلق البيع، و تحریمه مطلق الربا. و بعبارة اخرى: إنَّ قولهم الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ثابت بحكاية الله تعالى؛ إذ كان بصدد بيان حكاية قولهم، و لا- يعقل تخلف حكايته عن قولهم إطلاقاً و تقييداً، و قولهم بنحو الإطلاق كاشف عن كونه مرادهم بالطريق العقلاني، فيثبت أنهم ادعوا مماثله مطلق البيعين، و أخبر الله تعالى بأنه أحلَّ البيع الذي قالوا إنه مماثل للربا، و حرّم الربا، فالإخبار بنحو الإطلاق بالقربينه المتقدمه حاكٍ عن تحليله مطلق البيع، و تحریمه مطلق الربا، فتأمل. لا يقال: لو كان إخباراً لما أمكنت مطابقته للواقع؛ لأنَّ غير البيع الربوي لا- يكون حلالاً مطلقاً، كبيع الغرر، و المنابذه، و الملامسه و غيرها. فإنه يقال: مضافاً إلى إمكان أن يكون هذا الإخبار قبل ورود تحریم تلك البيوع، و كأنَّ البيع قبله على قسمين: صحيح محلل هو غير الربوي، و فاسد محرّم هو الربوي أنه إخبار على فرضه عن التحليل القانوني، و لا- يلزم أن يكون إخباراً عنه بمخصّصاته و مقيداته، كما أن إخبارات الأئمة- عليهم السلام - و فتاويهم يمكن أن تكون كذلك، أو لمصالح هم أعلم بها، لعلَّ منها فتح باب الاجتهاد الذي به بقاء الدين القويم. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ۱۱۶: و الجواب عن الكل: أنها حكّت مقاله هؤلاء: إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا و الشرط في الحكاية أن تكون مطابقه، و إلّا كانت كذباً، فلو أنهم أرادوا بيعاً ما من البيوع، لدلَّ عليه في الحكاية، و حيث قد خلت عن القيد و أرسلته إرسالاً، علم أنهم أرادوا مطلق ما ينطبق عليه لفظه «البيع» ثم رتب سبحانه على هذا المطلق الحليّه فقال: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ؛ أي ذلك المذكور في كلامهم، فيفيد هذا الكلام- و هو في مقام الإخبار- مقام الإطلاق أبلغ مما يفيد و هو في مقام الإنشاء؛ لاقتضاء الصيانة عن الكذب له في المقام.

عبارتی که خداوند متعال از آکلین ربا نقل می کند که گفتند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) این کلام اطلاق دارد؛ یعنی علی الإطلاق بیع را مثل ربا می دانستند و مرادشان این بود همان طور که بیع مطلقاً بدون مانع است، ربا نیز مطلقاً بدون مانع است؛ چون مثل هم هستند.

بنابراین چون کلام آکلین ربا اطلاق دارد پس (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) نیز که در مقام پاسخ به کلام آنان وارد شده صوتاً لکلامه تعالی عن الکذب و حفظاً لسیاق کلامهم اطلاق دارد و به این معناست: آنان که گفتند هر بیعی مثل رباست درست نیست، بلکه خداوند بیع را مطلقاً حلال کرده و ربا را که علی الاطلاق می گفتند مثل بیع می باشد حرام کرده است.

پس (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) با این که حکایت از انشاء سابق می کند، ولی چون در مقام پاسخ به کلام آکلین رباست اطلاق دارد؛ زیرا کلام آکلین ربا به نحو مطلق است.

نقد پاسخ و تنبیت دو اشکال سابق از جانب امام قدس سره -

مرحوم امام قدس سره - بعد از پاسخ به دو اشکال سابق، در نهایت می فرماید: «فتأمل» [و در حاشیه ی کتاب البیع دو اشکال بر این پاسخ ذکر می کنند (۱)]:

اشکال اول: قول آکلین ربا که گفتند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) در مقام بیان تسویه بین بیع و ربا بوده و اطلاق ندارد؛ زیرا بیش از این استفاده نمی شود که آنان می خواستند بگویند: آن بیعی که اسلام حلال کرده با آن ربایی که حرام کرده یکی است؛ نه این که هر بیعی مانند ربا باشد.

اشکال دوم: آیه ی شریفه از صدر تا ذیل در مقام بیان حرمت رباست هر چند در مقام حکایت از تشریح سابق و تشدید امر بر ربا خواران و در مقام بیان حلیت بیع نیست. بنابراین اگر اطلاق هم داشته باشد از حیث حرمت رباست؛ نه از حیث حلیت بیع که ضمناً مورد تذکر قرار گرفته است. پس نمی توان به اطلاق کریمه در موارد مشکوک تمسک کرد.

ولی به نظر می آید اشکال اول قابل پاسخ باشد؛ زیرا آنان که می گفتند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) ظاهر آن است طبیعت بیع را که ساری در تمام افراد آن است می گفتند مثل طبیعت ساری در ربا می باشد و مشاکل قول آنان خداوند متعال می فرماید: (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا).

و از این جا پاسخ اشکال دوم نیز معلوم می شود که گرچه صدر و ذیل آیه ی

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۹۷: وجهه أنّ قولهم: إنّ البیع مثل الربا أيضاً فی مقام بیان التسویه، فلا إطلاق له، مع إمكان أن يقال: إنّ الظاهر من الآیه صدرأ و ذیلأ أنّها بصدد بیان تحریم الربا لا تحلیل البیع، لأنّ تحلیلہ لم یکن محطّ کلامهم، فلا إطلاق فیہ من هذه الجہه [منه (قدّس سرّه)].

مباركة در مقام حرمت رباست، ولی تنافی ندارد (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) نیز در مقام بیان حلیت بیع باشد.

باسخ بعض المشايخ - رحمه الله عليه - به دو اشكال امام قدس سره -

بعض مشايخ (١) ما - رحمه الله عليه - فرمایشات امام قدس سره - را به طور خلاصه نقل و سپس این طور

١- إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص ٣٥: و لكن قد يقال: انه لا إطلاق في الآية حتى يتمسك بها لصحة بيع المعاطاه و نفوذه، لأن الظاهر من صدر الآية و ذيلها أنها وارده في مقام بيان حكم آخر و هو نفي التسوية بين الربا و البيع. هذا مع ان الحكم بحل البيع و حرمة الربا قد ثبت في الشرع من قبل و اعترض عليه بأنه لا فرق بينهما و ان البيع مثل الربا فهذه الآية في مقام نفي التسوية و إثبات الفرق بينهما، بان الله أحل أحدهما و حرم الآخر فلا بد من ملاحظه الإطلاق و التقييد في ذلك التحليل أو التحريم الصادرين من قبل و لو بقول رسول الله ٩. ثم وجه هذا القائل الجليل التمسك بالإطلاق بدعوى ان الاعتراض كان بنحو العموم يعنى مماثله مطلق البيع لمطلق الربا حيث لو كان الاعتراض بان بعض البيوع أو البيع بقيد خاص مثل الربا لكان اللانزم الحكايه بمثل ما قالوا لتخرج الحكايه عن الكذب و إذا كان مقتضى الحكايه هي دعواهم مماثله جميع البيع فيبيان الفرق بذكر الحل له و الحرمة للربا بمنزله إثبات الحكم لجميع أفرادهما. (أقول) لو كانت الآية وارده لنفي التسوية على ما ذكر و سلم ان الاعتراض كان بنحو العموم بمعنى مماثله جميع البيع لجميع الربا، لكان اللانزم ان يكون هذا الإطلاق مرادا من قوله (قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلَ الرِّبَا) لا من قوله (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) بالإضافة إلى حكم الحل فإنه لو كانت الحلية ثابتة للبيع بقيد لما كان أيضا بين البيع و الربا تسوية، و المفروض ان الآية ليست في مقام البيان من جهتها. و لكن أصل المناقشه ضعيفه، فإنه لا دلالة في الآية على صدور خطاب التحريم أو التحليل من قبل، كما لا دلالة فيها على ورودها للتعرض للتسوية الموهومه بعد صدور خطاب تحليل البيع و تحريم الربا، فان نقل قولهم انما البيع مثل الربا حكاية عن معتقدهم، و الداعى إلى ارتكابهم لا عن لفظهم بعد صدور ذلك الخطاب و الأصل في قوله (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) كما هو ظاهر كل خطاب متضمن للحكم و موضوعه وروده في بيان الحلية و موضوعها، غايه الأمر يستفاد منه أيضا فساد اعتقادهم. و قوله سبحانه (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا) حكاية عن الجزاء على آكل الربا بعد تمام الحججه عليه، حتى لو كان تمامها بوصول هذه الآية المباركة و أكله لزعم التسوية أو عدم زعمها، و ليست اخبارا عن الجزاء على من كان آكلا قبل نزولها كما لا يخفى.

نقد کرده که آیه ی شریفه دلالت ندارد تحلیل بیع و تحریم ربا قبلاً انشاء شده و الان در مقام حکایت از آن است و نیز دلالت ندارد در مقام نفی تسویه بین ربا و بیع می باشد، بلکه در مقام حکایت از آن است که آکل ربا بعد از قیام حجت بر وی چنین جزایی دارد که قیامش قیام شخص مُخْبَط است و فرقی نمی کند که قیام حجت بر حرمت ربا با این کریمه حاصل شده باشد یا قبلاً تشریح شده باشد. پس آیه ی شریفه به نحو قضیه ی حقیقه بیان می کند که (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ).

اما در ذیل که می فرماید (ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) حکایت از آن نیست که آکلین ربا چنین سخنی را حتماً به زبان آورده اند، بلکه حکایت از [اعتقاد آنان و] زبان حالشان است (۱) و عقابی هم که دارند به خاطر اکل رباست؛ نه به خاطر این قول؛ چراکه ممکن است اصلاً چنین سخنی به زبان نیاورده باشند.

و مطلبی را ما اضافه می کنیم و آن این که ممکن است کسی بگوید: اگر عقاب به خاطر اکل ربا باشد نه به خاطر آن قول، پس در انتهای کریمه نیز که می فرماید: (وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) مراد عود به اکل رباست؛ نه عود به آن قول و لازمه اش آن است که حتی اگر مسلمانی بعد از شنیدن این کریمه اکل ربا کند خلود در آتش خواهد داشت، در حالی که معروف است خلود در جهنم مخصوص غیر مسلمان بوده و مسلمان حتی اگر مرتکب کبیره شود خلود در جهنم نخواهد داشت.

۱- کما این که بعضی مفسرین نیز گفته اند: • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۴۱۵: و الظاهر أن قوله تعالى: ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا حکایه لحالهم الناطق بذلك و إن لم يكونوا قالوا ذلك بألسنتهم، و هذا السياق أعنى حکایه الحال بالقول، معروف عند الناس.

پاسخی که بر این اشکال از جانب بعض مشایخ قدس سره - می توان داد این است که از ظاهر بعض آیات استفاده می شود که اگر مسلمان نیز مرتکب بعضی گناهان شود خلود در جهنم خواهد داشت، مانند این کریمه که می فرماید: (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فِجْرًاؤُهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ لَعَنَهُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا)^(۱)؛ یعنی قتل مؤمن جزایش خلود در جهنم است.

پس خلاصه ی کلام بعض المشایخ این شد که آیه ی شریفه نه در مقام حکایت از تشریح سابق است و نه در مقام نفی تسویه البته نفی تسویه فی الجملة از کریمه استفاده می شود، امّا در ضمن؛ نه این که در صدد بیان آن باشد و نه این که عقاب مذکور به خاطر قولشان (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) است.

بنابراین آیه ی شریفه مثل هر جمله ی دیگری که مشتمل بر موضوع و محمول است و اصل آن است که متکلم در مقام بیان می باشد دارای اطلاق بوده و در موارد مشکوک می توان به آن تمسک کرد.

نقد کلام بعض المشایخ قدس سره -

همان طور که قبلاً توضیح دادیم ظاهر کریمه حکایت از تشریح حرمت ربا در سابق است؛ زیرا با دقت در صدر آیه که می فرماید: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) معلوم می شود خداوند متعال کسانی را که در سابق حجت بر آنان تمام شده ولی عناد می ورزند تخطئه می کند، [نه این که به نحو قضیه ی حقیقه بیان کند کسی که اکل ربا کند چنین جزایی به دنبال خواهد داشت] و این که با فعل مضارع بیان کرده نه ماضی، به خاطر استمرارشان بر اکل ربا و اصرارشان بر فعل حرام بوده

۱- سوره ی مبارکه ی نساء، آیه ی ۹۳.

است، ولی قولشان که (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) چون استمرار نداشته و معلوم نیست زمان نزول آیه مشغول گفتن آن بوده باشند آن را به صورت ماضی بیان فرموده است: (ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا).

و اما این که در مورد (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) فرمودند: این زبان حال آنان بوده؛ نه این که به زبان جاری کرده باشند، بعید غایته! به چه دلیل بگوییم این زبان حال است در حالی که ظاهر قوی غیر قابل مناقشه آن است که این سخن را بر زبان جاری کرده اند؟! خداوند متعال نیز بیشتر به خاطر این حرفشان آنان را توبیخ می کند و خلود در آتش نیز به خاطر این قولشان است کما سنذکر عن قریبٍ إن شاء الله.

مراد از (وَمَنْ عَادَ) در آیه ی شریفه کیست؟

در این که مراد از (وَمَنْ عَادَ) در انتهای کریمه که می فرماید: (فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) کیست که عقاب خلود در آتش را دارد، اختلاف وجود دارد مراد آکلین ریاست یا کسانی که از قولشان (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) دست بر نمی دارند؟

از کلام مرحوم امام قدس سره - استفاده می شود (۱) که عقاب خلود [و نیز اصل عقاب اخروی] به خاطر قولشان است. ولی از کلام بعض المشایخ قدس سره - استفاده شد (۲) که

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۹۶: فظاهر الآیه و العلم عنده تعالی الذین یأکلون الربا لا یقومون إلا کذا، و ذلك لأجل قولهم مخالفاً لقوله تعالی إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا مع أن الله تعالی کان أحلَّ البیع و حرّم الربا، فقولهم بما أنه فی قبال حکم الله تعالی، صار موجباً للعذاب و العقاب الأخری.

۲- إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص ۳۵: و قوله سبحانه (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا) حکایه عن الجزاء علی آکل الربا بعد تمام الحجه علیه، حتی لو کان تمامها بوصول هذه الآیه المبارکه و أکله لزعم التسویه أو عدم زعمها، و لیست اخباراً عن الجزاء علی من کان آکلاً قبل نزولها کما لا یخفی.

خلود در آتش به خاطر اكل رباست.

همان طور که بیان کردیم لازمه ی قول به این که خلود در آتش به خاطر اكل رباست آن است که اگر مسلمان نیز اكل ربا کرد خلود در آتش خواهد داشت در حالی که معروف آن است که خلود در آتش اختصاص به غیر مسلمان داشته و مسلمان گرچه هزاران سال در جهنم بماند عاقبت نجات خواهد یافت. به همین خاطر [مشهور مفسران(۱)] قائل شده اند خلود در آتش به خاطر قولشان (إِنَّمَا التَّبِيعُ

۱- مشهور مفسران شیعه و سنی قائل شده اند خلود در آتش به خاطر قولشان بوده که نشان از کفرشان دارد: • التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۳۶۲: و معنی الآیه و من عاد لأکل الربا بعد التحريم. و قال ما كان يقوله قبل مجيء الموعظه من أن البيع مثل الربا «فَأَوْلِيكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» لأن ذلك لا يصدر إلا من كافر، لأن مستحل الربا كافر بالإجماع فلذلك توعد به عذاب الأبد. و الخلود و الوعيد في الآيه يتوجه إلى من أربى، و إن لم يأكله و إنما ذكر الله الذين يأكلون الربا لأنها نزلت في قوم كانوا يأكلونه، فوصفهم بصفتهم و حكمها سائر في جميع من أربى. • مجمع البيان في تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۶۷۱: «وَمَنْ عَادَ» إلى أكل الربا بعد التحريم و قال ما كان يقوله قبل مجيء الموعظه من أن البيع مثل الربا «فَأَوْلِيكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» لأن ذلك القول لا يصدر إلا من كافر مستحل للربا فلهذا توعد بعذاب الأبد. • فقه القرآن في شرح آيات الأحكام (للراوندي)، ج ۲، ص ۴۷: «وَمَنْ عَادَ لأكل الربا بعد التحريم فَأَوْلِيكَ أَصْحَابُ النَّارِ لأن ذلك لا يصدر إلا عن كافر لأن مستحل الربا كافر بالإجماع. • تفسیر الصافي، ج ۱، ص ۳۰۲: «وَمَنْ عَادَ إلى تحليل الربا و الاستخفاف به بعد أن تبين له تحريمه فَأَوْلِيكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» في الكافي عن الصادق عليه السلام انه سئل عن الرجل يأكل الربوا و هو يرى أنه حلال قال لا يضره حتى يصيبه متعمداً فإذا أصابه متعمداً فهو بالمتزله التي قال الله عز و جل. و في الفقيه و العيون عن الرضا عليه السلام و هي كبريه بعد البيان قال و الاستخفاف بذلك دخول في الكفر. • زبده البيان في أحكام القرآن (للمقدس الاردبيلي)، ص ۴۳۱: «وَمَنْ عَادَ» أي إلى أكل الربا إذ الكلام فيه، و الظاهر أنه ليس في مقابل قوله «فَأَنْتَهَى» إذ حاصله حينئذ أن العذابي جَاءَ النَّهْيُ فَاَنْتَهَى أَي قَبْلَ النَّهْيِ و اعتقد تحريمه، فله كذا و إن لم يقبل فكذا، و لا يناسب لفظ العود حينئذ بل هو جمله عطفت على جمله فمن جَاءَ إِخ، فكأنه قال: الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرَّبَا و يقولون إنَّه حلال ثم يعودون إِخ و يمكن أن يكون المراد بالعود الرجوع إلى أكل الربا، و عدم قبول تحريمه، و حينئذ لا مسامحه في الحصر الإضافي و خلودهم، لأنَّ الَّذِي يَعْتَقِدُ تَحْلِيلَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ بعد علمه بأنه [حرام] من الله كافر و مخلمد، فلا دلالة فيه على أَنَّ الفَسِيَّاقِ مَخْلَمَدُونَ كما ذهب إليه المعتزله، و قال صاحب الكشاف: هذا دليل بين عليه، نعم إن كان المراد العود إلى فعل الربا بعد الترك، فحينئذ تكون ظاهره فيما قاله الكشاف في الجملة، و يمكن التأويل بالحمل على المبالغة و المكث الطويل كما قالوا في «مَنْ يَقْتُلُ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا» و غيره، لما ثبت من عدم خلود المؤمن في النار بالعقل و النقل. • الميزان في تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۴۱۸: «وَمَنْ عَادَ فَأَوْلِيكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» فوق العود في هذه الجملة في مقابل الانتهاء الواقع في الجملة السابقة يدل على أن المراد به العود الذي يجامع عدم الانتهاء، و يلزم ذلك الإصرار على الذنب و عدم القبول للحكم و هذا هو الكفر أو الرده باطنا و لو لم يتلفظ في لسانه بما يدل على ذلك، فإن من عاد إلى ذنب و لم ينته عنه و لو بالندم فهو غير مسلم للحكم تحقيقاً و لا يفلح أبداً. فالترديد

فى الآيه بحسب الحقيقه بين تسليم الحكم الذى لا يخلو عن البناء على عدم المخالفه و بين الإصرار الذى لا يخلو غالبا عن عدم التسليم المستوجب للخلود على ما عرفت. و من هنا يظهر الجواب عن استدلال المعتزله بالآيه على خلود مرتكب الكبيره فى العذاب. فإن الآيه و إن دلت على خلود مرتكب الكبيره بل مطلق من اقترف المعصيه فى العذاب لكن دلالتها مقصوره على الارتكاب مع عدم تسليم الحكم و لا محذور فيه. • مفاتيح الغيب، ج ٧، ص ٧٧: المسأله الثانيه: ظاهر قوله تعالى: ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَعِيدَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِاسْتِحْلَالِهِمُ الرِّبَا دُونَ الْإِقْدَامِ عَلَيْهِ، وَ أَكَلِهِ مَعَ التَّحْرِيمِ، وَ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ لَا يَثْبُتُ بِهَذِهِ الْآيَةِ كَوْنُ الرِّبَا مِنَ الْكِبَائِرِ. فَإِنْ قِيلَ: مُقَدِّمَةُ الْآيَةِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ قِيَامَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَتَخَبِّطِينَ كَانَ بِسَبَبِ أَنَّهُمْ أَكَلُوا الرِّبَا. قلنا: إن قوله ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْعِلَّةَ لِذَلِكَ التَّخَبُّطُ هُوَ هَذَا الْقَوْلُ وَ الْإِعْتِقَادُ فَقَطْ، وَ عِنْدَ هَذَا يَجِبُ تَأْوِيلُ مُقَدِّمَةِ الْآيَةِ، وَ قَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ لَيْسَ الْمُرَادُ مِنَ الْأَكْلِ نَفْسُ الْأَكْلِ، وَ ذَكَرْنَا عَلَيْهِ وَجُوهًا مِنَ الدَّلَائِلِ، فَأَنْتُمْ حَمَلْتُمُوهُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الرِّبَا، وَ نَحْنُ نَحْمَلُهُ عَلَى اسْتِحْلَالِ الرِّبَا وَ اسْتِطَابَتِهِ، وَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَكْلَ قَدْ يَعْبُرُ بِهِ عَنِ اسْتِحْلَالِ، يُقَالُ: فَلَانَ يَأْكُلُ مَالَ اللَّهِ قَضْمًا خَصْمًا، أَيْ يَسْتَحِلُّ التَّصَرُّفَ فِيهِ، وَ إِذَا حَمَلْنَا الْأَكْلَ عَلَى اسْتِحْلَالِ، صَارَتْ مُقَدِّمَةُ الْآيَةِ مُطَابِقَةً لِمُؤَخَّرَتِهَا، فَهَذَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ لَفْظُ الْآيَةِ، إِلَّا أَنَّ جَمْهُورَ الْمُفَسِّرِينَ حَمَلُوا الْآيَةَ عَلَى وَعِيدٍ مِنْ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ الرِّبَا، لَا عَلَى وَعِيدٍ مِنْ يَسْتَحِلُّ هَذَا الْعَقْدَ ... وَ أَمَّا مُؤَخَّرَةُ الْآيَةِ فَقَوْلُهُ وَ مَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ وَ مَعْنَاهُ: عَادَ إِلَى الْكَلَامِ الْمَتَّقِمِ، وَ هُوَ اسْتِحْلَالُ الرِّبَا وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ هَذَا الْإِنْسَانُ إِمَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ كَمَا انْتَهَى عَنِ اسْتِحْلَالِ الرِّبَا انْتَهَى أَيْضًا عَنْ أَكْلِ الرِّبَا، أَوْ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَ هَذَا الشَّخْصَ مَقْرَأً بِدِينِ اللَّهِ عَالِمًا بِتَكْلِيفِ اللَّهِ، فَحِينَئِذٍ يَسْتَحِقُّ الْمَدْحَ وَ التَّعْظِيمَ وَ الْإِكْرَامَ، لَكِنْ قَوْلُهُ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ يُفِيدُ أَنَّهُ تَعَالَى إِنْ شَاءَ عَذَبَهُ وَ إِنْ شَاءَ غَفَرَ لَهُ، فَثَبَّتْ أَنَّ هَذِهِ الْآيَةَ لَا تَلِيْقُ بِالْكَافِرِ وَ لَا بِالْمُؤْمِنِ الْمَطِيْعِ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُخْتَصًّا بِمَنْ أَقْرَبَ حَرَمَهُ الرِّبَا ثُمَّ أَكَلَ الرِّبَا فَهِيَ أَمْرُهُ لِلَّهِ إِنْ شَاءَ عَذَبَهُ وَ إِنْ شَاءَ غَفَرَ لَهُ وَ هُوَ كَقَوْلِهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَ يَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ فَيَكُونُ ذَلِكَ دَلِيلًا ظَاهِرًا عَلَى صِحَّةِ قَوْلِنَا أَنَّ الْعَفْوَ مِنَ اللَّهِ مَرْجُوعٌ. أَمَّا قَوْلُهُ وَ مَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ فَالْمَعْنَى: وَ مَنْ عَادَ إِلَى اسْتِحْلَالِ الرِّبَا حَتَّى يَصِيرَ كَافِرًا. وَ اعْلَمْ أَنَّ قَوْلَهُ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ دَلِيلٌ قَاطِعٌ فِي أَنَّ الْخُلُودَ لَا يَكُونُ إِلَّا لِلْكَافِرِ لِأَنَّ قَوْلَهُ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ يَفِيدُ الْحَصْرَ فِيمَنْ عَادَ إِلَى قَوْلِ الْكَافِرِ وَ كَذَلِكَ قَوْلُهُ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ يَفِيدُ الْحَصْرَ، وَ هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ كَوْنَهُ صَاحِبِ النَّارِ، وَ كَوْنَهُ خَالِدًا فِي النَّارِ لَا يَحْصُلُ إِلَّا فِي الْكَفَارِ أَقْصَى مَا فِي الْبَابِ أَنَا خَالَفْنَا هَذَا الظَّاهِرَ وَ أَدْخَلْنَا سَائِرَ الْكَفَارِ فِيهِ، لَكِنَّهُ يَبْقَى عَلَى ظَاهِرِهِ فِي صَاحِبِ الْكَبِيرَةِ فَتَأْمَلْ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ، وَ ذَلِكَ أَنَّ مَذْهَبَنَا أَنَّ صَاحِبَ الْكَبِيرَةِ إِذَا كَانَ مُؤْمِنًا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ يَجُوزُ فِي حَقِّهِ أَنْ يَغْفَرَ اللَّهُ عَنْهُ، وَ يَجُوزُ أَنْ يَعْاقِبَهُ اللَّهُ وَ أَمْرُهُ فِي الْبَائِينَ مُوَكَّلٌ إِلَى اللَّهِ، ثُمَّ بِتَقْدِيرِ أَنْ يَعْاقِبَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ لَا يَخْلُدُ فِي النَّارِ بَلْ يَخْرُجُ مِنْهَا، وَ اللَّهُ تَعَالَى يَبَيِّنُ صِحَّةَ هَذَا الْمَذْهَبِ فِي هَذِهِ الْآيَاتِ بِقَوْلِهِ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ عَلَى جَوَازِ الْعَفْوِ فِي حَقِّ صَاحِبِ الْكَبِيرَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. ثُمَّ قَوْلُهُ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ بِتَقْدِيرِ أَنْ يَدْخُلَهُ اللَّهُ النَّارَ لَكِنَّهُ لَا يَخْلُدُ فِيهَا لِأَنَّ الْخُلُودَ مُخْتَصٌّ بِالْكَفَارِ لَا بِأَهْلِ الْإِيمَانِ، وَ هَذَا بَيَانٌ شَرِيفٌ وَ تَفْسِيرٌ حَسَنٌ. • رُوحُ الْمَعَانِي فِي تَفْسِيرِ الْقُرْآنِ الْعَظِيمِ (لِلْأَلُوسِيِّ)، ج ٢، ص ٤٩: وَ مَنْ عَادَ أَى رَجَعَ إِلَى مَا سَلَفَ ذَكَرَهُ مِنْ فِعْلِ الرِّبَا وَ اعْتِقَادَ جَوَازِهِ وَ الْإِحْتِجَاجَ عَلَيْهِ بِقِيَاسِهِ عَلَى الْبَيْعِ فَأُولَئِكَ إِشَارَةٌ إِلَى - مِنْ عَادَ - وَ الْجَمْعُ بِاعْتِبَارِ الْمَعْنَى أَصْحَابُ النَّارِ أَى مَلَازِمُوهَا هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ أَى مَا كَثُرَ أَبْدَانُهُمْ لِكُفْرِهِمْ، وَ الْجُمْلَةُ مَقْرَرَةٌ لِمَا قَبْلُهَا وَ جَعَلَ الزَّمْخَشَرِيُّ مُتَعَلِّقًا - عَادَ - الرِّبَا فَاسْتَدَلَّ بِالْآيَةِ عَلَى تَخْلِيدِ مَرْتَكِبِ الْكَبِيرَةِ وَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا - وَ هُوَ التَّفْسِيرُ الْمَأْثُورُ - لَا يَبْقَى لِلْإِسْتِدْلَالِ بِهَا مَسَاحٌ، وَ اعْتَرَضَ بِأَنَّ الْخُلُودَ لَوْ جَعَلَ جِزَاءً لِلْإِسْتِحْلَالِ بَقِيَ جِزَاءُ مَرْتَكِبِ الْكَبِيرَةِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْلَالٍ غَيْرِ مَذْكَورٍ فِي الْكَلَامِ أَصْلًا لَا عِبَارَةً وَ لَا إِشَارَةً مَعَ أَنَّهُ الْمَقْصُودُ الْأَهْمُ بِخِلَافِ مَا لَوْ جَعَلَ ذَلِكَ جِزَاءً الْفِعْلِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ يَكُونُ مَذْكَورًا صَرِيحًا مَعَ إِفَادَتِهِ جِزَاءً لِلْإِسْتِحْلَالِ وَ أَنَّهُ أَمْرٌ فَوْقَ الْخُلُودِ، وَ أَجِيبُ بِأَنَّ مَا يَكْفُرُ مُسْتَحْلَهُ لَا

يكون إلا- من كبائر المحرمات و جزاؤها معلوم و لذا لم ينبه عليه لظهوره، و قال بعض المحققين في الجواب: إن جعل ذلك إشاره إلى الأكل كان الجزاء القيام المذكور من القبور إلى الموقف و كفى به نكالا، ثم أخبر أن حاملهم على الأكل كان هذا القول فأشعر الوصف أولا أن الوعيد به ثم ذكر موجب اجترائهم فدل على أنه وعيد كل آكل سواء كان حامله عليه ذلك القول أولا- و أما قوله سبحانه: فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى و قوله تعالى: وَمَنْ عَادَ فَهُوَ فِي الْقَائِلِ الْمَعْتَقِدِ و إن جعل إشاره إلى القيام المذكور فالجزاء ما يفهم من ضم الفعل إلى القول فإنه لو لم يكن له مدخل في التعذيب لم يحسن في معرض الوعيد، و القول بأن المتعلق الربا و الآيه محموله على التعليل خلاف الظاهر فتدبر. • الجامع لأحكام القرآن (للقرطبي، محمد بن احمد)، ج ٣، ص ٣٦٢: قوله تعالى: (و- مَنْ عَادَ) يعنى إلى فعل الربا حتى يموت، قاله سفيان. و- قال غيره: من عاد فقال إنما البيع مثل الربا فقد كفر. قال ابن عطيه: إن قدرنا الآيه في كافر فالخلود خلود تأييد حقيقى، و إن لحظناها في مسلم عاص فهذا خلود مستعار على معنى المبالغه، كما تقول العرب: ملك خالد، عباره عن دوام ما لا يبقى على التأييد الحقيقى.

مِثْلُ الرَّيَا) است که ردّ قول خداوند متعال بوده و باعث سقوط از درجه ی ایمان می شود. بنابراین اگر مسلمانی با اعتقاد به حرمت آن، آکل ربا کند خلود در جهنم نخواهد داشت. (۱)

اما [بعض مفسرین (۲)] قائل شده اند خلود در آتش به خاطر آکل ربا بوده و اگر

۱- در روایت امام رضا علیه السلام - نیز می فرماید: • من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۵۶۵: وَ كَتَبَ عَلِيُّ بْنُ مُوسَى الرُّضَا إِلَى مُحَمَّدِ بْنِ سِتَّانٍ فِيمَا كَتَبَ مِنْ جَوَابِ مَسَائِلِهِ: حَرَّمَ اللَّهُ قَتْلَ النَّفْسِ لِعَلِّهِ فَسَادِ الْخَلْقِ فِي تَحْلِيلِهِ لَوْ أَحَلَّ ... وَعَلَيْهِ تَحْرِيمُ الرَّبَا لِمَا نَهَى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَنْهُ وَ لِمَا فِيهِ مِنْ فَسَادِ الْأَمْوَالِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا اشْتَرَى الدَّرْهَمَ بِالدَّرْهَمَيْنِ كَانَ ثَمَنُ الدَّرْهَمِ دَرَاهِمًا وَ ثَمَنُ الْآخَرِ بَاطِلًا فَيُبْعُ الرَّبَا وَ شِرَاؤُهُ وَ كَسُّ عَلَى كُلِّ حَالٍ عَلَى الْمُشْتَرَى وَ عَلَى الْبَائِعِ فَحَرَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى الْعِبَادِ الرَّبَا لِعَلِّهِ فَسَادِ الْأَمْوَالِ كَمَا حَظَرَ عَلَى السَّفِيهِ أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ مَالُهُ لِمَا يَتَخَوَّفُ عَلَيْهِ مِنْ إِفْسَادِهِ حَتَّى يُؤَنَسَ مِنْهُ رُشْدُهُ فَلِهَذَا الْعَلِيُّ حَرَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الرَّبَا وَ بَيْعَ الرَّبَا بَيْعَ الدَّرْهَمِ بِالدَّرْهَمَيْنِ وَ عَلِيُّهُ تَحْرِيمُ الرَّبَا بَعِيدَ الْبَيْنَةِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِسْتِخْفَافِ بِالْحَرَامِ الْمُحَرَّمِ وَ هِيَ كَبِيرَةٌ بَعْدَ الْبَيَانِ وَ تَحْرِيمُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَهَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مِنْهُ إِلَّا إِسْتِخْفَافًا بِالْمُحَرَّمِ الْحَرَامِ وَ الْإِسْتِخْفَافُ بِذَلِكَ دُخُولٌ فِي الْكُفْرِ وَ عَلِيُّهُ تَحْرِيمُ الرَّبَا بِالنَّسِيئَةِ لِعَلِّهِ ذَهَابِ الْمَعْرُوفِ وَ تَلْفِ الْأَمْوَالِ وَ رَعْبَةِ النَّاسِ فِي الرُّبْحِ وَ تَرْكِهِمْ لِلْقُرْضِ وَ الْقُرْضُ صِنَائِعُ الْمَعْرُوفِ وَ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْفَسَادِ وَ الظُّلْمِ وَ فَنَاءِ الْأَمْوَالِ ...

۲- الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ج ۱، ص ۳۲۱: وَ مَنْ عَادَ إِلَى الرَّبَا فَأَوْلَيْتَكَ أَصِحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ وَ هَذَا دَلِيلٌ بَيْنَ عَلَى تَخْلِيدِ الْفَسَاقِ. • تفسير المنار، ج ۳، ص ۸۲: وَ مَنْ عَادَ فَأَوْلَيْتَكَ أَصِحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ أَيْ وَ مَنْ عَادَ إِلَى مَا كَانَ يَأْكُلُ مِنَ الرَّبَا الْمُحَرَّمِ بَعِيدٌ وَ لَا يَجُوزُ تَأْوِيلُ شَيْءٍ مِنْهُ لِيُؤَافِقَ كَلَامَ النَّاسِ، وَ مَا الْوَعِيدُ بِالْخُلُودِ هُنَا إِلَّا كَالْوَعِيدِ بِالْخُلُودِ فِي آيَةِ قَتْلِ الْعَمِيدِ، وَ لَيْسَ هُنَاكَ شُبُهَةٌ فِي اللَّفْظِ عَلَى إِزَادَةِ الْإِسْتِخْفَالِ، وَ مِنَ الْعَجِيبِ أَنْ يَجْعَلَ الرَّازِيُّ الْمَالِيَةَ هُنَا حُجَّةً عَلَى الْقَائِلِينَ بِخُلُودِ مُرْتَكِبِ الْكَبِيرَةِ فِي النَّارِ انْتِصَارًا لِأَصْحَابِهِ الْأَشَاعِرَةِ، وَ خَيْرٌ مِنْ هَذَا التَّأْوِيلِ تَأْوِيلٌ بَعْضُهُمْ لِلْخُلُودِ بِطُولِ الْمُكْتِ، أَمَا نَحْنُ فَنَقُولُ: مَا كُلُّ مَا يُسَمَّى إِيْمَانًا يَعِصُمُ صَاحِبَهُ مِنَ الْخُلُودِ فِي النَّارِ. الْإِيْمَانُ إِيْمَانَانِ: إِيْمَانٌ لَا يَعْدُو التَّسْلِيمَ الْإِجْمَالِيَّ بِالذِّينِ الَّذِي نَشَأَ فِيهِ الْمَرْءُ أَوْ نُسِبَ إِلَيْهِ، وَ مُجَارَاةُ أَهْلِهِ وَ لَوْ بَعْدَ مَعَارَضَتِهِمْ فِيمَا هُمْ عَلَيْهِ، وَ إِيْمَانٌ: هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ مَعْرِفَةِ صَاحِبِهِ بِالذِّينِ عَنْ يَقِينٍ بِالْإِيْمَانِ، مُتَمَكِّنِهِ فِي الْعَقْلِ بِالْبُرْهَانِ، مُؤَثِّرِهِ فِي النَّفْسِ بِمُقْتَضَى الْإِدْعَانِ، حَاكِمِهِ عَلَى الْإِرَادَةِ الْمُصَيِّرَةِ لَهُ لِلْجَوَارِحِ فِي الْأَعْمَالِ، بِحَيْثُ يَكُونُ صَاحِبُهَا خَاصِعًا لِسُلْطَانِهَا فِي كُلِّ حَالٍ، إِلَّا مَا لَا يَخْلُو عَنْهُ الْإِنْسَانُ مِنْ غَلْبَةِ جِهَالِهِ أَوْ نِسْيَانٍ، وَ لَيْسَ الرَّبَا مِنَ الْمَعَاصِي الَّتِي تُنْسَى أَوْ تَغْلِبُ النَّفْسَ عَلَيْهَا خِيفَةُ الْجِهَالِ وَ الطَّيْشِ، كَالْحِدَّةِ وَ تَوْرَةِ الشُّهُوَةِ، أَوْ يَقَعُ صَاحِبُهَا مِنْهَا فِي غَمْرَةِ النَّسْيَانِ كَالْعَيْبَةِ وَ النَّظَرِ، فَهَذَا هُوَ الْإِيْمَانُ الَّذِي يَعِصُمُ صَاحِبَهُ بِإِذْنِ اللَّهِ مِنَ الْخُلُودِ فِي سِيْخِطِ اللَّهِ، وَ لَكِنَّهُ لَا يَجْتَمِعُ مَعَ الْإِقْدَامِ عَلَى كِبَائِرِ الْإِثْمِ وَ الْفَوَاحِشِ عَمِيدًا؛ إِيْمَانًا لِحُبِّ الْمَالِ وَ اللَّذَةِ عَلَى دِينِ اللَّهِ وَ مَا فِيهِ مِنَ الْحِكْمِ وَ الْمَصَالِحِ، وَ أَمَا الْإِيْمَانُ الْأَوَّلُ فَهُوَ صُورِيٌّ فَقَطُّ، فَلَا قِيَمَةَ لَهُ عِنْدَ اللَّهِ - تَعَالَى - لِأَنَّهُ - تَعَالَى - لَا يَنْظُرُ إِلَى الصُّورِ وَ الْأَقْوَالِ، وَ لَكِنْ يَنْظُرُ إِلَى الْقُلُوبِ وَ الْأَعْمَالِ كَمَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ. وَ الشَّوَاهِدُ عَلَى هَذَا الَّذِي قَرَّرْنَاهُ فِي كِتَابِ اللَّهِ - تَعَالَى - كَثِيرَةٌ جِدًّا وَ هُوَ مَذْهَبُ السَّلَفِ الصَّالِحِ، وَ إِنْ جِهَلَهُ كَثِيرٌ مِمَّنْ يَدَّعُونَ اتِّبَاعَ الشُّنَّةِ حَتَّى جَرَّءُوا النَّاسَ عَلَى هَيْدَمِ الدِّينِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ مِدَارَ السَّعَادَةِ عَلَى الْإِعْتِرَافِ بِالذِّينِ وَ إِنْ لَمْ يَعْمَلْ بِهِ، حَتَّى صَارَ النَّاسُ يَتَّبِعُونَ بَارِتَكَابِ الْمُؤَبَّقَاتِ مَعَ الْإِعْتِرَافِ بِأَنَّهَا مِنْ كِبَائِرِ مَا حَرَّمَ كَمَا بَلَّغْنَا عَنْ بَعْضِ كِبْرَائِنَا أَنَّهُ قَالَ: إِنِّي لَا أُنْكِرُ أَنَّي آكُلُ الرَّبَا وَ لَكِنِّي مُسْلِمٌ،

أَعْتَرَفُ بِأَنَّهُ حَرَامٌ، وَقَدْ فَاتَهُ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ بِهَذَا الْقَوْلِ الْإِعْتِرَافُ بِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ هَذَا الْوَعِيدِ وَأَنَّهُ يَرْضَى أَنْ يَكُونَ مُحَارِبًا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ،
وَوَظَالِمًا لِنَفْسِهِ وَلِلنَّاسِ كَمَا سَيَأْتِي فِي آيَةٍ أُخْرَى، فَهَلْ يَعْتَرِفُ بِالْمَلْزُومِ أَمْ يُنْكِرُ الْوَعِيدَ الْمَنْصُوصَ فَيُؤْمِنُ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَيَكْفُرُ
بِبَعْضٍ؟ نَعُودُ بِاللَّهِ مِنَ الْخِذْلَانِ.

مسلمانی هم مرتکب آن شود خلود در آتش خواهد داشت، کما این که بعض گناهان کبیره ی دیگر مانند «قتل مؤمن» نیز موجب خلود در آتش می باشد.

نظر مختار درباره ی (وَمَنْ عَادَ)

اگر صدر آیه ی شریفه را به تنهایی نگاه کنیم ظهور در آن دارد که عقاب که همان محبَط شدن از مسّ شیطان است به خاطر اُکل رباست؛ زیرا می فرماید:

(الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ).

ولی در ذیل که می فرماید: (ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) اگر مراد از «ذَلِكَ» آن عقاب باشد ظهور دارد که عقاب به خاطر قولشان (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) می باشد و در نتیجه با صدر آیه تعارض دارد.

اما ما می توانیم بگوییم مراد از «ذَلِكَ» آن عقاب نیست، بلکه «أَكَلَ رِبَاً» یعنی به خاطر این که بیع را مثل ربا می دانند اکل ربا می کنند، در نتیجه عقوبت، هم به خاطر اکل رباست و هم به خاطر این که می گویند (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) و این را می توان از نظائر استعمال «ذَلِكَ بَأَنَّهُمْ» در آیات شریفه به دست آورد.

از این جا نیز می توان گفت مراد از (وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) کسانی است که اکل ربا می کنند و خوردنشان ناشی از این قولشان است که (إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا).

بنابراین آیه ی شریفه شاهد بر آن نیست که اگر مسلمانی با اذعان به حرمت ربا و رجاء عفو پروردگار مرتکب اکل ربا شد خلود در آتش خواهد داشت. کما این که آیه ی شریفه ی (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا) نیز شاهد بر آن نیست که اگر مؤمنی مؤمن دیگر را بکشد خلود در جهنم خواهد داشت؛ چراکه روایاتی (۱) که در ذیل این

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۹، کتاب القصاص، باب ۹، باب أَنْ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا عَلَى دِينِهِ فَلَيْسَتْ لَهُ تَوْبَةٌ وَإِلَّا صَحَّحَتْ تَوْبَتُهُ، ص ۳۰: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدِّهِ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعًا عَنْ ابْنِ مَجْشُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ وَ ابْنِ بُكَيْرٍ جَمِيعًا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: سُرِّئِلَ عَنِ الْمُؤْمِنِ يَقْتُلُ الْمُؤْمِنَ مُتَعَمِّدًا هَلْ لَهُ تَوْبَةٌ فَقَالَ إِنْ كَانَ قَتَلَهُ لِإِيْمَانِهِ فَلَا تَوْبَةَ لَهُ وَإِنْ كَانَ قَتَلَهُ لِعِظْبٍ أَوْ لِسَبِّ مِنْ أَمْرِ الدُّنْيَا فَإِنَّ تَوْبَتَهُ أَنْ يُقَادَ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِلْمٌ بِهِ انْطَلَقَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ فَأَقْرَ عَنْدَهُمْ بِقَتْلِ صَاحِبِهِمْ فَإِنْ عَفَوْا عَنْهُ فَلَمْ يَقْتُلُوهُ أَعْطَاهُمْ الدِّيَةَ وَ أَعْتَقَ نَسَمَهُ وَ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ وَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا تَوْبَةَ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ. وَ عَنْهُمْ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ قَالَ: مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا عَلَى دِينِهِ فَذَاكَ الْمُتَعَمِّدُ الَّذِي قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا قُلْتُ فَالرَّجُلُ يَقَعُ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الرَّجُلِ شَيْءٌ فَيَضْرِبُهُ بِسَيْفِهِ فَيَقْتُلُهُ فَقَالَ لَيْسَ ذَاكَ الْمُتَعَمِّدُ الَّذِي قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ. وَ رَوَاهُ الْعِيَّاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ سَمَاعَةَ (عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ -) وَ زَادَ وَ لَكِنْ يُقَادُ بِهِ وَ الدِّيَةُ إِنْ قُبِلَتْ قُلْتُ فَلَهُ تَوْبَةٌ قَالَ نَعَمْ يُعْتَقُ رَقَبَةً وَ يَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ وَ يُطْعَمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَ يُتَوَّبُ وَ يَنْصَرِّعُ فَارْجُو أَنْ يُتَابَ عَلَيْهِ. وَ عَنْهُ عَنْ حَمَادِ بْنِ عِيسَى عَنْ أَبِي السَّفَّارِجِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ قَالَ جَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ إِنْ جَازَاهُ. وَ الْعِيَّاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصِيرٍ رَفَعَهُ إِلَى الشَّيْخِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي قَوْلِهِ حَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَ آخَرَ سَيِّئًا (قَالَ) قَالَ قَوْمٌ اجْتَرَحُوا ذُنُوبًا مِثْلَ قَتْلِ حَمْرَةَ وَ جَعْفَرِ الطَّيَّارِ - ثُمَّ تَابُوا ثُمَّ قَالَ وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا لَمْ يُوَفَّقْ لِلتَّوْبَةِ إِلَّا أَنْ اللَّهُ لَمْ يَقْطَعْ طَمَعِ الْعِبَادِ فِيهِ وَ رَجَاءَهُمْ مِنْهُ. أَقُولُ: وَجْهُ الْجَمْعِ أَنَّ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا عَلَى دِينِهِ فَهُوَ مُرْتَدٌّ إِنْ تَابَ مِنَ الْإِزْتِدَادِ وَ لَمْ يَكُنْ مُرْتَدًّا عَنْ فِطْرِهِ قَبْلَ وَ إِلَّا قَتَلَ أَقُولُ: وَ تَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى صِحِّحَةِ التَّوْبَةِ مِنَ الْكِبَائِرِ وَ يَأْتِي مَا

يَدُلُّ عَلَى بَعْضِ الْمَقْصُودِ. • الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٢، ص ٢٨: عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ آدَمَ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ عَبْدِ الرَّزَّاقِ بْنِ مِهْرَانَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ٨ قَالَ: ... وَأَخْبَرَهُ بِالْمَعَاصِي الَّتِي أَوْجَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا وَبِهَا النَّارَ لِمَنْ عَمِلَ بِهَا وَ أَنْزَلَ فِي بَيَانِ الْقَاتِلِ وَ مَنْ يَقْتُلُ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ لَعَنَهُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا - وَ لَا يَلْعَنُ اللَّهُ مُؤْمِنًا قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ - إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْكَافِرِينَ وَ أَعَدَّ لَهُمْ سَعِيرًا خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا لَا يَجِدُونَ وَلِيًّا وَ لَا - نَصِيرًا - وَ كَيْفَ يَكُونُ فِي الْمَشِيئَةِ وَ قَدْ أَلْحَقَ بِهِ حِينَ جَزَاهُ جَهَنَّمَ الْغَضَبَ وَ اللَّعْنَةَ وَ قَدْ بَيَّنَّ ذَلِكَ مِنَ الْمَلْعُونُونَ فِي كِتَابِهِ.

مبارکه وارد شده بیان می کند این کریمه اختصاص به آن قاتلی دارد که مؤمن را به خاطر ایمانش به قتل برساند؛ نه به خاطر امور دیگر [که طبعاً چنین قاتلی کافر نیز می باشد]. بنابراین قاعده ای که بیان می کند مؤمن خلود در جهنم نخواهد داشت به اطلاق خود باقی است.

نظر نهایی و مختار در اطلاق کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)

بیان کردیم کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) در مقام إنشاء و تشریح نیست، بلکه در مقام حکایت از تشریح در سابق است، ولی با این حال می‌گوییم در مقام حکایت، علی‌الاطلاق از آن حکایت می‌کند که طبق قانون تطابق بین حاکی و محکی معلوم می‌شود محکی آن نیز که همان إنشاء حلیت بیع و حرمت ربا باشد اطلاق داشته است.

شاهد بر این اطلاق، یک نکته ی ادبی است که ما را ملزم می‌کند بگوییم «واو» در (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) «واو» حالیه نیست و کثیری از مترجمین، مفسرین و متصدیان تجزیه و تحلیل و اعراب قرآن که «واو» را در این جا حالیه گرفته و در نتیجه گرفتار شبهه ی عدم اطلاق شده اند ظاهراً این نکته را مورد توجه قرار نداده اند.

آن نکته ی ادبی این است که جمله ی حالیه اگر به صورت فعل ماضی مثبت باشد باید علاوه بر «واو» مشتمل بر «قد» باشد، مانند: «جاء زیدٌ و قد شاهر سيفه» در حالی که کریمه مشتمل بر «قد» نیست و این که بعضی مجبور شده اند «قد» در تقدیر بگیرند لزوم ما لا یلزم است و بهتر آن است که بگوییم «واو» استیناف (۱).

۱- بعض مفسرین نیز «واو» را در آیه ی شریفه استیناف گرفته اند: • زبده البیان فی أحكام القرآن، ص ۴۲۹: «الذین» مع صلته مبتدأ خبره «لا یقومون»، و «إلّا» للاستثناء، و ما بعده مستثنی، و المستثنی منه محذوف و التقدير لا یقومون قیاما إلّا قیاما کائنا نحو قیام المصروع، فالجارّ و المجرور متعلّق بمقدّر صفه للمستثنی المحذوف، و أقیم مقامه و «ما» مصدریّه و «من المسّ» متعلّق إمّا بلا یقومون، أو یقوم أو یتخبّطه، و «ذلک» مبتدأ و «بأنهم قالوا» خبره و «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا» جمله من مبتدأ و خبر مقول قالوا «وَ أَحَلَّ» إلخ جمله مستأنفه لإنکار قولهم، وفاء «فمن» للتعقیب و «من» مع صلته مبتدأ و هی «جاء» مع مفعوله و فاعله، و هو «موعظه» و تذکیره للفصل و کون تأنیثها غیر حقیقی و کونها بمعنی الوعظ، و لهذا قال فی موضع آخر: «جاءته موعظه» و «من ربّه» متعلّق بمقدّر صفه الموعظه ای کائنه من ربّه و «فانتهی» عطف علی جاءه «فله» خبر «ما سلف» و الجملة خبر «من» و لتضمینها معنی الشرط صحّ دخول الفاء فی خبره و «أمره إلى الله» عطف علی «له ما سلف» و «هم فیها خالدون» جمله حالیه، و «فیها» یتعلّق بخالدون. • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۴۱۵: قوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا، جمله مستأنفه بناء علی أن الجملة الفعلیه مصدره بالماضی لو كانت حالا لوجب تصدیرها بقد. یقال: جاءنی زید و قد ضرب عمرا، و لا یلائم کونها حالا ما یفیده أول الکلام من المعنی، فإن الحال قید لزمان عامله و ظرف لتحققه، فلو كانت حالا لأفادت: أن تخبطهم لقولهم إنما البیع مثل الربا إنما هو فی حال أحل الله البیع و حرم الربا علیهم، مع أن الأمر علی خلافه فهم خابطون بعد تشریح هذه الحلیه و الحرمة و قبل تشریحهما، فالجملة لیست حالیه و إنما هی مستأنفه. • روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، ج ۲، ص ۴۹: «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» جمله مستأنفه من الله تعالی ردا علیهم و إنکارا لتسویتهم». • الجداول فی إعراب القرآن، ج ۳، ص ۷۱: (الواو) استثنافیه (أحلّ) فعل ماض (الله) لفظ الجلاله فاعل مرفوع (البیع) مفعول به منصوب (الواو) عاطفه (حرم الربا) مثل أحلّ البیع (الفاء) استثنافیه.

است که در این صورت به وضوح استفاده ی اطلاق از کریمه می شود.

بنابراین به نظر ما آیه ی شریفه اطلاق دارد و می توان در موارد مشکوک از جمله تصحیح و افاده ی ملکیت معاطات به آن تمسک کرد.

استفاده ی اطلاق کریمه از بعض روایات

از بعض روایات نیز استفاده می شود که ائمه- علیهم السلام - به اطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) تمسک کرده اند که می تواند به عنوان مؤید باشد.

این روایت گرچه از لحاظ سند ناتمام بوده و نمی توان به امام علیه السلام - نسبت داد، ولی معلوم می شود که حداقل آن راویان که اهل لسان بودند چنین اطلاقی را استفاده کرده اند:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ النَّاسَ يَزْعُمُونَ أَنَّ الرَّبْحَ عَلَى الْمُضْطَرِّ حَرَامٌ وَهُوَ مِنَ الرَّبَا قَالَ وَ هَلْ رَأَيْتَ أَحَدًا يَشْتَرِي غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا إِلَّا مِنْ ضُرُورِهِ يَا عُمَرُ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرَّبَا فَارْبَحْ وَ لَا تُزِبْهُ قُلْتُ وَ مَا الرَّبَا قَالَ دَرَاهِمٌ بِدَرَاهِمٍ مِثْلِينَ بِمِثْلٍ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ مِثْلَهُ. (۱)

عمر بن یزید بیاع السابری می گوید: خدمت امام صادق علیه السلام - عرض کردم فدایتان شوم! مردم [عامه] فکر می کنند سود بر مضطر حرام بوده و رباست (۲)، حضرت فرمودند: آیا دیدی کسی اعم از غنی و فقیر به غیر ضرورت (۳) چیزی بخرد؟! ای عمر! خداوند بیع را حلال و ربا را حرام نموده است، پس سود کن و ربا نخور. عرض کردم: ربا چیست؟ فرمودند: یک درهم در مقابل دو درهم و مثلاً در مقابل مثل قرار گیرد.

در این روایت حضرت برای اثبات حلال بودن سود بیع بر مضطر به اطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرَّبَا) تمسک می کنند، در حالی که اگر کریمه اطلاق نداشت و فقط فی الجمله مفید حلیت بیع بود تمسک به آن برای اثبات حلیت بیع مضطر صحیح نبود.

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب آداب التجار، باب ۴۰، ص ۴۴۷؛ من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۸ و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۸.

۲- یعنی کسی که مضطر بوده و چیزی می خرد، اگر فروشنده مثل بقیه ی مشتری ها از او سود ببرد حرام است.

۳- اضطرار در کلام حضرت به معنای اضطرار اصطلاحی نیست. شاید حضرت به خاطر تقیه چنین فرمودند که از کلامشان سوء استفاده نشود.

شیخ صدوق قدس سره - این روایت را از عمر بن یزید بیاع سابری نقل می کند. سند شیخ صدوق به عمر بن یزید گرچه در مشیخه ی (۱) من لا یحضره الفقیه تمام است و شاید به همین خاطر در کتب از آن تعبیر به صحیحه شده است، ولی از آن جا که شیخ صدوق این روایت را با تعبیر «رَوَى عَنْ» (۲) نقل می کند؛ نه «رَوَى» معلوم می شود که این روایت را با آن طریقی که در مشیخه از عمر بن یزید ذکر کرده نقل نمی کند، بلکه سند دیگری دارد که ممکن است مرسله باشد.

سند شیخ طوسی قدس سره - در تهذیب نیز به خاطر محمد بن سلیمان و علی بن ایوب ناتمام است.

(۲) آیه ی شریفه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)

اشاره

کریمه ی دیگری که جناب شیخ (۳) قدس سره - برای اثبات مفید ملکیت بودن معاطات به آن تمسک کرده، این آیه ی شریفه است:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) (۴)

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۲۵؛ و ما کان فیہ عن عمر بن یزید فقد رویتہ عن أبی- رضی اللہ عنہ- عن محمد ابن یحیی العطار، عن یعقوب بن یزید، عن محمد بن أبی عمیر؛ و صفوان بن یحیی عن عمر بن یزید. و قد رویتہ ایضا عن أبی- رضی اللہ عنہ- عن عبد اللہ بن جعفر الحمیری عن محمد بن عبد الحمید، عن محمد بن عمر بن یزید، عن الحسین بن عمر بن یزید، عن أبیه عمر بن یزید. و رویتہ ایضا عن أبی- رحمه اللہ- عن عبد اللہ بن جعفر الحمیری عن محمد بن عبد الجبار، عن محمد بن إسماعیل، عن محمد بن عباس، عن عمر بن یزید.

۲- رَوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ بِيَاعِ السَّابِرِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ النَّاسَ يَزْعُمُونَ أَنَّ الرَّيْحَ ...
 ۳- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۱؛ و ممّا ذکر یظهر وجه التمسک بقوله تعالی (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ).

۴- سوره ی مبارکه ی نساء، آیه ی ۲۹.

هر دو بخش نفیی و مستثنی منه یعنی (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (۱) و بخش اثباتی و مستثنی یعنی (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) از کریمه محل بحث واقع شده است. البته برای تصحیح و اثبات افاده ی ملکیت معاطات به بخش اثباتی کریمه تمسک می شود، ولی از آن جا که بخش اثباتی کریمه استثناء از بخش نفیی بوده و فهم درست بخش اثباتی منوط به فهم درست قسمت نفیی می باشد لازم است بخش نفیی کریمه نیز مورد توجه و بحث قرار گیرد.

سه بحث در قسمت «مستثنی منه» کریمه

اشاره

در بخش نفیی کریمه که مستثنی منه می باشد باید سه مطلب روشن گردد:

۱. مقصود از «أكل» در «لا تأكلوا» چیست؟

در کریمه ی قبل بیان کردیم مراد از «أكل» أكل به دهان نیست، بلکه مراد استیلاء بر مال غیر است به هر نحوی که او را از آن منع کند، لذا تملك و تسلط اعتباری که حتی فی الجمله آثار بر آن مترتب کنند مشمول کریمه بوده و منهی عنه می باشد.

۲. نهی در «لا تأكلوا» نهی تکلیفی است یا ارشاد به بطلان معامله؟

بعضی (۲) مدعی شده اند که چون کریمه مربوط به معاملات است صیغه ی نهی

۱- بخش نفیی کریمه در آیه ی دیگری نیز آمده که محل کلام نیست: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (سوره ی مبارکه ی بقره، آیه ی ۱۸۸)

۲- إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص ۶: و الحاصل أن النهی عن الأكل فی الآیه من قبیل النهی عن المعامله، و ظهوره فیها هو الإرشاد إلى فسادها، كما أن ظهور النهی المتعلق بالأفعال الخارجیه هو تحريمها تکلیفا، و لیس المراد أنه لا يمكن النهی عن المعامله تکلیفا، سواء كانت المعامله بمعناها المصدریه أو الاسم المصدریه، فإن إمكان النهی عنها كذلك، بل وقوعه فی الشرع کحرمة البیع وقت النداء أو حرمة بیع الخمر بمعنی کون بیعها مبغوضا للشارع من الواضحات، کیف و قد وقع الکلام فی أن النهی عن معاملة تکلیفا هل یقتضی فسادها أم لا. بل المراد ان حمل النهی عن معاملة على التکلیف یحتاج إلى قرینه، و مع عدم القرینه ظاهره الإرشاد إلى فسادها ای عدم إمضاء الشارع، فمثلا- ملا-ک النهی عن البیع یوم الجمعة- و هو ادراک صلاتها و عدم تفویتها- قرینه على حکم التکلیفی و اللعن الوارد على بائع الخمر و مشتريها قرینه علیها، كما أن قوله علیه السلام ثمن الخمر سحت دلیل على فساد المعامله علیها، حیث ان مع صحتها لا یكون الثمن سحتا.

علی نحو الکنایه ارشاد به بطلان معامله است. بنابراین (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) به این معناست: عقدی که باطلاً محقق شود مورد امضاء نبوده و فاسد است و تبدیل و تبدل ملکیت با آن حاصل نمی شود.

ولی ظهور اولیه ی هر نهی در منع تکلیفی است و رفع ید از آن احتیاج به قرینه دارد. در ما نحن فیه چنین قرینه ای وجود ندارد و آن چه به عنوان قرینه ذکر شده نمی تواند قرینه باشد. بنابراین (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) ظهور در حرمت تکلیفی اکل مال به باطل و استحقاق عقاب مرتکب آن دارد. ولی این، منافات با استفاده ی بطلان معامله از آن نداشته و بطلان نیز از مناسبات حکم و موضوع و این که کریمه مربوط به معاملات بوده و حرمت اکل وجهی جز بطلان معامله ندارد، استفاده می شود. پس این که خداوند متعال فرموده (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) به این جهت بوده که چون عقدی که باطلاً انشاء شده موجب نقل و انتقال نمی شود، پس تصرف در منتقل علیه حرام است.

۳. مراد از (بالباطل) چیست؟

در این که «باء» در (بِالْبَاطِلِ) چه بائی است بعضی گفته اند «باء» مقابله بوده و نظیر باء در «اشتریت هذا بهذا» می باشد. بعضی هم گفته اند «باء» سببیت بوده و مقصود از سبب باطل، عقود فاسد مانند عقد ربوی، عقد غرری، قمار و ... می باشد.

اگر «باء مقابله» باشد معنای کریمه آن است که اموال یکدیگر را در مقابل باطل نخورید، یعنی اگر عوض در بیع، باطل بود نمی توان در معوض تصرف کرد یا اگر معوض باطل بود در عوض نمی توان تصرف کرد. بنابراین کسانی مانند سید یزدی قدس سره - که مالیت را در مبیع به حسب عرف و لغت شرط نمی دانند و بیع بر آن اطلاق می کنند، با تمسک به این کریمه می توانند بگویند اگر مبیع یا ثمن مالیت نداشت شرعاً و تعبداً معامله باطل است؛ چراکه کریمه می فرماید: اموال یکدیگر را در مقابل باطل [و بی ارزش] نخورید. طبق این معنا کریمه دیگر نظری به عقود فاسد ندارد، بلکه فقط بیان می کند که مبیع یا ثمن در معامله نباید باطل و بی ارزش باشد.

ولی اگر «باء سببیت» باشد فقط به عقود فاسد نظر دارد و بیان می کند اموال یکدیگر را به سبب عقود فاسد نخورید و دیگر نظری به مبیع یا ثمن باطل ندارد. فقط این سؤال باقی می ماند که مراد از عقود باطل آیا عقودی است که عقلاء آن را باطل می داند یا عقودی که شرع آن را باطل می داند یا هر دو؟

ما در بحث های قبل بیان کردیم محصور کردن «باء» در یکی از این دو معنا لزومی ندارد و در معانی دیگر «باء» نیز می تواند به کار رفته باشد. از جمله «باء استعانت» که معنای کریمه این چنین می شود: اموال یکدیگر را به استعانت باطل نخورید که معنای جامعی نسبت به سبب و مقابله می شود و سبب باطل (عقد فاسد) و مبیع یا ثمن باطل هر دو را شامل می شود؛ چراکه خوردن اموال یکدیگر به سبب باطل یا در مقابل باطل، خوردن به استعانت باطل است.

نیز می توان «باء» را به معنای «إلصاق» و نظیر بقاء در «مررتُ بزید» گرفت که در این صورت معنای کریمه چنین می شود: اموال یکدیگر را ملصقاً به باطل نخورید؛ چه این الصاق از حیث سبب باطل باشد یا در مقابل باطل؛ چراکه مراد از الصاق، الصاق حقیقی نیست، بلکه الصاقی است که مناسب با موضوع باشد.

استظهار بهتر آن است که بگوییم (بِالْبَاطِلِ) حال بوده و حقیقه (متلبسین یا آکلین) در تقدیر بوده و «باء» به معنای إصاق می باشد و معنای آیه ی شریفه نیز چنین می شود: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» اموال یکدیگر را نخورید در حالی که تلبس به باطل دارید یا اکلتان از روی باطل است. تلبس به باطل، هم با سبب باطل حاصل می شود و هم با ثمن و مثن باطل، پس با این استظهار نیز کریمه دارای معنای جامعی می شود.

به هر حال معنای عرفی کریمه آن است که هیچ گونه باطلی نباید در معامله راه داشته باشد؛ چه از سبب باطل و چه در مقابل باطل. تخریج فنی آن را که با فهم عرفی سازگار باشد بیان کردیم، هر چند راه های دیگری نیز که مبین این معنای عرفی باشد نفی نمی کنیم.

إن قلت: اگر مراد از (بِالْبَاطِلِ) اعم از سبب باطل و در مقابل باطل باشد، با روایاتی (۱) که در ذیل کریمه وارد شده و باطل را به بعض عقود فاسد تطبیق فرموده منافات دارد.

قلت: روایات شریفه از باب ذکر مصداق برای عقود فاسد می باشد؛ نه این که کریمه را در آن ها منحصر کرده باشد و مؤید این که باطل، اعم از عقد فاسد می باشد روایتی است که در تفسیر برهان (۲) آمده و باطل را به «انه القمار و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۲۲: عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ سَيِّفِ بْنِ عَمِيرَةَ عَنْ زِيَادِ بْنِ عَيْسَى وَهُوَ أَبُو عُبَيْدَةَ الْحِذَاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) فَقَالَ كَأَنْتَ قُرَيْشٌ تُقَامِرُ الرَّجُلَ بِأَهْلِهِ وَ مَالِهِ فَهَاهُمْ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَنْ ذَلِكَ.

۲- البرهان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۶۶: الطبرسی: فی قوله: بِالْبَاطِلِ، قولان: أحدهما أنه الربا، و القمار، و البخس، و الظلم. قال: و هو المروى عن الباقر (عليه السلام). و فی (نهج البيان): عن الباقر و الصادق (عليهما السلام) أنه القمار، و السحت، و الربا، و الأيمان.

السحت و الربا و الایمان» تفسیر کرده که قسم خوردن با این که عقد نیست مصداق باطل شمرده و فرموده است: مالی که از راه قسم خوردن به دست بیاید مصداق باطل است.

مراد از باطل نیز خصوص باطل شرعی نیست، بلکه هر چیزی که لغه و عرفاً باطل باشد مشمول آیه ی شریفه می باشد. عقودی که شارع آن را فاسد قرار داده نیز با تعبّد داخل در آیه می باشد؛ چراکه کریمه می فرماید: اَکَلْ مَالِ بَاطِلٍ تَکُنْ لَکُمُ الْبُیُوتُ حَرَامًا مِثْلَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ لِقَوْمِهِ إِذْ کَانُوا یَعْبُدُونَ الْأَیْدِیَ الْبَاطِلَةَ... بنا براین باطل های شرعی هم با حکومت یا شبه حکومت، مشمول کریمه می شود؛ و گرنه اَوَّلًا و بالذات باطل عرفی را مورد حکم قرار داده است.

مطلب دیگری که در این بخش از کریمه مناسب است بیان شود آن است که چرا فرمود (اموالکم) و نفرمود «مالکم»؟ لذا ممکن است این سؤال پیش آید که مگر اموال زیادی باید خورده شود تا حرام صدق کند؟!

پاسخ آن است که چون خطاب به جمع است به صورت جمع بیان فرموده و به این معناست که هر کدام از شما مال را به باطل نخورد و نظیر (فَاعْسِلُوا وُجُوهَکُمْ) می باشد که یعنی هر کدام از شما صورتش را بشوید.

مباحث مربوط به بخش اثباتی کریمه

اشاره

در بخش اثباتی کریمه که می فرماید: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) باید بررسی کنیم مراد از تجارت چیست و نیز استثناء چگونه استثنایی است؟

(۱) مراد از تجارت چیست؟

اشاره

معنای «تجارت» در زبان عربی و فارسی ظاهراً یکی است و ارتکاز ما در زبان فارسی با ارتکاز عرب زبانان تفاوتی ندارد. با مراجعه به لغت و ممارست متون قدیم عرب اطمینان حاصل می شود که در طول تاریخ تغییری در معنای آن رخ نداده است، لذا تأمل در معنای این ماده چه با ذوق و ارتکاز عربی و چه فارسی به یک نتیجه منتج می شود.

کتب لغت «تجاره» را به عنوان مصدر دوم برای «تَجَرَ» ذکر کرده اند: «تَجَرَ يَتَجَرُ تَجْرًا وَ تِجَارَةً فَهُوَ تَاجِرٌ» (۱) و معنای آن را لسان العرب (۲) و بعضی کتب دیگر (۳) به «بَاعَ وَ شَرَى» حمل کرده اند. (۴)

۱- المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۱، ص ۷۳: تَجَرَ: (تَجْرًا) من باب قتل و (أَتَجَرَ) و الاسم (التِّجَارَةُ) و هو (تَاجِرٌ) و الجمع (تَجْرٌ) مثل صاحبٍ و صحبٍ (و تُجَارٌ) بضم التاء مع التثقیل و بكسرِها مع التَّخْفِيفِ و لا یكادُ یوحِدُ تاءً بعدها جیمٌ إلا نتج و تجر و الرَّتَجُ و هو البابُ و رتجٌ فی مَنْطِقِهِ و أما تُجَارَةُ الشَّيْءِ فإصلها واؤٌ.

۲- لسان العرب، ج ۴، ص ۸۹: تَجَرَ يَتَجَرُ تَجْرًا وَ تِجَارَةً؛ باع و شری، و كذلك أَتَجَرَ و هو أَفْتَعَلَ.

۳- القاموس المحیط، ج ۲، ص ۲۸: التَّاجِرُ: الذی یبِيعُ وَ یَشْتَرِی، و بائعُ الخمرِ، ج: تِجَارٌ وَ تُجَارٌ وَ تَجْرٌ وَ تُجْرٌ، كرجالٍ و عُمَالٍ وَ صَحْبٍ وَ كُتُبٍ، و الحاذِقُ بالأمرِ، و الناقهُ النافقهُ فی التِّجَارَةِ وَ فی السُّوقِ. • تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۶، ص ۱۲۷: التَّاجِرُ: الذی یبِيعُ وَ یَشْتَرِی. تَجَرَ يَتَجَرُ تَجْرًا وَ تِجَارَةً، و كذلك أَتَجَرَ و هو أَفْتَعَلَ.

۴- ولی جناب راغب، تجارت را به گونه ای تعریف می کند که بر بیع و شراء منطبق می شود: التِّجَارَةُ: التصرف فی رأس المال طلباً للربح. (مفردات ألفاظ القرآن، ص ۱۶۴). • المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، ص ۳۱۷: و التجاره هی التصرف فی رأس المال طلباً للربح علی ما ذكره الراغب فی مفرداته قال: و لیس فی كلامهم تاء بعدها جیم غیر هذا اللفظ انتهى، فتطبق علی المعامله بالبیع و الشری.

در معنای «تجاره» به «بَاعَ و شَرَى» دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال آن است که به هر یک از بیع و شراء تجارت اطلاق می شود، ولی این با واقعیت سازگار نیست و بعید است مراد لسان العرب باشد. احتمال دیگر آن است که بر بیع و شراء با هم اطلاق تجارت می شود؛ یعنی اگر چیزی را بخرد و سپس آن را بفروشد تا سودی به دست آورد تجارت کرده است، گرچه در لسان العرب آمده بود «فروخت و خرید».

مجمع البحرین «تجاره» را به «انتقال شیء مملوك من شخص إلى آخر بعوضٍ مقدر علی وجه التراضی»^(۱) معنا کرده که اگر آن را توسعه دهیم شامل صلح، اجاره و ... نیز می شود، ولی اگر ضیق بگیریم و مرادشان از انتقال، انتقال بالمطابقه باشد اختصاص به بیع پیدا می کند؛ چون همان طور که قبلاً بیان کردیم معنای مطابقی غیر بیع انتقال نیست، بلکه سازش یا ... است. صاحب جواهر^(۲) قدس سره - «تجاره» را در آیه ی شریفه به مطلق معاوضه اعم از بیع،

۱- مجمع البحرین، ج ۳، ص ۲۳۳: التَّجَارَةُ بالكسر هی انتقال شیء مملوك من شخص إلى آخر بعوضٍ مقدر علی وجه التراضی، أخذنا من تَجَرَّ يَتَجَرُّ تَجَرًّا من باب قتل فهو تَجَرٌّ، و الجمع تَجَرٌّ كصاحب و صَيْحِب و تُجَارٌ بالضم و التشدید و بكسرهما مع التخفيف. و المَتَّاجِرُ جمع مَتَّجِرٍ من التجاره. و منه قول الفقهاء "كتاب المَتَّاجِرِ" قيل هو إما مصدر ميمي بمعنى التجاره كالمقتل بمعنى القتل، أو اسم موضع، و هی الأعیان یكتسب بها، قال بعض الأفاضل: و الأول ألیق بالمقصود. و فی كلام الفقهاء أيضا فی بحث الشراء "و لا بأس بِالمَتَّاجِرِ" و فسر بجواز شراء ما فیه الخمس ممن لا یخمس و لا یجب إخراج خمس، و كذا من یشتری من الغنائم حال الغیبه و إن كان كله أو بعضه للإمام علیه السلام -.

۲- جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۴: كتاب التجاره: و هی مصدر ثان لتجر من التجر، و ربما قيل انها اسم مصدر كالحياكه و الصناعه، لكن الأظهر انها فی الأصل مصدر، نقلت إلى معنى الحرفه و الصناعه، فالتاجر الذى حرفته التجاره، و الجمع تجار و تجار و تجر و تجر، كرجال و عمال و صحب و كتب، و علی كل حال فهى التى جعل الشارع «تسعه أعشار البركه فیها، و العشر الباقى فى الغنم» و «فیها العز و الغنى عما فى أیدی الناس»، بل «تركها ینقص العقل». لكن المراد بها هنا مطلق المعاوضه، نحو قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» كما عن مجمع البحرین قال: التجاره بالكسر هی انتقال شیء مملوك من شخص إلى آخر بعوضٍ مقدر علی وجه التراضی إلى آخره، لا- أن المراد بها الصناعه المعروفه، و ان قيل: انها المتبادر منها، بل هو المستفاد من أهل اللغه، الا ان ذلك لا ینافی إرادته غیره منه فی خصوص المقام، لمعومه عدم اعتبار ذلك فی التجاره المبحوث عنها هنا، و ان انتقض بالمعاملات المقصود منها الاكتساب من غیر ذی الصنعه، الا أن يلتزم الاستطراد و هو بعید، و لا ما سمعته فی كتاب الزكاه من المعاوضه لقصد الربح

إجاره، مساقات، مزارعه و ... معنا می کند. كما این که در روایتی می فرماید: «كُلُّ مَا افْتَتِحَ بِهِ الرَّجُلُ رِزْقَهُ فَهُوَ تِجَارَةٌ»^(۱)؛ هر چیزی که فرد با آن روزی خود را باز کند تجارت است. بنابراین تجارت به این معنا عام بوده و شامل هر نوع کسبی اعم از صنعت، إجاره، کتابت، زراعت و ... می شود.

ولی معلوم است که این معنای تجارت در روایت، معنایی تنزیلی است و می خواهد بیان کند آن روایاتی^(۲) که در فضیلت تجارت وارد شده اختصاص به بیع

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۳۰۵: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ فَضَيْلٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَام - قَالَ: كُلُّ مَا افْتَتِحَ بِهِ الرَّجُلُ رِزْقَهُ فَهُوَ تِجَارَةٌ. • مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۱۹، ص ۴۱۸: قوله عليه السلام: «كل ما افتتح» أي ليست التجاره التي حث عليها الشارع منحصرًا في البيع و الشراء، بل يشمل كل أمر مشروع يصير سببًا لحصول الرزق و فتح أبوابه، كالصنائه و الكتابه و الإجاره و الدلاله و الزراعه و الغرس و غيرها.

۲- روایاتی که در فضیلت تجارت وارد شده، بعضی ظهور در تجارت بالمعنی الخاص یعنی بیع و شراء دارد، مانند: وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، ابواب مقدماتها، باب ۱، ص ۱۰: وَ فِي الْخِصَالِ عَنِ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ يَزِيدَ عَنْ سُفْيَانَ الْجَرِيرِيِّ عَنْ عَبْدِ الْمُؤْمِنِ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ۸ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹ الْبَرَكَهَ عَشْرَهُ أَجْزَاءٍ تَسْبِعُهُ أَعْشَارُهَا فِي التِّجَارَةِ وَ الْعُسْرُ الْبَاقِي فِي الْجُلُودِ. قَالَ الصَّدُوقُ يَعْنِي بِالْجُلُودِ الْغَنَمَ. • [محمد بن یعقوب] عَنْ عَمِّهِ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَالٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَمَّنْ حَدَّثَهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَام - قَالَ: التِّجَارَةُ تَزِيدُ فِي الْعَقْلِ. • مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَثْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَام - قَالَ: تَرَكَ التِّجَارَةَ يَنْقُصُ الْعَقْلَ. • تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴: عَنْهُ [أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَيْسَى] عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنِ أَسْبَاطِ بْنِ سَالِمِ بْنِ بَيْعِ الزُّطِيِّ قَالَ: سَأَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَام - يَوْمًا وَ أَنَا عِنْدَهُ عَنْ مُعَاذِ بَيْعِ الْكِرَائِسِ فَقِيلَ تَرَكَ التِّجَارَةَ فَصَالَ عَمَلُ الشَّيْطَانِ عَمَلُ الشَّيْطَانِ مَنْ تَرَكَ التِّجَارَةَ ذَهَبَ ثُلُثَا عَقْلِهِ أَمَا عَلِمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ۹ قَدِمَتْ عِيرٌ مِنَ الشَّامِ فَاشْتَرَى مِنْهَا وَ أَنْجَرَ فَرَبِحَ فِيهَا مَا قَضَى دَيْنَهُ. (امیرخانی)

و شراء نداشته و شامل هر گونه كسبى مى شود. علاوه آن كه به نظر ما روايت از لحاظ سند تمام نيست. (۱)

بعضى (۲) نيز «تجاره» را به «كُلّ معامله يراد منها الربح» معنا کرده اند؛ يعنى هر معامله اى اعم از بيع، شراء، اجاره و ... كه قصد ربح از آن باشد تجارت است.

حقيقت آن است كه اطلاق تجارت بر بيع تنها يا شراء تنها هر چند قصد سود (۳) داشته باشد مشكوك بوده، بلكه منتفى است؛ مثلاً اگر كسى كتابى كه در

۱- محمد بن فضيل توثيق ندارد.

۲- التحقيق فى كلمات القرآن الكريم، ج ۱، ص ۳۸۱: و التحقيق أنّ التَّجَارَةَ عبارة عن كَلِّ معامله يراد منها الربح، سواء كانت بيعاً أو شراءً أو غيرهما من المعاملات الربحية. و لذا ترى ذكرها فى مقابل البيع فى قوله تعالى: (لا تُلْهِهِمْ تِجَارَةٌ وَ لا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ) و ذكرت فى مقابل اللّهُو، فى قوله تعالى: (وَ إِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انْفَضُّوا إِلَيْهَا) فَانَّ التَّجَارَةَ تجلبهم من جهة ربحها و اللّهُو تجلبهم من جهة ميل النفس و شهوتها.

۳- به نظر مى رسد سود و ربح در جايى اطلاق مى شود كه در معامله اى رأس المال را تبديل کرده، سپس در معامله ى ديگرى همان رأس المال را به همراه نماء و زياده به دست آورد. لذا در بيع تنها يا شراء تنها ربح حاصل نمى شود بلكه بايد بيع و شراء با هم باشد تا ربح حاصل گردد. البته ربح اختصاص به بيع و شراء ندارد، بلكه ظاهراً با (شراء و اجاره) و (شراء و مزارعه) و ... نيز حاصل مى گردد. (اميرخانى)

خانه دارد بفروشد نمی توان گفت به صرف فروش یک کتاب تجارت کرده است هر چند سود برده باشد. و نیز کارگری که در مقابل دریافت پول اجیر می شود نمی توان گفت تجارت می کند. بنابراین کلام صاحب جواهر قدس سره - نیز که فرمود هر معاوضه ای تجارت است درست نیست. کما این که ظاهر کلام مجمع البحرین که از آن استفاده می شود تجارت همان بیع است درست نیست و آیه ی شریفه ی (رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ اللَّهِ) آن را نفی می کند؛ چراکه اگر تجارت به معنای بیع باشد کریمه فصاحت لازم را نخواهد داشت.

بنابراین به نظر می رسد معنایی که لسان العرب و بعضی دیگر از تجارت به «بیع و شراء» کردند و ظهور در این داشت که هر دو (بیع و شراء) باید باشد تا تجارت صدق کند صحیح می باشد؛ مثلاً اگر کسی کتابی را خرید و به این انگیزه که به سودی برسد آن را فروخت می توان گفت تجارت کرده است؛ چه در واقع سود کرده باشد و چه سود نکرده باشد؛ خصوصاً اگر خرید و فروش چندین مرتبه اتفاق بیفتد که در این صورت حتی قصد سود هم نداشته باشد و در بعضی موارد حتی سود نکرده یا ضرر کرده باشد ولی چون طبعاً سود آور است تجارت اطلاق می شود و این مراد کسی (۱) است که تجارت را به استمرار در اکتساب به بیع و شراء معنا کرده است.

۱- المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۵، ص ۱۲۷: التجاره إذا قوبلت بالبيع كان المفهوم منها بحسب العرف الاستمرار فی الاکتساب بالبيع و الشراء و البيع هو العمل الاکتسابی المدفعی فالفرق بينهما هو الفرق بين المدفعه و الاستمرار فمعنى نفى البيع بعد نفى التجاره مع كونه منفيًا بنفيها الدلاله على أنهم لا يلهون عن ربهم فى مكاسبهم دائماً و لا فى وقت من الأوقات، و بعبارة أخرى لا تنسيهم ربهم تجاره مستمره و لا بيع ما من البيوع التى يوقعونها مده تجارتهم.

اعراب و ترکیب (تجاره) در کریمه

(تجاره) از لحاظ اعراب به دو صورت قرائت شده است. [کوفیون (عاصم، حمزه و کسائی)] (١) به نصب و بقیه به رفع قرائت کرده اند. (٢)

١- اسامی قرآء سبعة عبارتند از: عاصم کوفی (ابوبکر عاصم ابن ابی النجود) م: ١٢٨ه. ق، نافع مدنی (ابو عبدالله نافع ابن ابی التّیّم) م: ١٦٩ه. ق، حمزه کوفی (ابو عمّاره حمزه ابن حبیب زینات) م: ١٥٦ه. ق، کسائی کوفی (ابوالحسن علی ابن حمزه کسائی) م: ١٨٩ه. ق، ابو عمرو بصری (ابو عمرو ابن علاء) م: ١٥٤ه. ق، ابن کثیر مکی (عبدالله ابن کثیر) م: ١٢٠ه. ق، ابن عامر شامی (عبدالله ابن عامر دمشقی) م: ١١٨ه. ق. نافع مدنی، ابن کثیر از مکه بو عمرو ز بصره، ابن عامر از شام پس عاصم و حمزه و کسائی کوفی این نسبت جمله شان بود بالتمام

٢- التبیان فی تفسیر القرآن، ج ٣، ص ١٧٨: قرأ أهل الكوفة: (تجاره) نصباً، الباقون: بالرفع، فمن رفع ذهب الى أن معناه: إلا أن تقع تجاره، و من نصب فمعناه: إلا- أن تكون الأموال تجاره، أو أموال تجاره، و حذف المضاف، و أقام المضاف إليه مقامه، و يكون الاستثناء منقطعاً، و يجوز أن يكون التقدير: إلا أن تكون التجاره تجاره، كما قال الشاعر: «إذا كان يوماً ذا كواكب أشنعاً و تقديره: إذا كان اليوم يوماً ذا كواكب، ذكره أبو علي النحوي. و قال الرماني التقدير: إلا أن تكون الأموال تجاره، و لم يبين. و القول ما قال أبو علي، لأن الأموال ليست تجاره. و من شأن خبر كان أن يكون هو اسمها في المعنى. و قيل: الرفع أقوى، لأنه أدل في الاستثناء على الانقطاع، فان التحريم لأكل المال بالباطل على الإطلاق. و في الناس من زعم أن نصبه على قول الشاعر: «إذا كان طعناً بينهم و عناقاً» أي إذا كان الطعن طعناً. قال الرماني: و هذا ليس بقوى، لأن الإضمار قبل الذكر ليس يكثر في مثل هذا، و إن كان جائزاً، فالرفع يغني عن الإضمار فيه. • روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، ج ٣، ص ١٦: «إلا أن تكون تجارة عن تراص منكم استثناء منقطع، و نقل أبو البقاء القول بالاتصال و ضعفه، و عن متعلقه بمحذوف وقع صفة لتجاره، و منكم صفة تراص أي إلا- أن تكون التجاره تجاره صادره عن تراص كائن منكم أو إلا أن تكون الأموال أموال تجاره، و النصب قراءه أهل الكوفة، و قرأ الباقون بالرفع على أن- كان- تامه. • مفاتيح الغيب، ج ١٠، ص ٥٧: قرأ عاصم و حمزه و الكسائي: تجارة بالنصب، و الباقون بالرفع. أما من نصب فعلى «كان» الناقصه، و التقدير: إلا أن تكون التجاره تجاره، و أما من رفع فعلى «كان» التامه، و التقدير: إلا أن توجد و تحصل تجاره. و قال الواحدی: و الاختيار الرفع، لأن من نصب أضمّر التجاره فقال: تقديره إلا أن تكون التجاره تجاره، و الإضمار قبل الذكر ليس بقوى و إن كان جائزاً.

در قرائت به نصب، (تَكُونُ) از افعال ناقصه بوده و (تِجَارَةٌ) خبر برای آن می باشد. در این که اسم آن چیست احتمالاتی (۱) ذکر شده است. بعضی «الاموال» و برخی «الأكل» را به عنوان اسم برای (تكون) ذکر کرده اند. ولی به نظر می رسد «التجارة» که از خبر استفاده می شود بهتر باشد و با تأنیث (تكون) نیز مناسب است؛ یعنی در واقع آیه ی شریفه چنین است: «إلا- أن تَكُونُ التِّجَارَةُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ». برخی هم احتمال داده اند (تجارة) علی رغم نکره بودن اسم (تكون) و (عَنْ تَرَاضٍ) خبر آن باشد.

۱- الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، ج ۱، ص ۵۰۲: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً إِلَّا- أَنْ تَقَعَ تِجَارَهُ. و قرئ تجاره علی: إلا أن تكون التجارة تجاره عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ و الاستثناء منقطع. معناه: و لكن اقصدا كون تجاره عن تراض منكم. أو و لكن كون تجاره عن تراض غير منهي عنه. و قوله: (عَنْ تَرَاضٍ) صفة لتجارة، أي تجاره صادرة عن تراض. و خص التجارة بالذكر، لأن أسباب الرزق أكثرها متعلق بها. • إعراب القرآن (للنحاس)، ج ۱، ص ۲۱۰: هذه [بالرفع] قراءه أهل المدينة و أبى عمرو، و قرأ الكوفيون تِجَارَةً بالنصب. و هو اختيار أبى عبيد. قال أبو جعفر: النصب بعيد من جهة المعنى و الإعراب. فأما المعنى فإن هذه التجارة الموصوفه ليس فيها أكل الأموال بالباطل فيكون النصب، و أما الإعراب فيوجب الرفع لأن «أن» هاهنا فى موضع نصب لأنها استثناء ليس من الأول «و تكون» صلتها، و العرب تستعملها هاهنا بمعنى وقع فيقولون: جاءنى القوم إلا أن يكون زيد و لا يكاد النصب يعرف. • التبيان فى إعراب القرآن (للعكبرى)، ص ۱۰۳: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً: الاستثناء منقطع ليس من جنس الأول. و قيل: هو متصل و التقدير: لا تأكلوها بسبب إلا أن تكون تجاره. و هذا ضعيف لأنه قال: بالباطل، و التجارة ليست من جنس الباطل. و فى الكلام حذف مضاف أى إلا- فى حال كونها تجاره أو فى وقت كونها تجاره. و تجاره- بالرفع- على أن كان تامه، و بالنصب على أنها الناقصه و التقدير: إلا- أن تكون المعامله أو التجارة تجاره. و قيل: تقديره: إلا أن تكون الأموال تجاره. عَنْ تَرَاضٍ: فى موضع صفة تجاره. و مِنْكُمْ: صفة تراض.

در قرائت به رفع، (تکون) از افعال تامّه بوده و در حقیقت این چنین می شود: «الا ان تقع تجاره عن تراض منكم».

۲) استثناء در کریمه به نحو متصل است یا منقطع؟

ظاهر کریمه آن است که (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) به نحو استثناء منقطع از (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) است؛ زیرا (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) که مصداقی از مصادیق اکل مال به باطل نیست تا تخصیص آن از اکل مال به باطل استثناء متصل شود، بلکه تخصیصاً خارج است؛ چراکه تجارت نه عرفاً و نه عقلاً و نه شرعاً مصداق باطل نیست. پس استثناء به نحو منقطع است.

استثناء منقطع امری پذیرفته شده در ادبیات عرب بوده و در کلام فصحا نیز استعمال می شود. بنابراین مانعی از حمل استثناء بر استثناء منقطع در قرآن کریم نیست.

توجیه استثناء متصل در کلام برخی و نقد آن

فخر رازی در تفسیرش (۱) از بعضی نقل کرده که استثناء در کریمه به نحو

۱- مفاتیح الغیب، ج ۱۰، ص ۵۷: قوله: إِلَّا فِيهِ وَجْهَانِ: الأول: أنه استثناء منقطع، لأن التجارة عن تراض ليس من جنس أكل المال بالباطل، فكان «إلا» هاهنا بمعنى «بل» و المعنى: لكن يحل أكله بالتجارة عن تراض. الثاني: ان من الناس من قال: الاستثناء متصل و أضمّر شيئاً، فقال التقدير: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، و إن تراضيتهم كالربا و غيره، إلا أن تكون تجاره عن تراض. و اعلم أنه كما يحل الاستفادة من التجاره، فقد يحل أيضا المال الاستفادة من الهبه و الوصيه و الإرث و أخذ الصدقات و المهر و أروش الجنایات، فان أسباب الملك كثيره سوى التجاره. فان قلنا: إن الاستثناء منقطع فلا إشكال، فانه تعالى ذكر هاهنا سببا واحد من أسباب الملك و لم يذكر سائرهما، لا بالنفي و لا بإثبات. و إن قلنا: الاستثناء متصل كان ذلك حكما بأن غير التجاره لا يفيد الحل، و عند هذا لا بد إما من النسخ أو التخصيص.

متصل بوده «و إن تراضیتهم» در تقدیر می باشد که این چنین می شود: «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالبطل و ان تراضیتهم [کالزبا و غیره] إلا- أن تكون تجاره عن تراض منکم»؛ اکل مال به باطل نکنید هر چند رضایت داشته باشید، مگر رضایتی که از ناحیه ی تجارت باشد. بنابراین تجارت، استثناء از تراضی است و به نحو متصل می باشد.

ولی این توجیه درست نیست؛ زیرا تجارت عن تراض که مصداق «اکل مال به باطل عن تراض» نیست تا صرف نظر از استثناء، داخل در مستثنی منه بوده و با استثناء خارج شود.

توجیه دیگری (۱) که بعضی برای استثناء متصل ذکر کرده اند آن است که (بالباطل) متعلق به (لا تأکلوا) نبوده، بلکه جمله ی معترضه ای است [که در واقع برای بیان حال مستثنی منه بعد از خروج مستثنی وارد شده است، به این نحو]: «لا تأکلوا أموالکم بینکم إلا أن تكون تجاره عن تراض منکم، فإنکم إن أکلتموها من غیر طریق التجاره کان أكلاً للمال بالبطل» (۲).

۱- المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، ص ۳۱۸: و ربما یقال: إن الاستثناء متصل و قوله: بالبطل قید توضیحی جی ء به لیان حال المستثنی منه بعد خروج المستثنی و تعلق النهی، و التقدير: لا تأکلوا أموالکم بینکم إلا أن تكون تجاره عن تراض منکم فإنکم إن أکلتموها من غیر طریق التجاره کان أكلاً- بالبطل منہیا عنه کقولک: لا- تضرب الیتیم ظلماً إلا- تأدیبا، و هذا النحو من الاستعمال و إن کان جائزاً معروفا عند أهل اللسان إلا أنك قد عرفت أن الأوفق لسياق الآیه هو انقطاع الاستثناء.

۲- محقق نائینی قدس سره - نیز وجهی را برای استثناء متصل ذکر کرده و آن را أظهر دانسته که شاید مرادشان همان توجیه مذکور است. (امیرخانی) • المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۱۳۵: ثم الاستثناء یحتمل أن یكون متصلاً أو منقطعاً فعلى الأول فالمستثنی منه عباره عن مطلق أكل الأموال، و کلمه «بالباطل» خارجه عن المستثنی منه إنما جی ء بها للدلاله علی قسیم المستثنی فالمعنی (ح) انقسام أكل المال الى الباطل و غیره فالباطل هو ما إذا لم یکن تجاره عن تراض، و غیر الباطل ما کان بالاکتساب عن تراض و هذا المعنی هو الأظهر، لظهور الاستثناء فی الاتصال و علی الثانی فکلمه «بالباطل» داخله فی المستثنی منه، و هذا ظاهر. • منیه الطالب فی حاشیه المكاسب، ج ۱، ص ۵۰: أو من المتصل بأن یكون الاستثناء راجعاً إلى مطلق الأكل و یكون معنی الآیه: لا تتصرفوا فی أموالکم بنحو من الأنحاء فإنه باطل إلا التجاره عن تراض. سید خویی قدس سره - نیز در مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۰۳ می فرماید: فان کان الاستثناء متصلاً كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربیه کان مفاد الآیه: أنه لا یجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن یكون ذلك السبب تجاره عن تراض.

این توجیه از توجیه قبلی اُبرد و بلکه غلط بوده (۱) و تکلف بی جایی است که هیچ ملزومی ندارد و از فصاحت قرآن کریم نیز به دور می باشد.

بنابراین دلیلی برای رفع ید از ظهور کریمه در استثناء منقطع وجود ندارد.

تفاوت استثناء متصل و منقطع در معنای کریمه

فخر رازی (۲) در تفسیرش می گوید: اگر استثناء به نحو منقطع باشد إفاده ی حصر حلیت اُکل در خصوص اُکل بالتجاره عن تراض نمی کند؛ چراکه در این صورت دو جمله ی جدا از هم محسوب شده و دو مطلب افاده می کنند که یکی

۱- ولی با توضیحی که در میزان و در کلمات محقق نایینی قدس سره - آمده، دیگر غلط و بارد نیست، هر چند ممکن است خلاف ظاهر باشد. (امیرخانی)

۲- مفاتیح الغیب، ج ۱۰، ص ۵۷: و اعلم أنه كما يحل المستفاد من التجاره، فقد يحل أيضا المال المستفاد من الهبه و الوصيه و الإرث و أخذ الصدقات و المهر و أروش الجنایات، فان أسباب الملك كثيره سوى التجاره. فان قلنا: إن الاستثناء منقطع فلا إشكال، فانه تعالى ذكرها هنا سببا واحدا من أسباب الملك و لم يذكر سائرهما، لا بالنفي و لا بإثبات. و إن قلنا: الاستثناء متصل كان ذلك حكما بأن غير التجاره لا يفيد الحل، و عند هذا لا بد إما من النسخ أو التخصيص.

می فرماید: (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) و دیگری می فرماید: «الأكل بالتجارة عن تراضٍ لا بأس به» لذا نسبت به اسباب دیگر [نفياً و اثباتاً] نظری ندارد و مهمل است. ولی اگر استثناء به نحو متصل باشد إفاده ی حصر می کند؛ زیرا در این صورت معنای کریمه چنین می شود: «أكل مال به هر نحوی باطل است مگر این که از طریق تجارت عن تراض باشد»؛ یعنی تنها مُخرج از اكل مال به باطل، از طریق تجارت عن تراض است و طرق دیگر مانند هبه، وصیت، ارث و ... همه مشمول (لا تأكلوا) بوده و اكل مال به آن، اكل مال به باطل می باشد. ولی از آن جا که می دانیم طرق دیگر نیز موجب حلیت اكل می شود ناچاریم بگوییم کریمه نسخ شده یا به موارد زیادی تخصیص خورده است. (۱)

محقق اردبیلی قدس سره - نیز در زبده البیان فی أحكام القرآن (۲) فرموده است: اگر استثناء به نحو متصل باشد باید آیه ی شریفه را تأویل کرد.

اما همان طور که بیان کردیم کریمه ظهور در استثناء منقطع دارد و هیچ مُلزمی

۱- نظیر این کلام را صاحب بلغه الفقیه (بحر العلوم، محمد بن محمد تقی م: ۱۳۲۶ه.ق) نیز بیان فرموده است: • بلغه الفقیه، ج ۲، ص ۱۰۴: انه يضعفه - مضافاً الی لزوم الحذف و الإضمار حیثند - الالتزام بالنسخ أو كثره التخصیص المستهجن لعدم حصر أسباب حل الأكل و الجواز بالمستثنی و هو التجارة عن تراض، ضروره انه - كما يحل بذلك - يحل بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصایا و أروش الجنایات و سائر النواقل الشرعیه و الإباحات بقسمیها الشرعیه و المالکیه، فكیف یكون مطلق غیر التجارة عن تراض أكلاً بالباطل، و لا كذلك علی المنقطع لرجوعه الی ذكر السبب الخاص لا حصر الأسباب به.

۲- زبده البیان فی أحكام القرآن، ص ۴۲۷: لو كان الاستثناء متصلاً لزم التأویل لعدم حصر التصرف المباح فی التجارة عن تراض، و هی إمّا منصوبه علی أنه خبر تكون و اسمه ضمیر التجارة أو الأكل و التصرف و شبهه، و إمّا مرفوعه علی أن تكون تامه و الظاهر أن المراد بالتجارة هی المعامله علی وجه التعویض مطلقاً أو البیع و الشراء من غیر قصد الربا و بالتراضی الذی هو صفه التجارة صدور التجارة و المعامله عند العقد عن تراض و إذن و رضا من صاحبی المال لا إكراها و من غیر رضاهما.

بر حمل کریمه بر استثناء متصل وجود ندارد که ناچار به تأویل کریمه شویم یا بگوییم کریمه نسخ شده یا نسبت به موارد زیادی تخصیص خورده است.

عدم تفاوت معنای کریمه با استثناء متصل و منقطع در نظر سید خویی قدس سره -

ولی سید خویی - رحمه الله علیه - فرموده (۱) است: استثناء چه به نحو متصل باشد و چه به نحو

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۰۳: و علیه فان كان الاستثناء متصلا كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العرييه كان مفاد الآيه أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض و إذن فتفيد الآيه حصر الأسباب الصحيحه للمعامله بالتجاره عن تراض و إن كان الاستثناء منقطعا كانت الآيه ظاهره ابتداء في بيان الكبرى الكليه لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجاره عن تراض من غير أن تتعرض للحصر، و عليه فلا- يمكن التمسك بها فيما لا يعد في العرف من الأسباب الباطله، و لا- من التجاره عن تراض. بل تكون الآيه بالنسبه إليه مهمله. و لكن يمكن إثبات دلالة الآيه على الحصر حينئذ بالقرينه المقاميه بدعوى أن الله (تعالى) بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات، و تمييز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل، و لا ريب أن الإهمال مما يخل بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه بالقرينه المقاميه و إذن فالآيه مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات في التجاره عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا و على كلا التقديرين فتدل الآيه بالمطابقه على صحه البيع المعاطاتي، و كونه مفيدا للملك، فان عنوان التجاره عن تراض ينطبق عليه عرفا. ... و قد ذكر المحقق صاحب البلغه: أنه لو كان الاستثناء في آيه التجاره عن تراض متصلا لزم من ذلك إما القول بالنسخ أو القول بكثرة التخصيص المستهجن، بداهه أن أسباب حل الأكل ليس منحصرًا بالتجاره عن تراض، بل يحل ذلك بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصايا و أروش الجنائيات و سائر النواقل الشرعيه و الإباحات. سواء أ كانت الإباحه مالكيه، أم كانت شرعيه و إذن فلا ملازمه بين أكل المال بالباطل، و بين ما لا يكون تجاره عن تراض انتهى ملخص كلامه. و يتوجه عليه أن جمله من الأمور التي ذكرها المحقق المزبور ليست مقابله للتجاره عن تراض، بل هي قسم منها، كالهبات التي منها الصدقات المستحبه و الوصايا بناء على اعتبار القبول فيها، و سائر النواقل الشرعيه كالإجاره و الجعالة و نحوهما. و جمله منها و إن كانت خارجه عن حدود التجاره عن تراض - كالوقوف و الإباحات و الوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها - و لكن الالتزام بخروجها عن ذلك لا يستلزم كثره التخصيص، بداهه أن الباقي تحت العام أكثر من الخارج. و يضاف إلى ما ذكرناه: أن المستثنى منه في الآيه إنما هو أكل مال غيره بعنوان التملك: بأن يملك الإنسان باختياره مال غيره بغير التجاره عن تراض، و ما لا- يكون كذلك - كالوقوف و الزكوات و الأخماس و المال الموصى به و وصيه تملكه بناء على عدم اعتبار القبول فيها و أروش الجنائيات - خارج عن حدود المستثنى و المستثنى منه تخصصا لا تخصيصا.

منقطع، کریمه مفید حصر است. وجه إفاده ی حصر در صورتی که استثناء به نحو متصل باشد همان است که بیان شد، اما اگر به نحو منقطع باشد از قرینه ی مقامیه استفاده ی می شود؛ چراکه سیاق کریمه در صدد اعطاء دو ضابطه ی سلبی و اثباتی به نحو کلی و فراگیر [برای بیان اسباب مشروع و غیر مشروع معاملات و تمییز وجه صحیح از باطل] می باشد، بخش نفیی کریمه یعنی (لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) در مقام بیان قاعده ی کلی اسباب غیر مشروع معاملات است و بخش اثباتی کریمه یعنی (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) در مقام بیان قاعده ی کلی اسباب مشروع معاملات است. پس اسباب غیر مشروع معاملات، اسباب باطل است و اسباب مشروع معاملات، تجارت عن تراض است. بنابراین استثناء (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) گرچه به نحو منقطع است، ولی چون در صدد إعطاء قاعده ی کلی اسباب مشروع معاملات می باشد به قرینه ی مقامیه استفاده می شود که اسباب مشروع معاملات منحصر در تجارت عن تراض است؛ زیرا إهمال در مقام إعطاء قاعده مضرّ به مقصود است. پس معلوم می شود کریمه اسباب مشروع معاملات را منحصر در تجارت عن تراض می کند؛ یعنی اکل مال یکدیگر، یا به باطل است یا به تجارت عن تراض. بنابراین اکل مال به غیر تجارت عن تراض اکل مال به باطل است.

سید خوبی قدس سره - به تبع صاحب جواهر و مقدس اردبیلی قدس سرهما - معنای تجارت را نیز توسعه داده و به مطلق معاوضه معنا می کنند؛ نه بیع و شراء، تا اشکال نسخ یا تخصیص اکثر لازم نیاید و بتواند قاعده ی کلی برای بیان اسباب مشروع معاملات باشد.

