

فقه استدلالی (۱)

کتاب مکاسب

شیخ مرتضیٰ انصاری

خلاصه قسمتی از کتاب بیع

نام استاد: رضاعلی کرمی

معنای اصطلاحی بیع

شیخ می فرماید: بیع نه حقیقت شرعیه دارد نه متشرعیه، بیع یک معنای عرفی دارد، اما در اینکه معنای عرفی بیع چیست، فقهاء اختلاف دارند.

مرحوم شیخ سه تعریف از قول فقهای دیگر می آورند و به هر سه اشکال می کنند، بعد تعریف چهارمی را ارائه می دهند.

شیخ در مبسوط، علامه در تذکره و غیر اینها گفته اند:

تعریف اول بیع: اگر عینی از یک شخص الی غیره انتقال پیدا کرد، به یک عوض معین، در صورتی که طرفین راضی باشند، بیع واقع شده است.

اشکالی که شیخ می گیرد: دو تا مسامحه در این تعریف وجود دارد

مسامحه اول: که انتقال، اثر البیع است نه اینکه جزء ماهیت و حقیقت بیع باشد، وقتی بیعی انجام می گیرد، اثر این بیع انتقال است، پس نمی توان انتقال را در خود ماهیت بیع آورد.

مسامحه دوم: در تعریف بیع، شرایط صحت را هم آورده اند، عوض معین، معین از شرایط بیع نیست، از شرایط صحت آن است.

شرط در بیع به دو صورت است: ۱- شرط برای اصل تحقق بیع، ۲- شرط برای صحت بیع. معین از شرایط صحت بیع است و چون در این تعریف، مسامحه واضح است دیگر مورد قبول نیست.

تعریف دوم بیع: بیع عبارت است از ایجاب و قبولی که دال بر انتقال است.

اشکالی که شیخ می‌گیرد: می‌گوید زیرا ایجاب و قبول از مقوله لفظ است، در حالی که بیع، از مقوله معناست، یعنی یک واقعیت خارجی دارد، البته نه واقعیت تکوینی، یک واقعیت اعتباریه است، یعنی در خارج در بین مردم بیع واقع می‌شود، آنچه که در خارج در بین مردم واقع می‌شود را باید معنا کرد که امری لفظی نیست.

انشاء بیع با لفظ معقول نیست، چون انشاء یعنی ایجاد معنی بالفظ. وقتی گفته می‌شود، این امر از امور انشائیه است یعنی یک معنایی را در قالب لفظ ایجاد می‌کنند. پس لفظ خودش قابل انشاء نیست، چون ممکن نیست لفظی را با لفظ دیگر ایجاد کرد، نمی‌توان لفظی را سبب ایجاد لفظ دیگر قرار داد.

تعریف سوم بیع: از محقق ثانی ایشان فرموده بیع عبارت است نقل دادن عین است به صیغه خاص و مخصوص.

اشکالی که شیخ می‌گیرد:

اشکال اول: نقل مرادف تملیک نیست. مهم ترین اثر بیع یا حقیقتش در خارج تملیک است، یعنی بیع در خارج جدا از تملیک نیست، لذا در تعریف باید لفظی آورده شود که مرادف با تملیک باشد، اما نقل مرادف با تملیک نیست، بلکه در بعضی موارد تملیک وجود دارد، اما نقل وجود ندارد، مثل جایی که عمل حر مورد بیع قرار می‌گیرد، اما نقلی محقق نمی‌شود.

اشکال دوم: در تعریف آمده که قید (باصیغه مخصوص) این است که یعنی معامله‌ای که با اعطا و اخذ انجام می‌شود و لفظی در کار نیست. در حالی که خود محقق ثانی معاطاه را بیع می‌داند، پس باید تعریفی ارائه کنند که معاطاه را نیز شامل بشود.

اشکال سوم: نظیر اشکالی است که به تعریف دوم وارد بود

دفاع محقق ثانی و رد شیخ

گفته‌اند که دو گونه نقل داریم: ۱- نقل خارجی ۲- نقل اعتباری

نقل خارجی: این است که انسان این کتاب را از این مکان بردارد و در مکان دیگری قرار دهد.

نقل اعتباری: از نظر عملی و فیزیکی تغییری بوجود نمی‌آید فقط اعتبار نقل و انتقال می‌شود.

بنابراین آوردن قید (صیغه مخصوص) برای اشاره به نقل اعتباری است، یعنی به هر نقلی بیع گفته نمی‌شود.

نقل عینی که مدلول و مفهوم صیغه مخصوصه است، یعنی بواسطه (بعث) استفاده شده است، بیع است نقل عینی

استفاده شده است، بیع است. پس مقصود محقق که مدلول و مفهوم صیغه مخصوصه است، یعنی بواسطه (بعث)

ثانی بیان نقل اعتباری و احتراز از نقل خارجی است نه اینکه (صیغه مخصوص) در حقیقت بیع دخالت داشته باشد

تا به ایشان اشکال شود که اگر صیغه در خود بیع دخالت داشته باشد بیع می‌شود از مقوله لفظ، و لفظ دیگر قابل

انشاء نیست .