نقد کلام سید خویی قدس سره -

فرمایش سید خویی قدس سره - تمام نیست؛ زیرا دلیلی بر این که کریمه در مقام بیان قاعده‌ی عام فراگیر باشد وجود ندارد، بلکه خصوص تجارت را می‌خواهد بیان کند؛ چرا که تجارت مهم‌ترین عنصر تبادل از قدیم تا به امروز بوده و در ذهن بعضی این توهم (۱) بوده که تجارت نیز آکل مال به باطل است، به همین خاطر

۱- حضرت استاد دام‌ظله در ابتدای مکاسب محرمه در توضیح توهم باطل بودن تجارت فرموده‌اند: عموم مردم، نوع کارها و مشاغل را مفید و ارزشمند می‌دانند. زراعت و کشاورزی، بنایی، آهنگری، نانواپی و... همه از اموری هستند که با کدّ یمین و عرق جبین روزی را کسب می‌کنند. اما در مورد تجارت، در بین مردم شبهه‌ای وجود دارد و بسیاری بر این عقیده‌اند که تجار، بدون آن که عمل مفیدی انجام دهند و زحمتی بکشند صاحب مال و منال می‌گردند. از دستی می‌گیرند و به دستی می‌دهند و در این میان بهره‌ی فراوانی عائد آن‌ها می‌شود. در نتیجه عمل آن‌ها فاقد ارزش بوده و باطل است. این مطلب در اوائل انقلاب اسلامی زمانی که تفکرات کمونیستی و سوسیالیستی کم و بیش در بین عده‌ای رواج داشت، بیشتر به چشم می‌خورد. در صدر اسلام نیز این توهم وجود داشت که تجارت جزء امور باطل قرار بگیرد. لذا خداوند متعال برای رفع این توهم، تجارت را تخصیص به ذکر فرموده و چنین شبهه‌ای را مرتفع می‌سازد. اما افرادی که نسبت به علم اقتصاد احاطه دارند می‌دانند که تجارت، در اقتصاد یک جامعه رکن است و از اهمیت بسیار بالایی برخوردار می‌باشد. هر چند تولیدات زراعی و صنعتی در اقتصاد یک جامعه لازم و ضروری است، اما چرخه‌ی اقتصاد زمانی کامل می‌گردد که پای تجارت به میان بیاید. تجارت است که محصولات تولیدی منطقه‌ای را به سایر بلاد و مناطق منتقل می‌کند و از آن‌جا لوازم و کالاهای مورد نیاز را جلب کرده، تولیدات را به طور مناسب در طول زمان توزیع می‌کند، به نحوی که چه بسا محصول تابستان، زمستان در دسترس مردم قرار می‌گیرد. بدین ترتیب سبب رونق بازار اقتصاد جامعه می‌گردد. برای درک بهتر این مطلب به فرمایش امیرالمؤمنین علیه السلام - به مالک اشتر نخعی، زمانی که وی را به حکومت مصر منصوب می‌فرمودند، بسنده می‌کنیم. ایشان می‌فرمایند: «تو را سفارش می‌کنم به تجارت پیشگان و صاحبان صناعات که اینان جُلاب منافع و مرافق از جاهای دورند». * گرچه پس از آن می‌فرمایند: «در عده‌ای از ایشان ضیق فاحش و بخل عظیم است» اما در عین حال تجارت را بسیار مهم قلمداد می‌فرمایند. به همین خاطر، خداوند متعال برای رفع این توهم که برخی، تجار را مفت‌خور می‌دانستند، تجارت را تخصیص به ذکر کرده و می‌فرماید: اموال را بین خود به باطل نخورید، مگر آن که به واسطه‌ی تجارت با تراضی باشد. * «تَمَّ اسْتَيْوَسَ بِالتِّجَارِ وَ ذَوَى الصَّنَاعَاتِ وَ اَوْصِ بِهِمْ خَيْرًا الْمُقِيمِ مِنْهُمْ وَ الْمُضْطَرِبِ بِمَالِهِ وَ الْمُتَرَفِّقِ بِنَدَنِهِ فَإِنَّهُمْ مَوَادُّ الْمَنَافِعِ وَ اسْبَابُ الْمَرَاقِ وَ جَلَابِهَا مِنَ الْمَبَاعِدِ وَ الْمَطَارِحِ فِي بَرِّكَ وَ بَحْرِكَ وَ سَهْلِكَ وَ جَبَلِكَ وَ حَيْثُ لَا يَلْتَمِئُ النَّاسُ لِمَوَاضِعِهَا وَ لَا يَجْتَرُّونَ عَلَيْهَا فَإِنَّهُمْ سَلَمٌ لَا تُخَافُ بَأَثَمَتَهُ وَ صَلَاحٌ لَا تُخْشَى عَائِلَتُهُ وَ تَفَقَّدُ أُمُورَهُمْ بِحَضْرَتِكَ وَ فِي حَوَاشِي بِلَادِكَ وَ اعْلَمْ مَعَ ذَلِكَ أَنَّ فِي كَثِيرٍ مِنْهُمْ ضَيْقًا فَاحِشًا وَ شَيْحًا قَبِيحًا وَ اخْتِكَارًا لِلْمَنَافِعِ وَ تَحْكُمًا فِي الْبِيَاعَاتِ وَ ذَلِكَ بَابٌ مَضْرُوبٌ لِلْعَامَّةِ وَ عَيْبٌ عَلَى الْوَلَاهِ فَاَمْنَعُ مِنَ الْاِخْتِكَارِ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ۹ مَنَعَ مِنْهُ وَ لَيْكُنِ الْبَيْعُ بَيْعًا سَمْحًا بِمَوَازِينِ عَدْلِ وَ أَسْعَارٍ لَا تُجْحِفُ بِالْفَرِيقَيْنِ مِنَ الْبَائِعِ وَ الْمُبْتَاعِ فَمَنْ قَارَفَ حُكْرَةً بَعْدَ نَهْيِكَ إِيَّاهُ فَانْكُلْ بِهِ وَ عَاقِبُهُ [مِنْ] فِي غَيْرِ إِشْرَافٍ». (نهج البلاغه «للصبحي صالح»، ص ۴۳۸)

خداوند متعال خصوص تجارت را افراد به ذکر کرده که چون استثناء منقطع است کأن فرموده است: «التجاره عن تراضٍ لا بأس بها».

قید (عن تراضٍ) توضیحی است یا احترازی؟

مسأله‌ی دیگری که در این جا مطرح می شود آن است که در بطن تجارت، تراضی نیز وجود دارد و بدون تراضی تجارت صادق نیست، پس قید (عن تراضٍ) چرا دوباره در کریمه ذکر شده است؟

پاسخ های متعددی به این سؤال می توان داد، از جمله:

۱. شاید این قید، احتراز از «تجارت مُکره» باشد؛ زیرا ممکن است در لغت «تجارت» بر آن اطلاق شود.

۲. این قید برای تأکید این که در تمام أجزاء و شروط معامله باید تراضی باشد، ذکر شده است؛ چون در معرض این بوده که در بعضی موارد رعایت نشود؛ مثلاً بعضی فکر می کنند همین که در اصل معامله تراضی وجود داشته باشد حلیت تصرف دارد هر چند در قیمت آن تراضی نباشد!

۳. بعضی (۱) نیز احتمال داده اند (عن تراض) خبر دوم برای (تَكُونُ) باشد، هر چند خلاف ظاهر است؛ یعنی در حقیقت چنین می باشد: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً وَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَنْ تَرَاضٍ» که در این صورت دو مَبِيح برای اَکَل مال ذکر فرموده که یکی تجارت است و دیگری هر معامله ی عن تراض دیگر مانند: مضاربه، مساقات، اجاره، هبه و ...

نحوه ی استدلال به کریمه برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات

کریمه در صدد امضاء تجارت عرفی است که مفید ملک می باشد. با امضاء تجارت، مقومات آن نیز که بیع و شراء باشد ضمناً مورد امضاء قرار گرفته و مفید ملک می باشد. بنابراین هر یک از بیع و شراء معاطاتی نیز از آن جا که «بیع» و «شراء»

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۳۶۴: و أمّا سیاق التحدید الموجب لثبوت مفهوم القید، فهو مع تسلیمه مخصوص بما إذا لم یکن للقید فائده أخرى، ککونه وارداً مورد الغالب، كما فیما نحن فیہ و فی قوله تعالی وَ رَبَّائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ، مع احتمال أن یکون «عن تراضٍ» خبراً بعد خبر ل «تكون» علی قراءه نصب «التجاره» لا- قیداً لها و إن كان غلبه توصیف النکره تؤید التقييد فيكون المعنى: إلی أن یکون سبب الأکل «تجاره»، و تكون «عن تراضٍ». • المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۲، ص ۳۳: الاحتمالات التي ذكرها فی الآیه المبارکه ثلاثه (الأول) ... (الثالث) ان یکون قوله تعالی (عَنْ تَرَاضٍ) فی محل النصب لکی یکون خبر بعد خبر لقوله یکون إذ اسمه مقدر و هو الأکل. و کلمه تجاره منصوبه علی ان تكون خبرا و تكون کلمه عن تراض خبرا بعد خبر فیصیر المعنى بیان طریق حل الأکل و انه علی طریقین و هما التجاره و الرضا اعنی اذن المالک بالأکل. و علیه فلا- تدل الآیه علی اعتبار الرضا فی التجاره، و الاستدلال بالآیه علی اعتبار الرضا يتم بأحد الاحتمالین الأولین. و قد نسبه بعض المشایخ قدس سره - إلی [بعض] المفسرین و لم نجده: • إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص ۲۳۵: و قد ذکر المفسرین ان قوله سبحانه عَنْ تَرَاضٍ فی قوله إلیما أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ خبر بعد خبر و هذا شاهد علی ان التراضی المعاملی یعم جمیع المعاملات و ان التجاره أحد أفرادها.

بر آن صادق است و می تواند به عنوان مقوم تجارت واقع شود یا اگر تکرار شود مصداق تجارت می باشد، پس مورد امضاء کریمه قرار گرفته و مفید ملک می باشد.

و اگر (عن تراضٍ) خبر بعد از خبر باشد می توان به آن نیز برای اثبات افاده ی ملکیت معاطات تمسک کرد؛ چراکه در این صورت کریمه می فرماید: هر نوع اکلی که ناشی از تراضی باشد هر چند اکلی که متوقف بر ملک باشد، مانند وطی جاریه، عتق رقبه و ... جایز می باشد؛ زیرا معاطات نیز مبادله ی عن تراض است. پس مفید ملکیت می باشد.

بله آن شبهه ای که مرحوم شیخ در تصرفات متوقف بر ملک فرمود که آنما قبل از تصرف، ملکیت حاصل می شود؛ نه از ابتدا، در این جا نیز مطرح می شود که اگر آن شبهه قابل پاسخ نباشد دیگر نمی توان به (عن تراضٍ) علی فرض این که خبر بعد از خبر باشد تمسک کرد.

(۳) آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)

اشاره

سومین کریمه ای که می توان برای اثبات افاده ی ملکیت معاطات به آن تمسک کرد آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (۱) است.

در ابتدای مکاسب محرمه که آیات مفید قواعد کلیه در باب معاملات را بررسی کردیم، این کریمه را بیشتر از آیات مبارکه ی دیگر مورد بحث قرار دادیم؛ چون بعضی از اعظام خصوصاً محقق نراقی قدس سره - تشکیکاتی را در تمسک به این کریمه ابراز کرده بودند که لازم بود مورد بررسی قرار گیرد تا ابهامات زدوده گردد.

۱- سوره ی مبارکه ی المائده، آیه ی ۱: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحَلِّي الصَّيْدِ وَ أَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ).

در آن جا بیان کردیم که «عقد»^(۱) به معنای «بستن» است و هر قراردادی چون بستن بر آن صدق می کند عقد گفته می شود. در عقد لازم نیست دال آن لفظ باشد، بلکه غیر لفظ هم باشد در صورتی که صدق قرار و بستن کند کفایت می کند. بنابراین با معاطات نیز در صورتی که قرینه ی واضحی وجود داشته باشد که اراده ی انشاء بیع کرده، عقد حاصل می شود.

کریمه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بیان می کند هر قراردادی که بستید به آن وفا کنید و مقتضای آن را به اتمام برسانید و به آن پایبند باشید. الدرهم الوفی یعنی الدرهم التمام^(۲). پس کریمه بالمطابقه حکم تکلیفی پایبند بودن به مقتضای عقد را بیان می کند و بالملازمه دال بر صحت وضعی عقد است؛ چراکه التزام عملی و تکلیفی به مفاد عقد، وجه دیگری عرفاً جز صحت وضعی عقد ندارد و این نظیر کنایه است که با ذکر ملزوم اراده ی لازم می شود، مانند «زید کثیر الرماد»، «رحب الفناء»، «مهزول الفصیل» و ... که مراد سخاوت و بخشندگی زید است، ولی فرقی که ما نحن فیه با کنایه دارد آن است که در کنایه، ملزوم و معنای مطابقی کلام، مقصود به افاده نیست، لذا ممکن است زید اصلاً رماد نداشته باشد یا در گاه خانه اش تنگ

۱- لسان العرب، ج ۳، ص ۲۹۶: العُقْد: نقيض الحَلِّ. • المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج ۲، ص ۴۲۱: عَقَدْتُ: الْحَبِيلَ (عَقْدًا) مِنْ يَابِ ضَرْبٍ فَانْعَقَدَ) وَ (الْعُقْمَدَةُ) مَا يُمَسِكُهُ وَ يُوثِقُهُ وَ مِنْهُ قِيلَ (عَقَدْتُ) الْبَيْعَ وَ نَحْوَهُ وَ (عَقَدْتُ) الْيَمِينَ وَ (عَقَدْتُهَا) بِالْتَشْدِيدِ تَوْكِيدًا وَ (عَاقَدْتُه) عَلَى كَذَا وَ (عَقَدْتُه) عَلَيْهِ بِمَعْنَى عَاهَدْتُه.

۲- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۲۰، ص ۳۰۱: وَ وَفَى الشَّيْءُ وَفِيًّا، كَصَيْلِيٍّ: أَي تَمَّ وَ كَثُرَ؛ نَقْلَهُ الْجَوْهَرِيُّ؛ فَهُوَ وَفِيٌّ وَ وَافٍ بِمَعْنَى وَاحِدٍ، وَ فِي الصُّحَا حِ الْوَفِيُّ: الْوَافِي، انْتَهَى. وَ كُلُّ شَيْءٍ بَلَغَ تَمَامَ الْكَمَالِ فَقَدْ وَفَى وَ تَمَّ وَ مِنْهُ وَفَى الدَّرْهَمُ الْمِثْقَالَ إِذَا عَدَلَهُ فَهُوَ وَافٍ.

باشد یا فصیلی نداشته باشد، ولی چون بخشنده و اهل سخاوت است کلام صحیح بوده و کذب نیست. اما در ما نحن فیه معنای مطابقی کریمه که دال بر لزوم پایبندی عملی و تکلیفی به مفاد عقد است مقصود به افاده می باشد. (۱)

بنابراین از آن جا که در عرف لازم نیست دال بر عقد لفظ باشد، بلکه با فعل و کتابت نیز عقد محقق می شود، پس معاطات نیز مشمول کریمه بوده که به دلالت مطابقی بیان می کند به مقتضای آن پایبند باشید البته در هر جایی که پایبندی به آن معقول باشد، مانند بیعت بر حمایت از امام علیه السلام؛ نه مثل بیع که مشتمل بر التزام عملی نیست و به دلالت التزامی و کنایی دال بر صحت و افاده ی ملکیت آن می باشد.

وجه عدم تمسک شیخ قدس سره - به کریمه برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات

نکته ی این که جناب شیخ قدس سره - برای اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات (۲) به این

۱- إن قلت: تکلیف عقودی که در بردارنده ی التزام عملی نیست مانند بیع چه می شود؟ آیا این عقود، مقصود اصلی سخن در دلالت مطابقی نبوده اند؟ چون بیع مفید وضع است؛ نه تکلیف، به خلاف عقد بر انجام یا ترک عملی مثل بیعت بر حمایت از امام علیه السلام - . قلت: در آیه ی مبارکه، تنها ذکر ملزوم مراد نبوده بلکه افاده ی لازم نیز مورد نظر و مقصود به افاده است. بنابراین اگر معنای مطابقی آن در جایی قابل تطبیق نباشد به افاده ی معنای لازم ضربه ای نمی زند. نظیر آن جا که اگر در موردی معنای کنایی نبود ضربه ای به این که ملزومش مراد است، نمی زند. با این تفاوت که در کنایه امکان دارد که معنای مطابقی اصلاً اراده نشود، ولی در (أوفوا بالعقود) معنای مطابقی هم مراد است، ولی مانعی ندارد در مواردی که امکان اراده ی معنای مطابقی نباشد معنای مطابقی اراده نشود و تنها معنای لازمش اراده گردد. به تعبیر دیگر، (أوفوا بالعقود) به دلالت مطابقی، آن چه را که قابل التزام عملی نیست [مانند بیع] شامل نمی شود، ولی بالکنایه، یعنی با معنای کنایی و التزامی، شامل چنین مواردی هم می شود و بیان گر لزوم عقد بیع، عقد نکاح و امثال آن هم هست، هر چند التزام عملی نداشته باشد.

۲- هر چند برای اثبات لزوم بیع معاطاتی، آیه ی شریفه مورد استدلال شیخ قرار گرفته است.

کریمه تمسک نکرده اند شاید این باشد که ایشان در این جا تسلیم اجماع^(۱) شده اند که معاطات مفید لزوم نیست، لذا معاطات را مشمول دلالت مطابقی کریمه که مفید لزوم عقد می باشد نمی دانند. بنابراین از آن جا که ایشان معتقدند حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع می شود نمی توانند برای اثبات صحت و مفید ملک بودن معاطات به این کریمه تمسک کنند؛ چون همان طور که بیان کردیم حکم تکلیفی کریمه را شامل معاطات نمی دانند تا بتوانند حکم وضعی را از آن انتزاع کنند.

امّا ما [علی فرض قبول اجماع نیز] می توانیم برای اثبات صحت معاطات به کریمه تمسک کنیم؛ زیرا بیان کردیم که کریمه بالملازمه و بالکنایه مفید صحت است، لذا مانعی ندارد در مواردی که دلالت مطابقی کریمه منطبق بر موضوع نیست دلالت التزامی آن منطبق باشد؛ چرا که دلالت التزامی کریمه شبیه کنایه بوده و این خصوصیت را دارد که حتی در جایی که دلالت مطابقی و ملزوم صادق نباشد می تواند دلالت التزامی و لازم صادق باشد.

توضیح مطلب این که در اصول، بحثی مطرح است که آیا دلالت التزامی حدوثاً و بقاءً تابع دلالت مطابقی است یا خیر؟ بعضی^(۲) قائل شده اند دلالت

- ۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۱: و أما دعوی الإجماع فی کلام بعضهم علی عدم کون المعاطاه بیعا کابن زهره فی الغنیه ف مرادهم بالبیع المعامله اللازمه التی هو أحد العقود.
- ۲- محاضرات فی أصول الفقه، ج ۳، ص ۷۳: ان اللازم و ان کان تابعاً للملزوم فی مقام الثبوت و الإثبات، إلا انه لیس تابعاً له فی مقام الحجیه. و الوجه فی ههنا ان الإخبار عن الملزوم ینحل إلى إخبارین: أحدهما إخبار عن الملزوم، و الآخر إخبار عن اللازم، و دلیل الاعتبار یدل علی اعتبار کلّیهما معاً، و عندئذ إذا سقط الإخبار عن الملزوم عن الحجیه من جهة قیام دلیل أقوى علی خلافه فلا وجه لرفع الید عن الإخبار عن اللازم، لعدم المانع له أصلاً. و فیما نحن فی ههنا ان کان کشف الأمر عن وجود ملاک فی فعل تابعاً لکشفه عن وجوبه فی مقام الإثبات و الدلاله، إلا انه لیس تابعاً له فی مقام الحجیه، فان حکم العقل باعتبار القدره فی متعلق التکلیف، أو اقتضاء نفس التکلیف ذلك الاعتبار إنما یصلح للتقیید بالقیاس إلى الدلاله المطابقیه فیوجب رفع الید عنها دون الدلاله الالتزامیه، و لا موجب لرفع الید عن إطلاقها أصلاً. إذ المفروض ان کل واحد من الظهورین حجه فی نفسه، فرفع الید عن أحدهما لمانع لا- یوجب رفع الید عن الآخر، فان رفع الید عنه بلا مقتض و سبب. و نتیجه ذلك عدّه أمور: الأول: ان الدلاله الالتزامیه تابعه للدلاله المطابقیه حدوثاً لا بقاء. الثانی: ...

التزامی بقاءاً قابل تفکیک از دلالت مطابقی است؛ یعنی اگر در جایی دلالت مطابقی در بقاء ساقط شد لزومی ندارد که دلالت التزامی نیز ساقط شود، بلکه همچنان می تواند باقی باشد. اما ما در آن جا با آن مخالفت کردیم و گفتیم (۱): دلالت

۱- تقریرات دروس خارج اصول حضرت آیت الله مدرسی یزدی، سال چهارم (۸۷-۸۶)، ص ۱۲: در دلالت های التزامی معمول، نمی توان پذیرفت که دلالت التزامی در حجیت تابع دلالت مطابقی نیست؛ زیرا دلالت التزامی اساساً از مدلول مطابقی گرفته شده و عرفاً و عقلاً از مدلول مطابقی خود تبعیت دارد، و کأن متکلم می گوید اگر کلام من در مدلول مطابقی صحیح بود، این مدلول مطابقی ملازمه ای دارد که آن هم صحیح خواهد بود، اما اگر مدلول مطابقی کلام من صحیح نبود دلالت التزامی من نیز صحیح نخواهد بود. مثلاً فرض کنید متکلمی می گوید این جا آتشی شعله ور است، دلالت التزامی آن وجود حرارت و دود است. حال اگر حرف متکلم دروغ باشد و آتشی نباشد، آیا متکلم می تواند ادعا کند لازمه ی حرف من صحیح است و اگرچه آتش نیست اما حرارت و دود وجود دارد؟ در واقع خود متکلم نیز این مطلب را نمی پذیرد. همچنین عقل ما می گوید اگر واقعاً آتشی که از آن خبر داده شده در کار نباشد لوازم آن آتش یعنی دود و حرارت نیز وجود ندارد، و اما حرارت و دود ناشی از علت دیگر اصلاً در کلام، چیزی راجع به آن مطابقه یا التزاماً به میان نیامده است. بنابراین از آن جا که دلالت التزامی فرع دلالت مطابقی است و منوط به صدق دلالت مطابقی است لهذا اگر در جایی دلالت مطابقی از حجیت ساقط شود، دلیلی نداریم که دلالت التزامی بر حجیت خود باقی است و به تعبیر دیگر دلالت التزامی حصه ی خاصه ای که ملازم با مدلول مطابقی است به ما می نمایاند (حداقل در جایی که قابل تخصیص است) لذا اگر دلالت مطابقی ثابت نبود، آن حصه ی خاصه نیز ثابت نخواهد بود و سایر حصه ها نیز ربطی به دلالت التزامی نخواهد داشت. بنابراین کبرای مسأله را نمی پذیریم و در مثال خبرین متعارضین نیز آن سخن را قبول نداریم که دو خبر متعارض علی الاطلاق با دلالت التزامی نفی نماز ثالث کنند؛ زیرا دلالت التزامی آن ها در اصل این گونه است که اگر نماز جمعه واجب باشد و این خبر صحیح باشد نماز وحدت واجب نیست، اما اگر این خبر کذب باشد در مورد نماز وحدت، دلالتی ندارد. همچنین روایت دیگر می گوید اگر نماز ظهر عند الزوال واجب باشد پس نماز وحدت واجب نیست، اما اگر نماز ظهر واجب نباشد در مورد نماز وحدت دلالتی ندارد. به تعبیر دیگر نفی ثالث علی تقدیر این است که دلالت مطابقی صحیح باشد ولی اگر دلالت مطابقی کاذب بود، در مورد نفی ثالث دلالتی ندارد. یک استثناء اگر دلالت التزامیه به گونه ای باشد که خودش از طریق التزام مقصود به إفاده باشد، در چنین حالتی با سقوط حجیت دلالت مطابقی، دلالت التزامی از حجیت ساقط نمی شود؛ زیرا این نکته در این گونه موارد نیست که بگوییم مدلول التزامی علی تقدیر صدق مدلول مطابقی ثابت است، بلکه خود مدلول التزامی مقصود به إفاده است و مدلول مطابقی تنها طریق إفاده ی مدلول التزامی است؛ نظیر آن چه در کنایه گفته می شود. همان گونه که در تعریف کنایه گفته اند: ذکر الملزوم و اراده اللانزم، اساساً مقصود اصلی در کنایه همان لازم است؛ مثلاً وقتی می گویند «زیدٌ کثیرالرماد» (خاکستر زید زیاد است) لازمه ی کثرت خاکستر، سخاوت و مهمان نوازی زید است، یا زید طویل النجاد (بلندی غلاف شمشیر زید) کنایه از رشید بودن زید است و مثال های دیگر. در این موارد اصلاً مدلول مطابقی مقصود به إفاده نیست و حتی اگر دروغ هم باشد، دلالت التزامی آن می تواند مقصود قرار گیرد. حال اگر فرض کنید مدلول مطابقی در این گونه موارد نیز مقصود به إفاده باشد و به دلایلی دلالت مطابقی از حجیت ساقط شود، دلالت التزامی چون مستقلاً مقصود به إفاده بوده است

از حجیت ساقط نمی شود؛ زیرا تابع دلالت مطابقی نبوده است. امّا آیا چنین موارد و مصادیقی وجود دارد؟ اگر وجود دارد بسیار کم است. در واقع کنایه را نمی توان مثال برای این موارد در نظر گرفت؛ زیرا در کنایه اصلاً مدلول مطابقی مقصود به إفاده نیست و آن چه مقصود به إفاده است همان دلالت التزامی است و یا آن چه محل کلام ما می باشد موردی است که هم مدلول مطابقی و هم مدلول التزامی هر دو مقصود به افاده باشد.

التزامی حدوثاً و بقاءً تابع دلالت مطابقی است؛ زیرا حصّه ی خاصّی از مدلول التزامی با دلالت مطابقی اثبات می شود و با سقوط دلالت مطابقی به ناچار آن حصه از دلالت التزامی هم ساقط می شود.

امّا با این حال در ما نحن فيه می گوییم: دلالت التزامی بقاءً تابع دلالت مطابقی نیست؛ چون دلالت التزامی کریمه شبیه کنایه بوده و این خصوصیت کنایه را دارد که با سقوط دلالت مطابقی نیز می تواند موجود باشد، بلکه حتی اگر حدوثاً نیز دلالت مطابقی نباشد دلالت التزامی کنایی می تواند موجود باشد. بنابراین با تمسّک به دلالت التزامی کریمه می توان اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات نمود.

٤) تمسك به روایت معروف «الناس مسلطون على أموالهم»

آخرین دلیلی که جناب شیخ (١) به عنوان مستمسک صحت معاطات مطرح کرده، ولی مورد نقد قرار داده و چه بسا بعضی به آن تمسک کرده باشند روایت معروف «الناس مسلطون على أموالهم» می باشد. اولین کتابی که ما دیدیم «الناس مسلطون على أموالهم» را به عنوان روایت نقل کرده و به رسول الله - صلی الله علیه و آله و سلم - نسبت داده، الخلف (٢) شیخ طوسی قدس سره - است، سپس الرسائل التسع (٣) محقق حلی قدس سره -

١- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ٣، ص ٤١: و أما قوله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم: «الناس مسلطون على أموالهم» فلا دلاله فيه على المدعى؛ لأنَّ عمومه باعتبار أنواع السلطنه، فهو إنما يجدى فيما إذا شكَّ في أنَّ هذا النوع من السلطنه ثابتة للمالك، و ماضيه شرعاً فى حقّه، أم لا؟ أمّا إذا قطعنا بأنَّ سلطنه خاصه كتمليك ماله للغير نافذه فى حقّه، ماضيه شرعاً، لكن شكَّ فى أنَّ هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ عليه؟ فلا يجوز الاستدلال على سببیه المعاطاه فى الشریعه للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم، و منه يظهر أيضاً: عدم جواز التمسك به لما سیجىء من شروط الصیغه.

٢- الخلف، ج ٣، ص ١٧٦: ليس لأصحابنا نص فى جواز إقراض الجوارى، و لا أعرف لهم فيه فتياً، و الذى يقتضيه الأصول أنه على الإباحه، ... و متى أقرضها ملكها المستقرض بالقرض، و يجوز له وطؤها إن لم تكن ذات رحم محرمة. و به قال داود، و محمد بن جریر الطبری. و قال الشافعى: يجوز اقراضها من ذى رحمها ... لأنه لا يجوز لهم وطؤها، فأما الأجنبى و من يجوز له وطؤها من القرابه فلا يجوز قولاً واحداً. دليلنا: أن الأصل الإباحه، و الحظر يحتاج الى دليل. و أيضاً الأخبار التى رويت فى جواز القرض ... و أيضاً روى عن النبى ٩ انه قال: «الناس مسلطون على أموالهم». و قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»

٣- الرسائل التسع (للمحقق الحلى)، ص ٣٠٧: إذا اشترى المغصوب مع علمه بذلك فقد أورد الأصحاب فى الكتب إذا أخذ المغصوب لم يرجع المشتري على الغاصب، فهل يحل للغاصب ما أخذ أم يجب ردّه على المشتري؟. الجواب: لا يحل للغاصب التصرف فيه و لا يملكه و يجب ردّه على المشتري. أمّا أنه لا يحلّ لقلوله تعالى و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل و لما رواه سليمان ... و أمّا أنه يجب ردّه مع بقاء عينه إذا استعاد المغصوب منهن العين المغصوبه و التمس المشتري، فلائذ العقد لم يفسد الملك، لأنّه فاسد فيبقى على ملك المشتري، فيكون له انتزاعه، لقوله عليه السّلام: الناس مسلطون على أموالهم، و لقوله عليه السّلام: لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه.

کشف الرموز (۱) فاضل آبی قدس سره - و نهج الحق (۲) [و کتب فقهی (۳)] علامه قدس سره - است. (۴)

در میان عامه هم آن مقداری که ما تفحص کردیم چیزی دال بر این که به عنوان روایت تلقی کرده باشند پیدا نکردیم. بله به عنوان قاعده در میان شیعه و سنی کثیراً به کار رفته و تلقی به قبول شده است.

۱- کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، ص ۳۸۳: و قال شیخنا فی بعض المواضع: نعم تسمیٰ کا بأن العقد فاسد، فلا یفید الملک، فالثمن باق علی ملک مالک، فله الانتزاع، لقوله علیه السلام: الناس مسلطون علی أموالهم و هو قوی. لکن اکثرهم علی الأول، و ما اعرف علیه دلیلاً نقلتاً أو عقلياً قویاً، بل تتبعهم تقلیداً لهم.

۲- نهج الحق و کشف الصدق، ص ۵۰۳: ذهبت الإمامیه إلى أن الغاصب إذا صبغ الثوب كان له أجر صبغه و علیه أرش نقص الثوب. و قال أبو حنیفه إن صبغ الأبیض بغير السواد تخیر المالك بین دفع الثوب إليه و مطالبته بقیمته أبيض و بین أخذ ثوبه و دفع قیمه صبغه إليه و إن كان قد صبغه بالسواد تخیر المالك بین دفع الثوب و مطالبته بقیمته أبيض و أخذ الثوب مصبوغاً و لا شیء علیه. و قد خالف العقل و النقل فإن العقل قاض بوجوب المقاصه و إنما يتم بما قلناه لا بدفع الثوب و إلزامه بقیمته. و كذا النقل لأنَّ النَّبِيَّ ۹ قَالَ النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَيَّ أَمْوَالِهِمْ فَكَانَ لِلْغَاصِبِ أَخْذُ صَبْغِهِ وَ لِلْمَالِكِ أَخْذُ ثَوْبِهِ.

۳- در تذکره الفقهاء، مختلف الشیعه و نهایه الاحکام که در بعضی جاها به پیامبر اکرم ۹ نسبت می دهد و می فرماید: النبى ۹ قال: «الناس مسلطون على أموالهم» و در بعضی جاها می فرماید: لقوله عليه السلام -: الناس مسلطون على أموالهم.

۴- کتاب نهج الحق و کشف الصدق کتاب شریفی است که علامه قدس سره - برای اثبات حقانیت تشیع نگاشته است. این کتاب مورد نقد یکی از علماء بی انصاف، بی ادب و هتاک عامه به نام قاضی روزبهان واقع شده است. دو نفر از علماء شیعه نیز به نام قاضی نور الله تستری و شیخ محمد حسین مظفر برادر شیخ محمد رضا مظفر صاحب اصول فقه ۴ به دفاع از نهج الحق برخاسته اند و دو کتاب إحقاق الحق و دلائل الصدق را نوشته اند که هر دو بسیار ارزشمند است. کتاب دلائل الصدق کتابی زیبا، قوی و مختصر است که مطالعه ی آن برای هر طلبه ای جالب و مفید می باشد.

به هر حال فرضاً اگر روایت بوده باشد از آن جا که مرسلان نقل شده قابل اعتماد نیست. در مورد جبران ضعف سند با تلقی به قبول از ناحیه ی علماء نیز می گوییم:

أولاً: معلوم نیست که فقهاء به این روایت به عنوان روایت در فتاوایشان استناد کرده باشند.

ثانیاً: در اصول بیان کردیم دلیلی بر این که شهرت جابر ضعف سند باشد وجود ندارد؛ مگر در جاهای خاصی که مفید اطمینان به صدور روایت یا وثوق ناقلین آن شود که هیچ کدام در ما نحن فیه وجود ندارد.

به هر حال از آن جا که «الناس مسلطون علی أموالهم» به عنوان روایت یا به عنوان قاعده نزد عده ای تلقی به قبول شده و شیخ قدس سره - هم در این جا مطرح کرده و در لسان حقوق دانان نیز فراوان استفاده می شود، بهتر است از لحاظ دلالت نیز مورد بررسی قرار دهیم.

مناقشه ی شیخ قدس سره - در دلالت حدیث سلطنت بر مدعا

مرحوم شیخ (۱) می فرماید: حدیث سلطنت دلالتی بر مدعا ندارد و نمی توان با تمسک به آن اثبات صحت و افاده ی ملکیت معاطات کرد؛ چراکه «الناس مسلطون علی أموالهم» بیان می کند «مالکان بر اموال خود دارای انواع سلطنت می باشند» لذا اگر سلطنت مالک نسبت به نوعی از آن مانند بیع، هبه، اجاره و ... شک شود که

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۱: و أما قوله ۹: «الناس مسلطون علی أموالهم» فلا دلالة فيه علی المدعی؛ لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنّما یجدی فیما إذا شكّ فی أنّ هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك، و ماضیه شرعاً فی حقّه، أم لا؟ أمّا إذا قطعنا بأنّ سلطنه خاصّه كتملیك ماله للغير نافذه فی حقّه، ماضیه شرعاً، لكن شكّ فی أنّ هذا التملیک الخاصّ هل یحصل بمجرد التعاطی مع القصد، أم لا- بدّ من القول الدالّ علیه؟ فلا یجوز الاستدلال علی سببیه المعاطاه فی الشریعه للتملیك بعموم تسلّط الناس علی أموالهم، و منه یظهر أيضاً: عدم جواز التمسك به لما سیجی ء من شروط الصیغه.

مثلاً زید مالک خانه آیا می تواند خانه اش را بفروشد یا هبه کند، می توان به عموم «الناس مسلطون علی أموالهم» تمسک کرد و گفت زید سلطنت مذکور را دارد. اما اگر اصل سلطنت معلوم بود ولی در حصول آن با سبب خاص شک داشتیم؛ مثلاً می دانیم مالک می تواند مالش را به غیر بفروشد اما نمی دانیم آیا این بیع با معاطات نیز حاصل می شود و معاطات سببیت برای تمسک دارد یا خیر، نمی توان با تمسک به عموم «الناس مسلطون علی أموالهم» اثبات کرد که معاطات سببیت برای بیع دارد. کما این که اگر در شرائط صیغه شک داشتیم که آیا عربیت لازم است یا خیر، نمی توان با تمسک به حدیث سلطنت اثبات کرد عربیت شرط نیست. (۱)

بنابراین در جایی می توان به حدیث سلطنت تمسک کرد که فقط شک در ثبوت نوع خاصی از سلطنت برای مالک باشد که با تمسک به حدیث می توان گفت آن مالک سلطنت مذکور را دارد، اما اگر شک در سببیت امر برای نوع خاصی از معاملات بود نمی توان با استدلال به این حدیث مشروعیت آن را اثبات کرد.

بنابراین از آن جا که در ما نحن فیه شک در مشروعیت معاطات به عنوان سبب ایجاد ملکیت وجود دارد که آیا معاطات می تواند جای صیغه ی بیع قرار گیرد یا نه، نمی توان به حدیث سلطنت تمسک کرده و مشروعیت آن را اثبات نمود و تقریباً به همین جهت است که در لسان بعضی (۲) چنین آمده که حدیث

- ۱- این توضیحی درباره ی عبارت شیخ است که از ظاهر اولیه ی عبارت استفاده می شود، اما می توان به گونه ی دیگری نیز توضیح داد که رافع بعض اشکالات محشین باشد، ولی مجاراً للقوم به همین نحو بحث را ادامه می دهیم.
- ۲- فقه الإمامیه، قسم الخیارات (للمیرزا حبیب الله)، ص ۱۳۷: أن السلطنة علی الأموال انما یدل علی نفوذ التصرفات فی الجملة و لو بالأسباب الشرعیة، إذ لیس بنفسه مشرعاً. • المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۱۳۶: (نعم) یمکن أن یتمسک به [حدیث السلطنة] فی موردین آخرین ... إلا أن الأقوی أیضا فساد و ذلك لما عرفت من أنه لیس مشرعاً.

«الناس مسلطون علی أموالهم» مُشَرَّع نیست، بلکه تسلط مشروع را برای همه ی مالکان تعمیم می دهد.

موضع اعلام در دلالت حدیث سلطنت

اشاره

حدیث سلطنت بسیار مورد توجه اعلام اعم از محشین مکاسب و غیر محشین قرار گرفته و بعضی نیز به آن اعتماد کرده اند. از آن جا که این روایت کاربرد فراوانی دارد چنان که شیخ هم اشاره فرمودند و عده ای در بحث شروط صیغه، در بحث ولایت متعاقبین و به طور کلی هر جا سلطنتی که مورد پذیرش عرف است شرعاً مورد شک بود، به حدیث سلطنت تمسک کرده اند، بدین جهت لازم است به آن رسیدگی کرده و کلمات اعلام را مورد بررسی قرار دهیم.

بعضی از اعلام همانند شیخ قدس سره - تمسک به حدیث سلطنت در شک در اسباب انواع سلطنت را نپذیرفته اند و بلکه پا را فراتر گذاشته و تمسک به حدیث در شک در انواع سلطنت را نیز جایز ندانسته اند؛ یعنی با این که شیخ فی الجمله پذیرفته است که حدیث سلطنت می تواند در شک در نوعی از انواع معامله مستند قرار گیرد و فقط در شک در اسباب انواع معاملات نمی تواند مرجع واقع شود که بعضی (۱) در توضیح کلام شیخ تعبیر کردند حدیث سلطنت اطلاق کمی دارد

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۰۱: ما ذکره المصنف و حاصله: أن عموم الحدیث إنما هو باعتبار أنواع السلطنه - کالبيع و الإجاره و الهبه و الصلح و غیرها - و إذا شککنا فی مشروعیه نوع منها - کالمزارعه و المضاربه و المساقاه مثلاً - تمسکنا بعموم الحدیث و نحکم بثبوت السلطنه هنا أيضاً. و أما إذا علمنا بمقدار السلطنه و کمیتها بأن قطعنا بأن سلطنه خاصه نافذه فی حق شخص کبيع ماله من غیره و لکن شککنا فی کیفیه هذه السلطنه و أن هذا البيع هل یوجد بالتعاطی أم لا بد فیہ من القول الدال علیہ فإنه حینئذ لا یجوز لنا أن نتمسک بدلیل السلطنه لإثبات مشروعیه المعاطاه فی الشریعه المقدسه. و قد اتضح لك من توضیح کلام المصنف الفارق بین هذا الوجه و بین سابقه حیث ان العموم فی الوجه الأول باعتبار الكمیه و کیفیه و فی الوجه الثانی باعتبار الكمیه فقط.

ولی اطلاق کیفی ندارد اما بعضی قائل شدند که حدیث سلطنت اطلاق کمی نیز ندارد و نمی توان در شک در نوعی از انواع معامله نیز به آن تمسک کرد. به عنوان مثال اگر شک در صحت شرعی مضاربه شود نمی توان با تمسک به اطلاق «الناس مسلطون علی أموالهم» صحت شرعی آن را اثبات کرد، برخلاف شیخ قدس سره - که فرمود در چنین مواردی می توان به اطلاق آن تمسک کرد، هر چند اگر صحت شرعی اصل مضاربه احراز شود و شک در سببی از اسباب آن باشد نمی توان با تمسک به اطلاق حدیث آن را اثبات کرد.

بعضی دیگر از اعلام نیز در مقابل، موضع گرفته و قائل شده اند: نه تنها در شک در انواع سلطنت می توان به حدیث سلطنت تمسک نمود، بلکه در شک در اسباب انواع سلطنت نیز می توان به اطلاق آن تمسک کرد [و به اصطلاح حدیث سلطنت هم دارای اطلاق کمی است و هم اطلاق کیفی (۱)]، لذا برای تصحیح معاطات می توان به آن تمسک کرد].

از جمله ی اعلامی که در دسته ی اول قرار گرفته اند می توان به مرحوم آخوند (۲)، مرحوم امام و سید خوئی ۴ اشاره کرد. در دسته ی دوم نیز می توان به سید یزدی،

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۰۸: أن البيع المتحقق بالمعاطاه حصه من طبیعی البیع، فالسلطنه علی هذه الحصه حصه من طبیعی السلطنه، فلا- یكون الإطلاق بلحاظ الكم فقط، بل يتضمن الإطلاق بلحاظ کیف أيضا.

۲- حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص ۱۲: بل لا یجدی فی ذلك، إذا شك فی تشریع أصل هذا النوع أيضا، حیث أنه مسوق لیبان سلطنه المالك، و تسلطه، قبالا- لحجره، لا لیبان تشریع أنحاء السلطنه، کی یجدی فیما إذا شك فی تشریع سلطنته، فلا یجوز التمسک به علی صحه معامله خاصه، و جواز تصرف خاص، مع الشک فیهما شرعا.

محقق اصفهانی و مرحوم شهیدی (۱) ۴ اشاره کرد.

کلمات سید یزدی و محقق اصفهانی <@ در تصحیح تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات و نیز نقد مرحوم امام بر کلمات هر دو را نقل می کنیم. مطلبی هم سید خویی قدس سره - دارند که آن را نیز چون ممکن است ایجاد شبهه در اذهان کند ذکر خواهیم کرد إن شاء الله.

کلام سید یزدی قدس سره - در تصحیح تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات

سید یزدی قدس سره - می فرماید (۲): حدیث سلطنت در صدد تصحیح سلطنت هایی است

۱- هدایه الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ۲، ص ۱۶۲: فَإِنَّ إِبْطَاتِ صَحَّةِ الْمَعَاطَةِ بِهَذَا الْكَلَامِ فَرَعٌ أَنْ يَكُونَ لَهُ إِطْلَاقٌ لَفْظِيًّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى وَجْهِ سَبَابِ الْبَيْعِ وَهُوَ مُنْتَفٍ وَ لَا يُمْكِنُ التَّمَسُّكُ بِدَلِيلِ الْحُكْمِ إِذْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ صُدُورُ هَذَا الْحَدِيثِ لِمَجْرَدِ بَيَانِ تَسَلُّطِ النَّاسِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى تَحَقُّقِ نَوْعِ التَّصَرُّفِ كَالْتَّصَرُّفِ الْبَيْعِيِّ مِثْلًا بِكُلِّ وَجْهِ وَ يَكُونُ هَذَا نَظِيرًا مَا إِذَا قِيلَ الْمَرْءُ يَمْلِكُ أَمْرَ زَوْجَتِهِ لَهُ أَنْ يَمْسُكَهَا وَ لَهُ أَنْ يَطْلُقَهَا فَكَمَا لَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِهَذَا لَوْ قُوعَ الطَّلَاقِ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَ بِكُلِّ لَفْظٍ يَرِيدُ فَكَذَا لَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِمِثْلِ قَوْلِهِ لِلْمَالِكِ بَيْعَ مَالِهِ وَ لَهُ هَبْتَهُ وَ هَكَذَا لِإِبْطَاتِ وَقُوعِ الْبَيْعِ بِكُلِّ مَا يَرِيدُ فَإِنَّهُ جَارٌ مَجْرِيٌّ بَيَانٌ أَنَّ أَمْرَ الْمَالِ بِيَدِ مَالِكِهِ لَا يَزَاحِمُهُ فِيهِ أَحَدٌ وَ لَيْسَ لَهُ نَظَرٌ إِلَى سَبَابِ الْبَيْعِ كَاللَّفْظِ وَ غَيْرِهِ. وَ أَمَّا إِذَا جَعَلْنَا الْحَدِيثَ نَظِيرًا إِلَى أَشْخَاصِ التَّصَرُّفَاتِ بَأَنَّ يَكُونُ مَعْنَاهُ أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يَصْدُرُ عَنْهُمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فَهُوَ نَافِذٌ شَرْعًا فَيَكُونُ لَهُ عَمُومٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أَشْخَاصِ التَّصَرُّفَاتِ وَ حِينَئِذٍ إِذَا أُعْطِيَ الْمَالِكُ مَالَهُ غَيْرَهُ وَ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ السُّلْطَانَةُ التَّامَّةُ كَانَ هَذَا تَصَرُّفًا قَطْعًا وَ قَدْ دَلَّتِ الرَّوَايَةُ عَلَى نَفُوذِهِ وَ لَا يَبْعَدُ دَعْوَى ظُهُورِ الْحَدِيثِ فِي هَذَا الْمَعْنَى فَلْيَتَأَمَّلْ.

۲- حاشیه المكاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۹: أقول: الإنصاف تمامیه الدلالة فيه أيضا لأن ظاهره إنبات سلطنتهم بأنواع السُّلْطَانَةِ عَلَى النِّحْوِ الْمَتَدَاوِلِ بَيْنَ الْعَرَفِ إِذَا كَانَتِ الْمَعَاطَةُ مَتَدَاوِلَةً بَيْنَهُمْ فِي مَقَامِ الْبَيْعِ يَشْمَلُهَا الْحُكْمُ. مَعَ أَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ: إِنَّهَا أَحَدُ الْأَنْوَاعِ إِذْ لَيْسَ الْمُرَادُ مِنْهَا النَّوْعُ الْمُنْطَقِيُّ بَلْ أَعْمٌ مِنْهُ وَ مِنَ الصِّينْفِ وَ مِنْ ذَلِكَ يَظْهَرُ أَنَّهُ يُمْكِنُ إِبْطَاتِ جَوَازِ إِخْرَاجِ الْمَالِ عَنِ الْمَلِكِيَّةِ بِالْإِعْرَاضِ إِذَا كَانَ مَتَدَاوِلًا بَيْنَ النَّاسِ بِنَاءً عَلَى الْإِخْتِصَاصِ وَ إِلَّا فَلَوْ قُلْنَا إِنَّهُ أَعْمٌ مِنْهُ وَ مِنْ غَيْرِ الْمَتَدَاوِلِ فَلَا أَمْرَ أَوْضَحَ وَ دَعْوَى أَنَّ الرَّوَايَةَ لَا تَثْبِتُ السَّبَبِيَّةَ الشَّرْعِيَّةَ أَوْلَ الْكَلَامِ فَإِنَّهُ إِذَا دَلَّ عَلَى تَسَلُّطِهِمْ عَلَى التَّصَرُّفَاتِ الْمَتَدَاوِلَةِ يَكُونُ لَازِمًا كُونَ سَبَابِهَا الْعَرْفِيَّةَ سَبَابًا شَرْعِيَّةً كَمَا فِي الْآيَتَيْنِ السَّابِقَتَيْنِ فَإِنَّ مَقْتَضَى حَلْتِهِ الْبَيْعِ الْعَرْفِيَّةِ وَ جَوَازِ الْأَكْلِ بِالتَّجَارَاتِ الْمَتَعَارِفَةِ كُونَ الْمَعَاطَةُ سَبَابًا شَرْعِيَّةً فِي الْحَلْتِ وَ التَّمْلِيكِ هَذَا. وَ يُمْكِنُ أَنْ يَقَرَّرَ الْإِشْكَالَ بِوَجْهِ آخَرَ وَ هُوَ أَنَّ الرَّوَايَةَ لَيْسَتْ بِصَدَدِ بَيَانِ إِمْضَاءِ الْمَعَامَلَاتِ بَلْ إِنَّهَا فِي مَقَامِ بَيَانِ أَنَّ الْمَالِكَ غَيْرَ مَمْنُوعٍ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ فَلَا يَسْتَفَادُ مِنْهَا إِلَّا هَذَا الْمَقْدَارَ نَظِيرًا مَا يَقَالُ إِنْ قَوْلُهُ تَعَالَى أَفِيئُوا الصَّلَاةَ إِنَّهَا هِيَ بَصَدَدُ بَيَانِ أَصْلِ الْوَجُوبِ لَا الْكَيْفِيَّةِ فَالرَّوَايَةُ أَيْضًا بِصَدَدِ بَيَانِ أَنَّ الْمَسْلُطَ هُوَ الْمَالِكُ لَا غَيْرَهُ أَوْ أَنَّهُ مَسْلُطٌ لَا مَمْنُوعٌ وَ أَمَّا أَنَّ التَّصَرُّفَ الْكِذَّابِيَّ لَا شَرَطَ لَهُ أَوْ مَشْرُوطٌ بِكَذَا فَلَا تَعَرُّضُ فِيهَا لَهُ. لَكِنْ أَنْتَ خَيْرٌ بِمَا فِيهِ أَيْضًا بَلِ الْمَسْتَفَادُ مِنْهَا أَزِيدُ مِنْ ذَلِكَ وَ إِلَّا فَيُمْكِنُ أَنْ يَسْتَشْكَلَ فِي الْآيَةِ الْأُولَى أَيْضًا أَنَّهَا فِي مَقَامِ بَيَانِ أَنَّ الْبَيْعَ حَلَالٌ فِي مَقَابِلِ الرِّبَا الَّتِي هِيَ مُحْرَمَةٌ لَا فِي مَقَامِ بَيَانِ أَنَّ كُلَّ مَا يَصْدُقُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ يَكُونُ سَبَابًا فِي التَّمْلِيكِ وَ أَنَّهُ لَا شَرَطَ لَهُ شَرْعًا أَوْ مَشْرُوطٌ بِكَذَا وَ كَذَا فِي

الآيه الثانيه أنّها فى مقام بيان أنّ الأكل بالأسباب الباطله العرفيه غير جائز و بغير الباطله جائز و أمّا أنّ كلّ سبب عرفى ممضى و بعباره أخرى كلّ نوع غير باطل عرفا يجوز الأكل بجمیع أفراده فلا فيها تعرّض له و لیست بصدده و التّحقیق جواز الاستدلال بالكلّ للمقام و لما سیجى ء من شروط الصّیغه.

که عرف برای مالکین قائل است؛ خصوصاً تصرفاتی که بین عرف متداول می باشد. لذا معاطات چون در مقام بیع بین مردم متداول است پس مشمول «الناس مسلطون علی أموالهم» بوده و مورد امضاء می باشد.

سید یزدی قدس سره - سپس ایرادی بر کلام شیخ قدس سره - وارد می کند و آن این که شما که پذیرفتید حدیث سلطنت از حیث انواع، دارای اطلاق است و در نوع مشکوک مانند مضاربه می توان به آن تمسک کرد، چرا از حیث معاطات می فرمایید نمی توان به آن تمسک کرد؟! چون معاطات نیز از انواع سلطنت است؛ چرا که مراد از نوع که نوع منطقی نیست [تا معاطات را که صنفی از نوع بیع است شامل نشود، بلکه مراد نوع عرفی بوده که اعم از نوع و صنف منطقی است] و شامل حصه های متفاوت سلطنت از جمله معاطات نیز می شود.

مرحوم سید اشکالات دیگری که در کلام بعضی وارد شده و شیخ مطرح نکرده پاسخ می دهند، از جمله این که گفته اند (۱):
حدیث سلطنت بیان می کند مردم

۱- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۷: لنا کلام فی أصل تلك الدلالة فإن أقصى مدلول هذه العبارة ثبوت السلطنة فی موضوع المال دون السلطنة علی إذهب هذا الموضوع و إزالة السلطان و لا يلزم من عدم سلطنة الشخص علی إزالة سلطانه نقص فی سلطانه انظر إلی سلطان الله تعالی التي هی أشدّ أنحاء السلطان تجدها شاهد صدق علی ما ادّعیناه.

بر اموال خود مسلط هستند، ولی بیع که سلطنت بر مال نیست تا مشمول روایت باشد! بلکه اخراج مال است، کما این که با این روایت نمی توان تصحیح إعراض کرده و ثابت کرد که با إعراض، مال از ملکیت خارج می شود؛ چون کسی که از مالش اعراض می کند تسلط بر آن پیدا نمی کند، بلکه تسلطش را اعدام می کند، در حالی که روایت بیانگر صحت و امضاء تسلط است؛ نه امضاء اخراج از سلطنت. بنابراین بیع و به طریق اولی إعراض، مشمول حدیث نیست.

سید - رحمه الله علیه - در پاسخ می فرماید: اخراج از ملک یا ادخال در ملک شخص دیگر نیز نوعی سلطنت محسوب می شود و اگر مالک نتواند چنین کاری انجام دهد به این معناست که سلطنتش بر مال تمام نیست؛ چون عرف و عقلاء إخراج از ملک را نیز سلطنت بر مال می دانند. بنابراین إخراج از ملک اگر متداول باشد مشمول حدیث سلطنت می باشد، بلکه متداول نباشد نیز چون عقلائی است مشمول حدیث سلطنت است.

شبهه ی دیگری که بعضی وارد کرده اند و شیخ نیز فی الجمله متعرض آن شده (۱) آن است که روایت از حیث سببیت و این که آیا معاطات سبب بیع است یا نه در مقام بیان نیست، لذا از این جهت نمی توان به اطلاق تمسک کرد.

سید قدس سره - در پاسخ می فرماید: اصل آن است که هر متکلمی در مقام بیان همه ی

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۱: إذا قطعنا بأن سلطنه خاصه کتملیک ماله للغير نافذه فی حقه، ماضیه شرعاً، لکن شکّ فی أنّ هذا التملیک الخاص هل یحصل بمجرد التعاطی مع القصد، أم لا- بدّ من القول الدالّ علیه؟ فلا- یجوز الاستدلال علی سببیه المعاطاه فی الشریعه للتملیک بعموم تسلط الناس علی أموالهم.

اموری است که مربوط به کلامش است؛ مگر این که قرینه ای بر خلاف باشد، لذا بر این اساس «الناس مسلطون علی أموالهم» ظهور در تسلط همه جانبه داشته و شامل همه ی تصرفات عقلائیه می شود. قرینه ای که بیان کند از حیث سبب در مقام بیان نیست وجود ندارد.

و اگر کسی بگوید: «الناس مسلطون علی أموالهم» نظیر (أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ) بوده که در صدد بیان اصل و جوب است؛ نه کیفیت آن، لذا نمی توان به اطلاق آن تمسک کرد و گفت: اگر کسی مسمای صلاه را به جا آورد کافی است! می گوئیم: این تشبیه درست نیست؛ چرا که (أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ) را می دانیم در مقام بیان اصل و جوب است؛ نه بیشتر، امّا در «الناس مسلطون علی أموالهم» در صدد بیان این است که مردم همه نوع تسلطی بر اموالشان دارند و هر تسلط عقلائی شرعاً نیز ثابت است.

و این که بعضی (۱) گفته اند: حدیث سلطنت فقط در مقام نفی حَجْر از مالک است؛ نه الغاء شروط خاص در معامله، درست نیست بلکه در صدد تصحیح معاملات عقلائیه از تمام جوانب می باشد، لذا در موارد شک می توان به آن تمسک کرد.

کلام محقق اصفهانی قدس سره - در تصحیح تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات

محقق اصفهانی (۲) قدس سره - ابتدا در توضیح این که «سلطنت بر مال» چیست می فرماید:

۱- حاشیه المکاسب (للاخواند)، ص ۱۲: انه مسوق لبيان سلطنة المالك، و تسلطه، قبالا لحجرة، لا لبيان تشريع أنحاء السلطنة.
 ۲- حاشیه کتاب المکاسب (للاصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۰۸: ظاهر کلامه قدس سره أنّ حقائق المعاملات أنواع السلطنة، مع أنّ السلطنة ليست إلّا القدره على التصرفات المعاملية هنا، المتحققه بترخيص الشارع تكليفا و وضعاً، فيتحقق بالتريخيص تكليفا القدره على إيجادها بما هي عمل من الأعمال، و بالتريخيص وضعاً و إنفاذ ما يتصدى له ذو المال القدره على المعامله بما هي معامله مؤثره في مضمونها، فالتصرفات متعلقات السلطنة لا- عينها و أنواعها. نعم السلطنة على البيع- باعتبار تخصصها بمتعلقها- حصه من طبيعي السلطنة، و حيث عرفت أنّ البيع المتحقق بالمعاطاه حصه من طبيعي البيع، فالسلطنة على هذه الحصه حصه من طبيعي السلطنة، فلا يكون الإطلاق بلحاظ الكم فقط، بل يتضمن الإطلاق بلحاظ الكيف أيضاً، لما عرفت من أنّ السلطنة تنتزع بلحاظ التريخيص التكليفي و الوضعي معاً، بل الثاني أقوى الجهتين و أظهر الحثيتين في المعاملات. فإذا كان الشارع في مقام التريخيص التكليفي و الوضعي لذی المال- و هو المحقق لحقيقه السلطنة- فلا محاله تكون الأسباب إمّا ملحوظه ابتداء و بنفسها، أو تتبع لحاظ المسببات المفروضه حصصاً، و بهذا الاعتبار لها نفوذ و مضى، كما هو مقتضى عبارته قدس سره (ثابته للمالك و ماضيه في حقه شرعاً) و لا مضى و لا نفوذ إلّا بملاحظه الأسباب، و لو من حيث القيدیه المحصصه للتملیک و المحصصه للسلطنة، و الظاهر من هذا الكلام جعل السلطنة بالتريخيص تكليفا و وضعاً، لا مجرد الاخبار بأنّ الناس مسلطون علی أموالهم بأسبابه الشرعيه، فإنّه لا يتضمن شيئاً يكون الشارع في مقام جعله و إيجاده تشريعاً، و لا معنى لأن يكون هذا الكلام مسوقاً لإثبات حقائق المعاملات للمالك في قبال عدمها، فإنّه أجنبي عن عنوان السلطنة المتقومه بالتريخيص تكليفا و وضعاً، فليس حاله حال قوله تعالى أَلْحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بِمَعْنَى أَفْرَه فِي مَقْرَه و لم يجعل البيع بحكم العدم، لتعلق الإحلال بنفس البيع،

فإثبات البيع تشريعاً أمراً، وإثبات السلطنة عليه أمر آخر، فتدبر. و أما ما عن شيخنا العلامة الأستاذ في غير مورد بأن دليل السلطنة مسوق لعدم حصر المالك عن التصرف في ماله، لا في مقام إثبات السلطنة بأنحائها كما قلنا حتى يتمسك بإطلاقها. فتوضيح الحال فيه يتوقف على بيان أمر: وهو أن عدم نفوذ التصرف تاره لعدم الملك، و أخرى لعدم مشروعيه أصل التصرف كغير البيع و نحوه من المعاملات المتداولة، و ثالثه لعدم نفوذ السبب شرعاً كالمنازحة و الملامسه و المعاطاه عند من لا يراها سبباً شرعاً، و رابعه لوجود مانع كسفه أو صغر أو جنون أو فلس، مع وجود الملكيه و مشروعيه المعامله و مشروعيه السبب كالصيغه المستجمعه للشرائط. إذا عرفت ذلك فنقول: إن ظاهر قوله صلى الله عليه و آله: (الناس مسلطون على أموالهم) ثبوت السلطنة لهم من حيث إضافه المال إليهم، و الحكم بالمقتضى - استناداً إلى ثبوت مقتضيه، إما اقتضاء و إما فعلاً لعدم المانع - معقول، إلا أن الحكم بعدم المانع استناداً إلى ثبوت المقتضى غير معقول، فلا معنى لحمل دليل السلطنة على أن المالك غير محجور، في قبال المحجور بأسبابه، مع عدم استناد عدم المحجوريه على ثبوت المقتضى و هو كون المال له، بل عدم المحجوريه مستندا إلى عدم ثبوت مانع غير الأسباب الموجبه للحجر شرعاً، فتدبره فإنه حقيق به.

سلطنت در این جا به معنای قدرت بر تصرفات معاملی بوده و تصرفات معاملی متعلق سلطنت می باشد. سلطنت بر مال بر دو قسم قابل تصور است؛ سلطنت تکلیفی و سلطنت وضعی.

سلطنت تکلیفی بر مال؛ یعنی تملیک مال به دیگری [یا هر معامله ی دیگر] بما هو عملٌ من الاعمال جایز است و حرمتی ندارد، مگر مواردی که استثناء شده، مانند تملیک خمر یا تملیک به نحو ربا که جایز نیست.

سلطنت وضعی بر مال؛ یعنی مالک می تواند معامله انجام دهد به نحوی که مؤثر باشد؛ مثلاً ملکی از او به دیگری منتقل شود.

سلطنت وقتی علی الاطلاق به کار می رود یعنی هر دو سلطنت تکلیفی و وضعی و تمام حصص آن را دارد. یکی از حصص سلطنت، بیع است که نسبت به سلطنت، جزئی اضافی بوده ولی خودش کلی است. کما این که اجاره نیز یک حصه از سلطنت است که نسبت به اصل سلطنت، جزئی اضافی است امّا خودش کلی است. هر یک از بیع و اجاره نیز می تواند حصه هایی داشته باشد. یکی از حصص بیع، بیع بالصیغه و دیگری بیع بالمعاطه است. بنابراین امضاء سلطنت علی الاطلاق به معنای امضاء تمام حصص آن از جمله امضاء بیع معاطاتی است.

خلاصه این که صدور چنین کلامی از مولا که علی الاطلاق شیطه ی مردم را بر اموالشان امضاء می کند، به معنای آن است که سبب های متفاوت آن را که موجب تخصیص سلطنت می شود در نظر گرفته است و الا کلام دارای اطلاق نخواهد بود. بنابراین مولا بیع معاطاتی را نیز در نظر گرفته و امضاء فرموده است. (۱)

۱- کلام محقق اصفهانی قدس سره - را می توان به ترتیب منطقی ذیل تبیین کرد: (۱) سلطنت این جا به معنای قدرت بر تصرفات معاملی است. (۲) تصرفات معاملی اعم از وضعی و تکلیفی است. (۳) تصرفات معاملی متعلق سلطنت است؛ نه عین یا انواع سلطنت. (۴) سلطنت به اعتبار متعلق خود (تصرفات معاملی) می تواند دارای حصص باشد. (۵) بیع یکی از حصص معامله است، پس سلطنت بر بیع در واقع حصه ای از سلطنت است. (۶) معاطات یکی از حصص بیع و بیع از حصص معامله است. پس سلطنت بر معاطات نیز حصه ای از سلطنت است. (۷) روایت شریفه سلطنت را علی الاطلاق امضاء فرموده، پس تمام حصص سلطنت از جمله سلطنت بر معاطات مورد امضاء واقع شده است. نتیجه این که روایت هم اطلاق کئی دارد و هم اطلاق کیفی؛ چراکه تصرفات معاملی اعم از تکلیفی و وضعی می باشد، پس به ناچار اسباب ملحوظ شارع بوده است ابتداءً یا به لحاظ مسیباتی که به عنوان حصص مفروض است. (امیرخانی)

خلاصه ی کلام مخالفین امکان تمسک به حدیث سلطنت برای امضاء معاطات

بیان کردیم عده ای از جمله مرحوم آخوند(۱)، مرحوم امام و سید خوئی(۲) مخالف امکان استدلال به حدیث سلطنت بر صحت معاطات هستند، بلکه آن مقداری را هم که شیخ قدس سره - تسلیم شده بود منکر شده اند؛ چراکه شیخ ملتزم شدند با حدیث سلطنت می توان انواع معامله را تصحیح کرد و به اصطلاح روایت اطلاق کمی دارد؛ نه کیفی، ولی این اعلام منکر اطلاق کمی و کیفی هر دو شده اند و فرموده اند: حدیث «الناس مسلطون علی أموالهم» فقط در مقام بیان این

۱- حاشیه المکاسب (للاخوند)، ص ۱۲: بل لا یجدی فی ذلك، إذا شک فی تشریح أصل هذا النوع أيضا، حیث أنه مسوق لبيان سلطنه المالك، و تسلطه، قبالا- لحجره، لا لیان تشریح أنحاء السلطنه، کی یجدی فیما إذا شک فی تشریح سلطنته، فلا یجوز التمسک به علی صحه معامله خاصه، و جواز تصرف خاص، مع الشک فیهما شرعا.

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۰۲: الثالث: ما هو التحقيق من أن دلیل السلطنه یتکفل ببيان استقلال المالك فی التصرف فی أمواله فی الجهات المشروعه، و عدم کونه محجورا عن التصرف فی تلك الجهات، و لیس لغيره أن یزاحمه فی ذلك، و علیه فشان دلیل السلطنه شأن الأوامر المسوقه لبيان أصل الوجوب من غیر نظر فیها إلى تعیین الواجب من حیث الكم و کیف.

است که مالک از تصرف در ملکش محجور نیست و استقلال به تصرف دارد، اما این که چه تصرفاتی می تواند انجام دهد و آیا هر تصرفی مورد امضاء است اصلاً در صدد بیان آن نیست. به عبارت دیگر حدیث سلطنت می خواهد بیان کند زیدی که مثلاً مالک کتاب است مستقل به تصرف در کتاب بوده و محجور نیست، حق دارد خودش کتابش را بفروشد و لازم نیست از کسی اذن بگیرد یا ولی برای او بفروشد.

نقض سید خویی قدس سره - بر کلام قائلین به اطلاق حدیث از حیث انواع معاملات

سید خویی قدس سره - مطلبی را نیز اضافه می کنند و می فرمایند: اگر حدیث از حیث انواع معاملات اطلاق داشته باشد آن چنان که جناب شیخ قدس سره - فرمودند لازمه ای دارد که قابل پذیرش نیست. ایشان می فرماید (۱): اگر روایت در مقام بیان انواع باشد [به این معناست که روایت در مقام تشریح است و] لازمه اش آن است که اگر کسی

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۰۱: ما ذكره المصنف و حاصله: أن عموم الحدیث إنما هو باعتبار أنواع السلطنة - كالبيع و الإجارة و الهبة و الصلح و غيرها - و إذا شككنا فی مشروعیه نوع منها - كالمزارعه و المضاربه و المساقاه مثلاً - تمسكنا بعموم الحدیث و نحكم بثبوت السلطنة هنا أيضاً ... و و یرد علیه: أن الالتزام بهذا الوجه یقتضی أيضاً أن تكون الروایه فی مقام التشریح و علیه فیجوز التمسك بعموم النبوی فی أي مورد شككنا فی جواز نوع خاص من السلطنة - كالشك فی جواز أكل لحم الأرنب و نحوه و هذا خلاف الظاهر من الروایه حسب المتفاهم العرفی و لأجل ذلك لم يتمسك به أحد فی أمثال ذلك. و من هنا ذكروا: أن دلیل السلطنة لم یرد فی مقام التشریح بل إنما ورد لإثبات السلطنة للمالك فی الجهات المشروعه. • التنقیح فی شرح المكاسب (البيع)، ج ۱، ص ۸۱: والظاهر من هذه الاحتمالات هو الأخير، ومن هنا لو شك فی حلیه أكل جزء من أجزاء الحيوان المملوك لا يتمسك أحد بالحدیث لإثبات جوازه، وكذا لو شك فی حلیه أكل لحم الأرنب المملوك، وسر ذلك ما بیناه من عدم كون الحدیث ناظرًا إلى الأحكام الشرعیه التي يشك فیها من غیر جهة إضافه المال إلى مالكه، إذن فالحدیث أجنبی عمّا نحن فیه.

مثلاً در لحم إرنب که مملوک اوست شک کرد اُکلش جایز است یا نه، بتواند به عموم «النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» تمسک کرده و بگوید: اُکل لحم إرنب جایز است؛ چراکه مراد از سلطنت، خصوص سلطنت اعتباری نیست، بلکه سلطنت تکوینی از جمله خوردن مال را نیز شامل می شود، در حالی که کسی به عموم حدیث سلطنت برای اثبات جواز اُکل لحم إرنب تمسک نکرده و ارتکاز آن را نفی می کند. پس معلوم می شود حدیث سلطنت چنین اطلاقی ندارد و فقط در مقام بیان این است که مردم نسبت به اموالشان محجور نبوده و مستقل در تصرف می باشند.

نقد کلام سید خوئی قدس سره -

نقض سید خوئی قدس سره - وارد نیست؛ چراکه مدعیان اطلاق حدیث سلطنت قائلند که از حیث تسلط بر ملک بما هو ملک اطلاق دارد؛ نه از حیث های دیگر.

تصرف در ملک بما هو ملک انواع دارد، گاهی اجازه ی پدر لازم است و گاهی لازم نیست، گاهی اجازه ی شوهر لازم است و گاهی لازم نیست، گاهی به نفع است و گاهی به ضرر، گاهی به نحو بیع است، گاهی به نحو اجاره و ... اطلاق «النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» شامل همه ی این انواع و اقسام می شود. امّا روایت از حیث های دیگر مانند حلیت و عدم حلیت، از حیث اُکل یا از حیث های دیگر در مقام بیان نیست تا اطلاق داشته باشد و به تعبیر دیگر اطلاق حیثی است، کما این که پیش تر خود سید خوئی قدس سره - به نقل از استادشان میرزای نایینی قدس سره - فرمودند کریمه ی (فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ) از حیث طهارت و نجاست در مقام بیان نیست، بلکه فقط از حیث تذکیه و عدم تذکیه اطلاق دارد.

بنابراین نقض سید خوئی قدس سره - بر کلام شیخ تمام نیست؛ چراکه جناب شیخ قدس سره - از این حیث فرموده اطلاق دارد، بلکه تصریح کرده از حیث انواع معاملات اطلاق دارد.

نقد مرحوم امام قدس سره - بر كلام قائلين به اطلاق حديث سلطنت

مرحوم امام قدس سره - در ردّ كلام شيخ، سيد و محقق اصفهانی ٤ می فرماید (١):

١- كتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ١، ص ١٢٢: وفيه: أنّ ما لدى العرف في إنفاذ المعاملات يتوقف على أمرين: أحدهما: سلطنه المالك على ماله، فمثل المجنون و الطفل غير المميّز، ليس سلطاناً لدى العقلاء، فلا بدّ في إنفاذ المعامله من السلطنه على المال. ثانيهما: إيقاع المعامله على طبق المقرّرات العقلانيه، فبيع المجهول المطلق بمجهول مطلق ليس نافذاً لديهم، لا لقصور سلطنه المالك، بل لمخالفته للمقرّر العقلاني، فتسلّط الناس على أموالهم شيء، و لزوم تبعيّه العاقد للمقرّرات العقلانيه شيء آخر، و ليست المقرّرات العقلانيه ناشئه عن السلطنه، و ليست من شؤونها، بل هي قواعد لديهم لتنظيم الأمور و سدّ باب الهرج. فتبيّن من ذلك: أنّ إنفاذ سلطنه الناس على أموالهم على النحو المقرّر لدى العقلاء لا- يلزم إنفاذ المعاملات العقلانيه؛ لأنّ السلطنه على الأموال أحد شرائط النفوذ لدى العقلاء، و ليس في محيط العرف و العقلاء السلطنه على الأموال موجباً للسلطنه على المقرّرات، فالناس مسلّطون على أموالهم، و تابعون للمقرّرات، لا مسلّطون عليها، فالسلطنه على الأموال شيء أجنبي عن نفوذها بالنسبه إلى الأسباب المقرّره للمعاملات. و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ البيع ليس نوعاً من السلطنه على الأموال، و لا المعاطاه حصّه منها، أو نوعاً عرفياً منها. فما قد يقال في جواب الشيخ الأنصاري: «إنّه يمكن أن يقال إنّ المعاطاه أحد الأنواع؛ إذ ليس المراد منها النوع المنطقي، بل الأعم منه و من الصنف». ليس على ما ينبغي. كما أنّ كلام الشيخ أيضاً غير وجيه؛ لأنّ البيع و الصلح و نحوهما ليست من أنواع السلطنه على الأموال، فالناس مسلّطون على أيّ نقل شأؤوا، لا على أسبابه؛ لأنّ أسبابه ليست من شؤون السلطنه على الأموال. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ١٣٩: أقول: مفاد المرسله جعل السلطنه و تشريعها للناس على أموالهم، و بإطلاقه يسرى إلى جميع أنواع التصرّفات و أنواع المعاملات، و ليست ناظره إلى أنواع المعاملات أو أصنافها. و المهمّ تنقيح أنّ حيثه الماليه، هل اخذت في السلطنه عليه؛ بحيث لا يتجاوز عنها، أو لا؟ و هل أنّ تضييقها لا من الحيثه الماليه، بل من حيثه اخرى- كالحكم بعدم نفوذ العقد الفارسي مثلاً- تضييق للسلطنه، فينفي بها، أو لا؛ لعدم تضييقها من حيثه الماليه، بل من حيث الإنشاء و الأسباب، و السلطنه في المرسله ليست مطلقه؛ فالضرب بالعصا على رأس الرجل، هل هو جائز؛ لتسلّط مالكها عليها، أو لا؛ لأنّ السلطنه لا- تتجاوز عن حيثه الماليه، فلا تتعدّ إلى الغير؟ الظاهر أنّ حيثه الماليه اعتبرت فيها، و عليه فالمنع عن وقوع المعامله بكذا أو الحكم بعدم وقوع المعامله الكذائيه، ليس تضييقاً للسلطنه على المال من حيث المال، بل هو تضييق لقانون الأسباب المعامله، فلا- ترفعها المرسله، فالمعاطاه لا تثبت صحتّها بها؛ لأنّ اعتبار اللفظ في البيع، ليس تضييقاً للسلطنه على المال من حيثه الماليه حتّى يرتفع بعمومها. و بالجملة: يعتبر في المعاملات المتداوله عند العرف و العقلاء أمران: سلطنه المالك على المال، و توافق المعامله مع القرار و القانون الثابت عندهم، فمن لا- يرونه سلطاناً على ماله- كالمجنون و الصبي- لا اعتبار بمعاملاته عندهم، و كذا ما لا يوافق القانون العقلاني، كبيع المجهول المطلق مثلاً، و على هذا فليست السلطنه منشأ للقانون العقلاني في المعاملات، بل هي أمر، و ذاك أمر آخر، فما هو معتبر عندهم من أنواع السلطنه، هو السلطنه على المال، لا- على القرار و القانون، فقضيه «الناس مسلّطون على أموالهم» جعل السلطنه على المال؛ و أنّه يجوز له أكله و شربه و أنواع التقلّبات و الانتقالات، و أمّا جواز النقل بكذا فليس من مدلولاته؛ إذ هو ممّا اعتبر في المعامله؛ أعني القانون الذي يكون المالك بالنسبه إليه تابعاً، فالناس- عند العقلاء و العرف- بالنسبه إلى مالهم متبعون و مسلّطون، و بالنسبه إلى القانون تابعون و

محكومون له، فلا- يمكن التصرف فيه على نحو التصرف الأول. فما يرى من السيد: من أنّ المراد من السلطنة المعاملات المتداولة بين العرف قد ظهر ضعفه؛ إذ المعتبر عند العرف في هذه المعاملات المتداولة أمران: نفس السلطنة، و تطابقها مع القانون، و أحدهما غير الآخر. و أمّا مقايسه المرسله بالآيتين، فليس في محلّه؛ لأنّ في الآيتين جعل نفس البيع و المعامله مورداً للإمضاء، و في المرسله لم يجعل إلّما ما يعتبر فيها؛ و هو السلطنة، و هي غيرها. و كذا ظهر أنّ الروايه ليست بصدد ما حقّقه المحقّق الأصفهاني؛ من الترخيص الوضعي و التكليفي، بل هي بصدد جعل السلطنة و تشريعها على الأموال، لا غير. نعم، يجوز التمسّك بها في بعض موارد أنواع المعاملات لو لا الدليل، كالبيع الربوي، و بعض أقسام الغرر، إذ تصحيح بيع من الحنطه بمنين منها بواسطه السلطنة على المال ليس خارجاً عن حيثيه الماليه.

آن چه نزد عرف در مورد انفاذ معاملات وجود دارد این است که باید دو امر محقق شود تا معامله ای نافذ باشد و با فقدان هر یک از این دو امر، معامله نفوذ نخواهد داشت:

۱. مالک بر مالش سلطنت داشته باشد؛ یعنی مثل مجنون و طفل غیر ممیز نباشد که نزد عقلاء سلطنت بر مالشان ندارند، لذا اگر طفل غیر ممیز یا دیوانه مال

خودش را بفروشد عقلاء آن را تصحیح نمی کنند.

۲. معامله طبق مقررات و ضوابط عقلائیه انجام شود، لذا اگر مجهول مطلقى را در مقابل مجهول مطلقى معامله کنند عقلاء این معامله را نافذ نمی دانند، نه به خاطر قصور سلطنت مالک، بلکه به خاطر مخالفت مقررات عقلائیه؛ [چراکه عقلاء لازم می دانند ثمن و مثنى فى الجملة معلوم باشد].

مرحوم امام قدس سره - از تفاوت شرط اول و دوم نتیجه می گیرند که سلطنت مالک بر مال، غیر از لزوم تبعیت از مقررات عقلائیه است و مقررات عقلائیه ناشی از سلطنت فرد بر مالش نیست، کما این که از شئون آن هم نیست، بلکه قواعدی است که عقلاء برای سدّ باب هرج و مرج در تنظیم امورشان جعل کرده اند.

بنابراین حدیث سلطنت در واقع شرط اول یعنی سلطنت ملاک بر اموالشان را تنفیذ می کند و نظری به شرط دوم یعنی مقررات عقلائیه ندارد. لذا کلام شیخ قدس سره - که فرمود حدیث سلطنت می تواند انواع معاملات را تصحیح کند درست نیست؛ چراکه انواع معاملات در واقع قالب هایی است که عقلاء در معاملاتشان رعایت می کنند و ربطی به سلطنت اشخاص بر املاکشان ندارد. کما این که کلام سید قدس سره - نیز که معاطات به یک معنا می تواند «نوع» برای بیع باشد و لذا حدیث سلطنت می تواند آن را تصحیح کند، درست نیست؛ چون این ها مربوط به مقررات بوده و ربطی به سلطنت ندارد. همچنین کلام محقق اصفهانی قدس سره - که معاطات را از حصص سلطنت بر مال دانست که با امضاء علی الاطلاق سلطنت، تمام حصص آن نیز مورد امضاء واقع شده و به این معناست که اسباب نیز مستقلاً یا به تبع مسببات لحاظ شده و مورد امضاء واقع شده است درست نیست؛ چراکه همه ی این ها مقررات عقلائیه بوده و ربطی به سلطنت مالک بر مالش ندارد.

نقد کلام امام قدس سره -

خدمت مرحوم امام قدس سره - عرض می کنیم: مراد از سلطنت چیست؟ سلطنت که به معنای قدرت بر تقلیب و تقلب و زیر و رو کردن است باید با متعلق خود لحاظ شود و گاهی به خاطر معلوم بودن متعلق حذف می شود. این که شما می فرمایید سلطنت به معنای عدم محجوریت است می پرسیم متعلق محجوریت چیست و مالک از چه چیزی محجور نیست؟ طبعاً در پاسخ خواهید فرمود که مالک محجور از بیع نیست، محجور از اجاره نیست و محجور از معاملات دیگر نیست. [کما این که مراد از محجوریت مجنون و طفل غیر ممیز نیز محجوریت از بیع، اجاره و سایر معاملات می باشد].

پس سلطنت بر مال به معنای سلطنت بر بیع، اجاره و سایر معاملات است و شکی نیست که این سلطنت دارای ضوابطی است که عقلاء رعایت آن را لازم می دانند. بنابراین این که مرحوم امام قدس سره - رعایت مقررات عقلائیه را غیر از سلطنت و خارج از متعلق سلطنت دانستند درست نیست و سلطنت بر مال به معنای سلطنت بر معاملات با رعایت ضوابط و مقررات عقلائیه است و کلام سید یزدی قدس سره - که فرمود(۱): حدیث سلطنت اثبات انواع سلطنت علی نحو متداول بین عرف و با رعایت قواعد عقلایی می کند متین است.

بنابراین سلطنت بر مال به معنای قدرت بر تصرفات تکوینی و اعتباری در مال است و همان طور که محقق اصفهانی قدس سره - فرمود یکی از حصص آن، قدرت بر بیع بوده که معاطات هم یکی از حصص بیع محسوب می شود و إمضاء سلطنت علی الاطلاق به معنای إمضاء تمام حصص آن می باشد.

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۶۹: أقول: الإنصاف تمامیه الدلالة فيه أيضا لأن ظاهره إثبات سلطنتهم بأنواع السیاطنه علی النحو المتداول بین العرف.

شاهد بر این که سلطنت به معنای قدرت بر تصرفات تکوینی و اعتباری با رعایت ضوابط عقلایی است، عبارتی از خود مرحوم امام قدس سره - است که درباره ی «الناس مسلطون علی انفسهم» می فرماید:

«و ربّما تعتبر السلطنة فی بعض الموارد، و لا- يعتبر الحقّ و لا- الملك، کسلطنة الناس علی نفوسهم؛ فإنّها عقلائیة، فکما أنّ الإنسان مسلّط علی أمواله، مسلّط علی نفسه، فله التصرف فیها بأيّ نحو شاء، لولا المنع القانوني لدى العقلاء، و الشرعی لدى المتشرّعه»^(۱).

مروری بر ادله ی صحت معاطات

در میان ادله ای که برای اثبات صحّت و إفاده ی ملکیت معاطات اقامه شده بود دلالت آیات شریفه را پذیرفتیم و گفتیم از آن جا که معاطات عرفاً بیع است مشمول اطلاق کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) می باشد. و نیز چون معاطات می تواند مصداق یا مقوم تجارت باشد مشمول کریمه ی (تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ) می باشد، کما این که چون در عرف، عقد منحصر به صیغه ی لفظی نیست، بلکه هر چیزی اعم از قول، فعل و اشاره که مفید انشاء ملکیت و قبول باشد عقد بر آن صدق می کند مشمول کریمه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می باشد.

دلالت روایت شریفه ی «الناس مسلطون علی أموالهم» را هم با تقریری که گذشت قبول کردیم. و اگر هیچ یک از این ادله نبود با سیره ی عقلائیة ی غیر مردوعه نیز می توانستیم صحت و إفاده ی ملکیت معاطات را اثبات کنیم و اجماع بر عدم إفاده ی ملکیت را چنان که بعضی ادعا کرده اند نمی توانیم إحراز کنیم به

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۴۱.

طوری که مفید اطمینان به قول معصوم علیه السلام - باشد، هر چند فی الجمله شهرت بر إفاده ی إباحه را قبول می کنیم. بنابراین ادعای محقق ثانی قدس سره - مبنی بر تحقق ملکیت در معاطات مورد قبول ما بوده و مطابق قاعده می باشد، گرچه ایشان معتقدند معاطات مفید ملکیت متزلزل است که بعداً به آن خواهیم پرداخت إن شاء الله.

مبّعات قول به إباحه از کاشف الغطاء قدس سره -

اشاره

شیخ کبیر کاشف الغطاء - رحمه الله علیه - روشی دارند که گاهی با استقراء موارد کثیره به استنتاج می رسند. در ما نحن فیه نیز با استفاده از این روش فرموده است: قول به این که معاطات مفید إباحه بوده و با تصرف متوقف بر ملک یا تلف تبدیل به ملکیت می شود مستلزم تأسیس قواعد جدید در فقه است که مبعّد پذیرفتن قول مشهور می باشد، لهذا نمی توانیم قول به إباحه را بپذیریم. (۱)

مرحوم شیخ با بررسی مبّعات مذکور در کلام کاشف الغطاء قدس سره - و مناقشه ی فی الجمله در آن، در نهایت آن را به عنوان مبعّد قول مشهور می پذیرند، ولی به عنوان دلیل بر این که معاطات مفید ملکیت است نمی پذیرند. (۲)

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۷: القول بمجرد الإباحه و الإذن بالتصرف من غیر ملک كما ادعیت علیه الشهره و نُقل فیه الإجماع و هو مردود بالسيره المستمره القاطعه فی إجراء حکم الأملاک علی ما أخذ بالمعاطاه من إيقاع عقد البيع و الإجاره و الهبه و الصلح و الصدقه و جميع العقود مما يتعلق بتمليک الأعیان أو المنافع علیه و تعلق العتق و الوقف و الحبس و الرهن و الربا و النذور و الإیمان و الوصایا و نحوهما به، و کذا حکم الموارث و الأحماس و الزکوات و استطاعه الحجّ و النظر إلى الجوارى و لمسهن و وطئنهن و تحلیلهن و تزویجهن و نحو ذلك فیلزم إما إنکار ما جاز بدیهه أو إثبات قواعد جدیده.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۰: ثمّ إنَّک بملاحظه ما ذکرنا تقدر علی التخلّص عن سائر ما ذکره، مع أنّه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد، و الإنصاف: أنّها استبعادات فی محلّها.

گرچه بررسی این مبعّادات نقش سرنوشت ساز و قاطعی در قول به إفاده ی ملکیت معاطات ندارد، ولی از آن جا که حاوی مطالب مفید بوده و تدریب خوبی در فقه می باشد مناسب است به طور مختصر آن را بررسی کنیم.

شیخ کبیر قدس سره - در هشت فراز مبعّاداتی را ذکر فرموده و مدعی است این ها اموری خلاف قاعده است که از قول به إباحه حاصل می شود و التزام به آن مستلزم تأسیس قواعد جدید در فقه می باشد.

مبعّد اول: إن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد

اشاره

(۱)

یعنی لازمه ی قول به إباحه آن است که عقود و ما قام مقامها تابع قصد نباشد. مقصود از «عقود» ظاهراً عقد لفظی است و مراد از «ما قام مقامها» معاطات است، هر چند بنابر قول صحیح معاطات نیز عقد می باشد. بعضی گفته اند مقصود از «ما قام مقامها» ایقاعات است که درست نیست؛ چون ایقاع که قائم مقام عقد نمی شود و نیز قرائنی در کلمات شیخ وجود دارد که مراد از عقود، عقود لفظیه است و مراد از «ما قام مقامها» عقد فعلی است که قائم مقام عقد لفظی شده است.

قاعده ی پذیرفته شده در فقه آن است که عقدها تابع قصدهاست؛ یعنی اگر کسی قصد بیع کرد بیع محقق می شود، قصد اجاره کرد اجاره محقق می شود، قصد جعاله کرد جعاله محقق می شود و ... ولی اگر معاطات مفید إباحه باشد این قاعده مُنخرم می شود؛ چراکه در معاطات طرفین معامله قصد تملیک و تملک دارند و می خواهند آن چه در بیع لفظی اتفاق می افتد با معاطات محقق شود؛ یعنی

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۷: منها: إن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد و قصد الملک و التملیک عند المعامله و البناء علیهما لا محض الإباحه بها لا ینافیها.

عوض ملک بایع و معوض ملک مشتری گردد، در حالی که لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که علی رغم چنین قصدی، عوض ملک بایع و معوض ملک مشتری نشود، فقط إباحه ی تصرف داشته باشند و در صورت تلف یا تصرف متوقف بر ملک، آنما قبل از آن ها ملکیت محقق شود!

پس با قول به إباحه در معاطات، تخلف عقد از قصد لازم می آید که قاعده ی جدیدی در فقه می باشد و باید از کلیت قاعده ی «العقود تتبع القصد» رفع ید کرد.

پاسخ شیخ قدس سره - به مبعّد اول

مرحوم شیخ در پاسخ مبعّد اول شیخ کبیر قدس سره - می فرماید:

أولاً: قاعده ی «العقود تتبع القصد» مربوط به عقودی است که شارع آن ها را امضاء فرموده و صحیح می باشد و چنین تبعیتی مقتضای دلیل صحّت آن هاست، ولی عقودی که شارع آن ها را امضاء نکرده و در نتیجه حکم به بطلان و فساد می شود تابع قصد نیست، بلکه در چنین عقودی آن چه واقع می شود خلاف قصد است. (۱)

به عنوان مثال در بیع غرری، قصد متبایعین تبدیل مال است که عوض ملک بایع و معوض ملک مشتری شود، ولی چون طبق روایت شریف «نهی النبی - صلی الله علیه و آله و سلم - عن بیع الغرر» حکم به بطلان بیع غرری می شود، پس قصد متبایعین محقق

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۶: أمّا حکایه تبعیه العقود و ما قام مقامها للقصد، ففيها: أولاً: أنّ المعاطاه لیست عند القائل بالإباحه المجزّده من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً؛ فإنّ تبعیه العقد للقصد و عدم انفکاکه عنه إنّما هو لأجل دلیل صحّته ذلك العقد، بمعنی ترتّب الأثر المقصود علیه، فلا یعقل حينئذٍ الحكم بالصحّحه مع عدم ترتّب الأثر المقصود علیه، أمّا المعاملات الفعلیه التي لم یدلّ علی صحّتها دلیل، فلا یحکم بترتّب الأثر المقصود علیها، كما ینبّه علیه الشهید فی کلامه المتقدّم من أنّ السبب الفعلی لا یقوم مقام السبب القولی فی المبیعات، نعم إذا دلّ الدلیل علی ترتّب أثر علیه حکم به و إن لم یکن مقصوداً.

نمی شود. در ما نحن فيه هم چون معاطات در نظر قائلین به إفاده ی إباحه اصلاً از عقود یا قائم مقام عقود نیست شرعاً و در نتیجه باطل است، پس لازم نیست تابع قصد باشد؛ چرا که فاسد بودن ملازم با تابع قصد نبودن است.

بنابراین با قول به إباحه در معاطات، قاعده ی «العقود تتبع القصد» منخرم و مخدوش نمی شود؛ چون معاطات که سبب فعلی است نزد قائلین به إباحه اصلاً عقد نیست تا مشمول ادله باشد.

إن قلت: اگر عقد باطل است پس چگونه حکم به إباحه می شود؟

قلت: إباحه ی تصرف در مأخوذ به معاطات، یک حکم شرعی است که موضوعش تعاطی است؛ نه این که چون تصحیح عقد شده تصرف مباح است. به عبارت دیگر عقد معاطاتی باطل بوده و کالعدم می باشد ولی شارع فرموده با این که عقد باطل است تصرف در مأخوذ به معاطات جایز است و این یک حکم شرعی است که ربطی به عقد ندارد تا گفته شود عقد تخلف از قصد پیدا کرده است.

ثانیاً: علی فرض این که تخلف عقد از قصد پدید بیاید، مستلزم تأسیس قواعد جدید نیست؛ چرا که موارد متعددی در فقه وجود دارد که عقد تابع قصد نبوده و تخلف پدید می آید. بنابراین این قاعده مانند اکثر قواعد اعتباریه قابل تخصیص است. (۱)

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۷: ثانیاً: أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضه إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة؛ لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر. و توهم: أن دليلهم على ذلك «قاعده الید»، مدفوع: بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، و هو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك. و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعامله إلا مقرونه به غير مفسد عند أكثر القدماء. و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل. و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير. و ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً، على قولٍ نسبه في المسالك و كشف اللثام إلى المشهور. نعم، الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أن التخلف عن القصد يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدله صحه العقود، و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل.

از جمله مواردی که می توان به عنوان تخلف عقد از قصد نام برد عبارتست از:

مواردی از تخلف عقد از قصد در فقه

۱. عقد معاوضه اگر فاسد باشد در صورتی که طرفین، عوض یا مُعَوِّض را تلف کرده باشند یا نزد آنان تلف شده باشد ضامن قیمت هستند به خاطر قاعده ی معروف «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده». ولی فرقی که ضامن عقد صحیح با ضامن عقد فاسد دارد این است که ضامن عقد صحیح ضامن معاوضی است؛ یعنی همان عوض و معوّض که در معاوضه معین کرده اند بر عهده ی بایع و مشتری است، اما ضامن عقد فاسد، قیمت یا مثل می باشد، در حالی که این خلاف قصدشان است؛ زیرا طرفین که علی وجه الضمان اقدام بر معامله کردند و به همین خاطر عقد فاسد ضامن دارد قصد کرده بودند مثنی به اندازه ی مثنی مورد ضمان قرار گیرد؛ نه به مثل یا قیمت که ممکن است متفاوت از مثنی باشد. پس در این جا تخلف عقد از قصد اتفاق افتاده است.

ممکن است کسی توهم کند: دلیل ثبوت ضمان در عقد فاسد، «إقدام به ضمان» نیست، بلکه قاعده ی علی الید و اتلاف یعنی «من أتلّف مال الغیر فهو له ضامن» است که ربطی به عقد ندارد و در نتیجه تخلف عقد از قصد رخ نداده است.

شیخ قدس سره - در پاسخ می فرماید: دلیل عمده ی فقهاء بر ضمان در «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» اقدام بر ضمان است که از عقد استفاده می شود. بله

[بعضی] قاعده ی علی الید را نیز به عنوان مؤید به آن ضمیمه کرده اند. (۱)

۲. بین قدما و چه بسا متأخرین معروف است که شرط فاسد در عقود مفسد نیست؛ یعنی اگر در ضمن عقد شرطی ذکر شود که خلاف شرع بوده و تحلیل حرام یا تحریم حلال کند باعث فساد عقد نمی شود، بلکه عقد بدون آن شرط فاسد محقق می شود (۲) که این یکی از مصادیق بارز تخلف عقد از قصد می باشد.

۳. اگر معامله ای بر ما یُملک و ما لا- یُملک با هم واقع شود؛ مثلاً در یک معامله گوسفندی که ما یُملک می باشد همراه خنزیری که برای مسلمان ما لا- یُملک است فروخته شود، گفته اند: بیع نسبت به ما یُملک صحیح بوده، ولی نسبت به ما لا یُملک فاسد است، نهایت این که مشتری خیار تبعض صفقه دارد.

همچنین اگر کسی در یک معامله ما یُملک را همراه ما لا یُملک بفروشد؛ مثلاً کتاب خودش را به همراه کتاب زید که مالک آن نیست بفروشد، گفته اند: بیع نسبت به ما یُملک صحیح بوده و نسبت به ما لا یُملک صحیح نیست. و این دو نیز از مصادیق تخلف عقد از قصد می باشد.

۴. یکی دیگر از موارد تخلف عقد از قصد «بیع الغاصب لنفسه» است که با اجازه ی مالک، بیع برای مالک محقق می شود؛ نه غاصب، در حالی که این خلاف

۱- مانند شهید ثانی قدس سره - در مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۵۴: لا إشکال فی ضمانه إذا کان جاهلاً- بالفساد، لأنه أقدم علی ان یکون مضموناً علیه، فیحکم علیه به، و إن تلف بغير تفريط، و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی». و من القواعد المقرره فی هذا الباب أن کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، و أن ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

۲- کثیراً ما این سؤال مطرح می شود که اگر کسی قرض ربوی گرفت آیا اصل قرض صحیح است یا خیر؟ پاسخ آن است که قرض ربوی چون قرض با شرط فاسد زیاده است، طبق نظر کسانی که شرط فاسد را مفسد نمی دانند اصل قرض صحیح بوده و می توانند در آن تصرف کنند، هرچند به خاطر انعقاد چنین عقدی مرتکب حرام تکلیفی شده اند [و پرداخت زیاده نیز لازم نیست].

قصد متبایعین است؛ چون غاصبی که مال غصبی را به دیگری می فروشد قصدشان این بوده که بیع برای غاصب محقق شود، ولی کثیری از فقهاء گفته اند صحت این عقد فضولی منوط به اجازه ی مالک است و با اجازه ی مالک، ثمن نیز به کیس مالک می رود، در حالی که متعاقدین یعنی غاصب و مشتری قصد کرده بودند ثمن به کیس غاصب داخل شود. پس تخلف عقد از قصد محقق شده است.

۵. نسبت به مشهور داده شده (۱) که ترک ذکر أجل در عقد نکاح منقطع و موقت باعث می شود که به نکاح دائم منقلب شود و این از مصادیق واضح تخلف عقد از قصد می باشد؛ چرا که می خواستند عقد به نحو موقت واقع شده و نفقه لازم نباشد، ارث در پی نداشته باشد و ... ولی با ترک ذکر أجل خلاف آن اتفاق افتاده است.

جناب شیخ قدس سره - بعد از ذکر موارد تخلف عقد از قصد در فقه به عنوان نقض بر کلام کاشف الغطاء قدس سره - می فرماید: فرقی که تخلف عقد از قصد در ما نحن فیه با عقود صحیحه و ما یحکمها دارد این است که تخلف عقد از قصد در عقود صحیحه احتیاج به دلیل خاص یا عام دارد تا مورد را از ادله ی عامه ی صحت عقود خارج کند؛ چرا که ادله ی صحت عقود مانند (أوفوا بالعقود) اقتضاء می کند

۱- مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۷، ص ۴۴۷: لا- خلاف فی أنّ ذکر الأجل شرط فی صحّة نکاح المتعه، و هو المائز بینها و بین الدائم. و قد دلّ علیه صحیحہ زرارہ عن أبی عبد اللہ علیہ السلام قال: «لا تكون متعه إلا بأمرين: بأجل مسمّى، و أجر مسمّى». و لو قصد المتعه و أخلّ بذكر الأجل فالمشهور بين الأصحاب أنّه ینعقد دائماً. • كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۷، ص ۲۸۰: و لو أخلّ به بطل العقد وفاقا لوالده لأنّه یاهمال الأجل لا یقع متعه، و بقصد الانقطاع لا یقع دائماً، فإنّ العقد تابع للقصد. و منعه مسندا بأنّه یحکم بالصحه مع الاشتمال علی الشروط الفاسده، غیر وارد، فإنّ الشروط أمور خارجه عن العقد بخلاف الأجل و الدوام. و قيل فی المشهور ینقلب دائماً لأنّ اللفظ صالح لهما، و إنّما یتمحض للمتعه بذكر الأجل، فإذا أهمل تعین للدوام.

اثر مترتب بر عقد به همان نحوی که متعاقدين قصد کرده اند باشد؛ چون می فرماید به همان چیزی که با هم عقد بستید وفادار باشید، لذا موارد تخلف از قصد احتیاج به دلیل مُخرج دارد. به خلاف ما نحن فیه که تخلف از قصد احتیاج به دلیل مُخرج ندارد، بلکه مطابق اصل است؛ زیرا عقد به نحو صحیح واقع نشده، لذا اصل آن است که قصد متعاطین محقق نشود.

بررسی پاسخ شیخ به مبعّد اول کاشف الغطاء قدس سرهما -

پاسخ اول شیخ به کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - این بود که قاعده ی «العقود تتبع القصود» مربوط به عقود صحیح است؛ نه عقود باطل مانند معاطات، لذا حکم به إباحه در معاطات اصلاً مربوط به عقد و قصد متعاطین نیست تا تخلف عقد از قصد لازم آید، بلکه یک حکم شرعی است که موضوعش معاطات می باشد.

خدمت جناب شیخ قدس سره - عرض می کنیم: گرچه این پاسخ طبق نظریه ای که إباحه را یک حکم شرعی بیگانه از عقد می داند که موضوعش معاطات است صحیح می باشد، ولی کلام کاشف الغطاء قدس سره - ناظر به کلمات کسانی است که إباحه را حکم شرعی بیگانه از عقد تلقی نکرده اند که معاطات صرفاً موضوع آن باشد، بلکه قصد متعاطین و فی الجمله عقد را دخیل در حکم دانسته اند، لذا کلام کاشف الغطاء با نظر به کلمات فقهاء درست بوده و قول به إباحه با قواعد متداول فقه سازگار نیست و مستلزم تأسیس قواعد جدید می باشد.

ظاهر کلام شیخ قدس سره - که إباحه یک حکم شرعی است و ربطی به قصد متعاطین ندارد با کلمات فقهاء که قبلاً نقل کردیم سازگاری ندارد. از کلمات شیخ طوسی قدس سره - در مبسوط، ابن براج قدس سره - در جواهر الفقه، ابی الصلاح حلبی قدس سره - در کافی، ابن حمزه قدس سره - در وسیله، ابن زهره قدس سره - در غُنیه و بالخصوص کلمات ابن ادریس قدس سره -

در سرائر (۱) استفاده می شود که حکم به إباحه مقتضای اقدام متعاطین است؛ زیرا بعضی (۲) دلیل آن را تراضی ذکر کردند یا بعضی (۳) تعبیر کردند معاطات مفید إباحه است؛ یعنی متعاطین إباحه کرده اند. بله برخی (۴) تعبیر به «استباحه» کردند که اعم است از این که مستفاد از اقدام متعاطین باشد یا از غیر آن، ولی چون بعضی (۵) تراضی را عطف بر استباحه کرده اند کشف می شود استباحه ای که مستفاد از اقدام متعاطین است مرادشان می باشد.

پس اشکال شیخ کبیر قدس سره - طبق کلمات فقهاء که إباحه از تعاطی و إقدام متعاطین ناشی می شود، با غمض عین از جواب دوّم وارد بوده و مستلزم تأسیس قواعد جدید می باشد.

ولی پاسخ دوم جناب شیخ بر کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - که فرمودند موارد تخلف

- ۱- السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۲۴۹: و لیس هذا من العقود الفاسده، لأنه لو كان عقدا فاسدا لم یصح التصرف فیما صار إلى كل واحد منهما، و انما ذلك علی وجه الإباحه.
- ۲- الكافی فی الفقه، ص ۳۵۲: فإن اختلف شرط من هذه لم ینعقد البیع و لم یستحق التسليم، و ان جاز التصرف مع اختلف بعضها للتراضی دون عقد البیع، و یصح معه الرجوع.
- ۳- غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، ص ۲۱۴: و احترازا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاه، نحو أن یدفع إلى البقلى قطعه و یقول: أعطنى بقلًا، فیعطیه، فإن ذلك لیس ببیع و إنما هو إباحه للتصرف.
- ۴- الخلاف، ج ۳، ص ۴۱: دلینا: إن العقد حکم شرعی، و لا- دلالة فی الشرع علی وجوده هاهنا، فیجب أن لا- یشبث. فإما الاستباحه بذلك فهو مجمع علیه، لا یختلف العلماء فیها.
- ۵- المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص ۸۷: فإذا ثبت هذا فکل ما یجرى بین الناس إنما هو استباحات و تراض دون أن یکون ذلك بیعا منعقدا مثل أن یعطى للخباز درهما فیعطیه الخبز.

عقود از قصود در فقه بسیار است و لذا مستلزم تأسیس قواعد جدید نیست درست است. قاعده ی «العقود تتبع القصود» به حسب اصل اولی است و مربوط به جاهایی است که شارع عقد عرفی را که منطبق بر قصد متعاقدين محقق می شود مطلقاً امضاء فرموده است؛ اما اگر مواردی را شارع بیان کرده باشد که عقد مقداری از قصد تخلف دارد هیچ اشکالی ندارد به آن ملتمز شویم.

نقوض جناب شیخ بر کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - نیز وارد است، هر چند بعضی تلاش کرده اند همه یا اکثر آن را به گونه ای پاسخ دهند، ولی تلاش آنان غیر ناجح بوده و نتوانسته مشکل را حل و کلام کاشف الغطاء را تثبیت کند.

پاسخ بعضی به نقوض شیخ قدس سره - در مبعّد اول و نقد آن

نقض اول شیخ قدس سره - این بود که قاعده ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» اقتضاء می کند که ضمان در عقد فاسد ضمان به مسمی باشد؛ نه ضمان به قیمت؛ چرا که دلیل ضمان، اقدام متعاقدين است، لذا ضمان به قیمت از موارد تخلف عقد از قصد محسوب می شود.

در پاسخ به نقض اول شیخ گفته اند (۱): اکثر فقهاء دلیل ضمان را قاعده ی «من اتلف»

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۷۱: أقول لا- ینخفی أنّه لیس شیء من هذه الموارد من باب التّخلف عن القصد إلّا الوجه الأخير بناء على القول به و هو انقلاب الانقطاع دواما مع عدم ذکر الأجل و ذلك لأنّ فی المورد الأوّل نقول أوّلاً إنّ الحقّ ما ذكره المتوهم من أنّ الدلیل على الضمان قاعده الید و إن لم یکن نظر المشهور إليها إذ المتبع ما هو مقتضى الحقّ لا ما هو فی نظر المشهور بناء على صحّته التّسببه و ثانيا على فرض كون الوجه فی الضمان هو الإقدام فلیس ذلك من قبیل ما نحن فيه إذ لیس هذا من باب إمضاء المعامله على خلاف المقصود بل بعد الحكم بالفساد و عدم الإمضاء أصلا حکم بالضمان فی صوره الإقدام علیه و بالعدم فی صوره العدم و این هذا من تخلف العقد عن القصد و هذا واضح جدا. • حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۹: أنّا نمنع تخلف العقد فیها عن القصد إمّا اقتضاء عقد المعاوضه إذا فسد ضمان القیمه مع أنّهما قصد الضمان بالمسمی فذلك من جهة أنّ معنی تبعیه العقد للقصد هو تبعیه العقد إذا صحّ للقصد و أمّا العقود إذا فسدت فلیست مصباً لهذه القاعده مع أنّ الحقّ أنّ الضمان فیها ضمان الید و لیس للإقدام عنوان و تأثیر و لذا لا ضمان بعد العقد و قبل القبض. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۱۶: و یندفع: بعد معلومیه المسامحه فی أمثال هذه التعبیرات، أنّ ترتب الضمان على العقد الفاسد کترتب الإباحه شرعا من باب ترتب الحكم على موضوعه، لا من باب ترتب المسبب على سببه، بل لو فرض أنّ باب ترتب المسبب على سببه فهو مغایر لترتیب الأمر التسیبی على ما یتسبب إليه، و الأمر العقدی القصدی الذی لا بد من أن یتكون على فرض وقوعه قصديا هو الثانی دون الأول، إذ لا دلیل عقلا على أنّ كل مسبب یترتب على سبب عقدی قصدی، فضلا عما إذا كان مثل نسبه الحكم إلى موضوعه. مضافا إلى أنّ الضمان بواسطه الید لا بالعقد الفاسد، و لو فرض أنّه بالأقدام و أرید منه الإقدام المعاملی العقدی- فهو عند القائل به من حیث الاقدام على طبعی الضمان فی ضمن الاقدام على ضمان خاص، و نفی الخصوصیه لا یوجب نفی أصله، فالواقع مقصود ضمنا لا أنّه غیر مقصود، و سیجی ء إن شاء الله تعالی تمام

الكلام فيه فى محله.

یا «علی الید» ذکر کرده اند؛ نه اقدام متعاقدين، لذا تخلف عقد از قصد پدید نمی آید.

ولی علی فرض این که این کلام درست باشد و اکثر فقهاء دلیل ضمان را قاعده ی «من ا تلف» یا «علی الید» ذکر کرده باشند، همین که عده ای سبب ضمان را اقدام متعاقدين هر چند به عنوان دلیل دوم دانسته اند کافی است که بگوییم مورد از مصادیق تخلف عقد از قصد بوده و در نتیجه نقض شیخ بر کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - وارد است؛ چرا که معلوم می شود تخلف عقد از قصد چیز جدیدی نیست و در فقه نظیر دارد.

نقض دوم این بود که التزام به این که «شرط فاسد در عقود مفسد نیست» از مصادیق تخلف عقد از قصد می باشد.

در پاسخ گفته اند(۱): شرط در ضمن عقد چیزی غیر از اصل عقد و معامله

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۷۱: و أمّا المورد الثانی و هو حکمهم بصحّ العقد مع فساد الشرط مع أنّ المقصود مقترن به فوجه عدم الإفساد أنّه من باب تعدّد المطلوب لا التّقييد و لا العنوائیه فلا دخل له بما نحن فيه إذ لیس من باب التّخلف إلّا بالنّسبه إلى المطلوب الثّانوی و لذا قلنا إنّّه مثبت للخيار كما فی تخلف الشرط الصّحیح و من ذلك يظهر حال المورد الثّالث و هو بیع ما یملک و ما لا یملک بل عدم التّقييد فيه أظهر كما لا یخفی. • حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۹: و أمّا الشرط الفاسد بناء علی أنّه لا یؤثر فی فساد العقد فذلك من جهة أنّ مبني ذلك الكلام هو تعدّد الالتزام و أنّ الشرط التزام فی التزام لا- أنّ الالتزام توجه إلى أمر مقید فإذا فسد أحد الالتزامین لم یقتض ذلك فساد الآخر. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۱۷: و یندفع: بأنّه عند غیر واحد من القائلین به من باب تعدّد المطلوب، و أنّ کلا منهما- ای المقید و المجرد- مطلوب، فتأثیر العقد فیما هو مضمونه بذاته- دون ما هو مضمونه بقیده- لیس من باب وقوع ما لم یقصد، و لکننا قد ذکرنا ما هو التحقیق فیهِ فی باب الشروط فراجع.

می باشد و تعدّد مطلوب است، لذا عدم فساد عقد با فساد شرط، از مصادیق تخلف عقد از قصد نیست.

ولی این کلام درست نیست؛ چراکه متعاقدين قصد کرده بودند با این شرط معامله کنند و چه بسا بدون آن شرط اصلاً قصد معامله نداشتند. پس تخلف عقد از قصد محقق شده است.

نقض سوم این بود که در «بیع ما یملک و ما لا یملک منضمّاً» و نیز «بیع ما یملک و ما لا یملک منضمّاً»، بیع نسبت به ما یملک و ما یملک محقق می شود و نسبت به ما لا یملک و ما لا یملک محقق نمی شود و این از موارد تخلف عقد از قصد می باشد.

در پاسخ گفته اند^(۱): هر یک از «بیع ما یملک و ما لا یملک منضمّاً» و «بیع ما

۱- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۹: و أما بیع ما یملک و ما لا یملک فالحکم فیہ وارد علی القاعده من جهة انحلال البیع المتعلّق بصنّفه إلى بیوع متعدّده علی سبیل الاستغراق جمعها لفظ واحد نعم إذا کان وصف الاجتماع قیداً دخیلاً فی المتعلّق کان ذلك نقضاً علی القاعده فإن عمّت الفتوی تلك الصوره کان ذلك من باب التّخصیص للقاعده. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۱۷: و یندفع: بما فصلنا القول فیہ فی محله، ملخصه أنّ البیع الإنشائی و إن کان واحداً لا یقبل الإنکار، إلّا أنّ البیع الحقیقی و هو التملیک واحد بوحده عمومیّه لا بوحده شخصیّه حقیقیّه، لوضوح أنّ التملیک لیس إلّا ایجاد الملکیه، و الإیجاد و الوجود متحد بالذات و مختلف بالاعتبار، و وجود الملکیه من الإیضافات المتشخصه بشخص أطرافها، و یستحیل أن تكون ملکیه کل جزء عین ملکیه الجزء الآخر، فکما أنّ الملکیه متعدده برهانا فکذا ایجادها، و لیس البیع إلّا ایجاد الملکیه، بل العقد المعنوی دون الإنشائی اللفظی ایضاً متعدد، إذ لا حقیقه للعقد المعنوی - الذی یقبل البقاء و الارتفاع و الانحلال - إلّا القراران المرتبطان، و سنخ القرار سنخ معنی لا یستقل بالتحصّل بل أمر تعلّقی، و هو هنا القراران الواردان علی ملکیه عین بعوض، فمع تعدد المقومّ و المحصّل یستحیل وحده العقد المعنوی اللبی، و علیه فتأثیر عقد و بیع دون آخر لیس من تخلف العقود عن القصود.

يَمْلِكُ و ما لا يَمْلِكُ منضمّاً» در حقیقت منحل به دو بیع می شود که یکی صحیح بوده و دیگری باطل، لذا تخلف عقد از شرط پدید نمی آید.

این کلام نیز صحیح نیست؛ زیرا انحلال در صورتی محقق می شود که گرچه یک صیغه خوانده شده، ولی [هر کدام یک مبیع مستقل محسوب شده] و دارای ثمن جدا باشد که در این صورت چه بسا ملتزم شویم خیار تبعض صفقه هم ندارد، اما اگر [منضمّاً یک مبیع محسوب شود] و ثمن نیز برای مجموع [بما هو مجموع] باشد و بایع یا مشتری چه بسا حاضر به خرید یا فروش به صورت جداگانه نباشد انحلال محقق نمی شود، لذا التزام فقهاء به صحت بیع نسبت به ما یملک و ما یملک و عدم صحت بیع نسبت به ما لا یملک و ما لا یملک از مصادیق تخلف عقد از قصد می باشد.

نقض چهارم این بود که در «بیع الغاصب لنفسه» صحت عقد منوط به اجازه ی مالک بوده و برای مالک محقق می شود؛ نه غاصب و این از موارد تخلف عقد از قصد می باشد.

در پاسخ به این نقض نیز گفته اند^(۱): قوام عقد بیع به تبادل ثمن و مثن است و

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۷۱: و أمّا الزّاع و هو بیع الغاصب فالإجازة إنّما تتعلّق بنفس المبادله بین المالین لا بلحاظ قصده کون العوض له مع أنّ هذا القصد من الغاصب لیس إلّا مجرد الدّاعی و لیس داخلاً فی حقیقه المعامله و علی فرض کونه من باب التّقیید یمكن الالتزام بعدم صحّته بالإجازة. • حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۹: و أمّا بیع الغاصب لنفسه و وقوعه للمالک المجیز إذا أجاز فسیجی ء توجیهه بما ینطبق علی القاعده و أنّ الغاصب باع للمالک الواقعی و قد ادّعی أنّه هو فتلغی دعواه و یقع البیع للمالک الواقعی مع إجازته مع أنه یمکن أن یقال إنّ قصد وقوع المعامله لشخص خاص خارج عن متن المعامله و إنّما متن المعامله المعاوضه بین المالین و التبعیّه للقصد ثابت فی متن المعاوضه لا فی حواشیها.

متعاقدین نقش مهمی در بیع ندارند، لذا وقتی مالک اجازه می‌کند با این که بایع و عاقد، غاصب بوده نه مالک، بیع برای مالک محقق می‌شود. پس معلوم می‌شود مهم تبادل بدل و مبدل^۱ منه است و شخص متعاقدین مهم نیست، لذا در بیع الغاصب لنفسه تخلف عقد از قصد پدید نمی‌آید.

جواب این هم روشن است و آن این که گرچه رکن بیع، تبادل عوض و معوض است لذا بیع به مبادله مال^۲ بمال^۳ یا تملیک عین^۴ بعوض^۵ یا ... تعریف شده است ولی این طور نیست که متعاقدین در بیع دخیل نباشند و الا لازمه اش آن است که اگر مثلاً زید کتابش را به عمرو فروخت و گفت «بعثک کتابی» ولی بکر به جای عمرو که مخاطب کلام زید بود گفت «قبلت» بیع واقع شود! پس معلوم می‌شود متعاقدین در بیع دخیل هستند و لذا در بیع الغاصب لنفسه تخلف عقد از قصد محقق می‌شود و نقض جناب شیخ بر کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - وارد است.

نقض پنجم این بود که ترک ذکر أجل در عقد منقطع باعث می‌شود که به نکاح دائم منقلب شود و این از مصادیق واضح تخلف عقد از قصد می‌باشد.

در پاسخ به این نقض گفته اند(۱): ما قائل نیستیم که با ترک ذکر أجل و مدت،

۱- حاشیه المكاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۹: و أما انقلاب العقد المقصود به الانقطاع إلى الدوام إذا ترك ذكر الأجل نسيانا فهو في نفسه متنازع فيه نعم المشهور ذهبوا إلى الانقلاب ثم هم اختلفوا في أن الحكم مطابق للقاعده أو مخالف لها وقد اقتضاه النص و مبنى الخلاف هو أن الدوام و الانقطاع نوعان من النكاح أو نوع واحد و لذا لا يحتاج وقوعه دائما إلى قصد الدوام فإذا قلنا بالثاني فإن قيد إنشاء النكاح بذكر المدّة وقع انقطاعا و إلّا دام و إن كان المقصود الانقطاع و إنّما يدوم من أجل أنّه إذا تحقّق النكاح دام حتى يجيء ما يزيله ما لم يقيد في الإنشاء و مجرد قصد الواقعي للقيد لا يجدي في تقييد ما أنشأ و إن شئت قلت إن قاعده التبعية مؤداهما تبعية العقود لما قصد منها في مقام الإنشاء دون المقصود الواقعي و ما قصد هنا بالإنشاء جنس النكاح لا النكاح المحدود و لو كان ذلك لنسيان التحديد و الجنس إذا وقع استمرّ بذاته لا باقتضاء العقد للاستمرار. • حاشیه كتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحديثه)، ج ۱، ص ۱۱۸: يندفع: بأنّه إذا نسي التأجيل بعد أن كان بانيا عليه، فلم يقصد حينئذ بالعقد إلّا نكاح الغير المؤجل، فالواقع مقصود عقدي، و ما لم يقع لم يتعلق قصد عقدي به، و إن تعلق به بناء و عزم خارجي. و أمّا إذا نسي ذكر الأجل مع قصده في مقام العقد، أو تعمّد الإخلال بذكره مع قصده فهو مورد الاشكال، و من يقول به حينئذ يرى أن النكاح حقيقه واحده، غايه الأمر أنها تاره مؤقته و أخرى لا مؤقته، فإذا قصد حقيقه النكاح و لم يحدده في مرحله العقد، فقد قصد طبيعه النكاح الذي يكفي في وقوعه دائما عدم توقيته و عدم تحديده في مرحله التسبب اليه، من دون لزوم قصد الدوام لينافيه قصد التوقيت، فيلغو هذا القصد الذي لم يذكر في مرحله التسبب العقدي القصدى، فالواقع و هو النكاح اللامؤقت مقصود لقصد أصل النكاح و عدم التوقيت. و بالجملة من يقول بالانقلاب مبناه على عدم تخلف العقد عن القصد، و من لا يقول به فلا نقض عليه، و تمام الكلام في محله.

عقد منقطع به نکاح دائم منقلب می شود، مگر در یک صورت.

ولی همین که عده ای از فقهاء قائل شده اند عدم ذکر أجل نسیاناً موجب انقلاب عقد منقطع به دائم می شود، کافی است در این که نقض جناب شیخ قدس سره - وارد باشد؛ چرا که ثابت می شود تخلف عقد از قصد فی الجملة در فقه معهود است و کلام کاشف الغطاء قدس سره - که فرمود قول به إباحه در معاطات چون تخلف از قصد است مستلزم تأسیس قواعد جدید در فقه می شود، درست نیست.

پس نتیجه این شد که نقض های جناب شیخ قدس سره - وارد است و این که بعضی

نظرشان در فقه مطابق آن نیست ضربه ای نمی زند؛ زیرا تمام همّ شیخ انصاری قدس سره - آن است که اثبات کند تخلف از قصد فی الجمله در فقه معهود است و قول به إباحه در معاطات که از مصادیق تخلف از قصد است مستلزم تأسیس فقه جدید نیست.

مبَعَد دوم: تصرّف یا اراده ی تصرّف از مملکات باشد

اشاره

دومین مبعّدی که جناب کاشف الغطاء (۱) قدس سره - به عنوان قاعده ی جدید در فقه ذکر می کند که از قول به إباحه در معاطات لازم می آید، این است که تصرّف یا اراده ی تصرّف از مملکات باشد؛ چون قائلین به إباحه ملتزمند اگر یکی از طرفین در مأخوذ به معاطات تصرّف متوقف بر ملک کند ملک آخذ می شود و این بدین معناست که تصرّف یا اراده ی تصرّف مملک باشد؛ زیرا باید یک لحظه قبل از تصرف یا هم زمان با تصرف ملکش شود تا تصرّفی که می کند تصرّف در ملک باشد، در حالی که هر دو امر غریبی است در فقه؛ نه می توان ملتزم شد که اراده ی شخصی بر تصرّف در چیزی مملک آن شیء برای وی باشد و نه می توان ملتزم شد که خود تصرّف مملک باشد و ملکیت هم زمان با تصرّف حاصل شود؛ خصوصاً با توجه به این که مالک اوّل [چنین قصدی نکرده و] اذن نداده که تصرّف یا اراده ی تصرّف مملک باشد، بلکه او قصد کرده از همان لحظه که عین

۱- شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۸: و منها إن إرادة التصرف من المملكات فتملك العين و المنفعه بإرادة التصرف بهما أو معه دفعه و إن لم يخطر ببال المالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات لأنه قاصدٌ للنقل من حين الدفع، و أنه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال: اعتق عبدی و تصدق بمالی عنك. • المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۴۴: و منها: أن يكون إرادة التصرف من المملكات، فتملك العين أو المنفعه بإرادة التصرف بهما، أو معه دفعه و إن لم يخطر ببال المالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات؛ لأنه قاصدٌ للنقل من حين الدفع، و أنه لا سلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال: أعتق عبدك عنّي، و تصدق بمالی عنك.

را تحویل داد، نفس عین در مثل بیع یا منفعت عین در مثل اجاره، ملک آخذ شود و اصلاً بعد از إعطاء برای خود سلطنتی قائل نیست تا اذن دهد هر وقت تصرف یا اراده تصرف کرد مُملک باشد.

بله در برخی موارد [قرینه وجود دارد] که قبل از تصرف متوقف بر ملک، اذن در تملک داده است؛ مثلاً وقتی گفت: «أعتق عبدک عنی» (۱)؛ از جانب من عبت را آزاد کن، به این معناست که وکالت داده عبد را از جانب وی تملک کند سپس آزاد کند؛ چون «لا عتق الا فی ملک». یا اگر گفت: «تصدق بمالی عنک»؛ مال مرا از جانب خودت صدقه بده؛ به این معناست که مال مرا ابتدا تملک کن، سپس از جانب خودت صدقه بده؛ یعنی مالک به وی وکالت داده که از جانب مالک برای خودش إنشاء تملیک کند و بعد از قبول از جانب خودت صدقه دهد. پس در این دو مثال مالک اذن در تملک داده و اراده ی مالک با آن چه اتفاق می افتد یکی است، اما در معاطات مالک چنین قصدی نکرده که طرف مقابل با تصرف یا اراده ی تصرف مالک شود، بلکه قصد دارد به تصرف إعطاء و آخذ مالک شود. بنابراین التزام به این که در معاطات با تصرف یا اراده ی تصرف، ملکیت حاصل می شود امری غریب و خلاف قاعده می باشد؛ خصوصاً با توجه به این که مالک چنین قصدی نکرده است.

۱- مثال اول را جناب شیخ قدس سره - همان طور که در متن آمده ذکر کرده اند، ولی جناب کاشف الغطاء قدس سره - مثال را این چنین ذکر کرده اند: «اعتق عبدی و تصدق بمالی عنک» و مثال اول و دوم شبیه هم می باشد. آن طور که جناب شیخ ذکر فرموده با هدفی که کاشف الغطاء قدس سره - از ذکر این مثال دارند خیلی مناسب نیست؛ چراکه ایشان می خواهند بیان بفرمایند که در بعضی موارد قرینه وجود دارد مالک که اذن در تصرف متوقف بر ملک به کسی می دهد، قبل از تصرف اذن در تملک به وی داده است، به خلاف ما نحن فیه که چنین قصدی نکرده است. (امیرخانی)

پاسخ شیخ قدس سره - به مبعّد دوم کاشف الغطاء قدس سره -

شیخ اعظم - رحمه الله علیه - در پاسخ به مبعّد دوم می فرماید (۱): این که تصرّف یا اراده ی تصرّف مُملّک باشد مقتضای جمع بین ادله است. این ادله عبارتست از:

۱. استصحاب عدم تحقق ملکیت برای هر یک از طرفین تا وقتی که یقین به تحقق ملکیت شود.

۲. دلیلی که بیان می کند آخذ می تواند هر گونه تصرّفی در مأخوذ به معاطات کند.

۳. ادله ای که بیان می کند بعض تصرّفات جز در ملک امکان ندارد مثل عتق، وطی و

مقتضای جمع بین این سه دلیل آن است که مأخوذ به معاطات آنما قبل از تصرّف یا هم زمان با تصرّف متوقف بر ملک، به ملک آخذ در آید. به عنوان مثال در مورد جاریه ای که به معاطات آخذ کرده، استصحاب می گوید هنوز ملک آخذ نشده است. دلیل دیگر می گوید آخذ هر گونه تصرّفی در جاریه می تواند انجام دهد حتی عتق و وطی. دلیل سوم می گوید: «لا عتق و لا- وطی إلا- فی ملک». مقتضای دلیل اول و دوم آن است که قبل از عتق و وطی ملکیتی برای آخذ رخ نداده، ولی می تواند عتق یا وطی کند که اگر با دلیل سوم جمع کنیم نتیجه این می شود که در آخرین لحظه ی متصل به وطی یا عتق یا هم زمان با آن ملکیت رخ می دهد.

و این نظیر تصرّف متوقف بر ملک ذی الخيار و واهب در ما انتقل عنهما است. یعنی کسی که جاریه ای را فروخته و خيار فسخ دارد یا به غیر ذی رحم

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۸: و أمّا ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملکاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق، و أدله توقّف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذی الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطء و البيع و العتق و شبهها.

هبه کرده که می تواند رجوع کند، اگر در آن جاریه تصرف متوقف بر ملک کند؛ مثلاً و طی یا عتق کند یا به دیگری بفروشد این بدین معناست که آن‌ما قبل از تصرف یا هم زمان با تصرف رجوع کرده و به ملکش در آمده و در ملک خود تصرف کرده است.

بنابراین مملکت تصرف یا اراده ی تصرف، مقتضای قواعد بوده و در فقه نظیر دارد، لذا کلام کاشف الغطاء قدس سره - که فرمود خلاف قواعد شناخته شده است درست نیست.

پاسخ بهتر به مبعّد دوم کاشف الغطاء قدس سرهما -

به نظر می رسد جواب بهتری می توان به مبعّد دوم داد و آن این که لازمه ی قول به إباحه در معاطات این نیست که بگوئیم تصرف یا اراده ی تصرف مملک است، بلکه می گوئیم: خود معاطات مملک است، ولی شرط دارد و آن، تصرف یا اراده ی تصرف است؛ یعنی تعاطی به شرط تصرف [متوقف بر ملک] مملک است.

نظیر این حتی در عقد لفظی نیز وجود دارد؛ مثلاً در بیع صیرف، صحت و مملکت آن مشروط به تقابض فی المجلس است؛ یعنی صحت بیع طلا- به طلا، نقره به نقره، طلا- به نقره و نقره به طلا- منوط به تقابض فی المجلس است و اگر فی المجلس تقابض نشود عقد کالعدم می شود. پس همان طور که در بیع صرف، عقد به شرط تقابض مملک است در ما نحن فیه نیز تعاطی به شرط تصرف مملک است و هیچ غرابتی ندارد.

یا در بیع سَلَم (سلف) مشهور نزدیک به اجماع بعید نیست حتی بتوان تحصیل اجماع کرد قبض ثمن در مجلس را شرط صحت و مملکت می دانند و اگر در مجلس ثمن قبض نشود بیع سلم باطل خواهد بود.

یا در هبه که جناب شیخ به رجوع در هبه مثال زدند می گوئیم: خود هبه نیز آن وقتی صحیح و مملک است که قبض موهوب هر چند در غیر مجلس اتفاق بیافتد و صرف قبول متهب کفایت نمی کند. بنابراین تا موهوب توسط متهب قبض نشده، به ملک واهب باقی است و نماء آن نیز برای واهب می باشد و اگر واهب قبل از اقباض فوت کند بین وراثت تقسیم می شود.

همچنین در وقف، قبض شرط صحت آن است.

بنابراین در معاطات نیز می توانیم بگوئیم تعاطی مملک است به شرط تصرف یا اراده ی تصرف، لذا مبعید دومی که جناب شیخ کبیر کاشف الغطاء قدس سره - فرمودند درست نیست.

شرط بودن قبض در صحت صرف، سلم، هبه و وقف که نقض بر مبعید دوم کاشف الغطاء قدس سره - می باشد می تواند نقض بر مبعید اول ایشان نیز باشد؛ زیرا ممکن است در این موارد تخلف عقد از قصد اتفاق بیافتد؛ مثلاً کسی که هبه می کند چه بسا قصدش این باشد که از همان لحظه ای که هبه کرد و متهب قبول کرد به ملک متهب درآمده است (۱)، در حالی که در نظر شارع ملکیت بعد از قبض حاصل می شود. همچنین است در صرف، سلم و وقف.

مبعید سوم: لزوم تعلق واجبات مالیه به غیر ملک

اشاره

کاشف الغطاء - رحمه الله علیه - در مبعید سوم می فرماید (۲): لازمه ی قول به اباحه در معاطات

- ۱- لذا ممکن است موقع تخریج خمس، آن را حساب نکند و بگوید آن را به فرزندم یا ... بخشیده ام، در حالی که تا آن را تحویل نداده، ملک خودش محسوب می شود و باید خمس آن را نیز حساب کند.
- ۲- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۸: و منها: إن الأحماس و الزکوات و الاستطاعه و الدیون و النفقات و حقّ المقاسمه و الشفعه و الموارث و الربا و الوصایا تتعلق بما فی الید مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف به أو عدم العلم به فینفی بالأصل فتكون متعلقه بغیر الأملاک و إن صفة الغنی و الفقر تترتب علیه كذلك فیصیر ما لیس من الأملاک بحکم الأملاک. • المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۴: و منها: أن الأحماس و الزکوات و الاستطاعه و الدیون و النفقات و حقّ المقاسمه و الشفعه و الموارث و الربا و الوصایا تتعلق بما فی الید، مع العلم ببقاء مقابله، و عدم التصرف فيه، أو عدم العلم به، فینفی بالأصل، فتكون متعلقه بغیر الأملاک، و أنّ صفة الغنی و الفقر تترتب علیه كذلك، فیصیر ما لیس من الأملاک بحکم الأملاک.

آن است که باید ملتزم شویم خمس، زکات، استطاعت برای حج، لزوم پرداخت دین، لزوم انفاق بر واجب النفقه، حق مقاسمه، حق شفعه، ارث، ربا، وصیت و ... به ما فی الید تعلق بگیرد با این که ملک ذو الید نشده است؛ چون مقابل آن هنوز باقی است و تصرّف [متوقف بر ملک] در آن نشده است یا [حداقل] شک داریم که هنوز باقی است یا در آن تصرّف شده که با استصحاب ثابت می شود هنوز باقی بوده و در آن تصرف نشده است. بنابراین لازمه ی قول به إباحه آن است که امور مذکور به غیر ملک تعلق گیرد، [در حالی که این امور از شؤون ملک بوده] و به ملک تعلق می گیرد.

به عنوان مثال کسی که با معاطات چیزی را به دست آورده و سود کرده است، در صورتی که فاضل بر مؤونه باشد باید خمس آن را بدهد، حال اگر بگوییم معاطات مفید إباحه است نه ملک، لازمه اش آن است که خمس به غیر ملک تعلق گیرد و این فقه جدید است! کما این که زکات نیز این چنین است؛ یعنی باید زکات مال را [در صورتی که زکوی (۱) باشد] پردازد در حالی که ملکش نیست.

همچنین لازم می آید به خاطر استیلاء وی بر مال با معاطات، استطاعت پیدا کرده و حج بر وی واجب شود با این که مالک آن نیست، یا اگر بدهکار است واجب است دینش را پرداخت کند و دائن نیز می تواند از وی مطالبه ی دین کند؛ چون حکم إعسار از وی برداشته شده با این که مالک نیست! و اگر خودش

۱- مثلاً به حدّ نصاب درهم و دینار به معاطات أخذ کرده و یک سال نزد خود نگاه داشته است.

پرداخت نکرد تقاص از ما فی الید وی جایز باشد^(۱)، یا پرداخت نفقه ی زن و فرزند بر وی واجب باشد، یا اگر یکی از دو شریک حصّه ی خودش را به شخص ثالث به معاطات فروخت شریک دیگر بتواند اِعمال حق شفعه کرده و آن حصّه را تصاحب کند با این که از ملک شریکی که حصّه اش را به معاطات فروخته، خارج نشده است! یا اگر فوت کرد آن مال به وراثت برسد بدون این که ملک مورث بوده باشد. یا اگر عَوْضین مکیل و موزون و از یک جنس باشند در صورت زیاده ی یکی از عوضین ربا محقق شود با این که بنا بر قول به اِباحه اصلاً معاوضه ای رخ نداده، بلکه فقط اِباحه ی تصرف کرده اند! [یا وصیت مُجاز در ثلث به این مال تعلق گیرد و در نتیجه مُخرج از ثلث باشد با این که از اموالش نیست تا مخرج از ثلث باشد].^(۲)

همچنین لازمه اش آن است که اصلاً صفت غنا و فقر دائر مدار ملک نباشد؛ چرا که معلوم است اگر کسی [هیچ مالی نداشته، ولی] استیلاء بر اموال زیادی از طریق معاطات داشته باشد غنی بر وی اطلاق می شود و دیگر فقیر نیست، لذا نمی تواند زکات بگیرد، در حالی که بنا بر قول به اِباحه مالک آن اموال نیست و فقط اِباحه ی تصرف دارد. پس معلوم می شود صفت غنا و فقر دائر مدار ملک نیست، بلکه دائر مدار ما فی الید می باشد!

۱- هذا بناء على كون العبارة «حق المقاصه». و اما بناء على كون العبارة «حق المقاسمه» فبيانه: أنه إذا اشترك اثنان في شراء شيء مشاعاً، ثبت لكل منهما حق القسمة و إفراز حصته من حصه شريكه، مع أنه ليس ملكاً له، بل ثبت بالمعاطاه مجرد اِباحه التصرف، و عليه يلزم تعلق حق القسمة بما في الید دون الملك. فالمراد بحق المقاسمه هو تعلق حق القسمة لمن صار المال عنده إذا كان مشاعاً إذ لمن يصل إليه المال بالمعاطاه أن يطالب شريكه بالقسمة مع أنه لا يكون المال له.

۲- المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ۱، ص ۱۵۴: و المراد بالوصايا هو صيروره هذا المال مخرجا للثلث مع أنه لا يكون من أمواله فكيف يصير مخرجا للثلث.

پاسخ شیخ به مبعّد سوم کاشف الغطاء قدس سرهما -

شیخ - رحمه الله علیه - در پاسخ به مبعّد سوم می فرماید (۱):

أولاً: در تعلق بعض امور مذکور به ما فی الید شرط نیست که ذو الید مالک باشد؛ مثلاً در وجوب پرداخت نفقه بر زن و فرزند، لازم نیست که ما فی الید ملک باشد، بلکه اگر دیگری بر وی إباحه کرده باشد مثلاً پدرش إباحه کرده که از خوراک و پوشاک برای زن و فرزند بردارد، ولی تملیک وی نکرده است نیز واجب است آن را به زن و فرزند نفقه دهد. به عبارت دیگر آن چه واجب است إنفاق است؛ نه إنفاق از ملک خود.

همچنین در مورد استطاعت که شرط وجوب حج است از کریمه ی (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا) (۲) استفاده می شود که [مطلق] استطاعت شرط است؛ نه استطاعت عن ملک. لذا اگر به کسی گفته شود: مثلاً با ما حج بیا، تمام مخارج سفر را متحمل می شویم، مشمول (مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا) شده و حج بر وی واجب می شود. (۳)

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۴۸: و أمّا ما ذكره من تعلق الأحماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها، مع أنّ تعلق الاستطاعه الموجبه للحجّ، و تحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاه، لا يتوقّفان على الملك.

۲- سوره ی مبارکه ی آل عمران، آیه ی ۹۷: (فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَّقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ)

۳- العروه الوثقى (للسيد اليزدى)، ج ۲، ص ۴۴۵: إذا لم يكن له زاد و راحله و لكن قيل له حج و على نفقتك و نفقه عيالك و جب عليه و كذا لو قال حج بهذا المال و كان كافيا له ذهابا و إيابا و لعياله فتحصل الاستطاعه ببذل النفقه كما تحصل بملكها من غير فرق بين أن يبيحها له أو يملكها إياه و لا بين أن يبذل عينها أو ثمنها و لا بين أن يكون البذل واجبا عليه بنذر أو يمين أو نحوها أو لا و لا بين كون الباذل موثوقا به أو لا على الأقوى و القول بالاختصاص بصوره التملك ضعيف كالقول بالاختصاص بما إذا و جب عليه أو بأحد الأمرين من التملك أو الوجوب و كذا القول بالاختصاص بما إذا كان موثوقا به كل ذلك لصدق الاستطاعه و إطلاق المستفيضه من الأخبار و لو كان له بعض النفقه فبذل له البقيه و جب أيضا و لو بذل له نفقه الذهاب فقط و لم يكن عنده نفقه العود لم يجب و كذا لو لم يبذل نفقه عياله إلا إذا كان عنده ما يكفيهم إلى أن يعود أو كان لا يتمكن من نفقتهم مع ترك الحج أيضا.

یا در صفت غنا و فقر، مالک بودن یا نبودن شرط نیست، اگر کسی مالک چیزی نباشد ولی تمام نیازهایش از طریق اباحه ی شخص دیگر بر آورده شود «فقیر» بر وی اطلاق نمی شود و الا اگر مالک بودن شرط غنا باشد باید بر فرزندان اغنیاء که همه نوع امکانات در اختیار دارند ولی ملکشان نیست، بلکه ملک پدر است نیز «فقیر» اطلاق کرد و در نتیجه بتوان زکات یا خمس اگر سید بودند به آنان إعطاء کرد!

پس در صفت غنا و فقر مالک بودن یا نبودن شرط نیست؛ چراکه فقیر یعنی نیازمند و غنی یعنی بی نیاز و بی نیازی می تواند با اباحه ی تصرف نیز حاصل شود.

همچنین است در مورد وجوب پرداخت دین و برخی موارد دیگر که در تعلق آن به ما فی الید، ملک بودن لازم نیست.

ثانیاً: در سایر موارد نیز صرف استبعاد است؛ یعنی اگر دلیل اقتضاء کند که به غیر ملک نیز تعلق می گیرد مانعی از التزام به آن در مأخوذ به معاطات نیست؛ مثلاً اگر دلیل اقتضاء کند که خمس به مأخوذ به معاطات نیز تعلق می گیرد (۱)، شفعه به

۱- به اطلاق کریمه ی (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ) و روایت «الْخُمْسِ فِي كُلِّ مَا آفَادَ النَّاسُ» و «الافاده يوماً بیوم». • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۱، ص ۵۴۵: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَثْمَانَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنِ الْخُمْسِ فَقَالَ فِي كُلِّ مَا آفَادَ النَّاسُ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ. • همان، ص ۵۴۴: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَنَانٍ عَنْ عَبْدِ الصَّمَدِ بْنِ بَشِيرٍ عَنْ حُكَيْمِ بْنِ مُؤَدِّ بْنِ أَبِي عَيْسَى قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى) فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - بِمَرْفَقَيْهِ عَلَى رُكْبَتَيْهِ ثُمَّ أَشَارَ بِيَدِهِ ثُمَّ قَالَ هِيَ وَاللَّهِ الْإِفَادَةُ يَوْمًا بِيَوْمٍ إِلَّا أَنْ أَبِي جَعَلَ شِيعَتَهُ فِي حِلٍّ لِيَزُكُّوا.

غير ملك نیز تعلق می گیرد، ربا در غیر ملك نیز جاری است و ... به آن ملتزم می شویم و اگر دلیل اقتضاء نکرد، در مأخوذ به معاطات نیز نمی پذیریم تعلق بگیرد و این که شما مفروض گرفته اید که این امور به مأخوذ به معاطات علی رغم ملك نبودن آن تعلق می گیرد درست نیست، بلکه می گوئیم تعلق یا عدم تعلق این امور به مأخوذ به معاطات بستگی به اقتضاء دلیل دارد، اگر دلیل اقتضاء کرد ملتزم می شویم و اگر دلیل اقتضاء نکرد می گوئیم به مأخوذ به معاطات تعلق نمی گیرد.

«و دفعه بمخالفته للسیره رجوع إليها»^(١)؛ یعنی اگر جناب کاشف الغطاء قدس سره - تعلق

١- در این که مراد شیخ قدس سره - از این عبارت چیست، محشّین این طور فرموده اند: • حاشیه المكاسب (للیزدی)، ج ١، ص ٧٢: لا- یخفی قصور العبارة من تأدیة المراد و الظاهر أنّ مراده قدس سره أنّ الحكم بعدم تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطة استبعاد محض قلنا إن نلتزم بعدم التعلق و لا بأس به و دعوی أنّه مخالف للسیره حیث إنّها جاریه علی التعلق مدفوعه بأنّه علی هذا تكون السیره دلیلا علی التعلق و إن كان مخالفا للقاعده لأنّها دلیل علی تخصیصها. • المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ١، ص ١٦١: لا- یخفی انه لا یظهر لهذّه العبارة معنی و یمکن أن یمکن مرجع الضمیر المؤنث فی دفعها و مخالفتها هو الاستبعاد المذكور قبله و إتیان الضمیر مؤنثا مع تذکیر مرجعه کان بالمسامحة و المعنی (ح) و دفع الاستبعاد بأن عدم تعلق هذه الحقوق مخالف للسیره لقیام السیره علی تعلقها رجوع إلى السیره فلا یمکن مستلزما لتأسیس قواعد جدیده و هذا غایه التوجیه لهذّه العبارة لکنه بعد کما ترى لا- یخلو عن التکلف. • نهج الفقاهه، ص ٣٧: فکأن المراد أن عدم التعلق لا- منع من الالتزام به کما تقتضیه القواعد لانتفاء المملکیه التي هی شرط فی التعلق. نعم هو مستبعد محضا، و دفع دعوی الاستبعاد المحض بمخالفتها للسیره فإنها قائمه علی التعلق فتكون دلیلا علیه رجوع إلى السیره التي تقدمت المناقشه فی حجیتها لإمكان كونها ناشئه عن عدم المبالاة لکن هذا المعنی خلاف ظاهر التركيب. • حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ١، ص ١٢٠: توضیح العبارة: أنّ تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطة مع عدم كونه ملكا بل مباحا، و كون حال هذا المباح الخاص حال الأملاک لا- مانع منه إلّا مجرد الاستبعاد، إذ المفروض جواز جمیع التصرفات حتی الموقوفه علی الملك، و تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطة. و دفع هذا الالتزام بمخالفته للسیره - حیث إنّ بناء المشرعه علی معامله المأخوذ بالمعاطة معامله الملك، بحیث لو سئلوا عن وجه تعلق المذكورات به، لأجابوا بأنّه كسائر الأملاک التي تتعلق بها المذكورات - رجوع إلى الاستدلال بالسیره علی الملك، و المفروض البناء علی الإباحه، و أنّ تأسیس قواعد جدیده یقتضی القول بالملك لا أنّ السیره مقتضیه له، هذا ما یتوجه فی النظر فی توضیح المراد من عبارته. و ربّما یحتمل وجه آخر و هو أنّ عدم تعلق المذكورات بما فی الید استبعاد محض، و دعوی قیام السیره علی تعلقها فعدم الالتزام به مخالفه للسیره، رجوع إلى السیره فیخصص بها القاعده المقتضیه لعدم تعلقها إلّا بالملك. و أنت خیر بأنّ کاشف الغطاء قدس سره لم یستبعد عدم التعلق، بل استبعد تعلقها مع عدم الملك، حیث قال قدس سره: (فیصیر ما لیس من الأملاک بحکم الأملاک). ثم اعلم أنّ مقتضی کلام هذا الفقیه النبیه الوجیه أنّ تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطة أمر مفروغ عنه، و لذا استبعد تعلقها به مع عدم الملك، و لا موجب لكونه مسلّما فی الخارج إلّا بملاحظه سیره المشرعه و معاملتهم معه معامله الملك، فلا مناص من أحد أمرین: إمّا الالتزام بكون المأخوذ ملكا أو الالتزام بتخصیص تلك الأدله الداله علی حصر تعلق المذكورات بالملك، و لازمه تأسیس قواعد جدیده علی خلاف ظواهر

تلك الأدلة، وحينئذ لا بد للعامل بالإباحة أمّا منع حصر المذكورات بالملك، وإمّا حصول الملك بما لا يتحقق معه أمر غريب آخر زياده على غرابه مملكيه التصرف كما هو المفروض. • الحاشيه الثانيه على المكاسب (للخوانسارى)، ص ٨٦: يحتمل عندى قوياً ان يكون معنى العبارة هكذا و دفع عدم التعلق بمخالفتها للسيرة حيث أنها قائمه على التعلق رجوع الى السيره و قد تقدّم حالها فى ادله القائلين بالملك و انّ دعوى قيام السيره المستمره على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الايضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه و قلّه المبالاه فى الدين.

این امور به غیر ملک را با سیره دفع کند به این معنا که سیره قائم است که

خمس، زکات و ... به غیر ملک تعلق نمی گیرد و عملاً نسبت به ما فی الید که ملک نباشد خمس نمی پردازند، زکات نمی دهند، دین پرداخت نمی کنند و ... این در حقیقت رجوع به سیره است و از طریق سیره می خواهند اثبات کنند که معاطات مفید ملک است [که قبلاً در مورد آن صحبت کرده ایم]؛ نه از طریق استلزام تأسیس قواعد جدید در فقه و در واقع استدلال چنین است: [از طرفی می دانیم] امور مذکور اعم از خمس، زکات، استطاعت و ... به مأخوذ به معاطات تعلق می گیرد و [از طرفی هم] سیره قائم است بر این که این امور به غیر ملک تعلق نمی گیرد، پس با سیره کشف می کنیم که معاطات مفید ملک است. (۱)

پس خلاصه ی پاسخ شیخ قدس سره - به مبعید سوم این شد که تعلق برخی از موارد مذکور مانند إنفاق، پرداخت دین، استطاعت و ... به ما فی الید متوقف بر ملک نیست و حتی توهم آن که متوقف بر ملک باشد نیست. نسبت به برخی دیگر نیز صرف استبعاد است؛ اگر دلیل اقتضاء کرد که به غیر ملک تعلق می گیرد ملتزم می شویم و اگر دلیل اقتضاء نکرد که به غیر ملک تعلق گیرد مانند تقاص تعلق آن به مأخوذ به معاطات را نمی پذیریم و این که کاشف الغطاء قدس سره - مفروض گرفتند تعلق می گیرد درست نیست [و اگر از طریق سیره بخواهند اثبات کنند که اولاً این امور به مأخوذ به معاطات تعلق می گیرد و ثانیاً به غیر ملک تعلق نمی گیرد، پس معاطات مفید ملک است، در حقیقت رجوع به سیره است؛ نه استلزام قواعد جدید در فقه]. این پاسخ به نظر ما نیز صحیح می باشد.

۱- عبارت «و دفعه بمخالفته للسیره رجوع إليها» کمی ابهام دارد، ولی ظاهراً منظور شیخ قدس سره - همین باشد که بیان کردم.

مبَعَدُ چَهَارم: تَصْرَفُ از يَك جَانِبِ مَمْلُكٍ دِيْكَرٍ بَاشِد

كاشف الغطاء قدس سره - در مَبَعَدُ چَهَارم می فرماید (۱): لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که تصرف [متوقف بر ملک] از یک جانب، مَمْلُكٍ جانب دیگر باشد؛ مثلاً زید و عمرو که معامله ی معاطاتی کرده اند، تَصْرَفُ زید در مأخوذ به معاطات علاوه آن که موجب تَمْلُكٍ خودش می شود که امری غریب است موجب تَمْلُكٍ عمرو هم می شود!

جناب شیخ می فرماید (۲): پاسخی که در مورد مَبَعَدُ دوم بیان کردیم که مقتضای جمع بین سه دلیل آن است که ملترزم شویم تَصْرَفُ مَمْلُكٍ است، در این جا نیز کاربرد دارد؛ [یعنی مقتضای جمع بین سه دلیل آن است که تصرف از جانبی مَمْلُكٍ از جانب دیگر باشد، لذا مطابق با قواعد بوده و در فقه نظیر دارد.]

مَبَعَدُ پنجم: تَلْفُ سَمَاوِيٍّ از يَك طَرَفٍ مَمْلُكٍ طَرَفٍ دِيْكَرٍ بَاشِد

اشاره

كاشف الغطاء (۳) قدس سره - در مَبَعَدُ پنجم چند محذور را که قریب المخرج هستند در

۱- شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۸: و منها كون التصرف من جانب مملکاً للجانب الآخر مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف. • المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۴۵: و منها: كون التصرف من جانب مملکاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۴۹: و أما كون التصرف مملکاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

۳- شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۸: و منها جعل التلف السماوی من جانب مملکاً للجانب الآخر و التلف من الجانبین معیناً للمسمی من الطرفين و لا رجوع إلى قيمه المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها فالقول بأنه المطالب لأنه تملك بالغصب أو التلف فی ید الغاصب غریب و القول بعدم الملك بعيد مع إن التلف القهری - إن ملك التالف قبل التلف - فهو عجیب و معه بعيد لعدم قابلیته حیثیذ و بعده ملک معدوم و مع عدم الدخول فی الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفی الملك مخالف للسیره و بناء المتعاملین. • المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۴۵: و منها: جعل التلف السماوی من جانب مملکاً للجانب الآخر، و التلف من الجانبین معیناً للمسمی من الطرفين، و لا رجوع إلى قيمه المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت. و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها، فالقول بأنه المطالب؛ لأنه تملك بالغصب أو التلف فی ید الغاصب، غریب! و القول بعدم الملك بعيد جداً، مع أن فی التلف القهری إن ملك التالف قبل التلف فهو عجیب! و معه بعيد؛ لعدم قابلیته، و بعده ملک معدوم، و مع عدم الدخول فی الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، و نفی الملك مخالف للسیره و بناء المتعاطیین.

ضمن یک «منها» بیان می کنند و آن این که:

۱. لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که تلف سماوی از یک طرف، مُملک طرف دیگر باشد؛ مثلاً زید که پول به عمرو داده و کتاب را در مقابل أخذ کرده است، اگر کتاب توسط صاعقه یا سیل تلف شود موجب می شود آن پول که برای فروشنده ی کتاب یعنی عمرو مباح بود ملکش شود!

۲. لازمه ی دیگر آن است که تلف سماوی از جانبین موجب تعیین ضمان المسمی برای طرفین شود؛ یعنی اگر کتاب یا پول به آفت سماوی تلف شد با این که کتاب ملک زید و پول ملک عمرو نشده بود و فقط به إباحه می توانستند استفاده کنند، ضمانتی که بر عهده ی طرفین لازم می شود ضمان المسمی باشد؛ [یعنی زید در مقابل تلف شدن کتاب عمرو که در دستش بود ضامن همان پول است و عمرو نیز در مقابل تلف شدن پول زید که در دستش بود ضامن همان کتاب است] و لذا لازم نیست چیزی ردّ و بدل شود، در حالی که قاعده ی اوّلیه در مورد ضمان مالی که در دست دیگری تلف شده و یدش ید ضمان بوده، طبق قاعده ی «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» ضمان مثل یا قیمت است؛ یعنی اگر مثلی است باید مثل آن و اگر قیمی است باید قیمت آن را بپردازد و لذا اگر

تفاوتی بین قیمت المثل و قیمت المسمی باشد باید جبران شود. [پس اگر به جای ضمان المثل یا قیمت، ضمان المسمی ثابت باشد خلاف قاعده می باشد].

۳. لازمه ی دیگر قول به إباحه در معاطات آن است که اگر غاصبی مأخوذ به معاطات را غصب یا تلف کرد، در صورتی که بگوییم آخذ به معاطات (مغصوبٌ منه) می تواند آن را از غاصب مطالبه کند و اگر تلف شده خسارتش را بگیرد؛ چون با غصب یا تلف غاصب، آخذ دیگر مالک آن شده است، این بدین معناست که غصب غاصب یکی از مملکات باشد و این امر عجیبی است! و اگر بگوییم بدون این که ملکش شده باشد می تواند مطالبه کند باز امر عجیبی است؛ چراکه مطالبه از غاصب از شؤن مالک بوده و فقط مالک می تواند آن را مطالبه کند.

۴. در تلف قهری مأخوذ به معاطات، اگر بگویید [آنما] قبل از تلف به ملک آخذ در آمده و لذا ضمان مثل یا قیمت بر عهده ی وی نیست این امر عجیبی است و اگر بگویید هم زمان با تلف مالک می شود این هم [بعید است] چراکه معنا ندارد کسی چیزی را در حال تلف مالک شود؛ چون قابلیت تملک ندارد و اگر بگویید بعد از تلف مالک می شود که دیگر وضع بدتر است و بدین معناست که شیء معدوم ملک کسی شود! و اگر بگویید مأخوذ به معاطات که قهراً تلف شده اصلاً وارد ملک آخذ نمی شود، بدین معناست که طرف مقابل بدون سبب و بدون این که معوض از ملکش خارج شده باشد مالک عوض شده است! و اگر بگویید طرف مقابل مالک عوض نمی شود [لذا باید آن را به مالک اول برگرداند] این نیز خلاف سیره و بناء متعاطیین می باشد.

پاسخ شیخ قدس سره - به بخش اول مبعّد پنجم

کلام شیخ (۱) - رحمه الله علیه - در پاسخ به بخش اول مبعّد پنجم کمی مبهم است. خلاصه ی فرمایش ایشان به بیانی که برخی اشکالات بعض اعظام محشّین منتفی شود این چنین است:

این که جناب کاشف الغطاء - رحمه الله علیه - فرمود: لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که تلف [سماوی] از جانبین موجب تعین ضمان المسمّی برای طرفین شود، در حالی که قاعده اقتضاء ضمان المثل یا ضمان القیمه می کند، پاسخ آن است که تعین ضمان المسمّی خلاف قاعده نیست، بلکه مقتضای جمع بین سه دلیل است که عبارتند از:

۱. اجماع قائم است بر این که در معاطات ضمان به مثل یا قیمت وجود ندارد.

۲. قاعده ی «علی الید» بیان می کند تلف مال کسی در ید دیگری موجب ضمان مثل یا قیمت است.

۳. بنا بر قول به إباحه، استصحاب عدم تحقق ملک مادامی که یقین به حصول ملک حاصل نشده جاری می باشد.

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۹: و أمّا کون التلف مملکاً للجانبین، فإن ثبت یا جماع أو سیره كما هو الظاهر کان کلّ من المالین مضموناً بعوضه، فیکون تلفه فی ید کلّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظیر تلف المبیع قبل قبضه فی ید البائع؛ لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بین هذا الإجماع و بین عموم «علی الید ما أخذت» و بین أصاله عدم الملك إلّا فی الزمان المتیقّن وقوعه فیهِ. توضیح: أنّ الإجماع لئلاّ دلّ علی عدم ضمانه بمثله أو قیمتة، حکم بکون التلف من مال ذی الید؛ رعایه لعموم «علی الید ما أخذت»، فذلک الإجماع مع العموم المذكور بمنزله الروایه الوارده فی أنّ: تلف المبیع قبل قبضه من مال بائعه، فإذا قدر التلف من مال ذی الید، فلا بدّ من أن یقدر فی آخر أزمنه إمكان تقدیره؛ رعایه لأصاله عدم حدوث الملكیه قبله، كما یقدر ملکیه المبیع للبائع و فسخ البیع من حین التلف؛ استصحاباً لأثر العقد.

اگر این سه مطلب را ضمیمه کنیم نتیجه ی آن در مثالی که زید کتابی را از عمرو در مقابل ثمن معلوم به معاطات می خرد این می شود که بنابر قول به إباحه کتاب به ملک عمرو باقی است و ملکیتی برای زید نسبت به کتاب رخ نداده است، ولی اجماع وجود دارد که اگر تلف شد ضمانش به مثل یا قیمت نیست، بلکه ضمانش به همان مسّمایی است که در مقابل کتاب پرداخت کرده است و اگر احیاناً قیمت المثل بیشتر باشد لازم نیست زید ما به التفاوت را به عمرو بپردازد. از طرف دیگر قاعده ی «علی الید» بیان می کند اگر کتاب عمرو در ید زید تلف شد ضمان به مثل یا قیمت است، لذا از این که ضمان به مثل یا قیمت نیست کشف می کنیم که إباحه تبدیل به ملکیت شده و الا طبق قاعده ی «علی الید» باید ضمان به مثل یا قیمت می شد. اما این که این ملکیت چه موقعی رخ داده، با استصحاب عدم تحقق ملکیت تا زمانی که چاره ای جز التزام به تبدیل نداریم می توانیم اثبات کنیم که تبدیل حین تلف رخ داده است.

پس ضمیمه ی سه دلیل مفید آن است که مأخوذ به معاطات از حین تلف یا آنّما قبل از تلف به ملک آخذ در می آید و به همین جهت ضمانش به مُسّمی است؛ نه مثل یا قیمت. بنابراین این مطلب که تلف از جانبین موجب تعین ضمان المسّمی می باشد طبق قاعده بوده و کلام کاشف الغطاء قدس سره - که فرمود خلاف قاعده است درست نیست.

این مسأله در فقه نظیر دارد و آن این که: در مثال بیع کتاب به زید با صیغه، اگر کتاب قبل از تحویل به زید تلف شود، قاعده اقتضاء می کند که از کیس مشتری تلف شود؛ نه از کیس بایع؛ چرا که به مجرد تحقق عقد و تحویل ثمن به بایع، کتاب به ملک زید در آمده و تحویل کتاب به زید شرط صحت عقد نیست (۱)، لذا باید تلف از

۱- چون معامله به نحو صرف و سلم نبوده است.

کیس مشتری باشد؛ نه بایع و لازم نباشد بایع ثمن را به زید برگرداند.

امّا روایت بیان می کند که «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ»^(۱)؛ هر مبیعی قبل از آن که توسط مشتری قبض شود تلف گردد از مال بایع است. لذا بایع باید ثمن را به مشتری برگرداند.

مرحوم شیخ می فرماید: مقتضای جمع بین این دو مطلب که از یک طرف بیع واقع شده و کتاب به ملک زید در آمده و از طرف دیگر تلف آن قبل از قبض، از ملک بایع می باشد آن است که بگوییم: مبیع به ملک بایع برگشته و معامله فسخ شده است. انفساخ معامله هم از حین تلف می باشد؛ زیرا استصحاب ملکیت زید تا زمان تلف که دیگر چاره ای جز انفساخ بیع نیست جاری می باشد.

بررسی پاسخ شیخ قدس سره -

مرحوم شیخ با تمسک به قاعده ی «علی الید» خواستند اثبات کنند ضمانی که در ما نحن فیه وجود دارد ناشی از ملکیت است و الا لازمه اش آن است که قاعده تخصیص بخورد؛ چون إجماع وجود دارد که ضمان در معاطات به مثل یا قیمت نیست بلکه به مسمی است، لذا ناچاریم بگوییم ملکیت برای ذو الید حاصل شده

۱- عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیه، ج ۳، ص ۲۱۲: قَالَ النَّبِيُّ ۹: كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ. • الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۷۱: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هِلَالٍ عَنْ عُقْبَةَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مَتَاعًا مِنْ رَجُلٍ وَ أَوْجَبَهُ غَيْرَ أَنَّهُ تَرَكَ الْمَتَاعَ عِنْدَهُ وَ لَمْ يَقْبِضْهُ قَالَ آتِيكَ غَدًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَسِرِقَ الْمَتَاعُ مِنْ مَالٍ مَنْ يَكُونُ؟ قَال: مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يَقْبِضَ الْمَتَاعَ وَ يُخْرِجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَالْمُبْتِاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرُدَّ مَالَهُ إِلَيْهِ. • كشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۱، ص ۴۶۰: ... لحصول الاتفاق مَّا أَنْ كَلَّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِ الْمَشْتَرِي وَ إِقْبَاضَهُ فَهُوَ مِنَ الْبَائِعِ.

است؛ چراکه دلیلی بر تخصیص قاعده وجود ندارد و اصل بر عدم تخصیص است.

خدمت شیخ - رحمه الله علیه - عرض می کنیم: کاربرد اصاله عدم التخصیص و اصاله عدم التقیید آن جایی است که عام یا مطلق وجود داشته، آن گاه شک در تخصیص یا تقیید آن داشته باشیم؛ مثلاً دلیل عام می گوید: «اکرم کل عالم عادل» و ما شک می کنیم نسبت به عالم مرتکب خلاف مروّت تخصیص خورده است یا نه؟ با تمسک به اصاله عدم التخصیص می گوییم عموم به جای خود محفوظ بوده و عالم مرتکب خلاف مروّت نیز واجب الاکرام می باشد. اما اگر یقین داشته باشیم عالم عادل مرتکب خلاف مروّت واجب الاکرام نیست، ولی نمی دانیم دلیل عام تخصیص خورده یا این که تخصیصاً خارج شده است در این جا با تمسک به اصاله عدم التخصیص نمی توانیم بگوییم پس تخصیصاً خارج شده است. (۱) کما این که اگر مراد از لفظ معلوم باشد، با تمسک به اصاله الحقیقه نمی توان گفت استعمال به نحو حقیقت است؛ نه مجاز.

در ما نحن فیه نیز اگر شک داشتیم ید [آخذ] موجب ضمان به مثل یا قیمت است یا نه، می توانستیم با تمسک به اطلاق «علی الید» بگوییم موجب ضمان است، اما چون بنا بر اجماع می دانیم ضمانی که قاعده ی «علی الید» بیان می کند یعنی ضمان به مثل یا قیمت در مأخوذ به معاطات وجود ندارد دیگر نمی توانیم با تمسک به اصاله عدم

۱- نهج الفقاهه، ص ۴۰: عرف عدم الدلیل علی حجیه اصاله عدم التخصیص لنفی موضوع العام إذ لم یثبت بناء العقلاء علی حجیه العام فی عکس نقیضه و ان نسب إلى الأصحاب فی تقریرات درس الأستاذ «ره» تبعاً لما فی تقریرات درس المصنف (ره) فی تنبیّهات الشبهه المصادقیه حیث نسبه الی استدلالاتهم الفقهیّه جاز ما به، فان استدلالهم به فی بعض الموارد ینافیّه ترک استدلالهم به فی مواضع کثیره فراجع، مع أن فی شمول العموم المذكور للید فی المعاطاه بناء علی إباحه جمیع التصرفات حتی الإتلاف تأملاً ظاهراً.

التخصیص اثبات کنیم قاعده ی «علی الید» در ما نحن فیه تخصیص نخورده (۱)، بلکه تخصصاً موضوعش با «علی الید» تفاوت دارد و نتیجه بگیریم پس ضمان به مُسَمًی در ما نحن فیه ناشی از حصول ملکیت برای آخذ می باشد، آن گاه با استصحاب اثبات کنیم حصول ملکیت از حین تلف بوده، نه قبل آن.

اصلاح پاسخ شیخ به کلام کاشف الغطاء قدس سرهما - در مبعّد پنجم

ولی پاسخ شیخ را می توان اصلاح کرد و به نحو آسان تری موضوع فوق را مقتضای قواعد کرد و آن این که فرمودند «اجماع وجود دارد که در مأخوذ به

۱- گرچه بعضی مانند محقق ایروانی قدس سره - ملتزمند در چنین جایی نیز می توان به اصاله عدم التخصیص تمسک کرد، ولی مدرکی ندارد و سیره ی عقلاء در کشف استعمالات، مطابق آن نیست. • حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۷۹: ثم إنّ التمسک بعموم علی الید لإثبات الملك فی المقام من جزئیات مسأله أصولیه و هو أنّه إذا ورد عام ثم علم عدم ثبوت حکم هذا العام لشخص خارجي شكّ فی كونه من أفراد العام و عدمه فبالتمسک بأصالة العموم و صیانه لعمومه عن التخصیص یحکم بعدم كون المشكوك من أفراد العام و هاهنا حیث دلّ الدلیل علی أنّ الید علی مال الغیر یوجب الضمان بالمثل و القیمه عند التّلف ثم علمنا بالاجماع و السیره أن لا ضمان بالمثل و القیمه هاهنا لكن لم یعلم أنّ ذلك لتخصیص علی الید بإخراج الید فی المقام عن عموم أو لأنّ الید فی المقام لیست ید علی مال الغیر بل ید علی مال نفسه فخارجه عن ذاك العموم موضوعاً حکمنا صیانه للعموم عن التخصیص بأنّها ید علی مال نفسهم باستصحاب عدم حدوث الملك بالمعاطاه أخرنا الملك إلى زمان التّلف فصارت النتيجة ثبوت الملك أنا ما عند التّلف و لازم هذا ملك الطرف المقابل أيضا لما فی یده کی لا یلزم الجمع بین العوض و المعوض لكن یتجه علیه أنّ الید فی المقام ید أمانیه فإن لم تكن أمانه مالکیه فشرعیته و لذا لا یجب ردّ العین إلى مالکها مع قیامها و الید الأمانیه خارجه عن عموم علی الید لا ضمان فیها فعدم الضمان بالمثل و القیمه علی تقدیر عدم الملك فی المقام لیس تخصیصاً مستقلاً لعموم علی الید حتی یتمسک بعموم علی الید لدفعه و إثبات التخصیص بثبوت الملك عند الشک فی الملك و عدمه بل هو مخصّص خارج بدلیل عدم ضمان الأمین هذا مع أنّ التمسک بالعموم لإثبات أنّ الخارج منه حکماً خارج منه موضوعاً مسأله نظریّه ربما یمنع عنها من جهة عدم إحراز بناء أهل اللسان علی هذا التمسک و إن كان الحقّ عندنا هو التمسک.

معاطات ضمان به مثل یا قیمت وجود ندارد» این اجماع را می توان این چنین نیز بیان کرد شاید در کلمات خود شیخ (۱) هم باشد و آن این که اجماع قائم است بر این که مأخوذ به معاطات [در ملک آخذ تلف می شود؛ نه مُعطی]. این اجماع وقتی استصحاب به آن ضمیمه شود مفید این است که مأخوذ به معاطات از حین تلف یا آنما قبل از تلف به ملک آخذ در می آید و هذا هو المطلوب.

لذا دیگر احتیاج به ضمیمه ی قاعده ی علی الید و بیجانندن مطلب به نحوی که موجب به اشتباه افتادن بعض محشّین (۲) شده نمی باشد.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۴۹: و أمّا كون التلف مملکاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيره كما هو الظاهر كان كلُّ من المالكين مضموناً بعوضه ... ولی محقق اصفهانی و ایروانی قدس سرهما - در توضیح این مطلب می فرمایند: • حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحديثه)، ج ۱، ص ۱۲۶: قوله قدس سرّه: (فإن ثبت بإجماع أو سيره ...) أى ما ادعاه كاشف الغطاء فى ذيل الإيراد من أنه لا رجوع بالمثل و القيمه، لا أنّ غرضه إن ثبتت المملكيه بإجماع أو سيره، فإنّه مع الإجماع على الملكيه و المملكيه لا- حاجه إلى كلفه الجمع بين القواعد، فراجع ما عن بعض المحشّين فى شرح هذه العبارة. • حاشیه المكاسب (للإيروانى)، ج ۱، ص ۷۹: قوله قدس سره (فإن ثبت بإجماع أو سيره) إن ثبت كون التلف مملکاً للجانبين بإجماع و نحوه لم يحتج بعد ذلك إلى شىء مما رتبته من المقدمات لأنّ هذا غاية المقصود لكن مقصوده بقريته قوله بعد هذا توضيحه أنّ الإجماع لمّا دل إلى آخر ما ذكره ثبوت عدم ضمان المثل و القيمه بالإجماع لا- كون التلف مملکاً للجانبين و إن كانت العبارة لا تساعده.

۲- حاشیه المكاسب (لليزدى)، ج ۱، ص ۷۲: لا- يخفى أنّ الحكم بالضمان بعوضه المسمّى ليس عملاً- بعموم على الید لأنّ مقتضاه وجوب المثل أو القيمه لا المسمّى فمع فرض الإجماع على الملكيه لا بدّ من الالتزام بتخصيص قاعده الید إذا لم نحكم بالملكيه من أول الأمر و حينئذ فلا- مقتضى لجعله من باب تلف المبيع قبل قبضه و لا ينطبق على القاعده و مع الإغماض عن ذلك یرد عليه نظیر ما ذكرنا فى التصرف من معاوضه العموم المذكور بعموم قاعده السّیطنه و مقتضى الأخذ بالعمومين طرح الأصل و الحكم بالملكيه من الأول إذ معه لا يلزم مخالفه شىء منهما فلا تغفل.

بنابراین اصل کلام شیخ - رحمه الله علیه - در مقابل کاشف الغطاء - رحمه الله علیه - که تعیین ضمان المسمی با تلف، خلاف قاعده نیست درست بوده هر چند روشی که در تبیین آن ارائه کردند مورد قبول ما نیست.

پاسخ شیخ قدس سره - به بخش دیگر مبعّد پنجم

کاشف الغطاء قدس سره - در بخش دیگر مبعّد پنجم فرمودند: لازمه ی قول به إباحه در فرضی که مأخوذ به معاطات در ید غاصب قرار می گیرد یا در ید غاصب تلف می شود آن است که اگر بگوییم آخذ می تواند از غاصب مطالبه کند، امر بعیدی است؛ چرا که آخذ حداقل در صورت عدم تلف مأخوذ مالک نیست و فقط إباحه ی تصرف دارد. و اگر بگوییم به مجرد غصب یا تلف به ملک آخذ در می آید چیز غریبی است؛ چون غصب یا تلف در ید غاصب از مملکات می شود! و اگر بگوییم مُطالب مالک است و آخذ نمی تواند مطالبه کند، بدین معناست که حتی با تلف نیز آخذ مالک نشده و این هم امر بعیدی است. (۱)

شیخ انصاری - رحمه الله علیه - در پاسخ به این کلام می فرماید (۲): برای مسأله شق ثالثی نیز

۱- ظاهراً مراد کاشف الغطاء قدس سره - در این بخش از مبعّد پنجم به این صورت است: اگر بگوییم مُطالب آخذ است؛ نه مالک چرا که آخذ با غصب یا تلف در ید غاصب مالک شده است امر غریبی است؛ یعنی این که آخذ مُطالب باشد و مالک نتواند مطالبه کند امر غریبی است و اگر بگوییم مطالب مالک است؛ نه آخذ؛ چون آخذ مالک نشده است این هم غریب است؛ چرا که قول به این که آخذ حتی با تلف مالک نشده بعید است جداً. (امیرخانی) • شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۸: و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها فالقول بأنه المطالب لأنه تملك بالغصب أو التلف فی ید الغاصب غریب و القول بعدم الملك بعید.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۹: و أمّا ما ذكره من صورته غصب المأخوذ بالمعاطاه، فالظاهر على القول بالإباحه أنّ لكلّ منهما المطالبه ما دام باقياً، و إذا تلف، فظاهر إطلاقهم «التملك بالتلف»: تلفه من مال المغصوب منه. نعم، لو [لا] قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله. *** (قوله: نعم لو قام إجماع) الظاهر أن أصل العبارة هكذا: (نعم لو قام إجماع فهو وإلا. إلخ) یعنی آن إطلاقهم کون التلف من مال المباح له يشمل صورته التلف بيد الغاصب فان تم إجماع عليه فهو وإلا. كان مقتضى القاعدة كون التلف من ملك المالك للأصل إذ الالتزام سابقاً بكون التلف من ملك المباح له كان عملاً بمقتضى الجمع بين الأدله حسبما تقدم و ليس كذلك هنا إذ لا مانع من العمل بعموم: «على اليد» بالنسبه إلى ید الغاصب المقتضى للضمان بالمثل أو القیمه، هذا إذا لم يتلف العوض الآخر قبل ذلك فی ید المباح له و الا كان تلفه موجبا للملك من الجانبين حين التلف على ما سبق. (نهج الفقاهه، ص ۴۰)

قابل تصور است و آن این که مالک و آخذ هر دو می توانند مطالبه کنند و این طبق قاعده بوده و مشکلی هم ندارد. [البته این در صورتی است که در ید غاصب باقی باشد و تلف نشده باشد].

این که مالک می تواند طلب کند؛ چون علی الفرض مالک آن است و تلف یا تصرف متوقف بر ملک که از مملکات است اتفاق نیافتاده، لذا می تواند مالش را از غاصب مطالبه کند، کما این که اگر در ید آخذ بود قبل از تلف یا تصرف متوقف بر ملک می توانست به خود آخذ رجوع کند و غاصب که بالاتر از خود آخذ نیست!

اما این که آخذ می تواند مطالبه کند، آن هم طبق قاعده است؛ زیرا اگر کسی حتی چیزی را به عاریه گرفت و غاصبی آن را ربود می تواند آن را از غاصب مطالبه کند؛ چون حق استفاده از آن را دارد و غاصب حق او را غصب کرده است، چه رسد به ما نحن فیه.

بنابراین هم مالک و هم آخذ طبق قاعده می توانند مطالب باشند و مشکلی ندارد. البته این در صورتی است که عین یا مقابلش تلف نشده باشد.

اما اگر [عین یا] مقابلش تلف شده باشد طبق قاعده ی کلی که تلف احد العوضین مملک است، دیگر عین مال آخذ می شود و رابطه ی مالک اول با آن قطع شده و در نتیجه فقط آخذ می تواند به غاصب رجوع کند. بله! اگر اجماعی قائم شد مبنی بر این که مالک می تواند در صورت تلف عین [در ید غاصب] و

عدم تلف مقابل آن، به غاصب رجوع کند مانعی ندارد و ملتزم می شویم.

این پاسخ شیخ به نظر ما نیز متین می باشد. پاسخ بخش های دیگر مبعّد پنجم نیز از ما سبق روشن می شود و دیگر شیخ قدس سره - متعزّض بررسی آن نمی شوند.

مبعّد ششم: تصرّف از نواقل قهریه باشد

اشاره

جناب کاشف الغطاء قدس سره - در مبعّد ششم (۱) می فرماید: قائلین به إباحه که می گویند تصرّف [متوقف بر ملک] مملّک و ناقل است، اگر تصرّف را از نواقل قهریه قرار دهیم بدین معناست که حتی بدون قصد نیز مملّک باشد؛ یعنی عمل انسان مملّک باشد بدون این که قصد مملّکت آن شده باشد و این امر بعیدی است، لهذا گفته اند: شخصی که بدون قصد تملّک کبوتری را در هوا گرفته تا آب و دانه اش دهد اگر دیگری آن را بردارد غصب نکرده، هر چند آن شخص کبوتر را حیازت کرده بود، اما چون قصد تملّک نداشت برداشتن دیگری غصب محسوب نمی شود.

و اگر بگوییم تصرفات متوقف بر ملک به شرط قصد تملّک، مملّک است لازمه اش آن است که اگر آخذ بدون قصد تملّک و از روی غفلت جاریه را و طی کرد، و طی به شبهه کرده باشد؛ چون ملک دیگری است. یا اگر جنایتی نسبت به عبد یا جاریه مرتکب شد، جنایت بر مال دیگری کرده باشد و اگر تلف کرد مال دیگری را تلف کرده باشد! در حالی که نمی توان به آن ملتزم شد.

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۸: و منها: إن التصرف إن جعلناه من النواقل القهریه فلا يتوقف علی التیه فهو بعید و إن أوقفناه علیها كان الواطئ للجاریه من غیر علم واطئ بالشبهه و الجانی و المتلف جانیاً علی مال الغیر و متلفاً له. • المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۵: و منها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهریه فلا يتوقف علی التیه، فهو بعید، و إن أوقفناه علیها كان الواطئ للجاریه من غیرها واطئاً بالشبهه، و الجانی علیه و المتلف جانیاً علی مال الغیر و متلفاً له.

پس معلوم می شود قول به إباحه مخدوش است.

بررسی مبعّد ششم

مرحوم شیخ مبعّد ششم کاشف الغطاء را فقط نقل کردند و آن را بررسی نکردند. لذا ما خدمت کاشف الغطاء قدس سره - عرض می کنیم:

به چه دلیل می فرمایید تصرف نمی تواند قهراً مُملّک باشد؟ در مواردی می توان ملتزم شد تصرف قهراً مُملّک است؛ چنان که در مورد خیار ملتزم شده اند کسی که صاحب خیار است اگر بدون قصد إعمال خیار و بدون قصد فسخ و بلکه عن غفله تصرف متوقف بر ملک کرد موجب إعمال خیار و فسخ عقد و در نتیجه برگشت آن شیء به ملک ذو الخیار می گردد.

بنابراین قول به این که تصرف قهراً مُملّک باشد در فقه نظیر دارد و این چنین نیست که تأسیس قاعده ی جدید در فقه لازم آید.

مبعّد هفتم: نماء حادث قبل از تصرف مملک باشد

اشاره

جناب کاشف الغطاء قدس سره - در مبعّد هفتم (۱) می فرماید: اگر مأخوذ به معاطات دارای نماء شد مثلاً درخت میوه داد و فرض می کنیم میوه رسید و از درخت جدا شد یا گوسفند حمل برداشت و زایید مادامی که تصرف متوقف بر ملک در عوضین نشده، حکم این نماء چیست؟ بنابر قول به ملک که روشن است نماء تابع اصل

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۹: و منها: أن النماء الحادث قبل التصرف إن جعلنا حدوثة مملکا له دون العين فبعید أو معها فکذلک و کلاهما منافٍ لظاهر الأكثر و شمول الإذن له خفی. • المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۶: و منها: أن النماء الحادث قبل التصرف، إن جعلنا حدوثة مملکاً له دون العين فبعید، أو معها فکذلک، و کلاهما منافٍ لظاهر الأكثر، و شمول الإذن له خفی.

است، بنابر قول به إباحه حکمش چیست؟

اگر کسی بگوید: خصوص نماء ملک آخذ به معاطات است و حدوث آن را مُملک نماء بداند دون العین، امر بعیدی است. اگر هم بگوید: حدوث نماء مُملک نماء و عین هر دو است، این هم بعید است و هر دو قول یعنی حدوث نماء مُملک فقط نماء باشد یا مُملک نماء به اضافه ی اصل باشد خلاف ظاهر اکثر است و اکثر فقهاء آن را قبول ندارند. و اگر گفته شود اباحه ای که مربوط به اصل است شامل نماء هم می شود و اذن تصرف در اصل، اذن در نماء نیز هست [امر واضحی نبوده و] خفی می باشد.

پاسخ شیخ قدس سره - به مبعّد هفتم

شیخ (۱) - رحمه الله علیه - در پاسخ به مبعّد هفتم می فرماید: ظاهر کلام بعضی این چنین است که حدوث نماء نه مُملک خود نماء است نه مُملک عین و نماء هر دو. بلکه اصل در همان إباحه باقی بوده و نماء هم حکمش تابع اصل است؛ یعنی إباحه ی اصل شامل نماء نیز می شود.

شیخ - رحمه الله علیه - سپس می گوید: احتمال هم دارد نماء حادث ملک آخذ باشد؛ زیرا مالک که اصل را إباحه کرده به این معناست که آخذ می تواند هر استفاده ای از آن برد و از آن جمله است این که نماء ملک آخذ شود.

بررسی پاسخ شیخ قدس سره - به مبعّد هفتم

جناب شیخ قدس سره - پاسخ روشنی به مبعّد هفتم نمی دهند، بلکه از قول بعضی نقل

۱- همان، ص ۵۰: و أمّا ما ذكره من حکم النماء، فظاهر المحکمی عن بعض أن القائل بالإباحه لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ، بل حکمه حکم أصله، و یحتمل أن یحدث النماء فی ملکه بمجرد الإباحه.

می کنند که نماء تابع اصل بوده و حکم اصل را دارد و احتمال هم می دهند نماء ملک آخذ باشد و در حقیقت همان تردید هایی را که کاشف الغطاء قدس سره - ذکر کرده بودند به نوعی تکرار می کنند.

شایسته بود جناب شیخ قول همان بعض را انتخاب می کردند که نماء تابع اصل است؛ زیرا اگر کسی مثلاً اسب آبستنی را از دیگری به عاریه گرفت هیچ کس تردید نمی کند بچه ای که آن اسب می زاید ملک مالک اسب است. إباحه در ما نحن فیه که به معنای جواز تصرف در عین بوده و تملک جز در موارد خاص حاصل نمی شود به منزله ی عاریه است. به تعبیر دیگر طبق فرض در ما نحن فیه مملک فقط تلف یا تصرف متوقف بر ملک است و هیچ یک از این دو اتفاق نیافتاده، لذا قانون اصلی تبعیت نماء از اصل در ما نحن فیه محکم است.

در صورتی هم که اسب بعد از آن که در اختیار آخذ قرار گرفت حمل بردارد باز از باب این که نماء در حیوانات تابع أم است نه آب به خلاف انسان ملک مالک اول می باشد و آخذ فقط إباحه ی تصرف دارد. در انسان (جاریه) علاوه بر عدم تبعیت نماء از أم، از آن جا که وطی جزء تصرفات متوقف بر ملک بوده، باعث حدوث ملکیت برای آخذ می شود.

مبّعد هشتم: اتحاد موجب و قابل لازم می آید

اشاره

جناب کاشف الغطاء قدس سره - در مبّعد هشتم (۱) می فرماید: قائلین به إباحه گفته اند: تنها

۱- شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، ص ۱۳۹: و منها قصر التملک علی التصرف مع الاستناد فیه إلی إن إذن المالك به إذن بالتملك فيرجع إلی كون المتصرف فی تملیکه نفسه موجباً قابلاً و ذلك جارٍ فی القبض بل هو أولى منه لاقرانه بقصد التملیک دونه و إیراد عدم الملازمه بین صحه التملیک مجاناً و صحته معاوضهً مشترك الإلزام و الکلام الکلام. •
المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۶: و منها: قصر التملیک علی التصرف مع الاستناد فیه إلی أن إذن المالك فیه إذن فی التملیک، فيرجع إلی كون المتصرف فی تملیکه نفسه موجباً قابلاً، و ذلك جارٍ فی القبض، بل هو أولى منه؛ لاقرانه بقصد التملیک، دونه، انتهى.

تصرف متوقف بر ملک از یکی از جانبین مملک است و چیزهای دیگر مملک نیست و استنادشان در این که تصرف متوقف بر ملک مملک است آن است که هر یک از طرفین چون اذن در چنین تصرفی که متوقف بر ملک است داده اند، پس در حقیقت اذن در تملیک قبل از تصرف نیز داده اند و به قول بعضی اذن در شیء اذن در لوازم لاینفک آن شیء نیز می باشد یعنی آخذ آنما قبل از تصرف از جانب مالک اصلی، آن مأخوذ را تملیک خودش می کند و از جانب خودش قبول می کند، آن گاه که به ملکش وارد شد در آن تصرف مالکانه می کند، در حالی که لازمه ی این سخن آن است که فرد واحد هم موجب باشد و هم قابل!

علاوه این که چرا این سخن را در خود قبض نمی گوید با این که قبض اولی است نسبت به تصرف در این که مملک باشد؟! چرا که طبق فرض مالک اصلی از همان وقت که عین را به آخذ می دهد [اذن در تصرف متوقف بر ملک و در نتیجه اذن در تملیک می دهد، لذا مقارن با قبض] قصد تملیک دارد، ولی تصرف با فاصله از این قصد است. بنابراین اولی آن است که قبض مملک باشد؛ نه تصرف. (۱)

پس خلاصه ی کلام کاشف الغطاء در مبعده هشتم در این که تصرف مملک باشد این است که:

اولاً: لازمه ی مملک بودن تصرف، اتحاد موجب و قابل است.

ثانیاً: این سخن نسبت به قبض اولی است تا تصرف؛ پس چرا در مورد قبض آن را نمی گوید؟!

۱- مضاف به این که اشکال اتحاد موجب و قابل نیز پیش نمی آید؛ چون در این صورت خود معطی تملیک می کند و آخذ قبول می کند. (امیرخانی)

بررسی مبعد هشتم کاشف الغطاء قدس سره -

مرحوم شیخ مبعد هشتم را بررسی نکردند و فرمودند با ملاحظه ی آن چه تا به حال ذکر کردیم قدرت بر تخلص از بقیه ی اشکالات کاشف الغطاء قدس سره - نیز حاصل می گردد. (۱) لذا در پاسخ به مبعد هشتم می گوئیم:

اما این مطلب که اتحاد موجب و قابل لازم می آید می گوئیم این امر غریبی نیست، عده ای در مورد نکاح که امرش مشکل است قائل شده اند اتحاد موجب و قابل اشکالی ندارد؛ کسی می تواند هم از جانب زوج و هم از جانب زوجه وکیل شود و عقد بخواند.

و اما این که فرمودند قبض اولی است از تصرف در این که مُملک باشد؛ چون قبض مقتدرن به قصد تملیک است دون التصرف، می گوئیم:

اولاً: اذن در تصرفات متوقف بر ملک با اذن در قبض متفاوت است. اذن در تصرفات متوقف بر ملک ملازم با اذن در تملیک است؛ چون تصرفات متوقف بر ملک بدون این که شیء ملک متصرف شود جایز نیست؛ مثلاً اذن در وطی یا عتق جاریه، از آن جا که «لا- يجوز الوطی إلا فی ملک» و «لا يجوز العتق الا فی ملک» به معنای اذن در تملیک جاریه می باشد. اما در قبض چنین نیست و قبض متوقف بر ملک نیست و معطی طبق فرض غیر از اباحه قصد دیگری ندارد و فقط به اندازه ی ضرورت اذن در تملیک داده است. بنابراین اذن در قبض مساوی با اذن در تملیک نیست، لذا از این جهت «قبض» نه تنها اولی از «تصرف» نیست، بلکه در رتبه ی تصرف نیز نمی باشد.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۰: ثم إنك بملاحظه ما ذكرنا تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره، مع أنه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد، والإنصاف: أنها استبعادات في محلها.

ثانیاً: تصرف نیز مقترن به اذن در تملیک است و این طور نیست که فقط قبض مقترن با اذن در تملیک باشد؛ زیرا مالک اذنی که [حین قبض] داده است تا وقتی که آخذ تصرف کند باقی است و در طول زمان امتداد دارد و اگر اذن نداشت که نمی توانست تصرف کند. پس تصرف هم مقترن به اذن است.

ثالثاً: ما با اصل این حرف که مسلم گرفته شده قائلین به اباحه، مملکت تصرف را مستند به اذن مالک می دانند مخالفیم. گرچه از عبارت بعضی استفاده می شود که مملکت تصرف مستند به اذن مالک است، ولی تصریح بعضی خلاف آن است و مستند را اجماع گرفته اند که منشأ آن می تواند خود معاطات باشد؛ یعنی شارع چنین شرطی را برای عقد معاطاتی گذاشته است. بنابراین ما می گوییم مملکت در معاطات خود عقد است، ولی شرط آن تصرف است؛ چنان که مملکت در هبه، و نیز مملکت در سلم، عقد است با شرط قبض.

جمع بندی شیخ قدس سره - بین ادله ی قول به اباحه و ملکیت

جناب شیخ (۱) قدس سره - در جمع بندی ادله ی طرفین می فرماید: از یک طرف شهرت محققه، بلکه ادعای اجماع بر عدم حصول ملک در معاطات قول به اباحه را تقویت می کند و از طرف دیگر دلالت اطلاقات و عمومات آیات کریمه و بعض روایات و استبعاداتی که کاشف الغطاء قدس سره - ذکر کرد و ما در حد استبعاد پذیرفتیم و نیز ادعای اجماع از جانب محقق ثانی قدس سره - بر حصول ملکیت در معاطات همراه با توجیه کلمات دیگران که مرادشان از اباحه «ملکیت مترزل» است، قول به ملکیت

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۰: و بالجمله، فالخروج عن أصله عدم الملك المعتضد بالشهره المحققه إلى زمان المحقق الثانی، و بالاتفاق المدعی فی الغنیه و القواعد هنا و فی المسالك فی مسأله توقف الهبه علی الإيجاب و القبول مشکل، و رفع الید عن عموم أدله البیع و الهبه و نحوهما المعتضده بالسیره القطعیه المستمره، و بدعوی الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانی بناءً علی تأویله لكلمات القائلین بالإباحه أشکل. فالقول الثانی لا یخلو عن قوه.

را تقویت می کند. لذا چشم پوشی از یک طرف و انتخاب قول دیگر مشکل است، هر چند قول دوم (ملکیت) خالی از قوت نیست «فالقول الثانی لا یخلو عن قوه».

به نظر ما نیز در دوران امر بین دو قول، قول مطابق اطلاقات و عمومات که بیان می کند معاطات مفید ملکیت است أظهر می باشد، ولی با وجود این شایسته بود مرحوم شیخ این مطلب را نیز در ضمن فرمایشاتشان در تقویت قول به إباحه اضافه می کردند و آن این که:

علی رغم این که شمول اطلاقات نسبت به معاطات حداقل در نظر بدوی؛ خصوصاً مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» واضح است و چندان پیچیدگی ندارد، ولی شهرت محصله بر عدم ملکیت قائم است، و این انسان را به ریب می اندازد که حتماً علتی داشته که به اطلاقات و عمومات تمسک نکرده اند و إلا مگر می شود اکثر فقهاء و أعاضمی مثل سید مرتضی، شیخ طوسی، ابی الصلاح حلبی و ... این اطلاقات را نفهمیده باشند؟! در حالی که حداقل استدلال کتب عامه مانند شافعی و غیر آن به این عمومات و اطلاقات در منظرشان بوده، ولی با این حال تمسک نکرده اند. این نظیر آن است که گفته اند: اگر روایتی مورد اعراض مشهور بود معلوم می شود یک وهنی در آن وجود دارد، تا آن جا که «کَلَّمَا از دَاد صَحَّةً از دَاد وَهْنًا».

این مسأله انصافاً از مسائل مشکل در فقه است. ما نحن فیه از جمله مواردی است که محصل باید خوب تدریب داشته باشد و قَلِق استنباط را بداند. فعلاً نکته ی این که چرا بزرگان قائل به عدم ملکیت شده اند را نمی خواهیم بیان کنم و إن شاء الله در مسأله ی بعدی بیان خواهیم کرد.

معاطات مفید ملکیت لازم است یا متزلزل؟

مرحوم شیخ بعد از ترجیح ادله ی قول به ملکیت معاطات، این مسأله را مطرح می کنند که ملکیت حاصل از معاطات متزلزل است یا لازم. (۱)

تقریباً همه ی کسانی که قائل به مملکت معاطات شده اند به جز چند نفر معدود قائلند که این ملکیت به نحو متزلزل است؛ یعنی قابل رجوع است و هر یک از متعاطین می توانند قبل از تصرف ناقل یا قبل از تلف یکی از دو بدل رجوع کنند.

به شیخ مفید قدس سره - نسبت داده شده که معاطات مفید ملک لازم است و مانند بیع بالصیغه که از آن به بیع عقدی (۲) نیز تعبیر می شود می باشد. ما نیز با ارائه ی توضیحاتی از کلام شیخ مفید استظهار کردیم که ایشان قائل به ملک لازم هستند؛ چون فرمودند: با تقابض بیع منعقد می شود [و حق فسخ ندارند]. (۳)

از بعضی از معاصرین شهید ثانی (۴) قدس سره - و جماعتی از متأخرین از محدثین (۵) نیز

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۱: [هل المعاطاه لازمه أم جائزه] و علیه، فهل هی لازمه ابتداءً مطلقاً؟ كما حکى عن ظاهر المفيد رحمه الله، أو بشرط كون الدالّ على التراضي لفظاً؟ كما حکى عن بعض معاصري الشهيد الثاني، و قوَاه جماعه من متأخري المحدثين، أو هي غير لازمه مطلقاً فيجوز لكلّ منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا من عرفت، وجوه.

۲- ولی ما گفتیم عقد اعم از بالصیغه و بالمعاطات است.

۳- المقنعه (للشيخ المفيد)، ص ۵۹۱: البيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افتراقا بالأبدان.

۴- مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۴۷: أنّ ظاهر كلام المفيد رحمه الله يدلّ على الاكتفاء في تحقق البيع بما دلّ على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه و تقابضا. و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين * يذهب إلى ذلك أيضا، لكن يشترط في الدالّ كونه لفظا. و إطلاق كلام المفيد أعمّ منه. * هو السيد حسن بن السيد جعفر الكركي، كما حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامه: • مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، ج ۴، ص ۱۵۶: و القول المذكور نقله في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين و هو السيد حسن بن السيد جعفر لكنه قال إنه يشترط في الدالّ كونه لفظا.

۵- الحدائق الناضره في أحكام العتره الطاهره، ج ۱۸، ص ۳۵۵: المفهوم مما نقله في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين، هو اشتراط وجود اللفظ الدالّ على التراضي من الطرفين. و المفهوم مما نقل عن المفيد: الاكتفاء بمجرد التراضي، و لو بالإشارة و القرائن، و ان لم يحصل بينهما ألفاظ داله على ذلك، و اختاره في المفاتيح و سجل عليه. و الظاهر هو الأول، لتطرق القدح الى ما ذكره، فإن الأصل بقاؤ ملك كل واحد لماله حتى يعلم الناقل شرعا، و غايه ما يفهم من الاخبار الجاربه في هذا المضمار - مما تلوناه عليك و نحوه - هو النقل و صحه العقد بالألفاظ الجاربه من الطرفين، الداله على التراضي بمضمون ذلك العقد، دون الصيغ الخاصه التي اعتبرها الأكثر. و اما مجرد التراضي و التقابض من غير لفظ يدلّ على ذلك فلم يقيم عليه دليل، و حديث «انما

يحلل الكلام و يحرم الكلام» مؤيد ظاهر لما قلنا، و غايه ما تدل عليه الأدله التي استند إليها، من الهدايا و الهبه و وقوع الشراء قديما و حديثا من البائع بغير كلام إذا كان السعر معهودا و نحو ذلك، هو جواز التصرف، و هو مما لا نزاع فيه و لا إشكال، اما كونه موجبا للنقل من المالك السابق ما دامت العين موجوده، بحيث لا يجوز لصاحبها الرد فيها، فغير معلوم، كيف و قد صرحوا بأنه لا خلاف في جواز الرد في الهدايا ما دامت العين موجوده، و حديث «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» مؤيد أيضا، إذ لم يحصل من الكلام ما أوجب الانتقال حتى يحرم الرد و الرجوع، و اما جواز التصرف فلا ينافي الخبر المذكور، لانه محمول على اللزوم و على ما بعد الرجوع، جمعا بينه و بين ما دل على الإباحه بالتراضى. و بالجملة فالتمسك بأصالة بقاء الملك حجه قويه، الى ان يحصل المخرج عن ذلك من الحجج الشرعيه، و غايه ما يستفاد من الاخبار- كما عرفت- هو الاكتفاء بالتراضى الحاصل من الألفاظ، دون مجرد التراضى.

نقل شده که قائل شده اند: اگر دالّ بر تراضی لفظ باشد هر چند صیغه ی واجد شرائط نباشد معاطات مفید ملکیت لازمه است و الا مفید ملکیت متزلزل است.

دلالت استصحاب بر لزوم ملکیت

مرحوم شیخ می فرماید (۱): مقتضای أصاله اللزوم در ملک آن است که ملکیت حاصل از معاطات به نحو لزوم است؛ نه مترزل.

مقصود شیخ از «أصاله اللزوم در ملک» استصحاب ملکیت است؛ نه ادله ی اجتهادی که بعداً خواهد آمد؛ زیرا بلافاصله می فرماید: «لشکّ فی زواله بمجرّد رجوع مالکه الأصلی».

بعد از قبول حصول ملکیت با معاطات به مقتضای عمومات، اطلاعات و سیره که طبق این فرض بحث می کنیم، شک می کنیم که با رجوع مالک اوّل، این ملکیت زائل می شود و دوباره به کیس مالک اوّل برمی گردد یا خیر، استصحاب ملکیت برای مالک جدید جاری می شود، لذا همچنان در ملکیت وی باقی است و رجوع مالک اوّل تأثیری ندارد. به عنوان مثال زید که کتابی را به معاطات از عمرو گرفت و طبق فرض مالک آن کتاب شد، شک می کنیم بعد از رجوع عمرو و گفتن «کتاب را به من پس بده» ملکیت زید بر کتاب زائل شد یا نه، دلیل استصحاب بیان می کند ملکیت زید بر کتاب همچنان باقی است.

اشکالی بر جریان استصحاب

اشاره

اشکالی بر این استصحاب وارد شده و آن این که:

آن چه در ما نحن فیه ثابت است جامع بین ملک مترزل و مستقر است؛ زیرا علی الفرض نمی دانیم کدام یک از این دو قسم ملک به معاطات محقق شده است. بنابراین نمی توان استصحاب ملک جاری کرد؛ زیرا اگر این جامع در ضمن ملک

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۱: أوقفها بالقواعد هو الأوّل؛ بناءً علی أصاله اللزوم فی الملک؛ للشکّ فی زواله بمجرّد رجوع مالکه الأصلی.

متزلزل محقق شده باشد با رجوع مالک اصلی قطعاً منتفی شده است؛ چراکه معنای ملک متزلزل همین است که با رجوع مالک اول زائل می شود. و اگر احتمال دهیم در ضمن ملک مستقر محقق شده باشد از آن جا که چنین ملکی متیقن نبوده جاری نیست و بلکه چون مسبوق به عدم است استصحاب عدم تحقق ملک مستقر جاری می شود. پس دیگر ملکیتی باقی نیست تا منشأ اثر باشد. (۱)

بلکه بالاتر، می توان استصحاب علقه ی مالک اول را جاری کرد و اثبات نمود ملک حاصل از معاطات به نحو متزلزل است؛ زیرا علی الفرض شک می کنیم علقه ای که مالک اول نسبت به عین داشت با معاطات کاملاً زائل شد یا هنوز باقی است؟ استصحاب علقه ی مالک اول جاری می شود و در نتیجه تسلط بر استرجاع آن دارد.

پاسخ اول شیخ قدس سره – به اشکال: (ملک حقیقت واحد است و دو قسم نیست)

اشاره

مرحوم شیخ در پاسخ اصلی به اشکال بر جریان استصحاب بقاء ملک می فرماید: تقسیم ملک به دو قسم متزلزل و مستقر درست نیست، بلکه ملک حقیقت واحد است البته حقیقت واحد اعتباری بله شارع در بعضی مقامات حکم فرموده می توان آن را با رجوع زائل کرد و در بعضی جاها

۱- همان، ص ۵۱: و دعوی: أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر، و المفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر، فلا ينفع الاستصحاب، بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول، مدفوعه مضافاً إلى إمكان دعوی كفايه تحقق القدر المشترك في الاستصحاب، فتأمل -: بأن انقسام الملك إلى المتزلزل و المستقر ليس باعتبار اختلاف في حقیقته، و إنما هو باعتبار حکم الشارع علیه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي. و منشأ هذا الاختلاف حقیقه السبب المملک، لا اختلاف حقیقه المملک. فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعیه للسبب، لا من الخصوصیات المأخوذه فی المسبب.

نمی توان زائل کرد، ولی این تفاوتی در حقیقت ملک ایجاد نمی کند. به عنوان مثال زید که مالک کتاب شده است می تواند کتاب را تا آخر عمر در ملک خود نگه بدارد و می تواند بعد از مدتی آن را از طریق بیع، هبه یا ... از ملکش خارج کند. آیا می توان گفت مالکیت زید بر کتاب در این دو حالت متفاوت است؟ بدیهی است که این دو حالت از حیث مالکیت زید بر کتاب و این که کتاب مال زید است فرقی ندارند.

ما نحن فيه نیز که با رجوع مالک اول، ملکیت منتقل می شود نظیر این مثال است. تنها فرقی که دارند این است که در این مثال، مالک خودش به طریقه ی عرفی که مُمضاه شارع است ملک ثابتش را به دیگری منتقل می کند، ولی در ما نحن فيه با اراده ی شخص دیگر [مالک اول] منتقل می شود و این تفاوتی در حقیقت ملک ایجاد نمی کند. به عبارت دیگر این تفاوت مربوط به تفاوت حقیقت ملک نیست، بلکه مربوط به حکم شارع است که امضاءً یا تأسیساً جعل کرده که در شرایط خاصی ملکیت با رجوع مالک اصلی زائل می شود.

پس حقیقت ملک واحد است و منشأ این اختلاف، اختلاف در حقیقت ملک نیست، بلکه اختلاف در حقیقت سبب مملک است که شارع چنین حکم کرده است؛ مثلاً اگر سبب مملک بیع بالصیغه باشد شارع حکم نکرده که این ملک با رجوع مالک اول بعد از افتراق متبایعین زائل شود، اما اگر سبب مملک هبه باشد شارع حکم کرده در صورتی که هبه غیر معوضه بوده و عین باقی باشد و متهب غیر ذی رحم باشد واهب می تواند آن را از ملک متهب خارج کرده و داخل در ملک خودش کند.

پس خلاصه این که جواز رجوع و عدم جواز رجوع، از احکام شرعیه ی سبب است و ربطی به خصوصیات مسبب یعنی خود ملک ندارد.

مرحوم شیخ برای تثبیت مطلبشان که حقیقت ملک واحد است دو دلیل ذکر می کنند(۱):

دلیل اول: این که ملکیت با جواز رجوع و عدم جواز رجوع تخصیص و تقسیم نمی شود امری وجدانی است. شاهد آن این است که إنشاء ملک در هبه ی لازمه و هبه ی جائزه به یک صورت است و زید که مثلاً کتابش را به رَحْمَش هبه می کند که هبه ی لازمه است، با صورتی که کتابش را به بیگانه هبه می کند و هبه ی جائزه است وجداناً تفاوتی بین این دو إنشاء احساس نمی شود، بنابراین مُنشأ آن دو یعنی ملک نیز تفاوتی ندارند و این آیت آن است که ملک دو قسم نیست.

دلیل دوم: اگر لزوم و جواز از خصوصیات ملک بوده و موجب تصنیف و تقسیم ملک بما هو ملک شود بدین معناست که هر یک از این دو مشتمل بر قدر مشترک و یک خصوصیت می باشد. مثلاً انسان و فرس که دو نوع از حیوان

۱- همان، ص ۵۲: و يدلّ عليه مع أنّه يكفي في الاستصحاب الشكّ في أنّ اللزوم من خصوصيات الملك. أو من لوازم السبب المملّك، و مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك في الهبه اللازمه و غيرها على نهج واحد: أنّ اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك، أو بحكم الشارع. فإن كان الأوّل، كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفه بحسب قصد الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده، و هو بديهى البطلان؛ إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه. و إن كان الثانی، لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو باطل في العقود؛ لما تقدّم أنّ العقود المصحّحه عند الشارع تتبع القصد، و إن أمكن القول بالتخلّف هنا في مسأله المعاطاه؛ بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك: من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطيين، لكنّ الكلام في قاعده اللزوم في الملك يشمل العقود أيضاً. و بالجملة، فلا إشكال في أصاله اللزوم في كلّ عقدٍ شكّ في لزومه شرعاً، و كذا لو شكّ في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، كالصلح من دون عوض، و الهبه. نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

محسوب می شوند هر یک مشتمل بر قدر جامع (حیوانیت) بوده و انسان دارای خصوصیت ناطقیت و فرس دارای خصوصیت صاهلیت می باشد. بنابراین ملک نیز جامع و قدر مشترکی دارد که با ضمیمه ی خصوصیتی ملک متزلزل می شود و با ضمیمه ی خصوصیت دیگر ملک مستقر.

حال سؤالی که این جا مطرح می شود آن است که: خصوصیتی که مصنّف یا منوّع ملک مشترک می شود از کجا پدید می آید؟ باید یا از جعل مُنشئ [مالک] حاصل شود یا از جعل شارع و از این دو خارج نیست.

اگر تخصیص قدر مشترک به إحدى الخصوصیتین به جعل مالک باشد لازمه ای دارد که نمی توان به آن ملتزم شد و آن این که باید قصد مالک در جواز و لزوم ملک دخیل باشد؛ یعنی اگر با قصد امکان رجوع إنشاء کرد ملک جایز می شود و اگر با قصد عدم امکان رجوع إنشاء کرد لازم می شود و اگر هم اصلاً قصدی از این نظر نداشت حکم خاص خود را داشته باشد. در حالی که بدیهی است قصد رجوع یا قصد عدم رجوع یا عدم هر یک از این دو در جواز و عدم جواز ملک، متزلزل یا مستقر بودن ملک نه در پیش عقلاء و نه در پیش شارع دخیل نیست. بعضی از ملک ها قابل رجوع است هر چند مالک موقع إنشاء قصد رجوع نداشته است و بعضی از ملک ها نیز قابل رجوع نیست هر چند مالک حین إنشاء قصد رجوع داشته است.

و اگر تخصیص قدر مشترک به إحدى الخصوصیتین به جعل شارع باشد این هم لازمه ای دارد که نمی توان به آن ملتزم شد و آن این که [شارع حکم به تحقق ملک لازم کند در جایی که منشی قصد تحقق ملک جائز کرده و نیز حکم به تحقق ملک جائز کند در جایی که منشی قصد تحقق ملک لازم کرده و در نتیجه] قاعده ی «العقود تتبع القصود» منخرم شود.

إن قلت: مرحوم شیخ در پاسخ به استدلال کاشف الغطاء قدس سره - که لازمه ی قول به إباحه در معاطات آن است که قاعده ی «العقود تتبع القصود» منخرم شود فرمودند انخرام قاعده ی «العقود تتبع القصود» اشکالی ندارد و مستلزم تأسیس قواعد جدیدی در فقه نیست.

قلت: مرحوم شیخ در آن جا فرمودند(۱) عقود بر دو قسم است: عقود لفظیه و عقود فعلیه. در عقود فعلیه از جمله معاطات تخلف از قصود ممکن است و اشکالی ندارد، ولی در عقود لفظیه که عقود صحیحه می باشد أدله ی إمضاء بیان می کند که تابع قصود بوده و عین آن قصود را محقق می کند. پس کلامشان در آن جا ناقض این کلام نیست.

إن قلت: به هر حال بحث ما در معاطات است که عقد فعلی است؛ نه عقد لفظی، لذا طبق این کلام شیخ مانعی ندارد که قاعده منخرم شود.

قلت: قاعده ی أصالة اللزوم اختصاص به معاطات ندارد و در عقود فعلیه و عقود لفظیه هر دو جاری است. لذا اگر بگوییم خصوصیت ملکیت ناشی از جعل شارع است لازمه اش آن است که آن قاعده حتی در عقود لفظیه منخرم شود و عقود تابع قصود نباشد.

بنابراین نه می توان ملتزم شد تخصیص قدر مشترک به إحدى الخصوصیتین به

۱- همان، ص ۴۶: أولاً: أن المعاطاه لیست عند القائل بالإباحه المجزّده من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً؛ فإنّ تبعیه العقد للقصود و عدم انفکاکه عنه إنّما هو لأجل دلیل صحّحه ذلك العقد، بمعنی ترتّب الأثر المقصود علیه، فلا یعقل حیثیذ الحکم بالصحّحه مع عدم ترتّب الأثر المقصود علیه، أمّا المعاملات الفعائیه التي لم یدلّ علی صحّحتها دلیل، فلا یمکن بحکم بترتّب الأثر المقصود علیها، كما ینبّه علیه الشهید فی کلامه المتقدّم من أنّ السبب الفعلی لا یقوم مقام السبب القولی فی المبیعات، نعم إذا دلّ الدلیل علی ترتّب أثر علیه حکم به و إن لم یکن مقصوداً.

جعل شارع است و نه به جعل مالک و این آیت آن است که اصلاً ملکیت چیزی نیست که خصوصیت بردار باشد به گونه ای که آن را دو قسم کند. بلکه ملکیت امرش دائر بین وجود و عدم است [که در موارد مختلف احکام مختلف دارد] و منشأ اختلاف احکام نیز سبب ملک است؛ یعنی اگر سببش مثلاً هبه باشد جایز است و اگر بیع باشد لازم است و گرنه مُسَبَّب یعنی ملک در بیع و هبه تفاوتی ندارد.

نقد پاسخ اول شیخ قدس سره -

استدلال جناب شیخ بر این که نمی توان دو نوع ملک داشت درست نیست و مانعی ندارد ملتزم شویم دو قسم ملک ملک مستقر و ملک متزلزل وجود دارد. ملک مستقر یعنی ملکی که در عالم اعتبار آن قدر محکم است که با رجوع زائل نمی شود. ملک متزلزل یعنی ملکی که از آن ضعیف تر بوده و با رجوع زائل می شود.

اما استدلال اول ایشان که فرمودند: إنشاء ملک در هبه ی لازم و غیر لازم وجداناً یکی است و این آیت آن است که حقیقت ملک در این دو تفاوتی ندارد و لزوم و جواز از احکام سبب بوده و ربطی به مسَبَّب ندارد، می گوئیم: گرچه اصل این فرمایش که عدم تفاوت إنشاء ملک در هبه ی لازم و غیر لازم وجدانی است متین بوده و قابل مناقشه نیست، ولی مدعای شیخ را اثبات نمی کند؛ زیرا هبه نزد عرف و عقلاء از عقود لازم محسوب می شود و بلکه شاید لزوم آن از بعض عقود لازم دیگر بیشتر باشد (۱) این شارع است که در بعضی موارد لزوم

۱- هبه نزد عرف شاید از بیع نیز محکم تر باشد؛ چون در بیع، بایع می تواند به مشتری بگوید ثمن را به تو برمی گردانم مبیع را به من برگردان [و مشتری به راحتی قبول کند] ولی اگر در هبه رجوع کند می گویند منت گذاشته به او هبه داده، دوباره می خواهد از او پس بگیرد. لذا عرف رجوع در هبه را مستهجن تر از بیع می بیند و به خاطر همین منشأ عقلایی است که در روایت نیز وارد شده که «الراجع فی هبته كالراجع فی قبیته». • الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۴، ص ۱۰۹: الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ جَرَّاحِ الْيَدَائِنِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹: مَنْ رَجَعَ فِي هَبَّتِهِ فَهُوَ كَالرَّاجِعِ فِي قَبِيَّتِهِ.

عقلائیه ی هبه را امضاء کرده و در بعضی موارد حکم به جواز آن کرده است. بدین جهت عدم تفاوت إنشاء عرفی هبه را نمی توان آیت بر عدم تفاوت دو ملک دانست؛ چراکه هبه در میان عرف و عقلاء یک قسم بیشتر نیست و آن مفید ملک لازم است.

نهایت چیزی که این کلام می تواند اثبات کند آن است که شارع می تواند بعضی آن چه را که متعاقدين قصد می کنند امضاء نکند و خلافش را حکم کند؛ یعنی تأسیس کامل نیست که این را خواهیم گفت مشکلی ندارد.

و اما استدلال دوم جناب شیخ - رحمه الله علیه - که فرمودند: تخصیص قدر مشترک بین ملکین یا حدی الخصوصیتین یا به جعل مالک است یا به جعل شارع، در حالی که هیچ کدام نمی تواند صحیح باشد، خدمت ایشان عرض می کنیم که هم به جعل مالک می تواند باشد و هم به جعل شارع و هیچ مشکلی ندارد.

چه مانعی دارد مالک در إنشاءش چنین قصد کند که ملکیت متزلزلی را ایجاد می کنم که با رجوع به ملک خودم برگردد؟! این که می بینیم در خارج چنین نیست به این خاطر است که شارع تصرف کرده، بعضی جاها را امضاء و بعضی جاها را رد فرموده است، ولی این بدین معنا نیست که نمی تواند به جعل مالک باشد، بلکه به جعل مالک است مگر آن که شارع غیر آن را جعل کرده باشد. لذا می گوئیم آن جاهایی که شارع ردع نکرده و کشف امضاء شارع می کنیم به جعل مالک است و مانند مواردی است که جعل خیار می شود. جعل خیار در عقد که عقلاء در میان خود آن را پذیرفته اند و شارع نیز امضاء فرموده به معنای إنشاء ملکیت متزلزل از جانب مالک است که با رجوع خودش یا دیگری از بین می رود؛ یعنی از ملک

طرف مقابل خارج شده به ملک مالک اول برمی گردد. پس تخصیص قدر مشترک بین ملکین به إحدى الخصوصیتین می تواند به جعل مالک باشد.

کما این که به جعل شارع نیز می تواند باشد؛ زیرا متشرعین حتی جعل های خودشان را هم به إمضاء شارع معتبر می دانند و بعد از إمضاء شارع به آن ملتزم می شوند. بنابراین می توان گفت مطابق آن چه را که مالک جعل کرده شارع نیز جعل می کند و در برخی موارد [قیدی] را اضافه یا کم می کند و در برخی موارد ردع کرده و إمضاء نمی کند.

امّا این که فرمود اگر به جعل شارع باشد «تخلف العقود عن القصد» لازم می آید، مثلاً مالک غافل که به ذوق عقلانی و ارتکاز فطری خود ملکیت لازم را در هبه إنشاء می کند، این که شارع ملکیت غیر لازم را در این فرض محقق کند از مصادیق تخلف عقد از قصد می باشد، خدمت جناب شیخ عرض می کنیم خود شما در پاسخ دیگری به مبعّد اول کاشف الغطاء قدس سره - فرمودید (۱): «أَنَّ تَخْلَفَ الْعَقْدِ عَنِ الْقَصْدِ الْمَتَّبَعِينَ كَثِيرٌ» و مثال های متعددی نیز برای آن ذکر کردید.

بنابراین هر دو برهانی که جناب شیخ قدس سره - برای اثبات واحد بودن حقیقت ملک اقامه کردند ناتمام است و حق آن است که دو قسم ملک وجود دارد به این بیان که:

بیان مختار در اثبات دو قسم ملک

گرچه در تکوین سبب های مختلف می تواند مسبّب واحد داشته باشد، مانند مثال معروف حرارت که حقیقت آن حرارتی که از تابش نور خورشید حاصل

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۴۷: و ثانیاً: أَنَّ تَخْلَفَ الْعَقْدِ عَنِ الْقَصْدِ الْمَتَّبَعِينَ كَثِيرٌ، فَإِنَّهُمْ أَطْبَقُوا عَلَى أَنَّ عَقْدَ الْمَعَاوَضَةِ إِذَا كَانَ فَاسِدًا يُؤَثِّرُ فِي ضَمَانِ كُلِّ مِنَ الْعَوَاضِينَ الْقِيمَةَ؛ لِإِفَادَةِ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ الضَّمَانَ عِنْدَهُمْ فِيمَا يَقْتَضِيهِ صَحِيحُهُ، مَعَ أَنَّهُمَا لَمْ يَقْصِدَا إِلَّا ضَمَانَ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْآخِرِ.

می شود با حرارتی که از جریان الکتریسیته تولید می شود تفاوتی ندارد و مرحوم شیخ نیز تقریباً با تشبیه ما نحن فیه به تکوین خواستند اثبات کنند که مسبب واحد است و سبب متعدد، ولی ما خدمت شیخ عرض می کنیم: تلقی عرف در مثل ما نحن فیه از اعتباریات البته نه به صورت قاعده کلی آن است که از سبب های متفاوت مسبب های مختلف پدید می آید؛ مثلاً وقتی هبه، بیع، معاطات و اسباب دیگر را ملاحظه می کند که در بعضی حکم به جواز رجوع و در بعضی حکم به عدم جواز رجوع شده است می گوید این مسبب چون از آن سبب خاص پدید آمده محکم تر است، ولی آن مسبب که از سبب دیگر پدید آمده کمی ضعیف تر است. یعنی تفاوت سبب ها را موجب تفاوت مسبب ها می بیند و در نظرش این چنین است که اگر مسبب ها واحد بودند باید حکم واحد می داشتند، این که یک جا حکم به جواز رجوع می شود و یک جا حکم به عدم جواز رجوع می شود تلقی عرف آن است که این ناشی از خود مسبب است؛ یعنی چون مسبب ها متفاوتند آثارشان هم متفاوت است، هر چند تفاوت مسبب ها هم ناشی از تفاوت سبب هاست و تفاوت آن ها به مسبب ها سریان پیدا کرده است.

بنابراین آن چه دارج بین ألسنه است که ملک دو قسم است؛ ملک متزلزل و ملک مستقر و هر کدام احکام خاصی دارد، ناشی از این تلقی عقلایی و عرفی بوده و صحیح می باشد.

پاسخ دوم شیخ قدسی سره - به اشکال بر استصحاب: (استصحاب کلی قسم ثانی)

شیخ - رحمه الله علیه - در پاسخ دوم به اشکال بر جریان استصحاب می فرماید: علی فرض دو قسم بودن ملک و این که جامع بین ملک متزلزل و مستقر متیقن است، می توان همان جامع را استصحاب کرد؛ یعنی ملکیتی که برای آخذ به معاطات حاصل شده و جامع بین متزلزل و مستقر می باشد می توان آن را به نحو کلی قسم ثانی استصحاب کرد.

مثال معروف استصحاب کلی قسم ثانی، همان استصحاب کلی حیوانیت است که نمی دانیم در ضمن پشه محقق شده یا فیل، که اگر در ضمن پشه محقق شده باشد قطعاً از بین رفته و اگر در ضمن فیل باشد باقی است. پس همان طور که در این مثال می توان کلی حیوانیت را استصحاب کرد در ما نحن فیه نیز می توان کلی ملکیت را که جامع بین متزلزل و مستقر می باشد استصحاب کرد.

در اصول اشکالاتی بر جریان استصحاب کلی قسم ثانی وارد شده که مهم ترین آن اشکالات و پاسخی که ما پسندیده ایم به این صورت است:

مهم ترین اشکالات استصحاب کلی قسم ثانی و پاسخ آن

اشکال اول: در همان مثال فیل و پشه، پشه چون قطع به از بین رفتن آن وجود دارد پس حیوانیت در ضمن آن هم منتفی است، از طرفی هم چون حدوث فیل از ابتدا مشکوک بوده، استصحاب عدم در آن جاری است، لذا حیوانیت در ضمن فیل هم منتفی است. بنابراین کلی حیوانیت بالکل منتفی است.

پاسخ: با استصحاب عدم فیل نمی توان اثبات عدم کلی حیوانیت کرد؛ چون مثبت است. به خاطر این که استصحاب عدم فیل به معنای عدم کلی نیست؛ زیرا احتمال دارد که کلی در ضمن پشه محقق شده باشد. بنابراین برای اثبات عدم کلی باید انتفاء حیوانیت در ضمن پشه را نیز ضمیمه کنیم، آن گاه نتیجه بگیریم که پس کلی حیوانیت منتفی است، در حالی که این لازمه ی عقلی بوده و لوازم عقلیه ی استصحاب حجت نیست.

تطبیق آن بر ما نحن فیه به این صورت است که استصحاب عدم تحقق ملک مستقر عین عدم تحقق ملک به نحو کلی نیست، بلکه اگر عدم ملک متزلزل را به آن ضمیمه کنیم و از این قاعده ی عقلیه که کلی باید در ضمن یکی از این دو

محقق شود هم استفاده کنیم، آن گاه می توانیم نتیجه بگیریم که کلی ملک هم موجود نیست. در حالی که این مثبت بوده و مثبتات استصحاب حجت نیست.

اشکال دوم: غایت آن چه که با استصحاب کلی ملک به نحو قسم ثانی اثبات می شود جامع بین ملک مستقر و متزلزل می باشد و [از طرفی می دانیم] جامع بین متزلزل و مستقر، مستقر نیست، لذا با رجوع مالک اول، آن جامع قطعاً منتفی می شود و دیگر قابل استصحاب نیست.

پاسخ: فرض آن است که جامع می تواند در ضمن فرد طویل هم ادامه پیدا کند و این طور نیست که حتماً در ضمن فرد قصیر تحقق یابد، بلکه هم می تواند قائم به فرد طویل باشد و هم قائم به فرد قصیر. و از آن جا که نمی دانیم جامع قائم به فرد قصیر است یا طویل، پس احتمال بقاء آن حتی با رجوع مالک اول نیز وجود دارد، لذا مشمول اطلاق «لا تنقض الیقین بالشک ابداً» بوده و استصحاب جاری می باشد.

بله! اگر حکمی بر خصوص ملک متزلزل یا بر خصوص ملک مستقر مترتب باشد با این استصحاب نمی توان آن را ثابت کرد، بلکه فقط احکام مترتب بر جامع را می توان اثبات کرد.

راه دیگری برای جریان استصحاب شخصی ملک

اگر کسی در جریان استصحاب به عنوان استصحاب کلی قسم ثانی با موضوع ملکیت در معاطات مناقشه کند و آن را جاری نداند باز به نظر ما راه دیگری برای جریان استصحاب شخصی ملک با این که ملک را دو قسم می دانیم وجود دارد و آن این که:

ما در بحث استصحاب، استصحاب فرد مردد را که نزد ما مردد است ولی عند

الله معین است جایز دانستیم. به این بیان که می دانیم فردی از ملکیت که عند الله معین است برای آخذ محقق شده است، همان فرد را می توانیم با استصحاب تا زمان شکّ جرّ کنیم. این که نزد ما آن فرد معلوم نیست و مردد است ضربه ای به جریان استصحاب فرد وارد نمی کند، همین که عند الله معین است کفایت می کند. (۱)

البته این استصحاب فرد مردّد مورد حمله ی عده ی زیادی از محققین (۲) قرار گرفته و اشکالات متعددی را بر آن وارد کرده اند، اما ظاهراً همه ی شبهه ها قابل جواب است و ما در بحث استصحاب از آن دفاع کرده و اشکالات را پاسخ گفتیم. بنابراین در ما نحن فیه نیز می توان با استصحاب فرد مردّد اثبات بقاء ملکیت آخذ کرد.

۱- نظیر بیان حضرت استاد دام ظلّه را سید یزدی قدس سره - نیز در حاشیه مطرح کرده و به آن ملتزمند، گرچه مورد اعتراض بعضی واقع شده است. • حاشیه مکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۷۳: ثمّ إنّ التّحقیق إمكان استصحاب الفرد الواقعی المرّدّد بین الفردین فلا- حاجه إلى استصحاب القدر المشترك حتّى یستشکل علیه بما ذکرنا و تردّده بحسب علمنا لا یضّرّ بتیقّن وجوده سابقا و المفروض أنّ أثر القدر المشترك أثر لكلّ من الفردین فیمكن ترتیب ذلك الآثار باستصحاب الشخص الواقعی المعلوم سابقا كما فی القسم الأوّل الّذی ذكره فی الأصول و هو ما إذا كان الكلّی موجودا فی ضمن فرد معین فشكّ فی بقائه حیث إنّ حکم فیه بجواز استصحاب کلّ من الكلّی و الفرد فتدبّر.

۲- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۳۲: ثمّ إنه ذكر السيد فی حاشيته: (أنّ التّحقیق إمكان استصحاب الفرد الواقعی المرّدّد بین الفردین، فلا- حاجه إلى استصحاب القدر المشترك حتّى یستشکل علیه بما ذکرنا). و یرد علیه: أنه إن كان المراد من الفرد المرّدّد ما هو مرّدّد فی الواقع حتّى فی علم الله (تعالی) فهو بدیهی البطلان، إذ لا وجود للفرد المرّدّد فی أى وعاء من الأوعیه. و إن كان المراد منه الموجود المعین علی تردّده: بمعنی أنّ المستصحب هو الوجود الخارجی مع قطع النظر عن الخصوصیات المفردة فهو عین الكلّی، لا شیء آخر وراءه.

پاسخ به استصحاب بقاء علقه ی مالک اوّل

اشکال دیگری که بر جریان استصحاب ملک حاصل از معاطات وارد شده بود این بود که اصلاً نوبت به جریان استصحاب ملک حادث برای آخذ نمی رسد؛ چراکه استصحاب علقه ی مالک اوّل جاری بوده و حاکم بر استصحاب ملک آخذ می باشد.

در پاسخ می گوئیم: مقصود از علقه ی مالک اوّل چیست؟ آیا مقصودتان بقاء مالکیت مالک اوّل است؟ یا مقصودتان حق رجوع برای مالک اوّل است؟ از این دو که خارج نیست. اگر مقصودتان بقاء مالکیت مالک اوّل باشد، قطعاً حرف نادرستی است؛ زیرا علی الفرض از ملک مالک اوّل خارج شده و داخل در ملک آخذ شده است. و اگر مقصودتان حق رجوع برای مالک اوّل است می گوئیم: حالت سابقه ی متیقّنه نداشته تا آن را استصحاب کنیم. پس این اشکال نیز بر جریان استصحاب ملک حادث وارد نیست.

جریان اصاله اللزوم (استصحاب ملک آخذ) در شبهات موضوعیه

مرحوم شیخ - رحمه الله علیه - توجه شایسته ای این جا می دهند و می فرمایند (۱): این که گفتیم اصاله اللزوم در هر عقدی که شرعاً در لزومش شک شود جاری است فرقی نمی کند که منشأ شک، شبهه ی حکمیه باشد یا شبهه ی موضوعیه.

آن چه تا به حال بحث کردیم که آیا رجوع در بیع معاطاتی مؤثر است یا نه، مربوط به شبهه ی حکمیه بود؛ چون شک ما ناشی از اشتباه امور خارجیه نبود، بلکه اجمال و ابهام مربوط به آن چیزی بود که باید از ناحیه ی شارع بیان شود که

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۳: و بالجمله، فلا إشکال فی أصاله اللزوم فی کلّ عقدٍ شکّ فی لزومه شرعاً، و کذا لو شکّ فی أنّ الواقع فی الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، كالصلح من دون عوض، و الهبه. نعم، لو تداعیا احتمال التحالف فی الجمله.

آیا شارع این رجوع را نافذ قرار داده یا خیر؟

اگر شک ما ناشی از اشتباه امور خارجیه باشد؛ مثلاً می دانیم عقدی در خارج واقع شده، ولی نمی دانیم این عقد به نحو هبه بوده که جایز است و چون عین هنوز باقی است و اهب می تواند به متهب رجوع کند و عین را از وی پس بگیرد یا به نحو صلح بوده که عقد لازم است و قابل رجوع نیست؟ در این جا نیز جناب شیخ قدس سره - به حق می فرمایند که اصاله اللزوم یعنی استصحاب ملک آخذ جاری است، لذا مالک اوّل نمی تواند رجوع کند؛ چون شک داریم که این رجوع مؤثر است یا نه، استصحاب ملکیت آخذ جاری کرده و می گوییم: این ملک با رجوع مالک اوّل زائل نشده است.

تحالف در صورت اقامه ی دعوا

رجوع به اصاله اللزوم [در شبهه ی موضوعیه] در صورتی است که طرفین دعوایی ندارند و مثلاً فراموش کرده اند عقدی که منعقد شده عقد لازم بوده یا جایز. اما اگر طرفین دعوا یکی ادعا کند که عقد منعقد شده به نحو مثلاً صلح بوده که عقد لازم و غیر قابل رجوع است و طرف دیگر ادعا کند که عقد مزبور به نحو هبه ی غیر معوضه به غیر ذی رحم بوده که عقد جایز است [با اصاله اللزوم مسأله فیصله پیدا نمی کند. بلکه] طرفین به قاضی رجوع می کنند و واگذار کننده ادعا می کند به نحو هبه واگذار کرده و در نتیجه می تواند رجوع کند، ولی قبول کننده منکر آن است و می گوید واگذار کننده به نحو صلح واگذار کرده که در نتیجه نمی تواند رجوع کند.

معیار قضاوت آن است که «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» (۱) ابتدا

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص ۴۱۵: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ جَمِيلٍ وَ هِشَامٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹: الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَ الْيَمِينُ عَلَى مَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ.

باید مدعی بینه بیاورد و اگر بینه نداشت منکر قسم بخورد. مدعی کسی است که قولش خلاف اصل است و منکر قولش موافق اصل است. ولی در این مسأله هر دو مدعی هستند و هر دو منکر؛ چون یکی مدعی هبه است و منکر صلح و دیگری مدعی صلح است و منکر هبه، [لذا اگر هیچ کدام نتوانستند بینه اقامه کنند یا هر دو بینه اقامه کردند و تعارض شد] باید تحالف کنند؛ یعنی هر کدام بر نفی ادعای دیگری قسم بخورد به این صورت که واگذار کننده قسم بخورد بر نفی مصالحه و قبول کننده قسم بخورد بر نفی هبه.

نتیجه ی تحالف این می شود که هم صلح و هم هبه باطل می شود و کأنّ واگذاری در این جا اتفاق نیافتاده است.

اما مرحوم شیخ در این جا می فرماید (۱): تحالف فی الجمله است. شاید نظر مبارک شیخ به این بوده که نحوه ی طرح دعوا فرق می کند؛ اگر مصبّ دعوا بر روی هبه و صلح به نحوی که تقریب کردیم باشد، جای تحالف است؛ چون هر دو مدعی و هر دو منکرند. اما اگر مصبّ دعوا بر روی صلح و هبه نباشد، بلکه به گونه ی دیگر باشد (۲)؛ مثلاً واگذار کننده به قاضی می گوید من حق رجوع به آن عین را داشتم و رجوع کردم، پس دیگر از ملک تحویل گیرنده خارج شده و مال من است، ولی تحویل گیرنده می گوید با وجود رجوع واگذار کننده، عین مال من است و رجوع وی تأثیری ندارد. این جا چون قول واگذار کننده خلاف اصل

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۳: نعم، لو تداعیا احتمل التحالف فی الجمله.

۲- مثلاً نوع عقد منعقد شده را فراموش کرده اند، واگذار کننده می گوید این را می دانم که حق رجوع داشتم، ولی قبول کننده می گوید حق رجوع نداشته است.

است زیرا خلاف استصحاب ملک قبول کننده است که در شبهه ی موضوعیه هم جاری می شود و قول قبول کننده موافق اصل است، پس قبول کننده منکر بوده و او فقط باید قسم بخورد.

ممکن است کسی (۱) ادعا کند حتی اگر مصب دعوا به صورت صلح و هبه باشد از آن جا که غرض نهایی این است که ملک از قبول کننده اخذ شود و غرض نهایی ملاک [در تعیین مدعی و منکر] است، پس در این صورت نیز فقط قبول کننده منکر است، لذا او باید قسم بخورد و جای تحالف نیست.

تمسک به اطلاقات و عمومات برای اثبات لزوم ملکیت حاصل از معاطات

اشاره

شیخ - رحمه الله علیه - بعد از تمسک به أصالة اللزوم مستند به اصل عملی، به عمومات و اطلاقات نیز برای اثبات لزوم ملکیت حاصل از معاطات تمسک می کنند. از جمله:

۱. تمسک به مرسله ی نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم»

اشاره

با این که شیخ - رحمه الله علیه - در دلالت مرسله بر إفاده ی اصل ملکیت در معاطات مناقشه

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۳۳: أن هاتین الصورتین کلتیهما من صغریات المدعی و المنکر، لا التداعی ضروره أن مصب الدعوی فیهما لیس إلا اللزوم و الجواز، لا کل واحد من عنوانی الصلح و الهبه، لأن الغرض من دعوی الصلح هو إثبات لزوم العقد و عدم تأثیر الفسخ فیہ. كما أن الغرض من دعوی الهبه هو إثبات جواز العقد، و تأثیر الفسخ فیہ. و إذن فمرجع النزاع فی المقام إلى اللزوم و الجواز. فیکون ذلک خارجا عن مورد التداعی. و بتعبیر آخر: أن النظر فی باب المرافعات إنما هو إلى الغرض الأقصی، و إلى نتیجه المترتبہ علی الدعوی. و علیہ فان کان قول کل من المترافعیین موافقا للأصل من ناحیه، و مخالفا له من ناحیه أخرى فهو من موارد التداعی. و إن کان قول أحدهما موافقا للأصل دون الآخر فهو من موارد المدعی و المنکر. و أما کیفیه ترتیب الدعوی من دون أن تكون هذه کیفیه موردا للغرض فلا- یترتب علیها أثر مهم فی باب المرافعات. و إذن فلا ثمره لإثبات أن العقد الموجود فی الخارج صلح بلا عوض، أو هبه غیر معوضه.

کردند هر چند ما مناقشه‌ی ایشان را نپذیرفتیم ولی این جا (۱) در دلالت مرسله بر لزوم ملک حاصل از معاطات پافشاری کرده و اشکالی را که بعضی مطرح کرده اند پاسخ می دهند!

مرحوم شیخ دلالت مرسله را بر لزوم ملکیت چنین تقریب می کنند: این روایت بیان می کند مردم تمام انواع سلطنت را بر مالشان دارند و از انواع سلطنت آن است که مال بدون اختیار مالک از ملکیتش خارج نشود، و از آن جا که جایز بودن معاطات به معنای جواز رجوع و تملک مال دیگری بدون رضایت مالکش می باشد، پس منافات با سلطنت مطلقه دارد [که این روایت آن را برای مالک اثبات می کند].

شیخ - رحمه الله علیه - سپس می فرماید: با این بیان، توهمی که ممکن است در مقابل استدلال به این مرسله رخ دهد مدفوع است و آن این که شاید کسی در دلالت مرسله این چنین مناقشه کند که نهایت مدلول روایت آن است که فرد بر ملک خودش سلطنت دارد، [در حالی که بعد از رجوع مالک اصلی نمی دانیم ملکیت آخذ باقی باشد تا بر ملکش سلطنت داشته باشد؛ زیرا اگر رجوع نافذ باشد] بدین معناست که آن ملکیت را زائل کرده و به ملک مالک اصلی برگشته است، لذا تصرفی که رخ داده، تصرف در ملک دیگری نیست؛ زیرا رجوع یعنی انتقال مال از ملک آخذ به ملک مالک اصلی.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۳: و يدلّ علی اللزوم مضافاً إلی ما ذکر عموم قوله صلی الله علیه و آله و سلم: «الناس مسلطون علی أموالهم» فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضا منافٍ للسلطنة المطلقة. فاندفع ما ربما يتوهم: من أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص علی ملكه، و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي. و لِمَا ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع علی لزوم القرض بعد القبض: بأن فائدة الملك السلطنة، و نحوه العلّامة رحمه الله في موضع آخر.

محقق اصفهانی - رحمه الله عليه - علی رغم این که در بحث این که آیا «الناس مسلطون علی أموالهم» مشرّع بوده و در شک در [صحت] انواع عقد می توان به آن تمسک کرد یا نه، بر خلاف شیخ فرمودند می توان به آن تمسک کرد، اما این جا بعد از تقریر نحوه ی دلالت مرسله بر مدعای شیخ به دو بیان، با آن مخالفت کرده و مرسله را دالّ بر لزوم معاطات نمی داند. (۱)

دو بیان بر نحوه ی دلالت مرسله بر لزوم معاطات و نقد آن از محقق اصفهانی قدس سره -

اشاره

۱. روایت با مدلول مطابقی اش دلالت می کند: مالک بر جمیع تصرفات در مالش حتی بعد از رجوع مالک اصلی سلطنت دارد؛ چون شک می کنیم آیا آخذ بعد از رجوع مالک اصلی نیز سلطنت دارد یا نه؟ مقتضای اطلاق «الناس مسلطون علی أموالهم» آن است که بعد از رجوع نیز آخذ سلطنت دارد.

محقق اصفهانی قدس سره - همان اشکالی را که شیخ به عنوان توهم مطرح کردند با بیانی فنی تر در این جا ذکر می کنند و می گویند: موضوع «الناس مسلطون علی أموالهم» مال مضاف به اضافه ی ملکیه است؛ یعنی مردم بر آن مالی که ملکشان است تسلط دارند، در حالی که در ما نحن فیه بعد از رجوع مالک اصلی نمی دانیم مال، ملک آخذ باشد، شاید به ملک مالک اصلی در آمده باشد، پس شک در موضوع داریم و اگر بخواهیم در این فرض به عموم «الناس مسلطون علی

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۳۸: توضیح: أنّ الاستدلال بعموم دلیل السلطنه بوجهین: أحدهما: بمدلوله المطابقی، و هی السلطنه علی جمیع التصرفات حتی بعد إنشاء الرجوع. و فیه: أنّ موضوعها المال المضاف بإضافة الملكیه، و کونه بعد الرجوع كذلك مشکوک، فیکون من التمسک بالعام فی الشبهه المصدقیه.

أموالهم» برای اثبات ملکیت آخذ تمسک کنیم، در واقع تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه خواهد بود.

بررسی کلام محقق اصفهانی قدس سره - در نقد بیان اول

به نظر می رسد اشکال محقق اصفهانی قدس سره - علی رغم داشتن صورت فنی قابل جواب باشد و بتوان به عموم «الناس مسلطون علی أموالهم» در ما نحن فیه تمسک کرد و آن این که «سلطنت بر مال» بدین معناست که مال بتمام شئونه وابسته به مالک است، و قبلاً در تبیین حقیقت ملک بیان کردیم که «ملک» به معنای وابستگی مملوک بتمام هویت به مالک است، مثل وابستگی معلول به علت وجودی خود و مثل وابستگی نور خورشید به خورشید. بنابراین مقتضای «الناس مسلطون علی أموالهم» آن است که مال هر شخصی با تمام شئونش وابسته به اوست و از دیگران بیگانه است. لذا اگر شخص دیگری بخواهد وابستگی مال به مالکش را قطع کند و ملکیت وی را از بین ببرد منافات با مقتضای روایت داشته که بیان می کند مالک بر تمام شئون ملک از جمله ذات آن سلطنت دارد و نمی توان این را پذیرفت که مالک هر نوع تصرفی در ملک خود می تواند کند، ولی نمی تواند اصل آن را حفظ کند!

پس به اطلاق روایت می توان تمسک کرده و اثبات کرد ملکیت آخذ بعد از رجوع نیز باقی است.

۲. روایت به مدلول التزامی دلالت می کند مقتضای این که مالک سلطنت مطلق بر جمیع تصرفات دارد آن است که دیگری بر این مال سلطنت ندارد به نحوی که مزاحمت با سلطنت مطلق مالک داشته باشد. اگر دیگری ادنی سلطنتی داشته باشد به نحوی که مزاحم با سلطنت مالک باشد بدین معناست که سلطنت مالک

مطلقه نیست. پس دلالت التزامی این که مالک سلطنت مطلقه بر مالش دارد آن است که دیگری هیچ گونه سلطنتی که مزاحم با سلطنت مالک باشد ندارد.^(۱)

بنابراین رجوع مالک اصلی چون منافی با سلطنت مطلق آخذ در ما نحن فیه می باشد روایت به دلالت التزامی آن را نفی می کند.

اما محقق اصفهانی قدس سره - در پاسخ به این بیان می فرمایند: روایت به دلالت التزامی نفی سلطنت غیر می کند به گونه ای که مزاحم سلطنت مالک باشد، ولی رجوع که مزاحمتی با سلطنت مالک ندارد؛ زیرا رجوع یعنی استرداد و استرداد تصرف در ملک نیست، بلکه تصرف در مالکیت است. روایت «الناس مسلطون علی أموالهم» اثبات می کند که مالک سلطنت بر ملک (مملوک) دارد اما اثبات نمی کند که سلطنت بر مالکیت دارد.

مالک اصلی با رجوع، در حقیقت تصرف در مالکیت می کند؛ نه در ملک؛ یعنی ابتدا مالکیت را از آخذ سلب می کند، آن گاه که به ملک خود استرداد کرد در ملک خود تصرف می کند. لذا رجوع مالک اصلی منافاتی با «الناس مسلطون علی أموالهم»

۱- همان، ص ۱۳۸: و ثانيهما: بمدلوله الالتزامی، فإن مقتضى سلطنته علی جميع التصرفات سلطنته مطلقه عدم سلطنته الغير علی ما يزاحم تلك السلطنته المطلقه، و إنما لم تكن سلطنته مطلقه، فسلطنته الغير علی تملك المال فی ظرف إضافة إلی مالک بدون اختیاره مزاحمه لسلطنته المطلق. و یندفع: بأن المنفی بالالتزام هی السلطنته المنافیة لسلطنته المالك علی جميع التصرفات الواردة علی المال، دون غيرها من أنحاء السلطنته، مثلا سلطنته المالك علی بیع ماله تنافی سلطنته الغير علی اشتراک منه بدون اختیاره، و لیس سلطنته الغير علی الرجوع سلطنته علی تملك المال علی حد سلطنته الشفیع علی تملك مال مشتری ببذل مثل الثمن لتكون مزاحمه لسلطان المالك، بل سلطنته علی الرد و الاسترداد، فهو فی الحقیقه سلطنته علی إزاله المملکیه، و المالك له السلطان علی المملک لا علی المملکیه، فکما لیس له السلطنته علی إزاله المملکیه ابتداء، كذلك لیس له السلطنته علی إبقاء المملکیه، حتی تكون سلطنته الغير علی إزالتها مزاحمه لها.

ندارد. به همین خاطر است که ما گفتیم اعراض از ملک اثر ندارد؛ چون اعراض از ملک به معنای نفی مالکیت است، در حالی که مالک تسلط بر مالکیت ندارد تا بتواند آن را با اعراض نفی کند، بلکه مالک فقط تسلط بر ملک دارد؛ نه بیشتر.

بررسی کلام محقق اصفهانی قدس سره - در نقد بیان دوم

پاسخ این اشکال محقق اصفهانی نیز با دقت در حقیقت ملک روشن می شود؛ زیرا حقیقت ملک که به معنای وابستگی شیء به تمام هویتش به مالک بوده و «الناس مسلطون علی أموالهم» نیز در واقع همان را تبیین می کند، با این مطلب [که دیگری بتواند این رابطه را با مالک قطع کند و مالکیت وی را سلب کند منافات دارد]. چگونه می توان گفت این روایت تصرفات غیر را در صورتی که اصل وابستگی را باقی بگذارد نفی می کند، اما تصرفی که وابستگی شیء به مالک را از بین می برد و ملکیت را منعدم می کند نفی نمی کند؟! لازمه ی این سخن آن است که غیر، حق ندارد طبق «الناس مسلطون علی أموالهم» مثلاً قدم در ملک کسی بگذارد، اما می تواند این ملک را کلاً نابود کند و وابستگی آن را از وی بگیرد! این نظیر آن است که کسی برای این که گرفتار محذور اهانت به عالم نشود ابتدا علم او را از وی بگیرد سپس به او اهانت کند! در حالی که وقتی گفته می شود به عالم اهانت نکن، گرفتن علم وی بالاترین اهانت به اوست.

بنابراین اگر «الناس مسلطون علی أموالهم» بالمطابقه دلالت بر نفی تصرفی که اصل سلطنت و ملکیت را سلب می کند نداشته باشد، بالفحوی و الاولویه بر آن دلالت می کند.

پس نتیجه این شد که کلام شیخ قدس سره - که فرمودند «الناس مسلطون علی أموالهم» می تواند دالّ بر لزوم ملکیت حاصل از معاطات باشد درست می باشد و می توان

برای اثبات لزوم ملکیت که به نحو شبهه ی حکمیه نمی دانیم شارع رجوع در معاطات را مؤثر دانسته یا نه، به این روایت تمسک کرد.

۲. تمسک به روایت «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه»

اشاره

روایت دیگری که جناب شیخ - رحمه الله علیه - به عنوان سند لزوم معاطات ذکر می فرماید (۱) روایت شریف «لا یحل مال امرئ [مسلم] (۲) إلا عن طیب نفسه» است.

از چند روایت می توان این مضمون را استفاده کرد که عبارتست از:

مصححه ی زید الشحام:

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدِ الشَّحَامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - وَقَفَ بِيَمْنِي حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهَا فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ فَقَالَ ... أَلَا مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَيَّ مِنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيْبِهِ نَفْسِهِ ... (۳)

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۵۴: و منه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا- يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه»؛ حيث دل على انحصار سبب حل مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحل بغير رضاه. و توهم: تعلق الحل بمال الغير، و كونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام، مدفوع: بما تقدم، مع أن تعلق الحل بالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملك أيضاً، فلا يحل التصرف فيه و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك.

۲- مرحوم شیخ به صورت «لا- يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه» نقل می کنند که ظاهراً اتکا به ذهن مبارکشان کرده اند و صحیح «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه» می باشد.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص ۲۷۳: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدِ الشَّحَامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ۹ وَقَفَ بِيَمْنِي حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهَا فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ فَقَالَ أَيُّهَا النَّاسُ اسْمِعُوا مَا أَقُولُ لَكُمْ وَاعْقِلُوا عَنِّي فَإِنِّي لَا أَدْرِي لَعَلِّي لَا أَلْقَاكُمْ فِي هَذَا الْمُوقِفِ بَعْدَ عَامِنَا هَذَا ثُمَّ قَالَ أَيُّ يَوْمٍ أَعْظَمَ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الْيَوْمُ قَالَ فَأَيُّ شَهْرٍ أَعْظَمَ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الشَّهْرُ قَالَ فَأَيُّ بَلَدٍ أَعْظَمَ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الْبَلَدُ قَالَ فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا إِلَى يَوْمِ تَلْقَوْنَهُ فَيَسْأَلُكُمْ عَنْ أَعْمَالِكُمْ أَلَا هَلْ بَلَغْتُمْ قَالُوا نَعَمْ قَالَ اللَّهُمَّ اشْهَدْ أَلَا مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَيَّ مِنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيْبِهِ نَفْسِهِ وَلَا تَطْلُمُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَارًا.

این روایت از لحاظ سند قابل اعتماد است. شیخ صدوق (۱) قدس سره - نیز این روایت را با سند خود از زرعه (۲) از سماعه نقل کرده [که آن هم از لحاظ سند موثقه می باشد].

موثقه ی اَبی بصیر:

عَدَّةٌ مِنْ أَصِيحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ -: سَبَابُ الْمُؤْمِنِ فُسُوقٌ وَقِتَالُهُ كُفْرٌ وَ أَكْلُ لَحْمِهِ مَعْصِيَةٌ وَ حُزْمُهُ مَالِهِ (۳) كَحُزْمِهِ دَمِهِ. (۴)

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۹۲: رَوَى زُرْعَةُ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ۹ وَقَفَ بِيَمِينِي حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهُ فِي حَجَّةِ الْوُدَّاعِ فَقَالَ أَيُّهَا النَّاسُ اسْمَعُوا مَا أَقُولُ لَكُمْ وَ اغْلِقُوا فَاِنِّي لَا أَذْرِي لَعَلِّي لَا أَلْقَاكُمْ فِي هَذَا الْمَوْقِفِ بَعْدَ عَامِنَا هَذَا ثُمَّ قَالَ أَيُّ يَوْمٍ أَغْظَمَ حُزْمَهُ قَالُوا هَذَا الْيَوْمُ قَالَ فَأَيُّ شَهْرٍ أَغْظَمَ حُزْمَهُ قَالُوا هَذَا الشَّهْرُ قَالَ فَأَيُّ بَلَدٍ أَغْظَمَ حُزْمَهُ قَالُوا هَذِهِ الْبَلَدُ قَالَ فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَ أَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُزْمِهِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا إِلَى يَوْمٍ تَلْقَوْنَهُ فَيَسْأَلُكُمْ عَنْ أَعْمَالِكُمْ أَلَمْآ هَيْلٌ بَلَّغْتُمْ قَالُوا نَعَمْ قَالَ اللَّهُمَّ اشْهَدْ أَلَا وَ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ دَمٌ أَمْرِي مُسْلِمٌ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيْبِهِ نَفْسِهِ فَلَا تَظْلِمُوا أَنْفُسَكُمْ وَ لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّارًا.

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۴۲۷: و ما كان فيه عن زرعه، عن سماعه فقد روته عن أبي - رضی الله عنه - عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسين بن سعيد، عن أخيه الحسن، عن زرعه بن محمد الحضرمي، عن سماعه بن مهران.

۳- البته آن چه در لسان فقهاء معروف است «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» است؛ یعنی به جای مؤمن، مسلم ذکر شده است. و در دو روایت نیز «مسلم» به جای «مؤمن» وارد شده است: • المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۳، ص ۵۹: و روى الأعمش عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: حرمة مال المسلم كحرمة دمه. • الأملی (للشيخ الطوسي)، ص ۵۲۵: حَدَّثَنَا الشَّيْخُ أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ الطُّوسِيِّ (رَحِمَهُ اللَّهُ)، قَالَ: أَخْبَرَنَا جَمَاعَةٌ، عَنْ أَبِي الْمُفَضَّلِ، قَالَ: حَدَّثَنَا رَحِيَاءُ بْنُ يَحْيَى بْنِ الْحَسَنِ بْنِ الْعَبْرَتَائِيَّ الْكَاتِبِ سِنَةَ أَرْبَعِ عَشْرَةَ وَ ثَلَاثِ مِائَةٍ وَ فِيهَا مَاتَ، قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ شَمُونٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمَاصِمُ، عَنِ الْفَضْلِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ وَهَبِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي ذُبَيْبٍ الْهَنَائِيِّ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبُو حَزْبِ بْنِ أَبِي الْأَسْوَدِ الدُّؤَلِيُّ، عَنْ أَبِيهِ أَبِي الْأَسْوَدِ، قَالَ: قَدِمْتُ الرَّبَذَةَ فَدَخَلْتُ عَلَى أَبِي ذَرٍّ جُنْدَبِ بْنِ جُنَادَةَ فَحَدَّثَنِي أَبُو ذَرٍّ، قَالَ: دَخَلْتُ ذَاتَ يَوْمٍ فِي صَدْرِ نَهَارِهِ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) فِي مَسْجِدِهِ، فَلَمْ أَرِ فِي الْمَسْجِدِ أَحَدًا مِنَ النَّاسِ إِلَّا رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) وَ عَلِيَّ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) إِلَى جَانِبِهِ جَالِسًا، فَاعْتَمَمْتُ خَلْوَةَ الْمَسْجِدِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بِأَبِي أَنْتَ وَ أُمِّي أَوْصَيْتَنِي بِوَصِيَّتِهِ يَنْفَعُنِي اللَّهُ بِهَا. فَقَالَ: نَعَمْ وَ أَكْرَمَ بِكَ يَا أَبَا ذَرٍّ، إِنَّكَ مِنَّا أَهْلَ الْبَيْتِ، وَ إِنِّي مُوَصِيكَ بِوَصِيَّتِهِ إِذَا حَفِظْتَهَا فَإِنَّهَا جَامِعَةٌ لَطُرُقِ الْخَيْرِ وَ سَبِيلِهِ، فَإِنَّكَ إِذَا حَفِظْتَهَا كَانَ لَكَ بِهَا كِفْلَانٌ ... يَا أَبَا ذَرٍّ، سَبَابُ الْمُسْلِمِ فُسُوقٌ، وَ قِتَالُهُ كُفْرٌ، وَ أَكْلُ لَحْمِهِ مِنْ مَعْصِيَةِ اللَّهِ، وَ حُزْمُهُ مَالِهِ كَحُزْمِهِ دَمِهِ. البته این روایت در مکارم الاخلاق به جای «المسلم»، «المؤمن» نقل شده، ولی در مجموعه ورام باز «المسلم» دارد. (امیرخانی)

٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٢، ص ٣٥٩؛ من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٥٧٠؛ كتاب الزهد (للحسين بن سعيد)، ص ١١؛ تفسير القمي، ج ١، ص ٢٩١، تحف العقول، ص ٢١٢؛ الاختصاص، ص ٣٤٣؛ مكارم الاخلاق، ص ٤٧٠ و

توقيعى از امام زمان عليه السلام :-

فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ. (١)

١- كمال الدين و تمام النعمه، ج ٢، ص ٥٢٠: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الشَّيْبَانِيُّ وَ عَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ الدَّقَّاقِ وَ الْحُسَيْنُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ هِشَامِ الْمُؤَدَّبِ وَ عَلِيُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْوَرَّاقُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالُوا حَدَّثَنَا أَبُو الْحُسَيْنِ مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرِ الْأَسَدِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: كَانَ فِيمَا وَرَدَ عَلَيَّ مِنَ الشَّيْخِ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عُثْمَانَ قَدَسَ اللَّهُ رُوحَهُ فِي جَوَابِ مَسَائِلِي إِلَى صَاحِبِ الزَّمَانِ عَلَيْهِ السَّلَامُ -: ... أَمَا مَا سَأَلْتُ عَنْهُ مِنْ أَمْرِ الصِّيَاعِ الَّتِي لِنَاحِيَّتِنَا هَلْ يَجُوزُ الْقِيَامُ بِبِعْمَارَتِهَا وَ آدَاءِ الْخَرَاجِ مِنْهَا وَ صِرْفِ مَا يَفْضُلُ مِنْ دَخْلِهَا إِلَى النَّاحِيَةِ اخْتِسَابًا لِلْأَجْرِ وَ تَقَرُّبًا إِلَيْنَا فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَكَيْفَ يَحِلُّ ذَلِكُ فِي مَالِنَا مِنْ فَعِيلٍ شَيْئًا مِنْ ذَلِكُ مِنْ غَيْرِ أَمْرِنَا فَقَدْ اسْتَحَلَّ مِنَّا مَا حُرِّمَ عَلَيْهِ وَ مَنْ أَكَلَ مِنْ أَمْوَالِنَا شَيْئًا فَإِنَّمَا يَأْكُلُ فِي بَطْنِهِ نَارًا وَ سَيَصَلَّى سَعِيرًا و نقله فى الإحتجاج على أهل اللجاج (للطبرسى)، ج ٢، ص ٤٨٠.

روایت محمد بن یزید الطبری:

لَا يَحِلُّ مَالٌ إِلَّا مِنْ وَجْهِ أَحَلَّهُ اللَّهُ. (۱)

تمرکز بحث عمدتاً روی این عبارت «لَا يَحِلُّ مَالٌ إِلَّا مِنْ وَجْهِ أَحَلَّهُ اللَّهُ» است که از مصححی زید الشحام استفاده می شود.

مرحوم شیخ در چگونگی دلالت این روایت بر لزوم ملکیت حاصل از معاطات می فرماید: از آن چه درباره ی استدلال به روایت سابق یعنی «الناس مسلطون علی أموالهم» ذکر کردیم، کیفیت استدلال به این روایت نیز روشن می شود؛ چراکه این روایت بیان می فرماید سبب حِلِّ مال غیر، منحصر در رضای مالک است؛ یعنی رضای مالک سبب تام یا ناقص در حلیت مال غیر است و بدون رضای مالک نمی توان مال غیر را برای خود حلال کرد. بنابراین در ما نحن فیه که مالک اصلی می خواهد با رجوع و بدون رضایت مالک فعلی آن یعنی آخذ آن را برای خود حلال کند با این روایت منافات داشته و این روایت

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۱، ص ۵۴۷: سَيَهْلُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْمُثَنَّى قَالَ حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ زَيْدِ الطَّبْرِيِّ قَالَ: كَتَبَ رَجُلٌ مِنْ تَجَارِ فَارِسَ مِنْ بَعْضِ مَوَالِي أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ - يَسْأَلُهُ الْإِذْنَ فِي الْخُمْسِ فَكَتَبَ إِلَيْهِ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * إِنَّ اللَّهَ وَاسِعٌ كَرِيمٌ ضَمِنَ عَلَيَّ الْعَمَلِ الثَّوَابَ وَ عَلَيَّ الضِّيْقَ الْهَمَّ - لَمَا يَحِلُّ مَالٌ إِلَّا مِنْ وَجْهِ أَحَلَّهُ اللَّهُ وَ إِنَّ الْخُمْسَ عَوْنُنَا عَلَيَّ دِينِنَا وَ عَلَيَّ عِيَالِنَا وَ عَلَيَّ مَوَالِينَا وَ مَا نَبْذُلُهُ وَ نَشْتَرِي مِنْ أَعْرَاضِنَا مِمَّنْ نَخَافُ سَطْوَتَهُ فَلَا تَزُوؤُهُ عَنَّا وَ لَا تَحْرِمُوا أَنْفُسَكُمْ دُعَاءَنَا مَا قَدَرْتُمْ عَلَيْهِ فَإِنَّ إِخْرَاجَهُ مِفْتَاحُ رِزْقِكُمْ وَ تَمْحِصُ ذُنُوبِكُمْ وَ مَا تَمْهَدُونَ لِأَنْفُسِكُمْ لِيَوْمِ فَاقَتِكُمْ وَ الْمُسْلِمُ مَنْ يَفِي لِلَّهِ بِمَا عَاهَدَ إِلَيْهِ وَ لَيْسَ الْمُسْلِمُ مَنْ أَجَابَ بِاللِّسَانِ وَ خَالَفَ بِالْقَلْبِ وَ السَّلَامُ.

دلالت می کند رجوع مالک اصلی نافذ نیست.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: ممکن است نظیر توهمی که در سابق ذکر شد این جا نیز وارد شود و آن این که با رجوع مالک اصلی دیگر مال غیر نیست تا با روایت منافات داشته باشد؛ چرا که با رجوع، از ملک آخذ خارج شده و به ملک مالک اصلی برمی گردد، پس حلال پنداشتن آن مال برای مالک اصلی، شاید حلال پنداشتن مال غیر نیست و در نتیجه تصرف در آن برای مالک اصلی بلا مانع است. پس تمسک به روایت، تمسک به مطلق یا عام در شبهه ی مصداقیه است.

شیخ - رحمه الله علیه - [علاوه (۱) بر پاسخی که به توهم سابق دادند] می فرماید: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِهِ نَفْسِهِ» اطلاق داشته و هر نوع تصرفی اعم از تصرف تکوینی و تصرف اعتباری از جمله تملک به رجوع را منع می کند. بنابراین وقتی که شک داریم رجوع نافذ است یا نه؟ روایت می فرماید نافذ و جایز نیست مگر این که مالک (آخذ) راضی شود.

۱- زیرا فرمودند: «و تَوْهَمُ: تَعْلَقُ الْجِلَّ بِمَالِ الْغَيْرِ، وَ كَوْنَهُ مَالُ الْغَيْرِ بَعْدَ الرَّجُوعِ أَوَّلَ الْكَلَامِ، مَدْفُوعٌ: بِمَا تَقَدَّمَ، مَعَ أَنَّ تَعْلُقَ الْجِلِّ بِالْمَالِ يَفِيدُ الْعُمُومَ بِحَيْثُ يَشْمَلُ التَّمْلُكَ أَيْضًا، فَلَا يَحِلُّ التَّصَرُّفُ فِيهِ وَ لَا تَمْلُكُهُ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِ الْمَالِكِ». محقق ایروانی قدس سره - در مورد «مع أنّ تعلق الحل ...» می فرماید: هذا تقریب ثان للاستدلال لا یجری علیه التوهم المتقدّم و حاصله أنّ عموم لا یحلّ یشمل التملک و لا معنی لحرمة التملک إلّا فساد و عدم تأثیره فی حصول الملک فیوافق هذا التقرب تقریب الاستدلال بالآیه الآتیه و ستسمع عدم جریان التوهم هناک. (حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۸۰) ولی سید یزدی قدس سره - می فرماید: الظاهر أنّ لفظه مع من غلط النسخه و الصحیح من أنّ تعلق إلخ و ذلك لأنّ هذا لیس وجهاً آخر لدفع التوهم بل هو بیان الوجه السابق فتدبر. حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۷۴.

اشكال بعض محشّين بر استدلال شيخ به اين روايت

محشّين (١) بزرگوار مكاسب در اين جا هر کدام با شيوه و روش خودشان بر كلام

١- حاشيه المكاسب (للإيرواني)، ج ١، ص ٨٠: لكن يردّه أولا- أنّ ظاهر لا- يحلّ هو الحرمة التكلّيفيّة دون الوضع فيختصّ بغير التملّك من التصرفات و ثانيا أنّ الظاهر أنّ المقدّر في الروايه هو التصرف طبقا للمصرّح به في روايه لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره و التملّك ليس تصرفا في المال بل قصد نفسانيّ من شخص التملّك و ثالثا أنّ الجمع في كلمه واحده بين إرادته الحكم التكلّيفي و الوضعي لا يجوز فإمّا أن يرد من كلمه لا يحلّ الحكم التكلّيفي فقط و هو حرمة التصرفات أو الوضعي فقط و هو فساد التملّك و قد عرفت أنّ الظاهر هو الأوّل. • حاشيه كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثه)، ج ١، ص ١٣٩: تقريب الاستدلال بوجهين كما في دليل السلطنه، و الجواب عن كلا- الوجهين كما تقدم، و بالجمله فالحليه المنوطه بالرضا هي حليه التصرف في المال لا حليه إزاله إضافه المال إليه، بل يمكن أن يقال بعدم صحه الاستدلال هنا و إن قلنا بها في دليل السلطنه، فإنّ عدم الحليه التكلّيفيه و ثبوت الحرمة المولويه لا ينافي الصحه كما تقدم، و الحليه و إن كانت بمفهومها مناسبه للتكليف و الوضع، لكنها إذا تعلّقت بالافعال السببيه التي يترقّب منها النفوذ، و أمّا إذا نسبت إلى الأعيان فلا يناسب إلّا التكليف، فلذا لا يتوهم أحد أنّ قولنا «التمر حلال» أي أكله لا- بيعه، و كذلك قوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ» ... • نهج الفقاهه (للسيد الحكيم)، ص ٤٦: هذا يتوقف على أن يكون المراد من الحليه الحليه الوضعيه ليكون موضوعها التصرفات الاعتباريه التي منها التملّك، أما لو كان المراد منها الحليه التكلّيفيه كما هو الظاهر منها و لا سيما بقرينه السياق و المورد إذ لم نثر على المتن المذكور إلا على ما رواه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث قال رسول الله ٩: من كانت عنده أمانه فليؤدها الى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطيبه نفسه، اختصت بالتصرفات الحقيقيه مثل أكله و لبسه و نحوهما فلا تشمل التملّك، و اما روايه تحف العقول: لا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه، فضعيفه السند. • مصباح الفقاهه، ج ٢، ص ١٣٩: و لكن يتوجه على الاستدلال المزبور: أن الحل في اللغه هو الإطلاق و الإرسال. و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع و الحجر. و قد تقدم في البحث عن إفاده المعاطاه الملكيه أن الحل بهذا المعنى يناسب الحليه الوضعيه و التكلّيفيه كليهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحليه الوضعيه أو التكلّيفيه. كذلك يصح استعماله فيهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف القرائن و الموارد. مثلا: إذا أسند لفظ الحل إلى الأمور الاعتباريه- كالبيع و نحوه- أريد منه الحل الوضعي و التكلّيفي معا. و إذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجيه أريد منه الحل التكلّيفي فقط: أعني به الترخيص في الفعل. كقوله (تعالى) (وَيُحَلِّلُ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ) و هكذا الحال في لفظ التحريم. و عليه فلفظ الحل في الروايه الشريفه إنما نسب الى المال. و هو إما من الأعيان الخارجيه، أو من المنافع. و على كلا التقديرين فلا معنى لحليه ذلك إلا باعتبار ما يناسبه- كالتصرف- و إذن فيراد من حليه المال حليه التصرف فيه. كما أن المراد من حليه المأكولات حليه استعمالها و هكذا في كل مورد من الموارد حسب ما تقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع. و على هذا فمعنى الروايه: أن الشارع المقدس لم يرخص في التصرف في مال امرئ إلا بطيب نفسه. و إذن فهي أجنبيه عما نحن فيه.

شیخ اشکال کرده اند که محصل آن این چنین است: در صورتی استدلال شیخ صحیح است که مراد از حلیت در «لا یحلّ» حلیت وضعی باشد؛ زیرا در این صورت معنای روایت آن است که هیچ تصرفی وضعاً از جمله تملک به رجوع در مال مسلم نمی توان کرد جز با رضایت وی؛ چراکه تملک به رجوع نیز یک نوع حکم وضعی است. اما اگر مراد از حلیت در «لا یحلّ» حلیت تکلیفی باشد که «لا یحلّ» به معنای حرمت تکلیفی می شود کما هو الظاهر من الروایه به قرینه ی این که متعلق مال، عین یا منفعت است دیگر اختصاص به تصرفات خارجی (۱) مانند اکل، شرب، جلوس، قدم گذاشتن و ... پیدا می کند و شامل تملک به رجوع نمی شود که امری وضعی بوده و بدون تصرف خارجی و فقط با قصد محقق می شود.

بنابراین در صورتی که مراد از حلیت، حلیت تکلیفیه باشد روایت شریفه دلالتی بر مدعای شیخ ندارد و این را نیز بعضی اضافه کرده اند که «لا یحلّ» نمی تواند هم بر حلیت وضعی و هم حلیت تکلیفی هر دو حمل شود.

۱- چراکه مال، عین یا منفعت است و عین یا منفعت فی نفسه متعلق حلیت و حرمت تکلیفی واقع نمی شود، لذا باید فعلی در تقدیر گرفت که مناسب باشد و فعل مناسب «تصرف» می باشد؛ چنان که در توفیق صاحب العصر علیه السلام - «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ» به آن تصریح شده است.

نقد اشکال محشین

اولاً: بعید نیست که حتی اگر مراد از حلیت، حلیت تکلیفی بوده و اختصاص به تصرفات خارجی و تکوینی داشته باشد باز بتوان به این روایت استدلال کرد، به این صورت که می‌گوییم: روایت نسبت به تصرف بعد از رجوع نیز اطلاق دارد و بیان می‌کند هیچ تصرفی در مال غیر حتی تصرف بعد از رجوع جایز نمی‌باشد.

إن قلت: بعد از رجوع که دیگر مال او نیست تا تصرف در آن تصرف در مال غیر باشد!

قلت: مراد روایت عرفاً این است: چیزی که بالفعل مال دیگری است هیچ تصرفی در آن اعم از این که با رجوع باشد یا بدون رجوع، جایز نیست. به عبارت دیگر مفهوم عرفی روایت این است که کسی نمی‌تواند مالی که بالفعل متعلق به غیر است در آن رجوع کرده و آن را ملک خود کند، آن گاه در آن تصرف کند.

بنابراین روایت دالّ بر عدم نفوذ رجوع و در نتیجه لزوم ملکیت حاصل از معاطات می‌باشد.

ثانیاً: همان طور که در ذیل آیه ی مبارکه ی «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» بیان کردیم که «حلیت» در لغت به معنای رها، مرسل و آزاد بودن است و در نتیجه بعید نیست از کریمه استفاده کنیم که بیع تکلیفاً و وضعاً آزاد است و آن چه را که عقلاء آن را بیع می‌دانند شارع نه از لحاظ تکلیفی قیدی روی آن گذاشته و نه از لحاظ وضعی، در ما نحن فیه نیز می‌توانیم بگوییم: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مِّنْهُمْ إِلَّا بِطَيْبَةٍ نَفْسِهِ» یعنی مال مسلمان هیچ گونه آزادی ندارد مگر با رضایت خودش؛ یعنی مال مسلمان در حصار و قلعه ی رضایت خودش است، اگر رضایت نداشته باشد نه تصرف تکوینی و خارجی می‌توان در آن کرد و نه تصرف قراردادی و اعتباری.

بنابراین اگر بگوییم روایت هم شامل تصرفات تکوینی می شود و هم شامل تصرفات اعتباری، استعمال لفظ در اکثر از معنا لازم نمی آید، بلکه لازمه ی استعمال «لا-یحلّ» در معنای لغوی است که به معنای عدم ارسال و اطلاق و آزاد بودن است؛ یعنی هرگونه تصرفی در آن اعم از تکوینی و اعتباری باید به رضایت مالک باشد.

شاهدی بر اعم بودن حلیت تصرف از تصرفات تکوینی و اعتباری

در [موثقه ی ابی بصیر] که فرمود «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ [المؤمن] كَحُرْمَةِ دَمِهِ»، از تشبیه حرمت مال مسلم [مؤمن] به حرمت دمش استفاده می شود همان گونه که ریختن خون مسلمان [مؤمن]، هم حرمت تکلیفی دارد و هم حرمت وضعی که اگر کسی خونس را ریخت باید دیه پرداخت کند، مال مسلم [مؤمن] نیز، هم حرمت تکلیفی دارد که کسی حق ندارد بدون اجازه ی او در آن تصرف کند و هم حرمت وضعی دارد؛ یعنی اگر کسی تلف کرد ضمان دارد(۱) و بدون اجازه ی او به دیگری منتقل نمی شود.

بنابراین همان طور که در موثقه ی ابی بصیر حرمت مال به قرینه ی حرمت دم در اعم از حرمت تکلیفی و حرمت وضعی یعنی در معنای لغوی عدم ارسال و اطلاق استعمال شده، در ما نحن فیه نیز مانعی ندارد «لا یحلّ» که به معنای «حرمت» است در اعم از وضعی و تکلیفی استعمال شده باشد.

امّا این که چرا این سخن را نمی توان در مورد کریمه ی (أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَات) و (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ) گفت به خاطر این است که اصلاً حلیت و حرمت جز به نحو تکلیفی در این دو کریمه معنا ندارد و قرینه وجود دارد که مراد چیست و در

۱- کما این که مرحوم شیخ در جای دیگر برای اثبات ضمان به این روایت تمسک کرده اند: • المكاسب المحرمه (ط) - الحدیثه)، ج ۳، ص ۱۹۰: اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْتَدِلُّ عَلَى الضَّمَانِ فِيهَا بِمَا دَلَّ عَلَى إِحْتِرَامِ مَالِ الْمُسْلِمِ، وَأَنَّهُ لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا عَنِ طَيْبِ نَفْسِهِ، وَأَنَّ حَرْمَةَ مَالِهِ كَحَرْمَةِ دَمِهِ، وَأَنَّهُ لَا يَصْلَحُ ذَهَابُ حَقِّ أَحَدٍ، مِثْلًا إِلَى أَدْلِهِ نَفِي الضَّرَرِ، فَكُلُّ عَمَلٍ وَقَعَ مِنْ عَامِلٍ لِأَحَدٍ بِحَيْثُ يَقَعُ بِأَمْرِهِ وَتَحْصِيلًا لِمَا غَرَضُهُ، فَلَا بَدَّ مِنْ أَدَاءِ عَوْضِهِ؛ لِقَاعِدَتِي الْإِحْتِرَامِ وَنَفِي الضَّرَرِ.

«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ» مثلاً «اکل» در تقدیر است؛ چون عین است، اما در ما نحن فیه به خاطر اینکه متعلق «لا یحل» مال مضاف است و «مال مضاف» این خصوصیت را دارد که هم تکویناً می توان در آن تصرف کرد و هم وضعاً و اصلاً به خاطر ارزش اقتصادی که دارد و می تواند در مبادله واقع شود به آن مال گفته می شود کما این که در تعریف مال گفته شده «ما یبذلون یزائه الثمن» مناسب آن است که بگوییم اعم از تصرف تکوینی و وضعی مراد است. بلکه بالاتر، اگر امر دائر شود بین وضعی یا تکلیفی می گوییم وضعی اولی است؛ چون استفاده ی مال بما هو مال بیشتر در مبادلات است؛ مال بما هو مال که اکل نمی شود، پوشیده نمی شود و ... بلکه بما هو عین من الاعیان چنین استفاده ای از آن می شود.

بنابراین این که گفته اند چون متعلق مال معمولاً عین است پس مناسب با حلیت تکلیفی است درست نیست و ما می گوییم مراد از حلیت اعم از حلیت وضعی و تکلیفی است.

۳. تمسک به روایت «البیعان بالخیار حتی یفترقا»

اشاره

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید (۱): برای اثبات ملکیت توسط معاطات، علاوه بر ادله ی مذکور (۲) می توان به روایات متعددی که در خصوص لزوم بیع وارد شده از جمله

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۵: هذا کله، مضافاً إلى ما دلّ علی لزوم خصوص البیع، مثل قوله صلی الله علیه و آله و سلم: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا».

۲- مرحوم شیخ قبل از تمسک به روایت «البیعان بالخیار» به کریمه ی «تجاره عن تراض» تمسک می کنند، ولی ما برای این که روایات را یک جا ذکر کنیم و سپس وارد تمسک به آیات شویم این روایت و روایت دیگری را که شیخ بعداً بررسی می کنند قبل از تمسک به آیات ذکر می کنیم. ترتیبی که شیخ در تمسک اتخاذ کردند خلاف دأب ما و روش معمول است؛ چون ابتدا به آیات تمسک می شود، سپس به روایات و در آخر به اصل عملی. ولی این جا شیخ از اضعف شروع کردند و بین آیات و روایات هم ترتیب را رعایت نکردند.

روایت شریف «البیعان بالخیار ما لم یفتراقا» (۱) تمسک کرد.

این مضمون با لسان های متعدد در روایات نقل شده است. در بعضی به صورت «البیعان بالخیار حتی یفتراقا» نقل شده و در بعضی به صورت «البیعان بالخیار ما لم یفتراقا» و در بعضی مشتمل بر این ذیل است «فإذا افتراقا وجب البیع» [یا «فإذا افتراقا فلا خیار بعید الرضا منهما»]؛ یعنی خریدار و فروشنده دارای حق فسخ اند مادامی که افتراق پیدا نکرده اند، پس اگر افتراق پیدا کردند دیگر بیع واجب می شود [یا اگر افتراق پیدا کردند دیگر خیاری نیست بعد از این که رضایت داشتند].

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب التجاره، ابواب الخیار، باب ۱ (بابُ ثبوتِ خیارِ المجلسِ للبائعِ و المشتري ما لم یفتراقا)، ص ۵: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي عَلِيِّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَيْفُوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹ الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا وَصَاحِبُ الْحَيَوَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ وَ ابْنِ بُكَيْرٍ جَمِيعًا عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹ الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا الْحَدِيثَ. وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَجْزُوبٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ فَضَيْلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي حَدِيثٍ قَالَ: قُلْتُ لَهُ مَا الشَّرْطُ فِي غَيْرِ الْحَيَوَانِ قَالَ: الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا فَإِذَا افْتَرَقَا فَلَا خِيَارَ بَعِيدَ الرِّضَا مِنْهُمَا. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ فِي الْخِصَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنِ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْزُوبٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ يَسَارٍ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْزُوبٍ مِثْلَهُ. وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ الْحَدِيثَ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَلَبِيِّ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ.

مرحوم شیخ کیفیت استناد به این روایت را به فهم خوانندگان واگذار کرده و توضیحی ارائه نفرموده است. برخی از محققین با سه بیان از این روایت استفاده کرده اند که بیع معاطاتی مانند بیع بالصیغه لازم است.

سه بیان بر کیفیت دلالت روایت بر لزوم بیع معاطاتی

اشاره

۱. نفس جعل خیار برای همه ی بیوع از جمله معاطات دالّ بر لزوم معاطات است؛ شکی نیست که بیع معاطاتی عرفاً بیع است و اصلاً بر این فرض بحث می کنیم که معاطات مصداقی از مصادیق بیع است. بنابراین اطلاق «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا» شامل متعاطیین در بیع معاطاتی نیز می شود؛ یعنی متعاطیین خیار فسخ دارند مادامی که از هم جدا نشده اند و این دلالت می کند که بیع معاطاتی لازم است؛ چون اگر لازم نبود جعل خیار برای آن لغو بود؛ زیرا جعل خیار برای معامله ی جایز معنا ندارد. به خاطر همین در معاملات جایزی مانند وکالت، هبه به غیر ذی رحم، مضاربه، شرکت و ... جعل خیار نمی شود. پس این که جعل خیار برای مطلق بیع شده، کاشف از آن است که معاطات صرف نظر از این خیار و یا خیارهای دیگر که طبق دلیل ثابت می شود لازم می باشد و گرنه جعل خیار برای آن لغو می باشد. (۱)

۲. مفهوم غایت در «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا» دالّ بر آن است که بعد از افتراق، خیاری برای متبایعان نیست. پس این که روایت در مقام تحدید، غایت خیار را افتراق بیان کرده، دارای مفهوم است و آن این که بعد از افتراق خیاری

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۱۷۹؛ والاستدلال تاره: بجعل الخيار؛ إذ الخيار مختص بالبيع اللازم، و مقتضى الإطلاق وجود الخيار في بيع المعاطاه، فهو لازم.

نیست و کسی نمی تواند شیء فروخته شده را پس بگیرد یا پس دهد و اطلاق آن شامل بیع معاطاتی نیز می شود. (۱)

۳. روایات صحیحی که در ذیل آن می فرماید: «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» آن مفهومی را که غایت دلالت می کرد تصریح کرده و به صورت منطوق بیان می کند و اطلاق آن شامل بیع معاطاتی نیز می شود. بنابراین بیع معاطاتی بعد از افتراق واجب می شود و بایع و مشتری نمی توانند مبیع یا ثمنی را که به معاطات داده اند پس بگیرند؛ زیرا خلاف «وجب البیع» است. (۲)

مناقشه ی مرحوم امام در هر سه بیان

این سه بیان مورد حمله ی شدید امام قدس سره - در کتاب البیع قرار گرفته و دلالت هر یک را بر لزوم معاطات مخدوش دانسته اند.

مناقشه ی امام قدس سره - در بیان اول

امریا بیان اول که نفس جعل خیار که با اطلاق شامل بیع معاطاتی می شود کافی است در اثبات لزوم بیع معاطاتی؛ چرا که جعل خیار برای بیع جایز لغو و نامعقول است، ایشان در پاسخ می فرمایند (۳):

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۱۷۹: و أُخْرَى: بمفهوم الغايه بأن يقال: إنَّ ماهيته الخيار مغتياه بعدم الافتراق، و معه يسقط الخيار، و هو ملازم للزوم، و مقتضى الإطلاق دخول البائع بالمعاطاه.

۲- همان: و ثالثه: بقوله «فإذا افترقا وجب البیع» إذ الإطلاق يقتضى أن يكون واجباً فعلياً من جميع الجهات، و أدله سائر الخيارات مقیده له، لا حیثياً.

۳- همان: أقول: إن قلنا بأنَّ جعل الخيار للبیع الجائر ذاتاً لا مانع منه، كجعل الخيارات المتعدده للبیع، فلا دلالة لجعل الخيار على لزومه؛ لأنَّه كاللازم الأعم الذي بثوته لا يحرز الملزوم الخاص. و إن قلنا: بعدم صحه جعله للجائر ذاتاً بحسب حکم العقل أو العقلاء، فإن كان هذا الحكم كالقيد الحاف بالكلام، فيكون قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار مقيداً بكون بيعهما لازماً، ففي مورد الشك في كون بيع لازماً كالمعاطاه لا يصح التمسك بإطلاقه؛ لأنَّ الشبهه مصداقيه. و إن قلنا: بأنَّ حکم العقل أو العقلاء كالمخصیص المنفصل، لا- يوجب تقييد الموضوع عند صدوره، و كان القيد ليتياً منفصلاً، فإن قلنا: بجواز التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه في مثله كما قالوا، فيمكن التمسك بإطلاق البيعان بالخيار لإثبات الخيار في المعاطاه و كشف لزومها، نحو التمسك بقوله (عليه السلام) لعن الله بنی أمیه قاطبه في مورد الشك في أيمن واحد منهم لجواز لعنه، و كشف عدم إيمانه؛ إذ في المخصیص ص اللبى المنفصل يجوز التمسك بالعام. و إن قلنا: بعدم الفرق بين المخصیص صات اللبیه و اللفظیه في عدم جواز التمسك في الشبهه المصداقيه، كما اخترناه في محلّه، فلا يصح التمسك بإطلاقه لكشف حال الموضوع. إلا أن يقال: إنَّ الشبهه المصداقيه للمخصیص ص اللبى التي لا- يجوز فيها التمسك بالعام هو ما إذا خرج من العام عنوان بحسب حکم العقل، و شك في مورد أنه مصداق الخارج أو لا، و أمّا إذا شك في أصل الخروج و لو من جهة عدم إحراز مصداق للعنوان العقلي، كما فيما نحن

بصدده؛ حيث لم يحرز أن للبيع مصداقاً جائزاً، فليس الشك فيه من قبيل الشبهه المصداقيه للمخصي ص المحرزه مخصيته، و التفصيل في محلّه. و يمكن أن يقال: إنّه لا فرق في عدم جواز التمسك بين ما ثبت تحقّق أفراد من العنوان الخارج و شك في فرد آخر، و عدمه إذا كان المخصي ص عقلياً؛ ضروره أن تحقّق الفرد و عدمه لا دخاله له في الحكم، فحكم العقل بأنّ المؤمن لا يلعب ثابت، موجب لعدم دخول المؤمن في قوله (عليه السلام) لعن الله بني أميه من غير نظرٍ إلى خصوصيات المصاديق، و خروجها، و دخولها. فلو شك في فرد أنه مؤمن أو لا، مع العلم بعدم إيمان غيره منهم، يكون من الشبهه المصداقيه للمخصي ص، لا الشبهه في أصل التخصيص لأنّ التخصيص بحكم العقل، و هو على النحو الكلي لا الجزئي، و لا شك في خروج المؤمن عن هذا العام، و الشك في المصداق غير الشك في التخصيص، و ما نحن فيه كذلك، بناءً على كون التخصيص أو عدم الدخول بحكم العقل، فتدبر جيداً. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ٢٠٤: أمّا على الأوّل، فاستفاده اللزوم من نفس جعل الخيار، موقوفه على عدم جعله في المعاملات الجائزه بالذات، و إلّا فجعل ما هو لازم أعم لا يثبت الأخص. و على فرض تقيد البيع باللازم، قد يكون التقيد بديهياً من قبيل القرائن الحافه بالكلام، و قد يكون نظرياً من قبيل المنفصلات اللتيه، فلو كان الأوّل فالتمسيك بإطلاق «اليعان» و إثبات اللزوم من جعل الخيار فيه مشكل؛ إذ هو من قبيل الشبهه المصداقيه لموضوع العام، و إن كان الثاني فهو أيضاً لا يمكن؛ لهذه العويصه*، و عدم الفرق بين المتصل و المنفصل فيها و بين اللفظي و اللبّي، كما قد قرر. * اين جا حتماً اشتباهي رخ داده و صحيح آن است كه گفته شود: لأنه من قبيل التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه للمخصص. (اميرخاني)

اگر قائل شویم جعل خیار برای بیع جایز نیز ممکن و معقول است چراکه ماهیت خیار با جواز حکمی متفاوت است؛ خیار حقی است که برای ذی الخیار جعل شده و قابلیت نقل، اسقاط و ارث دارد، به خلاف جواز که حکم بوده و چنین قابلیت ندارد. لذا مانعی از جعل خیار برای بیع جایز نیست، چنان که گاهی خیارهای متعدد با حیث های متفاوت برای یک بیع جعل می شود معلوم است که در این صورت استدلال ناتمام خواهد بود؛ زیرا جعل خیار برای بیع جایز نیز معقول بوده و لذا جعل خیار ملازم با لزوم بیع نیست.

امّا اگر گفتیم [ذاتاً] جعل خیار در عقد جایز ممکن نیست به حکم عقل که چون لغویت لازم می آید یا به حکم عقلاء که خیار مربوط به عقود لازم است و شامل عقود جایز نمی شود باز هم نمی توان جعل خیار را علامت لزوم بیع معاطاتی دانست؛ زیرا بنابر فرض عدم امکان جعل خیار برای بیع جائز باید بگوییم «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا» تخصیص خورده و اختصاص به بیوع غیر جایز دارد.

حال این تخصیص به قرینه ی لثیه، اگر آن قدر واضح باشد که همه ی عقلاء متوجه آن می شوند، مانند مخصص متصل عمل کرده و از همان ابتدا مانع انعقاد اطلاق در بیع جایز می شود و در حقیقت این چنین می شود: «الْبَيْعَانِ بِالْبَيْعِ الْإِلْزَامِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا». بنابراین اگر در این صورت برای اثبات لزوم معاطات به این روایت تمسک کنیم، تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه خواهد شد؛ زیرا فرض آن است که نمی دانیم بیع معاطاتی لازم است یا جایز، پس نمی توان به «الْبَيْعَانِ بِالْبَيْعِ الْإِلْزَامِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا» تمسک کرد.

و اگر تخصیص به قرینه ی لثیه آن قدر واضح نباشد که به منزله ی مخصّص متصل باشد، بلکه به منزله ی مخصّص منفصل باشد، گرچه اطلاق در این صورت منعقد می شود، ولی چون مخصّص منفصل دارد نمی توان برای اثبات لزوم بیع معاطاتی به آن تمسک کرد؛ چراکه در این صورت تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصّص می شود و تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص بنا بر مبنای صحیح حتی اگر مخصّص لثی باشد صحیح نیست.

بنابراین بیان اوّل که نفس جعل خیار باطلاقه در حکم به لزوم بیع معاطاتی کافی است، ناتمام می باشد.

مناقشه ی امام قدس سره - در بیان دوم

بیان دوم این بود که اطلاق مفهوم غایت در «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» (۱) آن است که با افتراق متبایعین، دیگر خیاری در بیع نیست و در نتیجه مطلق بیع از جمله بیع معاطاتی لازم می شود. مرحوم امام قدس سره - در پاسخ به این بیان می فرماید (۲):

۱- مفهوم غایت اختصاص به «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» ندارد، بلکه در «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» نیز چنین مفهومی استفاده می شود، چنان که در تقریرات خرم آبادی قدس سره - نیز به آن تصریح شده است. (امیرخانی) • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص ۲۰۴: و قد يتمسك بمفهوم الغايه؛ إذ قوله: «ما لم يفترقا» يستفاد من مفهومه أنّ الافتراق سبب لإسقاط الخيار، فيكون البيع بعده لازماً.

۲- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۱۸۱: و أمّا الاستدلال بمفهوم الغايه، ففيه: أنّ ماهية الخيار غير الجواز الحكمي؛ ضروره أنّ الخيار حقّ مجعول لذی الخيار، قابل للنقل، و الإسقاط، و الإرث، و الجواز الحكمي بخلافه؛ فإنّه حکم للمعامله كالهبة و الوكاله، غير مجعول لأحد، و لا قابل لما ذکر، فنفی ماهية الخيار لا ینافی بقاء الجواز الحكمي. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص ۲۰۵: و أمّا علی الثانی، فإن كان الخيار من قبيل الحقّ قابلاً للإسقاط و التوريث و النقل - بأن ینترع من قوله مثلاً: «لك الخيار» السلطنه علی العقد بهذا المعنی، كما هو كذلك؛ إذ الخيارات كلّها من قبيل الحقوق، لا نفس معناه اللغوی؛ أعنی اختیار حلّ العقد بنحو الحكم الشرعی، و لا إشکال فی الفقه من هذه الجهة - فلا يتمسك بمفهومها؛ إذ انتفاء ماهية الخيار بعد الافتراق، لا يلزم منه نفی الجواز بعده أيضاً. نعم، إن قلنا بأنّ الجواز أيضاً من هذه الماهية و عدم الفرق بينهما، فيلزمه ذلك، و لکنه ليس الجواز من قبيل الخيار؛ إذ هو حکم شرعی لا يقبل شيئاً من هذا. و إن قيّدنا الموضوع - أعنی «البيعان» - باللازم، فيجىء فيه ما قلنا من الوجهين و عدم صحّ التمسك علی كلا التقديرين.

ماهیت خیار با جواز حکمی متفاوت است. خیار حقی است که برای ذی الخیار جعل شده و قابلیت نقل، اسقاط و ارث دارد، به خلاف جواز که حکم بوده و چنین قابلیت ندارد. روایت آن خیار که این خصوصیات را دارد معنیاً به افتراق کرده، اما جواز حکمی را که معنیاً به افتراق نکرده، بنابراین نمی توان با انتفاء خیار، نفی جواز حکمی را اثبات کرد. (۱)

مناقشه ی امام قدس سره - در بیان سوم

بیان سوم، استدلال به ذیل بعضی روایات بود که فرمود «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ»؛ یعنی هرگاه متبایعین از هم جدا شدند بیع لازم می شود که اطلاق آن شامل بیع معاطاتی نیز می شود. با این که دلالت این بیان بر لزوم بیع معاطاتی با اطلاق تقریباً جای ابهام ندارد، ولی مرحوم امام قدس سره - در پاسخ می فرماید (۲):

۱- این جواب مرحوم امام به بیان دوم در واقع بخش اول پاسخ به بیان اول است و پاسخ جدیدی نیست. از تقریرات خرم آبادی قدس سره - نیز استفاده می شود پاسخ به بیان دوم تکرار همان پاسخ به بیان اول با تمام شقوق است. حضرت استاد دام ظلّه در تقریر پاسخ امام مطالب اضافه ای نیز فرمودند که چون مرحوم امام در پاسخ به بیان سوم آن را ذکر فرمودند، ما نیز به آن جا انتقال دادیم. (امیرخانی)

۲- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۱۸۱: و أما الاستدلال بذیل الروایه؛ أي قوله (عليه السلام) فإذا افترقا وجب البیع فیه: أنه لا شبهه فی أنّ الموضوع فی صدرها و ذیلها واحد، فلو كان الموضوع فی الصدر مطلق البیع أو مقیداً، كان فی الذیل كذلك. فحينئذ نقول: إنّ أصله الإطلاق فی الصدر تقتضی كون البیع - بلا قيد موضوع الحكم، و إطلاقه شامل للبیع بالصیغه و المعاطاه، سواء كانت لازمه واقعاً أم جائزه، و أصله الإطلاق فی الذیل تقتضی الوجوب مطلقاً، بعد الافتراق فی الموضوع المأخوذ فی الصدر، فيقع التعارض بينهما؛ لأنّ الوجوب المطلق یضادّ البیع الجائز، فلا بدّ إمّا من رفع اليد عن إطلاق الذیل أو الصدر. و علی أنّی تقدیر: لا یصحّ التمسک بالذیل لإثبات اللزوم فی مورد الشکّ. أما علی الأوّل: فلأنّ الوجوب الحیثی لا ینافی الجواز، و لو قلنا: بالوجوب الفعلی و ارتکبنا التقييد بالنسبه إلى الجائز علی فرضه، كان التمسک به تمسکاً فی الشبهه المصدقيه للمخصّص. و أما علی الثانی: فلأنّ البیع فی الصدر إذا اختص بالبیع اللزوم، یكون فی الذیل كذلك، فتصیر الشبهه المصدقيه، لا یجوز التمسک بالعامّ فیها، سواء كان التخصیص متصلاً، أم منفصلاً، لفظیاً، أو لیبياً. هذا إن قلنا بصحّه جعل الخیار لمطلق البیع و لو كان جائزاً، و لو قلنا: بعدم صحّته، فلا بدّ أن یكون الموضوع فی الصدر مقیداً لبناً، و الذیل تابع له، فصارت الشبهه المصدقيه أيضاً. هذا کلّه مع الغضّ عن الروایات • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص ۲۰۵: و أما علی الاحتمال الثالث فنقول: یعتبر فی الحكم الذی كان بعد الغایه، اتحاد موضوعه مع موضوع المغنی، و بعباره اخرى: الحكم الذی یكون مفهوم الغایه و قد جعل منطوقاً بعد الغایه، یلزم أن یكون موضوعه نفس موضوع المغنی، ففی المقام یلزم أن یكون موضوع قوله: «فإذا افترقا وجب البیع» - و هو الافتراق من البیع - نفس موضوع قوله: «البیعان بالخیار» أعنی البیعین فی البیع، فإن كان البیعان فی البیع أعمّ من البیع الجائز و اللزوم، یكون الافتراق أعمّ من البیع الجائز و اللزوم، و إن كان مقیداً باللزوم هناك فكذلك هنا؛ إذ هذا حکم مفهوم المغنی. و لا یخفی: أنّ الاستدلال منوط بوجود إطلاقین: أولهما: الإطلاق الموضوعی فی قوله: «البیعان» بأن یكون شاملاً للجائز أيضاً حتّى یشمل المعاطاه، و ثانيهما: الإطلاق الحکمی فی قوله: «فإذا افترقا وجب البیع» بأن یكون اللزوم من جمیع الحیثیات و الجهات، و

إلّا فلا- يدلّ على لزوم المعاطاه، كما هو ظاهر، و مع فرض اتحاد موضوع المغتيا مع ما بعد الغايه و حفظ الإطلاقين، يلزم التنافى بين الصدر و الذيل؛ و ذلك لأنّ مقتضى الإطلاق الموضوعى- أعنى عموميه البيع للآزم و الجائر- أن يكون حكم الوجوب و اللزوم حيثياً؛ لوضوح أنّ الجائر لا يصير لازماً بعد الافتراق، و مقتضى إطلاق الذيل أن يقيد البيع بالآزم، فالأمر دائر بين تقييد الإطلاق الموضوعى و اختصاصه بالبيع الآزم، أو رفع اليد من الإطلاق الحكمى و جعله حيثياً، و على كلا التقديرين لا ينفعنا؛ إذ على فرض التقييد فى الموضوع يجىء المحذور السابق؛ و هو الشبهه فى المصداق، و على فرض رفع اليد عن إطلاق الحكم أيضاً يرتفع مورد الاستدلال؛ إذ ليس معناه لزوم المعامله و وجوبها من جميع الجهات حتى يصلح للتمسك، بل من جهه خاصه. هذا على تقدير الإطلاق فى الموضوع؛ أعنى «البيعان». و أمّا على فرض اختصاصه بالآزم من الأوّل، فالأمر واضح؛ إذ هو من مصاديق الشبهه المصداقيه، كما قرّر آنفاً و مكرراً.

شبهه ای نیست که موضوع در صدر و ذیل روایت واحد است؛ یعنی اگر موضوع در صدر روایت که می فرماید «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» مطلق بیع، اعم از لازم و جایز باشد، در ذیل هم که می فرماید «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» موضوع مطلق بیع خواهد بود و اگر موضوع در صدر مقید بوده و مراد خصوص بیع لازم باشد ذیل هم این چنین خواهد بود؛ چراکه ذیل متفرع بر صدر و در سیاق آن می باشد.

حال اگر موضوع در صدر و ذیل روایت، مقید به خصوص بیع لازم باشد معلوم است که دیگر نمی توان برای اثبات لزوم بیع معاطاتی به این روایت تمسک کرد؛ زیرا روایت در واقع این چنین می شود: «البيع اللازم فيه خيار المجلس حتى يفترقا المتبايعان فإذا افترقا وجب البيع اللازم غير الجائز» لذا استدلال به این روایت برای اثبات لزوم بیع معاطاتی که نمی دانیم لازم است یا جایز، تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود. و اگر مخصص به نحو منفصل باشد تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص منفصل می شود که درست نیست.

اما اگر موضوع در صدر و ذیل روایت، مطلق بیع اعم از لازم و جایز باشد چنان که ظاهر عبارت است دچار تعارض صدر و ذیل می شود؛ زیرا در واقع روایت این چنین می شود: «البيعان بالخيار سواء كان البيع لازماً او جائزاً حتى يفترقا فإذا افترقا وجب البيع مطلقاً یعنی و إن كان البيع جائزاً» یعنی صدر می فرماید حتی در بیع جایز هم خيار وجود دارد، ولی ذیل می فرماید با افتراق متبايعين حتى بیع جایز نیز لازم می شود، در حالی که نمی توان به این ملتزم شد؛ چراکه بیع جایز به این معناست که هیچ وقت لازم نمی شود و جواز بالزوم سازگاری ندارد، لذا باید یا از صدر رفع ید کرد یا از ذیل.

رفع ید از ذیل، به این است که بگوییم مقصود از «وجب البیع» وجوب حیثی است؛ یعنی فقط از حیث خیار مجلس واجب می شود و نسبت به حیث های دیگر و سایر اختیارات ساکت است. [اگر چنین بگوییم دیگر نمی توان برای اثبات لزوم معاطات به ذیل روایت تمسک کرد؛ چون ذیل روایت فقط از حیث خیار مجلس بیان می کند که بعد از افتراق لازم است و نسبت به حیث های دیگر ساکت است، در حالی که ما به دنبال اثبات لزوم مطلق و فعلی معاطات هستیم؛ نه لزوم حیثی.]

راه دیگر رفع ید از اطلاق ذیل، آن است که بگوییم «وجب البیع» گرچه وجوب حیثی و فقط از حیث خیار مجلس نیست، بلکه وجوب مطلق و فعلی است، امّا نسبت به بیع جایز تقیید خورده است؛ یعنی «وجب البیع إلا فی البیع الجائر». اگر چنین بگوییم باز نمی توان برای اثبات لزوم معاطات به آن تمسک کرد؛ چراکه تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص می شود.

در صورتی هم که از اطلاق صدر روایت رفع ید شود و اختصاص به بیع لزومی داشته باشد، از آن جا که ذیل تابع صدر است ذیل نیز اختصاص به بیع لزومی پیدا خواهد کرد و در نتیجه تمسک به آن برای اثبات لزوم معاطات، تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصص خواهد شد.

بنابراین بیان سوم نیز در استدلال به ذیل «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» برای اثبات لزوم معاطات ناتمام است.

مناقشه ی دیگر امام قدس سره - نسبت به بیان دوم و سوم

امام قدس سره - مناقشه دیگری در ادامه [نسبت به بیان دوم و سوم] اضافه می کنند (۱) و

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۱۸۱: و أمّا بالنظر إليها [الروایات] فهی علی طوائف: منها: و هی الأكثر ما لم یصرح فیها بالمفهوم، كقوله (عليه السلام) فی صحیحہ محمد بن مسلم البیعان بالخیار حتی یفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام. و نحوها فی عدم ذکر المفهوم صحیحہ زرارہ و روایہ علی بن أسباط و الحسين بن عمر بن یزید، عن أبيه و غيرها. و منها: ما صرح به، و هی صحیحہ الفضیل، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: ما الشرط فی الحيوان؟ فقال لی ثلاثة أيام للمشتري. قلت: و ما الشرط فی غیر الحيوان؟ قال البیعان بالخيار ما لم یفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. و صحیحہ الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال أيما رجل اشتری من رجل بیعاً فهما بالخيار حتی یفترقا، فإذا افترقا وجب البیع. و منها: ما فیها حکایه فعل أبي جعفر (عليه السلام)، كصحیحہ الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال إنَّ أبا اشتری أرضاً يقال لها العُرْيُضُ فلما استوجها قام فمضى. فقلت له: يا أبت عجبت القيام! فقال يا بني أردت أن یجب البیع. و نحوها غیرها. أمّا الطائفة الاولى: فلا شبهه فی عدم دلالتها علی المقصود، مع الغض عمّا مرّ بیانه؛ فإنَّ دلالتها مبته علی أن یكون المراد ب«الخيار» ماهیته المطلقة، حتی تدلّ الغایه علی سلبها، فیدعی أنه ملازم للزوم، و هو غیر مراد بلا ریب؛ لأنَّ جعل الغایه لماهیته الخيار المطلقة مع كونها واقعاً لخيار واحد فقط، و سائر الخيارات علی کثرتها غیر معیاه بالافتراق مستهجن، فلا بدّ من إرادة الخيار الخاصّ؛ أي خيار المجلس و لازمها سلبه خاصاً، و هو غیر ملازم للزوم. و منه یظهر الکلام فی صحیحہ الفضیل؛ فإنَّ قوله

(عليه السلام) فلا خيار محمول على الخيار المذكور في الصدر؛ لتبعيته ذيلها لصدرها في ذلك، مع أن سلب ماهيته الخيار مطلقاً مع ثبوت جميع الخيارات إلّا واحداً منها مستهجن. فإذا كانت جميع الروايات بصدد بيان ثبوت خيار خاص، و سلب الخاص بعد الغايه لا- لأنه المفهوم منها؛ ضروره أن المفهوم الاصطلاحى إنما هو فيما إذا علق السنخ على الغايه لا الشخص لا يبقى ظهور لروايه الحلبي في الإطلاق، و لا لبيان حكم آخر غير ما في سائر الروايات، فلا بد من حمله على الوجوب الحثي. و بعبارة اخرى: لو دار الأمر بين الحمل على الوجوب الفعلى المطلق، و الالتزام بأنها بصدد بيان أمر آخر غير ما في الروايات، و كذا الالتزام بخروج جميع الخيارات على كثرتها تقييداً، و بين الحمل على الوجوب الحثي، فالترجيح للشانى، بل لو لم يكن إلّا الإخراج الكثير لكفى فى تعيينه. و أما الروايات الأخيره، فمضافاً إلى ظهورها باعتبار قوله (عليه السلام) استوجبها فى البيع بالصيغه، و إلى بعد اشتراء الأراضى و القرى معاطاه، و تعارف البيع بالصيغه فيها، أنها قضيه شخصيه، لا يعلم الحال فيها، فلا إطلاق لها يشمل المعاطاه، فتدبر جيداً. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادى)، ص ٢٠٧: و أما بالنظر إلى روايات هذا الباب فنقول: روايات الباب على أربعة أصناف: أولها: ما ذكر فيه الخيار و غايته؛ أعنى الافتراق، كقوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» أو «حتى يفترقا». و ثانيها: ما ذكر فيه ما بعد الغايه: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. و ثالثها: روايه الحلبي: «أئما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع. و رابعها: الروايات الحاكيه لشراء الإمام عليه السلام أرضاً، و أنه عليه السلام قال: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ؛ ليجب البيع حين افترقنا». [عدم دلالة أخبار الخيار على لزوم المعاطاه] و البحث يقع فى صدرها تاره، و اخرى فى ذيلها، و قد عرفت أن مبنى الاستدلال- على فرض التمسك بمفهوم الغايه- كون المراد من «الخيار» ماهيه الخيار و طبيعته، فيستفاد من تحديد هذه الماهيه بالافتراق لزوم البيع بعده؛ لسقوط الخيار، و المفروض ثبوت إطلاق قوله: «البيعان بالخيار» فإن إطلاقه يقتضى ذلك. و لكن نقول: هل يمكن الإطلاق فيه؛ بأن يكون مفاده تحديد الخيار بحصول الافتراق فى جميع البيوع و الحالات؛ سواء كان حيواناً، أو مغبوناً فيه، أو معيوباً، أو لم ير المبيع أصلاً، أو كان غير ذلك من الفروض، ففى جميع التقادير و الحالات ترتفع ماهيه الخيار بعد الافتراق و تلزم المعامله؟ مع أننا نرى بالوجدان و الضروره خلاف ذلك، و ليس من الخيارات ما كان محدوداً بهذا الحد إلّا خيار واحد؛ و هو المسمى ب «المجلس» عند الفقهاء. بل الظاهر عدم الإطلاق فى «الخيار» للزوم التقييد المستبشع و المستهجن؛ إذ لا معنى لتحديد الخيار- بماهيته و طبيعته- إلى حد الافتراق، و تقييده بجميع الخيارات و خروج تمامها منه إلّا خيار واحد؛ بحيث لا يبقى فى المحدود إلّا مصداق واحد، و هذا واضح. و عليه فلا إطلاق لقوله: «الخيار» و لا يشمل إلّا خياراً واحداً؛ و هو المجلس، فكأنه قال: «البيعان لهما خيار المجلس حتى يفترقا» و معلوم عدم دلالة ذلك على لزوم المعامله بعد الافتراق حتى يتمسك به، فلا إطلاق له، خصوصاً مع ما فى بعض الروايات من قوله: «و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» أو قوله «و صاحب الحيوان ثلاثه...» فإن الظاهر- بل الصريح منه- أن المراد من الخيار فى المغنيا مصداق فارد، و فرد واحد. و يظهر من هذا حال القسم الثانى من الروايات؛ و هو ما ذكر فيه بعد الغايه قوله: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» فإن الظاهر أن الخيار المسلوب هنا هو الخيار المحدود بالافتراق، و ليس خياراً آخر؛ لتفرعه على الافتراق الساقط لخيار المجلس، و هو ذكر لما فهم من الغايه. و أمّا القسم الثالث و هو ما قيل فيه: «فإذا افترقا وجب البيع» فنقول: ظاهر الروايه اتحاد موضوع المغنيا و ما ذكر بعد الغايه، فإذا كان المغنيا خياراً واحداً فلا بد أن يكون المراد بوجوب البيع بعد حصول الغايه، و جوبه من هذه الجهه و الحثيه، إذ لو كان له إطلاق من جميع الجهات و الحثيات، فلعله يلزم منه التقييد المستبشع أيضاً؛ فإن وجود الخيارات بعد الافتراق بكثرتها لا إشكال فيه. و بالجملة: ظاهر قوله: «فإذا افترقا وجب البيع» أنه ليس بصدد بيان مطلب جديد و قاعده اخرى، بل هو بيان للمفهوم المستفاد من باقى الروايات، كما ذكر فى بعض آخر منها بقوله: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» أعنى خيار المجلس، فهو بيان للمفهوم الذى يستفاد من الغايه، و ليس إلّا و جوبه من حيث الخيار الخاص لا

مطلقاً. مع أنه على الإطلاق يلزم التقييد و خروج الأكثر منه، و هو بعيد في الغايه، و مع عدم إطلاقه لا يبقى مجال للتمسك به، كما لا يخفى. و الحاصل: أن الأمر بين الإطلاق و التقييد المستبشع المستهجن عند العقلاء و العرف، و بين أن يكون الحكم فيها حيثياً و مقيداً بالخيار المذكور في المعنى؛ أعنى المجلس، و لا ينبغي الريب في أن الترجيح للثاني عند العقلاء و العرف، و لا إطلاق لها. و أمّا القسم الرابع ففيه أولًا: أن الظاهر من بيع الأرض و أمثالها، بيعها بالصيغه عاده، لا بالمعاطاه، بل تزيد أيضاً بالكتابه و غيرها، مثل الإشهاد، و المعاطاه ليست إلّا في المعاملات المتداوله اليوميه. و ثانيًا: أنه قد ذكر فيه ما يدلّ على الإنشاء بالصيغه؛ و هو قوله: «فلما استوجبتها» فإنّ معنى الاستيجاب هو الإيجاب و القبول. و ثالثًا: أن هذه قضيه خارجيه لا إطلاق لها حتى يتمسك بها.

آن این که: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» در مقام جعل طبیعت و مطلق خیار برای بیع نیست، بلکه در مقام جعل خیار خاص یعنی خیار مجلس می باشد و در نتیجه غایت هم برای خیار مجلس است و اصلاً نظر به سایر خیارات ندارد. روایت کَأَنَّ این طور فرموده که: «متبايعان خيار مجلس دارند مادامی که در همان مجلسند، وقتی مجلسشان به هم خورد آن خیار مجلس ساقط می شود» لذا با تحقق غایت نمی توانیم بگوییم دیگر طبیعت خیار نیست؛ چه رسد به این که بگوییم جواز حکمی هم نیست؛ چون نامناسب است که منطوق اثبات خیار مجلس کند، ولی مفهوم نفی طبیعت خیار کند! علاوه آن که می دانیم غایت بقیه ی خیارات مانند خیار حیوان، خیار عیب، خیار شرط و ... افتراق نیست.

بنابراین مفهوم غایت و نیز تصریح به آن به صورت منطوق در ذیل، بیان می کند که با افتراق، وجوب حیثی برای بیع حاصل می شود؛ نه وجوب فعلی و

مطلق؛ یعنی از حیث خیار مجلس واجب و لازم می شود، اما نسبت به حیث های دیگر [از جمله جواز حکمی] ساکت است. به تعبیر دیگر با تحقق غایت، سنخ خیار منتفی نمی شود تا ملازم با لزوم بیع باشد، بلکه با تحقق غایت فقط خیار مجلس منتفی می شود.

لذا از این جهت نیز تمسک به مفهوم غایت و نیز ذیل روایت برای اثبات لزوم معاطات درست نیست.

ملاحظات بر فرمایش امام قدس سره -

۱. در بررسی فرمایش امام قدس سره - ابتدا باید به این مطلب رسیدگی کنیم که آیا حداقل ذیل روایت که می فرماید «فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ» اطلاق دارد و مراد از وجوب، وجوب فعلی و از هر حیث است یا خیر؟ اگر فرمایش اخیر امام قدس سره - را بپذیریم که «وجب البیع» یعنی فقط از حیث خیار مجلس وجوب دارد، [پاسخ به فرمایشات دیگر ایشان چندان فایده ای ندارد]، ولی اگر توانستیم وجوب و لزوم فعلی و از هر حیث را اثبات کنیم آن وقت نوبت به بررسی بقیه ی فرمایشات ایشان می رسد.

به نظر می رسد وجوبی که روایت بیان می کند وجوب از هر حیث و به تعبیر ایشان وجوب فعلی باشد؛ چراکه در صدر روایت که می فرماید «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ» طبیعت خیار را برای متبایعان جعل می کند؛ چون خیار با خیار دیگر که تفاوت ندارد؛ به اعتبار اختلاف سبب، [فقهاء] خیار را به سبب اضافه کرده اند و الا خیار به معنای مِلْك فسخ عقد است و ماهیت آن با ماهیت خیار دیگر متفاوت نیست، هر چند ممکن است به خاطر اختلاف اسباب، احکام متفاوتی داشته باشند. پس روایت جعل خصوص خیار مجلس برای متبایعین نمی کند، بلکه طبیعت خیار را جعل می کند.

إن قلت: این که روایت غایت خیار را افتراق بیان می کند کشف می شود مقصود مطلق خیار نیست؛ چرا که غایت خیارات متعدد دیگر غیر از خیار مجلس افتراق نیست و اگر خواسته باشیم بقیه ی خیارات را به عنوان قید بر این روایت تحمیل کرده و استثناء بزنیم، همان طور که مرحوم امام قدس سره - فرمودند استهجان دارد.

قلت: این که جعل خیار برای چیزی دارای زمان و غایت باشد موجب نمی شود حقیقت خیار متفاوت شده و مقتید به حصه ی خاص شود، کما این که وقتی گفته می شود «کلّ شیء طاهر حتی تعرف أنه قدر» یا «کلّ شیء لکّ حلال حتی تعرف أنه حرام بعینه» عرفان موجب تقیید طهارت و حلّیت نیست، [بلکه عرفان، غایت طبیعت طهارت و حلّیت است].

امّا این که افتراق، غایت سایر خیارات نیست، پس چرا روایت به صورت مطلق، نفی سنخ خیار بعد از افتراق می کند؟! نکته اش این است که این خیار (مجلس) در هر بیعی وجود دارد و هیچ بیعی از آن مستثنی نیست به خلاف خیارات دیگر که گاهی پیدا می شود، لذا روایت به صورت ضرب قاعده در همه ی بیوع (۱) می فرماید: متبایعان دارای خیارند و این خیار تا وقتی است که از هم جدا نشده اند، وقتی که از هم جدا شدند دیگر بیع لازم شده و دیگر خیار وجود ندارد. بله اگر در شرائط خاصی موضوع خیارات دیگر پدید آمد به صورت استثناء هم از حیث اصل و هم از حیث غایت از تحت روایت خارج می شود و این هیچ استهجانی ندارد. (۲) یعنی حتی اگر در روایت به این استثناء

۱- کما این که در بیع حیوان نیز به صورت ضرب قاعده تا سه روز خیار برای متبایعین قرار می دهد؛ چون این خیار در همه ی بیوع حیوان وجود دارد. (امیرخانی)

۲- علاوه این که این خیار، هم برای بایع است و هم برای مشتری، به خلاف خیارات دیگر که معمولاً فقط برای یکی وجود دارد و بیع نسبت به طرف مقابل لازم می باشد. (امیرخانی)

تصریح می شد که «البیعان بالخیار حتی یفترقا فإذا افترقا وجب البیع إلا بیعی که خیار عیب داشته باشد، خیار تدلیس داشته باشد، خیار رؤیت داشته باشد، خیار تأخیر داشته باشد و ...» هیچ استهجانی نداشت؛ چون مستثنی منه، بیع است؛ نه خیار، و بیوعی که اتفاق می افتد و این خیار را ندارد بسیار است.

این نظیر آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) است که چون عقود زیاد بوده و انواع لازم آن فراوان است به صورت ضرب قاعده که إفاده ی اطلاق می کند بیان فرموده به عقود وفا کنید و این که نسبت به عقود متعدد جایز مانند هبه، شرکت، و کالت، مضاربه، عاریه و ... تخصیص خورده، هیچ گونه استهجانی ندارد.

پس نتیجه این شد که هم صدر روایت و هم ذیل اطلاق دارد و با افتراق متبایعان وجوب فعلی که حتی نفی سایر خیارها و به طریق اولی نفی جواز حکمی می کند برای بیع ثابت می شود. خصوصاً با توجه به این که عرف بما هو عرف، بیع را لازم می داند و نزد عرف اصلاً بیع جایز وجود ندارد و خیار هم نزد عرف محدود است. اگر بیعی محقق شد آن بیع نزد عرف قطعی است و اگر جایی جواز وجود داشته باشد باید به تصرف و اعتبار شارع باشد، کما این که مثل خیار مجلس را عرف در بیع قائل نیست. وقتی دو نفر با هم بیع انجام می دهند به خاطر عدم افتراقشان که ممکن است تا دو روز هم طول بکشد عقلاء برای آنان خیار قائل نیستند. پس «البیعان بالخیار حتی یفترقا» خیار شرعی است، لذا وقتی ذیل روایت یعنی «إذا افترقا وجب البیع» به عرف إلقاء می شود این معنا را إفاده می کند که همان وجوب و لزومی که عرف برای بیع قائل بود، شارع بعد از افتراق قائل است؛ یعنی بعد از افتراق، بیع از هر حیث حتی از حیث جواز حکمی واجب می باشد.

بنابراین از آن جا که بیع معاطاتی عرفاً مصداقی از مصادیق بیع است، به نظر

می رسد بتوان با این روایت مبارکه اثبات لزوم آن کرد و مشکلی ندارد.

۲. امّا این که مرحوم امام قدس سره - فرمودند بنا بر فرض عدم امکان جعل خیار برای بیع جایز باید بگوییم «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا» تخصیص خورده که این تخصیص یا به صورت مخصّص متصل است که در این صورت تمسّک به عام برای اثبات لزوم معاطات، تمسّک به عام است در شبهه ی مصداقیه، و یا به صورت مخصّص منفصل است که در این صورت تمسّک به عام برای اثبات لزوم معاطات، تمسّک به عام است در شبهه ی مصداقیه ی مخصّص، می گوییم:

اگر تخصیصی در «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا» اتفاق افتاده باشد این تخصیص تحت عنوان «بیع جایز» نیست تا موارد فوق لازم آید؛ زیرا این عنوان، عنوانی انتزاعی است و به این عنوان چیزی در لسان روایات نیامده است. اگر احتمال می دهیم چیزی خارج شده باشد به عنوان «بیع معاطاتی» است که آن هم چون مشکوک است (۱) مانعی از تمسّک به عام نیست. پس می توانیم هم به صدر روایت و هم به ذیل روایت برای اثبات لزوم بیع معاطاتی تمسک کنیم بدون آن که موارد فوق لازم آید.

نظیر این اشکالی که امام قدس سره - در تمسّک به «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرَقَا» فرمودند در تمسّک به آیه ی شریفه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) نیز جاری است؛ زیرا این کریمه قطعاً شامل عقود جایز نمی شود و نسبت به عقود جایز تخصیص خورده است. حال اگر این

۱- به عبارت دیگر اگر خروجی باشد، این خروج تحت عنوان «بیع جایز» بما هو این عنوان و به حمل اولی نیست تا موارد فوق لازم آید، بلکه مصداقیق بیع جایز و به حمل شایع صناعی خارج شده است مانند بیع معاطاتی در صورتی که فی الواقع جایز باشد و از آن جا که نمی دانیم بیع معاطاتی از مصداقیق بیع جایز است یا نه و عنوان «بیع جایز» هم خارج نشده، می توانیم به عموم «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا» برای اثبات لزوم بیع معاطاتی تمسک کنیم. (امیرخانی)

تخصیص به نحو مخصّص متصل باشد تمسّک به کریمه برای اثبات لزوم عقدی مانند بیمه یا بیع معاطاتی که نمی دانیم جایز است یا لازم، تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود و اگر این تخصیص به نحو مخصّص منفصل باشد تمسّک به کریمه برای اثبات لزوم، تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصّص می شود، و از این جهت هیچ فرقی با روایت «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» ندارد، در حالی که مرحوم امام خودشان به این کریمه برای اثبات لزوم عقود تمسّک می کنند!

حلّ این اشکال به این است که مخصّصی با عنوان «عقود جایز» [بما هو این عنوان و به نحو حمل اوّلی] در لسان روایات نیامده تا مانع تمسّک به عمومات شود. [آن چه خارج شده مصداقی عقود جایز و به نحو حمل شایع، مانند هبه، وکالت، مضاربه، شرکت، عاریه و ... می باشد] لذا در موردی مانند عقد بیمه یا بیع معاطاتی که شک در خروج داریم مانعی از تمسّک به عام نیست. عنوان «عقود جایز» هم از آن جا که عنوانی انتزاعی بوده و در لسان روایات أخذ نشده نمی تواند مانع تمسّک به عام برای اثبات لزوم عقد باشد.

نظیر این جواب را قبلاً هم خدمت امام قدس سره - در بحث این که آیا می توان با تمسّک به عمومات، قابلیت را اثبات کرد عرض کردیم. مرحوم امام آن جا نیز با روش خاصی غیر از شبهه ی معروف فرمودند تمسّک به عمومات برای اثبات قابلیت تمسّک به عام در شبهه ی مصداقیه است. این جا نیز نظیر همان جوابی که آن جا ذکر کردیم خدمت ایشان عرض می کنیم؛ خصوصاً با توجه به این که در ما نحن فیه نمی دانیم اصلاً بیع جایز در شرع وجود داشته باشد!

گاهی یک عنوان قطعاً مصداقی دارد ولی نمی دانیم فرد خاصی، آیا از مصداقی آن عنوان است یا نه، ولی گاهی اصلاً نمی دانیم عنوانی مصداق داشته باشد، مانند عنوان «بیع جایز» که در عرف مصداقی ندارد و در شرع هم نمی دانیم

مصدق داشته باشد و اگر مصداق داشته باشد فقط بیع معاطاتی است. آن گاه عنوانی که نمی دانیم در شرع مصداق داشته باشد چگونه می تواند مانع تمسک به عموم و اطلاق باشد؟! عرف چنین چیزی را نمی پذیرد. لذا ما می گوییم «وجب البیع» ظهور قوی در لزوم بیع علی نحو فعلیت دارد، فقط نسبت به بعضی خیارات که قطعی است تخصیص خورده و نسبت به بقیه که مشکوک است حتی نسبت به جواز حکمی به وجوب خود باقی است.

مطالب دیگری نیز در کلام امام قدس سره - وجود دارد که قابل بررسی است، ولی چون بیش از این دیگر نیازی نیست صرف نظر می کنیم.

پس نتیجه این شد که به نظر ما دلالت صدر و ذیل روایت بر لزوم بیع معاطاتی تمام است.

۴. تمسک به روایت «المؤمنون عند شروطهم»

اشاره

روایت دیگری که جناب شیخ (۱) - رحمه الله علیه - برای اثبات لزوم بیع معاطاتی به آن تمسک فرمودند روایت معتبر «المؤمنون عند شروطهم» (۲) است؛ چون این روایت به این

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۶: و كذلك قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم»؛ فإن الشرط لغه مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، كتاب النكاح، أبواب المهور، باب ۲۰، ح ۴، ص ۲۷۶ و تهذيب الاحكام، ج ۷، ص ۳۷۱ و عنه [محمّد بن الحسن ياشيناده عن علي بن الحسن] عن أيوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بن رزح عن عبد صالح عليه السلام - قال: قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها فأعطاه ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع؟ فقال: بس ما صنع و ما كان يدرية ما يقع في قلبه بالليل و النهار قل له فليف للمراه بشرطها فإن رسول الله ۹ قال: المؤمنون عند شروطهم. و رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن إسماعيل بن بريع عن منصور بن رزح نحوه.

معناست که مؤمن ملتزم به شرطش است و نمی تواند از آن رفع ید کند. «بیع معاطاتی» نیز از جمله ی این شروط است؛ چراکه شرط در لغت به معنای مطلق التزام است؛ چه التزام ابتدایی باشد و چه التزام در ضمن التزام دیگر و چه دال بر التزام لفظ باشد و چه فعل. کسی که بیع معاطاتی انجام می دهد در واقع با إعطاء ثمن یا مثن ملتزم می شود که آن، ملک آخذ می شود و «المؤمنون عند شروطهم» می فرماید این التزام قطعی است و راه برون رفتی از آن وجود ندارد و این همان معنای لزوم بیع معاطاتی است.

نقد کلام شیخ قدس سره - در تمسک به این روایت

گرچه کلام جناب شیخ قدس سره - از لحاظ کبروی صحیح است، ولی این که از لحاظ صغروی فرمودند شرط در لغت به معنای مطلق التزام است ادعای عجیبی است! در هیچ یک از کتب لغت از کتاب العین (۱) الخلیل گرفته تا المحيط فی اللغة (۲) صاحب بن عبّاد تا لسان العرب (۳)، المصباح المنیر (۴)، [القاموس المحيط] (۵) و ... شرط به معنای

۱- العین، ج ۶، ص ۲۳۴: الشَّرْطُ: معروف فی البیع، و الفعل: شَارَطَهُ فَشَرَطَ لَهُ عَلَى كَذَا وَ كَذَا، يَشْرِطُ لَهُ. وَ الشَّرْطُ: بَزْغ الحِجَامِ بِالمِشْرِطِ، وَ الفعل: شَرَطَ يَشْرِطُ (يَشْرِطُ). وَ البزغ: الشَّرْطُ الضعيف ...

۲- المحيط فی اللغة، ج ۷، ص ۲۹۱: الشَّرْطُ فی البیع: مَعْرُوفٌ، شَرَطَ يَشْرِطُ وَ يَشْرِطُ. وَ بَزْغ الحِجَامِ وَ نَحْوِهِ؛ يَشْرِطُهُ بِالمِشْرِطِ؛ وَ يَشْرِطُهُ أَيضاً.

۳- لسان العرب، ج ۷، ص ۳۲۹: الشَّرْطُ: معروف، وَ كذلك الشَّرِيطَةُ، وَ الجمع شُرُوطٌ وَ شَرَائِطُ. وَ الشَّرْطُ: إلزامُ الشیءِ وَ التِّزَامُهُ فی البیعِ وَ نحوه، وَ الجمع شُرُوطٌ.

۴- المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، ج ۱، ص ۳۰۹: شَرَطَ: اَلْحَاجِمُ (شَرَطًا) مِنْ بَابِ ضَرَبَ وَ قَتَلَ الْوَاحِدَهُ (شَرَطَهُ) وَ (شَرَطْتُ) عَلَيْهِ كَذَا (شَرَطًا) أَيضاً وَ (اشْتَرَطْتُ) عَلَيْهِ وَ جَمْعُ (الشَّرِطِ) (شُرُوطٌ) مِثْلُ فُلْسٍ وَ فُلُوسٍ. وَ الشَّرْطُ بِفَتْحَتَيْنِ الْعَلَامَةُ وَ الْجَمْعُ (أَشْرَاطٌ) مِثْلُ سَبَبٍ وَ أَسْبَابٍ وَ مِنْهُ (أَشْرَاطُ) السَّاعَةِ. وَ (الشُّرُطَةُ) وَ زَانُ عُرْفِهِ وَ فَتْحُ الرِّاءِ مِثَالُ رُطْبِهِ لُغَةً قَلِيلَةً. وَ صَاحِبُ (الشُّرُطَةِ) يَعْنِي الْحَاكِمَ وَ (الشُّرُطَةُ) بِالسُّكُونِ وَ الْفَتْحِ أَيضاً الْجُنْدُ وَ الْجَمْعُ (شُرُطٌ) مِثْلُ رُطْبٍ وَ (الشُّرُطُ) عَلَى لَفْظِ الْجَمْعِ أَعْوَانُ السُّلْطَانِ لِأَنَّهُمْ جَعَلُوا لِأَنْفُسِهِمْ عَلَامَاتٍ يُعْرَفُونَ بِهَا لِلْأَعْيَادِ الْوَاحِدَةِ (شُرُطَةً) مِثْلُ عُرْفِ جَمْعِ عُرْفِهِ وَ إِذَا نُسِبَ إِلَى هَذَا قِيلَ (شُرُطِيٌّ) بِالسُّكُونِ رَدًّا إِلَى وَاحِدِهِ وَ (شَرَطٌ) الْمَعْرَى بِفَتْحِ يَتَيْنِ رَدًّا لَهَا قَالِ بَعْضُهُمْ وَ اشْتِاقُ (الشُّرُطِ) مِنْ هَذَا لِأَنَّهُمْ رَدَّالٌ وَ (الشَّرِيطُ) حَيْطٌ أَوْ حَبْلٌ يُقْتَلُ مِنْ حُوصٍ وَ (الشَّرِيطَةُ) فِي مَعْنَى (الشُّرُطِ) وَ جَمْعُهَا (شَرَائِطُ).

۵- القاموس المحيط، ج ۲، ص ۵۵۹: الشَّرْطُ: إلزامُ الشیءِ، وَ التِّزَامُهُ فی البیعِ وَ نحوه.

مطلق التزام ذکر نشده است. بلکه [گفته اند] شرط «التزام فی التزام»؛ التزامی در التزام است یا «التزام مرتبب بالتزام آخر»؛ التزامی است که به نوعی مرتبط به التزام دیگر است. پس شرط بر التزام ابتدایی اطلاق نمی شود و فرضاً اگر در جایی بر التزام ابتدایی هم اطلاق شده باشد می تواند مجاز باشد؛ لآن الاستعمال أعم من الحقیقه و المجاز، و لأقل این است که شرط به این معنا مشکوک است، لذا نمی توان برای اثبات لزوم بیع معاطاتی به این روایت شریفه تمسک کرد.

۵. تمسک به کریمه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)

اشاره

جناب شیخ برای اثبات لزوم بیع معاطاتی، هم به عقد مستثنای این کریمه؛ یعنی (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) تمسک می کنند و هم به عقد مستثنی منه؛ یعنی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ).

استدلال به عقد مستثنی (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)

مرحوم شیخ نحوه ی استدلال به عقد مستثنای کریمه را این طور می فرماید (۱):

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۴: و يمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و لا ريب أن الرجوع ليست تجاره، و لا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال.

این که مالک اصلی با رجوع، مالی را که ملک آخذ به معاطات شده، دوباره به ملک خود برگرداند و در آن تصرف کند نه مصداق «تجاره» است و نه «عن تراض». بنابراین رجوع، خارج از حصر مستفاد از مستثنی است؛ چراکه کریمه تنها راه اکل و تصاحب مال دیگران را منحصر در طریق «تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ» کرده است. پس معلوم می شود با رجوع مالک اصلی، مال از ملک آخذ خارج نمی شود و این همان معنای لزوم بیع معاطاتی است.

عدم جریان توهم مذکور در تمسک به روایت «الناس مسلطون علی أموالهم»

شبهه ای قبلاً در تمسک به روایت «الناس مسلطون علی أموالهم» و نیز «لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفس منه» برای اثبات لزوم معاطات و عدم نفوذ رجوع مالک اصلی مطرح شده بود و شیخ به آن پاسخ دادند مبنی بر این که با رجوع مالک اول، اصلاً نمی دانیم ملکیت آخذ باقی باشد تا آخذ بر آن سلطنت داشته باشد و تصرف مالک اصلی در آن تصرف در مال غیر باشد، لذا با رجوع مالک اصلی نمی دانیم موضوع این دو روایت باقی باشد. بنابراین به این دو روایت نمی توان تمسک کرد و لزوم معاطات و عدم نفوذ رجوع را اثبات کرد؛ چون تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود؛ چراکه ممکن است رجوع، مبدل موضوع دو روایت باشد.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید (۱): توهم مذکور، دیگر در تمسک به کریمه ی (لَا تَأْكُلُوا

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۵: و التوهم المتقدم فی السابق [غیر] * جارٍ هنا؛ لأن حصر مجوز اكل المال فی التجاره إنما یراد به أكله علی أن یکون ملكاً للاکل لا لغيره. * لم ترد لفظه «غیر» فی النسخ، و وردت فی هامش بعض النسخ استظهاراً. • هدایه الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ۲، ص ۱۷۰: أقول الظاهر سقوط لفظه غیر من العبارة قبل لفظه جارٍ لأن ما ذکر من التعلیل بقوله لأن حصر إلى آخره یناسب أن یکون علّه لعدم الجریان لا للجریان.

أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) مطرح نمی شود تا احتیاج به دفع داشته باشد؛ چون کریمه می فرماید: در مال دیگری تصرف به عنوان مالک نکنید؛ یعنی کاری نکنید که مال مردم را به عنوان ملک خودتان تلقی کنید و در آن تصرف کنید؛ [مگر این که تصرف به عنوان مالک، از طریق تجاره عن تراض باشد؛ لذا موضوع در ما نحن فيه که مالک اصلی با رجوع نه از طریق تجارت می خواهد ملک آخذ را مالک شود و در آن تصرف کند محرز است.] بنابراین شبهه ی مذکور در این جا جاری نیست. (۱)

۱- نهج الفقاهه، ص ۴۷: یعنی لو كان المراد بالآيه تحريم أكل مال الغير على أنه مال الغير إلا إذا كان بنحو التجاره أمكن مجيئ التوهم السابق فيقال بالرجوع لم يعلم أنه مال الغير بل يحتمل كونه مال الأكل، فيحتاج الى الجواب عنه بما سبق. أما لو كان المراد حصر مجوز الأكل لمال الغير بما انه مال الأكل كما هو مقتضى مفهوم التجاره بخصوص التجاره عن تراض فمع عدم صدق التجاره عن تراض على الرجوع يحرم الأكل و لو بعنوان كونه مال الأكل، فمفاد الآيه: أنه لا يجوز للإنسان أن يأكل ما لا على أنه ماله و هو مال لغيره إلا إذا كان بسبب التجاره عن تراض، فهذه الآيه الشريفه نص في المورد بخلاف الآيه الأولى فإنها تشمل المورد بإطلاقها و لذا ورد التوهم المتقدم فاحتيج الى رفعه بالإطلاق. • حاشيه المكاسب (لليزدي)، ج ۱، ص ۷۴: ... إن التوهم لا يجرى في المقام حتى يحتاج إلى الدفع و ذلك لأن المراد من الآيه أنه لا يجوز الأكل و التصرف في أموال الناس إلا بعنوان التجاره يعني إلا إذا كان هناك تملك بعنوان التجاره فلا موقع لأن يقال إنه بعد الرجوع مشكوك في أنه مال الغير أم لا و ذلك لأنه يكفي كونه مال الغير من الأول فتدبر. • إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص ۵۹: وجه عدم الجريان انه كان التوهم مبني على ان إثبات عدم الحل لتصرفات الفاسخ في المال الذي بيد الآخر الملازم لبطلان فسخه من التمسك بالعام في شبهته المصداقيه حيث لا يحرز ان تصرفاته فيه بعد فسخه تصرف في مال الغير حتى لا يحل و كذا الحال في سلطنه من أخذ المال بالمعاطاه فإنها و ان تلازم بطلان فسخ الآخر الا ان إثبات هذه السلطنه بعد فسخ الآخر بقوله صلى الله عليه و آله الناس مسلطون على أموالهم من التمسك بالعام في شبهته المصداقيه حيث لا يعلم بعد الفسخ انه ماله حتى يثبت له سلطنه التصرف فيه. و الحاصل مبنى التوهم هو ان بطلان الفسخ مدلول للروايتين و متفرع على جواز التمسك بالعام في شبهته المصداقيه و هذا بخلاف الآيه فان المراد بالأكل فيها تملك المال فيكون متعلقه مال الغير لو لا التملك و هذا العنوان ينطبق على نفس الفسخ فيكون بطلانه داخلا- في المدلول المطابقي لها كما لا يخفى. • بلغه الطالب في التعليق على بيع المكاسب (للكليبايگاني)، ص ۱۰۸: و غرضه قدس سره - ان الشبهه المذكوره حول دلالة «الناس مسلطون على أموالهم» غير جاريه هنا، لان الحكم هنا ليس الا النهي عن تملك مال الغير الا بالتجاره عن تراض، و الرجوع ليس من مصاديق التجاره عن تراض. • مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۴۰: و من هنا أتضح لك جليا أن التوهم المتقدم في التكلم على الروايتين- و هما دليل السلطنه. و دليل حرمه التصرف في أموال الناس غير جار في المقام لكي نحتاج الى جوابه، لأن المستفاد من الآيه- كما عرفته- إنما هو حصر تملك أموال الناس- على الوجه الشرعي- في التجاره عن تراض. و أن غير ذلك يعد من الأسباب الباطله. و إذن فلا يبقى مجال لتوهم أن كون المأخوذ بالمعاطاه مال الآخذ بعد رجوع المالك الأول إليه أول الكلام. و هذا واضح لا خفاء فيه.

استدلال به عقد مستثنی منه (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)

مرحوم شیخ نحوه ی استدلال به عقد مستثنی منه کریمه؛ یعنی (لَمَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) برای اثبات لزوم ملکیت حاصل از معاطات و عدم نفوذ رجوع مالک اصلی را این طور می فرماید(۱): **أَكَلَ مَالِ آخِذٍ بِهِ مَعَاتَاتٍ وَ نَقَلَ أَنْ أَمْلَكَ آخِذٌ بَدُونَ رِضَايَتِهِ، أَكَلَ وَ تَصَرَّفَ بَاطِلٌ عَرَفًا؛** یعنی این که مالک

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۵۵: و يمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها؛ حيث إنَّ أكل المال و نقله عن مالكة بغير رضا المالك، أكل و تصرف بالباطل عرفاً. نعم، بعد إذن المالك الحقيقي و هو الشارع و حكمه بالتسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن البطلان؛ و لذا كان أكل المارّه من الثمره الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي، و كذا الأخذ بالشفعه، و الفسخ بالخيار، و غير ذلك من الأسباب القهرية.

اصلی با رجوع بخواهد مالی را که به معاطات به آخذ داده و ملک وی شده را دوباره به ملک خود برگرداند، این رجوع یک امر باطلی است عرفاً و اطلاقاً (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) شامل آن می شود. بنابراین بخش مستثنی منه کریمه نیز دال بر عدم نفوذ رجوع و در نتیجه لزوم ملکیت حاصل از معاطات می باشد.

مرحوم شیخ سپس دفع دخل مقدر می کنند و می فرمایند: در مواردی با این که عرف بما هو عرف رجوع، فسخ، تصرف و اکل را باطل می داند ولی شارع به آن اذن داده است. این نکته اش آن است که وقتی شارع که مالک حقیقی همه چیز از جمله مالک مالک و مملوک است اذن در تصرف دهد این دیگر از بطلان خارج می شود. به همین خاطر اکل ماژه که لولا اذن مالک حقیقی باطل بود، با اذن مالک حقیقی دیگر از بطلان خارج می شود. همین طور است اخذ به شفعه یا فسخ به خیار که عقلاء بین خودشان قائل نیستند ولی شارع پذیرفته است. یا مثال های دیگر مانند اکل از بیوت امهات، یا تصرف به اکل زن از مال شوهر در خانه، یا بالعکس و ... که لولا اذن شارع باطل بود ولی با اذن شارع از بطلان خارج شده است.

اشکال سید خوئی قدس سره - بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه

سید خوئی - رحمه الله علیه - بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه یعنی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) برای اثبات مدعی شیخ یعنی لزوم معاطات اشکال کرده و فرموده است (۱): تمسک به آیه ی شریفه برای اثبات مدعی شیخ آن وقتی صحیح

۱- مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۴۱: و یرد علیه: أن هذا الاستدلال مبني على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفي لكي يكون ذلك أمراً معلوماً في نظر أهل العرف و متميزاً عن السبب الصحيح. و أما لو أريد منه الباطل الواقعي - كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعه للمفاهيم الواقعيه - أو احتملت إرادة ذلك من كلمة الباطل في الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأننا نحتمل احتمالاً عقلاً أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحه للأكل لا من الأباطيل الواقعيه. و عليه فيكون التمسك بالآيه في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقيه. و هذا ظاهر. • محاضرات في الفقه الجعفري، ج ۲، ص ۷۴: التمسك بصدر الآيه مبني على أن يراد من الباطل الباطل العرفي، و هو فاسد، فإن الباطل كسائر الألفاظ موضوع للباطل الواقعي في قبال الحق الثابت، فهو عباره اخرى عن الإثم كما في قوله سبحانه: (لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم) و اختلاف الشرع و العرف كما في حق ماژه و الشفعه مثلاً يكون من الاختلاف في المصاديق، و عليه فإذا شك في مورد أنه من الباطل أو الحق كما في الرجوع بعد المعاطاه لا يمكن الرجوع إلى عموم الآية إلا بعد إجراء الاستصحاب فيرجع إلى الوجه الاول.

است که مقصود از باطل، باطل عرفی باشد تا بگوییم چون اکل مال به رجوع عرفاً باطل است، پس کریمه دالّ بر عدم نفوذ آن است، در حالی که مقصود از باطل در این جا باطل عرفی نیست، بلکه باطل واقعی است و آن چه که در واقع باطل باشد؛ زیرا الفاظ برای مفاهیم واقعی وضع شده است. بنابراین استدلال به کریمه تمام نیست، بلکه حتی اگر احتمال دهیم که مقصود از باطل، باطل واقعی است استدلال به کریمه تمام نیست؛ چون تمسّک به عام است در شبهه ی مصداقیه؛ چراکه احتمال می دهیم اکل مال به رجوع، در واقع اکل مال به باطل نباشد.

نقد کلام سید خوبی قدس سره -

خدمت سید خوبی قدس سره - عرض می کنیم: این که فرمودید الفاظ بر معانی واقعی حمل می شود مقصودتان از واقعی چیست؟ اگر مرادتان این است که عرف در تعیین مفهوم هیچ دخیل نیست می گوییم: مفهوم الفاظ، هم در مفردات و هم در ترکیبات از عرف گرفته می شود؛ مثلاً وقتی گفته می شود «أكرم العالم» این که مراد از «عالم» چیست مرجعی جز عرف ندارد. بله ممکن است بعضی مصادیق آن بر عرف پوشیده باشد، ولی جاهایی که عرف عالم را تشخیص می دهد دیگر حکم بر آن مترتب می شود و همان مصداق واقعی است.

در این جا نیز عرف معنای باطل را می فهمد (۱) و مرجعی غیر از عرف در تشخیص معنای آن وجود ندارد؛ چون شارع که جعل اصطلاح خاص نکرده، بلکه در همان معنای مألوف و معروف بین مردم به کار برده است. (۲) بله! ممکن است عرف مصادیقی را باطل بداند ولی شارع با حکومت یا تخصیص آن را از بطلان خارج کند.

۱- به همین خاطر وقتی از ائمه - علیهم السلام - درباره ی بعضی از مصادیق باطل مانند غناء سؤال می شد ائمه - علیهم السلام - آنان را به ارتکازشان رجوع می دادند و می فرمودند: إِذَا مَيَّرَ اللَّهُ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْبَاطِلِ، فَأَيِّنَ يَقَعُ الْغِنَاءُ؟ • الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۶، ص ۴۳۵: عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الرَّيَّانِ عَنْ يُونُسَ قَالَ: سَأَلْتُ الْخُرَّاسَانِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَقُلْتُ إِنَّ الْعَبَّاسِيَّ ذَكَرَ أَنَّكَ تُرَخِّصُ فِي الْغِنَاءِ فَقَالَ كَذَبَ الزُّنْدِيقُ مَا هَكَذَا قُلْتُ لَهُ. سَأَلَنِي عَنِ الْغِنَاءِ فَقُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا أَتَى أَبَا جَعْفَرٍ ۸ فَسَأَلَهُ عَنِ الْغِنَاءِ فَقَالَ: يَا فُلَانُ إِذَا مَيَّرَ اللَّهُ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْبَاطِلِ فَأَيِّنَ يَكُونُ الْغِنَاءُ؟ فَقَالَ: مَعَ الْبَاطِلِ فَقَالَ: قَدْ حَكَمْتَ.

۲- درست است که شارع، باطل را در همان معنای عرفی معروف و مألوف به کار برده و جعل اصطلاح خاص نکرده است، ولی کلام سید خویی قدس سره - ناظر به مفهوم نیست تا این اشکال وارد شود، بلکه اشکال سید خویی قدس سره - ناظر به حکم عرف است در این که فردی را مصداق باطل که مفهومش نزد عرف روشن است قرار می دهد و حکم عرف در این که فردی مصداق باطل باشد مرجع نیست فقط در تشخیص مفهوم حجت است بلکه باید دید ملاکات باطل چیست و آیا واقعاً آن ملاکات در فردی وجود دارد تا آن را مصداق باطل قرار دهد یا وجود ندارد. به همین خاطر سید خویی می فرماید: اختلاف شرع و عرف در مثل حق ماژّه و حق شفعه، از موارد اختلاف در مصداق است؛ نه اختلاف در مفهوم. لذا می گوئیم اگر در مصداقی شک کنیم آیا ملاکات بطلان را دارد تا تحت باطل قرار گیرد یا ندارد، نمی توان به عموم یا اطلاق تمسک کرد؛ چون تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود و صترف این که عرف و عقلاء مصداقی را به هر دلیل باطل بدانند نمی تواند مرجع باشد. در سایر مفاهیم نیز این گونه است. به عنوان مثال مفهوم «پزشک متخصص قلب» که نزد عرف روشن است، کسی مصداق آن است که واقعاً ملاکات پزشک متخصص قلب را داشته باشد؛ نه هر کسی که عرف بگوید این فرد پزشک متخصص قلب است و ممکن است فردا عکس آن را بگوید. (امیرخانی)

البته آیه ی شریفه آبی از تخصیص است؛ زیرا عرفاً مستهجن است که گفته شود: امواتان را به باطل نخورید الا فلان باطل! پس اگر خروجی باشد به نحو حکومت یا شبه حکومت است که شارع عرف را در این که آن را مصداق باطل می بیند تخطئه می کند.

پس شکی نیست عرف، رجوع در معاطات را سببی باطل و اکل مال به رجوع را اکل مال به باطل می داند، فقط شک می کنیم آیا شارع با حکومت آن را از بطلان خارج کرده یا نه که این مانع از تمسک به اطلاق نمی باشد. کما این که اگر شک کنیم آیا ربا بین والد و ولد حرمت دارد یا نه، شکی نیست که می توان به اطلاق (حَرَمَ الرِّبَا) تمسک کرد، در حالی که این کریمه نیز حرام واقعی و ربای واقعی را بیان می فرماید. پس این که آیه ی شریفه باطل واقعی را بیان می کند مانع از تمسک به اطلاق نیست.

اشکال امام قدس سره - بر استدلال به عقد مستثنی منه کریمه

علاوه بر سید خوبی - رحمه الله علیه - ، السید الامام اعلی الله مقامه نیز قدری وسیع تر و سنگین تر وارد این مبحث شده و استدلال شیخ را به این آیه ی مبارکه مورد مناقشه قرار می دهند. (۱)

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۱۷۱: ثم إنَّ تنفيذ الشارع ما هو باطل لدى العقلاء، إن كان من قبيل التخصيص مع حفظ الموضوع، فلا شبهه في جواز التمسك بالآية مع احتمال ورود المخصّص. كما لا شبهه في عدم جوازه لو كان حكم العقلاء بالبطلان و اللغويه معلقاً على عدم ورود التنفيذ و الإجازة من الشارع الأقدس المالك للمال و المالك، إذا كان هذا الحكم كالقيد الحاف بالكلام، و وجهه واضح. و أما لو كان من التعليقات النظرية التي بحكم المنفصلات، فيقع الكلام في أنّ المقام من قبيل ما قلنا في دليل السلطنة بأنّ التعليق لما كان غير حاف بالكلام، يصحّ التمسك بالمطلق؛ لدفع شبهه إعماله تعالى السلطنة أم لا يكون من هذا القبيل، بل لا يصحّ التمسك به مطلقاً؛ الأقوى هو الثاني؛ للفرق بين دليل السلطنة و بين المقام، لأنّ التعليق هناك في الحكم مع حفظ الموضوع، فمع احتمال ورود مزاحم أقوى للسلطنة يتمسك بإطلاقه كما مرّ، و أما في المقام فيكون التعليق في موضوع الحكم؛ لأنّ المفروض أنّه مع ورود دليل من الشارع يخرج الباطل عن كونه باطلاً، فهو من قيود موضوع الحكم، فيكون التمسك بها نظير التمسك في الشبهه المصدقيه للعام. ثمّ إنّ الظاهر عدم كون الإخراج من قبيل التخصيص؛ لأنّ الآية آية عن التخصيص الحكمي، فمن المستهجن عرفاً أن يقال: «لا تأكلوا ما حصل بالباطل إلا هذا الباطل» فلا يحتمل تجويز الباطل تخصيصاً. مضافاً إلى أنّ حكم العقلاء في مثل المقام أي في نحو الفسخ بالبطلان و عدم التأثير معلق على عدم ورود التنفيذ من المالك الحقيقي، و بعد ورود لا يرون الفسخ لغواً و بلا أثر. و المراد بالعقلاء هم الخاضعون لله تعالى، و الذين يرونه مالكاً حقيقياً، له التصرف في الأموال و النفوس، فيكون المحيط محيط التوحيد، لا الإلحاد و عدم الاعتناء بالمبادئ. و لو شكنا في أنّ المقام من قبيل التخصيص، أو رفع الموضوع، لا يصحّ التمسك بها أيضاً؛ بعين ما ذكر. • كتاب البیع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ۱۹۱: هنا مطلب: و هو أنّ موارد خروج بعض الأسباب الباطله عند العرف عن الباطل عند الشارع - مثل حقّ الشفعة، و حقّ الخيار، و المازّه، و نحوها؛ ممّا يكون باطلاً عرفاً مع قطع النظر عن حكم الشارع بجوازه - إن كان

بالتخصيص بأن كان باطلاً و مع ذلك أخرجه الشارع عن حكم البطلان و هو عدم النفوذ، فجعله نافذاً مع حفظ موضوع الباطل، فلا إشكال في التمسك بالآيه فيما نحن فيه؛ إذ احتمال التخصيص بخروج الفسخ هنا أيضاً عن حكم الباطل، لا يخلّ بالتمسك بالعام. لكن هذا مستهجن عرفاً؛ إذ لا- يقبل الطبع بقاء الباطل على بطلانه، و مع ذلك جوزه الشارع، و أنفذه، و رخص في ارتكاب هذا الباطل الخاص، فلا بدّ من أن يكون خروج هذه الموارد على نحو التخصيص، نظير ما قلنا في السلطنة؛ بمعنى أنّ بطلان السبب عند العرف هو ما دام لم ينفذه الشارع، و أمّا إذا أنفذه فليس باطلاً حينئذٍ عندهم، فحقّ المارّه مثلاً و الخيار و الشفعه، باطل قبل جعل الشارع تلك الحقوق، و أمّا إذا جعل من يملك السماوات و الأرضين حقاً في تلك الموارد، فلا يراه العرف باطلاً، نظير السلطنة، و حينئذٍ إن كان ذلك القيد و التعليق في بطلان الأسباب ظاهراً عند العرف- بحيث صار مثل القرائن المحفوظه بالكلام- فلا- يجوز التمسك بعموم القى عليهم في المنع عن نفوذ الأسباب الباطله؛ لأنه القى عليهم مقيداً، و يصير الشكّ في المصداق؛ إذ يحتمل أن يكون من مصاديق المخرج من العام. و إن لم يكن بهذه المثابه، بل بمعونه النظر و التأمل يراه العرف مقيداً، كما هو الحقّ و قلنا به في دليل السلطنة، فلا إشكال في التمسك بالعام؛ لعدم قيد فيه. و بالجمله: قد يكون التقيد اللبّي- أعنى ما عند العقلاء و العرف من القيد- من الظهور بحيث صار مثل القيد المتصل بالكلام الذى يمنع من انعقاد الظهور ابتداءً، و قد لا يكون كذلك، بل كان بمثابة القيد المنفصل عن الكلام الذى لا يمنع من انعقاد الظهور اللفظى أولاً، و ما نحن فيه من قبيل الثانى، فلا مانع من التمسك بظهور العام. و مع هذا فبين الآيه و دليل السلطنة فرق: و هو أنّ الموضوع فى دليل السلطنة محفوظ؛ و هو المال، و التعليق فى حكم السلطنة، و فى الآيه موضوع الحكم أكل المال من سبب باطل؛ إذ الحرمة قد تعلقت بهذا المركب، و متى شكّ فى كلّ من أجزائه تصير الشبهه مصداقيه لا يجوز التمسك بعموم الحكم فيها، فلو كان المال مشكوكاً أو الأكل مشكوكاً فى مورد، لا يصحّ التمسك بالآيه فيه، و فيما نحن بصدد إثباته- أعنى بطلان فسخ المالك- كان البطلان مشكوكاً؛ إذ نحتمل عدم بطلانه، لإخراجه شرعاً من الباطل. و قد عرفت أنّ الباطل عند العرف مقيد بعدم نفوذه شرعاً، و حينئذٍ الآيه تفيد عدم جواز الأكل من الأموال الحاصله من الأسباب الباطله عند العرف. و نحن نشكّ فى بطلان هذا السبب- أعنى الفسخ- عند العرف و عدمه، و مع الشكّ يكون التمسك بالآيه فى بطلانه شرعاً و عدم نفوذه، تمسكاً بالعام فى المصداق المشتبّه؛ إذ قد عرفت أنّ الشكّ يرجع إلى أنّ هذا السبب هل يكون من الأسباب الباطله أم لا؟ و هو شكّ فى تحقّق موضوع الحكم فى الآيه، فلا- يتميّك. و أمّا فى دليل السلطنة فحيث كان الموضوع- أعنى المال- محفوظاً، و احتمال التعليق و التقيد ليس فى الموضوع، بل فى الحكم، فلا مانع من التمسك بعمومه لدفع الاحتمال، و أمّا هنا فالتقيد المحتمل- أعنى خروج السبب عن الباطل- يكون فى الموضوع؛ و هو أكل المال بالباطل، فتصير الشبهه مصداقيه. و هذا الإيراد جارٍ على كلا الاحتمالين، و عليه فلا مجال للتمسك بجمله المستثنى منه فى لغويه الفسخ و عدم نفوذه إلّا على تقدير التخصيص، و هو بعيد غاية البعد.

ایشان در مورد کلام جناب شیخ - رحمه الله علیه - که فرمود «اگر چیزی عرفاً باطل باشد بعد از اذن شارع دیگر از بطلان خارج می شود» توجه می دهند که خروج از تحت آیه بعد از اذن شارع، به تخصیص نیست، به مثل حکومت هم نیست، بلکه به تخصّص است.

این که خروج به تخصیص نیست واضح است؛ چون کریمه آبی از تخصیص است. و اما این که به حکومت نیست؛ چون نزد عقلائی که خدا را حداقل در

حدّ ربوبیت قبول دارند و معتقدند مالک حقیقی است، دیگر با اذن مالک حقیقی آن را باطل نمی دانند و اصلاً باطل در این گونه موارد با اذن مالک حقیقی، دیگر باطل نیست.

بنابراین «بالباطل» در کریمه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) نزد عقلاء معتقد به مالک حقیقی از اوّل مضیق به چیزهایی است که شارع اذن در اکل آن نداده و اگر اذن داده دیگر باطل نیست. حال که باطل نزد عقلاء نیز مضیق به عدم اذن شارع است دیگر نمی توان در مواردی که شک داریم شارع اذن داده یا نه مانند ما نحن فیه که نمی دانیم شارع رجوع را تنفیذ کرده و از اکل مال به باطل خارج کرده یا خیر تمسک به عام کنیم؛ چراکه تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود.

این درک عقلائی که با اذن شارع، دیگر باطل نیست، حتی اگر به منزله ی قرینه ی منفصله هم باشد باعث می شود نتوان در موارد شک در اذن شارع به کریمه تمسک کرد؛ چون خروج به نحو تخصیص نیست تا [قرینه ی متصله و منفصله فرق کند]، بلکه چون به نحو تخصیص است این قرینه ی منفصله موجب می شود بدانیم حکم مضیقاً جعل شده و کریمه از همان ابتدا به نحو مضیق حکم را بیان می کند و از این جهت تفاوتی بین قرینه ی متصله و منفصله نیست، لذا عند الشک در مصداقی نمی توان به کریمه تمسک کرد؛ چون نظیر تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه می شود.

مرحوم امام قدس سره - این مطلب را نیز اضافه می کنند که فرضاً اگر شک کنیم خروج موارد اذن شارع از باطل، به نحو تخصیص است یا تخصیص، باز هم نمی توان به کریمه تمسک کرد؛ زیرا نمی دانیم از اوّل شمولی نسبت به موارد مشکوک دارد تا بتوان به آن رجوع کرد یا شمولی ندارد؟

بنابراین استدلال شیخ به کریمه برای اثبات لزوم معاطات ناتمام است.

بررسی کلام مرحوم امام قدس سره - در نقد استدلال به عقد مستثنی منه کریمه

اشکال امام قدس سره - به استدلال به کریمه ی (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) انصافاً اشکال قوی است و به نظر می رسد این اشکال وارد باشد؛ مگر این که کسی ادعا کند که در تمام موارد خروج با جعل شارع، خروج به نحو حکومت است؛ یعنی شارع تمام آن مواردی را که عرف باطل می بیند [و نظرش مخالف است] تعییداً فردی را از باطل بودن خارج کرده است، اگر چنین باشد در مواردی که شک داریم آیا دلیل حاکمی وجود دارد تا تعییداً از باطل عرفی خارج شده باشد می توانیم به اطلاق کریمه تمسک کنیم. ولی احراز این که تمام موارد خروج به نحو حکومت است مشکل است، بلکه ظاهر آن است همان طور که مرحوم امام فرمودند تخصصاً خارج است؛ یعنی از اول معنای باطل ضیق است، لذا نمی توان در موارد مشکوک به کریمه تمسک کرد.

نظر مختار در تمسک به عقد مستثنای کریمه برای اثبات لزوم معاطات

مرحوم شیخ در تمسک به عقد مستثنای کریمه فرمودند: از آن جا که کریمه تنها راه اکل مال را در تجارت عن تراضٍ منحصر کرده و رجوع نه «تجارت» است و نه «عن تراضٍ»، پس داخل در مستثنی نیست، لا- محاله کریمه دال بر عدم نفوذ رجوع و بالملازمه لزوم بیع معاطاتی است.

ما قبلاً در بحث این که آیا معاطات مفید ملکیت است یا إباحه، در مورد تمسک به این کریمه برای اثبات إفاده ی ملکیت در معاطات بیان کردیم: به نظر ما استثناء در کریمه به نحو استثناء منقطع است؛ نه متصل و لذا دال بر حصر نیست. بنابراین طبق آن مبنای این جا نیز نمی توانیم برای اثبات لزوم معاطات به این کریمه تمسک کنیم.

استدلال به عقد مستثنای کریمه از غیر طریق حصر

بعضی (۱) به نحو دیگری غیر از طریق حصر نیز به عقد مستثنای کریمه برای اثبات لزوم بیع معاطاتی استدلال کرده اند، به این صورت که در معاطات، آخذ که مالک جدید است مال را از طریق تجارت و عن تراض به دست آورده است؛ چون فرض آن است که معاطات بیع بوده و مفید ملکیت است لذا می تواند مصداق تجارت باشد. بنابراین اکل آخذ نسبت به آن مال، اکل از طریق تجاره عن تراض است. شک می کنیم آخذ بعد از رجوع مالک اول هم جواز اکل دارد یا نه چراکه اگر رجوع مالک اول نافذ باشد دیگر تصرف در آن برای آخذ جایز نیست می توان به اطلاق کریمه که می فرماید اکل از طریق تجاره عن تراض جایز است تمسک کرده و اثبات کرد آخذ حتی نسبت به بعد از رجوع نیز جواز اکل دارد و این، ملازمه با عدم نفوذ رجوع و در نتیجه لزوم معاطات دارد.

نقد این استدلال

به نظر می آید این استدلال صرف نظر از بعضی اشکالاتی که وارد کرده اند (۲)

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۵، ص ۱۹: و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلیه اكل المال بالتجاره عن تراض، فإنه يدل على أن التجاره سبب لحلیه التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر.

۲- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۲، ص ۴: الظاهر أن النهی عن الأكل في صدر هذه الآیه کنایه عن التملک و التصاحب دون الأكل الحقيقي أو مطلق التصرف فيكون استثناء صوره وقوع التجاره عن تراض عن ذلك دليلا على حصول التملک بها و أن التجاره عن تراض من الأسباب المملکه فكانت الآیه من أدله نفوذ التجاره و صحتها دون جواز التصرفات المترتبه على التجاره لتمسک بإطلاقها بالنسبه إلى التصرفات الواقعه بعد الفسخ على لزوم المعامله نعم لو كانت داله على حصر سبب التملک في التجاره عن تراض لكانت داله على بطلان الفسخ من وجه آخر حيث إنه ليس تجاره و لا- عن تراض لكن أتى لها هذه الدلاله بعد أن كان الاستثناء منقطعاً. • حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۴، ص ۳۸: أن أكل المال إما عنوان للتصرفات المعاملیه بنفسها، و إمّا عنوان للتصرفات المترتبه على المعامله. فإن أريد منه الأول فغايبه حلیه التجاره عن تراض، و هي مستلزمه لنفوذها كما تقدم نظيره، و لا موقع لإطلاقها لما بعد إنشاء الفسخ، إذ ليس إنشاء الفسخ و عدمه من شؤون التجاره و أحوالها كما عرفت. و إن أريد منه الثاني كما هو الظاهر، لظهور الأكل عرفا في التصرفات الغير المعاملیه، لكن حيث قيد الأكل بكونه بينهم فلا محاله يراد منه التصرفات المترتبه على المعامله بينهم، لأكل تصرف في مال الغير، فحينئذ يدل جواز التصرفات مطلقا على عدم تأثير إنشاء الفسخ، إلّا أنه فرق أيضا بين جواز التصرفات المترتبه على التجاره و جواز التصرف بالتجاره، فإن الأول قابل للإطلاق، بخلاف الثاني فإنه ظاهر في أن السبب المجوز لها هي التجاره، و ليس عدم إنشاء الفسخ قيدا للسبب المجوز و لا- للتصرف الجائز به حتى ينفي بالإطلاق، و من الواضح أن ظاهر الآیه هو الثاني كما يقتضيه الاستثناء من الأكل بسبب باطل.

تمام نباشد؛ زیرا (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) چنین اطلاقی ندارد؛ چراکه در مقام بیان جواز اکل تا این میزان که حتی بعد از رجوع مالک اول هم جایز باشد نیست و لااقل آن که اطلاق کریمه را از این حیث نمی توانیم احراز کنیم، لذا نمی توان به آن تمسک کرد. (۱)

۶. تمسک به کریمه ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)

کریمه ی دیگری که شیخ (۲) - رحمه الله علیه - برای اثبات لزوم معاطات به آن تمسک کرده آیه ی شریفه ی (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می باشد. ما دو بار به طور مفصل درباره ی این کریمه یکی در ابتدای مکاسب محرمه به عنوان یکی از

۱- حاشیه مکاسب (للیزدی)، ج ۲، ص ۴: أقول هذه الآية متعرضه لحال التصرفات فإن مفادها جواز الأكل بالتجارة إلا أنه لا إطلاق فيها بل هي بصدد مجرد كون الأكل بالتجارة حلالا في مقابل الأكل بالباطل من غير نظر إلى بيان مده الحلية و أنها في الجملة أو مؤبده فتدبر.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۵۶: وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ بناءً على أن العقد هو مطلق العهد، كما في صحيحه عبد الله بن سنان، أو العهد المشدد، كما عن بعض أهل اللغة، و كيف كان، فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاه.

قواعد عامه‌ی معاملات و دیگری در بحث‌ی إفاده‌ی ملکیت در معاطات بحث کرده ایم و دلالت کریمه بر صحت و لزوم بیع و سایر عقود را بررسی کرده و اشکالات متعددی که درباره‌ی دلالت کریمه ذکر شده بود دفع کردیم.

خلاصه‌ی استدلال به این کریمه برای اثبات لزوم معاطات آن است که (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، هم إفاده‌ی حکم تکلیفی می کند که وفای به عقد واجب است و هم إفاده حکم وضعی می کند که عقد غیر قابل انفساخ است. نحوه‌ی دلالت کریمه بر حکم وضعی را بیان کردیم نظیر دلالت کنایه است که ذکر لازم و اراده ملزوم می شود [هر چند این تفاوت را دارد که خود لازم نیز مقصود به إفهام است، برخلاف کنایه که خود لازم مقصود به إفهام نیست]. و اگر مثل محقق ایروانی قدس سره - ملتزم شویم کریمه نمی تواند دالّ بر هر دو حکم تکلیفی و وضعی باشد می گوئیم: کریمه حکم وضعی را إفاده می کند.

بیان دیگر این که: عقود در نظر عرف و عقلاء مفید لزوم است وضعاً. کریمه‌ی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عقود را به همان نحوی که عقلاء نزد خود لازم می دانند إمضاء فرموده است. بنابراین معاطات نیز چون عرفاً عقد می باشد کریمه شامل آن می شود و همان تلقی عرف را مورد تأیید قرار می دهد.

إن قلت: می دانیم کریمه نسبت به بعضی عقود حتی بعض عقودی که عرف آن را لازم می داند تخصیص خورده است، بنابراین برای اثبات لزوم نمی توان به کریمه تمسک کرد؛ چون تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه‌ی مخصص می شود.

قلت: همان طور که قبلاً توضیح دادیم مخصصی با عنوان «العقود الجائزه» یا «البیوع الجائزه» یا هر عنوان دیگری که شامل موارد مشکوک شود از طرف شارع وارد نشده تا تمسک به عام در موارد مشکوک، تمسک به عام در شبهه‌ی

مصدقیه در صورتی که مخصص متصل باشد یا تمسک به عام در شبهه ی مصداقیه ی مخصّص در صورتی که مخصص منفصل باشد باشد. آن چه که در شرع وارد شده و از تحت کریمه خارج شده به صورت موارد است مثل عقد وکالت، عقد مضاربه، عقد ودیعه و ... نه عنوانی که نسبت به موارد مشکوک احتمال شمول داشته باشد، لذا در شک در عقد خاصی مانند عقد معاطاتی که آیا از تحت عموم کریمه خارج شده یا نه، مانعی از تمسک به عموم عام نیست.

۷. تمسک به کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)

مناسب بود مرحوم شیخ همان طور که برای اثبات إفاده ی ملکیت در معاطات به کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) تمسک کردند این جا نیز برای اثبات لزوم معاطات به این کریمه تمسک می نمودند.

ما در بحث اثبات إفاده ی ملکیت در معاطات بیان کردیم مراد از (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) این است که خداوند متعال بیع را به همان نحوی که نزد عقلاء بوده، مرسل و رها کرده و قید و بندی برای آن جعل نکرده است. بنابراین کریمه مفید اطلاق است، لذا اگر در جایی قید و بند باشد احتیاج به دلیل خاص دارد [تا از تحت کریمه خارج شود].

بیع نزد عقلاء دارای حلیت تکلیفیه، حلیت وضعیه و لزوم است. کریمه ی (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) بیان می کند همان لزوم نزد عرف و عقلاء را خداوند متعال برای بیع و از جمله بیع معاطاتی تثبیت و إمضاء فرموده است. بنابراین کریمه دالّ بر لزوم بیع معاطاتی است.

شیخ قدس سره - با این که دلالت آیات و روایات را بر لزوم معاطات تمام دانستند، ولی در برابر ادّعی اجماع بر عدم لزوم معاطات دچار مشکل شده اند. قبل از این که

مسألة ي إجماع را بررسی کنیم، روایاتی را که بعض فقهاء به آن استناد کرده اند که معاطات اصلاً مفید ملکیت نیست یا حداقل مفید ملکیت لازم نیست، ذکر می کنیم.

روایات دال بر عدم لزوم ملکیت

١. روایت «إِنَّمَا يَحْلِلُ الْكَلَامُ وَيُحْرِمُ الْكَلَامُ»

اشاره

(١)

از جمله کسانی که به این روایت تمسک فرموده صاحب ریاض (٢) - رحمه الله علیه - است. این

١- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ٣، ص ٦٠: بقى الكلام فى الخبر الذى تُمسك به فى باب المعاطاه، تارة على عدم إفاده المعاطاه إباحه التصرف، و أخرى على عدم إفادتها للزوم؛ جمعاً بينه و بين ما دلّ على صحّحه مطلق البيع كما صنعه فى الرياض و هو قوله عليه السلام: «إِنَّمَا يَحْلِلُ الْكَلَامُ وَيُحْرِمُ الْكَلَامُ». و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقه الإسلام فى باب «بيع ما ليس عنده»، و الشيخ فى باب «النقد و النسيئه» عن ابن أبى عمير، عن يحيى بن الحجّاج، عن خالد بن الحجّاج أو ابن نجیح قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يحيثنى و يقول: اشتر لى هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، إِنَّمَا يَحْلِلُ الْكَلَامُ وَيُحْرِمُ الْكَلَامُ. و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجرّده عن قوله عليه السلام: «إِنَّمَا يَحْلِلُ .. إلخ»، كلّها تدلّ على أنه لا بأس بهذه المواعده و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتره من صاحبه.

٢- رياض المسائل (ط - الحديثه)، ج ٨، ص ٢١٣: وأمّا الوجوه الأخر التى ذكرها بعض الأجلّه انتصاراً لمتوهمّ كلام المفيد - (رحمه الله) فلم أفهم منها دلاله بل و لا- إشاره، و إنّما غايتها كباقي الأدلّه ثبوت الإباحه فى التصرف، فلا كلام فيها، كما هو المشهور بين الطائفة، بل كافتهم؛ لرجوع القائل بعدمها و حرمة التصرف فى المعاطاه عنه إلى الإباحه، كما حكاه جماعة، و هى غير مفروض المسأله، بل يستفاد من كثير من المعتمره عدم الاكتفاء بمجرد القصد و الإشاره، و أنه لا بدّ من لفظ البتّه، كما ذهب إليه بعض من لا- يعتدّ به من الأجلّه. ففى الصحيح و غيره من المعتمره أنه «إِنَّمَا يَحْرِمُ وَيَحْلِلُ الْكَلَامُ» و هى و إن اقتضت حرمة التصرف إلّا أنّها محموله على اللزوم و على ما بعد الرجوع؛ جمعاً بينه و بين ما دلّ على الإباحه بالتراضى من الإجماع فى الغنيه و شرح القواعد، مع عدم الخلاف فيه بين الطائفة، لما عرفت من رجوع القائل بالحرمة كما حكاه جماعة. نعم هى ليست دالّه على اشتراط كونه الألفاظ المخصوصه المشهوره بكيفياتها، المعهوده المشترطه، إلّا أنه ليس فيها الدلاله على الاكتفاء بذلك من دونها أيضاً، و إنّما غايتها فى الاكتفاء به و عدمه أنّها مجمله لا يمكن الاستناد إليها نفيّاً و لا إثباتاً فى الكيفيات المزبوره.

مضمون در ضمن روایتی در کافی و تهذیب (۱) نقل شده است:

عَلِيُّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنِ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ خَالِدِ بْنِ نَجِيحٍ (۲) قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - الرَّجُلُ يَجِيءُ فَيَقُولُ اشْتَرِ هَذَا الثُّوبَ وَارْبِحْكَ كَذَا وَكَذَا فَقَالَ: أَلَيْسَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؟ قُلْتُ: بَلَى قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامَ وَيُحَرِّمُ الْكَلَامَ. (۳)

این روایت از لحاظ سند به خاطر خالد بن نجیح یا خالد بن الحججاج که نسخ متفاوت است ناتمام است. بله اگر کسی معتقد باشد که ابن ابی عمیر لا یروی و لا یُرسل إلا عن ثقه می تواند به این روایت اعتماد کند، ولی ما این کلام را در مورد مشایخ بی واسطه ی ایشان نتوانستیم بیذیریم فضلاً از مشایخ با واسطه!

خالد بن الحججاج که در بعضی نسخ کافی و در تهذیب آمده است، برادر

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان)، ج ۷، ص ۵۰: عَنْهُ [الحسین بن سعید] عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ خَالِدِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - الرَّجُلُ يَجِيءُ فَيَقُولُ اشْتَرِ هَذَا الثُّوبَ وَارْبِحْكَ كَذَا وَكَذَا قَالَ أَلَيْسَ إِنْ شَاءَ تَرَكَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قُلْتُ بَلَى قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامَ وَيُحَرِّمُ الْكَلَامَ.

۲- در حاشیه ی کافی طبع دار الحدیث (ج ۱۰، ص ۱۷۵) آمده است: هكذا في «ط، بح، جد»، و حاشیه «ی، بس، جت» و الوافی و المرآه عن بعض النسخ و التهذیب. و فی «ی، بخ، بس، بف، جت، جن» و المطبوع: «خالد بن نجیح». و لم نجد روايه يحيى بن الحججاج عن خالد بن نجیح في موضع، بل الظاهر تأخر طبقه خالد بن نجیح عن خالد بن الحججاج هذا؛ لأن أكثر رواياته مرويه عن طريق عثمان بن عيسى. راجع: معجم رجال الحدیث، ج ۷، ص ۱۸، الرقم ۴۱۶۸، و ص ۳۹۲.

۳- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص ۲۰۱.

یحیی بن الحجاج می باشد. از عبارت نجاشی در ترجمه ی یحیی بن الحجاج، بعضی این طور استفاده کرده اند که نجاشی خالد بن الحجاج را نیز توثیق کرده؛ زیرا فرموده است: «یحیی بن الحجاج الکرخی بغدادی ثقه و أخوه خالد. روی عن أبي عبد الله عليه السلام» (۱) در حالی که صحیح این است که «ثقه» وصف برای یحیی بن الحجاج است و شامل برادرش خالد نمی شود و این که ابن داود در رجالش در ترجمه ی یحیی بن الحجاج گفته است: «یحیی بن الحجاج الکرخی بغدادی ق [کش] ثقه هو و أخوه خالد» (۲) از آن جا که می دانیم مستند کلام ابن داود سخن نجاشی است می گوئیم اشتباهی در نقل رخ داده است و نهایت آن که کلام نجاشی برای ما مردّد می شود و نمی توانیم احراز وثاقت خالد بن الحجاج کنیم. علاوه آن که نمی دانیم نسخه ی خالد بن الحجاج صحیح است یا خالد بن نجیح و از این جهت نیز نتیجه تابع أخس مقدمات است؛ چراکه خالد بن نجیح توثیق ندارد.

خالد بن نجیح یا خالد بن الحجاج می گوید: به حضرت عرض کردم شخصی می آید و می گوید این پارچه را بخر و من فلان مقدار به تو سود می دهم (۳)، حضرت فرمودند: آیا این طور نیست که اگر خواست از تو أخذ می کند [می خرد] و سود می دهد و اگر نخواست ترک می کند [نمی خرد]؟ عرض کردم: بله این طور است. فرمودند: اشکالی ندارد. فقط و فقط کلام است که حلال می کند و کلام است که حرام می کند. (۴)

در دو روایت دیگر نیز بخش دوم این مضمون یعنی «إنما یحرّم الکلام» آمده است:

۱- رجال النجاشی، ص ۴۴۵.

۲- رجال ابن داود، ص ۳۷۲.

۳- یعنی آیا چنین معامله ای که قبل از این که پارچه را خریده باشم از من بخرد درست است؟

۴- یعنی بستگی دارد که چگونه حرف زدید، آیا ایجاب بیع کرد و ملتزم شد از تو بخرد یا نه صرف وعده بود؟

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنِ الرَّجُلِ يَزْرَعُ الْمَأْرُضَ فَيَشْتَرِطُ لِلْبَدْرِ ثُلْثًا وَ لِلْبَقْرِ ثُلْثًا قَالَ: لَا يَتَّبِعِي أَنْ يُسَمِّيَ شَيْئًا فَإِنَّمَا يُحْرَمُ الْكَلَامُ. (۱)

این روایت از لحاظ سند تمام است.

حلبی می گوید: از امام صادق علیه السلام - سؤال شد درباره ی کسی که زمین [دیگری] را مزارعه می کند و شرط می کند به خاطر بذری که می آورم یک ثلث و به خاطر گاوی که برای شخم زدن می آورم یک ثلث دیگر، حضرت فرمودند: سزاوار نیست چیزی را نام برد (۲)، همانا فقط و فقط کلام است که حرام می کند.

روایت صحیح دیگر نیز به همین مضمون در کافی و تهذیب نقل شده است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنِ ابْنِ مُسَيْكَانَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنِ الرَّجُلِ يَزْرَعُ أَرْضَ آخَرَ فَيَشْتَرِطُ عَلَيْهِ لِلْبَدْرِ ثُلْثًا وَ لِلْبَقْرِ ثُلْثًا قَالَ: لَمَا يَتَّبِعِي أَنْ يُسَمِّيَ يَذْرَأَ وَ لَمَا يَقْرَأَ فَإِنَّمَا يُحْرَمُ الْكَلَامُ. (۳)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۲۶۷. و تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۷، ص ۱۹۴: الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ خَالِدِ بْنِ جَرِيرٍ عَنْ أَبِي الرَّبِيعِ الشَّامِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ يَزْرَعُ أَرْضَ رَجُلٍ آخَرَ فَيَشْتَرِطُ عَلَيْهِ ثُلْثًا لِلْبَدْرِ وَ ثُلْثًا لِلْبَقْرِ فَقَالَ لَا يَتَّبِعِي أَنْ يُسَمِّيَ يَذْرَأَ وَ لَا يَقْرَأَ وَ لَكِنْ يَقُولُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَرْضُكَ فِي أَرْضِكَ وَ لَكَ مِنْهَا كَذَا وَ كَذَا نِصْفٌ أَوْ ثُلْثٌ أَوْ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ وَ لَا يُسَمِّيَ بَدْرًا وَ لَا يَقْرَأَ فَإِنَّمَا يُحْرَمُ الْكَلَامُ.

۲- یعنی به این صورت نمی تواند معین کند، بلکه باید بگوید مزارعه می کنم دو ثلث مال من و یک ثلث مال تو. پس این که معین کند به خاطر گاو این قدر سهم و به خاطر بذر این قدر سهم می برم درست نیست و این طور حرف زدن حرام می کند.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۲۶۷. و تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۷، ص ۱۹۴: أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنِ ابْنِ مُسَيْكَانَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنِ الرَّجُلِ يَزْرَعُ أَرْضَ آخَرَ فَيَشْتَرِطُ لِلْبَدْرِ ثُلْثًا وَ لِلْبَقْرِ ثُلْثًا قَالَ لَا يَتَّبِعِي أَنْ يُسَمِّيَ بَدْرًا وَ لَا يَقْرَأَ فَإِنَّمَا يُحْرَمُ الْكَلَامُ.

احتمالات چهارگانه در معنای ذیل روایت با غض نظر از صدر

جناب شیخ - رحمه الله علیه - ابتدا احتمالات چهارگانه ای (۱) را در معنای ذیل روایت یعنی «إِنَّمَا يُحَلَّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرَّمُ الْكَلَامُ» با غض نظر از صدر روایت مطرح می کنند.

احتمال اول: مقصود از کلام، لفظ دالّ بر تحلیل و تحریم است و مقصود از تحلیل و تحریم، تحلیل و تحریم وضعی است یا حداقل شامل تحلیل و تحریم وضعی نیز می شود. پس معنای روایت این است که تحریم و تحلیل جز با نطق به

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۶۱: و نقول: إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الروایه تحتل وجوهاً: الأول: أن یراد من «الكلام» فی المقامین اللفظ الدالّ علی التحلیل و التحریم، بمعنی أنّ تحریم شیء و تحلیله لا یكون إلا بالنطق بهما، فلا یتحقّق بالقصد المجرد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول علیه بالأفعال دون الأقوال. الثانی: أن یراد ب «الكلام» اللفظ مع مضمونه، كما فی قولك: «هذا الكلام صحیح» أو «فاسد»، لا مجرد اللفظ أعنی الصوت و یكون المراد: أنّ المطلب الواحد یختلف حكمه الشرعی حلماً و حرمة باختلاف المضامین المؤداه بالكلام، مثلاً: المقصود الواحد، و هو التسلیط علی البضع مدّه معینه یتأتی بقولها: «ملکتك بضعی» أو «سلطتك علیه» أو «آجرتك نفسی» أو «أحللتها لك»، و بقولها: «متعتك نفسی بكذا»، فما عدا الأخير موجب لتحریمه، و الأخير محلّل، و بهذا المعنی ورد قوله علیه السلام: «إنما یحرّم الكلام» فی عدّه من روایات المزارعه. منها: ما فی التهذیب عن ابن محبوب، عن خالد بن جریر، عن أبی الربیع الشامی، عن أبی عبد الله علیه السلام: أنّه سُئل عن الرجل یزرع أرض رجل آخر فیشترط علیه ثلثاً للبذر، و ثلثاً للبقر، فقال: «لا ینبغی له أن یسمی بذراً و لا بقرأً، و لكن یقول لصاحب الأرض: أزرع فی أرضك و لك منها كذا و كذا: نصف، أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لا یسمی بذراً و لا بقرأً؛ فإنما یحرّم الكلام». الثالث: أن یراد ب «الكلام» فی الفقرتین الكلام الواحد، و یكون تحلیله و تحریمه باعتبار وجوده و عدمه، فیکون وجوده محللاً و عدمه محرماً، أو بالعکس، أو باعتبار محلّه و غیر محلّه، فیحلّ فی محلّه و یحرّم فی غیره؛ و یحتمل هذا الوجه الروایات الواردة فی المزارعه. الرابع: أن یراد من الكلام المحلّل خصوص المقاوله و المواعده، و من الكلام المحرّم إيجاب البیع و إيقاعه.

کلام حاصل نمی شود؛ یعنی چیزی نمی تواند حلال شود مگر آن که کلامی باشد و چیزی نمی تواند حرام شود مگر آن که کلامی باشد. و این احتراز است از تحقق تحریم و تحلیل با قصد مجرد از کلام یا با قصدی که دالّ بر آن فعل باشد؛ نه کلام.

تحلیل و تحریم با لفظ را نیز می توان دو گونه در مثالی مانند بیع معنا کرد: یکی این که اگر طبیعت لفظ باشد و فعل یا قصد تنها نباشد تحلیل مناسب آن محقق می شود و اگر لفظ نباشد تحریم است؛ یعنی با محقق نشدن بیع، همان تحریمی که از سابق بوده باقی می ماند و در نتیجه ثمن مال مشتری است و برای بایع حرام می باشد و مثنی مال بایع است و برای مشتری حرام می باشد.

معنای دیگر این که اگر لفظ باشد محلّ ثمن برای بایع و محلّ مثنی برای مشتری است و همان لفظ، محرّم ثمن است برای مشتری چون به بایع منتقل شده و محرّم مبیع است برای بایع چون به مشتری منتقل شده است، که البته معنای دوم بنا بر احتمال اوّل اظهر است.

طبق احتمال اوّل که تحلیل و تحریم جز با کلام محقق نمی شود، معاطات باطل خواهد بود؛ زیرا در معاطات متعاطین می خواهند تحلیل و تحریم را یعنی تحلیل ثمن برای بایع و مبیع برای مشتری و تحریم مبیع برای بایع و ثمن برای مشتری با قصدی که دالّ بر آن فعل است محقق کنند، در حالی که این روایت می فرماید تحلیل و تحریم جز با کلام محقق نمی شود؛ مگر این که در مواردی دلیل خاص وجود داشته باشد که موجب خروج آن موارد از تحت قاعده می شود.

احتمال دوم: مطلب و مقصود واحد اگر با کلام خاصی اداء شود محلّ است و همان مطلب اگر با کلام دیگری اداء شود محلّ نیست بلکه محرّم است.

به عنوان مثال در نکاح موقت اگر مرثه تسلیط بر بضع خود را با لفظ «مَتَعْتُكَ» انشاء کند محلّ است و اگر با تعبیر دیگری مانند «مَلَكْتُكَ»، «سَلَطْتُكَ»، «أَجْرْتُكَ»

نفسی»، «أحللتك نفسی» و ... إنشاء کند محلل نیست، بلکه محرم است و مراد از محرم در این جا یعنی حرمتی که بوده ادامه پیدا می کند و نمی تواند اثر تحلیل را داشته باشد. یا طلاق اگر با لفظ «زوجتی طالق» یا «أنتِ طالق» اداء شود محقق می شود و اگر به غیر آن باشد محقق نمی شود.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: ظاهر این است که مقصود از «إِنَّمَا يُحْرَمُ الْكَلَامُ» در دو روایت، مربوط به مزارعه به همین معنا باشد؛ یعنی اگر مزارع مقصودش را با تعبیر «ثَلَاثٌ لِلْبَدْرِ وَ ثَلَاثٌ لِلْبَقْرِ» اداء کند محرم است؛ یعنی ملکیت هر کس به جای خود باقی است و عقد محقق نمی شود، اما اگر بگوید: «أَزْرَعُ أَرْضَكَ بِثُلُثَيْنِ مِنْ حَاصِلِهَا» محلل است؛ یعنی موجب حلّیت شده و عقد منعقد می شود.

فرق معنای اول با معنای دوم در این است که در معنای اول عنایت بر این است که باید طبیعت لفظ باشد تا تحلیل و تحریم اتفاق بیافتد و فقط لفظ در تحلیل و تحریم دخالت دارد و غیر لفظ در آن مؤثر نیست. اما معنای دوم بیان می کند مقصود واحد، با یک کلامی محقق می شود و محلل است و با کلام دیگر واقع نمی شود و محرم است. (۱)

احتمال سوم: مراد این است که کلام واحد وجودش محلل است و عدمش

۱- در معنای اول و دوم باید دید احتراز از چیست تا علاوه بر تفاوت این دو معنا، حصر نیز روشن گردد نسبت به چیست. «إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامُ وَ يُحْرَمُ الْكَلَامُ» در معنای اول احتراز از وقوع تحلیل و تحریم به غیر لفظ می باشد و به این معناست: فقط لفظ می تواند تحلیل کند و فقط لفظ می تواند تحریم کند. این بدین معنا نیست که لفظ واحد محلل یا محرم است، بلکه به این معناست که موجب حلّیت، فقط لفظ است و موجب حرمت نه به صورت استمرار از قبل نیز فقط لفظ است. در معنای دوم احتراز از کلام دیگر است؛ یعنی مطلب و مقصود واحد اگر فقط و فقط با لفظ خاصی ادا شود محلل است و اگر با غیر آن ادا شود محرم است. (امیرخانی)

محرم. یا عکس آن، وجودش محرم است و عدمش محلل.

یا این که بگوییم: کلام واحد اگر در جای خود واقع شد محلل است و اگر در غیر جای خود واقع شد محرم است. یا عکس آن، اگر در جای خود واقع شد محرم است و اگر در جای خود نبود محلل است.

مثلاً در روایت خالد بن نجیح یا خالد بن الحجاج که کسی به دیگری می گوید این پارچه را از فلانی بخر و به من بده، سود به تو می دهم، اگر کلام امام علیه السلام - را که فرمودند: «إِنَّمَا يُحِلُّ الْكَلَامُ وَيُحَرِّمُ الْكَلَامُ» بر معنای سوم حمل کنیم این طور می شود: کلام واحد یعنی ایجاب بیع، اگر باشد محرم است و موجب بطلان معامله ی آینده می شود و اگر «ایجاب بیع» نباشد محلل است. پس مثل ایجاب بیع که کلام واحد است، اگر محقق شود مهم نیست با چه لفظی باشد محرم معامله ای است که واقع می شود؛ یعنی اگر کسی که هنوز پارچه را نخریده، آن پارچه را به ضرر قاطع و به صورت ایجاب به خریدار فروخت، این محرم است؛ یعنی موجب می شود که این بیع باطل باشد. و اگر به صورت ایجاب نباشد محلل است؛ یعنی بیعی که محقق می کنند صحیح است.

مثال دیگر این که اگر زوج، کلام واحد «أَنْتِ طَالِقٌ» را در طهر غیر مواقعه به همسرش بگوید محلل است و موجب آزادی آن زن می شود که بتواند با دیگری ازدواج کند و اگر در طهر مواقعه آن را به زنی که مدخول بهاست بگوید محرم است؛ یعنی موجب نمی شود بتواند همسر بگزیند.

مثال دیگر این که اگر کسی در حال احرام عقد نکاح بخواند محرم است؛ یعنی محرمیت حاصل نمی شود و اگر در غیر حال احرام عقد نکاح بخواند محلل است.

احتمال چهارم: مقصود از «الكلام» در «إِنَّمَا يُحِلُّ الْكَلَامُ وَيُحَرِّمُ الْكَلَامُ»، «الف و لام» عهد است؛ یعنی کلام قبل از بیع اگر صرف مقاوله و مواعده باشد موجب

حلیت است، و اگر به نحو ایجاب بیع باشد محرم بوده و موجب بطلان بیع است.

استظهار شیخ قدس سره - از روایت در میان احتمالات چهارگانه

اشاره

مرحوم شیخ بعد از ذکر احتمالات چهارگانه در معنای «إِنَّمَا يُحَلَّلُ الْكَلَامُ وَيُحَرَّمُ الْكَلَامُ» در صدد برمی آیند روشن کنند که روایت در کدام یک از این معانی ظهور داشته و امام علیه السلام - کدام معنا را اراده فرموده است. (۱)

بررسی احتمال اول

جناب شیخ قدس سره - احتمال اول را که اگر طبیعت کلام موجود بود حلیت یا حرمت حاصل می شود و اگر طبیعت کلام نبود حلیت یا حرمت حاصل نمی شود، به دو دلیل مردود می دانند:

۱. اگر «إِنَّمَا يُحَلَّلُ الْكَلَامُ وَيُحَرَّمُ الْكَلَامُ» به این معنا باشد که محلل و محرم منحصر در کلام است، لازمه اش آن است که روایت نسبت به موارد زیاد محلل و محرم غیر لفظ در شرع تخصیص بخورد و تخصیص اکثر لازم آید؛ زیرا در شرع اسباب تحریم و تحلیل که غیر لفظ باشد زیاد است به حدی که می توان گفت اکثر محلل ها و محرم ها غیر لفظ است؛ مثلاً تنجس مأكولات و مشروبات محرم خوردن و نوشیدن، و تطهیر در جایی که امکان تطهیر دارد محلل آن است.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۶۳: ثم إنَّ الظاهر عدم إرادة المعنى الأول؛ لأنه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث إنَّ ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ، يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له؛ لأنَّ ظاهر الحكم كما يستفاد من عدّه روايات آخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة، و لا دخل لاشتراط النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلل به؟ و كذا المعنى الثاني؛ إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللاً، و بآخر محرمًا.

تنجس لباس محرم پوشیدن آن در نماز و تطهیر محلل آن است. تنجس بدن محرم در نماز است و از لحاظ وضعی نمی تواند داخل در نماز شود و تطهیر محلل آن است. موجبات بی ارزش شدن شیء، محرم بیع است وضعاً؛ مثلاً تنجس خوراکی که قابل تطهیر نیست و مصرف دیگری جز خوردن ندارد، موجب بی ارزش شدن آن و در نتیجه محرم بیع آن می شود. جلال شدن حیوان محرم و استبراء محلل اکل لحم است. غلیان عصیر عنبی محرم و ذهاب ثلثین محلل شرب آن است. تخمیر عصیر عنبی محرم و تخلیل آن محلل شرب است. موت حتف أنف محرم و تذکیه حتی با فراموش کردن بسم الله محلل اکل لحم است. وطی حیوان محرم است. دخول در مرثه محرم ربیبه است و

۲. با توجه به صدر روایت و نیز قرینیت دو روایت دیگر که همین سؤال و جواب در آن مطرح شده، نمی توان این معنا را برای «إِنَّمَا يُحَلَّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرَّمُ الْكَلَامُ» پذیرفت که اگر طبیعت لفظ بود تحلیل و تحریم وجود دارد و اگر طبیعت لفظ نبود تحلیل و تحریم نیست؛ زیرا در فرض روایت چه مقاوله کرده باشند و چه ایجاب بیع خصوصاً اگر مقاوله کرده باشند طبیعت لفظ وجود دارد، آن وقت چه معنا دارد حضرت در پاسخ به سؤال که درباره ی صحبت به نحو مقاوله یا ایجاب بیع است بفرمایند اگر لفظی بود حلال یا حرام است و اگر لفظی نبود چنین نیست؟! پس طبق معنای اول، پاسخ حضرت ربطی به سؤال ندارد. بنابراین به قرینه ی سؤال و جواب امام علیه السلام - و به کمک دو روایت دیگر معلوم می شود مراد طبیعت لفظ نیست تا وجودش محلل یا محرم باشد و عدمش چنین نباشد.

بررسی احتمال دوم، سوم و چهارم

معنای دوم این بود که اگر مراد و مطلب واحد با مضامین و کلام های مختلف اداء شود بعضی صحیح و محلل است و بعضی غیر صحیح و محرم است.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: معنای دوم هم به قرینه ی سؤال و جواب امام علیه السلام - نمی تواند این جا مراد باشد؛ زیرا فرض آن است که مطلب واحد نیست، بلکه دو مطلب است که یکی مقاوله و دیگری ایجاب بیع است. پاسخ حضرت نیز مربوط به دو مطلب است؛ چون می فرماید: اگر به نحو مقاوله باشد مانعی ایجاد نمی کند و اگر به نحو ایجاب بیع که مطلب دیگری غیر از مقاوله است باشد ایجاد مانع می کند.

پس روایت با احتمال اول و دوم سازگار نیست. لامحاله باید روایت را بر معنای سوم یا چهارم حمل کرد.

معنای سوم این بود که کلام واحد وجودش محلل و عدمش محرم است یا اگر در جای خود باشد محلل است و در غیر جای خود باشد محرم است. معنای چهارم هم این بود که کلام اگر به نحو مقاوله و مواعده باشد مانعی ندارد و محلل است و اگر به نحو ایجاب بیع باشد محرم است.

احتمال چهارم را نمی توان از روایت استظهار کرد؛ چون به نظر می آید امام علیه السلام - با اعطاء قاعده خواستند مصداق خاص را تبیین کنند. حضرت ابتدا در پاسخ فرمودند: «أَلَيْسَ إِنْ شَاءَ أَحَدٌ وَ إِنْ شَاءَ تَرَكَ؟» که به این معناست: صحبت اگر صرف مواعده است مانعی ندارد و اگر به نحو ایجاب بیع است محرم است. حال اگر بگوییم «إِنَّمَا يُحَلُّ الْكَلَامُ وَ يُحْرَمُ الْكَلَامُ» که حضرت در ادامه فرمودند دوباره همان معنا را افاده می کند، تکرار ناخوشایندی است که با روش فصحاء سازگاری ندارد، علاوه آن که با سیاق نیز سازگار نیست؛ زیرا ظاهر در این است که حضرت می خواهند اعطاء قاعده کنند که با تطبیق بر مورد، حکمش معلوم شود. بنابراین احتمال چهارم نیز با روایت سازگار نیست، لذا احتمال سوم متعین می شود. اما مرحوم شیخ احتمال چهارم را نیز در کنار احتمال سوم می پذیرند.^(۱)

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۶۴: فتعین: المعنى الثالث، و هو: أَنَّ الْكَلَامَ الدَّالَّ عَلَى الْإِلْتِزَامِ بِالْبَيْعِ لَا يُحْرَمُ هَذِهِ الْمَعَامِلَةَ إِذَا وَجَدَ قَبْلَ شِرَاءِ الْعَيْنِ الَّتِي يَرِيدُهَا الرَّجُلُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ، وَ لَا يُحَلُّ إِلَّا عَدَمُهُ؛ إِذْ مَعَ عَدَمِ الْكَلَامِ الْمَوْجِبِ لِلْإِلْتِزَامِ بِالْبَيْعِ لَمْ يَحْصُلْ إِلَّا التَّوَاعُدُ بِالْمَبَايَعَةِ، وَ هُوَ غَيْرُ مُؤَثِّرٍ. فَحَاصِلُ الرِّوَايَةِ: أَنَّ سَبَبَ التَّحْلِيلِ وَ التَّحْرِيمِ فِي هَذِهِ الْمَعَامِلَةِ مَنْحَصَرٌ فِي الْكَلَامِ عَدَمًا وَ وَجُودًا. أَوِ الْمَعْنَى الرَّابِعُ، وَ هُوَ: أَنَّ الْمَقَاوِلَةَ وَ الْمَرَاضَاهُ مَعَ الْمُشْتَرَى الثَّانِي قَبْلَ اشْتِرَاءِ الْعَيْنِ مُحَلَّلٌ لِلْمَعَامِلَةِ، وَ إِجَابُ الْبَيْعِ مَعَهُ مُحْرَمٌ لَهَا.

عدم دلالت روایت بر بطلان معاطات بنابر احتمال سوم و چهارم

شیخ - رحمه الله عليه - بعد از مردود دانستن احتمال اول و دوم در روایت و متعین دانستن احتمال سوم و چهارم می فرماید (١): چه احتمال سوم مراد باشد و چه احتمال چهارم، روایت دال بر لزوم کلام در تحلیل و تحریم و از جمله در بیع و در نتیجه

١- همان: و علی کلا المعینین یسقط الخبر عن الدلاله علی اعتبار الکلام فی التحلیل، كما هو المقصود فی مسأله المعاطاه. نعم، یمکن استظهار اعتبار الکلام فی إيجاب البیع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد ب «الکلام» هو إيجاب البیع بأن یقال: إن حصر المَحْلِّ و المَحْرَمِّ فی الکلام لا یتأتی إلا مع انحصار إيجاب البیع فی الکلام؛ إذ لو وقع بغير الکلام لم ینحصر المَحْلُّ و المَحْرَمِّ فی الکلام، إلا أن یقال: إن وجه انحصار إيجاب البیع فی الکلام فی مورد الروایه هو عدم إمكان المعاطاه فی خصوص المورد؛ إذ المفروض أن المبیع عند مالکة الأوّل، فتأمل. و کیف کان، فلا تخلو الروایه عن إشعار أو ظهور. كما یشعر به قوله علیه السلام فی روایه أخرى وارده فی هذا الحکم أيضاً، و هی روایه یحیی بن الحجاج عن أبی عبد الله علیه السلام: «عن رجلٍ قال لی: اشتر لی هذا الثوب أو هذه الدابّه، و بعنیها أربحک فیها کذا و کذا؟ قال: لا بأس بذلك، اشترها، و لا تواجه البیع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»؛ فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجهه البیع لیس مجرد إعطاء العین للمشتري. و یشعر به أيضاً روایه العلاء الوارده فی نسبه الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام: الرجل یرید أن یبیع بیعاً فیکول: أبيعک بده دوازده، [أو ده یازده]؟ فقال: لا بأس، إنّما هذه "المرأوضه" فإذا جمع البیع جعله جمله واحده»؛ فإنّ ظاهره علی ما فهمه بعض الشراح: أنّه لا یکره ذلك فی المقاوله التي قبل العقد، و إنّما یکره حین العقد. و فی صحیحه ابن سنان: «لا بأس بأن یتبع الرجل المتاع لیس عندک، تساومه ثم تشتري له نحو الذی طلب، ثم توجه علی نفسک، ثم یتبعه منه بعد»

بطلان بیع معاطاتی نیست؛ زیرا روایت بنابر احتمال سوم بیان می کند وجود کلام خاصی محلل یا محرم است، اما این که همه جا باید کلام باشد و غیر کلام نمی تواند محلل یا محرم باشد چیزی بیان نمی کند. بنابر احتمال چهارم نیز بیان می کند مقوله و مواعده محلل است، و کلام مشتمل بر ایجاب بیع محرم است و متعرض این که اگر فعلی چنین دلالت داشته باشد چه حکمی دارد نیست. بنابراین روایت دال بر فساد بیع معاطاتی نیست.

تردید شیخ قدس سره - به خاطر حصر محلل و محرم در کلام

جناب شیخ - رحمه الله علیه - به خاطر حصر محلل و محرم در کلام وجهی را برای دلالت روایت بر بطلان معاطات بیان می کنند و آن این که حصر محلل و محرم در کلام به این معناست که ایجاب بیع جز از راه کلام ممکن نیست والا اگر به فعل نیز محقق شود معنایش این است که محلل و محرم منحصر در کلام نیست. بنابراین روایت دلالت می کند غیر کلام از جمله فعل در معاطات محلل و محرم نیست و این به معنای بطلان معاطات می باشد.

مرحوم شیخ در پاسخ به این وجه می فرماید: ممکن است حصر در روایت به اعتبار مورد بوده [که معاطات امکان نداشته و باید با کلام محقق می شد؛ چرا که معاطات إعطاء ید به ید است در حالی که فرض روایت آن است که مبیع نزد مالک اول بوده و امکان إعطاء ید به ید در آن لحظه نبوده است]. بنابراین روایت نظر به جایی که [معاطات امکان داشته باشد] ندارد.

شیخ - رحمه الله علیه - سپس می فرماید: «فتأمل» (۱) که می تواند اشاره به دو مطلب داشته باشد:

۱- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۸۲: لعلّه إشارة إلى منع الدلالة في الرواية على كون المبيع عند مالكة الأول بما لا يتمكّن من المعاطاة فإنّ كونه عند مالكة الأول أعّم من عدم التمكن من أخذه منه و بيعه بالمعاطاة بل ظاهر قوله في الرواية اشترى لى هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما مع أنّه لا- يعتبر في المعاطاة العطاء من الجانبين بل و لا من جانب واحد كالبيع المنشأ بالإشارة أو بالألفاظ الفاقده لشرائط الصّيغ فإنه في حكم المعاطاة ثم لو سلّمنا عدم إمكان التعاطى في مورد الرواية فذلك لا يسوّغ الحصر للمحلل و المحرم بالكلام عموما و ليس الحصر مختصا بالمورد حتّى يعتذر بهذا الاعتذار نعم يمكن الاعتذار عن الحصر بوجه آخر و هو أنّه لما كانت المعاملات غالبا بالكلام و لو كلاما فاقتدا لشرائط الصّيغ عبر عن المعاملة بالكلام هذا مع قطع النظر عمّا اخترناه في معنى الكلام و أنّه عبارة عن الالتزام لا الكلام اللفظي و إلّا فالأمر أوضح و عدم ارتباط الرواية بالمقام أبين. • مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۱۵۳: أولا: أنا لا نسلم عدم إمكان المعاطاة في مورد الرواية. بديهه أن الظاهر منها وجود المتاع عند الدلال. و لذا أشار اليه الرجل بكلمه (هذا) و قال لصاحبه: اشتر هذا الثوب أربحك كذا، و لا أقل من الاحتمال و معه لا يتم الاستدلال. ثانيا: أنا لو سلّمنا غياب المتاع- في مورد الرواية- عن المتعاملين. و لكننا لا نسلم اختصاص المعاطاة بالتعاطى من الطرفين. ضروره أن المعاطاة كما تتحقق بالتعاطى من الطرفين، كذلك تتحقق بالإعطاء من جانب و الأخذ من جانب آخر. و سيأتي ذلك في تنبيهات المعاطاة. و لعل المصنف قد أشار الى هذين الإشكاليين أو إلى أحدهما بالأمر بالتأمل.

أولاً: بايع ظاهراً دلالاً بوده و مبيع نزدش بوده است، به همین خاطر مشتری با کلمه ی «هذا» به آن اشاره می کند و می گوید: «إشتر هذا الثوب». پس بايع نیز تمکن از إعطاء مبيع داشته و در نتیجه معاطات در فرض روایت ممکن بوده است.

ثانياً: إعطاء طرفین در معاطات لازم نیست، بلکه همین که مثلاً ثمن را مشتری إعطاء و بايع أخذ کند در تحقق معاطات کفایت می کند؛ چنان که به زودی بیاید إن شاء الله. بنابراین در مورد روایت، معاطات ممکن بوده است. (۱)

پس مرحوم شیخ گرچه دلالت روایت بر بطلان معاطات از طریق حصر محلل و محرم در کلام را پاسخ دادند، ولی با ذکر «فتاؤل»، در پاسخ مذکور ابراز تردید

۱- نهج الفقاهه، ص ۵۶: لعله إشارة إلى ما يأتي في التنبيه الثاني من احتمال حصول المعاطاه بالإعطاء من أحد المتعاملين و الأخذ من الآخر.

کرده و در نهایت می فرمایند: «و کیف کان، فلا تخلو الروایه عن إشعار أو ظهور» (۱).

نظر مختار در دلالت روایت بر بطلان معاطات

به نظر می رسد مفهوم عرفی «إِنَّمَا يُحَلَّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرَّمُ الْكَلَامُ» این است که کلام ها با مضامینی که دارند می توانند در تحلیل و تحریم مؤثر باشند. کلامی با مضمون خود مؤثر در تحلیل و کلامی با مضمون خود مؤثر در تحریم است؛ یعنی همان معنای سوم که شیخ فرمود اگر کلام وجود داشته باشد اثر حلیت یا حرمت را دارد و اگر وجود نداشته باشد طبیعی است که دیگر این آثار هم مترتب نمی شود. به همین خاطر امام علیه السلام - در روایت خالد بن نجیح یا خالد بن الحجاج سؤال می کنند که چگونه کلام ابراز شده است؟ اگر کلامی که ایجاب بیع می کند ادا شده باشد محرم است و الا کلام دیگر محرم نیست.

حصر مذکور در روایت هم می خواهد بیان کند: این چنین نیست که کلام ها با مضامین مختلف همه یک حکم داشته باشند، بلکه در بین کلام ها با مضامین مختلف، فقط کلامی با مضمون خاصش که در شرع یا نزد عرف و عقلاء مشخص است می تواند محلل یا محرم باشد. بنابراین روایت مبارکه اصلاً نظری به فعل یا قصد ندارد و متعرض این نیست که اگر فعل مانند کلام ظهور در مطلب داشت اثری ندارد. لذا اگر امام علیه السلام - بعد از جمله ی «إِنَّمَا يُحَلَّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرَّمُ الْكَلَامُ» چنین می فرمودند که «فعل نیز اگر ظهور داشته باشد محلل و محرم است» آن را به عنوان مخصیص و مقید برای «إِنَّمَا يُحَلَّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرَّمُ الْكَلَامُ» حساب نمی کردیم، بلکه می گفتیم حضرت دو موضوع شبیه به هم را ذکر می فرمایند.

بنابراین این که جناب شیخ فرمودند «لا تخلو الروایه عن إشعار أو ظهور»

معلوم شد که روایت چنین ظهوری ندارد و اما «إشعار» گرچه قابل انکار نیست ولی حجیتی ندارد.

إشعار روایات دیگر بر بطلان معاطات

اشاره

شیخ - رحمه الله علیه - روایات دیگری را نیز که به نظر ایشان إشعار به بطلان معاطات و لزوم کلام در بیع دارد ذکر می کنند. (۱)

صحیحه ی یحیی بن الحجاج:

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ (۲) عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِي اشْتَرَيْتَ هَذَا الثُّوبَ وَ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَ بَعَيْتَهَا (۳) أُرْبِحُكَ فِيهَا كَذَا وَ كَذَا قَالَ: لَا

۱- همان: و کیف کان، فلا- تخلو الروایه عن إشعار أو ظهور. كما يشعر به قوله عليه السلام في روايه أُخْرَى وارده في هذا الحكم أيضاً، و هي روايه يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابّة، و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا؟ قال: لا بأس بذلك، اشترها، و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها؛ فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ المراد من مواجهه البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري. و يشعر به أيضاً روايه العلاء الوارده في نسبه الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده، [أو ده يازده]؟ فقال: لا بأس، إنّما هذه المرأوضه" فإذا جمع البيع جعله جمله واحده»؛ فَإِنَّ الظَّاهِرَ عَلَى ما فهمه بعض الشراح: أَنَّهُ لَا يَكْرَهُ ذَلِكَ فِي المَقَاوِلِ الَّتِي قَبْلَ العَقْدِ، وَ إِنَّمَا يَكْرَهُ حِينَ العَقْدِ. وَ فِي صحیحه ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك، ثم تبعه منه بعد»

۲- ظاهراً مراد از احمد بن محمد، احمد بن محمد بن عيسى و مراد از محمد بن عيسى پدرش است که هر دو ثقة بوده و سند شیخ به احمد بن محمد بن عيسى تمام است.

۳- در تهذیب، وافى و ملاذ الاخيار «بِعَيْنِهَا» و در كافي «يُعَيْنُهَا» دارد.

بَأْسَ بِذَلِكَ اشْتَرِيهَا وَلَا تُؤَاجِبُهُ الْبَيْعَ (۱) قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِيهَا. (۲)

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ (۳) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ مِثْلَهُ. (۴)

این روایت از لحاظ سند تمام است.

یحیی بن الحجاج می گوید: از امام صادق علیه السلام - درباره ی شخصی که می گوید: این پارچه و این دابه را بخر و به من بفروش، این قدر به تو سود می دهم سؤال کردم، حضرت فرمودند: اشکالی ندارد، اما قبل از این که تو آن را از بایع بخری (۵) ایجاب بیع نکن!

۱- مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۱۹، ص ۲۱۷: قوله عليه السلام: "ولا تواجهه البيع" أي لا تبعه قبل الشراء لأنه بيع ما لم يملك بل عدّه بأن تبعه بعد الشراء. و التردید فی قوله "أو تشتريها" لعله من الراوی.

۲- ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۰، ص ۵۸۴: قوله: أو تشتريها التردید من الراوی.

۳- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۹۸: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِي اشتر لي هذا الثوب و هذه الدابة و يعينها و أربحك فيها كذا و كذا قال: لا بأس بذلك قال: ليشترها و لا تواجهه البيع - قبل أن يستوجبها أو تشتريها.

۴- وسائل الشيعه، ج ۱۸، كتاب التجاره، ابواب احكام العقود، باب ۸، ح ۱۳، ص ۵۲؛ تهذیب الاحكام، ج ۷، ص ۵۸ و الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص ۱۹۸.

۵- در این که مراد از تردید در «قبل أن تستوجبها أو تشتريها» چیست بعضی گفته اند: شاید اشاره به این است که «تستوجبها» یعنی تو ابتدا از بایع طلب ایجاب می کنی و می خواهی که به تو بفروشد؛ یعنی به او می گویی «بعینها» آن وقت که بایع گفت «بعتك» می گویی «قبلت یا اشتریت»، ولی «تشتريها» یعنی فروشنده آماده ی فروش است و می گوید «بعتك» که تو هم می گویی قبول کردم و خریدم. • حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۸۲: لعله إشارة إلى قسمی الشراء و هو الشراء بالإيجاب من البائع و القبول من المشتري و الشراء بالاستیجاب من المشتري و الإيجاب من البائع فيقول المشتري للبائع بعينه فيقول بعتك فتكون الزوايه عليه دليلا على انعقاد البيع بالاستیجاب و الإيجاب.

جناب شیخ - رحمه الله علیه - در مورد نحوه ی إشعار روایت بر بطلان معاطات می فرماید: «فإنَّ الظاهر أنَّ المراد من مواجهه البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري»؛ یعنی این که حضرت می فرماید «لَمَّا تَوَاجَهَ الْبَيْعُ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا» [منظورشان از ایجاب بیع، صرف إعطاء عین به مشتری نیست (۱)]، بلکه [ظاهر آن است که ایجاب با لفظ محقق می شود و لفظ است که بیع را قطعی می کند. پس معلوم می شود معاطات، بیعی که شرعاً صحیح باشد نیست.

ولی حقیقت آن است که ایجاب بیع حتی إشعار به لزوم لفظ هم ندارد؛ چه رسد به این که ظاهر در آن باشد! بله ممکن است در جایی «ایجاب» منصرف به لفظ باشد، ولی در مثل چنین جایی انصراف ندارد و عرف از این کلام این را می فهمد که قبل از خرید از بایع، نباید به نحو قطعی با مشتری إنشاء بیع کرد و فرضاً اگر در مورد روایت، ایجاب بیع فقط با لفظ ممکن باشد هیچ إشعاری ندارد که در جای دیگر نیز باید لفظ باشد؛ زیرا حضرت به صورت قاعده ی کلی فرمودند «وَلَا تَوَاجَهَ الْبَيْعُ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِيَهَا» و اختصاص به مورد ندارد.

صحیحہ ی علاء بن رزین:

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ] عَنْ صَيْفَوَانَ عَنْ فَضَالَةَ عَنِ الْعَلَاءِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - الرَّجُلُ يَبِيعُ الْبَيْعَ فَيَقُولُ: أْبَيْعَكَ بَدَه دَوَاذِدَهُ أَوْ دَه يَزْدَه فَقَالَ: لَا بَأْسَ إِنَّمَا هَذِهِ

۱- درست است که مراد حضرت، صرف إعطاء عین به مشتری نیست؛ چراکه صرف إعطاء عین به مشتری که مشکلی ایجاد نمی کند، آن چه که ایجاد مشکل می کند ایجاب بیع است، ولی پاسخ آن است که ایجاب بیع با إعطاء نیز می تواند محقق شود، لذا لزومی ندارد حتماً با لفظ باشد. پس اگر با إعطاء، قصد ایجاب داشته باشد ایجاب محقق می شود و در این صورت دیگر صرف إعطاء نیست، بلکه ایجاب به نحو إعطاء است. (امیرخانی)

الْمَرَاوِضُ (۱) فَإِذَا جَمَعَ (۲) الْبَيْعَ جَعَلَهُ جُمْلَةً وَاحِدَةً.

وَ رَوَاهُ الْحَمِيرِيُّ (۳) فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدِ الطَّيَالِسِيِّ عَنِ الْعَلَاءِ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ إِنَّمَا هُوَ الْبَيْعُ يَجْعَلُهُ جُمْلَةً وَاحِدَةً. (۴)

روایت از لحاظ سند تمام بوده و صحیح است.

علاء بن رزین می گوید: خدمت امام صادق علیه السلام - عرض کردم شخصی چیزی را می فروشد و به مشتری می گوید: من این را به ده دوازده یا ده یازده به تو می فروشم [یعنی هر ده تومانی دو تومان یا یک تومان سود می گیرم] حضرت فرمودند: اشکالی ندارد، این مراوضه و حرف های قبل از بیع است که قیمت را بالا و پایین می کنند. اگر خواست عزم بیع کند جمع کند. (۵)

۱- تاج العروس، ج ۱۰، ص ۷۲: و الْمَرَاوِضُ الْمَكْرُوهَةُ فِي الْأَثَرِ الْمَرْوِيِّ عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ: أَنَّ تُوَاصِفَ الرَّجُلَ بِالسَّلْعَةِ لَيْسَتْ عِنْدَكَ. وَ هِيَ بَيْعُ الْمُوَاصِفَةِ، هَكَذَا فَسَّرَهُ شَمْرُ. وَ فِي اللَّسَانِ: وَ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ يُجِيزُهُ إِذَا وَافَقَتِ السَّلْعَةُ الصَّفَةَ. • نهج الفقاهه، ص ۵۶: قوله: المراوضه؛ مأخوذ من قولهم: حتى نتراوض على أمر، أي نستقر عليه. • ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار، ج ۱۰، ص ۵۷۳: قوله عليه السلام: إنما هذه المراوضه قال في النهاية: في حديث طلحه «فتراوضا حتى اضطرب مني» أي تجاذبنا في البيع والشراء، و هي ما يجري بين المتبايعين من الزيادة والنقصان، كان كل واحد منهما يروض صاحبه، من رياضه الدابة. و قيل: هو المواصفه بالسلعه و هو أن يصفها و يمدحها عنده.

۲- المراد بجمع البيع هو العزم عليه، یعنی فإذا عزم على البيع جعل رأس المال و الربح جمله واحده، و یسمیها.

۳- قرب الإسناد (ط - الحديثه)، متن، ص ۲۹: مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدِ الطَّيَالِسِيِّ، عَنِ الْعَلَاءِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الرَّجُلُ يُرِيدُ أَنْ يَبِيعَ الْبَيْعَ فَيَقُولُ: أْبَيْعَكَ بِدَهْ يَازِدَهْ أَوْ دَهْ دَوَازِدَهْ؟ قَالَ: «لَا بَأْسَ، إِنَّمَا هُوَ الْبَيْعُ، فَإِذَا جَمَعَ الْبَيْعَ يَجْعَلُهُ جُمْلَةً وَاحِدَةً».

۴- وسائل الشيعه، ج ۱۸، كتاب التجاره، ابواب احكام العقود، باب ۱۴، ح ۵، ص ۶۳ و تهذيب الاحكام، ج ۷، ص ۵۴.

۵- یعنی به اصطلاح يك كاسه كند، نه این كه بگويد هر ده تومان دو تومان سود می گیرم، بلکه سود و سرمایه را روی هم بکشد؛ مثلاً- اگر صد تومان خریده و هر ده تومان، دو تومان می خواهد سود بگیرد بگوید صد و بیست تومان می فروشم. بعضی، روایت را به گونه ی دیگر معنا کرده و گفته اند مراد این است كه موقع ايجاب بيع بايد يا به ده دوازده بفروشد يا به ده يازده و تردید نباید باشد. ولی ظاهراً مراد این است كه موقع ايجاب بيع نگويد هر تومانی این مقدار سود می خواهم، بلکه سود و سرمایه را يك كاسه كند و بفروشد تا اگر احياناً كم يا زياد شد يا شيطان وسوسه كرد و قيمت خريد را بيشر گفت، معامله دچار اشكال نشود. به همین خاطر گفته اند چنین معامله ای مکروه است.

مرحوم شیخ می فرماید: «فإنَّ ظاهره علی ما فهمه بعض الشَّرَاحِ (۱) أنه لا- یکره ذلک فی المقاوله التي قبل العقد، و إنما یکره حين العقد»؛ یعنی ظاهرش این است که مقاوله ی قبل از بیع به ده دوازده یا ده یازده مانعی ندارد، ولی وقتی خواستند ایجاب بیع کنند به صورت مجموع و یک کاسه کنند و این فقط با لفظ امکان پذیر است و با فعل نمی توان یک کاسه کرد. (۲)

ولی این کلام درست نیست؛ چون مجموع به صورت واحد را به غیر لفظ نیز می توان ادا کرد؛ مثلاً با اشاره بفهماند مبیع را در مقابل پول هایی که در دست مشتری است فروخته و مبیع را بدهد و پول ها را بگیرد. بنابراین روایت إشعاری به لزوم لفظ در تحقق بیع ندارد.

صحیحہ ی ابن سنان:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ عَنِ ابْنِ

۱- هو المحدث الكاشاني قدس سره - فی الوافی، ج ۱۸، ص ۶۹۳: یعنی لا- یکره ذکر ذلک فی المقاوله التي تكون قبل العقد إنما یکره حين البيع.

۲- به عبارت دیگر اگر ایجاب بیع با معاطات صورت گیرد باید طبق آن چه که مقاوله کرده اند معاطات کنند، ولی روایت می فرماید موقع ایجاب بیع «جمله واحد» کنند که این فقط با لفظ امکان دارد؛ چون در بیع بالصیغه است که ایجاب می تواند با مقاوله متغایر باشد، به خلاف معاطات که مطابق آن چه که مقاوله می کنند بیع را با فعل ایجاد می کنند. (امیرخانی)

سَنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ تَبِيعَ (۱) الرَّجُلُ الْمَتَاعَ لَيْسَ عِنْدَكَ تُسَاوِمُهُ (۲) ثُمَّ تَشْتَرِي (۳) لَهُ نَحْوَ الَّذِي طَلَبَ ثُمَّ تُوجِبُهُ عَلَى نَفْسِكَ ثُمَّ تَبِيعُهُ مِنْهُ بَعْدُ.

وَ رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ مِثْلَهُ (۴).

عبد الله بن سنان از امام صادق علیه السلام - نقل می کند که فرمودند: مانعی ندارد متاعی را که پیش از این به کسی بفروشی، [یعنی] قیمت را با او صحبت می کنی و بالا و پایین می کنی، وقتی تجاذب کردید و به توافق رسیدید، می روی آن متاع را به همان نحوی که او خواسته بود می خری [یعنی با بایع صحبت می کنی و به توافق می رسی] سپس ایجاب قطعی را انجام می دهی، و بعد از این که مالک شدی به آن مشتری می فروشی.

جناب شیخ - رحمه الله علیه - از عبارت «ثُمَّ تُوجِبُهُ عَلَى نَفْسِكَ» می خواهند استفاده کنند که در بیع ایجاب لازم است و ایجاب هم با لفظ محقق می شود؛ نه با فعل.

۱- به قرینه ی «تساومه» و «ثم تبیعه منه بعد» معلوم می شود مراد از «تبیع» ایجاب بیع نیست، بلکه مراد همان «تساومه» است.

۲- قال ابن الأثير: «المساومه: المجاذبه بين البائع والمشتري على السلعة و فصل ثمنها». و قال الشهيد قدس سره: «البيع بغير إخبار برأس المال مساومه، و هي أفضل من باقى الأقسام، و بالإخبار مع الزيادة مباحه، و مع النقصه مواضعه، و مع المساواه توليه، و إعطاء البعض تشريك». راجع: النهايه، ج ۲، ص ۴۲۵ و الدروس الشرعيه، ج ۳، ص ۲۱۸، الدرس ۲۴۴.

۳- «تشتري» به قرینه ی «ثم توجهه على نفسك» به این معناست که با بایع صحبت می کنی و به توافق می رسی.

۴- وسائل الشيعه، ج ۱۸، كتاب التجاره، ابواب احكام العقود، باب ۸، ح ۱، ص ۴۸؛ تهذيب الاحكام، ج ۷، ص ۴۹ و الكافي، ج ۵، ص ۲۰۱.

ولی بیان کردیم ایجاب با فعل هم می تواند محقق شود و لازم نیست حتماً با لفظ باشد و فرضاً اگر انصراف به لفظ داشته باشد این انصراف بدوی است و با تأمل و تدبر مرتفع می شود. بنابراین این روایت نیز إشعاری به لزوم لفظ در بیع و در نتیجه بطلان معاطات ندارد و اگر هم از آن استشعار شود آن قدر ضعیف است که قابل اعتناء نیست.

این ها روایاتی بود که جناب شیخ بیان کردند إشعار به لزوم لفظ در بیع دارد. روایات دیگری که محتمل است کسی به آن استناد کند را نیز بعضی (۱) ذکر کرده اند، از جمله:

موثقه ی سماعه:

و [محمد بن یعقوب] عن عِدَّةٍ مِنْ أَصِيحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: سَيَأْتِيكَ عَنْ بَيْعِ الْمَصِيحِ أَحِفٍ وَ شَرَائِهَا فَكَيْفَ لَمَّا تَشْتَرِ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ وَ لَكِنْ اشْتَرِ الْحَدِيدَ وَ الْوَرَقَ وَ الدَّفَّتِينَ وَ قُلْ اشْتَرِي مِنْكَ هَذَا بِكَذَا وَ كَذَا. (۲)

۱- غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۱۸۳: و اما ما وقع فی بعض الاخبار الناهیه من بیع المصحف من قوله (علیه السلام) لا تشتري كلام الله و لكن اشتر الجلد و الحديد و الدقه و قل اشترى منك هذا بكذا فلمنع الدلاله على توقف الصيحه أو اللزوم على القول المذكور لأجل تحقق البيع بل انما هو لأجل تعيين المبيع فى مقام لا يمكن تقيينه الا باللفظ و اين هذا من مدعاه و اما الصيحه المشتمل على بيع أطنان القصب فلانه لا يدل على حصر البيع فيما كان مشتملا على الإيجاب و القبول غايه ما فى الباب ان ما ذكر فيه أحد أفراد البيع و نحن لا- نأبى من ذلك و اما استصحاب بقاء ملك المالك الأول لو فرض وقوع الشك فى بقاءه فلان الأصل لا يقاوم الدليل و قد بينا ما فيه كفايه.

۲- وسائل الشيعه، ج ۱۷، كتاب التجاره، ابواب ما يكتسب به، باب ۳۱، ح ۲، ص ۱۵۸ و الكافى، ج ۵، ص ۱۲۱.

در این روایت امام علیه السلام - در مورد بیع مصحف فرمودند کتاب الله را نخر، بلکه آهن (۱)، ورق و دو جلد را بخر و بگو: من آهن، ورق و دو جلد را از تو به این قیمت می خرم.

این که حضرت در مقام تعلیم بیع و شراء فرمودند در مقام إنشاء این طور بگو، معلوم می شود که در بیع وضعاً قول شرط است و الا حضرت نمی فرمودند که این چنین بگو. و از آن جا که بیع مصحف از حیث بیع تفاوتی با بیوع دیگر ندارد پس استفاده می شود در تمام بیوع لفظ لازم است و بیع معاطاتی صحیح نیست.

ولی این روایت نیز دلالتی بر مدعا ندارد؛ زیرا این که حضرت فرمودند چنین بگو، به این خاطر بوده که [بیع بالصیغه] مصداق رایج بیع است و معمولاً معامله با لفظ انجام می شود؛ خصوصاً نسبت به مورد که حضرت می خواستند به او یاد دهند که مجموعه را تحت معامله نبرد، بلکه تفکیک کرده و فقط بخشی را با بیع بخرد، و ابراز این مقصود با معاطات یا ممکن نیست یا مشکل است، به همین خاطر فرمودند چنین بگو. لذا نظری به مواردی که به صورت یک مجموع واحد می خرد و ابراز آن با معاطات آسان است ندارد.

صحیحی ی برید بن معاویه:

الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَائِبٍ عَنْ بُرَيْدِ بْنِ مَعَاوِيَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ عَشْرَةَ آلَافِ طُنٍّ (۲) قَصَبٍ فِي أَنْبَارٍ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ مِنْ أَجْمِهِ وَاحِدِهِ وَ الْأَنْبَارُ فِيهِ ثَلَاثُونَ أَلْفَ طُنٍّ

۱- ظاهراً آن زمان ها که صحافی می کردند آهن نیز در آن به کار می بردند.

۲- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۸، ص ۳۵۹: وَ الطُّنُّ: حُزْمَةُ الْقَصَبِ وَ الْحَطَبِ.

فَقَالَ الْبَائِعُ قَدْ بَعْتُكَ مِنْ هَذَا الْقَصَبِ عَشْرَةَ آلَافٍ طُنٍ فَقَالَ الْمُشْتَرِي قَدْ قَبِلْتُ وَاشْتَرَيْتُ وَرَضَيْتُ فَأَعْطَاهُ مِنْ ثَمَنِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَ
وَكُلَّ الْمُشْتَرِي مَنْ يَتْبَعُهُ فَأَصْبَحُوا وَقَدْ وَقَعَ النَّارُ فِي الْقَصَبِ فَاخْتَرَقَ مِنْهُ عِشْرُونَ أَلْفَ طُنٍّ وَبَقِيَ عَشْرَةُ آلَافٍ طُنٍّ فَقَالَ الْعَشْرَةُ
آلَافٍ طُنٍّ الَّتِي بَقِيَتْ هِيَ لِلْمُشْتَرِي وَالْعِشْرُونَ الَّتِي اخْتَرَقَتْ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ. (۱)

برید بن معاویه از امام صادق علیه السلام - نقل می کند درباره ی کسی که ده هزار بسته نی در انباری که از یک نیستان روی هم انباشته شده بود و در آن سی هزار بسته بود خرید، پس با بیع گفت: از این نی ها ده هزار نی به تو فروختم و مشتری نیز گفت: قبول کردم و خریدم و راضی شدم و ثمن آن را که هزار درهم بود پرداخت کرد و مشتری کسی را موکل کرد که نی ها را قبض کند، ولی صبح که رفتند دیدند آتش در نی ها افتاده و بیست هزار بسته از آن سوخته و ده هزار باقی مانده است، حضرت فرمودند: ده هزار بسته نی که باقی مانده برای مشتری است و بیست هزار بسته ای که سوخته از مال با بیع می باشد.

استدلال به این روایت نیز نظیر روایت سابق است که بیان می کند با بیع هنگام ایجاب بیع با لفظ می گوید: ده هزار نی فروختم و مشتری نیز با لفظ می گوید قبول کردم و خریدم، پس معلوم می شود در انشاء بیع، لفظ لازم است.

پاسخ به این استدلال نیز مانند پاسخ به استدلال به روایت سابق است و آن این که بیع بالصیغه مصداقی از مصادیق بیع است و مفهوم ندارد تا مصادیق دیگر انشاء را رد کند. علاوه آن که مشتری چون ده هزار بسته از سی هزار بسته نی موجود در انبار یعنی به نحو کلی در معین می خواست، ابراز آن جز با لفظ مشکل بوده است.

چند روایت دیگر نیز وجود دارد که بنابر بعضی تفاسیر می تواند دلیل خوبی

برای مخالفین صحّت معاطات باشد. آن روایات، روایات مختلفی است که از عامه نقل شده و بیان می کند رسول الله - صلی الله علیه و آله و سلم - از بیع ملامسه، منابذه و حصاه نهی فرموده است و در مجامع شیعه نیز در معانی الأخبار هر سه مطلب یک جا منعکس شده است:

حدیث مناهی:

أخبرني أبو الحسين محمد بن هارون الزنجاني قال: حدثنا علي بن عبد العزيز عن أبي عبيد القاسم بن سلام بأسانيد متصله إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في أخبار متفرقه أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَ الْمُرَابَنَةِ ... وَ نَهَى - صلى الله عليه وآله وسلم - عَنِ الْمُنَابَذَةِ وَ الْمَلَامَسَةِ وَ بَيْعِ الْحَصَاهِ. (۱)

«ففي كل واحده منها قولان: أما المنابذه فيقال: إنها أن يقول الرجل لصاحبه انبذ إلى الثوب أو غيره من المتاع أو أنبذه إليك و قد وجب البيع بكذا و كذا و يقال إنما هو أن يقول الرجل إذا نبذت الحصاه فقد وجب البيع و هو معنى قوله إنه نهى عن بيع الحصاه و الملامسه أن تقول إذا لمست ثوبى أو لمست ثوبك فقد وجب البيع بكذا و كذا و يقال بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب و لا- ينظر إليه فيقع البيع على ذلك و هذه بيوع كان أهل الجاهليه يتبايعونها فنهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عنها لأنها غرر كلها.» (۲)

۱- معانی الأخبار، ص ۲۷۷.

۲- این توضیحات ظاهراً از جناب صدوق قدس سره - بوده و جزء روایت نیست. در دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۱ نیز آمده است: وَ عَنْهُ ۹ أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ الْمَلَامَسَةِ وَ الْمُنَابَذَةِ وَ طَرَحِ الْحَصِي. فأما الملامسه فقد اختلف في معناها و قال قوم هو بيع الثوب مدروجاً يلمس باليد و لا ينشر و لا يرى داخله و قال آخرون هو الثوب يقول البائع أبيعك هذا الثوب على أن نظرك إليه اللمس بيدك و لا خيار لك إذا نظرت إليه و قال آخرون هو أن يقول إذا لمست ثوبى فقد وجب البيع بينى و بينك و قال آخرون هو أن يلمس المتاع من وراء ستر و كل هذه المعانى قريب بعضها من بعض و إذا وقع البيع عليها فسد و اختلفوا أيضاً فى المنابذه فقال قوم هى أن ينبذ الرجل الثوب إلى رجل و ينبذ إليه الآخر ثوباً يقول هذا بهذا من غير تقليب و لا نظر. و قال آخرون هو أن ينظر الرجل إلى الثوب فى يد الرجل مطوياً فيقول أشتري هذا منك فإذا نبذته إلى فقد تم البيع بيننا و لا خيار لواحد و قال قوم المنابذه و طرح الحصى بمعنى واحد و هو بيع كانوا يتبايعونه فى الجاهليه يجعلون عقد البيع بينهم طرح حصاه يرمون بها من غير لفظ من بائع و لا مشتر ينعقد به البيع و كل هذه الوجوه من البيوع الفاسده.

منابذه یعنی بایع با پرتاب جنسی به سوی مشتری معامله را قطعی کند و ملامسه یعنی با دست گذاشتن روی جنس و لمس کردن آن معامله قطعی شود و بیع حصاه یعنی با انداختن سنگ ریزه روی مبیع، بیع قطعی شود.

این که حضرت از این سه نوع بیع انداختن، دست گذاشتن و انداختن سنگ ریزه که قریب به هم هستند نهی فرمودند معلوم می شود این سه خصوصیتی نداشته و از این جهت که دالّ بر بیع فعل بوده است مورد نهی قرار گرفته و این عبارت اخرای آن است که إنشاء باید به لفظ باشد. پس هر فعلی که دالّ بر بیع باشد مورد نهی بوده و بیع با آن محقق نمی شود. بنابراین معاطات هم که مصداقی از مصداقی إنشاء بیع با فعل است باطل می باشد و احتمال این که بین انداختن و إعطاء معمول فرق باشد نیست و انداختن نیز نوعی معاطات محسوب می شود.

این استدلال گرچه با بیانی که ذکر کردیم به نظر می رسد تمام باشد ولی این معنای مذکور از بیع منابذه، ملامسه و حصاه از طریق معتبری به دست ما نرسیده است فقط بعض عامه این گونه معنا کرده اند آن چه محققان در معنای این سه نوع بیع گفته اند آن است که نوعی غرر در این نوع معاملات بوده است؛ مثلاً بیع ملامسه این طور بوده که بدون دیدن مبیع و انتخاب آن، به صرف دست گذاشتن مشتری روی مبیعی در تاریکی یا با چشمان بسته، بیع محقق می شد و باید ثمن آن را به بایع پرداخت می کرد. یا در منابذه، وقتی بایع چیزی را نزد یکی از مشتریان می انداخت بدون آن که مشتری قبلاً آن را دیده و انتخاب کرده باشد بیع

محسوب می شد. یا در بیع حصاه به صرف انداختن سنگ ریزه و خوردن آن به مبیعی که قبلاً تعریف و رؤیت نشده به نحوی که رافع غرر باشد بیع محقق می شد. معانی نزدیک به این معنا نیز برای این سه نوع بیع ذکر شده است.

بنابراین طبق این معنا روایت هیچ دلالتی بر بطلان بیع معاطاتی ندارد، مضاف به این که از لحاظ سند حتی به نحوی که در کتب خاصه نقل شده قابل اعتماد نیست.

فتحصیل از جمیع آن چه تا به حال ذکر کردیم این که عمومات و سیره دلالت بر صحت بیع معاطاتی دارد و دلیلی هم که عمومات و اطلاقات را تقیید کند وجود ندارد، لذا طبق قاعده باید بگوییم بیع معاطاتی مثل بیع بالصیغه در صورتی که مستجمع سایر شرائط معتبر در بیع باشد صحیح بوده و مفید لزوم است.

تنها دلیلی که می تواند ما را از این منع کند ادعای اجماع است که معاطات بیع نیست، بلکه اباحه ی تصرف است و فرضاً اگر معاطات موجب ملکیت شود مفید ملکیت لازمه نیست. این ادعای اجماع جناب شیخ قدس سره - را به تذبذب انداخته و باعث شده نتوانند تصمیم بگیرند که بیع مفید ملکیت لازمه است؛ لاسیما اگر هیچ لفظی در میان نباشد که قرینه بر اراده ی انشاء از معاطات باشد. (۱)

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۵۶: و الحاصل: أنّ الحكم باللزوم فی مطلق الملك و فی خصوص البیع ممّا لا ینکر، إلّا أنّ الظاهر فیما نحن فیہ قیام الإجماع علی عدم لزوم المعاطاه، بل ادّعاء صریحاً بعض الأساطین فی شرح القواعد، و یعضده الشهره المحقّقه، بل لم یوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخرین، فإنّ العبارة المحکیه عن المفید رحمه الله فی المقنعه لا تدلّ علی هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به فإنّه قال: ینعقد البیع علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبايع له إذا عرفاه جميعاً، و تراضیا بالبیع، و تقابضاً، و افتراقاً بالأبدان، انتهى. و یقوی إرادته بیان شروط صحّحه العقد الواقع بین اثنین و تأثیره فی اللزوم؛ و کأنّه لذلك حکى کاشف الرموز عن المفید و الشیخ رحمهما الله: أنّه لا بدّ فی البیع عندهما من لفظ مخصوص. و قد تقدّم دعوی الإجماع من الغنیه علی عدم كونها بیعاً، و هو نصّ فی عدم اللزوم، و لا یقدح كونه ظاهراً فی عدم الملكیه الذی لا نقول به. و عن جامع المقاصد: یتبر اللفظ فی العقود اللزومه بالإجماع.

نظر مختار درباره ی ادعای اجماع بر بطلان معاطات

به نظر می رسد اجماعی که ادعا شده و نیز فتاوی و شهرت محصله که وجود دارد ناشی از همین روایات مذکور و شکل گرفتن این معنا در اذهان باشد که در تحقق انشاء، لفظ لازم است و انشاء بدون لفظ محقق نمی شود. یعنی روایاتی که جناب شیخ در حد استشعار بر لزوم لفظ در بیع پذیرفتند، مضاف به «إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرِّمُ الْكَلَامُ» قرینه ی ثابتی را در ذهن آقایان درست کرده و لذا جرأت نکردند فتوا دهند معاطات بیع بوده و تمام آثار بیع بالصیغه را دارد. چنان که در بعضی تعابیر هم آمده که اجماع است بر این که انشاء بدون لفظ محقق نمی شود.

از طرف دیگر اجماع بر بطلان معاطات قائم نشده، بلکه بعضی ادعای اجماع کرده اند گرچه معاطات بیع نیست ولی مفید اباحه است و بعضی مثل شیخ طوسی قدس سره - فرموده اند از آن جا که دلیلی بر بیع بودن معاطات شرعاً وجود ندارد نمی توانیم احکام بیع بر آن جاری کنیم، ولی اجماع وجود دارد که حداقل مفید اباحه است. (۱)

بنابراین شیخ طوسی قدس سره - فرمودند که اجماع بر بیع نبودن یا بطلان معاطات وجود دارد، بلکه فرمودند دلیل شرعی بر بیع بودن آن وجود ندارد و این ممکن است به این خاطر بوده که عمومات را کافی نمی دانستند و ممکن هم هست روایتی را مقید آن می دیدند. به هر حال برای اثبات بیع نبودن معاطات به اجماع تمسک نکردند، بلکه فرمودند اجماع وجود دارد بر این که اگر معاطات بیع صحیح نباشد، قطعاً مفید اباحه است. بنابراین نمی توانیم بگوییم آن هایی که ادعای

۱- الخلاف، ج ۳، ص ۴۱: دلیلنا: إن العقد حکم شرعی، و لا دلالة فی الشرع علی وجوده هاهنا، فیجب أن لا یثبت. فإما الاستباحه بذلک فهو مجمع علیه، لا یختلف العلماء فیها.

اجماع کرده اند ادعای اجماع بر بطلان معاطات کرده اند، بلکه ادعای اجماع کرده اند که اگر معاطات بیع نباشد مفید إباحه است.

علاوه آن که از فرمایش شیخ مفید قدس سره - قبلاً استظهاری کردیم و بعید نیست اطلاق کلام ایشان ظاهر در این باشد که معاطات بیع بوده و مفید لزوم است. از عبارت علامه - رحمه الله علیه - نیز که فرموده «الأشهر عندنا: أنه لا بدّ منها [الصیغه] و لا تكفی المعاطاه فی الجلیل و الحقیق»^(۱) [و عدم کفایت معاطات را به «اشهر» نسبت داده، استفاده می شود در مقابل، مشهور ضعیف تر قائل به کفایت معاطات هستند؛ زیرا در مقابل اشهر، مشهور قرار دارد؛ نه شاذ].

بنابراین اجماعی که علی نحو القطع کاشف از قول معصوم علیه السلام - باشد ثابت نیست؛ چون اولاً: احتمال می دهیم استناد مجممین به همین روایاتی که ذکر کردیم باشد. ثانیاً: با استظهار از کلام شیخ طوسی، کلام شیخ مفید و کلام علامه ۴ دیگر اجماع بر بطلان معاطات ثابت نیست.

نتیجه آن که معاطات در نظر ما بیع بوده و تمام آثار بیع بر آن مترتب است و هیچ فرقی با بیع بالصیغه ندارد. البته احتیاط لاسیما در اشیاء غیر حقیره و به خصوص در جایی که اصلاً لفظی نباشد به جای خود محفوظ است.

۱- تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۰، ص ۷.

تنبیهات معاطات

اشاره

تنبیه اول: آیا رعایت تمام شروط بیع بالصیغه در معاطات لازم است؟

تنبیه دوم: آیا معاطات با اعطاء از جانب واحد محقق می شود؟

تنبیه سوم: تمیز بایع از مشتری

تنبیه چهارم: وجوه چهارگانه ی معاطات به حسب قصد متعاطین

تنبیه پنجم: جریان معاطات در غیر بیع

تنبیه ششم: مُلْزِمَاتِ معاطات

تنبیه هفتم: جریان خيارات مختص به بیع در بیع معاطاتی

تنبیه هشتم: تحقق معاطات با صیغه ی غیر جامع جمیع شرایط

تنبيه اول: آیا رعایت تمام شروط بیع بالصیغه در معاطات لازم است؟

اشاره

تنبيه اول(۱) مربوط به این است که آیا در معاطات، شروط دیگر بیع بالصیغه مانند غرری نبودن، ربوی نبودن و ... لازم الرعایه است؟

پاسخ این سؤال را طبق فروض مختلف دنبال می کنیم:

فرض اول آن که متعاطیین قصد إباحه کرده اند، چنان که صاحب جواهر(۲) قدس سره - هم

۱- بعض از مباحث مربوط به تنبیهات که شیخ قدس سره - ذکر فرموده، طبق آن چه که ما اختیار کردیم جایگاهی ندارد، لذا از ذکر مطالبی که خود شیخ نیز قبول ندارد و فوائد جنبی قابل اعتنائی ندارد خودداری می کنیم.

۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۲۴: ... إلا أنه علی کل حال لا ریب فی أن حمل کلام قدماء الأصحاب علی ما ذکرناه، من أن مرادهم بیان قابلیه الأفعال للإباحه لو قصدوها و أن ذلك مشروع دون التملیک الیعی مثلاً خیر من ذلك، لا لصعوبه الجواب عنها، فإنک ستعرفه لو قرر الاعتراض بها علی الصوره الأولى، بل لأن الواقع خلافه، و غرابه نفس الدعوی و هی إثبات أمر غیر ما قصده المتبايعان بلا- داع و لا- دلیل، بل مقتضى الأدله جميعها خلافه فلا بد من حمل مرادهم علی ما ذکرناه، لا- أن مرادهم الإباحه فیما قصد به المتعاملان إنشاء البيع مثلاً، بل لیس هو إلا الفساد حينئذ كما صرح به الفاضل فی النهايه، فما عساه يظهر من المتأخرين و متأخريهم من أن محل النزاع فیما قصد به البيع مثلاً من الأفعال و غیر الأقوال المخصوصه مع جميع شرائط البيع عدا الصیغه و أن المعظم یقولون بالإباحه فيه، و الکرکی و من تابعه بالبيع المترلزل، و الفاضل فی النهايه بالبيع الفاسد كما ترى، بل یمكن دعوی القطع بفساده بأدنی تأمل و أنه لا ینبغی أن ینسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب و کبرائهم، بل لا مناص من القول بالفساد فيه لمن اشترط الصیغه فی الصحه، فضلاً عن جعله عباره عنها. نعم یشرع عنده التعاطی بقصد الإباحه علی معنی إباحه کل منهما التصرف للآخر علی جهه المعاوضه.

تصریح کردند که اصلاً محل کلام [قدماء] جایی است که متعاطین قصد اباحه کرده باشند، گرچه ما گفتیم این حرف درست نیست و محل کلام جایی است که متعاطین قصد ملکیت کرده و خواسته اند بیع را محقق کنند، نهایت این که شارع آن را امضاء نکرده و فرموده است بیع بدون صیغه محقق نمی شود. ولی به هر حال ممکن است افرادی با قصد اباحه معامله کنند. (۱)

اگر متعاطین قصد اباحه کرده باشند معلوم است که اصلاً تعریف بیع بر آن صادق نیست؛ نه عرفاً و نه شرعاً، لذا شروط بیع در آن معتبر نیست. بنابراین در موارد شک در شرطیت چیزی در چنین اباحه ای که با تعاطی محقق می شود باید به دلیل و مدرک صحت این اباحه رجوع کرد. مدرک تصحیح چنین اباحه ای که اثر بر آن مترتب شود طبق ظاهر کلام شیخ (۲) - رحمه الله علیه - دو دلیل است که عبارتست از:

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۶۶: و ینبغی التنبیہ علی أمور: الأوّل الظاهر: أنّ المعاطاه قبل اللزوم علی القول بإفادتها الملك بیع، بل الظاهر من کلام المحقق الثانی فی جامع المقاصد: أنه ممّا لا کلام فیہ حتی عند القائلین بكونها فاسده، كالعلمامه فی النهایه. و دلّ علی ذلك تمسّكهم له بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ. و أمّا علی القول بإفادتها للإباحه، فالظاهر: أنّها بیع عرفی لم یؤثر شرعاً إلّا الإباحه، فنفي البيع عنها فی كلامهم و معاهد إجماعاتهم هو البيع المفيد شرعاً للزوم زياده علی الملك. هذا علی ما اخترناه سابقاً: من أنّ مقصود المتعاطيين فی المعاطاه التملك و البيع، و أمّا علی ما احتمله بعضهم بل استظهره: من أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحه، فلا إشكال فی عدم كونها بيعاً عرفاً، و لا شرعاً.

۲- همان: و علی هذا فلا بدّ عند الشكّ فی اعتبار شرط فیها من الرجوع إلى الأدلّه الدالّه علی صحّحه هذه الإباحه العوضیه من خصوص أو عموم، و حیث إنّ المناسب لهذا القول التمسك فی مشروعیته بعموم: «الناس مسلطون علی أموالهم» كان مقتضى القاعده هو نفی شرطیه غیر ما ثبت شرطیته، كما أنّه لو تمسك لها بالسیره كان مقتضى القاعده العكس. و الحاصل: أنّ المرجع علی هذا عند الشكّ فی شروطها، هی أدلّه هذه المعامله، سواء اعتبرت فی البيع أم لا.

۱. روایت نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» که اطلاق آن شامل این نوع سلطنت که مال خود را به دیگری اباحه می کند در قبال این که او نیز مال خود را به وی اباحه کند می شود. حال اگر شک کردیم که آیا در صورت مثلاً غرری بودن نیز می توان چنین اباحه ای کرد یا نه، از اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» استفاده می شود مانعی ندارد و اطلاق «نهی النبى - صلی الله علیه و آله و سلم - عن بیع الغرر» (۱) هم از آن جا که چنین اباحه ای بیع نیست شامل آن نمی شود و این که در بعضی السنه معروف شده «نهی النبى - صلی الله علیه و آله و سلم - عن الغرر» درست نیست؛ زیرا آن چه در روایات آمده این است که حضرت از بیع غرر نهی کرده اند؛ نه از مطلق غرر.

۱- عیون أخبار الرضا علیه السلام -، ج ۲، ص ۴۵: وَبِهِذَا الْإِسْبَادِ [حَدَّثَنَا أَبُو الْحَسَنِ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الشَّاهِ الْفَقِيهَ الْمَرْوَزِيَّ بِمَرْوَرٍ فِي دَارِهِ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرٍ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ النَّيْسَابُورِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو الْقَاسِمِ عَدِيْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ عَامِرِ بْنِ سُلَيْمَانَ الطَّائِيَّ بِالْبَصِيْرَةِ قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي فِي سَنَةِ سِتِّينَ وَمِائَتَيْنِ قَالَ حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ مُوسَى الرَّضَا ۸ سَنَةَ أَرْبَعٍ وَتِسْعِينَ وَمِائَةٍ وَحَدَّثَنَا أَبُو مَنْصُورٍ أَحْمَدُ بْنُ إِبرَاهِيمَ بْنِ بَكْرِ الْخُورِيِّ بَنِيْسَابُورَ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو إِسْحَاقَ إِبرَاهِيمَ بْنُ هَارُونَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْخُورِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ زِيَادٍ الْفَقِيهَ الْخُورِيُّ بَنِيْسَابُورَ قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْهَرَوِيُّ الشَّيْبَانِيُّ عَنِ الرَّضَا عَلِيِّ بْنِ مُوسَى ۸ وَحَدَّثَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَسَيْنِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ الْأَشْنَانِيُّ الرَّازِيُّ الْعَدْلُ بِنَلْخٍ قَالَ حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ مَهْرُوَيْهِ الْقَرْوِينِيُّ عَن دَاوُدَ بْنِ سُلَيْمَانَ الْفَرَّاءِ عَنِ عَلِيِّ بْنِ مُوسَى الرَّضَا ۸ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي مُوسَى بْنُ جَعْفَرٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنِ رَسُولِ اللَّهِ ۹ [عَنِ الْحَسَيْنِيِّ بْنِ عَلِيٍّ ۸ أَنَّهُ قَالَ خَطَبْنَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فَقَالَ: سَيَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ عَضُوضٌ يَعْضُ الْمُؤْمِنُ عَلَى مَا فِي يَدِهِ وَ لَمْ يُؤْمَنْ بِذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَ لَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ وَ سَيَأْتِي زَمَانٌ يُقَدِّمُ فِيهِ الْأَشْرَارَ وَ يُنْسِي فِيهِ الْأَخْيَارَ وَ يُبَايِعُ الْمُضْطَرَّ وَ قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ۹ عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ فَاتَّقُوا اللَّهَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ وَ أَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَ احْفَظُونِي فِي أَهْلِي.]

علی القاعده کسانی مثل سید خوبی و مرحوم امام قدس سرهما - که در تمسک به این روایت نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم» در تصحیح اصل معاطات اشکال داشتند و بیان کردند که روایت فقط در صدد بیان این است که «افراد از تصرف در اموالشان محجور نیستند، اما این که چگونه می توانند تصرف کنند اطلاقی ندارد» در این جا نیز به این بیان شیخ قدس سره - اشکال می کنند که روایت از حیث اشتراط امری در صحت اباحه اطلاقی ندارد و نمی توان با تمسک به این روایت، عدم اشتراط را اثبات کرد.

ولی ما اطلاقی روایت و دلالت آن بر عدم اشتراط امری در اباحه را قبول داریم، فقط از لحاظ سند می گوییم قابل اعتماد نیست.

۲. سیره ی غیر مردوعه ی عقلاء بر این قائم است که اموالشان را در مقابل اباحه به دیگری اباحه می کنند. مرحوم شیخ می فرماید اگر مدرک تصحیح اباحه سیره باشد نتیجه در مورد شک در اشتراط امری در صحت اباحه عکس می شود؛ زیرا سیره دلیل لئی است و باید به قدر متیقن آن اخذ کرد؛ چراکه أدله ی لئیه لسان ندارد و مقسمی را تحت حکم قرار نداده تا اطلاق داشته و بر موارد مشکوک قابل تطبیق باشد، لذا در موارد شک باید احتیاط کرد.

این فرمایش شیخ که اگر مدرک، سیره باشد باید به قدر متیقن اخذ کرد و در موارد شک احتیاط نمود متین می باشد.

غیر از این دو دلیل، دلیل دیگری که می تواند مصحح اباحه باشد روایت شریف «لا یحل لاحد أن یتصرف فی مال أخیه إلا بإذنه» است؛ زیرا مستثنی بیان می کند تصرف در مال دیگری با اذن وی مانعی ندارد. کسی که در مقابل اباحه، مالش را اباحه می کند در واقع اذن در تصرف داده، اذنی که مقید به اذن طرف مقابل است ولی از حیث های دیگر اطلاق داشته و شامل موارد مشکوک نیز می شود. بنابراین

در موارد شك در اشتراط امری در اباحه، می توانیم به اطلاق روایت تمسك کرده و اشتراط آن را نفی کنیم. بله مواردی که یقین داریم شارع تصرفی را ولو با اذن مالک صحیح نمی داند و فرموده است این نوع تصرف اختصاص به مالک دارد از تحت این روایت خارج شده است؛ مثلاً اگر به مقتضای کریمه ی (إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) (۱) قائل شدیم وطی جاریه فقط برای مالک جایز است، اگر مالک، جاریه را به کسی تحلیل کرد نمی تواند او را وطی کند. یا اگر دلیل قائم شد که «لا عتق الا فی ملک» اگر مالک اباحه ی در عتق هم داده باشد مباح له نمی تواند عتق کند؛ چراکه این تصرف متوقف بر ملک است، مگر این که دلیل قائم شود بر این که در معاطات حتی عتق یا وطی هم جایز است، که در این صورت توجیه آن مثلاً به این است که بگوییم آنما قبل از عتق یا وطی، ملک طرف مقابل می شود، لذا می تواند عتق یا وطی کند.

به هر حال در موارد شك در اشتراط امری در اباحه می توان به اطلاق روایت تمسك کرد و اشتراط آن را نفی کرد؛ مثلاً اگر مورد اباحه غرری بود و شك کردیم غیر غرری بودن در اباحه لازم است یا خیر، می توانیم با تمسك به اطلاق روایت بگوییم مانعی ندارد غرری باشد. به عنوان مثال اباحه ای که میزبان با دادن غذایی به مهمان می کند که نه میزبان می داند چقدر غذا جلوی مهمان گذاشته و نه مهمان می داند چقدر بناست بخورد و در نتیجه غرری است مانعی ندارد. در ما نحن فیه هم که اباحه ی در مقابل اباحه است حتی اگر دو طرف غرری باشد مانعی ندارد؛ زیرا اذن در تصرف هر یک از طرفین مقید به معلوم بودن و غرری نبودن آن نبوده و مشمول اطلاق «لا یحل لاحد أن یتصرف فی مال أخیه إلا بإذنه» می باشد.

به همین دلیل می‌گوییم ربا نیز در اباحه‌ی در مقابل اباحه فی الجمله مانعی ندارد؛ چون ربا یا ربای قرضی است یا ربای معاوضی. اما ربای قرضی معلوم است که در اباحه‌ی در مقابل اباحه جاری نیست؛ چون اصلاً قرض نیست تا مبتلا به ربا شود. اما ربای معاوضی اظهر آن است که در هر معاوضه‌ای جاری بوده و اختصاص به بیع ندارد و نباید مکیل و موزون در یکی بیشتر از دیگری باشد. لذا می‌گوییم اگر اباحه در مقابل اباحه، به نحوی باشد که صدق معاوضه بر آن کند و اجماع قائم شود که این اباحه در صورت تلف مقابلش تبدیل به معاوضه‌ی لازم می‌شود، در این صورت همان طور که شیخ (۱) قدس سره - فی الجمله اشاره کردند بعید نیست اطلاقات روایات ربا شاملش شود، هر چند ملکیتی که حاصل می‌شود متأخر است. اما اگر چنین اجماعی وجود نداشت و صدق معاوضه بر آن نکرد دیگر ربا در آن جاری نیست؛ زیرا ربا مربوط به نقل و انتقال است و در اباحه‌ی در مقابل اباحه نقل و انتقالی صورت نگرفته، فقط طرفین اذن در تصرف داده‌اند.

هذا کله در فرض اول است که متعاطین قصد اباحه کرده باشند.

فرض دوم آن است که متعاطین قصد تملیک کرده و می‌خواهند بیع انجام دهند، آیا در چنین فرضی نیز تمام شروط بیع بالصیغه لازم الرعایه است؟

مرحوم شیخ در این فرض سه احتمال ذکر می‌کنند (۲):

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۷۲: و لو قلنا بأن المقصود للمتعاطین الإباحه لا الملك، فلا یبعد أيضاً جریان الربا؛ لكونها معاوضه عرفاً، فتأمل.

۲- همان: و أما علی المختار: من أن الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى على القول بإفادتها للملك، و القول بعدم إفادتها إلماً الإباحه؟ وجوه: يشهد للأول: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع. و يؤيده: أن محلّ النزاع بين العامه و الخاصه في المعاطاه هو: أن الصيغه معتبره في البيع كسائر الشرائط، أم لا؟ كما يفصح عنه عنوان المسأله في كتب كثير من الخاصه و العامه فما انتفى فيه غير الصيغه من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركاً له في الحكم؛ و لذا ادعى في الحدائق: أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاه: صحه المعاطاه المذكوره إذا استكملت شروط البيع غير الصيغه المخصوصه، و أنّها تفيد إباحه تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض. و مقابل المشهور في كلامه، قول العلماء رحمه الله في النهايه بفساد المعاطاه كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحه المعاطاه باستجماع شرائط البيع. و يشهد للثاني: أن البيع في النصّ و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم، و ثبت له الخيار في قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، و نحوه. أما على القول بالإباحه، فواضح؛ لأنّ المعاطاه ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع و المتشرّعه؛ إذ لا نقل فيه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام، فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل في نظرهم، و قد تقدّم سابقاً في تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاه بيعاً بيان ذلك. و أمّا على القول بالملك، فلأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في قولهم: «البيعان بالخيار»، و قولهم: «إنّ الأصل في البيع اللزوم، و الخيار إنّما ثبت لدليل»، و «أنّ البيع بقول مطلق من العقود اللازمه»، و قولهم:

«البيع هو العقد الدالّ على كذا»، و نحو ذلك. و بالجمله، فلا يبقى للمتأمل شكّ في أنّ إطلاق البيع في النصّ و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل. و وجه الثالث: ما تقدّم للثاني على القول بالإباحه، من سلب البيع عنه، و للأوّل على القول بالملك، من صدق البيع عليه حينئذٍ و إن لم يكن لازماً. و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفي و إن لم يفد عند الشارع إلّا الإباحه، و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع بناءً على انصراف «البيع» في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و الاحتمال الأوّل لا يخلو عن قوّه؛ لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد، و أمّا على القول بالإباحه؛ فلأنها لم تثبت إلّا في المعامله الفاقده للصيغه فقط، فلا تشمل الفاقده للشرط الآخر أيضاً.

۱. شروط بیع بالصیغه مطلقاً لازم الرعایه است.

۲. شروط مشکوکه مطلقاً لازم الرعایه نیست.

۳. مبتنی است بر این که معاطات مفید إباحه است یا ملک؟

در صورتی که اثر معاطات با فرض این که متعاطین قصد ملک کرده اند إباحه باشد، طبق قاعده باید معاطات فاسد باشد؛ زیرا شارع علی الفرض بیع بدون لفظ را صحیح ندانسته و آن را باطل اعلام کرده است، نهایت این که إجماع وجود دارد إفاده ی إباحه می کند. إجماع هم چون دلیل لُبی است به مقدر متیقّن آن أخذ می شود؛ زیرا لفظی وجود ندارد که بر مورد مشکوک منطبق باشد تا به اطلاق آن تمسک کنیم. بنابراین اگر معاطات واجد تمام شروط بیع بالصیغه باشد می توانیم بگوییم إجماع وجود دارد که مفید إباحه است، اما اگر فاقد شرط مشکوکی باشد دیگر نمی توانیم ادعای إجماع بر إفاده ی إباحه کنیم، لذا طبق قاعده چنین معاطاتی فاسد بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نمی باشد؛ زیرا علی الفرض شرط صحت بیع، لفظ است و معاطات فاقد لفظ بوده و تنها راه ثبوت إباحه یعنی اجماع نیز مفقود می باشد، لذا به مقتضای جریان استصحاب عدم نقل و انتقال و عدم تحقق معامله و این که اصل در معاملات فساد است حکم به فساد چنین معاطاتی می شود.

فرض سوم آن است که معاطات مفید ملک متزلزل باشد، آیا در این فرض نیز لازم است واجد تمام شرائط بیع بالصیغه باشد؟

در این فرض نیز از آن جا که چنین معاطاتی بلاشبهه نزد عرف بیع است و شارع هم تصرفی در آن نکرده بر خلاف ادعای بعضی نهایت این که فرموده اگر فاقد لفظ بود مفید لزوم نیست، پس أدله ای که بیان می کند بیع باید فلان شروط را داشته باشد؛ مثلاً- روایتی که بیان می کند «نهی النبی- صلی الله علیه و آله و سلم - عن بیع الغر» شامل چنین معاطاتی می شود و ادعای این که روایت [از بیع مفید ملک غیر لازم منصرف بوده] و به بیعی که مفید ملکیت لازمه است انصراف دارد ادعای قابل قبولی نیست. بنابراین طبق این مبنا نیز اگر معاطات فاقد بعض شروط معتبر در عقد لفظی بود صحیح نمی باشد و طبق قاعده محکوم به فساد است.

إن قلت: شروط معتبر در بیع بالصیغه دو قسم است؛ بعضی را عرف و عقلاء معتبر دانسته و شارع هم امضاء فرموده و بعضی را شارع خود تأسیس کرده و شرط صحت قرار داده است. اگر معاطاتی فاقد شرطی که اعتبارش به حکم عقلاء و عرف است باشد این حرف درست است که طبق قاعده محکوم به فساد است؛ چون معاطات فاقد آن شرط عرفی و عقلانی اصلاً بیع نیست یا بیع صحیح عرفی نیست، لذا باطل بوده و اثر بر آن مترتب نمی شود. ولی اگر معاطاتی فقط فاقد شرطی که شارع تأسیس کرده باشد از آن جا که عرفاً دخیل در صدق بیع نیست مشکلی برای صحت آن ایجاد نمی کند؛ زیرا معاطات با فقدان آن شرط هم عرفاً بیع بوده و شارع آن را امضاء کرده است. (۱)

قلت: شارع که مثلاً شرط عدم غرر را تعبداً برای بیع جعل کرده، موضوع آن را بیع عرفی قرار داده و به اطلاق کلامش فرموده هر بیعی مشروط به عدم غرر است و علی الفرض معاطات هم بیع است، پس تعبداً و به حکم شارع مشروط به عدم غرر بوده و هیچ دلیلی که موجب انصراف اطلاق شارع از مثل معاطات شود وجود ندارد.

بنابر إفاده ی إباحه نیز اگر معاطاتی فاقد شرط تأسیسی شارع باشد محکوم به بطلان است؛ زیرا همان طور که بیان کردیم دلیل بر إفاده ی إباحه، إجماع است که چون دلیل لئی است به قدر متیقن اکتفاء می شود و در موارد مشکوک نمی توان به اجماع استناد کرد؛ چون إجماع مذکور در کلمات علماء در مورد إباحه ی با فقدان این شرط ثابت نیست، لذا طبق قاعده محکوم به بطلان است.

إن قلت: شروطی که با دلیل لئی مانند اجماع برای بیع ثابت شده و ثبوت آن برای معاطات مشکوک است، از آن جا که دلیل لئی به قدر متیقن آن أخذ می شود

۱- به عبارت دیگر دلیلی نداریم که شارع چنین شرطی را برای معاطات نیز جعل کرده و شاید به بیع بالصیغه اختصاص داده است. (امیرخانی)

و قدر متیقن بیع بالصیغه است، پس معاطات فاقد چنین شرطی را می توان حکم به صحت کرد. بنابراین باید تفصیل داد و گفت شروطی که با اجماع برای بیع ثابت شده، رعایت آن در معاطات لازم نیست، ولی شروطی که با دلیل لفظی برای بیع ثابت شده، رعایت آن در معاطات لازم است.

قلت: اگر دلیل شرطیت شرطی اجماع باشد گرچه نمی توان آن را برای موارد مشکوک ثابت نمود، ولی از آن جا که اصل معاطات احتیاج به تصحیح دارد و تصحیح آن باز به اجماع بوده و در نتیجه به قدر متیقن اکتفاء می شود، پس معاطات فاقد چنین شرطی تصحیح نمی شود. به عبارت دیگر چون مدرک تصحیح اصل معاطات نیز اجماع می باشد و اجماع بر صحت معاطات فاقد چنین شرطی وجود ندارد، طبق قاعده حکم به بطلان آن می شود.

اگر هم مدرک تصحیح معاطات، نه اجماع بلکه صدق بیع بر آن باشد، در این فرض دیگر شک نمی کنیم که مشمول اجماع بر شرطیت آن شرط می باشد؛ چون اجماع قائم شده که هر بیعی باید واجد آن شرط باشد و احتمال فرق بین بیع لفظی و بیع معاطاتی وجود ندارد.

آیا در معاطات خیار جاری است؟

مرحوم شیخ در تنبیه اول این مطلب را نیز در ضمن مطرح کرده که آیا در معاطات هم خیار جاری است یا خیر؟

بنابر مبنای مختار که معاطات مثل عقد لفظی است و فعل دالّ بر إنشاء و قبول عملکرد لفظ را دارد، طبیعی است تمام شروط معتبر در بیع لفظی در معاطات نیز لازم الرعایه است و تمام خیاراتی که برای بیع لفظی ثابت است، مانند خیار مجلس، خیار حیوان، خیار تأخیر البته اگر تأخیر در معاطات قابل تصور باشد که

إن شاء الله در تنبیه بعدی بیان خواهیم کرد و ... در بیع معاطاتی نیز وجود دارد.

امّا طبق مبانی دیگر آیا خیارات در معاطات جاری است یا نه، شاید در آینده متعرض آن شویم.

تنبیه دوم: آیا معاطات با اعطاء از جانب واحد محقق می شود؟

اشاره

متیقن از معاطات آن است که تعاطی بالفعل از طرفین انجام شود؛ یعنی مشتری ثمن را إعطاء کرده بایع آن را أخذ کند و بایع مبیع را إعطاء کرده مشتری آن را اخذ کند. مشهور چنین معاطاتی را مفید إباحه و محقق ثانی قدس سره - مفید ملک متزلزل دانسته و ما گفتیم مثل بیوع لفظیه بوده و مفید ملک لازم است.

مرحوم شیخ در تنبیه دوم (۱) این مسأله را مطرح کرده که اگر اعطاء از جانب واحد بود و طرف دیگر فقط أخذ کرد آیا معاطات محقق شده و موجب حصول إباحه یا ملکیت کُلّ علی مبناه برای هر دو طرف می شود؟

ربما یقال: اگر اعطاء فقط از جانب واحد بود؛ مثلاً بایع کتاب را تحویل داد ولی مشتری ثمن را تحویل نداد فرض آن است که معامله به صورت نقد است نه نسیه نه إباحه طبق مبنای مشهور محقق شده و نه ملکیت طبق مبنای دیگر؛ زیرا فرض آن است که بایع إباحه یا تملیک بالعوض کرده؛ نه إباحه یا تملیک مطلق، لذا چون عوض آن را دریافت نکرده، مشتری نمی تواند در کتابی که أخذ کرده تصرف کند و مانند آن است که در بیع لفظی بایع ایجاب را انشاء کرده ولی

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۷۴: الأمر الثانی إنّ المتیقن من مورد المعاطاه: هو حصول التعاطی فعلاً من الطرفين، فالملک أو الإباحه فی کلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما یوجب إباحه الآخر أو ملکیته، فلا یتحقق المعاوضه و لا- الإباحه رأساً؛ لأنّ کلّاً منهما ملک أو مباح فی مقابل ملکیه الآخر أو إباحته، إلا أنّ الظاهر من جماعه من متأخري المتأخرین تبعاً للشهید فی الدروس جعله من المعاطاه، و لا ریب أنّه لا یصدق معنی المعاطاه، لكنّ هذا لا یقدح فی جریان حکمها علیه؛ بناءً علی عموم الحکم لکلّ بیع فعلی، فیکون إقباض أحد العوضین من مالکة تملیکاً له بعوض، أو مبیحاً له به، و أخذ الآخر له تملکاً له بالعوض، أو إباحه له بإزائه، فلو کان المعطى هو الثمن کان دفعه علی القول بالملک و البیع اشتراءً، و أخذه بیعاً للمثمن به، فیحصل الإیجاب و القبول الفعلیان بفعل واحد فی زمان واحد.

مشتری قبول را انشاء نکرده باشد یا مشتری قبول را قبل از ایجاب ابراز کرده، ولی بایع ایجاب را انشاء نکرده است.

أما عدّه ای از متأخری المتأخرین (یعنی بعد از علامه و شهید اول قدس سرهما - که این دو بزرگوار نسبت به قدما از متأخرین محسوب می شوند) تَبَعاً لِلشَّهیدِ قدس سره - در دروس (۱) گفته اند: معاطات با إعطاء یک طرف هم حاصل می شود؛ چراکه با إعطاء بایع و أخذ مشتری یا بالعکس، هم ایجاب محقق می شود و هم قبول (بنابر آن که مشتری به أخذ قصد قبول کند). إعطاء مبیع از جانب بایع ایجاب است و أخذ مشتری قبول یا اگر مشتری ثمن را ابتدا إعطاء می کند إعطاء مشتری قبول مقدم است و أخذ بایع ایجاب مؤخر است. بنابراین با تحقق ایجاب و قبول، معاطات محقق می شود، هر چند معاطات به معنای لغوی و عرفی آن یعنی إعطاء طرفین محقق نشده است، ولی این مهم نیست؛ چون لفظ معاطات نه در قرآن کریم و نه در روایات وارد نشده و بما هو لفظٌ معقد إجماع هم نیست. پس همین که حقیقت معاطات ایجاب و قبول محقق شده کفایت می کند و بر عهده ی طرف مقابل است که ثمن یا مبیع را إعطاء کند و إعطاء طرف مقابل بعد از تحقق ایجاب و قبول، انشاء دوباره نیست، بلکه وفاء به بیع است.

اشکال محقق نائینی قدس سره - بر وقوع معاطات با إعطاء از جانب واحد

اشاره

محقق نائینی - رحمه الله علیه - در اشکال به وقوع چنین معاطاتی که از جانب واحد إعطاء

۱- الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، ج ۳، ص ۱۹۲: و من المعاطاه أن یدفع إلیه سلعه بثمان یوافقه علیه من غیر عقد، ثم تهلك عند القابض فیلزم الثمن المسمی و شبهها اقتضاء المدین العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاک، و إلا فله سعر یوم القبض، و لا یحتاج إلی عقد. و لیس لهما الرجوع بعد التراضی. و لا الکتابه حاضرًا کان أو غائبًا. و یکفی لو تعدّر النطق مع الإشاره.

می شود به حسب تقرير مرحوم آملی می فرماید(١): اضافه ای که بايع به مثنى دارد

١- المكاسب و البيع (للميرزا النائینی، تقریرات للآملی)، ج ١، ص ١٩٦: أن العقود المعاوضیه التي تقع فيها المعاطاه عبارہ عن البيع و الإجاره و القرض و الهبه المعوضه و أما غيرها كالصلح فلا يجرى فيها المعاطاه لما تقدم من أن المعاطاه ليست عبارہ عن إيقاع كل مقوله بكل فعل اتفق مقارنته معها كإيقاع البيع بالمعلق فى الهواء بل انما هى عبارہ عن إيقاع كل مقوله بالفعل الذى يكون مصداقا لتلك المقوله كالتسليط الذى مصداق للتملك و ليس فى الأفعال ما يكون مصداقا للتسالم و (سازش) حتى يصير إيقاعه به معاطاه فالمعاطاه غير جاريه فى العقود المعاوضيه إلا فى هذه الأربعة و قد تقدم الفرق بين هذه العقود بأن حقيقه البيع عبارہ عن تبديل طرفى الإضافه بأن يعلق الخيط الممدود لهذا المال على رقبه مال صاحبه و يجعل هذا المال متعلق خيط صاحبه و حقيقه الهبه المعوضه هى تملك مجانى من المتهب الى الواهب فيكون تملك بإزاء تملك و حقيقه القرض هى التملك بشرط ضمان المثل أو القيمه و أما الفرق بينهما و بين الإجاره فواضح. إذا تحقق ذلك فنقول إذا كان التعاطى من جانب واحد كما إذا أعطى البائع مثلاً للمثمن و أخذ المشتري بلا إعطاء الثمن إياه فهذا الفعل الخارجى لا يكون مصداقاً للبيع إذ ليس هو تبديل طرفى الإضافه لأن المفروض عدم صدور فك المال المشدود عن الخيط الممدود على رقبه المشتري عن خيطه لا من البائع و لا من المشتري لا بالفعل و لا بالقول أما من البائع فلأن المفروض أنه ما صدر منه قول أصلاً و لا فعل إلا فك ماله عن طرف الخيط الممدود على رقبته بإعطائه ماله إلى المشتري و أما من المشتري فلأنه ما صدر منه إلا الأخذ عن البائع و هذا الفعل ليس فك ماله عن طرف خيطه و ليس فى البين قول ينشأ به تبديل طرف خيط المشتري فما فى طرف خيط المشتري بعد الإعطاء من طرف البائع باق بحاله و لم يتبدل عمّا هو عليه لا بالقوه و لا بالفعل لا من البائع و لا من المشتري. فهذا الإعطاء فى عالم الاعتبار لا يخلو اما أن يكون فك ما فى طرف الخيط الممدود على رقبه البائع و شدّه على طرف الخيط الممدود على رقبه المشتري مع بقاء الخيط الممدود على طرف البائع اعنى الإضافه التى كانت بينه و بين المال على حاله أو يكون تسليطاً للأخذ على المال بإيجاد السلطنه و الإضافه له عليه الملازم مع انتفاء العلقه التى بين المالك الأول و بين المال و بعبارہ أوضح هذا الإعطاء الخارجى إما يكون نقل طرف الإضافه بلا إحداث اضافه جديده فى طرف الأخذ بل جعل المال طرفاً لإضافته أو يكون باحداث اضافه بين الأخذ و بين المال الذى يعطيه الملازم مع انتفاء الإضافه التى بينه و بين المال لكن الأول لا اعتبار له فى المقام لأن الخيط الممدود بين المشتري و بين ماله طرفه مشغول بما له فشد مال البائع على طرف خيطه فى حال اشتغال خيطه بمال نفسه لا يكون بيعاً لكونه عبارہ عن تبديل الطرفين و النقل من طرف واحد لا يكون بيعاً مع أنه يلزم بقاء اضافه التى بين البائع و المال بعد نقل طرفه و شدّه على خيط المشتري بلا أن يكون لها طرف فتعين الثانى أعنى كون الإعطاء إحداثاً لإضافه بين الأخذ و المال الملازم مع انتفاء الإضافه التى بين المال و بين المعطى و هذا يكون مصداقاً للهبه لأنها عبارہ عن تملك مجانى و روحها و حقيقتها هو إحداث علقه بين المال و بين المتهب الملازم مع انتفاء العلقه التى بين الواهب و بين ماله و لو كانت معوضه إذ العوض فيها لا يقع بإزاء المال حتى تكون المبادله بين المالىين بل العوض يقع بإزاء الفعل أعنى الهبه بالمعنى المصدرى فتكون المعاوضه بين هبه الواهب و هبه المتهب و لذلك لا يصح فى إنشائها أن يقال و هبتك هذا بهذا بل هذا بيع بماده الهبه فيكون اما فاسداً لو قلنا بعدم صحه إنشاء البيع بالألفاظ المجازيه أو صحيح لو قلنا بصحته و انما إنشاء الهبه المعوضه لا بد أن يكون هكذا، و هبتك هذا على أن تهينى ذلك بجعل الهبه الصادره من المتهب شرطاً و من هذا يقع الإشكال فى

وقوع الهبة المعوضه بالمعاطاه لمكان فقد ما يدل على الشرط من الفعل لعدم وجود فعل قائم مقام الشرط اللفظي و ان كان التحقيق اندفاعه بكفايه التبانى عليه اعنى إيقاع الهبة بالفعل مبني على الشرط المتواطى عليه و كيف كان فالتعاطى من جانب واحد مصداق للهبة لا للبيع سواء كان العوض كلياً أو شخصياً خارجياً بعد أن كان معيناً و لو كان الإيعطاء بعوض غير معين لم يسم في مقام التواطؤ أصلاً بل يعطى المعطى شيئاً بقصد أن يأخذ منه عوضاً غير مسمى فهذا ينطبق على القرض فإن حقيقته القرض هو التملك بشرط أن يأخذ منه العوض الغير المسمى. (و الحاصل) ان هذا الإيعطاء الواقع من احد الطرفين لا ينطبق على البيع ابداً بل اما يكون مصداقاً للهبة المعوضه،، و ذلك فيما إذا كان العوض معيناً كأن كلياً أو جزئياً أو يكون مصداقاً للقرض و ذلك فيما إذا لم يكن معيناً هذا تمام الكلام فى حكم هذا القسم. • منيه الطالب فى حاشيه المكاسب (للنائينى)، تقريرات للخوانسارى)، ج ١، ص ٦٨: لا- يخفى أنه لم يرد المعاطاه فى نص أو معقد إجماع حتى يقال إن المتيقن من موردها ما إذا كان التعاطى من الطرفين دون ما إذا كان الإيعطاء من طرف و الأخذ من الطرف الآخر فالمدار على إمكان إنشاء عنوان البيع أو الإيجاره و نحوهما بالفعل من طرف واحد أم لا- و ذلك لما أشرنا إليه سابقاً و سيجى ء فى طى المباحث الآتية أن المناط فى تحقق عنوان عقد من العقود بالفعل كون الفعل لهذا العنوان بحيث يحمل عليه بالحمل الشائع الصيغى كحمل الإنسان على زيد و أما مجرد قصد عنوان من الفعل من دون أن يكون هذا الفعل عرفاً من مصاديق هذا العنوان فلا أثر له فى باب العقود لأن عناوين العقود من المنشآت و المنشأ إنما يتحقق بما هو آله لإنشائه. و من هنا يظهر أن مثل الصلح و الهبة المعوضه و النكاح و الضمان و نحو ذلك لا يمكن إيجاده بالفعل لعدم وجود فعل يكون مصداقاً لهذه العناوين فقصد إيجادهما بالفعل لا يفيد إذا عرفت ذلك فعمده الإشكال فى جريان حكم المعاطاه فى الإيعطاء من طرف واحد أن الإيعطاء كذلك ليس مصداقاً لخصوص تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله الذى يسمى بيعاً و إن قصد به التعويض بالثمن الكلى أو الشخصى و أخذ الآخر المثلث بقصد القبول و أعطى الثمن بعد ذلك بعنوان الوفاء لأن نسبه هذين الإيعطاءين إلى البيع و الهبة المعوضه متساويه و مجرد مقاولتهما على كونه بيعاً و قصدهما البيع من إيجاد الفعل لا يفيد بعد عدم كونه مصداقاً له. و بالجملة حيث إنهما فى مقاولتهما عيناً عوضاً معيناً كلياً كان أو شخصياً فيخرج هذا الإيعطاء عن عنوان القرض لأن العوض فيه هو المثل أو القيمة إلا أنه لا وجه لخروجه عن الهبة المعوضه لأنها ليست إلا هبتان مستقلتان و تملكان مجاناً و فى المقام يمكن ذلك فجعله مصداقاً للتبديل الملكى فى غايه الإشكال و لا يقاس الإيعطاء من طرف واحد بالإيعطاء من الطرفين و يقال كيف يستفاد البيع من إعطاء الطرفين مع أنه يمكن أن يكون هبة معوضه و ذلك للفرق بينهما فإنه لو كان فى البين تعاطى فنفس هذا التبديل المكانى بطبعه الأصلى تبديل لأحد طرفى الإضافه الاعتبارى بطرف إضافه أخرى و المفروض أنهما قصداً به التبديل البيعى و أوجد ما هو مصداق له فأخراجه عن البيع و إدخاله فى الهبة المعوضه يحتاج إلى مؤونه زائده و هذا بخلاف ما إذا كان الإيعطاء من طرف واحد فإنه ليس هناك تبديل خارجى حتى يكون قصد إنشاء التبديل الاعتبارى منه كافياً. ثم إنه يقوى الإشكال فيما لم يكن الإيعطاء و الأخذ من طرف واحد أيضاً بل كان مجرد إيصال الثمن و أخذ الثمن كوضع الدرهم فى دكان صاحب المخضّر و أخذ المخضّر بدلاً عنها مع غيبه صاحبه و لا- يمكن تصحيحه بكونه وكيلاً- من الطرفين فى تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله لوضوح عدم توكيل المالك شخصاً معيناً نعم لو قلنا أن البيع هو اسم المصدر لا المصدر صحّ عدّه بيعاً لأن نتيجة الإيعطاء من الطرفين وصول العوضين إلى المالكين إلا أن هذا فرض لا واقع له لأن البيع يتحقق بإنشائه بالفعل أو القول و مجرد وصول كل عوض إلى مالك الآخر ليس بيعاً و لو قصد من الإيصال تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله لأن القصد المجرد أو القصد مع إيجاد غير مصداق ما هو المقصود لا أثر له فالالتزام بكونه بإباحه بالعوض و أن الدليل عليه هو سيره فى خصوص المحقرات لا بأس به لعدم دليل على انحصار باب المعاوضات بالعناوين الخاصه ثم إن الأقوى إشكالا منه ما إذا لم يكن وصول أيضاً كما إذا تقاولا على مبادله شىء بشىء و

تلفظاً بالألفاظ الغير المعتمبره فى العقد بأن تكون المعامله بنفس هذه المقاوله لا بالإعطاء الواقع بعدها بل كان وفاء بالمعامله و وجه الإشكال أن المقاوله ليست إلما التبانى على أمر و مجرد التبانى ليس بيعاً نعم لو أنشأ بهذه الألفاظ مصداق التبانى بحيث يخرج عن البناء القلبى و الإخبار و الوعد فالصواب أن يقال إنها مصالحه لعدم اعتبار لفظ خاص فى الصلح و كون حقيقته هو التسالم على أمر و يدلّ عليه الخبر الوارد فى قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى فإنه محمول على الصلح لأن المنشأ فى الصلح هو التبانى على أمر و التسالم عليه فتأمل.

شبيه رشته اى است كه يك سر آن به گردن بايع و سر ديگر آن به مثن بسته شده و اضافه اى كه مشتري به ثمن دارد شبيه رشته اى است كه يك سر آن به گردن مشتري و سر ديگر آن به ثمن بسته شده است. در بيع، طرفين اضافه تبديل مى شود؛ يعنى آن رشته اى كه از جانب بايع به مثن بسته شده از مثن باز شده و

به ثمن بسته می شود و آن رشته ای که از مشتری به ثمن بسته شده از ثمن باز شده به مثنی بسته می شود.

وقتی که إعطاء از جانب واحد باشد؛ مثلاً بایع مثنی را بدهد و مشتری أخذ کند، تبدیل دو طرف اضافه اتفاق نمی افتد؛ زیرا گرچه با این عمل، بایع مثنی را از سر رشته ای که به گردنش بسته شده باز می کند و به رشته ای که به گردن مشتری بسته شده می بندد، اما در عوض مشتری ثمن را از سر رشته ای که به گردنش بسته شده باز نمی کند و به رشته ی بایع گره نمی زند؛ چون دالی بر این که مشتری چنین کاری نظیر بایع کرده باشد وجود ندارد؛ زیرا علی الفرض لفظی که دلالت بر چنین انشائی از طرف مشتری باشد صادر نشده و فعلی هم که چنین دلالتی داشته باشد محقق نشده است؛ چون فعلی که دال بر فک باشد فقط از بایع صادر شده و أخذ مشتری به منزله ی بستن مثنی به آن خیطی است که به گردنش بوده، لذا فعلی از مشتری یا بایع که دلالت کند ثمن را از خیط مشتری باز کرده و به خیط بایع بسته صادر نشده است.

بنابراین از آن جا که در إعطاء از جانب واحد تبدیل طرفی الاضافه محقق نشده و فقط یک طرف اضافه تبدیل شده، بیع محقق نمی شود؛ چون بیع به معنای تبدیل هر دو طرف اضافه است.

و بالجمله اعطاء بایع و أخذ مشتری که فک مثنی از طناب گردن بایع و بستن آن به طناب گردن مشتری است از دو حال خارج نیست؛ یا احداث اضافه ی جدید است یا إحداث اضافه ی جدید نیست.

اگر احداث اضافه ی جدید نباشد و فقط فک مثنی از ریسمان بایع و بستن آن به ریسمان مشتری بدون إحداث ملکیت جدید باشد این نامعقول است؛ زیرا مخالف حقیقت بیع است؛ چرا که حقیقت بیع، تبدیل طرفین اضافه است که هم

باید فکّ مثنی شود و هم فکّ ثمن و با صرف فکّ مثنی بیع محقق نمی شود. علاوه آن که لازم می آید اضافه ی به بایع باقی باشد بدون آن که طرف اضافه داشته باشد؛ یعنی طناب گردن بایع آویزان است بدون این که طرفی داشته باشد علی حسب تقریر العلامه الآملی قدس سره -.

اما اگر احداث اضافه ی جدید باشد و فکّ مثنی از ریسمان بایع و بستن آن به ریسمان مشتری به معنای إلغاء اضافه ی سابق و إحداث ملکیت مشتری باشد، این هم باز بیع نیست، بلکه هبه است؛ زیرا هبه یعنی اضافه کردن مالی به ملک طرف مقابل بدون آن که علقه ی طرف مقابل نسبت به مالش از بین برود که همان تملیک مجانی است.

پس خلاصه ی اشکال محقق نائینی قدس سره - این شد که با إعطاء از جانب واحد و أخذ آن از جانب دیگر بیع محقق نمی شود؛ زیرا نهایت چیزی که إعطاء و أخذ دلالت می کند آن است که معطی اضافه ی به مالش را از بین برده و اضافه ی جدیدی را برای أخذ ایجاد کرده است. اما این که أخذ هم اضافه ی به مالش را از بین برده و اضافه ی جدیدی برای معطی ایجاد کند نه فعل بر آن دلالت دارد و نه قول.

نقد کلام محقق نائینی قدس سره -

مطالبی که محقق نائینی قدس سره - فرمودند طبق مبانی خودشان [در نقل ملک و تحلیل بیع] ممکن است قابل تأمل باشد، ولی طبق مبنایی که ما در تحلیل بیع انتخاب کردیم جایگاهی ندارد. در تحلیل بیع بیان کردیم بایع چه در تملیک مبیع و چه در تملک ثمن حالت فعالیت داشته و مشتری چه در تملک مبیع و چه در تملیک ثمن حالت انفعال و قبول در مقابل فعل بایع دارد. مشتری فقط آن نقشه ای را که بایع ریخته قبول می کند و حتی ملک خودش را که به عنوان ثمن به بایع منتقل می کند در واقع بایع به ملک وی دست انداخته و او منفعلانه آن را قبول کرده و به تملیک

بایع در می آورد. بنابراین با توجه به این مسأله روشن می شود بایع که مثلاً کتاب را به عنوان مثنی به مشتری اعطاء می کند به این معناست که این کتاب را در مقابل آن ثمنی که ملک مشتری است تملیک می کند؛ یعنی بایع با این اعطاء، هم تملیک کتاب می کند و هم تملک ثمن، و مشتری نیز با دریافت کتاب، هم تملیک بایع و هم تملک وی بر ثمن را می پذیرد. و اگر بخواهیم طبق تشبیه محقق نائینی بیان کنیم این طور است که بایع با اعطاء، اضافه ی بین خود و مثنی را تبدیل به اضافه ی بین مشتری و مثنی کرده و اضافه ی بین ثمن و مشتری را تبدیل به اضافه ی بین خود و ثمن کرده و مشتری نیز با أخذ آن، هر دو عمل بایع را قبول می کند. پس اعطاء بایع می تواند ایجاب، و أخذ مشتری که هم زمان رخ می دهد می تواند قبول باشد. لذا با این اعطاء و أخذ، عقد محقق می شود و این که مشتری بعداً ثمن را اعطاء می کند به عنوان وفاء به بیع است. بنابراین اصلاً شبهه ی این که اعطاء از جانب واحد هبه باشد نیست؛ چون هبه تملیک مجانی و بدون عوض است، در حالی که این جا در مقابل عوض است.

در مورد مفید إباحه بودن اعطاء از جانب واحد بنابر مبنای این که معاطات طبق قاعده باطل بوده و فقط اجماع وجود دارد که مفید إباحه می باشد نیز می گوئیم: از آن جا که احراز اجماع بر آن نمی شود لامحاله به قدر متیقن اجماع که اعطاء از جانبین باشد اکتفاء می شود، لذا اعطاء از جانب واحد باطل بوده و مفید إباحه هم نیست. الا این که بعید نیست از طریق سیره بتوان اثبات کرد مفید إباحه است؛ چون در سیره فراوان به اعطاء از یک طرف و أخذ از طرف دیگر در إباحه اکتفاء می شود؛ مثلاً کسانی که با مغازه دار حساب دارند به او رجوع کرده و می گویند فلان شیء را داری؟ مغازه دار هم می گوید بله و آن را به وی اعطاء کرده و در حساب وی ثبت می کند. مشتری نیز با أخذ آن شیء خودش را عرفاً

مالک می داند، ولی چون به نحو معاطاتی بوده و طبق فرض معاطات مفید ملک نیست نمی توان گفت مالک شده است، اما چون سیره بر آن وجود دارد و این سیره مورد ردع واقع نشده می گویم لااقل مفید إباحه است. بنابراین همان طور که جناب شیخ هم فی الجملة اشاره دارند (۱) بعید نیست که ما به حکم سیره قائل شویم که اعطاء از جانب واحد مفید إباحه است و الا اگر بگوییم لازم است تعاطی از طرفین باشد در تصحیح چنین مواردی مبتلا به مشکل می شویم؛ زیرا چه بسا مشتری ثمن جنسی را که أخذ کرده یک ماه بعد پرداخت کند و موالات لازم بین ایجاب و قبول زائل شود، در حالی که عملاً سیره وجود دارد و کسی هم نگفته که آن باطل است. بنابراین کشف می شود اعطاء از یک طرف و أخذ از طرف دیگر کفایت در إباحه می کند.

کلام محقق ایروانی قدس سره - در عدم معقولیت تأثیر إعطاء دوم در ایجاب و قبول

اشاره

محقق ایروانی - رحمه الله علیه - در مقابل میرزای نائینی - رحمه الله علیه - معتقد است نه تنها تحقق ایجاب و قبول با إعطاء و أخذ اول امکان پذیر است، بلکه اصلاً معقول نیست إعطاء دوم در تحقق ایجاب و قبول تأثیر داشته باشد و إعطاء دوم صرفاً به عنوان وفای به عقد است.

ایشان در حاشیه بر مکاسب می فرماید (۲): آن چه که مفید ملکیت و إنشاء ایجاب

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۷۵: ثم صحه هذا على القول بكون المعاطه بيعاً مملكاً واضحاً؛ إذ يدل عليها ما دلّ على صحه المعاطه من الطرفين، و أما على القول بالإباحه، فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحه، اللهم إلا أن يدعى قيام السيره عليها، كقيامها على المعاطه الحقيقيه.

۲- حاشیه المكاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۸۳: المعاطاه المقصود بها المبادله و المعاوضه سواء كان العوض عينا أو تمليكاً لا يعقل توقفها على العطاء من الطرفين بل المعاوضه تتم و يحصل إنشاؤها بالعطاء من جانب بقصد المبادله و الأخذ من الجانب الآخر فإن أعطى الثاني بعد ذلك كان إعطاؤه وفاء لما التزم به بأخذه لما أعطاه الأول لا أنه أحد أركان المعامله و مما قام به إنشاؤها و ذلك لأنه إن كان بأخذه لما أعطاه الأول منشأ لقبول ما ملكه الأول فقد كملت المعامله و تتم إنشاؤها بلا حاجه إلى عطاء منه و كان إعطاؤه وفاء لما التزم به في أخذه و إن لم يكن منشأ لقبول ما ملكه الأول لم يجد إعطاءه و لو بقصد المعاوضه في تحصيل إنشاء المعاوضه من الطرفين و ارتباط أحدهما بالآخر بل كان الإعطاء ان كإيجابين صدرتا من الطرفين في عدم انعقاد المعامله بهما و كان كل منهما ناقصاً و بلا قبول فإلغاء ان من الجانبين ينشأ بهما تمليكاً مستقلاً لا تمليكاً واحد معاوضي نعم لا مضايقه من أن يكون أحد التمليكين ذاعياً إلى التمليك الآخر لكن هذا غير ما هو المقصود فإلغاء المعاوضي يكون إنشاؤه دائماً بالعطاء من جانب و الأخذ من الجانب الآخر فأتضح عدم الحاجه إلى العطاء من الطرفين بل إخلاله بالمقصود و أما اعتبار العطاء من جانب واحد فهو أيضا باطل فإن دليل صحه المعاطه إن كانت هي الأدله اللفظيه المتقدمه فإلغائها كما ينفي اعتبار اللفظ في الإنشاء كذلك ينفي اعتبار الفعل فكل ما حصل به إنشاء المعامله صح بمقتضى تلك الأدله و إن كانت هي السيره و

الإجماع فكل أحد يعلم أنّ السيره لا تدور مدار الإنشاء بأسباب خاصّه بل كل ما حصل به إنشاء المعامله من قول أو فعل أو إشاره كفى فى ترتيب أثر المعامله عند العقلاء و أهل العرف بل الإنشاء اللفظى الفاقد لشرائط الصّيغه أولى بتسليم ما قلناه فيه فإنّ ذلك أقرب إلى المعامله بالصّيغه من حيث اشتماله على الإنشاء باللفظ و إن فقد خصوصيات ما يعتبر فى اللفظ.

و قبول است همان اعطاء و أخذ اوّل است. هیچ جا چنین نیست که ایجاب به اعطاء اوّل و قبول به اعطاء دوم باشد؛ چراکه چنین چیزی اصلاً معقول نیست؛ چون بایع با إعطاء، قصد ایجاب دارد و مشتری نیز با أخذ، قصد قبول دارد و این بدین معناست که عقد محقق شده و حالت منتظره ای ندارد که إعطاء دوم آن را تکمیل کند و فرضاً اگر مشتری با أخذ، إنشاء قبول نکند إعطاء دوم نمی تواند در تحقق قبول برای ایجابی که با إعطاء اوّل محقق شده مؤثر باشد؛ چراکه در این صورت إعطاء دوم ایجابی (۱) دیگر است و در حقیقت دو ایجاب ابتر و بدون قبول محقق شده که هیچ اثری بر آن مترتب نمی شود و این نظیر آن است که بایع به

۱- چون إعطاء فعل و ایجاب است؛ نه قبول و انفعال، بنابراین إعطاء دوم نمی تواند به منزله ی قبول باشد، بلکه خود ایجابی دیگر است.

مشتري بگويد «بعتك كتابي بكذا» و مشتري نيز به جاي «قبلت» يا «اشتريت» بگويد «بعتك كذا بكتابك»!

پس اصلاً اين حرف كه قدر متيقن از معاطات إعطاء طرفين است غلط مي باشد، بلكه إعطاء و أخذ اول، ايجاب و قبول بوده و اعطاء دوم فقط به عنوان وفای به عقد است و إنشائي با آن محقق نمي شود، نظير اين كه در بيع بالصيغه عقد با «بعث و اشتريت» محقق مي شود و پرداخت ثمن به عنوان وفای به عقد است و تأثيري در تحقق عقد ندارد.

نقد كلام محقق ايرواني قدس سره -

حقيقت آن است كه ايجاب و قبول وابسته به قصد است. اگر مشتري با أخذ قصد قبول كند قبول محقق مي شود. ولي اگر مشتري متاع را به عنوان قبول أخذ نكرد، بلكه به اين عنوان كه مثلاً نگاه كند و بيشر روی آن دقت كند اخذ كرد در اين صورت معاطات با أخذ محقق نمي شود، بلكه آن وقت كه تصميم مي گيرد قبول كند عقد محقق مي شود. ابراز قبول هم ممكن است با گفتن «قبلت» باشد كه در اين صورت بيع مرگب از ايجاب به إعطاء و قبول به لفظ مي شود و ممكن است با إعطاء ثمن باشد و اين كه محقق ايرواني قدس سره - اصرار دارند كه تحقق قبول با إعطاء ثمن معقول نيست درست نيست؛ چون فعل، خودش زبان ندارد و قرائن است كه به او زبان مي دهد، اگر قرائن دال بر اين بود كه با إعطاء ثمن، إنشاء قبول كرده، معاطات محقق مي شود و هيچ مشكلي ندارد.

در اين كه أخذ به عنوان قبول است يا نه، منوط به قرائن است. بعضي جاها معلوم است كه أخذ قبول است؛ مثلاً پاكِت سيگاري را مي گيرد و مي گويد در حسابم بنويس. بعضي جاها هم از حالت طرف معلوم است كه هنوز قبول نكرده است؛ مثلاً با بي رغبتي آن را مي گيرد و دقت بيشتري مي كند، سپس با يك قرينه اي

که معلوم است پذیرفته، ثمن را إعطاء می کند و این إعطاء، إنشاء قبول است.

پاسخ دیگری از مرحوم امام به کلام محقق ایروانی قدس سرهما -

حاصل فرمایش امام قدس سره - در نقد کلام محقق ایروانی چنین است (۱): بیع متقوم به

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۲۳۷: و قد يقال بعدم تعقل توقّف المعاطاه المقصود بها المبادله على العطاء من الطرفين، بل لا بدّ في تحقّقها من الإعطاء والأخذ لطرف واحد؛ لأنّ الأخذ إنّ أخذ العين المنشأ بإعطائها التملك منشأً به القبول لما ملكه المعطى، تتمّ به المعامله، و يكون إعطاء الثمن بعدها وفاءً، و إنّ لم يكن منشأً لقبول ما ملكه الأوّل، لم يجد إعطاؤه و لو بقصد المعاوضه؛ لأنّ الإعطاءين المستقلين كالإيجابين كذلك في عدم انعقاد المعامله بهما، و كان كلّ منهما ناقصاً بلا قبول، فالعطاء ان من الجانبين تملكان مستقلاً، لا تملك واحد معاوضى. و فيه: مضافاً إلى إمكان أن يقال: إنّ ماهية البیع مبادله مال بمال، و هي قد تتحقّق بالإيجاب و القبول، و قد تتحقّق بإنشاء المبادله و المعاوضه بين المالين، من غير احتیاج إلى القبول بعنوانه، فلو أنشأ وكيل المتعاملين التبادل بين المالين فقال: «بادلت بينهما» تقع المبادله، و هي ماهية البیع المتحقّقه بسبب آخر أيضاً، و هو الإيجاب و القبول. و بالجملة: ليس الإيجاب و القبول بعنوانهما مقومين لماهية البیع، بل هما من أسباب تحقّقها، كما أنّ إنشاء المبادله بما ذكر من أسبابه. بل لو قال أحد طرفي المعامله: «بادلت عيني بعينك» و قال الآخر: «بادلت أيضاً عيني بعينك» فالظاهر تحقّق البیع و صحته؛ لأنّ ماهية المبادله تحققت عرفاً بإيقاعهما. بل البیع و الشراء بالنحو المتعارف إنّما حدثا بعد تعارف الأثمان، و إلّا فالتبادل بين الأعيان لم يكن نوعاً بالبیع و الشراء، بل بالمعاوضه و المبادله. و توهم: «أنّ ماهية البیع متقومه بالإيجاب و القبول» ناش من تعارف الأثمان في هذه الأعصار، مع أنّ المبادله بين الأعيان شائع، و لا سيّما في القرى و البلاد الصغار جدّاً، و ليست تلك المبادله إلّا بيعاً، و ليست «المبادله» عنواناً، و «البیع» عنواناً آخر، فالبيع مبادله مال بمال كما مرّ، بل يصدق عليه: «تمليك العين بالعوض» أيضاً. فالقول «بأنّ إعطاء شىء في مقابل إعطاء آخر، ليس معاملة؛ لكونهما تملكين مستقلّين» ليس على ما ينبغي؛ لأنّ إنشاء تملك بإزاء تملك إذا تحقّق من المتعاملين يكون كلّ منهما مربوطاً بالآخر، لا مستقلاً بلا ربط بينهما، و لو أريد من الربط المطاوعى، فلا دليل على اعتباره. كما أنّ توهم: «كون المعاوضه و المبادله معاملةً مستقلّة، و ليست ببيع» فاسد. نعم، يمكن أن يقال: إنّ لا يصدق عليها «البیع» المقابل للشراء، و هو لا يضمر. فمضافاً إلى ما ذكر: أنّ الأخذ يمكن أن يقصد به القبول تارةً، فتتمّ المعامله به، و يمكن أن يقصد به تحقّق الإيقاع العملى الخارجى، فلا يكون قبولاً، فكما يصحّ الإعطاء قاصداً به الإيجاب، يصحّ الإعطاء بعد الإعطاء قاصداً به قبول الإيجاب العملى. بل يمكن أن يقال: إنّ الإيجاب اللفظى فى البیع بالصيغه إذا وقع عقيب إيجاب، فقال البائع: «بعتك دارى بألف» و قال الآخر: «بعتك الألف بدارك» يكون الإيجاب الثانى قبولاً بالحمل الشائع، فيصدق عليه: «الإيجاب» باعتبار، و «قبول الإيجاب الأوّل» باعتبار، و كذا الحال فى المعاطاه المقصود بالإعطاء الثانى قبول ما أوجه الأموال بإعطائه، فتدبّر. فلا إشكال فى وقوع المعاطاه بإعطاء الطرفين، كما لا إشكال فى وقوعها بإعطاء طرف واحد و أخذه بعنوان «القبول». • كتاب البیع (تقريرات، للخرم آبادى)، ص ۲۷۰: قد أسلفنا سابقاً أنّ حقيقه البیع العرفى، ليست إلّا نفس مبادله العينين، و أنّ المتداول بين المجتمع الإنسانى فى جميع الأزمنه، هي هذه، و عناوين «البائع» و «المشترى» و «الموجب» و «القابل» قد حدثت بعد حدوث الثمن، و قبله ليست المعامله إلّا نفس المبادله الواقعه بين

العينين، كما أنه هو المتعارف الآن في القرى و القصبات، حيث يتبادلون الحنطه مثلاً بالعنب، و أمثال ذلك، و باعتبار حصول المبادله يطلق «البيع» على البيع بالصيغه، و لا يطلق على ما لم تقع فيه المبادله، فحقيقه البيع نفس المبادله، و على هذا يصح عرفاً إيقاعه بإيقاع المبادله فى الطرفين؛ بأن يقال: «بادلت هذا بهذا» فى كل من طرفى البائع و المشتري، فهو عند العرف و العقلاء بيع صحيح، كما يصح إيقاع الوكيل ذلك بقوله: «بادلت هذا بهذا» من غير احتياجه إلى المطاوعه، فاعتبار القبول و المطاوعه ساقط فى نظر العرف، و يحصل بإيجابين، و إيجاب و قبول. و بالجملة: المعتبر هو تحقق المبادله عندهم، كما هو مقتضى حقيقه البيع، و عليه فلا مانع من تصور إيقاع المعامله البيعيه بإعطاءين من غير احتياج إلى القبول. نعم، المتعارف المتداول بين الناس تحققه بالأخذ و الإعطاء، كما فى النسيئه المتداوله بين العرف، و لكن تحققه بإعطاءين أيضاً لا يخل بالمقصود، و لا يلزم منه محذور.

ایجاب و قبول بعنوانهما نیست، بلکه هر چیزی که إفاده ی مبادله کند بیع است هر چند بر یک طرف قبول صادق نباشد. بله بیع به اصطلاح خاص در مقابل شراء، متقوم به قبول است، اما بیع به معنای مطلق، متقوم به قبول نیست، بلکه هرچه دالّ بر مبادله باشد بیع است؛ چراکه بیع «مبادله مالِ بمالٍ» است، لذا در بیع لفظی نیز اگر بایع بگوید «بعتک داری بالفٍ» و مشتری به جای قبول، ایجاب کرده و بگوید

«بعتك الألف بدارك» کفایت می کند، کما این که اگر یکی بگوید «بادلتك کتابی هذا بقلمك» و دیگری نیز بگوید «بادلتك قلمی بکتابك» بیع محقق می شود.

بنابراین این که محقق ایروانی قدس سره - فرمود: «قصد إنشاء با إعطاء دوم، ایجاب دیگر است و با دو ایجاب یک معامله محقق نمی شود؛ چون در حقیقت دو ایجاب ناقص و ابتر است» درست نیست و صحیح آن است که إنشاء طرفین به هر نحوی تبادل را برساند بیع است هر چند یکی قبول نباشد؛ چرا که ماهیت بیع، مبادله است و این که بایع به کسی گفته می شود که متاع را بدهد و نقود را أخذ کند، جدیداً حادث شده و در قدیم بیع معمولاً به نحو معاملات تهاتری و جنس به جنس بوده و نقودی در کار نبوده است. پس اشکال محقق ایروانی وارد نیست.

علاوه آن که می توان گفت: إعطاء ثانی همان طور که به اعتباری ایجاب بر آن صادق است به اعتبار دیگر هم قبول ایجاب اول بر آن صادق است و به تعبیر دیگر دو حیثیت دارد؛ حیثیت ایجاب و حیثیت قبول.

نقد کلام مرحوم امام قدس سره -

در نقد فرمایش مرحوم امام عرض می کنیم:

این که فرمودند در بیع بالصیغه اگر بایع گفت «بعتك کتابی بألف» و مشتری گفت «بعتك ألفی هذا بکتابك» بیع محقق می شود، می گوییم: اگر لفظ صریح در بیع لازم باشد ما نمی پذیریم که بیع در این مثال محقق شده باشد؛ چرا که بیع عرفاً نیاز به قبول دارد؛ زیرا در تعریف بیع بیان کردیم بایع حالت فعل و هجمه دارد و مشتری حالت انفعال و مطاوعه، لذا اگر عمل هر دو به صورت فعل و هجمه باشد بیع نیست و ادعای این که بیع بر آن صادق است قابل قبول نمی باشد؛ چون با ارتکاز عرفی سازگاری ندارد.

ولی اگر لفظ صریح در بیع لازم نباشد و هر لفظ دال بر ایجاب و قبول کافی باشد می‌گوییم اگر قرینه ای باشد که «بعثک الفی هذا بکتابک» به عنوان قبول ایجاب طرف مقابل ابراز شده بیع صحیح است.

و امّا این که فرمودند دو حیثیت دارد؛ حیثیت ایجاب و حیثیت قبول، قابل پذیرش نیست؛ زیرا همان طور که گفتیم حیثیت ایجاب فعل است و حیثیت قبول انفعال و از یک لفظ هر دو حیثیت فهمیده نمی‌شود و اگر احیاناً با قرینه فهمیده شود لفظ در معنای قبول به کار رفته دیگر عرفاً معنای ایجاب ندارد، ولی اگر بپذیریم که إعطاء ثانی ایجاب است اشکال محقق ابروانی وارد است؛ چرا که دو ایجاب ابتر و بدون قبول اثری بر آن مترتب نیست.

این هم که فرمودند بیع دو معنا و دو اصطلاح دارد شاهدهی بر آن وجود ندارد.

پس نتیجه این شد که معاطات می‌تواند با دو إعطاء محقق شود که یکی ایجاب باشد و دیگری قبول. و نیز می‌تواند معاطات با یک إعطاء و أخذ محقق شود به این صورت که إعطاء ایجاب باشد و أخذ قبول و این منوط به قصد طرفین است.

اشکال دور در دخالت قصد در تحقق بیع با إعطاء

مرحوم امام قدس سره - اشکال دور را در دخالت قصد در تحقق بیع با إعطاء مطرح می‌کنند و به آن پاسخ می‌دهند. (۱)

۱- کتاب البیع (للامام الخميني)، ج ۱، ص ۲۴۰: بأنّ القصد لا يمكن أن يكون مشخصاً للفعل، بعد ما كان نفس ذات الفعل مبهماً، غير معنون بعنوان «البيع» وغيره؛ لعدم إمكان تعلق القصد بما يحتاج في عنوانه إليه، للزوم الدور، وهذا إشكال سار فيما ذكروا في العناوين القصدية. مدفوع: بأنّ القصد إنّما تعلق بإيقاع البيع مثلاً، ولما كان الإعطاء محققاً له إذا نشأ من القصد الكذائي، تعلق قصد آخر بعنوان «الإعطاء» وهذا الإعطاء الناشئ من قصد إيقاع المعاملة ولو مع الواسطة و بقصد ثانوي مقدّمی ينتزع منه البيع المعاطاتي، من غير أن يتوقف العنوان على قصده، فتدبر جيداً.

اشکال این چنین است که إعطاء بما هو فعلٌ من الافعال مبهم بوده و هیچ گونه دلالتی بر انشاء بیع ندارد و فقط در صورتی دلالت بر بیع دارد که قصد بیع با آن شده باشد؛ یعنی وقتی بایع به قصد ایجاب إعطاء می کند و مشتری به قصد قبول أخذ می کند بیع محقق می شود. پس بیع معاطاتی از عناوین قصديه بوده و مقوم به قصد است. از طرف دیگر مُنشئ که می خواهد انشاء بیع کند در واقع قصدش به بیع تعلق می گیرد در حالی که خود بیع نیز از عناوین قصديه بوده و مقوم به قصد خود مُنشئ می باشد. پس قصد بیع متوقف بر قصد بیع می شود که دور است.

البته این اشکال نسبت به سایر عناوین قصديه نیز ساری و جاری است. مثلاً تعظیم که از عناوین قصدی است با صرف بلند شدن صادق نیست. در صورتی بلند شدن می تواند مصداق تعظیم باشد که با بلند شدن قصد تعظیم داشته باشد. پس تعظیم مرگب از «فعل و قصد» است. از طرف دیگر کسی که می خواهد تعظیم کند و قصد تعظیم دارد در واقع قصدش به «فعل و قصد» تعلق می گیرد و این یعنی که قصد هم در مرتبه ی قبل است به عنوان موضوع و هم در مرتبه بعد است به عنوان عارض بر موضوع، در حالی که یک شیء نمی تواند مقدم و مؤخر باشد.

پاسخ به اشکال دور

در پاسخ به این شبهه می گوییم: اولاً بدیهی است که این عناوین قصديه اتفاق می افتد و با یک شبهه نمی توان از یک امر بدیهی رفع ید کرد. ثانیاً حلش به این است که وقتی شخصی می خواهد مثلاً به دیگری احترام بگذارد می داند که فعل به تنهایی مصداق احترام نیست، کما این که قصد احترام هم به تنهایی مصداق احترام به حمل شایع نیست. بدین جهت لازم است هم قصد احترام داشته باشد

و هم این که این قصد را به گونه ای ابراز کند. بنابراین قصد احترام می کند و این قصد احترام متوقف بر شیء خاصی غیر از مبادی قصد و اراده نیست و توقف قصد بر قصد هم لازم نمی آید و این قصدش را نیز با بلند شدن یا هدیه دادن یا کلاه از سر برداشتن ابراز می کند، لذا هیچ مشکلی ندارد و دور لازم نمی آید.

در بیع نیز چنین است؛ کسی که می خواهد چیزی را بفروشد و آن را به عوض تملیک به دیگری کند می داند صرف این که مبیع را إعطاء کند مصداق تملیک به عوض نمی شود و نیز می داند صرف قصد تملیک به عوض نیز تأثیری ندارد، لذا قصد خود را با فعل إعطاء ابراز می کند که این تملیک به عوض می شود و توقف بر قصد هم لازم نمی آید؛ چون وقتی به حمل شایع بیع می شود یک قصد بیشتر نیست و آن همراه إعطاء است. قصدی هم که قبل از إعطاء دارد به معنای غایت است و قصد تملیک با آن نمی شود. بنابراین یک قصد بر خودش مترتب نمی شود.

آیا به مجرد ایصال ثمن و أخذ ثمن بدون صدق اعطاء، معاطات محقق می شود؟

شیخ - رحمه الله علیه - بعد از آن که اثبات کردند معاطات هم به تعاطی محقق می شود و هم به اعطاء یک طرف و أخذ طرف دیگر، این مطلب را بیان می کنند که «ربما یدعی انعقاد المعاطاه بمجرد ایصال الثمن و أخذ الثمن من غیر صدق إعطاءً أصلاً، فضلاً عن التعاطی»^(۱)؛ ادعا شده گاهی معاطات [یعنی بیع بدون صیغه] به مجرد ایصال

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۷۵: و ربما یدعی انعقاد المعاطاه بمجرد ایصال الثمن و أخذ الثمن من غیر صدق إعطاءً أصلاً، فضلاً عن التعاطی، كما تعارف أخذ الماء مع غیبه السقاء، و وضع الفلّس فی المكان المعدّ له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و کذا غیر الماء من المحقّرات كالخضروات و نحوها، و من هذا القبیل الدخول فی الحمام و وضع الأجره فی کوز صاحب الحمام مع غیبه. فالمعیار فی المعاطاه: وصول العوضین، أو أحدهما مع الرضا بالتصرّف، و یتّضح ذلك من المحقّق الأردبیلی رحمه الله أيضاً فی مسأله المعاطاه، و سیأتی توضیح ذلك فی مقامه إن شاء الله.

ثمن و أخذ مثنی محقق می شود بدون آن که إعطاء و أخذ رخ دهد فضلاً عن التعاطی؛ مثلاً در زمان شیخ قدس سره - که سقاها آب می فروختند، گاهی ظرف آب را در جایی می گذاشتند و مردم خودشان آب مورد نیازشان را برای رفع تشنگی برمی داشتند و پول آن را در ظرفی که در کنار آن تهیه شده بود می گذاشتند؛ یعنی مشتری متاع را أخذ می کرد و ثمن را به آن مکان معدّ لوضع الفلّس ایصال می کرد بدون آن که إعطاء رخ داده باشد. مثال دیگری که مرحوم شیخ ذکر می کنند این است که فروشندگان بعضی محقرات مانند سبزی خوردن، آن را در جایی قرار می دهند و هر کسی که خواست مقدار معینی را برمی دارد و پولش را آن جا می گذارد. مثال دیگر که در قدیم خیلی مرسوم بود این است که مردم برای استحمام به حمامی که متصدی آن را گرم کرده بود می رفتند و پول حمام را داخل در ظرفی که تهیه شده بود می انداختند بدون آن که مستقیماً به متصدی حمام پرداخت کنند. (البته این مثال برای اجاره ی معاطاتی است؛ چراکه حمام را اجاره می کردند و این طور نبوده که آب حمام را بخرند.)

مثال مدرن تر این که در بعضی مراکز دستگاه هایی تعبیه شده که اگر کسی اسکناس معینی را داخل شیار دستگاه بگذارد آن دستگاه اسکناس را به داخل می برد و در عوض یک نوشابه بیرون می آید و تحویل مشتری می دهد؛ یا دستگاه هایی که با کارت اعتباری آب شیرین به مشتری می دهد. یا خریدهای اینترنتی که یک نرم افزار متصدی فروش است بدون آن که مالک مستقیماً در آن دخالت داشته باشد.

بعضی در مورد مثال اوّل یعنی آب خوردن از مخزنی که مربوط به سقا

است گفته اند چنین بیعی اصلاً غرری است؛ چرا که آب خوردن هر کس فرق داشته و معلوم نیست هر فردی چقدر آب می خورد! لذا چنین بیعی نمی تواند صحیح باشد، ولی فرض ما جایی است که بیع از جهات دیگر مشکلی ندارد؛ مثلاً سقاً پیمانانه ای هم کنار آب گذاشته و ثمن هر پیمانانه ای را معین کرده است. آیا بر این عمل که سقاً به قصد فروش آب را گذاشته و مشتری به قصد خرید برمی دارد و ثمن را در ظرف قرار می دهد بیع صادق است؟ یا در مثال مدرن تر که دستگاه با دریافت پول مشخص نوشابه ی معینی می دهد و مالک آن به قصد فروش گذاشته بیع صادق است؟

حقیقت این است که هرچه ما تأمل کردیم مطمئن نشدیم که بیع بر این ها صادق باشد، حتی اگر برای بیع گذاشته شده و مشتری هم به عنوان خرید بردارد؛ چون صرف این که دستگاه یک عمل مکانیکی انجام می دهد بدون آن که مالک بالفعل قصد إنشاء کرده باشد صدق بیع بر آن مشکل است، هر چند مشتری قصد إنشاء کرده باشد. بلکه اگر به نحوی تحت کنترل بایع باشد که بتواند قصد إنشاء کند اشکالی ندارد.

اگر کسی توانست احراز کند بر همه ی این موارد یا بعض موارد بیع صادق است فیهما و الا اگر احراز نکرد راه های دیگری برای تصحیح چنین معامله ای وجود دارد از جمله:

راه های تصحیح معاملات مذکور علی فرض عدم صدق بیع

از طریق جعاله؛ به این صورت که اعلام می کند هر کسی مثلاً هزار تومان را به دستگاه بیندازد به نحوی که من بتوانم تملک کنم، من هم یک قوطی نوشابه به او تملیک می کنم. در جعاله لازم نیست کسی که عمل را انجام می دهد موقع اعلام حاضر باشد یا وقتی عمل را انجام می دهد جعل گذار خبر داشته باشد.

بنابراین چنین معامله ای را می توان از طریق جعاله تصحیح کرد که دیگر احکام بیع ندارد، بلکه احکام جعاله دارد.

از طریق «تجاره عن تراض»؛ بنا بر مبنای این که تجارت اختصاص به خرید و فروش ندارد اطلاق آیه ی شریفه شامل چنین معامله ای می شود و از این طریق هم می توان آن را تصحیح کرد و اگر عرف آن را لازم بدانند شرعاً نیز لازم شده و تملیک و تملک با آن محقق می شود، ولی احکام خاص بیع مانند خیار مجلس، خیار تأخیر و ... را ندارد.

از طریق وکالت؛ به این صورت که صاحب متاع افرادی را که مثلاً نوشابه می خواهند وکیل می کند از جانب وی إنشاء ایجاب (اعم از قول و فعل) کنند و سپس از طرف خودشان إنشاء قبول کنند تا عقد محقق شود. بنابراین کسی که نوشابه می خواهد با دادن پول به دستگاه إنشاء قبول می کند [که مقدم بر ایجاب است] و وقتی دستگاه نوشابه داد از طرف مالک إنشاء ایجاب [مؤخر] می کند؛ چون مالک او را وکیل بر ایجاب کرده و عقد محقق می شود.

إن قلت: مالک که کنار دستگاه حضور ندارد و نمی داند چه کسانی نوشابه می خواهند تا آنان را وکیل خود در ایجاب کند، در حالی که در وکالت لازم است وکیل مشخص باشد و نمی تواند مبهم باشد.

قلت: بله در وکالت لازم است وکیل مشخص باشد، ولی مانعی ندارد به نحو عموم و تحت عنوان کلی معین کند [به این نحو که اعلام کند هر کس که نوشابه می خواهد از طرف من وکیل است ایجاب کند].

إن قلت: بین ایجاب و قبول باید موالات باشد در حالی که ممکن است بین ایجاب موکل در وکالت و قبول وکیل خیلی فاصله باشد و در نتیجه موالات از بین برود.

قلت: در وکالت تصریح شده که «يُتَّسَعُ فِيهَا مَا لَا يُتَّسَعُ فِي غَيْرِهَا» لذا مانعی ندارد در وکالت بین ایجاب و قبول فاصله افتد، هر وقت وکیل قبول کند وکالت محقق می شود.

ولی با این حال در صورتی می توان از طریق وکالت تصحیح معاملات مذکور کرد که وکیل از قبل موکل قصد ایجاب کند وگرنه فضولی می شود مگر این که کسی بگوید چنین عقد فضولی که مالک راضی است، کفایت در صحت می کند و این مبنایی است در حالی که معمولاً کسانی که با دادن پول به دستگاه، نوشابه می گیرند یا با گذاشتن پول سبزی برمی دارند و ... اصلاً به ذهنشان خطور نمی کند که به وکالت از جانب مالک ایجاب کنند، آن هم در صورتی که مالک توکیل کرده باشد، حال آن که مالک هم معمولاً غافل از وکالت و توکیل است. بنابراین این توجیه با آن چه در خارج اتفاق می افتد سازگار نیست.

توجیه درست همان جعله، یا اباحه به عوض است، یا اگر کسی احراز کرد بیع صادق است مانعی ندارد، ولی به نظر می رسد که در موارد باید تفصیل داد؛ در برخی موارد به خاطر احاطه ای که مالک ولو با واسطه نسبت به کیفیت متاع، وقت فروش و کیفیت فروش دارد مانند فروش های اینترنتی هوشمند اقرب است که بیع صادق باشد و در برخی موارد چون مالک، آن احاطه را ندارد مانند فروش سبزی که در محلی می گذارد یا دستگاهی که نوشابه می دهد بیع صادق نیست، هر چند باز احتیاج به تأمل بیشتر دارد.

طبق آن چه بیان کردیم معلوم شد «لفظ» خصوصیت در إنشاء ندارد، کما این که «فعل» هم خصوصیت در إنشاء ندارد، بلکه باید دال بر إنشاء وجود داشته باشد. به همین خاطر تعاطی از طرفین در صورتی که قرائن حالیه دلالت کند، در بیع معاطاتی کفایت می کند، کما این که با وجود قرائن، إعطاء از یک طرف و أخذ

از طرف دیگر نیز کفایت در معاطات می کند.

از ما ذکرنا روشن می شود اگر لفظی عرفاً از صیغ بیع نبود ولی دلالت بر إنشاء بیع داشت به نحوی که فعل دلالت دارد، مانعی ندارد آن را هم بگوییم ایجاب و قبول است و بیع عرفی با آن محقق شده و تمام آثار بیع عرفی را دارد و عمومات و اطلاقات هم شامل آن می شود.

تنبیه سوم: تمییز بایع از مشتری در معاطات

اشاره

همان طور که قبلاً بیان کردیم تمییز بایع از مشتری در بیع دارای اهمیت است؛ زیرا بایع احکامی در شرع دارد که مشتری ندارد و مشتری نیز احکامی دارد که بایع ندارد؛ مثلاً اگر مشتری سه روز در پرداخت ثمن تأخیر داشته باشد بایع خیار فسخ معامله را دارد یا در روایت وارد شده که مشتری حیوان تا سه روز خیار فسخ دارد. تمییز بایع از مشتری در معاطات از آن جا که لفظ «بعث» و «اشتریت» به کار نمی رود و بیع با إعطاء طرفین یا یک طرف محقق می شود مشکل است.

با تعریفی که ما از بیع به «تبدیل مال بمالٍ ما اعتباراً» ارائه کردیم ملاک تمییز بایع از مشتری را این طور توضیح دادیم که بایع کسی است که مالش را به صورت فعل و هجمه می خواهد به عوض تبدیل کند، مال را از خود دور می کند تا عوضی در مقابل أخذ کند و مشتری کسی است که این عمل تهاجمی و فعال بایع را منفعلانه قبول می کند. تبدیل هم حالات متفاوتی داشته و به دلایل مختلف می تواند باشد؛ مثلاً کسی تولید کننده است و کالایی را فراوان تولید کرده و می خواهد آن را به نقود و پول رایج تبدیل کند. گاهی می خواهد کالایش را به کالایی بهتر یا متفاوت تبدیل کند؛ مثلاً کسی اتومبیلی دارد و نمی خواهد تبدیل به نقود کند تا از مزایای نقدینگی بهره مند شود، بلکه می خواهد به اتومبیلی مدل بالاتر یا نوع دیگر تبدیل کند؛ مثلاً اتومبیل سواری دارد و با کسی که وانت دارد معامله می کند. این جا نیز کسی که در مقام انشاء حالت فعالیت دارد بایع است و آن کسی که قبول می کند مشتری است، هر چند مشتری هم چه بسا می خواست ماشینش را به ماشین بایع تبدیل کند، ولی چون او در عالم اعتبار و انشاء این فعالیت را نکرد بلکه حالت انفعال نسبت به فعل طرف مقابل به خود گرفت مشتری است. بله همان مشتری اگر حالت فعل به خود بگیرد و بگوید من وانتم

را به سواری تو تبدیل می کند و موقع انشاء حالت تهاجم داشته باشد و طرف مقابل قبول کند او بایع می شود و طرف مقابل مشتری.

ولی گاهی چنین نیست که یکی از متعاملین موقع انشاء فعال و طرف مقابل حالت انفعال داشته باشد، بلکه هر یک می خواهند اتومبیلشان را عوض کنند و در عالم انشاء و اعتبار یکی فعال و دیگری منفعل نیست، که در چنین صورتی دیگر بیع صادق نیست، بلکه معاوضه می باشد که صحت آن را می توان از ادله ی عامه یا سیره ی عقلاء اثبات کرد؛ چرا که ادله ی عامه مانند (أوفوا بالعقود) شامل چنین معامله ای می شود هر چند تحت هیچ یک از عناوین شناخته شده قرار نگیرد و این نوع «معاوضه» در سیره ی عقلاء هم رایج بوده و مورد ردع قرار نگرفته است.

در معاطات هم این معیار تشخیص بایع از مشتری ساری و جاری است؛ یعنی اگر فعل یکی از متعاملین به گونه ای باشد که دالّ بر فعال بودن و ایجاب باشد آن شخص بایع است و طرف مقابل مشتری.

اما اگر فعل چنین دلالتی نداشته باشد که کدام موجب است و کدام قابل، تمییز مشکل می شود. بعید نیست همان طور که مرحوم شیخ (۱) فرموده اگر یکی از متعاملین نقود و پول رایج دهد و طرف مقابل متاع دهد عرفاً قرینه باشد بر این که آن کس که متاع می دهد بایع است و آن کس که پول رایج می دهد مشتری است هر چند دادن پول رایج مقدم باشد.

به روش دیگر نیز می توان بایع را از مشتری متمایز کرد هر چند هر دو متاع عرضه می کنند یا هر دو نقد؛ مثلاً داخل ایران یکی ارز اروپا (یورو) را با ارز

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۷۷: تمییز البائع من مشتری فی المعاطاه الفعائیه مع کون أحد العوضین ممّا تعارف جعله ثمناً کالدراهم و الدنانیر و الفلوس المسکوکة واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو مشتری ما لم یصرّح بالخلاف.

ایالات متحده (دلار) معاوضه می کند؛ فرضاً اگر یکی از آن دو کارش دلار فروشی است قرینه است بر این که بایع است و کسی که نزد او می رود یورو می دهد مشتری است. اما اگر این قرینه هم وجود نداشته باشد و به صورت معاطات یکی دلار بدهد و دیگری یورو، یا هر دو متاع بدهند، در این که کدام بایع است و کدام مشتری، مرحوم شیخ چهار احتمال ذکر می کنند که عبارتند از:

چهار احتمال شیخ قدس سره - در تمییز بایع از مشتری در موارد عدم قرینه بر فعل و انفعال

احتمال اول (۱): هر دو بایع و هر دو مشتری باشند. اما این که هر دو بایع باشند چون تعریف بیع «مبادله مال بمال» بر عمل هر دو صادق است؛ چرا که هر

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۷۷: و لو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون تيه قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيه، أو لوحظ القيمه في كليهما، بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار من الحنطه بدرهم، فتعاطيا من غير سبق مقاوله تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً؛ ففي كونه بيعاً و شراءً بالنسبه إلى كلّ منهما؛ بناءً على أنّ البيع لغّه كما عرفت مبادله مال بمال، و الاثراء: ترك شىء و الأخذ بغيره كما عن بعض أهل اللغه فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطه، و أنّه اشترى الحنطه، فيحث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطه. نعم، لا يترتب عليهما أحكام البائع و لا المشتري؛ لانصرافهما في أدلّه تلك الأحكام إلى من اختصّ بصفه البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان في معامله واحده مصداقاً لهما باعتبارين. أو كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أولاً؛ لصدق الموجب عليه، و شراءً بالنسبه إلى الآخذ؛ لكونه قابلاً عرفاً. أو كونها معاطاه مصالحه؛ لأنّها بمعنى التسالم على شىء؛ و لذا حملوا الروايه الوارده في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، و لى ما عندى» على الصلح. أو كونها معاوضه مستقلّه لا يدخل تحت العناوين المتعارفه، و جوه. لا يخلو ثانيها عن قوه؛ لصدق تعريف «البائع» لغّه و عرفاً على المدافع أولاً، دون الآخر، و صدق «المشتري» على الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر.

دو مالشان را مبادله کردند. و اما هر دو مشتری باشند آن هم چون تعریف اشتراء «ترك شیء و الأخذ بغيره» بر عمل هر دو صادق است، پس هر دو هم بایعد و هم مشتری.

ولی این احتمال درست نیست؛ زیرا ما در تعریف بیع به جای «مبادله»، «تبدیل» بیان کردیم که فعل بایع است و «اشتراء» انفعال آن تبدیل است. لذا چون در این جا نمی توان یکی را فَعِیَال و دیگری را منفعل تَلَقَّى کرد، پس بر هیچ کدام بایع یا مشتری صادق نیست.

احتمال دوم: هر کسی که ابتدا به اعطاء کرده بایع است؛ چون عرف او را موجب می داند و کسی که بعداً اعطاء می کند قابل و مشتری است.

این احتمال هم درست نیست؛ زیرا صرف این که کسی ابتدا به اعطاء می کند علامت موجب بودن نیست و چنان که خواهد آمد قابل هم می تواند ابتدا به اعطاء کند [یا در بیع بالصیغه] بگوید: من از الان آن چه را که تو در آینده انجام خواهی داد پذیرا هستم. عند العقلاء پذیرش قبل از ایجاب در اعتباریات شناخته شده است. علاوه آن که اگر هم زمان اعطاء کنند باز مشکل لا ینحل باقی می ماند و شاید این که مرحوم شیخ در آخر بعد از تقویت احتمال دوم می فرماید «فتدبر» اشاره به این مطلب باشد که اگر هم زمان اعطاء کردند آن وقت ملاک تمییز بایع از مشتری چیست؟

احتمال سوم: این که اصلاً این جا معاطات بیعی نیست و موجب و قابل ندارد، بلکه مصالحه ی معاطاتی است و هر دو مصالحه می کنند به این صورت که مثلاً یکی کتابش را به قلم طرف مقابل مصالحه می کند و طرف مقابل نیز قلمش را به کتاب وی مصالحه می کند.

این احتمال نیز صحیح نیست؛ زیرا:

اولاً: مصالحه هم احتیاج به موجب و قابل دارد و هر دو نمی توانند عنصر فَعَال باشند، لذا باز این سؤال باقی می ماند که کدام موجب است و کدام قابل؟

ثانیاً: ماهیت صلح، إنشاء سازش است در حالی که این جا إنشاء سازش نکرده اند، بلکه روی مبادله عنایت دارند و مبادله می کنند نه سازش.

احتمال چهارم: معاوضه ی مستقلی است که تحت عناوین متعارفه نمی باشد. چنین معاوضه ای در میان عقلاء خصوصاً جامعه های بسیط که جنس را با جنس عوض می کنند رایج است و تحت هیچ یک از عناوین شناخته شده مانند بیع، هبه، جعاله، مصالحه و ... هم قرار نمی گیرد.

این احتمال، احتمال خوبی است؛ زیرا معاوضه عند العقلاء شیء برأسهاست و نوعی معامله است که تحت عناوین شناخته شده قرار نمی گیرد و اگر هیچ اطلاق و عمومی نبود إلا همین سیره ی عقلائیه ی غیر مردوعه، کافی بود در امضاء و مشروعیت آن؛ زیرا امر رایجی است که متصلاً تا زمان معصوم علیه السلام - بوده و شاید در آن زمان بیشتر هم بوده و ردعی از جانب شارع نرسیده، پس کشف امضاء می شود؛ چه رسد به آن که برای اثبات صحت آن می توان به عموماتی مانند (تجاره عن تراض) بنا بر این که بر این نوع معاوضه تجارت صادق باشد تمسک کرد و اگر کسی در صدق تجارت بر این نوع معاوضه مناقشه کرد کفایت در اثبات صحت و لزوم آن، تمسک به عموم (اوفوا بالعقود).

تنبيه چهارم: وجوه چهارگانه ی معاطات به حسب قصد متعاطين

اشاره

تنبيه چهارمی که جناب شیخ ذکر کرده و حاوی مطالب مهم و کاربردی است اختصاص به این امر دارد که معاطات به حسب قصد متعاطين در إعطاء مالشان به یکدیگر به اقسامی منقسم می شود. گرچه صور و انقسامات کثیری می توان برای مسأله فرض کرد، ولی شیخ - رحمه الله علیه - بیش از چهار قسم مانوس را بررسی نمی کنند و شاید به اقسام دیگر هم توجه داشتند و این که متعرض نشدن به این خاطر بوده که یا واقع نمی شود یا حکمش از آن چه در این جا ذکر فرمودند روشن می شود و دیگر نیازی به تطویل نیست. به هر حال چهار وجهی که مرحوم شیخ ذکر می کنند عبارتند از:

وجه اول (۱): هر یک از متعاطين قصد کنند مالشان را در قبال مال طرف مقابل تمليک کنند و طرف مقابل با أخذ خود آن مال را قبول کرده و مملک شود در ازاء آن چه که به إعطاء کننده دفع می کند. پس در حقیقت آن کسی که اول اعطاء می کند موجب است و کسی که أخذ می کند قابل است و إعطاء دوم هیچ انشائی در بر ندارد، بلکه آن چه را که به ازاء تملک بر خود ملتزم شده دفع می کند.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۸۰: الأمر الرابع: أن أصل المعاطاه و هي إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه: أحدها: أن يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً و مملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تمليك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الاولى و قبضها، بدفع العين الثاني خارج عن حقيقه المعاطاه، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه؛ و بهذا الوجه صححنا سابقاً عدم توقّف المعاطاه على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاه عليه من حيث حصول المعامله فيه بالعطاء دون القول، لا - من حيث كونها متقومه بالعطاء من الطرفين. و مثله في هذا الإطلاق: لفظ «المصالحه» و «المساقاه» و «المزارعه» و «المؤاجره» و غيرها، و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاه في الرهن و القرض و الهبه، و ربما يستعمل في المعامله الحاصله بالفعل و لو لم يكن عطاء، و في صحته تأمل.

لازم به ذکر است این که جناب شیخ ابتدا فرمودند: «هر یک از طرفین تملیک مالشان را در ازاء مال دیگری قصد کنند» خدمت ایشان عرض می کنیم طبق تعریفی که از بیع ارائه کردیم این بایع است که مالش را در قبال تملک مال مشتری تملیک می کند و مشتری فقط قبول می کند. بنابراین قصد تملیک مشتری به نحو تبعی است. این بیان با توضیح بعدی جناب شیخ هم بیشتر سازگاری دارد که اعطاء اول ایجاب است و أخذ آن قبول و بیع محقق می شود، سپس مشتری که عوض را می دهد إنشاء قبول نمی کند، بلکه در حقیقت به آن چه که با أخذ ملتزم شده وفا می کند. بدین جهت بهتر بود جناب شیخ به جای عبارت «أن يقصد كلُّ منهما تمليك ماله بمال الآخر» می فرمودند «أن يقصد أحدهما تمليك ماله بمال الآخر»؛ مگر این که مرادشان این باشد که مشتری تملیک تبعی می کند.

مرحوم شیخ سپس می فرماید: از آن جا که در این وجه با إعطاء و أخذ اول ایجاب و قبول محقق شده و بیع منعقد می شود، اگر أخذ قبل از دفع مال خود بمیرد بر وراثت لازم است به عنوان وفای به معامله آن را به معطی تحویل دهند؛ چون بیع معاطاتی محقق شده و دیگر حالت انتظاریه ای نیست.

اطلاق معاطات بر چنین معامله ای همان طور که قبلاً بیان کردیم از این حیث است که معامله با عطاء انجام می شود نه با قول و إلا- عطاء دوم دخیل در تحقق و انعقاد بیع نیست. کما این که در «مصالحه»، «مساقات»، «مزارعه» و «مؤاجره» هم که از باب مفاعله است این طور نیست که حتماً دو طرف عمل را انجام دهند، بلکه در مصالحه یکی صلح می کند و دیگری قبول می کند یا در مزارعه زارع است که زرع می کند و کسی که زمین را می دهد زرع نمی کند، ولی چون به هر حال طرف دیگر به نوعی دخیل است باب مفاعله به کار برده می شود. کما این که در رهن معاطاتی، قرض و هبه ی معاطاتی نیز عطاء از طرفین نیست، ولی با این

حال معاطات بر آن اطلاق می شود و اصلاً گاهی معاطات بر معاملات-تی اطلاق می شود که عطاء حتی از جانب واحد هم نیست، مثل معاملات-تی که با اشاره انجام می شود، هر چند مرحوم شیخ می فرماید «و فی صحته تأمل» ولی ما قبلاً بیان کردیم اگر اشاره واقعاً دلالت بر آن عقدی که قصد کرده اند داشته باشد با عمومات و نیز سیره ی عقلاء قابل تصحیح است.

وجه دوم(۱): هر یک از متعاطین مالش را به دیگری تملیک کند به إزاء این که دیگری نیز مالش را به او تملیک کند و در حقیقت تملیک به إزاء تملیک باشد.

در صورت قبل، تملیک به إزاء مال طرف مقابل بود که تمّک می کرد، اما در این صورت تملیک در مقابل تملیک است و هر دو فعال می باشند. پس مقاوله بین تملیکین است؛ نه ملکین و نتیجه اش آن است که اگر اولی تملیک کرد و دومی قبل از این که تملیک کند از دنیا رفت معاطات محقق نشده است.

مرحوم شیخ در این وجه مناقشه می کنند و می فرمایند: این وجه بعید از معنای بیع است؛ زیرا بیع «تملیک مالٍ بمالٍ» است و عوض در بیع مال است، در حالی که در این جا عوض «تملیک» است، لذا اقرب آن است که بگوییم هبه ی معوضه است؛ زیرا هر یک از دو مال بدون عوض است، ولی سپس می فرماید مشکل

۱- همان، ص ۸۱: ثانیها: أن یقصد کلّ منهما تملیک الآخر ماله بإزاء تملیک ماله إیاه، فیکون تملیکاً بإزاء تملیک، فالمقاوله بین التملیکین لا-الملکین، و المعامله متقومه بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثانی قبل الدفع لم یتحقّق المعاطاه. و هذا بعید عن معنی البیع و قریب إلی الهبه المعوضه؛ لکون کلّ من المالین خالیاً عن العوض، لکن إجراء حکم الهبه المعوضه علیه مشکل؛ إذ لو لم یملکه الثانی هنا لم یتحقّق التملیک من الأول؛ لأنه إنّما ملکه بإزاء تملیکه، فما لم یتحقّق تملیک الثانی لم یتحقّق تملیکه، إلّا أن یكون تملیک الآخر له ملحوظاً عند تملیک الأول علی نحو الداعی، لا العوض، فلا یقدح تخلفه. فالأولی أن یقال: إنّها مصالحه و تسالم علی أمرٍ معین أو معاوضه مستقله.

است که بگوییم هبه ی معوضه است؛ چون در هبه تملیک است مجاناً و ذات هبه مجانیت را دارد و اگر عوضی شرط شود خارج از حقیقت هبه است و به عنوان شرط لازم الوفاء می باشد. اما در ما نحن فیه فرض این است که تملیک به إزاء تملیک است و این با تملیک مجانی سازگار نیست؛ مگر این که بگوییم تملیک به إزاء تملیک نیست، بلکه هنگام تملیک اول، تملیک دوم به عنوان داعی لحاظ شده است؛ یعنی در حاقّ إنشاء، تملیک در مقابل تملیک نیست، بلکه تملیک مجانی است تا طرف مقابل نیز انگیزه پیدا کند تملیک کند.

ولی اولی آن است که بگوییم چنین معامله ای یا مصالحه و تسالم بر امر معلوم است؛ یعنی مصالحه ی تملیک است در قبال تملیک، یا این که معاوضه ی مستقل است.

وجه سوم: معطی اول قصد إباحه می کند در مقابل تملک عوض؛ مثلاً کتابش را برای استفاده إباحه می کند تملیک نمی کند در مقابل این که صد تومان ملکش شود. ایجاب در این وجه به همان إعطاء محقق می شود و قبول، هم می تواند به أخذ باشد و هم به إعطاء عوض. (۱)

وجه چهارم: هر یک از طرفین قصد إباحه می کنند به إزاء إباحه ی طرف مقابل؛ مثلاً زید کتابش را به عمرو إباحه می کند در قبال این که عمرو هم قلمش را به زید إباحه کند. در این وجه إباحه در مقابل إباحه است.

وجه دیگری را نیز مرحوم شیخ در ضمن می فرماید و آن این که یکی از طرفین مالش را إباحه کند به داعی این که طرف مقابل هم مالش را إباحه کند که

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۲: ثالثها: أن يقصد الأول إباحه ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحه بالعوض، و من الثاني بقبوله لها التملیک، كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

این دیگر چون به حد شرط نرسیده و فقط در حد داعی است معاوضه نیست. (۱)

بررسی وجه دوم (تملیک به إزاء تملیک)

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

در وجه دوم عوض فعل است آن هم فعل اعتباری تملیک؛ مثلاً کتاب را تملیک می کند در قبال فعل تملیک طرف مقابل که اگر به لفظ بیان شود به این صورت می شود: «مَلَّكَتْكَ كِتَابِي هَذَا بِتَمْلِيكَتْكَ إِيَّاي قَلَمِكَ». پس در این وجه عوض «قلم» نیست، بلکه «تملیک قلم» عوض می باشد، لذا معطی اول در این معامله مالک قلم نشده، بلکه مالک فعل طرف مقابل شده که «تملیک قلم» باشد.

اشکال اول محقق نائینی قدس سره - بر وجه دوم

اشاره

محقق نائینی قدس سره - در اشکال به این وجه فرموده است (۲): تملیک به عنوان یک

۱- همان: رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء الإباحة الآخر، فيكون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوّره على نحو الداعي، و على نحو العوضيه.

۲- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۷۱: ثم لا يخفى أن الوجه المتصوّره فيما إذا قصد التملیک أو الإباحة أزيد ممّا ذكره قدس سره و إنّما لم يذكرها لخروجها عمّا هو المتعارف من قصد المتعاطيين مع أنّ منها ما لا دليل على صحّته كما لو قصد أحدهما تبديل ماله بتمليک الآخر و هو الفعل الخارجيّ الصادر من المشتري فيكون من بيع الأموال بالأعمال و كما لو أوقعا معامله على وجه الإباحة أي تبديل المباح بالمباح أما الأوّل فلبطلانه في المقام و إن صحّ بيع الأموال بالأعمال و ذلك لأنّ العمل الّذي يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال لا آليا و طريقا لتحصيل المال كما في المثال لأنّه ليس التملیک بالمعنى المصدري مالا بل المال هو الحاصل من المصدر و ليس هذا الفعل إلّا آله لحصول اسم المصدر فلا يمكن أن يقابل بالمال و فرق بين البيع بإزاء التملیک و بيع المال على أن يخطط له ثوبا أو يجري له صيغه عقد أو يبيع مالا من أموال البائع فإنّ الفعل في الأوّل آلي بخلاف الثاني فإنّه استقلالي يبذل بإزائه المال. و بالجملة الأعمال الّتي تقابل بالمال هي ما يصحّ أن يتعلّق به الإجاره و إجاره الإنسان لأن يبيع ماله على المؤجر باطله و الفرق بين التملیک و سائر الأعمال يظهر في وقوعها شرطا في ضمن عقد لازم فإنّه لو تخلف من اشترط عليه التملیک ينوب عنه الحاكم أو عدول المؤمنین أو فساقهم أو نفس المشتري كلّ لاحق بعد تعدّر سابقه و هذا بخلاف سائر الأعمال فإنّه بمجرد التخلف يتعدّر الشرط و يثبت الخيار و السرّ فيه أنّ التملیک طريقتي آلي لا يشترط فيه المباشره و أمّا الثاني فلاشّ الإباحه ليست بنفسها أمرا حاصلًا للمالك لأنّ ما هو الحاصل له هو الملكيه

و هي قابله للتبديل لأنّ زمام أمرها بيده بخلاف المباحية فإنّها تحصيل بإباحه المالك لغيره و ليست هي حاصله للمالك في عرض الملك و جواز تصرف المالك في ملكه من آثار مالكيته لا من آثار إباحته له. • المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ١، ص ٢٠٧: ان التمليك لا يخلو اما أن يراد به معناه المصدرى أعنى تبديل اضافه بإضافه بما هو فعل الفاعل أو يراد به معناه الاسم المصدرى أعنى مبادله احدى العلقين بالأخرى التي هي نتيجة تبديل الإضافتين، و شىء منهما لا يكون قابلا للمعاوضه. أما معناه المصدرى فلأنه ليس مما يبذل بإزائه العوض لأنه ملحوظ للمتعاوضين كالمعنى الحرفى بما هو غير مستقل فى اللحاظ بل بما هو وصله و مقدمه لإيجاد معنى الاسم المصدرى و هذا معلوم بالوجدان ضروره أن مقصود المتعاوضين ليس فعل التمليك بما هو فعل صادر عنهما بحيث كان الغرض فى نفس الفعل من حيث هو فعل.

فعل و به معنای مصدری از آن جا که مالیت ندارد و مال نیست نمی تواند عوض واقع شود. مال آن چیزی است که از تملیک حاصل می شود و حاصل مصدر است. به عبارت دیگر «تملیک» معنای حرفی و ما به يُنظر است، لذا چون مالیت ندارد لا يُقَابِل بِالْمَالِ و عقودی که عوضش تملیک بما هو مصدرٌ باشد مشمول کریمه ی (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) بوده و فاسد می باشد.

إن قلت: عمل حرّ که می تواند به عنوان عوض واقع شود؛ مثلاً کسی کتابش را

به دیگری بفروشد به إزاء این که برای او خیاطت (به معنای مصدری) کند.

قلت: بله عمل حَرّ مانند خیاطت می تواند به عنوان عوض واقع شود؛ چون خیاطت معنای استقلالی داشته و ما فيه يُنظر است، لذا يُبذل بإزائه المال و مالیت دارد، ولی «تملیک» یک معنای حرفی و آلی است که خودش ارزش مالی ندارد و صرف آلت است، لذا لا يُبذل بإزائه المال و نمی تواند به عنوان عوض واقع شود.

نقد اشکال اول محقق نائینی قدس سره -

در نقد فرمایش محقق نائینی می گوئیم:

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

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

اشکال دوم محقق نائینی قدس سره - بر وجه دوم

اشاره

هر مالکی تسلط بر مملوکش داشته و می تواند تقلب و تقلب در آن کرده و به دیگری نقل دهد، اما دیگر تسلط بر تملیک خود ندارد و مالک تملیک خود نیست و الا اگر هر ملکیتی، مالکیتش تحت ملکیت باشد دوباره آن مالکیتی که تحت ملکیت است تحت ملکیت دیگری خواهد بود و تا بی نهایت مالکیت و

ملکیت باید وجود داشته باشد، لذا تملیک نمی تواند به عنوان عوض واقع شود؛ چون تملیک مملوک کسی نیست و کسی مالکیت بر مملوک خود ندارد و نمی تواند آن را به دیگری نقل کند.^(۱)

نقد اشکال دوم محقق نائینی بر وجه دوم

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

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

احتیاج تملیک دوم به قبول در وجه دوم

همان طور که بیان کردیم بیع با إعطاء اول و آخذ طرف مقابل به قصد قبول

۱- المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۲۰۷: و أما معناه بالاسم المصدري فلأن الملكيه اعنى السلطنة الخاصة و الإضافة المخصوصه القائمه بين المال و المالك هي سلطنة موجهه لصحة التصرفات الصادره عن المالك في ماله من الإعطاء و النقل و كل تصرف،، فهي سلطنة على المال و هو بهذه العلقه سلطان على ماله في نقله و تقلبيه و تقلبه و هذه السلطنة بنفسها لا تكون منشأ لسلطنة المالك على تقليب هذه السلطنة نفسها بحيث يبدلها من مكانها الى مكان آخر و لا يكون في البين سلطنة أخرى على تلك السلطنة لكي يصير بالسلطنة الثانيه سلطانا على السلطنة الاولى و إلا لتسلسل فهو سلطان على المال لا أنه سلطان على السلطنة على المال و إذا لم تكن سلطنته تحت سلطانه فليس له تبديلها و لا تحويلها بل انما هو بها يكون مسلطا على تبديل المال فظهر أن تبديل الملكيه في حد نفسه غير معقول.

محقق می شود و آخذ به عنوان وفاء به عقد باید قلم را به معطی تملیک کند؛ چون مُعطی مستحق آن تملیک است، ولی باید این نکته را توجه داشت که این تملیک از طرف آخذ به عنوان وفاء به عقد احتیاج به قبول طرف مقابل دارد؛ چراکه نزد عقلاء معهود نیست به صرف تملیک و بدون قبول طرف مقابل چیزی به ملکیت انسان در آید. پس تملیک دوم احتیاج به قبول دارد و از آن جا که این تملیک بلا-عوض است معلوم می شود حقیقت آن هبه است بدون این که از عوض بودن برای بیع خارج شده باشد. به عبارت دیگر بیعی است که ثمن آن، فعل هبه است؛ چون ثمن، تملیک بلا عوض است.

إن قلت: تعریف هبه ی معوضه بر آن صدق می کند؛ چراکه این تملیک قلم در مقابل تملیک کتاب قرار گرفته است.

قلت: حقیقت هبه ی معوضه تملیک مجانی است و ما یازاء ندارد، فقط در ضمن عقد شرط می شود طرف مقابل هم هبه کند که طبق «المؤمنون عند شروطهم» مؤظف است به آن وفاء کند و اگر تملیک نکند تخلف از شرط کرده، ولی احکام بیع را ندارد. اما در ما نحن فیه که تملیک به عنوان ثمن در بیع واقع می شود وفاء به آن به خاطر شرط ضمن عقد هبه نیست، بلکه به خاطر بیع است و اگر دلیل «المؤمنون عند شروطهم» هم وجود نداشت باز وفاء به آن لازم بود. بنابراین فعل هبه به عنوان ثمن در بیع واقع شده است.

اشکال محقق اصفهانی قدس سره - در مقابله ی بین تملیکین

اشاره

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - ابتدا می فرماید (۱): «إن أصل المقابله بین التملیکین فیه غموض

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۶۲: تنقیح المقام برسم أمور: منها: أن الکلام فی صحه التملیک یازاء التملیک، فإرجاعه إلی المقابله بین المال و التملیک خلف، فلا وجه لما عن شیخنا الأستاذ من إرجاعه إلیه، فإنه کما مرّ مما لا- اشکال فیه، فلا- وجه لتعرضه إلیما من حیث عوضیه التملیک، فتدبر. و منها: أن أصل المقابله بین التملیکین فیه غموض و خفاء، فإنّ التملیک بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلی، و فی جعل نفسه معوضا یحتاج إلی لحاظ استقلالی، و لا یعقل اجتماع اللحاظین المتباینین فی ملحوظ واحد، فلا بد من أن یكون هذه المعامله فی ضمن معامله أخرى کالصلح علی التملیک یازاء التملیک، فیستحق کل منهما التملیک من الآخر یازاء تملیک نفسه.

و خفاء؛ این که تملیکی معوض و تملیکی دیگر عوض واقع شود دارای غموض و خفاء است، ولی بر اساس برهانی که در ادامه ذکر می کنند معلوم می شود چنین تقابلی محال است و آن این که:

لازمه ی چنین بیعی جمع بین لحاظ آلی و لحاظ استقلالی در موضوع واحد است، در حالی که چنین چیزی ممکن نیست و نمی توان در یک عمل، جمع بین لحاظ آلی و حرفی و لحاظ استقلالی کرد.

توضیح مطلب این که در تملیک اوّل که مُعطی کتاب را تملیک می کند و آخذ آن را قبول می کند، «کتاب» ما فیه يُنظر است و «تملیک» ما به يُنظر؛ چون آن چه مورد التفات و توجه است کتاب است و تملیک مورد التفات استقلالی نیست، بلکه به عنوان آلتی است که کتاب به ملک آخذ در آید. از طرف دیگر چون تملیک به عنوان معوض واقع شده باید مورد توجه استقلالی باشد. بنابراین لازم می آید در یک عمل (إعطاء) که إنشاء ایجاب با آن محقق می شود جمع بین لحاظ آلی و استقلالی شده باشد؛ چون از این حیث که «تملیک» مملوک را به طرف مقابل منتقل می کند ملحوظ آلی و حرفی است و از این حیث که «تملیک» معوض است ملحوظ استقلالی است، در حالی که این دو لحاظ با هم تضاد دارند و در یک لحاظ قابل جمع نیستند.

محقق اصفهانی قدس سره - می فرماید: تنها راه تصحیح چنین معامله ای که عوضین «تملیک» باشد آن است که در ضمن عقد دیگری مانند صلح محقق شود؛ مثلاً مصالحه کنند که تملیک کتاب به إزاء تملیک قلم باشد؛ چراکه در این صورت فقط نگاه استقلالی به تملیک می شود و «یستحق کل منهما التملیک من الآخر بإزاء تملیک نفسه».

این کلام محقق اصفهانی قدس سره - مورد نقد مرحوم امام قدس سره - واقع شده و سه اشکال بر آن وارد کرده اند:

اشکال اول مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی قدس سرهما -

اشاره

اشکال اول (۱) مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی این است که اگر اشکال

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۲۵۱: و منها: أن في أصل المقابلة بين التملكين غموضاً و خفاءً؛ فإنّ التملیک بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلی، و في جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالی، و لا- يعقل اجتماع اللحاظین المتباينين في ملحوظ واحد، فلا بدّ من أن تكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى، كالصلح على التملیک بإزاء التملیک، فيستحقّ كلّ منهما التملیک من الآخر بإزاء تملیک نفسه. انتهى. و فيه: مضافاً إلى أنه على فرض ورود الإشکال، لا يندفع بإيقاع هذه المعاملة في ضمن صلح و نحوه؛ فإنّ العمل بالصلح لا- بدّ و أن يكون على طبق ما وقعت المصالحة عليه، و هو مقابلة تملیک بتملیک؛ أي إيقاع هذه المعاملة المعاطية، و المفروض أن إيقاعها غير معقول؛ للزوم الجمع بين اللحاظین المتنافيين، فيقع الصلح باطلاً؛ لعدم إمكان تحقّق متعلّقه. و توهم: أن مقتضى المصالحة التملیک الاستقلالی فاسد، و خروج عن محطّ البحث. • کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، ص ۲۸۱: الإیراد الأول: ما عن المحقّق الأصفهانی، و حاصله بتوضیح منّا: أن المقابلة بين التملكين فيها غموض و خفاء؛ فإنّ التملیک بالصیغه إنشاء و إيقاع للملكية في متعلّقه، و هو ملحوظ بلحاظ آلی؛ لأنّه آله و مرآه لإيقاع الملكية و إنشائها، فقله: «ملکتک هذا» آله و مرآه لإيقاع المبادله بينهما و جعل الملكية، و إذا جعل نفسه معوضاً بإزاء آخر يلاحظ بلحاظ استقلالی، فيلزم اجتماع لحاظین متباينين، فقله: «ملکتک» ملحوظ استقلالاً، فيكون ما فيه ينظر، لا- ما به ينظر إلى غيره باعتبار أنه إنشاء و آله لجعل الملكية، و بينهما تنافٍ واضح؛ إذ على فرض الاستقلالية يلزم عدم قصد الإيقاع و لحاظه، و كذا على العكس، و كذلك إذا كان التملیک بالإعطاء أيضاً، فإنّه ملحوظ بلحاظ آلی، و في جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالی، فيلزم الجمع بين اللحاظین، فلا- تعقل المبادله بين التملكين، فلا- بدّ من أن تكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى، كالصلح على التملیک بإزاء التملیک، فيستحقّ كلّ منهما التملیک من الآخر بإزاء تملیک نفسه. أقول أوّلاً: إن كان المراد بإرجاع المعاملة إلى باب آخر وقوعها بالصلح و غيره، فهو خروج عن الفرض؛ و هو المعطاه، و إن كان المراد استحقاق التملكين لكُلّ منهما على الآخر بالصلح، فيعود المحذور عند إيقاعهما كذلك؛ إذ مقتضى هذه المصالحة إيقاع التملكين كلّ بإزاء الآخر عملاً بالصلح، و عند الوقوع يلزم المحذور المتقدّم من الجمع بين اللحاظین.

ایشان وارد باشد راه حلی که برای تصحیح معامله از طریق مصالحه ارائه کردند درست نیست و مشکل را حل نمی کند؛ چون در عمل به صلح باید بر طبق آن چه به آن مصالحه واقع شده اقدام شود؛ یعنی همان مقابله ی تملیک به تملیک یا همان معامله ی معاطاتی مورد بحث. پس دوباره جمع بین لحاظ آلی و استقلالی لازم می آید و اگر کسی بگوید مصالحه بر تملیک استقلالی است از محل بحث خارج شده است.

نقد اشکال اول مرحوم امام قدس سره -

محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - می خواهند بفرمایند که در هنگام صلح، نگاه به تملیکین به نحو استقلالی است؛ یعنی «تملیک زید کتابه من عمرو» به عنوان معوض و «تملیک عمرو قلمه من زید» به عنوان عوض در نظر گرفته می شود و بین این دو مصالحه برقرار می شود؛ یعنی زید و عمرو با یکدیگر بین این تملیک و آن تملیک مصالحه می کنند که لحاظ استقلالی است؛ خصوصاً اگر با لفظ باشد و با تحقق صلح، هر کدام مستحق تملیک می شود. یعنی به صلح هر کدام از طرفین مالک فعل تملیک بر دیگری می شود و سپس وفاءاً هر کدام باید این تملیک را

عملی کنند. بنابراین جمع بین لحاظ استقلالی و آلی اتفاق نمی افتد، بلکه در صلح تملیکین به نحو استقلالی ملحوظ می شوند و در وفاء به نحو آلی.

اشکال دوم امام قدس سره - بر کلام محقق اصفهانی قدس سره -

اشاره

اشکال دیگری (۱) که مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - وارد می کنند این است که اگر إنشاء تملیک با الفاظی مانند بعثت، مَلَّكَتْکَ و ... بود اشکال جمع بین لحاظین وارد بود؛ چون این الفاظ وضع شده اند که به نحو آلی و حرفی استعمال شوند، آن وقت اگر به نحو استقلالی لحاظ شوند جمع بین لحاظین می شود، اما افعال که این چنین نیست؛ چون برای چیزی وضع نشده اند و بالذات هم آلیت ندارند، لذا مانعی ندارد إعطاء که مقصود به آن تملیک است استقلالاً لحاظ شود و شاهد بر آن وجدان است که می توان از إعطاء خارجی که مقصود به آن تملیک است إخبار کرد و موقع اعطاء گفت: «إعطائی کذا» یا «تملیکی کذا»؛ چون هر چیزی که مبتدا و مسندٌ الیه واقع می شود به نحو استقلالی لحاظ شده است. بنابراین در افعالی که وسیله ی إنشاء قرار می گیرند جمع بین لحاظین به نحو

۱- کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۲۵۱: أنه يمكن الفرق بين إيقاع التمليك باللفظ و التزام الإشكال فيه و إيقاعه بالمعاطاه. و وجه الفرق: أن الألفاظ آلات لمعانيها الإنشائية أو الإخبارية، و مع لحاظها آله لا يعقل لحاظها مستقلاً، و أما الأفعال فليست بذاتها أو بالمواضع آلات لشيءٍ، فيمكن لحاظ الإعطاء الخارجي المقصود به التمليك مستقلاً، و لهذا نرى بالوجدان إمكان الإخبار عن الإعطاء الخارجي المقصود به التمليك، فيقول عند إعطائه تمليكاً: «إعطائي كذا» أو «تمليكي كذا» من غير لزوم اجتماع اللحاظين، اللازم في الإيقاع باللفظ. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ۲۸۲: و ثانياً: يلزم الجمع بين اللحاظين في التمليك بالصيغه؛ لأنّ اللفظ وضع آله و مرآه لإيقاع الملكيه و إنشائها، فقوله: «مَلَّكَتْکَ» موضوع لإيجاد الملكيه، بخلاف الإعطاء، فإنّه ليس مرآه و آله له، بل المقصود من الإعطاء إيقاع الملكيه و جعلها معوضاً لإعطائه الآخر من غير لزوم الجمع بين اللحاظين.

محال نمی شود (۱) و اشکال محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - وارد نیست.

نقد اشکال دوم مرحوم امام قدس سره -

به نظر می آید فرمایش امام قدس سره - در اشکال دوم خروج از بحث است. فرض کلام جایی است که یک دالّ یعنی إعطاء دو مدلول دارد که یکی مدلول حرفی و آلی است و آن تملیک کتاب است، و دیگری مدلول اسمی و استقلالی است که تملیک فعل تملیک باشد و این ممکن نیست. این که ایشان می فرماید وجدانی است که می توان نگاه استقلالی به آن کرد و از آن إخبار کرد، این لحاظ دیگری بوده و خروج از محل بحث می باشد (۲)؛ زیرا محل کلام جایی است که لحاظ واحد است و دالّ بر آن لحاظ إعطاء است، ولی این لحاظ واحد از این حیث که تملیک مملوک است آلی است و از این حیث که تملیک فعل تملیک است و به عنوان معوض قرار می گیرد اسمی و استقلالی است. پس اشکال محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - با این بیان قابل دفع نیست.

۱- مرحوم امام قدس سره - مرادشان این نیست که جمع بین لحاظین در افعال ممکن است و در الفاظ ممکن نیست، بلکه مرادشان این است که الفاظ چون به عنوان آلت و مرآت برای ایقاع ملکیت وضع شده اند و نظر آلی به الفاظ می شود، اگر دوباره نظر استقلالی به آن شود جمع بین لحاظین می شود و این ممکن نیست، اما افعال چون چنین وضعی ندارند و بالذات هم آلیت ندارند می توان لحاظ استقلالی کرد و جمع بین لحاظین نمی شود؛ نه این که جمع بین لحاظین می شود و ممکن است. (امیرخانی)

۲- مرحوم امام این را شاهد آوردند بر این که می توان لحاظ استقلالی به إعطاء کرد، به خلاف الفاظ که اصلاً نمی توان لحاظ استقلالی کرد؛ چون به عنوان آلت و مرآت وضع شده اند و اگر لحاظ استقلالی شود جمع بین لحاظین می شود. (امیرخانی)

اشکال سوم مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی قدس سرهما -

اشاره

اشکال دیگری (۱) که امام قدس سره - بر کلام محقق اصفهانی قدس سره - وارد می کنند (۲) آن است که در ما نحن فیه که تملیک به اِزاء تملیک است و تملیک به عنوان معوض قرار می گیرد فقط لحاظ استقلالی به آن می شود و لحاظ آلی به آن نمی شود و اما حصول ملکیت لازمه ی تقابل بین تملیکین است. مرحوم امام در نهایت هم می فرمایند «فتأمل».

نقد اشکال سوم مرحوم امام قدس سره -

همان طور که مرحوم امام خودشان امر به «تأمل» کردند، می گوئیم: مقصودتان از حصول ملکیت، حصول ملکیت مملوک است یا حصول ملکیت فعل تملیک؟ اگر مقصودتان حصول فعل تملیک است و تملیک به نحو استقلالی فقط لحاظ شده، می گوئیم پس ملکیت مملوک چگونه حاصل می شود؟ اگر بگوئید قهراً حاصل می شود می گوئیم عقلاء چنین حکمی ندارند که ملکیت قهراً حاصل شود! و اگر بگوئید دالّ دارد لازمه اش آن است که تملیک به نحو آلی هم لحاظ شده باشد و در نتیجه جمع بین لحاظین می شود.

۱- کتاب البیع (للامام الخميني)، ج ۱، ص ۲۵۱: و مضافاً إلى أنّ لزوم الجمع بين اللحاظين ممنوع، بل لا بدّ في هذه المعامله من لحاظ التمليك استقلالاً، و لا يلزم لحاظ متعلّقه، و لازم التقابل بين التمليكين حصول الملكيه، فتأمل. • كتاب البيع (تقريرات، للخرم آبادي)، ص ۲۸۲: و السرّ في ذلك أنّ الإعطاء ملحوظ استقلالاً في مقابل إعطائه الآخر و بإزائه، و به تقع المبادله من غير كونه آله و مرآه للمبادله، و الفرق يظهر بالتأمل، فتأمل.

۲- اشکال دوم و سوم در واقع یک اشکال و مکمل هم است و آن این که إعطاء فقط به نحو استقلالی ملحوظ است. (امیرخانی)

با دفع اشکالات مرحوم امام بر کلام محقق اصفهانی - رحمه الله علیه - می گوییم: به نظر می آید اشکال محقق اصفهانی بر تملیک به إزاء تملیک در صورتی که إعطاء یک لحاظ باشد قابل دفع نیست. بله اگر بتوان اعطاء را عرفاً دارای دو مفهوم و دو مدلول کرد و گفت در جایی که قرینه ی کافی باشد معنای اعطاء تملیک فعل است و بعد وفاءً به تملیک آن فعل، تملیک عین و مملوک است مانعی ندارد و تملیک اول استقلالاً ملحوظ می شود و تملیک دوم آلیاً، هر چند ترتب تملیک دوم ترتب رتبی است؛ نه ترتب زمانی.

ولی این نکته را نباید فراموش کنیم که اگر إعطاء دارای دو مفهوم باشد ما آن را بیع نمی دانیم و اگر به عنوان بیع باشد بیع فاسد می دانیم؛ چون گرچه ما لازم نمی دانیم مبیع حتماً عین باشد، ولی این را لازم می دانیم در صورتی که مبیع عین نباشد باید یک نوع ثبات و مشابهتی با عین داشته و در عالم معنا دارای یک نوع تجسد و ثبات معنوی باشد. کما این که قبلاً در مورد مبیع واقع شدن حق بیان کردیم آن حقی می تواند مبیع واقع شود که یک نوع ثقل، ثبات، دوام و استمرار داشته باشد، مانند حق امتیاز آب، برق، گاز و ...، به خلاف حقوقی مانند حق نشستن در فلان جای مسجد. درباره ی عمل حرّ نیز بیان کردیم که می تواند به عنوان ثمن واقع شود اما به عنوان مبیع نمی تواند واقع شود، مگر این که عمل حرّ به گونه ای باشد که یک نوع تجسّدی در عالم معنا پیدا کند که در این صورت می توانیم بگوییم قابل فروش است.

بررسی وجه سوم و چهارم

وجه سوم این بود که مالش را در مقابل تملک عوض إباحه کند و وجه چهارم این بود که إباحه در مقابل إباحه باشد.

جناب شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: این دو صورت اخیر دو اشکال اساسی دارد(۱):

یکی این که اگر مُبیح قصد کرده باشد که تمام تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملک برای مباح له باشد چنین چیزی مشروع نیست.

اشکال دیگر این که إباحه ی بالعوض که مرکب از إباحه ی یک طرف و تملیک طرف دیگر است، جزء معاوضات شناخته شده ی شرعی و عرفی نیست؛ چون معاوضه یعنی این که عوضی از کیس و ملکیت یک طرف خارج شود و به جای آن چیز دیگری داخل در ملکیتش شود. در حالی که در إباحه ی بالعوض چیزی از ملکیت مبیح خارج نمی شود و مالکیت وی بر عین باقی است و در عین حال عوض نیز داخل ملکش می شود!

آیا مباح له می تواند تصرفات متوقف بر ملک کند؟

اگر کسی مالش را به دیگری مباح کرده باشد و فرضاً تصریح کرده باشد که تصرفات متوقف بر ملک را نیز إباحه کردم، آیا مباح له می تواند تصرفات متوقف بر ملک مثل وطی جاریه، بیع، عتق عبد، إعطاء به عنوان زکات، خمس و کفاره و ... کند؟

این مسأله از مسائل مهم و مورد ابتلا در زندگی روزمره است. به عنوان مثال پدری پولی را به فرزندش إباحه می کند بدون آن که هبه کرده باشد و می گوید با این پول می توانی خرید کنی، آیا فرزند می تواند با آن پول خرید کند؟ یا شخصی کتابش را به دیگری إباحه کرده و گفته است می توانی آن را برای خودت بفروشی

۱- المکاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۲: و کیف کان، فالإشکال فی حکم القسمین الأخيرین علی فرض قصد المتعاطیین لهما، و منشأ الإشکال: أوَّلًا الإشکال فی صحَّه إباحه جمیع التصرفات حتی المتوقفه علی ملکیه المتصرف، بأن یقول: أبحت لک کلَّ تصرف، من دون أن یملکه العین. و ثانیاً الإشکال فی صحَّه الإباحه بالعوض، الراجعه إلی عقد مرکب من إباحه و تملیک.

بدون آن که آن را هبه کرده باشد، آیا مباح له می تواند آن را برای خودش بفروشد؟ یا خانمی که کفاره ای بر عهده اش است و شوهر کفاره ی او را از ملک خودش اداء می کند آیا واقعاً کفاره ی وی اداء می شود؟ این ها مسائلی است که باید این جا پاسخ داده شود.

البته این مسأله، هم احتیاج به بحث کبروی دارد و هم بحث صغروی. بحث کبروی این است که آیا با إباحه می توان تصرف متوقف بر ملک کرد یا خیر؟ بحث صغروی این است که تصرفات متوقف بر ملک کدام است و آیا این تصرفاتی که به عنوان تصرفات متوقف بر ملک شمرده شده واقعاً متوقف بر ملک است؟ چه بسا کسی در بعض این موارد یا تمام موارد مناقشه کرده و بگوید متوقف بر ملک نیست.

در مورد بحث کبروی که آیا به صرف إباحه می توان تصرفات متوقف بر ملک کرد یا نه، پاسخ روشن است که جایز نیست و جزء قضایایی است که «قیاساتها معها»؛ زیرا فرض آن است که تصرف متوقف بر ملک است و در غیر ملک جایز نیست. إباحه هم غیر از ملک است و از ملک مبیح خارج نشده، بنابراین واضح است که چنین تصرفاتی به صرف إباحه جایز نیست.

اگر کسی به اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک کرده و بگوید شامل تمام انواع تسلیط بر مال از جانب مالک از جمله بیع، وطی جاریه، عتق عبد و ... می شود، پس اگر مالک اجازه داده باشد هر تصرفی برای مباح له جایز است، پاسخ آن است که این اطلاق با ادله ای که بیان می کند بعض تصرفات جز در ملک جایز نیست مثل «لا بیع الا فی ملک»^(۱)، «لا عتق الا فی ملک»، (وَالَّذِينَ هُمْ

۱- گرچه این روایت در خلاف شیخ طوسی و بعضی کتب فقهی دیگر شیعه به صورت ذیل نقل شده، ولی ظاهراً مدرک آن کتب عامه بوده و در مجامع روایی شیعه نقل نشده است. (امیرخانی) • الخلاف، ج ۳، ص ۱۶۹: و روی عمرو بن شعیب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه و آله أنه قال: «لا طلاق إلا فيما يملك، و لا عتق إلا فيما يملك، و لا بيع إلا فيما يملك». • غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، ص ۲۰۸: و يعارض المخالف بما رووه من نهيه صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده، و من قوله: لا بيع إلا فيما يملك، و لم يفصل بين ما أجازة المالك و ما لم يجزه. • السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (و المستطرفات)، ج ۲، ص ۲۷۵: روی عمرو بن شعیب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه و آله، أنه قال: لا طلاق إلا فيما يملك، و لا عتق إلا فيما يملك، و لا بيع إلا فيما يملك. • عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة، ج ۳، ص ۲۰۵: وَ رَوَى عُمَرُ بْنُ شَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِيِّ ۹ أَنَّهُ قَالَ لَا طَلَّاقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُهُ وَ لَا عِتْقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُهُ وَ لَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُهُ.

لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (۱) و ... تقيید خورده است. علاوه آن که روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» مرسل بوده و با این اطلاق حجیتی ندارد، هر چند اصل آن جزء مسلمات می باشد.

مرحوم شیخ در مورد عدم جواز بیع غیر ملک، وجه عقلی ذکر می کنند (۲) و آن این که حقیقت بیع «تبدیل مال بمال» است و باید مالی با مال دیگر تبدیل شود. پس همان طور که بیع بدون عوض معنا ندارد و عقلاً بیع نیست، همچنین اگر

۱- (وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ) سوره ی مبارکه ی مؤمنون، آیات ۵ تا ۷ و سوره ی مبارکه ی معارج، آیات ۲۹ تا ۳۱.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۲: فنقول: أمّا إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك، فالظاهر أنّها لا- تجوز؛ إذ التصرف الموقوف على الملك لا- يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك؛ فإنّ إذن المالك ليس مشرعاً، و إنّما يمضى فيما يجوز شرعاً، فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟

مَعْوَض از کیس مالک برود ولی عوض به کیس دیگری (مباح له) داخل شود با حقیقت بیع سازگاری ندارد. بیع یعنی معوض که از کیس هر کس خارج می شود عوض جای آن قرار گیرد و الا- اگر معوض از ملکیت زید خارج شود، ولی عوض به ملک عمرو (مباح له) داخل شود معاوضه صدق نمی کند؛ چون معاوضه یعنی جابه جا شدن عوضین نسبت به صاحبان هر یک. بنابراین بیع غیر ملک محذور عقلی دارد.

آن جاهایی که محذور توقف تصرف بر ملک، عقلی باشد این خصوصیت را دارد که با حفظ موضوع نمی توان استثناء کرد؛ چون محذور عقلی قابل استثناء نیست هر چند از غیر مستقلات عقلی باشد، ولی اگر محذور شرعی باشد و از عموم و اطلاق استفاده شده باشد، اگر حجت قائم شود در موردی غیر مالک می تواند تصرف کند، آن عموم و اطلاق قابل تقیید و تخصیص است.

مرحوم شیخ بعد از تثبیت این کبری که با إباحه، تصرفات متوقف بر ملک جایز نیست؛ چه توقف تصرف بر ملک به حکم شرع باشد و چه به حکم عقل، می فرماید دو وجه برای تصحیح تصرف مباح له قابل تصور است، هر چند آن دو وجه در ما نحن فیه مفقود است، ولی برای این که کسی گرفتار خبط و اشتباه نشود و فروع مناسب آن هم ذکر شده باشد مرحوم شیخ به صورت مبسوط آن دو وجه را که هر کدام مشتمل بر طرقی است ذکر می کنند.

قبل از ورود به بحث، تذکر این نکته مفید است که گرچه مرحوم شیخ این بحث را در تنبیه چهارم معاطات ذکر کرده ولی اختصاص به معاطات ندارد، لذا اگر مَبِیْح با لفظ هم گفته باشد «أَبْحَتْ لَكَ جَمِيعَ التَّصَرُّفَاتِ فِي مَلَکِی» و مَبَاحٌ له لفظ «قَبْلَتْ» گفته باشد باز این مباحث در آن جا نیز مطرح می باشد.

به هر حال دو وجه و شعب آن به شرح ذیل است:

وجه تصحیح تصرف متوقف بر ملک برای مباح له

وجه اول: وجه اول مشتمل بر سه طریق است: (۱)

طریق اول: وقتی مالک (مبیح) به مباح له می گوید: «أبحتُ لك كلَّ تصرفٍ حتى التصرف المتوقف على الملك» یا «أبحتُ لك أن تبع مالي لنفسك» قصد کند که مباح له را وکیل می کند مال مبیح را از جانب او بفروشد و سپس ثمن آن را برای خودش (مباح له) برداشته و تملک بکند؛ یعنی در واقع چنین قصد کند که «وكلتك لبيع مالي لنفسی ثم تملیک ثمنه لنفسك». پس هم اباحه می کند، هم توکیل در بیع می کند و هم توکیل در تملیک ثمن برای خود که در این فرآیند در واقع چهار امر محقق می شود؛ اباحه، توکیل، بیع و هبه.

طریق دوم: مبیح قصد کند که مباح له را وکیل می کند مالش را تملیک خود کند، آن گاه که به ملک مباح له در آمد بفروشد. پس ابتدا اباحه می کند و در عین

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۳: نعم، یصح ذلك بأحد وجهین، كلاهما فی المقام مفقود: أحدهما: أن یقصد المبیح بقوله: «أبحت لك أن تبع مالي لنفسك» أن ینشأ توکیلاً له فی بیع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو فی نقله أولاً إلى نفسه ثم بیعه، أو تملیکاً له بنفس هذه الإباحه، فیکون إنشاء تملیک له، و یكون بیع المخاطب بمنزله قبوله، كما صرح فی التذکره: بأن قول الرجل لمالك العبد: «أعتق عبدك عنی بكذا» استدعاءً لتملیکه، و إعتاق المولی عنه جواب لذلك الاستدعاء، فیحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب، و یقدر وقوعه قبل العتق آنما، فیکون هذا بیعاً ضمناً لا یحتاج إلى الشروط المقرره لعقد البیع، و لا شك أن المقصود فیما نحن فیہ لیس الإذن فی نقل المال إلى نفسه أولاً، و لا فی نقل الثمن إليه ثانياً، و لا قصد التملیک بالإباحه المذكوره، و لا قصد المخاطب التملک عند البیع حتى یتحقق تملیک ضمناً مقصود للمتکلم و المخاطب، كما كان مقصوداً و لو إجمالاً فی مسأله «أعتق عبدك عنی»؛ و لذا عدّ العامه و الخاصه من الأصولیین دلاله هذا الكلام على التملیک من دلاله الاقتضاء التي عرفوها: بأنها دلاله مقصوده للمتکلم یتوقف صحه الكلام عقلاً أو شرعاً علیه، فمثلاً للعقلی بقوله تعالى وَ سِئِلِ الْقَرْيَةَ، و للشرعی بهذا المثال، و من المعلوم بحکم الفرض أن المقصود فیما نحن فیہ لیس إلّا مجرد الإباحه.

حال مباح له را وکیل می کند که هنگام اراده ی فروش، آن را به خود تملیک کند، آن گاه بفروشد؛ یعنی بعد از این که ملک مباح له شد بفروشد.

طریق سوم: مالک که گفت: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» نفس این عبارت إنشاء تملیک باشد و وقتی مباح له آن را می فروشد فروشش به منزله ی قبول آن تملیک مالک باشد. پس کلام مالک به منزله ی تملیک مجانی است که دال بر قبول آن، بیع مباح له است.

این نظیر آن چیزی است که علامه در تذکره فرموده: اگر کسی به مولای عبدی گفت: «أعتق عبدك عني بكذا»؛ عبدت را از جانب من به این مقدار آزاد کن، این در حقیقت بدین معناست که من تقاضا می کنم عبدت را به این مقدار به من تملیک کن (بفروش) و بعد از این که ملک من شد از جانب من او را آزاد کن و الا اگر این طور نباشد عتق از جانب مولا محقق می شود نه از جانب مستدعی. پس این در حقیقت ابتدا بیع ضمنی است که آنما قبل از عتق محقق می شود، سپس عتق در واقع از ملک مستدعی که مشتری است واقع می شود. بنابراین مانعی ندارد در ما نحن فیه که مالک می گوید «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» بدین معنا باشد که من مال را به تو تملیک می کنم که آنما قبل از بیع ملک تو شود، آن گاه که فروختی ثمنش هم مال تو باشد.

وجه دوم: وجه دوم نیز مشتمل بر سه طریق است. (۱)

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۸۴: الثانی: أن يدلّ دليل شرعی علی حصول المملکة للمباح له بمجرد الإباحه، فیکون کاشفاً عن ثبوت المملک له عند إرادته البیع آنما، فیقع البیع فی ملکه، أو يدلّ دليل شرعی علی انتقال الثمن عن المبیح بلا- فصل بعد البیع، فیکون ذلك شبه دخول العمودین فی ملک الشخص آنما ما لا یقبل غیر العتق؛ فإنه حیثنذ یقال بالملک المقدر آنما؛ للجمع بین الأدله. وهذا الوجه مفقود فیما نحن فیه؛ إذ المفروض أنه لم یدلّ دلیل بالخصوص علی صحه هذه الإباحه العامه، و إثبات صحته بعموم مثل «الناس مسلطون علی أموالهم» یتوقف علی عدم مخالفه مؤداه لقواعد أخر مثل: توقف انتقال الثمن إلى الشخص علی کون المثلّم مالاً له، و توقف صحه العتق علی المملک، و صحه الوطاء علی التحلیل بصیغه خاصه، لا- بمجرد الإذن فی مطلق التصرف. ولأجل ما ذکرنا صرح المشهور، بل قیل: لم یوجد خلاف، فی أنه لو دفع إلى غیره مالاً و قال: اشتر به لنفسک طعاماً من غیر قصد الإذن فی اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم یصح، كما صرح به فی مواضع من القواعد، و علله فی بعضها بأنه لا یعقل شراء شیء لنفسه بمال الغیر. و هو كذلك؛ فإن مقتضى مفهوم المعاوضه و المبادله دخول العوض فی ملک من خرج المعوض عن ملکه، و إلما لم یکن عوضاً و بدلاً؛ و لما ذکرنا حکم الشیخ و غیره بأن الهبه الخالیه عن الصیغه تفید إباحه التصرف، لکن لا یجوز وطاء الجاریه مع أن الإباحه المتحققه من الواهب تعمّ جمیع التصرفات.

طریق اول: مالک که به مقتضای «الناس مسلطون علی اموالهم» و ادله ی دیگر مالش را إباحه می کند برای مباح له مباح می شود. از طرف دیگر اگر دلیل شرعی مانند اجماع قائم شود بر این که ملکیت هم با این إباحه حاصل می شود مقتضای جمع بین دلیل إباحه و این دلیل شرعی آن است که بگوییم: آن مال برای مباح له مباح است تا آنما قبل از بیع که مالک آن می شود، لا محاله بیع در ملک خودش اتفاق می افتد و ثمن نیز به کیس خودش داخل می شود.

طریق دوم: مباح له وقتی مبیع را می فروشد ثمن آن به مقتضای معاوضه داخل در کیس مبیع می شود، ولی می توان فرض کرد دلیل شرعی قائم شود بر این که ثمن به مجرد این که داخل ملک مبیع شد به ملکیت مباح له در آید.

طریق اول و دوم که ملکیت تقدیری آنما می باشد در فقه نظیر نیز دارد و آن مسأله ی شراء عمودین است. اگر کسی پدر یا مادر خود را به عنوان عبد یا أمه خرید، مقتضای جمع بین ادله آن است که آنما مالک می شود و سپس آزاد می شود؛ زیرا از یک طرف دلیل می فرماید: «لا عتق الا فی ملک» لذا اگر بنده ای از

قَبِيل این فرزند آزاد شود باید داخل ملکش بوده باشد. از طرف دیگر دلیل می فرماید: «الانسان لا يملك عموديه»^(۱)، لذا مقتضای جمع بین این دو دلیل و دلیلی که می فرماید «شراء عمودین جایز است» آن است که بگوییم: شراء عمودین صحیح است و داخل در ملک ولد می شود ولی به مجرد دخول در ملک آزاد می شوند. در ما نحن فیه هم که نظیر این مسأله است می گوییم: مقتضای جمع بین دلیل إباحه که بیش از إباحه برای مباح له از آن استفاده نمی شود و دلیل دیگر شرعی که می گوید مباح له مالک می شود آن است که به اندازه ی ضرورت قائل به ملکیت شویم؛ یعنی بگوییم آنما قبل از بیع، مالک مبیع می شود یا بلافاصله بعد از بیع مالک ثمن می شود.

مرحوم شیخ می فرماید: طریق اول و دوم همانند وجه اول در ما نحن فیه ناتمام است؛ زیرا دلیلی دلالت نکرده که مباح له با إباحه ملکیت پیدا می کند. بنابراین مباح له نمی تواند مال را برای خودش بفروشد یا برای مالک بفروشد و ثمن را مالک شود، هر چند مالک تصریح کرده باشد «أبحت لك أن تبیع مالی لنفسک».

جناب شیخ سپس می فرماید: به خاطر آن چه ما ذکر کردیم که عقلاً و شرعاً معنا

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۳، کتاب العتق، باب ۷، ص ۱۹: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: إِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ وَالِدِيهِ أَوْ أُخْتَهُ أَوْ خَالَتهُ أَوْ عَمَّتَهُ عَتَقُوا وَ يَمْلِكُكُ ابْنُ أَخِيهِ وَ عَمَّهُ وَ يَمْلِكُكُ أَخَاهُ وَ عَمَّهُ وَ خَالَهُ مِنَ الرِّضَاعَةِ. وَ بِالْإِسْنَادِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: لَمَا يَمْلِكُكُ الرَّجُلُ وَالِدَهُ وَ لَّا وَالِدَتَهُ وَ لَّا خَالَتهُ وَ يَمْلِكُكُ أَخَاهُ وَ غَيْرَهُ مِنْ ذَوِي قَرَابَتِهِ مِنَ الرَّجَالِ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ وَ فَضَالَهٖ عَنِ الْعَلَاءِ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ لَّا يَمْلِكُكُ الرَّجُلُ وَالِدِيهِ وَ لَّا وَلَدَهُ. وَ كَذَا رَوَى الَّذِي قَبْلَهُ نَحْوَهُ وَ أَشَقَطَ أَخَاهُ وَ زَادَ بَعْدَ ابْنِ أَخِيهِ وَ عَمَّهُ وَ خَالَهٖ.

ندارد کسی مال دیگری را برای خودش بفروشد مشهور تصریح کرده اند: اگر کسی پولی به دیگری داده و بگوید: «اِشتر به لنفسك طعاماً» این صحیح نیست و نمی تواند با آن طعام بخرد؛ مگر این که یکی از وجوه ذیل قصد شده باشد که عبارتند از:

(الف) مالک اذن دهد که پول را به عنوان قرض بردارد و تملک کند و بعد از تملک، با آن طعامی را برای خود ابتیاع کند. اگر طرفین چنین قصدی کرده باشند مانعی از شراء طعام با آن پول برای آخذ نیست.

(ب) مرادش این باشد که طعام را برای من بخر و بعد از خریدن آن را اقتراضاً بردار.

(ج) مرادش این باشد که طعامی را به ذمه ات بخر، آن گاه برای وفاء به دین اجازه داری از این پول پرداخت کنی؛ زیرا اداء دین با مال دیگری مانعی ندارد و حتی اگر کسی دین کسی را بدون آن که مدیون خبردار شود پرداخت کند ذمه اش بری می شود.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: علامه حلی قدس سره - در قواعد (۱) در مواردی به این مسأله تصریح

۱- قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۸۷: و كذا لو دفع إليه مالا و أمره بشراء طعام له لم يصحّ الشراء، و لا يتعين له بالقبض. أما لو قال: اشتر به طعاما و اقبضه لي ثمّ اقبضه لنفسك صحّ الشراء، و في القبض قولان. • جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۰۰: قوله: (و كذا لو دفع إليه مالا، و أمره بشراء طعام له لم يصحّ الشراء) لأن مال الغير يمتنع به شراء شيء لنفسه ما دام على ملك الغير، و مال في المختلف الى جواز ذلك. • مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحديثه)، ج ۱۴، ص ۶۷۸: قوله: (و كذا لو دفع إليه مالا - و أمره بشراء طعام له لم يصحّ الشراء، و لا يتعين له بالقبض) كما في «المبسوط و الشرائع و الدروس و غايه المرام و جامع المقاصد و المسالك لأنّ مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه ما دام على ملك الغير.

کرده و این گونه تعلیل کرده که اگر این امور سه گانه یا نظیر آن را قصد نکرده باشد بدین معناست که کسی با مال دیگری چیزی برای خودش بخرد و این معقول نیست؛ چراکه معاوضه یعنی مالک معوض به مالک عوض تبدیل شود. معوض که از کیس مالک خارج می شود عوض هم باید به مالک معوض برسد؛ نه به غیر مالک و کلام مرحوم علامه درست است.

حکومت دلیل «لا بیع الا فی ملک» بر دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم»

جناب شیخ - رحمه الله علیه - سپس می فرماید (۱): این جا نمی توان مثل مسأله ی شراء عمودین گفت که مقتضای جمع بین دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» و دلیل «لا- بیع الا- فی ملک» آن است که مباح له آنما قبل از بیع مالک می شود و وقتی مالک شد بیع

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۶: و دعوی: أن الملك التقديری هنا أيضاً لا يتوقف علی دلالة دلیل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» الدال علی جواز هذه الإباحه المطلقه، و بین أدلّه توقف مثل العتق و البیع علی الملك، نظیر الجمع بین الأدلّه فی الملك التقديری، مدفوعه: بأن عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» إنما يدلّ علی تسلط الناس علی اموالهم لا- علی أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحه المالك كل تصرفٍ جائز شرعاً، فالإباحه و إن كانت مطلقه، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحه المطلقه إلا ما هو جائز بذاته فی الشریعه. و من المعلوم: أن بیع الإنسان مال غیره لنفسه غیر جائز بمقتضى العقل و النقل الدالّ علی لزوم دخول العوض فی ملك مالک المعوض، فلا يشمل العموم فی «الناس مسلطون علی اموالهم» حتی یثبت التنافی بینه و بین الأدلّه الدالّه علی توقف البیع علی الملك، فیجمع بینهما بالتزام الملك التقديری آنما ما. و بالجمله، دلیل عدم جواز بیع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاکم علی عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» الدالّ علی إمضاء الإباحه المطلقه من المالك علی إطلاقها، نظیر حکومه دلیل عدم جواز عتق مال الغير علی عموم وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غیره له أو لنفسه، فلا- يتوهم الجمع بینهما بالملك القهری للنادر. نعم، لو كان هناك تعارض و تراحم من الطرفين، بحيث أمکن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، أمکن الجمع بینهما بالقول بحصول الملك القهری آنما ما، فتأمل.

هم برای خودش واقع می شود؛ زیرا «الناس مسلطون علی اموالهم» بدین معناست که مردم بر اموالشان تسلط دارند؛ نه این که بر احکامشان تسلط داشته باشند! «الناس مسلطون علی اموالهم» یعنی مردم تسلط بر اموالشان دارند در آن محدوده ای که تسلط جایز است؛ نه در آن چه وضعاً یا تکلیفاً حرام است. بنابراین بین دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» و دلیل «لا بیع الا فی ملک» اصلاً تراحمی وجود ندارد تا مقتضای جمع درست کنیم، بلکه دلیل «لا بیع الا فی ملک» حاکم بر دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» می باشد؛ زیرا «الناس مسلطون علی اموالهم» یعنی «الناس مسلطون علی اموالهم فی ما هو جائز لا فی ما هو حرام وضعاً او تکلیفاً» و «لا بیع الا فی ملک» هم می گوید: بیع در غیر ملک جایز نیست. پس بیع در غیر ملک، خارج از محدوده ی تسلط افراد بر اموالشان می باشد که بتوانند اجازه دهند.

این نظیر حکومت دلیل «لا عتق الا فی ملک» بر دلیل «ف بنذرک» است در جایی که کسی نذر کرده عبد دیگری را آزاد کند؛ زیرا دلیل «لا عتق الا فی ملک» بیان می کند آزاد کردن عبد دیگری اصلاً عتق نیست تا مشمول «ف بنذرک» در عتق باشد.

حکومت یا ورود و تخصص؟!

اگر بیع مال غیر اصلاً معقول نباشد و محذور عقلی داشته باشد تخصصاً از تحت «الناس مسلطون علی اموالهم» خارج خواهد بود؛ زیرا این قاعده اصلاً تسلط بر امور غیر معقوله را شامل نمی شود و فقط شامل تسلط بر موارد معقول می شود.

اما اگر دلیل عدم جواز بیع مال غیر، دلیل شرعی «لا بیع الا فی ملک» باشد باید بگوییم این دلیل بر دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» با آن معنایی که جناب شیخ کردند که «الناس مسلطون علی اموالهم فی ما هو جائز لا فی ما هو

حرام وضعاً أو تكليفاً» ورود دارد؛ نه حکومت؛ زیرا در حکومت، دلیل حاکم به نوعی ناظر به دلیل محکوم است و تعبداً فردی را از موضوع دلیل محکوم خارج می کند (۱) با این که تکویناً داخل در آن موضوع است؛ مثلاً دلیل «لا ربا بین الوالد و الولد» تعبداً ربای بین والد و ولد را از تحت کریمه ی (حَرَّمَ الرَّبَا) خارج می کند. امّا در «ورود»، موضوع دلیل مورد تکویناً به برکت تعبد از بین می رود و دیگر موضوع شامل آن نمی شود. مثال معروف آن، دلیل حجیت خبر واحد است که تکویناً موضوع قاعده ی «قبیح عقاب بلا بیان» را از بین می برد. اگر بیانی از جانب شارع نباشد عقاب قبیح است، ولی شارع با حجت قرار دادن خبر واحد، آن را تعبداً بیان می داند و بعد از این تعبد، دیگر موضوع قبیح عقاب بلا بیان تکویناً از بین می رود. پس در ورود با تعبد، تکویناً موضوع دلیل مورد از بین می رود، لذا در ما نحن فیه هم باید بگوییم ورود است؛ نه حکومت؛ زیرا جناب شیخ «الناس مسلطون علی اموالهم» را معنا کردند به «الناس مسلطون علی اموالهم فی الموارد الجائزه»، پس اگر شارع موردی مانند «بیع مال غیر» را تعبداً بفرماید جایز نیست، دیگر بالوجدان و تکویناً از تحت «الناس مسلطون علی اموالهم» خارج می شود.

طریق سوم: طریق سوم فرض ملک حقیقی است، مانند بیع ذو الخيار و بیع واهب که آنما قبل از فروش وارد ملکش می شود و بیع در ملکش محقق می شود. (۲)

۱- یا تعبداً فردی را برای موضوع دلیل محکوم درست می کند.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۸۸: و أمّا حصول الملك فی الآن المتعقب بالبيع و العتق، فیما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فلیس ملكاً تقدیرياً نظیر الملك التقدیری فی الدیه بالنسبه إلى المیت، أو شراء العبد المعتق علیه، بل هو ملك حقیقی حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله فی الآن المتصل؛ بناءً علی الاكتفاء بمثل هذا فی الرجوع، و لیس كذلك فیما نحن فیه. و بالجمله، فما نحن فیه لا ینطبق علی التملیک الضمنی المذكور أولاً فی «أعتق عبدك عنی»؛ لتوقفه علی القصد، و لا- علی الملك المذكور ثانیاً فی شراء من ینتق علیه؛ لتوقفه علی التنافی بین دلیل التسلط و دلیل توقف العتق علی الملك، و عدم حکومه الثانی علی الأول، و لا- علی التملیک الضمنی المذكور ثالثاً فی بیع الواهب و ذی الخيار؛ لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحیث یکشف البیع عنه، فلم یبق إلّا الحكم ببطلان الإذن فی بیع ماله لغيره، سواء صرح بذلك كما لو قال: «بع مالی لنفسك»، أو «اشترِ بملی لنفسك»، أم أدخله فی عموم قوله: «أبحت لك کلّ تصرّف»، فإذا باع المباح له علی هذا الوجه وقع البیع للمالك إمّا لازماً؛ بناءً علی أنّ قصد البائع البیع لنفسه غیر مؤثر، أو موقوفاً علی الإجازة؛ بناءً علی أنّ المالك لم ینو تملك الثمن.

توضیح مطلب این که اگر کسی متاعی را به دیگری بفروشد ولی حق خیار داشته باشد یا متاعی را به نحو جواز هبه کرده باشد، می تواند دوباره آن متاع را به شخص ثالث بفروشد. راه تصحیح این بیع آن است که بگوییم آنما قبل از فروش، آن متاع حقیقتاً داخل در ملک ذو الخیار و واهب می شود، آن گاه متاع را در ملک خودش می فروشد؛ چون از یک طرف «لا بیع الا فی ملک» داریم و از طرف دیگر ذو الخیار و واهب حق رجوع دارد و می تواند متاع خودش را بفروشد. لذا مقتضای جمع بین این دو آن است که بگوییم آنما قبل از فروش رجوع محقق شده و تحقیقا وارد ملک ذو الخیار و واهب شده، سپس فروخته می شود. ما نحن فیه هم می تواند مثل بیع ذو الخیار و بیع واهب باشد به این صورت که مبیع آنما قبل از بیع حقیقتاً وارد ملک مباح له می شود و سپس بیع در ملک مباح له محقق می شود.

شیخ - رحمه الله علیه - می فرماید: طریق سوم هم در ما نحن فیه ناتمام است؛ زیرا در مورد بیع واهب و ذوالخیار دلیل وجود دارد و مقتضای جمع بین أدله است، امّا در ما نحن فیه که مالک به مباح له می گوید «بُع کتابی لنفسک» چنین دلیلی وجود ندارد، لذا از طریق سوم (ملکیت حقیقی آنما) نیز قابل تصحیح نیست.

ملکیت تقدیری یا حقیقی؟!

مرحوم شیخ قدس سره - در مثل ملکیت آنّما بر عمودین و سپس اعتناق آن ها فرمود ملکیت تقدیری است و در ملکیت ذو الخیار و واهب آنّما قبل از بیع فرمود ملکیت حقیقی است. فرق این دو در چیست؟ ملکیت تقدیری اگر صرف فرض است و ملکیتی در واقع حاصل نمی شود، پس ارزشی ندارد و نمی تواند به عنوان راه حل برای شراء عمودین باشد و اگر در واقع ملکیتی حاصل شده پس ملکیت حقیقی است و با ملکیت ذو الخیار و واهب فرقی ندارد. حقیقت و ذات ملکیت اعتبار است، اگر حاصل شد دیگر فرقی بین ملکیت عمودین آنّما قبل از اعتناق با ملکیت ذوالخیار آنّما قبل از بیع نیست. بنابراین تسمیه ی یکی به تقدیری و دیگری به حقیقی وجهی ندارد.

بحث صغروی در تصرفات متوقف بر ملک

اشاره

بیان کردیم این کبری که با إباحه نمی توان تصرف متوقف بر ملک کرد از قضایایی است که قیاساتهما معها و جای بحث ندارد. مهم بحث صغروی است که چه تصرفاتی متوقف بر ملک است.

مواردی که به عنوان تصرفات متوقف بر ملک شمرده شده عبارتند از:

۱. فروش ملک غیر برای خود «لا بیع الا فی ملک»

اشاره

دو دلیل بر عدم جواز فروش ملک غیر و بیع غیر مملوک اقامه شده که قبلاً نیز آن را ذکر کردیم.

یکی دلیل عقلی است که مرحوم شیخ توضیح دادند که مقتضای بیع آن است که ثمن داخل کیس کسی می شود که مبیع از کیس او خارج شده است. پس اگر کسی ملک دیگری را برای خودش بفروشد این خلاف حقیقت بیع بوده و بیع بر

آن صدق نمی کند. بنابراین حتی اگر مبیح به مباح له تصریح کند که می توانی برای خودت بفروشی، نمی تواند برای خودش بفروشد.

دیگری دلیل شرعی است که از روایات استفاده می شود «لا بیع الا فی ملک».

در نقد این دو دلیل می گوئیم:

اولاً: در تعریف بیع قبلاً بیان کردیم: این که بر لسان عده ای جاری است که بیع تبدیل اضافه است درست نیست، بلکه بیع آن است که موجب (بایع) رابطه ی ملکی خود را نسبت به مبیع إفاء می کند و رابطه ی ملکی جدیدی را برای مشتری نسبت به مبیع ایجاد می کند، همچنین رابطه ی ملکی مشتری به ثمن را إفاء می کند و رابطه ی ملکی جدیدی را برای خودش نسبت به ثمن ایجاد می کند و مشتری هر دو را قبول می کند.

ثانیاً: به حسب سیره و روش عقلاء در إفاء رابطه ی ملکی قبل و ایجاد رابطه ی ملکی جدید نیازی ندارد که موجب مالک باشد، بلکه اگر اختیار تام هم نسبت به مالی داشته باشد می تواند این عمل را انجام دهد. به عنوان مثال پولی که پدر به فرزندش می دهد و مرادش این نیست که ملک فرزند شده باشد تا اگر فوت کرد به عنوان میراث به مادرش هم برسد، بلکه صرفاً اباحه کرده ولی این اجازه را داده که با آن مثلاً غذا یا لباس بخرد، حال اگر فرزند با آن پول، غذا یا لباس برای خود بخرد شکی نیست که بیع بر آن صدق می کند. بنابراین از لحاظ عقلاء لازم نیست که بایع حتماً مالک باشد، بلکه اگر اختیار خرید با آن ثمن یا اختیار فروش مبیع را داشته باشد نزد عقلاء کافی است که بیع بر عمل او صدق کند و او بایع باشد.

پس این که گفته شد معنای بیع به مقتضای حکم عقل آن است که مالکیت مالکی با مالکیت مالک دیگر جابه جا شود و غیر مالک نمی تواند بفروشد درست

نیست، بلکه معنای بیع تبدیل است از جانب هر کسی که این اختیار را دارد، بنابراین هر یک از «مالک» یا «مأذون از جانب مالک» می توانند بیع انجام دهند و بیع اختصاص به مالک ندارد. به همین خاطر قبلاً بیان کردیم حاکم شرع با این که مالک نیست می تواند سهم سبیل الله از زکات را که ملک کسی نیست یا لااقل بنا بر مبنای این که ملک کسی نیست بفروشد و آن را در جهاد که فرد اعلائی سبیل الله است هزینه کند، در حالی که اگر محذور عقلی داشت قابل استثناء نبود.

پس اشکال عقلی و نیز اشکال عقلانی بیع غیر مملوک که بعضی مطرح کرده اند مندرج است.

امّا دلیل شرعی «لا- بیع الا- فی ملک» گرچه درست است که از آن استفاده می شود نمی توان ملک دیگری را فروخت، امّا دلالت ندارد که اگر مالک اذن داده باشد هم نمی توان فروخت! از مثل این عبارت بیش از این استظهار نمی شود که فروش ملک دیگری بما هو ملک دیگری برای کسی که اجنبی از آن است و هیچ ربطی به مالک ندارد جایز نیست، لذا برای کسی که از طرف مالک مأذون است استفاده نمی شود که جایز نیست و در آینده صحبت بیشتری در این باره خواهد آمد ان شاء الله.

از ما ذکرنا روشن می شود این که بعضی گفته اند: «اگر مباح له مبیع را برای خودش بفروشد برای مالک واقع می شود نظیر بیع فضولی که مشهور گفته اند اگر کسی ملک دیگری را بفروشد و حتی تصریح کند که برای خودم می فروشم، اگر مالک آن را اجازه کرد بیع برای مالک واقع شده و ثمن داخل در ملک مالک مبیع می شود» درست نیست؛ چون مباح له با اذنی که از طرف مالک دارد مالک بر بیع است، لذا اگر اضافه ی مشتری به ثمن را اِفاء کرد و آن را برای خودش ایجاد کرد برای خودش محقق می شود، به خلاف فضولی که مالکیتی بر بیع ندارد.

بنابراین همان طور که بعضی از اجلّه ی فقهاء از جمله سید یزدی (۱) قدس سره - فرمودند، در بیع لازم نیست بائع مالک «مبیع» باشد، بلکه همین مقدار که بائع مالک و اختیاردار «بیع» باشد در صدق بیع کافی است و بیع آن گونه که انشاء کند واقع می شود.

جواز پرداخت کفارات با اباحه ی شوهر

از ما ذکرنا درباره ی جواز بیع برای مباح له، حکم مسائل مشابه آن نیز روشن می شود؛ از جمله این که با مالی که شوهر اباحه کرده زن می تواند کفارات خودش را پردازد. یا اگر زن اذن دهد شوهر می تواند از مال خودش کفاره ی همسرش را پردازد و لازم نیست که شوهر ابتدا آن مال را تملیک همسرش کند و از جانب وی قبول کند، آن گاه و کالتاً از جانب وی مال همسرش را به عنوان کفاره پردازد، بلکه همین مقدار که همسرش او را وکیل در پرداخت کفاره کرده کافی است که شوهر بتواند از مال خودش پرداخت کند.

۱- حاشیه المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۷۸: مقتضی الوجه العقلي المشار إليه عدم جوازه و كذا مقتضى جمله من الأخبار الآتیه فی مسأله بیع الفضولی التي حاصل مضمونها أنه لا بیع إلا فی ما یملک و فی بعضها أن الضیعه لا یجوز ابتیاعها إلا من مالکها أو بأمره أو رضی منه و یمكن الخدشه فی الوجه العقلي بأن مقتضى إطلاق المعاوضه و المبادله و إن كان دخول العوض فی ملك من خرج عن ملكه المعوض إلا أنه قابل للتقييد بالخلاف و لا یخرج بذلك عن حقیقه المعاوضه لكفایه لحاظ كونه عوضا عرفا فی صدقها كما فی المهر فی النكاح فإنه عوض البضع و یمكن أن یكون علی غیر الزوج و كما فی أداء دين الغير كما یقال خط ثوب زید و أنا أعطیک درهما أو احمل زیدا و علی عوضه أو خذ هذا الدرهم عوض ركوب زید و نحو ذلك. فالمعتبر فی حقیقه المعاوضه جعل الشئ ۱ فی مقابل الشئ ۲ من حیث هما مع قطع النظر عن كون المالك هذا أو ذاك و حیث إذا اذن فی بیع ماله لنفسه صحّ كأن یقول بیع مالی لك و كذا فی الشراء كأن یقول اشتر بمالی لك فتأمل و أما الأخبار فیمكن أن یقال لا یستفاد منها إلا اعتبار كونه مالكا للبیع و إن لم یكن مالكا للمال و لذا قال إن الضیعه لا یجوز ابتیاعها إلا من مالکها أو بأمره أو رضی منه فهی بصدد بیان عدم جواز البیع بدون إذن المالك فتأمل.

همچنین کسی که خمس و زکات بر عهده دارد، می تواند از مالی که برایش مباح شده پرداخت کند و این که از شهید و بعضی دیگر نقل شده که با مال اباحه شده نمی توان خمس و زکات را پرداخت کرد وجه قابل قبولی ندارد.

آیا کسی می تواند خمس و زکات دیگری را پرداخت کند؟

گاهی این سؤال مطرح می شود که بعضی از پدران به جهت ترس از عاقبت فرزندانشان به خاطر عدم پرداخت خمس و زکات، حاضرند خودشان از طرف فرزندانشان پرداخت کنند، آیا این مبری ذمه ی فرزندانشان می شود؟ و به طور کلی آیا کسی می تواند خمس و زکات دیگری را پرداخت کند؟

در پاسخ می گوییم: آن کسی که خمس و زکات بر عهده اش است، در صورتی که وکالت داده باشد دیگری می تواند خمس و زکات وی را از مال خودش بپردازد؛ چون همان طور که بیان کردیم لازم نیست مالی که به عنوان خمس یا زکات پرداخت می شود ملک کسی که خمس و زکات به ذمه اش آمده، باشد، اما در صورتی که وکالت نداده باشد پرداخت تبرعی شخص دیگر مشکل است به دو جهت:

۱. خمس و زکات از واجبات عبادی بوده و احتیاج به قصد قربت دارد. لذا کفایت این که فقط مؤدی قصد قربت کند و کسی که خمس و زکات به ذمه اش آمده غافل باشد مورد اشکال است.

البته ممکن است کسی ادعا کند از آن جا که عمده دلیل بر عبادی بودن زکات و خمس روایتی است با این مضمون که «لا صدقه إلا ما أريد به وجه الله»^(۱) به

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۹، کتاب الوقوف و الصدقات، باب ۱۳، ح ۲، ص ۲۰۹ و تهذیب الاحکام، ج ۹، ص ۱۵۱: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَثْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: لَا صَدَقَةَ وَلَا عَتَقَ إِلَّا مَا أُرِيدَ بِهِ وَجْهُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

ضمیمه ی ادعای اجماع، این بیش از لزوم قصد قربت مؤدی اقتضاء نمی کند، ولی جای تأمل دارد و التزام به آن مشکل است هر چند بعضی به آن ملتزم شده اند.

۲. در مورد زکات و خمس حدّ اقل دو مبنا وجود دارد؛ یک مبنا این است که زکات و خمس به ذمه ی افراد تعلق می گیرد، که در این صورت چون به صورت دین بر عهده ی من علیه الخمس می شود صرف نظر از اشکال اوّل مشکلی ندارد که دیگری آن را پرداخت کند؛ زیرا پرداخت تبرعی دین دیگری بلا-مانع است؛ مثلاً زید که به عمرو صد هزار تومان بدهکار است، بکر می تواند به عنوان پرداخت دین زید صد هزار تومان به عمرو بدهد و ذمه ی زید بریء شود.

مبنای دیگر آن است که زکات و خمس به عین تعلق می گیرد که در این صورت فقط مالک می تواند آن عین را افزایش کند یا قیمت آن را بپردازد تا اشتراک از بین برود و دلیلی وجود ندارد که با تبرّع دیگری اشتراک زائل شود.

در مورد کفارات هم در صورتی که تبرعاً و بدون اذن باشد همین اشکال وجود دارد؛ چون همان طور که قبلاً بیان کرده ایم (۱) کفارات عبادی است، بر خلاف سید خوئی - رحمه الله علیه - که فرموده بود (۲) توصلی است.

۲. «لاعتق الا فی ملک»

اشاره

مسأله ی دیگری که به عنوان صغریات کبرای «عدم جواز تصرفات متوقف بر

۱- رجوع شود به مقالات فقهی (۷).

۲- موسوعه السید الخوئی، ج ۲۲، ص ۳۰۸: و الأمر بالكفّارة فيما نحن فيه من هذا القبيل، ضرورة أنّ الأمر بالتكفير توصلی لا تعبدي، فلا يعتبر في سقوطه قصد التقرب، و إنّما العبادیه معتبره في نفس المتعلّق من الصوم و العتق لقوله عليه السلام -: «لا عتق إلّا ما قصد به الله» دون الإطعام، فلو أطعم بعنوان الكفّارة كفي و إن لم يقصد به القربه. و هذا أقوى شاهد على أنّ الأمر الناشئ من قبل الكفّارة توصلی في حدّ نفسه، و إلّا لما اختلفت الخصال الثلاث فيما ذكر كما لا يخفى.

ملک با إباحه» مطرح شده «عتق» است؛ یعنی اگر کسی عبد یا أمه ای را به دیگری إباحه کرده باشد مباح له نمی تواند آن عبد یا أمه را آزاد کند حتی اگر مُبیح تصریح به جواز عتق کرده باشد. کما این که کسی که می خواهد بنده ای آزاد کند اگر به دیگری بگوید «اعتق عبدک عنی» و واقعا این را قصد کرده باشد که عبدش را بدون این که تملیک کند از جانب تقاضا کننده آزاد کند، عتقی محقق نمی شود؛ چون در روایات وارد شده «لا عتق الا فی ملک» (۱) یا «لا عتق الا بعد الملک» (۲).

ولی بعید نیست که این جا هم بگوییم مراد روایات، احتراز از عتق مملوک دیگری بما هو مملوک است، لذا اگر کسی مالک و اختیاردار عتق به إباحه باشد هر چند مالک عبد نباشد، عتق محقق می شود و روایات نظری به آن ندارد.

شاید بتوان از این قضیه هم در معنا کردن عبارت استفاده کرد که در بعضی روایات وارد شده که زنی در خارج از مدینه وقتی دید دشمنان اسلام حمله کردند و ممکن است به اسارت گرفته شود سوار بر شتری شد و به سرعت از

۱- الخلاف، ج ۳، ص ۱۶۹: و روی عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ۹ أنه قال: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك».

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۲، كتاب الطلاق، باب ۱۲، ح ۱، ص ۳۱: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - فِي حَدِيثٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا مَا عَاشَتْ أُمِّي فَهِيَ طَالِقٌ فَقَالَ لَا طَلَّاقَ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ وَ لَمَّا عَتَّقَ إِلَّا بَعْدَ مِلْكِهِ. وَ رَوَاهُ فِي الْمُقْنِعِ مُرْسِيًّا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ۹. • وسائل الشيعه، ج ۲۳، كتاب العتق، باب ۵، ح ۱، ص ۱۵: وَ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ عَدِهِ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ شَمُونٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْأَصَمِّ عَنْ مِسْمَعِ أَبِي سَيَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ۹ لَا عِتْقَ إِلَّا بَعْدَ مِلْكِهِ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ ۹.

معرکه فرار کرد، وقتی خدمت پیامبر - صلی الله علیه و آله و سلم - رسید به حضرت عرض کرد: نذر کردم به شکرانه ی این که توانستم به سلامت از معرکه نجات پیدا کنم این شتر را نحر کنم. حضرت فرمودند: بئس ما جَزَيْتِ نَاقَتَكَ، این شتر تو را از اسارت نجات داد ولی تو بد جزایی می خواهی به آن بدهی، بعد فرمودند: این شتر مال من است و تو نذر کرده ای شتر مرا بکشی، در حالی که نذر باید در ملک باشد. (۱) مراد حضرت این است که چون بدون اجازه در ملک دیگری نذر کرده، نذر واقع نمی شود؛ نه این که لازم است منذور حتماً مملوک ناذر باشد.

آیا در شراء عمودین، عتق در ملک محقق می شود؟

با این که قائل شدیم لازم نیست عتق حتماً در ملک باشد و در بعضی موارد برده می تواند بدون ورود در ملک آزاد شود، اما در مسأله ی شراء عمودین مانند مشهور می گوئیم که عمودین بعد از شراء آنها وارد ملک ولد می شوند آن هم به نحو ملکیت حقیقی نه ملکیت تقدیری و فرضی، سپس آزاد می شوند؛ زیرا فرض آن است که ولد، عمودین را برای خودش می خرد و چنین شرائی صحیح است، لذا به مقتضای تحقق شراء باید بگوئیم عمودین وارد ملک مشتری (ولد) می شوند؛ زیرا معنای شراء آن است که در مقابل ثمنی که مشتری پرداخت می کند مثنی هم برای کسی که فرض کرده منتقل شود و فرض آن است که ولد ثمن را پرداخت کرده تا عمودین داخل در ملک خودش شوند، پس آنها داخل در ملکش می شوند و الا اگر بدون دخول در ملک ولد آزاد شوند شرائی محقق نشده است.

۱- مصنف عبد الرزاق الصنعانی، ج ۸، ص ۴۳۵: وَأَنَّ امْرَأَةً أَقْبَلَتْ هِيَ وَ زَوْجٌ لَهَا، فَأَخَذَ زَوْجُهَا الْعَدُوَّ فَأَوْثَقُوهُ وَ كَانَتْ عَلَى رَاحِلِهِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَنَذَرَتْ لِيْنِ قَدِمَتِ الْمَدِينَةَ لِتُنْحَرِنَهَا، فَلَمَّا جَاءَتْ أَخْبَرَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِنَذْرِهَا، فَقَالَ: «بئس ما جَزَيْتِ نَاقَتَكَ، لَا تُنْحَرِيهَا، فَإِنَّكَ لَا تَمْلِكِينَهَا».

۳. «لا وطی الا فی ملک»

مورد دیگری را که مطرح کردند وطی جاریه است که باید در ملک باشد، لذا مباح له نمی تواند جاریه ای که به وی إباحه شده را وطی کند.

ولی این جزء واضحات فقه شیعه است که به تحلیل هم می شود وطی کرد و غیر از شاذی از امامیه کسی مخالفت نکرده است، همان طور که مرحوم شیخ نیز به آن تصریح می کنند، فقط ادعا شده که این تحلیل باید به صیغه ی خاصی باشد؛ مثلاً به صیغه ی تملیک بضع باشد؛ یعنی اگر بگوید: «أَبَحْتُ لَكَ وَطِي جَارِيَتِي» نمی تواند وطی کند، ولی بگوید «مَلَكَتُكَ بَضْعَ جَارِيَتِي» می تواند وطی کند، الا این که با مراجعه ی به روایات می یابیم که تحلیل با هر لفظی که دال بر آن باشد مجوز وطی است، مگر این که اجماع وجود داشته باشد که صیغه ی خاصی لازم است و الا مقتضای روایات، جواز وطی جاریه ی دیگری به تحلیل است.

إن قلت: کریمه ی (وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) (۱) جواز وطی را منحصر در این کرده که یا زوجه باشد یا ملک یمین، لذا جواز وطی با تحلیل، با کریمه سازگاری ندارد.

قلت: حداقل دو پاسخ می توان ارائه کرد:

۱. کریمه قابل تخصیص است، چنان که روایت معروف «لَمَّا تَعَادُ الصَّلَاةُ إِلَّا مِنْ خَمْسَةِ الطُّهُورِ وَالْوَقْتِ وَالْقِبْلَةِ وَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ» (۲) تخصیص خورده و مورد

۱- (وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ) سوره ی مبارکه ی مؤمنون، آیات ۵ تا ۷ و سوره ی مبارکه ی معارج، آیات ۲۹ تا ۳۱.

۲- وسائل الشیعه، ج ۴، کتاب الصلاه، ابواب القبلة، باب ۹، ح ۱، ص ۳۱۲: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - لَا تُعَادُ الصَّلَاةُ إِلَّا مِنْ خَمْسَةِ الطُّهُورِ وَالْوَقْتِ وَالْقِبْلَةِ وَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ أَيْضًا بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرَّارَةَ مِثْلَهُ.

ششم و هفتم نیز می توان برای آن ذکر کرد. بنابراین مانعی ندارد «الا بالتحلیل» که از سنت استفاده می شود در کنار (إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) به عنوان مقید و مخصص باشد.

۲. به قرینه ی روایات متعددی که تحلیل را جایز می دانند بگوییم مراد از (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) اعم از ملکیت رقبه یا ملکیت انتفاع از رقبه از حیث وطی می باشد، کما این که مراد از (إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ) اعم از زواج دائم و موقت است.

به هر حال از نظر فقه شیعه تحلیل واضح است و جای مناقشه از حیث فتوا و روایت نیست.

آیا إباحه ی بالعوض و إباحه در مقابل إباحه معاوضه است؟

جناب شیخ - رحمه الله علیه - در بررسی وجه سوم و چهارم اقسام معاطات به حسب قصد متعاطین فرمودند این دو وجه یعنی «إباحه ی بالعوض» و «إباحه ی در مقابل إباحه» مبتلا به دو اشکال اساسی است.

اشکال اول که صغریاً و کبریاً مورد بحث قرار دادیم این بود که اگر مُبَيِّح قصد کرده باشد تمام تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملک برای مباح له باشد چنین چیزی مشروع نیست.

اشکال دوم این است که هیچ یک از این دو وجه، جزء معاوضات شناخته شده ی شرعی و عرفی نیست.

اما وجه سوم (۱) (إباحه ی بالعوض) جزء معاوضات شناخته ی شده ی شرعی و

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۸۹: و أمّا الكلام فى صحّحه الإباحه بالعوض سواء صحّحنا إباحه التصرفات المتوقّفه على الملك أم خصّصنا الإباحه بغيرها فمحصّله: أنّ هذا النحو من الإباحه المعوّضه ليست معاوضه ماليه ليدخل كلّ من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلّا أنّ المباح له يستحقّ التصرف؛ فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهوده شرعاً و عرفاً، مع التأمّل فى صدق التجاره عليها، فضلاً عن البيع، إلّا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبه له لغه؛ لأنّه فى معنى التسالم على أمرٍ بناءً على أنّه لا يشترط فيه لفظ «الصلح»، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالّه على صحّته بقول المتصالحين: «لَكَ ما عندك و لى ما عندى»، و نحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين، و لو كانت معامله مستقلّه كفى فيها عموم «الناس مسلّطون على أموالهم»، و «المؤمنون عند شروطهم». و على تقدير الصحّحه، ففى لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له؛ حيث إنّه يخرج ماله عن ملكه، دون المبيح؛ حيث إنّ ماله باقٍ على ملكه، فهو مسلّط عليه، أو جوازها مطلقاً، و جوه، أقواها أولها، ثمّ أوسطها.

عرفی نیست به خاطر این که معنای معاوضات مالیه این است که هر یک از طرفین مالک عوض دیگر شود؛ مثلاً کسی که کتابش را با قلم معاوضه می کند به این معناست که کتاب را می دهد و مالک قلم می شود و طرف مقابل هم قلم را می دهد و مالک کتاب می شود. اما در اباحه ی بالعوض این قانون خدشه دار شده و معاوضه ای به این صورت محقق نمی شود؛ زیرا مبیح که مالش را به مباح له اباحه کرده آن مال از ملکش خارج نشده، از طرف دیگر مباح له در مقابل اباحه ی مبیح، عوض را تملیک مبیح کرده است. پس مبیح هم مالک عوض شده و هم مالک معوض و این خارج از معاوضات شناخته شده ی عرفی و شرعی بوده و امری غریب می باشد.

وجه چهارم (۱) (اباحه در مقابل اباحه) نیز از معاوضات مالیه ی معهوده نیست؛ چون در معاوضات مالیه ملک جابه جا می شود، ولی در وجه چهارم هیچ ملکی جابه جا نمی شود و از این حیث از وجه سوم نیز وضعیت بدتر است؛ چون در وجه سوم ملک از یک طرف نقل می شد، هر چند وجه سوم از این حیث که یک

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹۰: و أمّا حکم الإباحه بالإباحه، فالإشکال فيه أيضاً يظهر ممّا ذکرنا فی سابقه، و الأقوی فیها أيضاً الصحّح و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛ لأصاله التسلّط.

طرف مالک عوض و معوض هر دو می شد و وضعش از این وجه بدتر است.

صلح یا معاوضه ی مستقل بودن این دو وجه در نظر شیخ قدس سره -

جناب شیخ - رحمه الله علیه - سپس می فرماید: جای تأمل است إباحه ی بالعوض تحت عنوان تجارت قرار گیرد، چه رسد به این که تحت عنوان بیع قرار گیرد! چون در تجارت لازم است چیزی از ملک تاجر خارج شده و چیزی داخل ملکش شود، آن هم به صورت مکرر و فی الجمله از این عمل منتفع شود. صرف این که یک إباحه ی بالعوض انجام شود یا حتی به صورت مکرر انجام شود تجارت صدق نمی کند، کما این که واضح است بیع هم صادق نیست. اما دو راه حل وجود دارد که إباحه ی بالعوض را از معاوضات محسوب کنیم:

الف) این که بگوییم جزء عنوان شناخته شده ی «صلح» است؛ چون لباب آن سازش است و در واقع مباح بودن ملکش را در مقابل عوضی که می گیرد مصالحه می کند هر چند لفظ «صلح» را به کار نبرده است و این مهم نیست چنان که در روایت آمده که اگر متصلحین بگویند «لک ما عندک و لی ما عندی» (۱) بدون آن که لفظ صلح را به کار برده باشند مصالحه محقق می شود؛ چون لباب این حرف که

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۸، کتاب الصلح، باب ۵، ح ۱، ص ۴۴۵: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلَيْنِ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَعَامٌ عِنْدَ صَاحِبِهِ وَ لَا يَدْرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمْ لَهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ لَكَ مَا عِنْدَكَ وَ لِي مَا عِنْدِي فَقَالَ لَا بَأْسَ بِمَذَلِكِ إِذَا تَرَاضَا بِمَا وَ طَابَتْ أَنْفُسُهُمَا. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ وَ فَضَالَهٗ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حِازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنِ ابْنِ رَبَاطٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حِازِمٍ نَخْوَهُ وَ رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ - مِثْلَهُ.

«آن چه پیش تو است مال تو و آن چه پیش من است مال من» سازش است.

ب) این که بگوییم معاوضه ای مستقل است؛ چون حقیقت یک مبادله و معاوضه را دارد و می توانیم به عموماتی مثل «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المؤمنون عند شروطهم» برای تصحیح آن تمسک کنیم، هر چند اسمی در میان عرف ندارد.

مرحوم شیخ می فرماید: علاوه بر تصحیح، لزوم چنین معامله ای را نیز می توانیم از عموم «المؤمنون عند شروطهم» استفاده کنیم. البته احتمال دارد لازم از جانب نباشد، بلکه لازم از جانب فقط مباح له باشد؛ چون عوض از ملکش خارج شده، ولی از طرف مبیح چون معوض از ملکش خارج نشده لازم نیست. احتمال هم دارد که کلاً جایز باشد. به هر حال أقوى لزوم عقد از دو طرف و در مرتبه ی بعد لزوم از جانب مباح له می باشد.

وجه چهارم (اباحه در مقابل اباحه) نیز معلوم است که تجارت عن تراض بر آن صادق نیست، لذا باید یا آن را مصالحه بدانیم یا این که بگوییم معاوضه ای مستقل است که صحت و لزوم آن را می توان از عموماتی مانند «المؤمنون عند شروطهم» به دست آورد. البته مرحوم شیخ در لزوم آن کمی شک می کنند و می فرمایند: «و الأقوی فیها أيضاً الصحه و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛ لأصالة التسلّط» به خاطر این که شک می کنیم آیا می تواند رجوع کند یا نه، به اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک می کنیم.

بررسی کلام شیخ قدس سره -

امّا در مورد صلح بودن «اباحه ی بالعوض» و «إباحه در مقابل إباحه» می گوییم: مصالحه همان طور که قبلاً بیان کردیم إنشاء سازش بوده و در واقع یک نوع کوتاه آمدن دو طرف یا حداقل یک طرف می باشد، در حالی که در ما نحن فیه چنین

نیست. بله مصالحه ی بالمعنی الأعم که به معنای توافق است و در هر عقدی وجود دارد در این دو وجه نیز وجود دارد، ولی آن مصالحه ی مصطلح نیست.

اما روایتی که می فرماید: اگر طرفین بگویند «لک ما عندک و لی ما عندی» این مصالحه است، می گوئیم: حقیقت آن است که مصالحه بودن آن به خاطر وجود قرینه است؛ زیرا اصل روایت چنین است:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ (۱) عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلَيْنِ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَعَامٌ عِنْدَ صَاحِبِهِ وَ لَا يَدْرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمْ لَهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ لَكَ مَا عِنْدَكَ وَ لِي مَا عِنْدِي فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا تَرَاضِيَا وَ طَابَتْ أَنْفُسُهُمَا.

محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام - نقل می کند که حضرت درباره ی دو نفر که هر کدام طعامی (گندم) (۲) نزد دیگری دارد و هیچ کدام مقدار آن را

۱- روایت از لحاظ سند تمام است.

۲- مراد از طعام، گندم است: • العین، ج ۲، ص ۲۵: و الطَّعَامُ اسم جامع لكل ما يؤكل، و كذلك الشراب لكل ما يشرب. و العالی فی كلام العرب: أن الطَّعَامُ هو البر خاصه. و يقال: اسم له و للخبز المخبوز، ثم يسمى بالطَّعَامِ ما قرب منه، و صار فی حده، و كل ما يسد جوعا فهو طَعَامٌ. قال [تعالی]: أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَ طَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ فَسَمِيَ الصَّيْدَ طَعَاماً، لأنه يسد الجوع. • القاموس المحيط، ج ۴، ص ۱۰۴: الطَّعَامُ: البُرُّ، و ما يُؤْكَل. • المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، ج ۲، ص ۳۷۳: إِذَا أَطْلَقَ أَهْلُ الْحِجَازِ لَفْظَ (الطَّعَامِ) عَنُوا بِهِ الْبُرَّ خَاصَّةً وَ فِي الْعُرْفِ (الطَّعَامِ) اسْمٌ لِمَا يُؤْكَلُ مِثْلُ الشَّرَابِ اسْمٌ لِمَا يُشْرَبُ وَ جَمْعُهُ (أَطْعِمَةٌ). • الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیه)، ج ۵، ص ۱۹۷۴: الطَّعَامُ: ما يؤكل، و ربما خُصَّ بالطَّعَامِ البُرُّ. و فی حدیث أبی سعید رضی الله عنه: «كنا نُخْرِجُ صدقةَ الفِطْرِ على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم صاعاً من طعامٍ، أو صاعاً من شعير».

نمی دانند، لذا هر یک به دیگری می گوید «آن چه نزد توست مال تو و آن چه نزد من است مال من» فرمودند: اشکالی ندارد وقتی طرفین راضی بوده و طیب نفس داشته باشند.

قرینه بر مصالحه بودن آن، این است که مقدار گندمی که نزد هر کدام از مال دیگری بوده مجهول بوده و هر یک از طرفین رضایت و طیب نفس داشتند که هر چقدر گندمشان نزد دیگری است مال وی باشد و این چیزی جز مصالحه نمی تواند باشد. (۱) اما در ما نحن فیه عوضین مشخص و معلوم است؛ میباید دانست چه چیزی را با چه خصوصیاتی اِباحه می کند و عوضی را که دریافت می کند چیست و چه مقدار است و هیچ نوع کوتاه آمدنی هم احساس نمی شود. بنابراین نمی توان اِباحه ی بالعوض یا اِباحه در مقابل اِباحه را صلح دانست.

و اما این که «معاوضه ی مستقل» باشد که برای تصحیح آن به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک کنیم، می گوئیم: این روایت مرسله بوده و با این اطلاق قابل استناد نیست، هر چند مضمون آن فی الجمله جزء مسلمات است.

و اما در مورد تصحیح آن با تمسک به عموم «المؤمنون عند شروطهم» می گوئیم: همان طور که در بحث لزوم معاطات نیز بیان کردیم «شرط» بر التزام ابتدایی که در ضمن عقد نیست اطلاق نمی شود و اگر جایی هم اطلاق شود علی نحو الحقیقه نیست یا حداقل احراز حقیقت نمی شود.

۱- اگر مقدارها معین بود مصالحه نمی کردند، بلکه به صورت دقیق محاسبه می کردند و هر کدام مال خود را أخذ می کرد، علاوه آن که اگر بیع یا معاوضه ی دیگر بود چه بسا مبتلا به ربا می شد. (امیرخانی)

بنابراین تمسک به این دو روایت برای تصحیح چنین معاوضه ای درست نیست.

مایه ی تعجب است که چرا شیخ - رحمه الله علیه - به عموم کریمه ی (اوفوا بالعقود) برای تصحیح و لزوم آن تمسک نمودند؟! چون «إباحه ی بالعوض» و «إباحه در مقابل إباحه» عرفاً یک عقد و قرارداد است، لذا مشمول اطلاق کریمه می باشد و دلیلی شرعی بر این که در معاوضه باید هر یک از عوضین داخل ملک دیگری شود وجود ندارد.

فرضاً اگر کسی در اطلاق کریمه مناقشه کند راه دیگری برای تصحیح آن وجود دارد و آن این که چنین معاوضه ای عند العقلاء وجود دارد و مورد ردع قرار نگرفته، پس به همان نحوی که عند العقلاء وجود دارد امضاء شده است.

بررسی صور مختلف إباحه ی بالعوض

إباحه ی بالعوض صور و مصادیق زیادی داشته و مورد ابتلاء می باشد. به عنوان مثال صاحبان باغ اجازه ی تفریح و خوردن از میوه های باغ به دیگران داده و در آخر عوضی می گیرند. یا در قدیم بیشتر مرسوم بود که در مطاعم هر چقدر کسی می توانست غذا می خورد و در آخر عوضی را پرداخت می کرد، در حالی که این ها بیع نیست؛ چون مقداری که می خواهد بخورد و نیز قیمت آن را نمی داند و این غرر است و عرفاً نیز این ها را بیع نمی نامند.

بعضی از صور مهم إباحه ی بالعوض به شرح ذیل است:

۱. مبیح برای همیشه مالش را به مباح له و وراثت او در مقابل دریافت عوض إباحه کند و خودش نیز از تصرف در آن محروم باشد، ضمان هم نداشته و اگر خراب شد مبیح وظیفه ای نداشته باشد و مباح له بتواند هر تصرفی در آن بکند.

چنین إباحه ای در حقیقت بیع است؛ نه إباحه؛ چون اگر تمام منافع یک شیء

در اختیار دیگری باشد، به ارث به وراثت مباح له برسد، مبیح از تصرف در آن محروم باشد و ضمان نداشته باشد، دیگر ملکیت برای مبیح نسبت به آن معنا ندارد و در واقع حقیقت بیع با لفظ دیگری محقق شده است و همان طور که خواهد آمد صیغه ی خاصی در بیع لازم نیست، بلکه هر چیزی حقیقت بیع را بیان کند بیع می باشد.

۲. مبیح عین مورد اباحه را برای مدت معینی مثلاً ده سال یا به اندازه ی عمر مباح له در مقابل دریافت عوض معین اباحه کند و خودش از تصرف در آن محروم باشد، ولی ضامن سلامت و بقاء عین باشد.

چنین اباحه ای حقیقت اجاره را دارد؛ چون در واقع منفعت عین به مدت معینی در مقابل عوض معین با ضمان تملیک می شود. البته ممکن است بعضی صور آن شرعاً باطل باشد.

۳. مبیح عین را برای مدتی برای مباح له در مقابل دریافت عوض اباحه می کند، ولی خودش هم می تواند تصرف کند و حتی مباح له را می تواند از تصرف محروم کند و اگر مباح له مُرد به مبیح برمی گردد و اگر مبیح مُرد به وراثش می رسد.

این اباحه ی بالعوض همان چیزی است که جناب شیخ فرمود معاوضه ی مستقل است و با کریمه ی (اوفوا بالعقود) تصحیح می شود.

۴. مبیح عین را به مباح له در مقابل دریافت عوض اباحه می کند و خودش را از تصرف در آن محروم می کند. اگر مباح له مُرد به مبیح برمی گردد و اگر مبیح مُرد به وراثش منتقل می شود.

این صورت هم عقد مستقلی است که تحت (اوفوا بالعقود) قرار می گیرد.

بررسی صور مختلف إباحه در مقابل إباحه

إباحه در مقابل إباحه نیز می تواند دارای صوری باشد که اهم آن عبارتند از:

۱. طرفین از ابتدا قصد می کنند که إباحه در مقابل إباحه به نحو معاوضه بوده به حدی که سلب اختیار از هر یک از طرفین نسبت به مالش کند و نتوانند رجوع کنند. به عنوان مثال که کثیراً در کشتزارها اتفاق می افتد هر یک از مالکان زمین بخشی از زمین خود را برای عبور طرف مقابل إباحه می کنند؛ مثلاً زید به عمرو می گوید بخشی از زمینم را إباحه می کنم به عنوان ممر برای تو باشد و در مقابل، بخشی از زمین تو هم برای من مباح باشد به عنوان ممر استفاده کنم و مقصودشان این است که این إباحه برای طرفین برای همیشه ثابت باشد و معاوضه ای باشد که قابل برگشت نباشد.

بعید نیست که عرفاً بر این صورت عقد اطلاق شود؛ چون در عقد لازم نیست متعلق آن ملک باشد، لذا مشمول اطلاق (أوفوا بالعقود) بوده و صحیح و لازم می باشد و دیگر نمی توان برای اثبات جواز آن به اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک کرد؛ چون روایت در این جا تخصیص خورده است، کما این که کسی که ملکش را إجاره می دهد نمی تواند به اطلاق روایت تمسک کرده و جواز آن را اثبات کند.

۲. هر یک ملک خود را به دیگری إباحه می کند ولی سلب اختیار از خود نمی کنند و هر وقت هر کدام خواست می تواند مانع تصرف طرف مقابل شود؛ مثلاً یکی به دیگری می گوید فعلاً شما کتاب مرا مطالعه کن، من هم از قلم شما استفاده می کنم.

این صورت معلوم است که صرف إباحه است و عرفاً عقد بر آن صدق

نمی‌کند. مدتی که با هم نشسته‌اند از مال یکدیگر استفاده می‌کنند و عقدی در کار نیست. بنابراین چنین اباحه‌ای از باب عقد نیست، بلکه از باب جواز تصرف است در ملک دیگری با رضایت وی.

۳. گاهی یک طرف مالش را اباحه می‌کند به داعی این که طرف مقابل هم مالش را اباحه کند.

این صورت هم معلوم است که عقد نیست. طرف مقابل هم ملزم نیست مالش را اباحه کند؛ چون شرط نشده و صرف داعی بوده و تخلف دواعی ضربه‌ای به عقد یا ایقاعی که قبلاً بوده نمی‌زند. بنابراین مباح له می‌تواند تصرف کند بدون آن که خودش اباحه کند.

تنبيه پنجم: (جریان معاطات در غیر بیع)

اشاره

تنبيه پنجم که کاربرد زیادی دارد مربوط به این مسأله است که آیا معاطات در غیر بیع از عقود و حتی ایقاعات هم جریان دارد؟ البته جناب شیخ این عنوان را به عقود (۱) اختصاص داده اند، ولی در ایقاعات هم به همین ملاک می تواند جاری باشد.

از آن چه تا به حال بیان کردیم پاسخ به این سؤال به راحتی میسر است؛ زیرا از مباحث گذشته معلوم شد که ملاک، تحقق عقد نزد عرف و عقلاء است. تحقق عقد هم تارةً به لفظ است مثل «بعث و اشتریت» در بیع، و تارةً به فعل است که معاطات یکی از مصادیق آن می باشد.

پس قاعده آن است که هر عقد و ایقاعی با فعل (معاطات بالمعنی الاعم) محقق می شود و تمام آثار عقد لفظی را دارد؛ مگر این که اجماعی بر خلاف قائم باشد یا عقد خاصی دارای خصوصیتی باشد که امکان معاطات در آن نباشد؛ مثلاً قیام اجماع در نکاح موجب عدم تحقق به غیر لفظ است یا در مورد طلاق روایاتی وارد شده که جز با لفظ خاص محقق نمی شود، مانند:

و عنه [محمد بن یعقوب عن حمید بن زیاد] عن ابن سماعه [الحسن بن محمد بن سماعه] عن ابن رباط و علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير جميعاً عن ابن اذينة عن محمد بن مسلم أنه سأل أبا جعفر عن رجل قال لامرأته أنت علي حرام أو بئنه أو بته أو بريته أو خليته قال: هذا كله ليس بشيء إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة بعيد ما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها أنت طالق أو

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحديثه)، ج ۳، ص ۹۱: [الأمر] الخامس في حكم جریان المعاطاه في غير البيع من العقود و عدمه.

اعْتَدَى يُرِيدُ بِذَلِكَ الطَّلَاقَ وَيُشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ.

وَرَوَاهُ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَضْرٍ فِي كِتَابِ الْجَامِعِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَلَى مَا نَقَلَهُ الْعَلَّامَةُ فِي الْمُخْتَلَفِ وَتَرَكَ قَوْلَهُ أَوْ اعْتَدَى. (۱)

روایت از لحاظ سند تمام است.

محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام - سؤال کرد درباره ی مردی که به زنش چنین گفت: تو بر من حرامی، تو جدا شدی از من، تو منقطع از من، تو بری هستی از من، تو دیگر خالی و بی شوهر هستی، حضرت فرمودند: هیچ یک از این ها چیزی نیست [و طلاق با آن محقق نمی شود] طلاق فقط به این است که بعد از این که از حیض پاک شد قبل از این که مجامعت کند بگوید: «أنتِ طالق» ... و دو مرد عادل شاهد باشند.

پس معلوم می شود حتی لفظ های نزدیک به «أنتِ طالق» هم در طلاق کافی نیست؛ چه رسد به این که اصلاً لفظی نباشد و با فعلی مانند چادر سرش کردن یا از خانه بیرون کردن یا برگرداندن نگاه ... طلاق جاری کند. پس این روایت به طریق اولی دلالت می کند طلاق با معاطات محقق نمی شود، بلکه در مورد لفظ «اعتدی» هم کلام است.

وجه اعتباری محقق نائینی قدس سره - در عدم تحقق نکاح به معاطات و نقد آن

محقق نائینی قدس سره - در مورد نکاح، غیر از تمسک به إجماع، وجه اعتباری دیگری را در عدم تحقق نکاح به معاطات ذکر کرده اند و آن این که (۲) معاطات در نکاح

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص ۶۹.

۲- المكاسب و البيع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۲۲۰: إن عناوین المعاملات باعتبار وقوع المعاطاه فیها و عدمه ینقسم علی أقسام الأول ما لا تقبل المعاطاه شرعاً بأن جعل الشارع المائز بین صحیحها و فاسدها اللفظ، فالمشتمل منها علی اللفظ صحیح و غیر المشتمل منها فاسد و ذلك كالنکاح حیث أن المائز بین النکاح و السفاح هو اللفظ و هذا القسم مما لا تجری فیہ المعاطاه أصلاً.

• منیه الطالب فی حاشیه المكاسب، ج ۱، ص ۸۱: ما لا یجری فیہ المعاطاه أمور منها: ما لا یمکن إلّا إنشاء بالقول خارجاً و منها: ما لا یصح إنشاءً بالفعل شرعاً و منها: مورد الخلاف. ... و من الثانی النکاح فإنّ الفعل فیہ ملازم لصدّه و هو الزنا و السیفاح بل مصداق للصدّ حقیقه فإنّ مقابل النکاح لیس إلّا الفعل المجرد عن الإنشاء القولی و عمّا جعله الشارع سبباً للحلیّه.

مصدقاً زنا و سفاح است که ضد نکاح می باشد؛ چون مایز بین نکاح و سفاح جز لفظ نیست. پس چگونه می توان نکاح را با ضدش که سفاح است إنشاء کرد؟!

ولی این کلام درست نیست؛ زیرا:

اولاً: عقد نکاح معاطاتی منحصر در آن عمل خاص نیست، ممکن است مثلاً انگشتر دادن و انگشتر گرفتن در جایی دالّ بر نکاح باشد. بله اگر اجماع یا نصی بر خلاف آن باشد عقد نکاح با آن محقق نمی شود، ولی محلّ کلام صرف نظر از اجماع و نص می باشد.

ثانیاً: فرق نکاح با سفاح این است که در نکاح قصد می کند که با این فعل زوجیت محقق شده و حقوق زوجیت برای طرفین ثابت شود، ولی در سفاح قصد تحقق زوجیت و حقوق آن را ندارد.

بنابراین اگر کسی با اقدام به وطی هم بخواهد عقد نکاح را محقق کند نمی توان گفت فعل او زناست و لزومی ندارد ابتدا نکاح محقق شود و لو رتبه آن گاه وطی، بلکه اگر نکاح و وطی هم زمان محقق شود و این وطی، وطی نکاحی باشد کفایت می کند.

کلام محقق نائینی قدس سره - در عدم تحقق ضمان، وصیت و تدبیر به معاطات و نقد آن

محقق نائینی قدس سره - درباره ی ضمان، وصیت و تدبیر نیز فرموده است (۱) که محذور خاص دارد و به معاطات محقق نمی شود.

«ضمان» که در کتب فقهی به معنای «انتقال دین از ذمه ای به ذمه ی دیگر» است، از آن جا که مربوط به ذمه بوده؛ نه عین و لذا عینی ردّ و بدل نمی شود نمی توانند با معاطات و بده و بستان آن را محقق کنند؛ مثلاً زید که در ذمه اش فلان مبلغ به عمرو بدهکار است و با یک عقد ضمان منتقل به ذمه ی بکر می شود، عینی ردّ و بدل نمی شود تا بتوان ردّ و بدل آن عین را به عنوان محقق عقد ضمان دانست.

یا وقتی کسی «وصیت» می کند که مثلاً این کتاب بعد از مرگم مال زید باشد، نمی توان این وصیت را با دادن آن کتاب به زید محقق کرد؛ زیرا زید که الان

۱- منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۸۱: ما لا- یجری فیہ المعاطاه امور منها: ما لا یمکن إلّا إنشاء بالقول خارجا و منها: ما لا یصح إنشاءه بالفعل شرعا و منها: مورد الخلاف. فمن الأؤل الوصیه تملیکیه کانت أو عهدیه و التدبیر و الضمان فإنها لا تنشأ إلّا بالقول لعدم وجود فعل کان مصداقا لهذه العناوین فإن انتقال الدین من ذمه إلى أخرى لا یمکن أن یتحقق بالفعل و لا العتق أو المملکیه أو القیمومه بعد موت الموصی. • المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۲۲۲: العقود المعاوضیه و ما یلحق بها مما یشتمل علی التسلیط کالعیاریه و الودیعه و نحوهما کلها مما تصح بالمعاطاه لصلاحیه الفعل التسلیطی لأن یقع مصداقا لها ... و اما ما عدا العقود المعاوضیه فالوصیه لا تجری فیها المعاطاه لعدم کون التسلیط مصداقا لها أما العهدیه منها فواضح، و أما التملیکیه منها فکذلک أيضا لأنها عباره عن التملیک بعد الموت و التسلیط الفعلی لا یمکن أن یتحقق مصداقا للتملیک بعد الموت.

مالک کتاب نمی شود و اگر الان به او بدهد مصداق هبه می باشد؛ نه وصیت.

یا در «تدبیر» کسی که می خواهد بعد از وفاتش عبدش را آزاد کند، اگر آن را با آزاد کردن بالفعل عبد محقق کند که دیگر تدبیر نمی شود.

ولی کلام محقق نائینی قدس سره - تمام نیست؛ زیرا:

در تحقق عقد ضمان معاطاتی لازم نیست که متعلق عقد ردّ و بدل شود تا اشکال شود که متعلق عقد که عین نیست تا قابلیت ردّ و بدل شدن تکوینی داشته باشد! بلکه ممکن است در جایی مثلاً گرفتن انگشتر کسی و دست کردن آن دلالت بر تحقق عقد ضمان داشته باشد. پس هر فعلی که عرفاً دالّ بر انشاء عقد باشد می تواند محقق عقد باشد.

یا در وصیت می تواند همین الان کتاب را بدهد بعد از او پس بگیرد، ولی معنایش این باشد که بعد از مرگ موصی مال او باشد و لازم نیست کتاب را به این نیت بدهد که از الان مالک باشد.

یا در تدبیر می تواند با یک فعل یا علامتی این را برساند که بعد از مرگ آزادی؛ نه از الان.

بنابراین در مثل ضمان، وصیت و تدبیر نیز راه برای معاطات بالمعنی الاعم باز است و صیغه لازم نیست.

وجه اعتباری عدم تحقق قرض به معاطات و نقد آن

از جمله مواردی که گفته اند به خاطر وجه اعتباری نه به خاطر وجود اجماع یا نص خاص به معاطات محقق نمی شود قرض می باشد؛ زیرا در قرض، قبض شرط صحت است و صرف عقد در تحقق قرض کافی نیست و مادامی که عین مورد قرض به مقترض إعطاء نشود قرض محقق نمی شود. این بدان معناست که

در تحقق قرض، علاوه بر مقتضی، شرط هم لازم است. مقتضی عقد است و قبض شرط. تفاوت بین مقتضی و شرط امر شناخته شده ای است. مقتضی آن چیزی است که معلول و مقتضا از آن صادر می شود و شرط، متمم فاعلیت مقتضی یا متمم قابلیت قابل می باشد. پس شرط نمی تواند مقتضی باشد یا مقتضی نمی تواند شرط باشد، حال آن که اگر قرض به معاطات محقق شود بدین معناست که معاطات، هم عقد (مقتضی) است و هم شرط، در حالی که اتحاد مقتضی و شرط معقول نیست. بنابراین قرض معاطاتی معنا ندارد. (۱)

ولی این کلام درست نیست؛ زیرا:

۱- حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص ۱۹۱: و منها: القرض فإنه أيضا محل الكلام مع أن السيره فيه أيضا جاريه بلا- كلام. و لیعلم أولا: أن المعاطاه فی القرض إن كانت بنفس القبض، مع أن القبض شرط الصحه یلزمه اتحاد الشرط و المشروط و هو محال، إذ الشیء لا یعقل أن یكون نفسه مصححا لفاعليه نفسه أو متمما لقابليه نفسه، لعدم الاثنیه بین الشیء و نفسه، ففرض عدم تمامیه الفاعلیه و القابلیه فی حد ذاته ینافی فرض تمامیته بنفس ذاته. و ربّما أمکن دفع الإشکال فی خصوص القرض بأنه تمليك بالضمان، فالعقد مثلا مؤثر فی الملك، و القبض الخارجی مؤثر فی خصوصیته و هو الضمان بوضع اليد و الاستیلاء علیه، و حیث إنهما متلازمان فی نظر الشارع، فلا یتحقق الملك الملازم للضمان إلا بعد تحقق العقد المتعقب بالقبض، و فی صورته القرض بنفس القبض المتسبب به إلى حقیقه الملك الضمان لا یلزم اتحاد الشرط و المشروط، بل اتحاد السببین لأمرین متلازمین، فالقبض بما هو فعل أنشأ به الملك سبب له، و بما هو استیلاء خارجی سبب للضمان، و سببیه شیء واحد بحیثین حقیقتین لأمرین لا- محذور فیہ. و أمّا جعله بمنزله العله المركبه لمملکیه خاصه، فلا- یکاد یدفع محذور اتحاد الشرط و المشروط كما لا- یخفی. إلیما أن هذا الجواب مخصوص بالقرض، مع أن الاشکال جار فی الرهن و الوقف بناء علی شرطیه القبض للصحه. و الجواب: العام أن الفعل الخارجی الخاص له حیثیان من حیث الصدور من الراهن مثلا، و بهذا الاعتبار اقباض، و من حیث مساسه بالمرتهن القابض، و بهذا الاعتبار قبض كالاعطاء و الأخذ فی المعاطاه البیعیه، حیث قلنا بأنه یتسبب إلى المملکیه بإعطائه، و یطواع الآخر بأخذه، فهناك فعلا-ن حقیقه کل منهما قائم بطرف، فلا مانع من کون أحدهما بمنزله المقتضی، و الآخر بمنزله الشرط.

اولاً: بحث ما در تحقق قرض است به مطلق فعل و اختصاص به إعطاء و أخذ ندارد. لذا اگر عقد با فعلی دیگر إنشاء شود و سپس قبض شود این اشکال پدید نخواهد آمد.

ثانیاً: حقیقت آن است که مقتضی، شرط و مانع در تکوینیات مطرح است؛ مثلاً در سوختن چوب توسط آتش، آتش مقتضی است، رسیدن آتش به چوب شرط است و رطوبت چوب مانع می باشد که عدم آن، مصحح این فعل و انفعال است. اما در اعتباریات که «تأثیر و تأثر» و «فعل و انفعالی» وجود ندارد، بلکه موضوع و حکم است که اگر موضوع وجود داشته باشد عقلاء یا شرع حکم می کنند و اگر موضوع نباشد حکم هم نیست. بله، گاهی از باب تسامح و تشابه به تکوین می گوئیم فلان چیز به عنوان مقتضی است و فلان چیز به عنوان شرط و این در مثل قرض بدین معناست که دو چیز لازم است تا حکم شود؛ یکی إنشاء عقد و دیگری قبض. اگر این دو محقق شد حکم به تحقق قرض می شود و الا نه.

بنابراین اگر با إعطاء و أخذ، إنشاء قرض شود از آن جا که هم إنشاء محقق شده و هم قبض، پس دو جزء موضوع که برای تحقق حکم لازم بود پدیدار شده و دیگر حالت منتظره ای نیست. پس اثر مترتب می شود.

بنابراین مثل این اشکال از عقود دیگری مانند رهن، هبه و وقف (۱) که قبض در آن شرط است منتفی می باشد. و نیز این اشکال از بیع صرف که تقابض در آن شرط است و از بیع سلم که قبض ثمن در آن شرط است دفع می شود اگر چنین اشکالی وارد کرده باشند؛ و اگر این اشکال را در مورد بیع صرف و سلم مطرح نکرده باشند می توانیم آن را به عنوان نقض بر کلام آنان بگیریم و بگوئیم: چطور شما معاطات در بیع صرف و سلم را قبول دارید در حالی که آن جا هم قبض شرط صحت است؟!

۱- مشهور قریب به اجماع گفته اند در وقف نیز قبض شرط صحت است، نهایت آن که قبض کل شیء بحسبه.

وجه اعتباری عدم تحقق رهن به معاطات و نقد آن

در مورد رهن هم گفته شده که به معاطات محقق نمی شود؛ زیرا معاطات یا مفید اباحه است یا مفید ملکیت جایزه، هر کدام باشد مبتلا به محذور است. اگر معاطات مفید اباحه باشد رهن معنا ندارد؛ چون رهن یعنی انسان در مقابل دینش وثیقه ای را به دائن تحویل دهد، در حالی که اگر مباح باشد بدین معناست که می تواند برگردد و از وثیقه بودن خارج شود. و اگر معاطات مفید ملکیت جایزه باشد آن هم مشکلی را در باب رهن حل نمی کند؛ زیرا همان طور که بیان کردیم رهن برای استیثاق از وفاء دین است که اگر مدیون به هر دلیلی اداء نکرد دائن بتواند از آن عین مرهونه استفاده کند و دین خود را تسویه کند، در حالی که اگر جایز باشد مدیون می تواند قبل از اداء دین، عین مرهونه را به خودش برگرداند و از وثیقه بودن خارج کند. (۱)

۱- المكاسب و البيع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۲۲۵: اعلم أنه يمكن الإشكال في إجراء المعاطاه في الرهن من وجهين (الأول) ما أشار إليه في الكتاب و حاصله ان هاهنا اجماعان (أحدهما) الإجماع على أن الرهن لازم من طرف الراهن (و ثانيهما) الإجماع على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل و أن اللزوم في جميع العقود يتوقف على الإيجاب و القبول اللفظيين و مقتضى الجمع بين الإجماعين هو بطلان المعاطاه في الرهن لكون صحته ملازما مع لزومه من طرف الراهن و هو مخالف مع الإجماع على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل. • حاشیه المكاسب المحرمه (للأصفهانی، ط - الحديثه)، ج ۱، ص ۱۸۷: و منها: الرهن فإنه وقع الخلاف فيه و عمده المانع عن جریان المعاطاه فيه كونها ملزومه للجواز بالإجماع، و هو ينافي حقيقه الرهن المتقوم بالوثوق، و عن بعض الأجلّه توهم المنافاه من حيث الوثوق الحاصل بقبض العين المرهونه المنافی لجواز ردها، فيدفع المنافاه بأن فائده الرهن غير منحصره في الوثوق من خوف الرجوع حتى يكون الرهن بالمعاطاه المحكوم به بالجواز لغوا، بل جل فائده اختصاص المرتهن باستيفاء حقه منه مع قصوره عن ديون الراهن، و عدم الضرب فيه مع الغرماء؛ مع وثوقه من الراهن بعدم رجوعه عنه، و يؤيد ذلك بل يدل عليه أن اعتبار القبض فيه إنما هو للوثوق مع عدم اعتبار استدامته بالإجماع.

بنابراین رهن نمی تواند به معاطات محقق شود؛ خصوصاً با توجه به این که در مورد رهن، چیزی که موجب تبدیل جواز به لزوم باشد مثل تصرف متلف وجود ندارد تا لأقل دائن بتواند در بعض صور از عین مرهونه استفاده کند.

و اگر بگویید معاطات در این جا مفید لزوم می باشد، پاسخ آن است که این خلاف اطباق علماست بر این که عقود لازم متوقف بر لفظ است!

ولی این وجه نیز برای عدم تحقق رهن به معاطات درست نیست؛ زیرا:

اولاً: همان طور که قبلاً در جواب کسانی که با تمسک به اجماع منکر صحت بیع معاطاتی شده بودند بیان کردیم، اصلاً اجماعی بر توقف عقود لازم بر لفظ وجود ندارد، بلکه از کلام شیخ طوسی قدس سره - و بعضی دیگر استفاده می شود اجماع وجود دارد بر این که اگر معاطات صحیح نباشد و لزوم نیابد قطعاً اباحه می آورد.

ثانیاً: فرضاً اگر اجماع باشد بر این که عقود لازم متوقف بر لفظ است می گوئیم اجماع چون دلیل لئبی است به قدر متیقن أخذ می شود و آن مربوط به عقود معاوضی است که از دو طرف لازم می باشد؛ نه مثل رهن که فقط از طرفِ راهن لازم است و از طرف مرتهن لازم نیست.

وجه اعتباری عدم تحقق وقف به معاطات و نقد آن

در مورد وقف نیز گفته شده به معاطات محقق نمی شود؛ زیرا اگر بگوییم وقف با معاطات به نحو لزوم محقق می شود خلاف ادعای اجماع است که لزوم متوقف بر انشاء به لفظ است و اگر بگوییم وقف با معاطات به نحو جایز محقق می شود چنین چیزی معهود نیست و جایی سراغ نداریم که اگر کسی بعد از وقف خواست برگردد، بتواند رجوع کند. بنابراین وقف معاطاتی درست نیست.

جواب این وجه نیز از ما سبق روشن است که اجماعی بر این که عقود و ایقاعات

لازم، متوقف بر انشاء به لفظ است وجود ندارد. بنابراین اطلاعات و عمومات دال بر صحت عقود و ایقاعات مرجع است و اشکال اتحاد شرط و مقتضی را قبلاً پاسخ دادیم. پس وقف نیز به معاطات محقق می شود و سیره ی متشرعه هم قائم است بر این که کثیری از وقف ها بدون صیغه بوده است؛ مثلاً کسی که می خواست فرشی را وقف مسجد کند آن را می خرید و در مسجد پهن می کرد و دیگران هم بر روی آن نماز می خواندند. یا کسی قصد وقف حسینه داشت آن را می ساخت و تحویل می داد تا در آن روضه بخوانند. پس اگر قصد وقف معلوم باشد و قبض محقق شود کافی است در تحقق وقف و دیگر حالت منتظره ندارد.

بعضی نیز این طور پاسخ داده اند که می توان ملتزم به وقف جایز شد! ولی آن خیلی مشکل است و معهود نیست و شرط رجوع وقف در حالت خاصی غیر از جواز وقف است.

وجه عدم تحقق هبه به معاطات و نقد آن

بعضی علاوه بر وجه اتحاد مقتضی و شرط در عدم تحقق هبه به معاطات، گفته اند اجماع قائم است بر این که هبه احتیاج به لفظ دارد.

ولی این نوع ادعای اجماع همان طور که در اصول فقه بیان کرده ایم معمولاً به خاطر وجود اجماع بر کبرای آن است؛ یعنی چون این جا به نظر مدعی، اجماع وجود دارد هر چیزی که مفید ملکیت باشد از جمله هبه متوقف بر لفظ است، ادعای اجماع بر عدم تحقق هبه به معاطات کرده است که جواب آن را قبلاً بیان کردیم چنین اجماعی وجود ندارد.

ارائه ی محقق ثانی قدس سره - شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق اجاره و هبه به معاطات

جناب شیخ - رحمه الله علیه - در ابتدای ورود به تنبیه پنجم این مطلب را ذکر کردند (۱) که محقق ثانی قدس سره - شواهدی از کلمات فقهاء ارائه کرده اند مبنی بر این که معاطات در اجاره و هبه هم جریان دارد و آن این که:

بعضی در مورد اجاره گفته اند: «إذا أمر شخصاً بعملٍ على عوضٍ معينٍ فعمله استحقُّ الأجره»؛ اگر کسی دیگری را به انجام عملی در مقابل عوض معین امر کند و او انجام دهد مستحق آن اجرت می شود. محقق کرکی قدس سره - می فرماید: این کلام شاهد بر آن است که اجاره ی معاطاتی را صحیح می دانند؛ زیرا امر به انجام عمل و انجام عمل توسط مأمور که صیغه ی اجاره نیست، علاوه این که طبق فرض از اجیر هم هیچ لفظی صادر نشده است. پس معلوم می شود در این فرآیند که طرف مقابل عمل را تحویل می دهد معاطات محقق می شود و این قول دالّ بر آن است که معاطات در اجاره جریان دارد؛ زیرا اگر اجاره به معاطات صحیح نباشد لازمه اش آن است که نه طرف مقابل می تواند عمل را انجام دهد و نه مستحق اجرت می شود، البته در صورتی که علم به فساد اجاره داشته باشد. پس همین که گفته اند معامله صحیح بوده و مستحق اجرت است، معلوم می شود اجاره به معاطات محقق می شود.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹۱: اعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد على ما حكى عنه: أنّ في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره، و كذا في الهبه؛ و ذلك لأنه إذا أمره بعملٍ على عوضٍ معينٍ فعمله استحقُّ الأجره، و لو كانت هذه إجاره فاسده لم يجز له العمل، و لم يستحقَّ أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، و كذا لو وهب بغير عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو كانت هبه فاسده لم يجز، بل منع من مطلق التصرف، و هي ملحظ وجيه، انتهى.

نظیر این حرف را در مورد هبه نیز گفته اند [و آن این که اگر کسی بدون خواندن صیغه چیزی را به دیگری بخشید آن شخص می تواند آن را اِتلاف کند، در حالی که اگر معاطات در هبه جاری نبود جایز نبود آن را اِتلاف کند.]

اشکالات جناب شیخ قدس سره - بر کلام محقق ثانی قدس سره - و نقد آن

جناب شیخ قدس سره - سه اشکال بر کلام محقق کرکی قدس سره - وارد می کنند:

اشکال اوّل

طبق مبنای محقق ثانی قدس سره - که معاطات مفید ملکیت است؛ نه اِباحه، معنای جریان معاطات در اِجاره آن است که مستأجر مالک عمل اجیر شود و اجیر هم مالک اجرت شود، همانند اِجاره ی بالصیغه که وقتی زید، عمرو را برای مثلاً کنس مسجد اجیر می کند زید مالک کنس شده و بر عهده ی عمرو است انجام دهد. عمرو هم مالک اجرت شده و بر عهده ی زید است پرداخت کند، در حالی که کسی ندیدم به این مسأله در معاطات تصریح کند. پس طبق مبنای محقق کرکی نمی توان کلمات فقهاء را شاهد بر جریان معاطات در اِجاره دانست. (۱)

نقد اشکال اوّل جناب شیخ قدس سره -

در شاهد بودن کلمات فقهاء بر جریان معاطات در اِجاره لازم نیست به تمام آثار ملکیت تصریح کنند، بلکه اگر بعض آثار ملکیت را بر اِجاره ی معاطاتی مترتب کنند کافی است که بگوییم در نظر آنان اِجاره ی معاطاتی هم مثل اِجاره ی بالصیغه صحیح است. پس همین که گفته اند اجیر می تواند عمل را انجام دهد و

۱- همان، ص ۹۱: و فيه: أنّ معنى جریان المعاطاه فى الإجاره على مذهب المحقق الثانی: الحكم بملك المأمور الأجر المعین على الأمر، و ملك الأمر العمل المعین على المأمور به، و لم نجد من صرح به فى المعاطاه.

مستحق اجرت می شود از آثار صحت اجاره ی معاطاتی است و این که به سایر آثار تصریح نکرده اند شاید نیازی نبوده است. علاوه آن که ممکن است بعضی به آن تصریح هم کرده باشند.

اشکال دوم

محقق کرکی فرمودند: «اگر اجاره ی معاطاتی باطل بود اجیر نمی توانست عمل را انجام دهد» ولی این کلام درست نیست و فساد اجاره موجب منع از عمل نیست؛ فرضاً اگر زید عمرو را به اجاره ی فاسد برای کنس مسجد اجیر کرد مثلاً مبلغ اجاره تعیین نشده بود و عمرو هم می دانست این اجاره فاسد است، آیا دیگر عمرو نمی توانست کنس مسجد کند؟! مگر این که بگوییم مراد آن جایی است که عمرو را برای عمل بر روی عینی که مربوط به مستأجر است اجیر کرده باشد؛ مثلاً اجیر کند منزلش را نقاشی کند که در این صورت عمرو با علم به فساد اجاره نمی تواند تصرف در منزل زید کرده و آن را نقاشی کند.

ولی مرحوم شیخ می فرماید حتی در این صورت نیز عمرو می تواند منزل زید را نقاشی کند؛ زیرا زید خودش از عمرو درخواست کرده منزلش را نقاشی کند. بله از آن جا که اجاره به خاطر معلوم نبودن عوض باطل می باشد مستحق اجره المسمی نمی شود، اما به هر حال اذن وی برای اصل نقاشی وجود دارد. بنابراین اجیر می تواند حتی در عین متعلق به مستأجر نیز تصرف کرده و آن عمل را انجام دهد. (۱)

نقد اشکال دوم

به نظر می رسد در صورت علم اجیر به فساد اجاره دیگر نمی تواند در عین

۱- همان، ص ۹۲: و أمّا قوله: «لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل» فموضع نظر؛ لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل، سيّما إذا لم يكن العمل تصرفاً في عينٍ من أموال المستأجر.

متعلق به مستأجر تصرف کرده و آن عمل را انجام دهد؛ مگر آن که صدق احسان بر آن عمل کند. اگر صدق احسان نکند نمی تواند تصرف کند؛ چون اذن ندارد و آن تصرفی که اذن داده بود حصه ی خاصه ای از تصرف و در ضمن اجاره بود که طبق فرض، شارع تصرف در ضمن اجاره را امضاء نفرموده و اذن دیگری هم وجود ندارد، تحت عنوان احسان هم طبق فرض قرار نمی گیرد، پس نمی تواند در آن تصرف کند.

بنابراین اگر مستلزم تصرف در عینی از اموال مستأجر باشد، در صورتی که اجیر علم نداشته باشد که مستأجر علی ای حال هر چند اجاره باطل باشد راضی به تصرف است و مصداق احسان به مستأجر هم نباشد نمی تواند در آن تصرف کند؛ چون «لا یحل لاحد أن یتصرف فی مال أخیه الا یأذنه».

اشکال سوم

محقق کرکی فرمودند: «اگر اجاره ی معاطاتی فاسد بود، در صورت علم اجیر به فساد اجاره استحقاق اجرت را نداشت» ولی این کلام نیز درست نیست؛ چون با فساد اجاره گرچه اجیر مستحق اجره المسمی نمی شود، ولی با انجام آن عمل مستحق اجره المثل می شود؛ چون اجیر قصد تبرع و مجانیت نداشته، بلکه قصد عوض (اجره المسمی) کرده که هر چند آن اجره المسمی برای وی حاصل نشده، ولی این بدین معنا نیست که اصلاً مستحق اجرت نیست، بلکه مستحق اجره المثل است؛ چون فعل مسلم حرمت دارد، مگر آن که قصد تبرع و مجانیت داشته باشد. (۱)

۱- همان، ص ۹۲: و قوله: «لم یتحقّ اجره مع علمه بالفساد»، ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت اجره المثل؛ لأنّه لم یقصد التبرع و إنّما قصد عوضاً لم یسلّم له. و أمّا مسأله الهبه، فالحکم فیها بجواز إتلاف الموهوب لا یدلّ علی جریان المعاطاه فیها، إلّا إذا قلنا فی المعاطاه بالإباحه؛ فإنّ جماعه كالشیخ و الحلی و العلّامه صرّحوا بأنّ إعطاء الهدیه من دون الصیغه یفید الإباحه دون الملك، لكنّ المحقّق الثانی رحمه الله ممّن لا یری کون المعاطاه عند القائلین بها مفیداً للإباحه المجزّده. و توقّف الملك فی الهبه علی الإیجاب و القبول کاد أن یرى کون متفقاً علیه كما یرى من المسالك.

این مسأله که جایگاه اصلی آن در کتاب الاجاره است باید در دو صورت علم و عدم علم أجیر آن را بررسی کنیم.

مسأله ی دیگری نیز در کتاب الاجاره مطرح شده که اصلاً اگر کسی دیگری را به عملی بعوض معلوم یا لا بعوض معلوم امر کرد این اجاره است یا غیر اجاره؟ اگر اجاره نباشد تحت عنوان جعاله است یا این که عنوان مستقلی به نام «عمل بالضمنان» یا [«ضمن الامر»] دارد؟ یعنی ماهیت چنین معامله ای صرف نظر از صحت و فساد آن چیست؟ اجاره است یا غیر اجاره؟ در صورتی که فاسد باشد ضمنان دارد یا خیر؟ این ها مسائل مبتلابهی است که بسیار در زندگی عادی ما مورد نیاز است؛ چراکه اکثر کارهای ما به نحو «عمل بالضمنان» است؛ مثلاً به عامل می گوئیم برق ما را تعمیر کن، کولر ما را تعمیر کن و

نوع فقهاء مسأله ی اجاره ی عین و اجاره ی عمل را از یک وادی دانسته و گفته اند: اگر کسی مثلاً خانه اش را به اجاره ی فاسده تحویل دیگری داد مستحق أجره المسمی نیست، اما مستحق أجره المثل است. همچنین اگر کسی خودش را به اجاره ی فاسده أجیر دیگری کرد و عمل را انجام داد مستحق أجره المسمی نیست ولی مستحق أجره المثل است.

مشهور بین علم أجیر به فساد اجاره و عدم علم أجیر و نیز بین علم مستأجر به فساد اجاره و عدم علم مستأجر فرقی نگذاشته و ضمنان أجره المثل را ثابت دانسته اند، به جز معدودی از فقهاء از جمله سید و بعض محشّین موافق ایشان و نیز محقق ثانی که نظر دیگری دارند.

آیا اجاره از مصادیق «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است؟

ما نحن فیه را گفته اند از مصادیق «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است؛ یعنی همان طور که اگر کسی مثلاً مبیعی را به عقد بیع صحیح گرفت باید ثمنش را اعطاء کند و اگر به عقد بیع فاسد گرفت و تلف کرد باید از عهده ی ضمان و خسارت آن مبیع برآید؛ یعنی بیع از عقود است که صحیحش ضمان دارد پس فاسدش هم ضمان دارد، ما نحن فیه هم از مصادیق این کبری است؛ چون اجاره ی صحیح ضمان آور است و ضمانش همان اجره المسمی است، پس اجاره ی فاسد هم ضمان آور است و ضمانش طبق نظر مشهور اجره المثل است.

ولی این قاعده به این عرضِ عریض دلیل محکمی ندارد و أدله ی اقامه شده بر آن یا تمام نیست یا به این کلیت نمی تواند قاعده را اثبات کند. از این جهت این قاعده نمی تواند دلیل بر ضمان اجاره ی فاسد باشد و باید دنبال دلیل خاص بود. لذا بعضی به اجماع و بعضی به سیره ی عقلانیّه تمسک کرده اند.

بررسی ضمان در صورت عدم علم اجیر به فساد اجاره

در صورتی که عقد اجاره باطل باشد و اجیر بعد از انجام عمل بفهمد اجاره باطل بوده، شبهه ای نیست که در این جا اجیر مستحق اجره المسمی نیست. ولی از طرف دیگر این عمل حرّ به امر مستأجر اتفاق افتاده و وی آن را استیفاء کرده و اجیر نیز قصد تبرّع و مجائیت نداشته است، لذا اگر بگوییم این استیفاء بلاعوض می باشد مصداق اکل مال به باطل است؛ چون مستأجر از عمل استفاده کرده است. بنابراین لا خلاف در این که باید اجره المثل را به اجیر پردازد.

ولی شبهه ای در این جا وجود دارد و آن این که اگر اجره المثل بیشتر از اجره المسمی باشد، چرا باید مستأجر مقدار اضافه بر اجره المسمی را به اجیر پرداخت

کند؟ در حالی که اجیر به کمتر از آن با مستأجر قرارداد بسته؛ خصوصاً در صورتی که می دانست عملش بیش از آن ارزش داشته و در عین حال قرارداد بسته است. لذا اگر اجماعی بر خلاف نباشد می گوییم به حکم سیره ی عقلاء مستأجر ضامن اقل الامرین از اجره المسمی و اجره المثل می باشد، مگر آن که گفته شود الغاء ما به التفاوت اجره المثل و اجره المسمی بر اساس عقد باطلی انجام شده و کالعدم است، پس به حکم عقلاء اجره المثل باید پرداخت شود.

این در صورتی است که اجیر جاهل به بطلان اجاره باشد، اما مستأجر عالم باشد یا جاهل فرقی نمی کند؛ چون علم و جهل در ضمان دخیل نیست. اگر کسی اصلاً نداند اتلاف مال غیر ضمان آور است، یا نداند مالی را که تلف کرده مال غیر است باز قیمة المثل آن را ضامن است، لذا اگر در خواب هم خسارت بزند ضامن است. این جا هم مستأجر چه بداند اجاره باطل بوده و چه نداند فی الجملة ضامن اجرت می باشد.

بررسی ضمان در صورت علم اجیر به فساد اجاره

محقق کرکی قدس سره - در صورت علم اجیر به فساد اجاره فرمودند اجیر مستحق چیزی نیست، ولی مرحوم شیخ می فرماید اجیر مستحق اجره المثل است هر چند بیش از اجره المسمی باشد؛ چون اجیر به امر مستأجر عمل را انجام داده و مستأجر آن را استیفاء کرده و اجیر هم قصد تبرع نداشته است، لذا مستأجر ضامن اجره المثل است؛ خصوصاً اگر مستأجر هم عالم به فساد اجاره باشد.

کلام سید یزدی قدس سره - بر عدم ضمان در صورت علم به فساد اجاره

ولی سید یزدی قدس سره - در حاشیه بر مکاسب (۱) می فرماید: اگر اجیر عالم به فساد

۱- حاشیه مکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۸۱: قوله (لأن الظاهر ثبوت أجره إلخ) أقول فيه منع لأنه إذا كان عالماً بالفساد فقد أسقط حرمه عمله فلا يستحق أجره فالحكم بثبوت الأجره كاشف عن الصحة كما ذكره المحقق.

إجاره بوده و با علم به فساد عمل را انجام داده، احترام عملش را اسقاط کرده، لذا مستحق اجرتی نیست.

سید یزدی قدس سره - در العروه الوثقی (۱) نیز فرموده است: اجیر اگر عالم به فساد إجاره ی عمل باشد یا موجر اگر عالم به فساد إجاره ی عین باشد مشکل است که بگوییم مستأجر ضامن عمل اجیر یا ضامن آن منافی است که از عین استیفاء کرده؛ خصوصاً اگر مستأجر جاهل باشد؛ چون موجر که عین را به مستأجر داده، در واقع حرمت مالش را هتک کرده و مثل کسی است که از مالش إعراض کرده است. به عنوان مثال کسی که از روی عصبانیت عینکش را به خیابان انداخت و ماشینی از روی آن رد شد، راننده ی ماشین ضامن نیست و نمی تواند خسارت آن

۱- العروه الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص ۵۹۷: مسأله ۱۶: إذا تبین بطلان الإجاره رجعت الأجره إلى المستأجر و استحق المؤجر أجره المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعه أو فاتت تحت یده إذا كان جاهلاً- بالبطلان خصوصاً مع علم المستأجر و أما إذا كان عالماً فیشکل ضمان المستأجر خصوصاً إذا كان جاهلاً لأنه بتسليمه العین إليه قد هتک حرمه ماله خصوصاً إذا كان البطلان من جهه جعل الأجره مالا يتمول شرعاً أو عرفاً أو إذا كان أجره بلا عوض و دعوى أن إقدامه و إذنه فی الاستیفاء إنما هو بعنوان الإجاره و المفروض عدم تحققها فإذنه مقید بما لم يتحقق مدفوعه بأنه إن كان المراد كونه مقیداً بالتحقق شرعاً فممنوع إذ مع فرض العلم بعدم الصحه شرعاً لا یعقل قصد تحققه إلا علی وجه التشريع المعلوم عدمه و إن كان المراد تقيده بتحققها الإنشائيه فهو حاصل و من هنا يظهر حال الأجره أيضا فإنها لو تلفت فی ید الموجر یضمن عوضها إلا إذا كان المستأجر عالماً ببطلان الإجاره و مع ذلك دفعها إليه نعم إذا كانت موجوده له أن یستردها هذا و كذا فی الإجاره علی الأعمال إذا كانت باطله یستحق العامل أجره المثل لعمله دون المسماه إذا كان جاهلاً بالبطلان و أما إذا كان عالماً فيكون هو المتبرع بعمله سواء كان بأمر من المستأجر أو لا- فيجب علیه رد الأجره المسماه أو عوضها و لا یستحق أجره المثل و إذا كان المستأجر أيضا عالماً فليس له مطالبه الأجره مع تلفها و لو مع عدم العمل من المؤجر.

را از وی بگیرد؛ چون خودش حرمت مالش را با انداختن در خیابان هتک کرد.

نقد کلام سید یزدی قدس سره - توسط محشین عروه

خلاصه ی کلام سید قدس سره - این شد: کسی که با علم به فساد اجاره، عمل را انجام می دهد یا عین را تحویل مستأجر می دهد در واقع حرمت مالش را اسقاط کرده، بنابراین ضمانی برای مستأجر نیست. محشین بزرگوار عروه (۱) در مقابل این کلام

۱- العروه الوثقی (المحشى)، ج ۵، ص ۵۶: (مسأله ۱۶): إذا تبين بطلان الإجاره رجعت الأجره إلى المستأجر واستحق المؤجر أجره المثل بمقدار ما استفاه المستأجر من المنفعه، أو فاتت تحت يده إذا كان جاهلاً بالبطلان، خصوصاً مع علم المستأجر، و أما إذا كان عالماً فيشكل ضمان المستأجر (۱)، خصوصاً إذا كان جاهلاً (۲) لأنه بتسليمه العين إليه قد هتك حرمة ماله (۳) خصوصاً إذا كان البطلان من جهة جعل الأجره ما لا يتموّل شرعاً أو عرفاً (۴)، أو إذا كان اجره بلا عوض (۵)، و دعوى أنّ إقدامه و إذنه فى الاستيفاء إنّما هو بعنوان الإجاره و المفروض عدم تحققها فإذنه مقيد بما لم يتحقق مدفوعه، بأنه إن كان المراد كونه مقيداً بالتحقق شرعاً فممنوع، إذ مع فرض العلم بعدم الصحه شرعاً لا يعقل قصد تحققه إلا على وجه التشريع المعلوم عدمه، و إن كان المراد تقيده بتحققها الإنشائيه فهو حاصل (۶) ... (۱) بل الأظهر الضمان إلّا فى الإجاره بلا اجره أو فيما إذا كانت الأجره ممّا لا يتموّل عرفاً و لا شرعاً بحيث يعدّ بذل المال بإزائه مجاناً. (الشيرازى). بل لا إشكال فى ضمانه لقاعده اليد و ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و هتك حرمة ماله غير معلوم بل معلوم العدم فإنّ التسليط عوضى لا مجانى. لا (كاشف الغطاء). الأقوى هو الضمان فى غير الإجاره بلا- عوض أو بما لا- يتموّل عرفاً من غير الفرق فيهما بين العلم بالبطلان و عدمه و من هنا يظهر حال الأجره فى يد المؤجر فإنّ عليه الضمان علم المستأجر ببطلانها شرعاً أو لا و كذا يظهر ممّا ذكرنا حال الإجاره على الأعمال فإنّ العامل يستحقّ اجره مثل عمله إلّا فيما تقدّم. (الإمام الخمينى). لكن الأقوى هو الضمان لأنه لم يسلطه على المنفعه مجاناً حتى يكون خارجاً من أدلّه الضمانات فلم يهتك حرمة ماله بحسب بنائه العرفى و إن علم فساده شرعاً نعم يتمّ ذلك فى الإجاره بلا اجره بل و فيما إذا كانت الأجره مال الغير فإنّ تسليطه للمستأجر الفضولى على منفعه ماله يكون مجاناً بالنسبه إليه. (البروجردى). (۲) الظاهر هو الضمان إلّا فيما إذا أقدم المؤجر أو الأجير على عدمه و كذا الحال فى ضمان المؤجر أو الأجير الأجره ثمّ إنّ لم يظهر وجه للخصوصيه فى شىء من الموردین. (الخوئى). لم يظهر وجه هذه الخصوصيه. (النائنى). (۳) فى كون التسليم بعنوان الوفاء فى المعاملات الفاسده هتكاً لحرمة المال و مسقطاً للضمان تأمل بل منع فإنّ أكل المال مبتئاً عليها مصداق للأكل بالباطل حتى فى الإجاره بلا عوض أو بعوض لا يتموّل شرعاً أو عرفاً فالأقوى هو الضمان مطلقاً إلّا إذا كان المستأجر مغروراً و كذلك الحكم فى الأجره إذا تلفت فى يد المؤجر. (الكلپايگانى). (۴) لا يبعد الضمان فى غير صورتى جعل الأجره ما لا يتموّل عرفاً و الإجاره بلا عوض. (الحائرى). (۵) الأقوى عدم الضمان فى هذه الصوره و كذا لو جعل الأجره ما لا يتموّل عرفاً كالخنفساء و نحوها و لا- يفرق فى عدم الضمان فى هاتين الصورتين بين علم المؤجر بالفساد أو جهله به أمّا فيما عدا ذلك فلا أثر لعلم المؤجر بالفساد فى سقوط الضمان حتى إذا كانت الأجره ما لا يتموّل شرعاً كالخمر مثلاً فضلاً عما عدا ذلك و يطرد ذلك فى جميع المعاوزات. (النائنى). (۶) مجرد إعطائه المال بعنوان الملكيه التشريعيه للمستأجر لا يقتضى إذنه بتصرفه فى ماله بما هو ماله بلا- عوض فمثل هذا الإذن لا يوجب إباحته و لا يرفع ضماناً لعدم كون قصده هتك ماله بما هو ماله كما لا يخفى. (آقا

سید موضع گرفته و هر کدام مخالفت خود را با اسقاط حرمت مال ابراز کرده اند. از جمله جناب محمد حسین کاشف الغطاء از شاگردان سید یزدی، سید بروجردی، مرحوم امام، سید خوبی، سید گلپایگانی، حائری، آقا ضیاء و ... رضوان الله تعالی علیهم.

سید گلپایگانی قدس سره - فرموده است: کسی که با علم به فساد اجاره خانه اش را تحویل مستأجر می دهد حرمت مالش را هتک نکرده، لذا مستأجر که از این خانه استفاده می کند اگر عوض آن را ندهد اکل مال به باطل می کند. پس معلوم می شود با علم موجر و اجیر به فساد معامله نیز ضمان موجود است.

مرحوم آقا ضیاء قدس سره - هم فرموده است: کسی که با علم به فساد اجاره مالش را به مستأجر می دهد حرمت مالش را هتک نکرده و مجانی آن را نمی دهد، وقتی مجانی نداده مستأجر که آن را استیفاء می کند ضامن است. پس باید از عهده ی آن برآید.

پاسخ سید قدس سره - به اشکال عدم هتک حرمت مال با علم موجر یا اجیر به فساد

مرحوم سید مثل اشکالات فوق را چنین خلاصه می کند: «اذن موجر برای استفاده ی مستأجر از عین، اذن مقید بوده؛ یعنی اذن داده بود که مستأجر به عنوان اجاره استفاده کند، لذا با بطلان اجاره دیگر اذنی در استفاده ندارد، پس حرمت مالش را هتک نکرده و مستأجر ضامن است» و در جواب می فرماید: مراد از این که اذنش مقید بوده چیست؟ اگر مراد این باشد که اذن مقید به تحقق چنین اجاره ای شرعاً بوده که چنین چیزی معقول نیست؛ چون با فرض علم به بطلان اجاره شرعاً، قصد تحقق اجاره شرعاً معقول نیست مگر به صورت تشریح، در حالی که می دانیم اذن مؤجر علی وجه التشریح نبوده است. و اگر مراد این است که اذن مقید به تحقق انشائی چنین اجاره ای بوده که این اجاره انشاء شده و در نتیجه اذن نیز وجود دارد؛ چون قید حاصل شده است. پس معلوم می شود موجر اذن در تصرف عین داده مجاناً، لذا مستأجر ضامن نیست.

نقد پاسخ سید قدس سره - نسبت به موجر

این که سید فرمود اذن انشائی حاصل است مرادشان چیست؟! اذنی که موجر داده قطعاً به نحو مجانی نیست، حصه ای از اذن که در ضمن اجاره است را انشاء کرده و فرض آن است شارع این را به نحوی که او انشاء کرده امضاء نمی کند، پس این حصه مُلغی است و نیز فرض آن است اذن دیگری از طرف موجر نیست. پس موجر به هیچ وجه حرمت مالش را الغاء نکرده که مستأجر بدون هیچ ضمانتی آن را استفاده کند. لذا اگر از وی سؤال شود آیا از خانه ات صرف نظر کرده ای که مستأجر بدون ضمان در آن بنشینند، در پاسخ حتماً خواهد گفت نه از خانه ام صرف نظر نکرده ام. بنابراین مستأجر ضامن است.

در مورد این که ضمان در این جا به اجره المثل است یا به اقل الامرین از اجره

المثل و اجره المسمی، در نظر بدوی این طور به ذهن می آید که موجر چون با علم به این که اجره المسمی از اجره المثل کمتر است راضی به اجره المسمی شده، پس ما به التفات اجره المسمی و اجره المثل را الغاء کرده، لذا اگر اجره المثل بیشتر باشد نمی توانیم بگوییم مستأجر باید آن را بپردازد، بلکه ضامن اقل الامرین از اجره المسمی و اجره المثل است، ولی با دقت در موضوع معلوم می شود که إلغاء ما به التفاوت در ضمن اجاره و به عنوان اجاره بوده است؛ نه مطلقاً، لذا صرف نظر از اجاره ما به التفاوت را الغاء نکرده و دقیقاً مثل حرمت اصل مال است. شارع اسقاط ضمن اجاره را ملغی کرده، پس اسقاط ضمن اجاره هم نسبت به اصل مال و هم نسبت به ما به التفاوت ملغی شده و باید طبق قاعده رفتار کنیم. پس می گوییم چون حرمت اصل مال و حرمت ما به التفاوت به نحو شرعی اسقاط نشده، نتیجه آن می شود که اگر مستأجر استیفاء کرد ضامن اجره المثل است؛ زیرا قاعده آن است که اگر کسی مال مسلمانی را استیفاء کند و قرارداد صحیحی نداشته باشد ضامن اجره المثل است و همان طور که بیان کردیم علم و جهل مستأجر دخیل در ضمان نیست. اگر کسی به خیال این که دیگری مجاناً خانه اش را در اختیار او گذاشته آن را استیفاء کرد و بعد متوجه شد مجانی نبوده ضامن است.

بررسی پاسخ سید قدس سره - نسبت به اجیر

اما اجیر همان طور که بیان کردیم یک موقع در ملک مستأجر می خواهد کار کند؛ مثلاً دیوار خانه اش را نقاشی کند و یک موقع در جای مباح کار کند؛ مثلاً مسجدی را کنس کند.

اگر اجیر بعد از علم به فساد اجاره، عمل را در ملک مستأجر انجام دهد معلوم است که مستحق اجره المسمی نیست؛ چون اجاره باطل بوده است. در مورد اجره المثل هم مستأجر می تواند به اجیر بگوید من به تو اذن نداده بودم وارد خانه ی من

شده و نقاشی کنی و اگر اجیر بگوید: خودت امر کرده بودی خانه ات را نقاشی کنم! مستأجر می تواند در پاسخ بگوید: امر من به نقاشی به صورت مطلق نبوده، بلکه متخصص و مقید به اجاره بوده است که با بطلان اجاره آن امر ضمنی نیز منتفی شده و تو نیز علم داشتی که من به غیر آن امر ضمنی خواسته ی دیگری از تو نداشتم. بنابراین نه تنها مستأجر ضامن اجاره المثل نیست، بلکه می تواند وی را مؤاخذه کند که چرا وارد خانه ی من شده و در آن تصرف کردی.

همچنین است اگر اجیر بعد از علم به فساد اجاره، عمل را در غیر ملک مستأجر انجام دهد؛ مثلاً کنس مسجد کرد نمی تواند از مستأجر طلبکار باشد؛ زیرا اجاره المسمی که شرعاً ملغی است و اجاره المثل هم چون به امر مستأجر نبوده نمی تواند از وی طلب کند؛ چون فرض آن است که مستأجر طلب کار از اجیر در غیر ضمن اجاره نکرده است. بنابراین در این جا حرف سید درست است که اجیر با انجام عمل بعد از علم به بطلان اجاره در واقع إلغای حرمت عمل کرده است.

پس ما بر خلاف محشین دیگر عروه در مسأله تفصیل داده و می گوئیم: اگر ملک موجر در اختیار مستأجر قرار گرفت و استفاده کرد مستأجر ضامن اجاره المثل است؛ چون بدون اذن استفاده کرده و موجر هم حرمت مالش را هتک نکرده است.

اما اگر اجیر بعد از علم به بطلان اجاره عمل را انجام داد مستأجر ضامن اجاره المثل نیست؛ چون عمل به امر وی نبوده است. و معلوم است که احتیاط در همه ی این موارد به تصالح است.

ارائه ی محقق ثانی قدس سره - شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق هبه به معاطات

محقق کرکی قدس سره - علاوه بر ارائه ی شواهدی از کلمات فقهاء بر تحقق اجاره به معاطات که بحث آن به طور مفصل گذشت، شواهدی دیگر از کلمات فقهاء ارائه

می کند که هبه نیز به معاطات محقق می شود (۱) و آن این که اگر کسی بدون عقد لفظی چیزی را به دیگری هبه کند ظاهر کلام فقهاء آن است که متهب می تواند آن را ایتلاف کند؛ چه ایتلاف حکمی که به دیگری بفروشد و چه ایتلاف حقیقی. این جواز ایتلاف نشانه ی آن است که معاطات در هبه نیز جریان دارد؛ چون هبه ی بدون عقد لفظی اگر باطل بود جایز نبود متهب آن را ایتلاف کند، بلکه حتی مطلق تصرف در آن جایز نبود؛ زیرا همان طور که بیان کردیم اگر کسی به عقد فاسد چیزی را تحویل گرفت نمی تواند در آن تصرف کند. حال که می تواند تصرف کند و حتی ایتلاف کند نشان از آن دارد که معاطات در هبه نیز جریان دارد.

اشکال شیخ قدس سره - به کلام محقق ثانی قدس سره -

مرحوم شیخ می فرماید (۲): کسانی که قائلند معاطات مفید ایتلاف است می توانند

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹۱: اعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد على ما حكى عنه:- أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره، و كذا في الهبه؛ و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله ... و كذا لو وهب بغير عقد؛ فإن ظاهرهم جواز الإيتلاف، و لو كانت هبه فاسده لم يجوز، بل منع من مطلق التصرف، و هي ملحظ وجيه، انتهى. • جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۴، ص ۵۹: و اعلم: أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره، و كذا في الهبه، و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين، عمله و استحق الأجر، و لو كان هذا إجاره فاسده لم يجوز له العمل، و لا يستحق أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، و كذا إذا وهب بغير عقد، فان ظاهرهم جواز الإيتلاف، و لو كانت هبه فاسده لم يجوز، و منع من مطلق التصرف. و هو ملخص وجيه.

۲- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹۲: و أما مسألة الهبه، فالحكم فيها بجواز ایتلاف الموهوب لا يدل على جریان المعاطاه فيها، إلاً إذا قلنا في المعاطاه بالإيتلاف؛ فإن جماعه كالشيخ و الحلّی و العلّامه صرحوا بأن إعطاء الهدیه من دون الصیغه یفید الإیتلاف دون الملك، لكنّ المحقق الثانی رحمه الله ممّن لا یری كون المعاطاه عند القائلین بها مفیداً للإیتلاف المجرد. و توقّف الملك فی الهبه على الإیتلاف و القبول كاد أن يكون متفقاً علیه كما يظهر من المسالك. و ممّا ذكرنا يظهر المنع فی قوله: «بل مطلق التصرف». هذا، و لكنّ الأظهر بناءً على جریان المعاطاه فی البیع جریانها فی غیره من الإجاره و الهبه؛ لكون الفعل مفیداً للتملیک فیهما.

این را شاهد بگیرند که معاطات در هبه نیز جریان دارد، ولی کسانی مثل محقق کرکی قدس سره - که قائلند معاطات مفید ملکیت است نمی توانند این را شاهد بر جریان معاطات در هبه بگیرند؛ زیرا شهید ثانی قدس سره - در مسالک (۱) ادعای اجماع فرموده هبه ای که مفید ملک است نیاز به ایجاب و قبول لفظی دارد و اگر بدون صیغه هدیه ای داده شود مفید ایباحه است؛ نه ملکیت و در نتیجه تصرّفات متوقف بر ملک جایز نیست و تصرّفات غیر متوقّف بر ملک جایز است.

ولی شیخ قدس سره - از این کلام رفع ید کرده و می فرمایند: حق آن است که هبه هم مثل بقیه ی عقود بوده و اجماع خاصی در مورد نیاز هبه به صیغه ی لفظی نیست. بنابراین محقق کرکی می تواند از این فتوای مشهور برای صحت هبه ی معاطاتی استفاده فرماید.

۱- مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۶، ص ۱۰: و ظاهر الأصحاب الاتفاق علی افتقار الهبه مطلقا إلى العقد القولی فی الجملة، فعلى هذا ما يقع بین الناس علی وجه الهدیه من غیر لفظ یدلّ علی ایجابها و قبولها لا یفید الملك بل مجرد الإباحه، حتی لو كانت جاریه لم یحلّ له الاستمتاع بها، لأنّ الإباحه لا تدخل فی الاستمتاع.

تنبیه ششم: (مُلزِمات معاطات)

تنبیه ششم (۱) به این امر اختصاص دارد که مُلزِمات معاطات چیست؟ یعنی چگونه یک معاطات لازم می شود؟ این بحث طبق مبنای کسانی است که قائلند معاطات مفید إباحه است یا مفید ملک متزلزل و قابل رجوع است و لذا بحث می شود در چه صورت لازم و غیر قابل رجوع می شود. اما بنابر مبنای مختار که بیع معاطاتی با بیع بالصیغه تفاوتی ندارد و با معاطات بیع لازم محقق می شود احتیاجی به بحث از مُلزِمات معاطات ندارد و لذا از ورود در آن صرف نظر می کنیم.

۱- المكاسب المحرمه (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹۶: الأمر السادس فی ملزِمات المعاطاه علی کلِّ من القول بالملك و القول بالإباحه. اعلم: أن الأصل علی القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانیه المتقدمه، و أمّا علی القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعده تسلط الناس علی أموالهم، و أصله سلطنه المالك الثابته قبل المعاطاه، و هی حاکمه علی أصله بقاء الإباحه الثابته قبل رجوع المالك لو سلّم جریانها.

تنبيه هفتم: (جریان خيارات مختص به بيع در بيع معاطاتی)

تنبيه هفتم نیز به این امر اختصاص دارد که آیا خيارات مختص به بيع، مثل خيار مجلس، خيار حيوان، خيار تأخير و ... در بيع معاطاتی نیز جاری است یا خير؟ باز روشن است طبق مبنای ما که بيع معاطاتی مثل بيع بالصيغه و یکی از مصادیق بيع است، مشمول روايات خيار بيع مثل «صاحب الحيوان بالخيار»، «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» و ... می شود. بنابراین جایگاه این بحث نیز بنابر مبنای ملك متزلزل یا إباحه می باشد که از ورود در آن صرف نظر می کنیم.

تنبیه هشتم: (تحقق معاطات با صیغه ی غیر جامع جمیع شرائط)

تنبیه هشتم راجع به این امر است که اگر متبایعین صیغه ی غیر جامع جمیع شرائط (صیغه ی ناقص) خواندند آیا مانند معاطات اثر بر آن مترتب می شود یا خیر؟ سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول: صیغه ی غیر جامع جمیع شرائط کار معاطات را انجام داده و اثر بر آن مترتب می شود.

احتمال دوم: صیغه ی ناقص کار معاطات را انجام نمی دهد؛ چون در مورد معاطات اجماع وجود دارد که اثر بر آن مترتب می شود، ولی در مورد صیغه ی ناقص چنین اجماعی وجود ندارد.

احتمال سوم: اگر به این الفاظ ناقص اکتفا شود بیع فاسد است، ولی اگر بعد از آن قبض و اقباض رخ داد حکم به صحت آن می شود.

از ما ذکرنا سابقاً حکم این مسأله نیز روشن می شود و آن این که اگر با این الفاظی که إنشاء بیع شده هر چند مثلاً عربیت، ماضویت یا بعض شرائط دیگر را ندارد احراز کردیم عرفاً بیع محقق شده است می گوئیم این شرعاً بیع است؛ زیرا عمومات آن چه را که عرفاً بیع بر آن صدق کند را امضاء کرده است. ولی اگر احراز نکردیم عرفاً بیع بر آن صادق است شرعاً نیز نمی توانیم حکم به صحت آن کنیم و اثری بر آن مترتب نمی شود.

امّا در مورد احتمال سوم که گفتند «اگر قبض و اقباض بر آن صیغه مترتب کنند بیع صحیح است» این دو حالت می تواند داشته باشد.

حالت اول این که طرفین به عنوان وفاء به آن چه با لفظ إنشاء شده قبض و اقباض می کنند؛ نه به عنوان إنشاء بیع، می گوئیم از آن جا که فرض آن است بیع با

آن الفاظ محقق نشده یا شک داریم محقق شده باشد، این قبض و إقباض نمی تواند مصحح بیع باشد؛ زیرا به قصد إنشاء انجام نمی دهند، بلکه به عنوان وفاء به عقد انجام می دهند.

حالت دوم این که با قبض و اقباض قصد إنشاء می کنند که در این صورت معلوم است که بیع محقق می شود. نظیر این که در نکاح بعد از خواندن صیغه شک می کنند آیا آن صیغه کافی بود یا نه، دوباره با لفظ دیگری می خوانند که اگر صیغه ی قبلی باطل بود، صیغه ی بعدی محقق نکاح شود. پس امر ثامن هم بیش از این احتیاج به بحث ندارد.

در مورد این که آیا شارع الفاظ خاصی را در بیع قرار داده و شروطی را معتبر دانسته یا نه إن شاء الله در آینده صحبت خواهیم کرد، و علی الاجمال می گوئیم شروط خاصی قرار نداده است.

و آخرین مطلب این که فرضاً اگر کسی قائل شد در صحت و لزوم بیع، صیغه شرط است و معاطات بیش از إباحه یا ملک متزلزل نمی آورد، می گوئیم این مربوط به جایی است که فرد قادر به إنشاء بیع با صیغه باشد، اما اگر قادر نباشد صیغه شرط صحت و لزوم برای وی نیست؛ چون دلیل لزوم صیغه فقط اجماع است که به قدر متیقن آن أخذ می شود و فرد قادر از تحت عمومات خارج می شود، اما غیر قادر تحت عمومات باقی می ماند، هر چند بتواند وکیل بگیرد.

از این جا معلوم می شود معاطات أخرس بیع لازم است و اجماع شامل وی نمی شود. حتی در نکاح و طلاق هم اشاره ی أخرس کفایت می کند. البته در مورد طلاق نص وجود دارد اگر أخرسی که کتابت بلد نیست و می خواهد زنش را طلاق دهد آیا لازم است ولی او زن را طلاق دهد، حضرت در پاسخ می فرماید:

خیر، با اشاره طلاق دهد. (۱)

بحثی هم در این جا وجود دارد که آخرس اگر قدرت بر کتابت داشت کتابت مقدم است یا اشاره که فعلاً وارد آن نمی شویم. به هر حال از این روایتی که در مورد طلاق آخرس وارد شده می توانیم به نحو فحوی و اولویت استفاده کنیم که بیع آخرس نیز صحیح است؛ چون هیچ عقد یا انشائی به اندازه ی طلاق در روایات تضییق نشده است. و اگر کسی در این اولویت شک کرد بیان قبلی کافی است؛ چه رسد به اصل مطلب که گفتیم اصلاً در مثل بیع لفظ شرط نیست. (۲)

و الحمد لله رب العالمین

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۲، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، باب ۱۹، ح ۱، ص ۴۷: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصِيرٍ الْبَزَنْطِيِّ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ عِنْدَهُ الْمَرْأَةُ يَضِيْمَتْ وَ لَا يَتَكَلَّمُ قَالَ أَخْرَسُ هِيَ؟ قُلْتُ نَعَمْ وَ يُعْلَمُ مِنْهُ بُغْضُ لِامْرَأَتِهِ وَ كَرَاهَةُ لَهَا أَوْ يَجُوزُ أَنْ يُطَلَّقَ عَنْهُ وَ لَيْتَهُ؟ قَالَ لَمَا وَ لَكِنْ يَكْتُبُ وَ يُشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ قُلْتُ أَضِيْلِحَكَ اللَّهُ فَإِنَّهُ لَا يَكْتُبُ وَ لَا يَسْمَعُ كَيْفَ يُطَلِّقُهَا قَالَ بِالَّذِي يُعْرَفُ بِهِ مِنْ أَعْمَالِهِ مِثْلَ مَا ذَكَرْتَ مِنْ كَرَاهَتِهِ وَ بُغْضِهِ لَهَا. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَشِيْمٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصِيرٍ مِثْلَهُ. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصِيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَ ذَكَرَ مِثْلَهُ.

۲- تا این جا مطالب جلد اول به پایان رسید و بحث بعدی در خصوص الفاظ عقد بیع خواهد بود إن شاء الله.

ص: ٧٥١

کتاب نامه

کتاب نامه (۱)

(۱) قرآن کریم.

(۲) الإحتجاج علی أهل اللجاج، طبرسی، احمد بن علی، محقق / مصحح: محمد باقر خراسان، ۲ جلد، ناشر: نشر مرتضی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ه.ق، مشهد ایران.

(۳) الإختصاص، شیخ مفید، محمد بن محمد، محقق / مصحح: علی اکبر غفاری و محمود محرمی زرنندی، یک جلد، ناشر: المؤتمر العالمی لالفیه الشیخ المفید، قم ایران.

(۴) إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب، تبریزی، جواد بن علی، ۴ جلد، ناشر: مؤسسه ی اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق، قم ایران.

(۵) الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، محقق / مصحح: حسن الموسوی خراسان، ۴ جلد، ناشر: دار الکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۹۰ ه.ق، تهران ایران.

۱- در استناد به اکثر کتاب های مورد استفاده، از متون موجود در «مجموعه نرم افزارهای مؤسسه ی تحقیقات کامپیوتری نور»، «معجم فقهی اهل البیت - علیهم السلام - حضرت آیت الله گلپایگانی قدس سره -» و دیگر نرم افزارهای مشهور استفاده شده است، لذا احتمال اشتباه جزئی در نقل مطالب وجود دارد.

- (۶) الاصول علی نهج الحدیث، محقق اصفهانی، محمد حسین، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ه.ق، قم ایران. (ملاحظات: این کتاب در ضمن بحوث فی الاصول به چاپ رسیده است.)
- (۷) اعراب القرآن (نحاس)، نحاس، ابوجعفر احمد بن محمد، ۵ جلد، ناشر: منشورات محمدعلی بیضون، دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۲۱ ه.ق، بیروت لبنان.
- (۸) الامالی، شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، محقق / مصحح: بخش تحقیقات اسلامی مؤسسه ی بعثت، ناشر: دار الثقافه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ایران.
- (۹) أمالی المرتضی (غرر الفوائد و درر القلائد)، علم الهدی، علی بن حسین، محقق / مصحح: محمد ابوالفضل ابراهیم، ۲ جلد، ناشر: دار الفكر العربی، چاپ اول، ۱۹۹۸ م، قاهره مصر.
- (۱۰) أنوار الفقاهه (کتاب البیع)، کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر نجفی، یک جلد، ناشر: مؤسسه ی کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق، نجف اشرف عراق.
- (۱۱) إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف حلّی، ۴ جلد، ناشر: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ه.ق، قم ایران.
- (۱۲) أساس البلاغه، الزمخشری، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، تحقیق: محمد باسل عیون السود، ۲ جلد، ناشر: دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق، بیروت لبنان.
- (۱۳) البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ابن نجیم المصری، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، ۸ جلد، ناشر: دار الکتب الإسلامی، چاپ دوم، بیروت لبنان.

- (١٤) بحوث فى علم الأصول (تقريرات شاهرودى)، شهيد صدر، سيد محمد باقر، مقرّر: محمود حسيني شاهرودى، ٧ جلد، ناشر: مؤسسه ى دائره المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت- عليهم السلام -، چاپ سوم، ١٤١٧ ه.ق، قم ايران.
- (١٥) البرهان فى تفسير القرآن، بحراني، سيد هاشم، تحقيق: قسم الدراسات الاسلاميه مؤسسه البعثه- قم، ناشر: بنياد بعثت، چاپ اول، ١٤١٦ ه.ق، تهران ايران.
- (١٦) بلغه الطالب فى التعليق على بيع المكاسب، گلپايگاني، سيد محمد رضا موسوى، مقرّر: سيد على حسيني ميلاني، يك جلد، ناشر: چاپخانه خيام، چاپ اول، ١٣٩٩ ه.ق، قم ايران.
- (١٧) بلغه الفقيه، بحر العلوم، محمد بن محمد تقى، ٤ جلد، ناشر: منشورات مكتبه الصادق، چاپ چهارم، ١٤٠٣ ه.ق، تهران ايران.
- (١٨) تاج العروس من جواهر القاموس، حسيني زيبيدي، سيد محمد مرتضى، محقق / مصحح: على شيرى، ٢٠ جلد، ناشر: دار الفكر للطباعه و النشر و التوزيع، چاپ اول، ١٤١٤ ه.ق، بيروت لبنان.
- (١٩) التبيان فى تفسير القرآن، شيخ طوسى، محمد بن حسن، تحقيق: احمد قصير عاملى، ١٠ جلد، ناشر: دار احياء التراث العربى، بيروت لبنان.
- (٢٠) التبيان فى اعراب القرآن، عكبرى، عبدالله بن حسين، يك جلد، ناشر: بيت الافكار الدوليه، چاپ اول، عمان رياض.
- (٢١) تحرير الأحكام الشرعيه على مذهب الإماميه (ط- الحديثه)، علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، محقق / مصحح: ابراهيم البهادرى، ٦ جلد، ناشر: مؤسسه امام صادق عليه السلام -، چاپ اول، ١٤٢٠ ه.ق، قم ايران.

- (۲۲) تحریر الوسیله، امام خمینی، سید روح الله موسوی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه ی مطبوعات دار العلم، چاپ اول، قم ایران.
- (۲۳) تحف العقول، ابن شعبه حرّانی، حسن بن علی، محقق / مصحح: علی اکبر غفاری، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ه.ق، قم ایران.
- (۲۴) التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، مصطفوی، حسن، ۱۴ جلد، ناشر: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰ ه.ش، تهران ایران.
- (۲۵) تذکره الفقهاء (ط- الحدیثه)، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت- علیهم السلام -، ۱۴ جلد، ناشر: مؤسسه آل البیت- علیهم السلام -، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ایران.
- (۲۶) تشریح الأصول، نهاوندی نجفی، علی بن فتح الله، یک جلد، ناشر: میرزا محمدعلی تاجر طهرانی، چاپ اول، ۱۳۲۰ ه.ق، تهران ایران.
- (۲۷) تفسیر جوامع الجامع، طبرسی، فضل بن حسن، ناشر: انتشارات دانشگاه تهران و مدیریت حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۷۷ ه.ش، تهران ایران.
- (۲۸) تفسیر الصافی، فیض کاشانی، ملا محسن، تحقیق: حسین اعلمی، ناشر: انتشارات الصدر، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ه.ق، تهران ایران.
- (۲۹) تفسیر القمی، علی بن ابراهیم قمی، تحقیق: سید طیب موسوی جزائری، ۲ جلد، ناشر: دار الکتب، چاپ چهارم، ۱۳۶۷ ه.ش، قم ایران.

- (٣٠) تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفه القلموني الحسيني، ١٢ جلد، ناشر: الهيئه المصريه العامه للكتاب، چاپ دوم، ١٩٩٠م.
- (٣١) التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، حلي، مقداد بن عبد الله سيوري، محقق / مصحح: سيد عبد اللطيف حسيني كوه كمرى، ٤ جلد، ناشر: انتشارات كتابخانه ي آيه الله مرعشي نجفي، چاپ اول، ١٤٠٤ ه.ق، قم ايران.
- (٣٢) التنقيح في شرح العروه الوثقى، خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مقرن: ميرزا علي غروي، ٦ جلد، چاپ اول، ١٤١٨ ه.ق، قم ايران.
- (٣٣) التنقيح في شرح المكاسب (مكاسب البيع)، خويي، سيد ابو القاسم موسوي، ٢ جلد، ناشر: مؤسسه احياء آثار امام خويي، چاپ چهارم، ١٣٨٨ ه.ش، قم ايران.
- (٣٤) تهذيب الأحكام، شيخ طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن، محقق / مصحح: حسن الموسوي خراسان، ١٠ جلد، ناشر: دار الكتب الإسلاميه، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ه.ق، تهران ايران.
- (٣٥) تهذيب اللغه، ازهرى، محمد بن احمد، ١٥ جلد، ناشر: دار احياء التراث العربى، چاپ اول، بيروت لبنان.
- (٣٦) الجامع لأحكام القرآن، القطراني، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزر جي، محقق: هشام سمير البخاري، ناشر: دار عالم الكتب، چاپ اول، ١٤٢٣ ه.ق، رياض عربستان.
- (٣٧) جامع المقاصد في شرح القواعد، محقق ثاني، علي بن حسين عاملی کرکي، محقق / مصحح: مؤسسه ي آل البيت - عليهم السلام -، ١٣ جلد، ناشر: مؤسسه ي آل البيت - عليهم السلام -، چاپ دوم، ١٤١٤ ه.ق، قم ايران.

(۳۸) الجدول فی اعراب القرآن، صافی، محمود بن عبد الرحیم، ۳۱ جلد، ناشر: دار الرشید مؤسسه الإیمان، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ ه.ق، دمشق بیروت.

(۳۹) جواهر الفقه (الجواهر فی الفقه - العقائد الجعفریه)، قاضی ابن براج، عبد العزیز محمد بن حسن، محقق / مصحح: ابراهیم بهادری، یک جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اول، ۱۴۱۱ ه.ق، قم ایران.

(۴۰) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، نجفی، محمّد حسن، محقق / مصحح: عباس قوچانی و علی آخوندی، ۴۳ جلد، ناشر: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق، بیروت لبنان.

(۴۱) الجوهر النضید، العلامه الحلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تصحیح: محسن بیدارفر، یک جلد، ناشر: انتشارات بیدار، چاپ پنجم، ۱۳۷۱ ه.ش، قم ایران.

(۴۲) الحاشیه الثانیه علی المکاسب، خوانساری، محمد امامی، یک جلد، چاپ اول. (ملاحظات: این کتاب همراه با الحاشیه الاولى علی المکاسب در یک جلد چاپ شده است.)

(۴۳) الحاشیه علی الهیات الشفاء، صدر المتألّهین، یک جلد، ناشر: انتشارات بیدار، قم ایران.

(۴۴) حاشیه کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، محقق اصفهانی، محمد حسین کمپانی، محقق / مصحح: عباس محمد آل سباع قطیفی، ۵ جلد، ناشر: أنوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

(۴۵) حاشیه کتاب المکاسب، همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، یک جلد، محقق / مصحح: محمد رضا انصاری قمی، ناشر: جناب مؤلف، چاپ اول، ۱۴۲۰ ه.ق، قم ایران.

(۴۶) حاشیه الکفایه، علامه طباطبایی، سید محمدحسین، ۲ جلد، ناشر: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی قدس سره - چاپ اول، قم ایران.

(۴۷) حاشیه مجمع الفائده و البرهان، بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه علامه مجدّد و حید بهبهانی - رحمه الله علیه - ، یک جلد، ناشر: مؤسسه علامه المجدّد الوحید البههانی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۴۸) حاشیه المکاسب، آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، محقق / مصحح: سید مهدی شمس الدین، یک جلد، ناشر: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق، تهران ایران.

(۴۹) حاشیه المکاسب، ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، ۲ جلد، ناشر: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق، تهران ایران.

(۵۰) حاشیه المکاسب، یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه ی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ه.ق، قم ایران.

(۵۱) حاشیه الصبان علی شرح الأشمونی لألفیه ابن مالک، أبو العرفان محمد بن علی الصبان الشافعی، ۳ جلد، ناشر: دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه.ق ۱۹۹۷ م، بیروت لبنان.

(۵۲) الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره، آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، محقق / مصحح: محمد تقی ایروانی و سید عبد الرزاق مقرم، ۲۵ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ایران.

(۵۳) الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، صدر المتألهین شیرازی، محمد، ۹ جلد، ناشر: دار احیاء التراث، چاپ سوم، ۱۹۸۱ م، بیروت لبنان.

(۵۴) الخلاف، شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، محقق / مصحح: علی خراسانی؛ سید جواد شهرستانی؛ مهدی طه نجف و مجتبی عراقی، ۶ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۰۷ ه.ق، قم ایران.

(۵۵) الدرہ الفاخرہ، عبد الرحمن الجامی، به اهتمام: نیکولاهیر و علی موسوی بهبهانی، یک جلد، ناشر: مؤسسه مطالعات اسلامی، ۱۳۵۸ ه.ش، تهران ایران.

(۵۶) الدروس الشرعیہ فی فقہ الإمامیہ، شهید اوّل، محمد بن مکی عاملی، ۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۵۷) دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحكام، ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی، محقق / مصحح: آصف فیضی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البيت - علیهم السلام -، چاپ دوم، ۱۳۸۵ ه.ق، قم ایران.

(۵۸) دلائل الصدق، مظفر، محمد حسین، ۶ جلد، ناشر: مؤسسه آل البيت - علیهم السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۲۲ ه.ق، قم ایران.

(۵۹) رجال ابن داود، حلی، حسن بن علی بن داود، یک جلد، ناشر: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ه.ق، تهران ایران.

(۶۰) رجال الشیخ الطوسی (الأبواب)، شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، محقق / مصحح: جواد قیومی اصفهانی، یک جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ سوم، ۱۴۲۷ ه.ق، قم ایران.

(۶۱) رجال النجاشی (فهرست اسماء مصنفی الشیعہ)، نجاشی، ابو الحسن احمد بن علی، محقق / مصحح: سید موسی شبیری زنجانی، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، ۱۴۰۷ ه.ق، قم ایران.

(۶۲) رسائل ابن سینا، شیخ رئیس ابن سینا، ابوعلی حسین بن عبدالله بن سینا، یک جلد، ناشر: انتشارات بیدار، ۱۴۰۰ ه.ق، قم ایران.

(۶۳) الرسائل التسع، محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، محقق / مصحح: رضا استادی، یک جلد، ناشر: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله علیه - ، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۶۴) رسائل الشریف المرتضی، شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، ۴ جلد، ناشر: دار القرآن الکریم، چاپ اوّل، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ایران.

(۶۵) رسائل الشجره الالهیه فی علوم الحقایق الربانیه، شمس الدین الشهرزوری، محمد بن محمود، تصحیح و تحقیق: دکتر نجفقلی حبیبی، ۳ جلد، ناشر: مؤسسه ی حکمت و فلسفه ایران، چاپ اوّل، ۱۳۸۳ ه.ش، تهران ایران.

(۶۶) رسائل میرزای قمی (گیلانی)، ابو القاسم بن محمد حسن، ۲ جلد، ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی خراسان، چاپ اوّل، ۱۴۲۷ ه.ق، قم ایران.

(۶۷) رسائل و مسائل، نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ۳ جلد، ناشر: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، چاپ اوّل، ۱۴۲۲ ه.ق، قم ایران.

(۶۸) رساله فی تحقیق الحق و الحکم، محقق اصفهانی، محمد حسین کمپانی، یک جلد، ناشر: أنوار الهدی، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران. (ملاحظات: این رساله در ضمن «حاشیه کتاب المکاسب، ط - الحدیثه» چاپ شده است.)

(٦٩) الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى كلانتر)، شهيد ثانى، زين الدين بن على عاملى، شارح: سيد محمد كلانتر، ١٠ جلد، ناشر: كتابفروشى داورى، چاپ اول، ١٤١٠ ه.ق، قم ايران.

(٧٠) روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم و السبع المثانى، الألوسى، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسينى، المحقق: على عبد البارى عطيه، ١٦ جلد، ناشر: دار الكتب العلميه، چاپ اول، ١٤١٥ ه.ق، بيروت لبنان.

(٧١) رياض المسائل فى تحقيق الأحكام بالدلائل (ط- الحديثه)، حائرى، سيد على بن محمد طباطبايى، محقق / مصحح: محمد بهره مند؛ محسن قديرى؛ كريم انصارى و على مرواريد، ١٦ جلد، ناشر: مؤسسه ى آل البيت- عليهم السلام -، چاپ اول، ١٤١٨ ه.ق، قم ايران.

(٧٢) زبده الأحكام، امام خمينى، سيد روح الله موسوى، يك جلد، ناشر: سازمان تبليغات اسلامى، ١٤٠٤ ه.ق، چاپ اول، تهران ايران.

(٧٣) زبده البيان فى أحكام القرآن، مقدّس اردبيلى، احمد بن محمد، محقق / مصحح: محمد باقر بهبودى، يك جلد، ناشر: المكتبه الجعفريه لإحياء الآثار الجعفريه، چاپ اول، تهران ايران.

(٧٤) الزهد، كوفى اهوازى، حسين بن سعيد، محقق / مصحح: غلامرضا عرفانيان يزدى، يك جلد، ناشر: المطبعه العلميه، چاپ دوم، ١٤٠٢ ه.ق، قم ايران.

(٧٥) السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى، ابن ادريس حلى، محمد بن منصور بن احمد، ٣ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامى (وابسته به جامعه ى مدرسين حوزه ى علميه ى قم)، چاپ دوم، ١٤١٠ ه.ق، قم ايران.

(٧٦) شرح حكمه الاشراق (الشهرزورى)، شمس الدين الشهرزورى، محمد بن محمود، مقدمه و تحقيق: حسين ضيائى تربتى، يك جلد، ناشر: مؤسسه ى مطالعات و تحقيقات فرهنگى، چاپ اول، ١٣٧٢ ه.ش، تهران ايران.

(٧٧) شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامه ابن المطهر، كاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالكى نجفى، يك جلد، ناشر: مؤسسه ى كاشف الغطاء، ١٤٢٠ ه.ق، نجف اشرف عراق.

(٧٨) شرح الكافى (الأصول و الروضه)، ملا صالح مازندرانى، محمد صالح بن احمد، محقق / مصحح: ابوالحسن شعرانى، ١٢ جلد، ناشر: المكتبه الإسلاميه، چاپ اول، ١٣٨٢ ه.ق، تهران ايران.

(٧٩) شرح المصطلحات الفلسفيه، مجمع البحوث الاسلاميه، يك جلد، ناشر: مجمع البحوث الاسلاميه، چاپ اول، ١٤١٤ ه.ق، مشهد ايران.

(٨٠) شرح المنظومه، حكيم سبزوارى، ملا هادى، تصحيح و تعليق: آيت الله حسن زاده آملى، تحقيق و تقديم: مسعود طالبى، ٥ جلد، ناشر: نشر ناب، چاپ اول، ١٣٦٩ ه.ش، تهران ايران.

(٨١) شرح الهدايه الاثريه، صدر المتالihin، محمد، يك جلد، مصحح: محمد مصطفى فولادكار، ناشر: مؤسسه التاريخ العربى، چاپ اول، ١٤٢٢ ه.ق، بيروت لبنان.

(٨٢) الشفاء (المنطق)، شيخ الرئيس ابن سينا، ابوعلی حسين بن عبدالله بن سينا، ٤ جلد، تحقيق: سعيد زايد و ...، ناشر: مكتبه آيه الله المرعشى، ١٤٠٤ ه.ق، قم ايران.

(٨٣) شوارق الإلهام فى شرح تجريد الكلام، فياض لاهيجى، عبد الرزاق بن على بن الحسين، ٢ جلد، ناشر: انتشارات مهدوى، اصفهان ايران.

(۸۴) الصحاح تاج اللغة و صحاح العربيه، جوهرى، اسماعيل بن حماد، ۶ جلد، ناشر: دار العلم للملايين، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق، بيروت لبنان.

(۸۵) العروه الوثقى فيما تعم به البلوى (المحشى)، يزدى، سيد محمد كاظم طباطبايى، محقق / مصحح: احمد محسنى سبزوارى، ۵ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامى (وابسته به جامعه ي مدرسين حوزه ي علميه ي قم)، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق، قم ايران.

(۸۶) العروه الوثقى، يزدى، سيد محمد كاظم طباطبايى، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ه.ق، بيروت لبنان.

(۸۷) عوائد الايام فى بيان قواعد الاحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، نراقى، احمد بن محمد مهدى، يك جلد، ناشر: دفتر تبليغات اسلامى حوزه ي علميه ي قم، چاپ اول، ۱۳۷۵ ه.ش، قم ايران.

(۸۸) عوالى اللئالى العزيزيه فى الأحاديث الدينيه، ابن أبى جمهور، محمد بن زين الدين، محقق / مصحح: مجتبى عراقى، ۴ جلد، ناشر: دار سيد الشهداء عليه السلام - للنشر، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ايران.

(۸۹) العين، فراهيدى، خليل بن احمد، محقق / مصحح: مهدى مخزومى و ابراهيم سامزايى، ۸ جلد، ناشر: نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه.ق، قم ايران.

(۹۰) عيون اخبار الرضا عليه السلام -، شيخ صدوق، محمد بن على ابن بابويه قمى، محقق / مصحح: مهدى لاجوردى، ۲ جلد، نشر جهان، چاپ اول، ۱۳۷۸ ه.ق، تهران ايران.

(۹۱) غايه الآمال فى شرح كتاب المكاسب، مامقانى، محمد حسن بن الملا عبد الله، ۳ جلد، ناشر: مجمع الذخائر الإسلاميه، چاپ اول، ۱۳۱۶ ه.ق، قم ايران.

(٩٢) غنيه النزوع إلى علمى الأصول و الفروع، ابن زهره، حمزه بن على حسینی حلبی، یک جلد، ناشر: مؤسسه امام صادق علیه السلام -، چاپ اول، ١٤١٧ ه.ق، قم ایران.

(٩٣) فرائد الأصول، شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، ٤ جلد، ناشر: مجمع الفكر الاسلامی، چاپ نهم، ١٤٢٨ ه.ق، قم ایران.

(٩٤) فقه الإمامیه، قسم الخيارات، گیلانی، نجفی، میرزا حبیب الله رشتی، مقرر: سید محمد کاظم خلخالی، یک جلد، ناشر: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ١٤٠٧ ه.ق، قم ایران.

(٩٥) فقه الشیعہ (کتاب الطهاره)، خویی، سید ابو القاسم موسوی، مقرر: سید محمد مهدی موسوی خلخالی، ٦ جلد، ناشر: مؤسسه آفاق، چاپ سوم، ١٤١٨ ه.ق، قم ایران.

(٩٦) فقه القرآن فی شرح آیات الأحکام، راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، محقق / مصحح: سید احمد حسینی، ٢ جلد، ناشر: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله علیه -، چاپ دوم، ١٤٠٥ ه.ق، قم ایران.

(٩٧) فلسفه ی اخلاق، مدرّسی طباطبایی یزدی، سید محمد رضا، یک جلد، ناشر: انتشارات سروش، چاپ سوم، ١٣٨٨ ه.ش، تهران ایران.

(٩٨) القاموس المحيط، الفیروز آبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب، ٤ جلد، ناشر: دار الکتب العلمیه، چاپ اول، بیروت لبنان.

(٩٩) قرب الإسناد (ط - الحدیثه)، حمیری، عبد الله بن جعفر، یک جلد، محقق / مصحح: مؤسسه ی آل البيت - علیهم السلام -، ناشر: مؤسسه ی آل البيت - علیهم السلام -، چاپ اول، ١٤١٣ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۰) قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۱) القواعد و الفوائد، شهید اوّل، عاملی، محمد بن مکی، محقّق / مصحّح: سید عبد الهادی حکیم، ۲ جلد، ناشر: کتابفروشی مفید، چاپ اوّل، قم ایران. (ملاحظات: این کتاب از روی نسخه ای که در نجف اشرف سال ۱۴۰۰ ه.ق به چاپ رسیده افست شده است.)

(۱۰۲) الکافی (ط-الاسلامیه)، کلینی، ابو جعفر محمّد بن یعقوب، محقّق / مصحّح: علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، ۸ جلد، ناشر: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق، تهران ایران.

(۱۰۳) الکافی (ط- دار الحدیث)، کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، ۱۵ جلد، ناشر: دار الحدیث، چاپ اوّل، ۱۴۲۹ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۴) الکافی فی الفقه، حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، محقّق / مصحّح: رضا استادی، یک جلد، ناشر کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام -، چاپ اوّل، ۱۴۰۳ ه.ق، اصفهان ایران.

(۱۰۵) کتاب البیع، امام خمینی، سید روح الله موسوی، ۵ جلد، ناشر: مؤسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره -، چاپ اوّل، ۱۴۲۱ ه.ق، تهران ایران.

(۱۰۶) کتاب البیع (تقریرات خرم آبادی)، امام خمینی، سید روح الله موسوی، یک جلد، مقرّر: سید حسن طاهری خرم آبادی، ناشر: مؤسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره -، چاپ اوّل، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۷) كتاب المكاسب المحرمه و البيع و الخيارات (ط- الحديثه)، شيخ انصاری، مرتضى بن محمد امين انصاری دزفولی، محقق / مصحح: گروه پژوهش در کنگره ی شیخ انصاری قدس سره -، ۶ جلد، ناشر: کنگره ی جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری قدس سره -، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۸) كتاب المكاسب المحرمه و البيع و الخيارات (ط- القديمه)، شيخ انصاری، مرتضى بن محمد امين انصاری دزفولی، محقق / مصحح: محمد جواد رحمتی و سيد احمد حسینی، ۳ جلد، ناشر: منشورات دار الذخائر، چاپ اول، ۱۴۱۱ ه.ق، قم ایران.

(۱۰۹) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الزمخشري جار الله، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، ۴ جلد، ناشر: دار الكتاب العربي، چاپ سوم، ۱۴۰۷ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۱۰) كشف الرموز فی شرح مختصر النافع، فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، ۲ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۱۱۱) كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، ۱۱ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، چاپ اول، ۱۴۱۶ ه.ق، قم ایران.

(۱۱۲) كشف المراد فی شرح تجريد الاعتقاد، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تصحيح و تحقيق: آیت الله حسن زاده آملی، يك جلد، ناشر: مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۱۳) كشكول (انيس المسافر و جليس الخاطر)، صاحب حدائق، يوسف بن احمد بحرانی، ۳ جلد، ناشر: دار و مكتبه الهلال، بیروت لبنان.

(۱۱۴) كفايه الأصول، آخوند خراسانی، محمد كاظم بن حسين، يك جلد، ناشر: مؤسسه آل البيت - عليهم السلام -، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق، قم ايران.

(۱۱۵) كمال الدين و تمام النعمه، شيخ صدوق، محمد بن علي بن بابويه، محقق / مصحح: علي اكبر غفاري، ۲ جلد، ناشر: اسلاميه، چاپ دوم، ۱۳۹۵ ه.ق، تهران ايران.

(۱۱۶) كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، عميدي، سيد عميد الدين بن محمد اعرج حسيني، محقق / مصحح: محي الدين واعظي؛ كمال كاتب و جلال اسدي، ۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامي (وابسته به جامعه ي مدرسين حوزه ي علميه ي قم)، چاپ اول، ۱۴۱۶ ه.ق، قم ايران.

(۱۱۷) لسان العرب، ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، محقق / مصحح: احمد فارس صاحب الجوائب، ۱۵ جلد، ناشر: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ه.ق، بيروت لبنان.

(۱۱۸) المباحثات، شيخ الرئيس ابن سينا، ابو علي حسين بن عبدالله بن سينا، توضيح مقدمه و تحقيق: محسن بيدارفر، يك جلد، ناشر: انتشارات بيدار، چاپ اول، ۱۳۷۱ ه.ش، قم ايران.

(۱۱۹) المباحث المشرقيه في علم الالهيات و الطبيعيات، فخر الدين الرازي، محمد بن عمر، ۲ جلد، ناشر: انتشارات بيدار، چاپ دوم، ۱۴۱۱ ه.ق، قم ايران.

(۱۲۰) المبسوط في فقه الإماميه، شيخ طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن، محقق / مصحح: سيد محمد تقی كشفی، ۸ جلد، ناشر: المكتبه المرتضويه لإحياء الآثار الجعفريه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه.ق، تهران ايران.

(۱۲۱) مجمع البحرين، طريحي، فخر الدين، محقق / مصحح: سيد احمد حسيني، ۶ جلد، ناشر: مرتضوي، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق، تهران ايران.

(۱۲۲) مجمع البيان فى تفسير القرآن، طبرسى، فضل بن حسن، مقدمه: محمّد جواد بلاغى، ۱۰ جلد، ناشر: انتشارات ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۲ ه.ش، تهران ايران.

(۱۲۳) مجمع الفائده و البرهان فى شرح إرشاد الأذهان، مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد، محقق / مصحح: آقا مجتبی عراقی؛ على پناه اشتهااردی و آقا حسين يزدي اصفهانی، ۱۴ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامى (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اول، ۱۴۰۳ ه.ق، قم ايران.

(۱۲۴) محاضرات فى الفقه الجعفرى، خويى، سيد ابوالقاسم موسوى، محقق: سيد عبدالرزاق المقرم، ۴ جلد، ناشر: مؤسسه ی دايره المعارف فقه اسلامى، چاپ اول، ۱۴۲۹ ه.ق، قم ايران.

(۱۲۵) محاضرات فى أصول الفقه، خويى، سيد ابوالقاسم موسوى، مقرر: محمد اسحاق فياض، ۵ جلد، ناشر: انصاريان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ايران.

(۱۲۶) المحيط فى اللغه، صاحب بن عباد، كافى الكفاه، اسماعيل بن عباد، محقق / مصحح: محمد حسن آل ياسين، ۱۰ جلد، ناشر: عالم الكتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق، بيروت لبنان.

(۱۲۷) المجموع شرح المهذب، النووى، أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف، ۲۰ جلد، ناشر: دار الفكر، بيروت لبنان.

(۱۲۸) مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه، علامه حلّى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامى، ۹ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامى (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ايران.

- (۱۲۹) المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، فیومی، أحمد بن محمد، ۲ جلد در یک مجلد، ناشر: مؤسسه ی دار الهجره، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ایران .
- (۱۳۰) المقنعه، شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، یک جلد، ناشر: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید قدس سره -، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.
- (۱۳۱) المهدب، ابن براج، قاضی عبد العزیز طرابلسی، ۲ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق، قم ایران.
- (۱۳۲) مرآه العقول فی شرح اخبار آل الرسول - علیهم السلام -، علامه مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، محقق / مصحح: سید هاشم رسولی، ۲۶ جلد، ناشر: دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق، تهران ایران.
- (۱۳۳) مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام، فاضل جواد، جواد بن سعد اسدی کاظمی، ۴ جلد، ناشر: مکتبه المرتضویه.
- (۱۳۴) مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه ی معارف اسلامی، ۱۵ جلد، ناشر: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.
- (۱۳۵) مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، عریضی، علی بن جعفر، محقق / مصحح: مؤسسه ی آل البیت - علیهم السلام - لإحياء التراث، یک جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البیت - علیهم السلام -، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق، قم ایران.
- (۱۳۶) مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، محدث نوری، میرزا حسین، محقق / مصحح: مؤسسه ی آل البیت - علیهم السلام -، ۲۸ جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البیت - علیهم السلام -، چاپ اول، ۱۴۰۸ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۳۷) مصابیح الأحكام، بروجردی، بحر العلوم، سید مهدی، محقق / مصحح: سید مهدی طباطبائی و فخر الدین صانعی، ۲ جلد، ناشر: منشورات میثم التمار، چاپ اول، ۱۴۲۷ ه.ق، قم ایران.

(۱۳۸) مصارع المصارع، خواجه نصیر الدین الطوسی، محمد بن محمد بن الحسن، تحقیق: شیخ حسن معزی، یک جلد، ناشر: مکتبه آیه الله المرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه.ق، قم ایران. (ملاحظات: این کتاب به همراه مصارعه الفلاسفه چاپ شده است.)

(۱۳۹) مصباح الأصول (مباحث الفاظ)، خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مقرر: محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، ۲ جلد، ناشر: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق، قم ایران.

(۱۴۰) مصباح الفقاهه فی المعاملات، خویی، سید ابو القاسم موسوی، مقرر: محمد علی توحیدی، ۷ جلد، ناشر: انصاریان، قم ایران.

(۱۴۱) المصنف، الحمیری الیمانی الصنعانی، أبو بکر عبد الرزاق بن همام بن نافع، محقق: حبیب الرحمن الأعظمی، ۱۱ جلد، ناشر: المجلس العلمی، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ه.ق، هندوستان.

(۱۴۲) معانی الاخبار، شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، محقق / مصحح: علی اکبر غفاری، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، ۱۴۰۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۴۳) المعجم الفلسفی، جمیل صلیبا، ۲ جلد، ناشر: الشركة العالمیه للكتاب، ۱۴۱۴ ه.ق، بیروت لبنان.

(۱۴۴) معجم مقائیس اللغه، ابو الحسن، احمد بن فارس بن زکریا، محقق / مصحح: عبد السلام محمد هارون، ۶ جلد، ناشر: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه ی علمیه ی قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ه.ق، قم ایران.

(١٤٥) المغنى فى فقه أحمد بن حنبل الشيبانى، عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسى أبو محمد، ناشر: دار الفكر، ١٠ جلد، چاپ اول، ١٤٠٥ ه.ق، بيروت لبنان.

(١٤٦) مفاتيح الأصول، طباطبائى المجاهد، محمد بن على، يك جلد، ناشر: مؤسسه آل البيت - عليهم السلام -، چاپ اول، ١٢٩٦ ه.ق، قم ايران.

(١٤٧) مفاتيح الغيب، فخر الرازى، فخر الدين محمد بن عمر التميمى، ٣٢ جلد، ناشر: دار الكتب العلميه، چاپ اول، ١٤٢١ ه.ق، بيروت لبنان.

(١٤٨) مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه (ط - الحديثه)، عاملى، سيد جواد بن محمد حسينى، محقق / مصحح: محمد باقر خالصى، ٢٣ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامى (وابسته به جامعه ي مدرسين حوزه ي علميه ي قم)، چاپ اول، ١٤١٩ ه.ق، قم ايران.

(١٤٩) مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، عاملى، سيد جواد بن محمد حسينى، محقق / مصحح: (جلد ٩) محمد باقر حسينى شهيدى، ١١ جلد، ناشر: دار إحياء التراث العربى، چاپ اول، بيروت لبنان.

(١٥٠) مفردات الفاظ القرآن، راغب اصفهانى، حسين بن محمد، محقق / مصحح: صفوان عدنان داودى، ناشر: دار العلم الدار الشاميه، چاپ اول، ١٤١٢ ه.ق، لبنان سوريه.

(١٥١) مقابس الأنوار و نفائس الأسرار فى أحكام النبى المختار و عترته الأطهار، تسترى، اسد الله كاظمى، ١٢٣٧ ه.ق، يك جلد، ناشر: مؤسسه آل البيت - عليهم السلام -، چاپ اول، قم ايران.

(١٥٢) مقالات فقهى (٣) (بررسى گسترده ي فقهى غيبى)، مدرّسى طباطبائى يزدى، سيد محمد رضا، يك جلد، ناشر: مؤسسه ي پرتو ثقلين، چاپ اول، ١٣٩١ ه.ش، قم ايران.

- (۱۵۳) مقالات فقهی (۷) (بررسی گسترده ی فقهی معونه الظالمین و ...)، مدرّسی طباطبائی یزدی، سید محمد رضا، یک جلد، ناشر: دار التفسیر، چاپ اوّل، ۱۳۹۳ ه.ش، قم ایران.
- (۱۵۴) مکارم الأخلاق، طبرسی، حسن بن فضل، یک جلد، ناشر: شریف رضی، چاپ چهارم، ۱۴۱۲ ه.ق، قم ایران.
- (۱۵۵) المکاسب و البیع، نائینی، میرزا محمد حسین غروی، مقرّر: میرزا محمد تقی آملی، ۲ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.
- (۱۵۶) ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، علامه مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، محقق / مصحح: مهدی رجائی، ۱۶ جلد، ناشر: کتابخانه ی آیة الله مرعشی نجفی - رحمه الله علیه - ، چاپ اوّل، ۱۴۰۶ ه.ق، قم ایران.
- (۱۵۷) من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، محمّد بن علی بن بابویه قمی، محقق / مصحح: علی اکبر غفاری، ۴ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه قم)، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ه.ق، قم ایران.
- (۱۵۸) منهاج البراعه فی شرح نهج البلاغه، هاشمی خویی، میرزا حبیب الله؛ حسن زاده آملی، حسن؛ کمره ای، محمّد باقر، محقق / مصحح: ابراهیم میانجی، ۲۱ جلد، ناشر: مکتبه الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۰ ه.ق، تهران ایران.
- (۱۵۹) منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، نائینی، میرزا محمد حسین غروی، مقرّر: موسی بن محمد نجفی خوانساری، ۲ جلد، ناشر: المکتبه المحمديه، چاپ اوّل، ۱۳۷۳ ه.ق، تهران ایران.

(۱۶۰) موسوعه الإمام الخوئی، خوئی، سید ابوالقاسم موسوی، ۳۳ جلد، ناشر: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی قدس سره - چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

(۱۶۱) موسوعه الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت - عليهم السلام -، جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، محقق / مصحح: جمعی از پژوهشگران مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۱ جلد، ناشر: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت - عليهم السلام -، چاپ اول، ۱۴۲۳ ه.ق، قم ایران.

(۱۶۲) موسوعه مصطلحات علم المنطق عند العرب، فرید جبر؛ سمیح دغیم؛ رفیق العجم و جیرار جهامی، یک جلد، ناشر: مکتبه لبنان ناشرون، چاپ اول، ۱۹۹۶ م، بیروت لبنان.

(۱۶۳) المیزان فی تفسیر القرآن، علامه طباطبایی، سید محمد حسین، ۲۰ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ه.ق، قم ایران.

(۱۶۴) النجاه من الغرق فی بحر الضلالت، شیخ الرئيس ابن سینا، ابوعلی حسین بن عبدالله بن سینا، مقدمه و تصحیح: محمد تقی دانش پژوه، یک جلد، ناشر: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۹ ه.ش، تهران ایران.

(۱۶۵) نکت النهایه، محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، ۳ جلد، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ه.ق، قم ایران.

(۱۶۶) نهایه الأحکام فی معرفه الأحکام، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۲ جلد، ناشر: مؤسسه ی آل البيت - عليهم السلام -، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق، قم ایران.

(۱۶۷) نهايه الدرأيه فى شرح الكفايه (ط- قديم)، محقق اصفهاني، محمد حسين، ۳ جلد، ناشر: سيد الشهداء، چاپ اول، ۱۳۷۴ ه.ق، قم ايران.

(۱۶۸) النهايه فى مجرد الفقه و الفتاوى، شيخ طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن، يك جلد، ناشر: دار الكتاب العربى، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ه.ق، بيروت لبنان.

(۱۶۹) نهج البلاغه (نسخه ى صبحى صالح)، سيد رضى، محمد بن حسين موسوى، محقق / مصحح: سيد على نقى فيض الاسلام، ناشر: هجرت، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق، قم ايران.

(۱۷۰) نهج الحق و كشف الصدق، علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، يك جلد، ناشر: دار الكتاب اللبنانى، چاپ اول، ۱۹۸۲ م، بيروت لبنان.

(۱۷۱) نهج الفقاهه، حكيم، سيد محسن طباطبايى، يك جلد، ناشر: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، قم ايران.

(۱۷۲) الوافى، فيض كاشانى، ملا محمد محسن بن شاه مرتضى، ۲۶ جلد، ناشر: كتابخانه امام أمير المؤمنين على عليه السلام -، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق، اصفهان ايران.

(۱۷۳) وسائل الشيعه (تفصيل وسائل الشيعه إلى تحصيل مسائل الشريعة)، شيخ حرّ عاملى، محمد بن حسن، محقق / مصحح: مؤسسه ى آل البيت - عليهم السلام -، ۳۰ جلد، ناشر: مؤسسه ى آل البيت - عليهم السلام -، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق، قم ايران.

(۱۷۴) الوسيله إلى نيل الفضيله، طوسى، محمد بن على بن حمزه، يك جلد، ناشر: انتشارات كتابخانه ى آيت الله مرعشى نجفى قدس سره -، چاپ اول، ۱۴۰۸ ه.ق، قم ايران.

(۱۷۵) هدایه الطالب إلى أسرار المكاسب، تبریزی، میرزا فتاح شهیدی، ۳ جلد، ناشر: چاپخانه اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۵ ه.ق، تبریز ایران.

(۱۷۶) الهدایه فی الاصول و الفروع هدایه المتعلمین، شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه ی امام هادی علیه السلام -، ناشر: مؤسسه ی امام هادی علیه السلام -، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق، قم ایران.

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریان‌های اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می‌نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه
اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقاتی و ترجمانی

اصفهان

گام‌های

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