مرحوم شیخ می‌فرمایند: این دفاع از محقق ثانی صحیح نیست، زیرا سوال این است که مراد ایشان از آوردن)

صیغه مخصوص (چیست؟

یا مراد (بعث) است، یا (ملکت)

اگر مراد (بعث) باشد، دور لازم می‌آید، چون ایشان بیع را به (نقل العین به بعث) معنا می‌کند، یعنی با گفتن (بعث)،

بیع در تعریف أخذ شده است.

اگر مراد (ملکت) باشد آوردن (صیغه مخصوص) لغو است، باید می‌گفت: بیع عبارت از نقل العین است، چون کلمه

(صیغه مخصوص) مخل به مقصود و مراد است.

تعریف شیخ از بیع

بیع عبارت است از: (انشاء تملیک عین بمال) در تعریف چهارم عنوان انشاء، تملیک، عین و مال وجود دارد. مراد شیخ از انشاء تملیک، تملیک انشائی است، یعنی بیع، عبارت است از تملیک انشائی. با آوردن کلمه انشاء به جای تملیک این است که تعریفی ارائه کند تا هم بیع صحیح را شامل شود و هم فاسد.

در مواردی که بیع فاسد است گفته می شود که بیع است، اما فاسد است. پس تعریفی برای بیع ارائه دادند تا مواردی که تملیک به حسب خارج و به حسب واقع محقق نشده است را شامل شود، مثلاً اگر بچه‌ای مالش بفروشد تملیک محقق نمی‌شود؛ اما تملیک انشائی وجود دارد.

منتهی این تملیک انشائی کافی نیست. در ادامه می‌فرماید این تملیک انشائی عوضش باید عین باشد باید چیزی باشد که عرفاً بر او مال اطلاق شود، اگر عین نباشد منفعت یا حق است.

اشکالات این تعریف و جواب شیخ به آنها

اشکال اول

لازمه کلمه تملیک این است که (ایجاب بیع) با لفظ (ملکت) هم واقع شود
شیخ در جواب می‌فرماید: بله، این حرف حقی است. بعضی‌ها معتقدند (ملکت) نمی‌تواند بعنوان ایجاب بیع باشد.
اما شیخ در بحث (الفظ ایجاب و قبول)، این مسئله را می‌پذیرد که با لفظ (ملکت) ایجاب واقع می‌شود.

اشکال دوم

این تعریف شامل بیع (دین علی من هو علیه) نمی‌شود. اگر دائن بخواهد دینی که بر ذمه مدیون است به خود مدیون بفروشد.

همه فقها فرموده‌اند: این بیع صحیح است، در حالی که در چنین بیعی تملیک وجود ندارد، چون اگر مدیون مالک آنچه که در ذمه‌اش است شود، معنایش این است که (الانسان مالک علی نفسه) شود، مالک بر خودش شود که این معقول نیست.

مرحوم شیخ در جواب می فرماید:

۱- در بیع (دین علی من هو علیه)، می توان تملیک فرض کرد، منتهی بعد از تملیک سقوط می کند، یعنی وقتی دائن دین را به مدیون فروخت، مدیون یک لحظه مالک دین می شود، و نتیجه مالک شدن، سقوط دین از ذمه مدیون است

۲- اگر در بیع (دین علی من هو علیه)، تملیک نباشد، اصل بیع اصلا معقول نیست، (لو لم یعقل التملیک، لم یعقل البیع)، زیرا کلمه بیع از نظر عرف و لغت مرادفاتی دارد، مثل مبادله، نقل و تملیک، اگر یکی از این مترادفها، معقول نباشد معنایش این است که مرادف دیگر هم معقول نیست. اگر تملیک که مرادف بیع است، معقول نباشد، خود بیع هم معقول نیست.

اشکال سوم

تعریف (معاطات) را شامل می‌شود، در حالی که (معاطات) بیع نیست.

شیخ در جواب می فرماید: معاطات در جایی که قصد طرفین تملیک است، عنوان بیع را دارد.

اشکال چهارم

تعریف (شراء) را شامل می‌شود، چون همانگونه که بایع انشاء تملیک عین بمال می‌کند، مشتری هم عوض را در مقابل مالی که بایع به او تملیک، به بایع تملیک می‌کند. پس بر مشتری هم بایع صدق کند، لذا تعریف شامل شراء می‌شود.

شیخ در جواب می فرماید: بله مشتری هم عین را در مقابل مال تملیک می کند، لکن تملیک مشتری یک تملیک ضمنی است. مراد از تملیک ضمنی، این نیست که دلالتش دلالت تضمینی در مقابل التزامی و مطابقی باشد، ضمنی یعنی تبعی. بایع ابتداء کتاب را در مقابل ثمن تملیک می کند. مشتری به تبع تملیک بایع، پول خودش را به بایع تملیک می کند. با این جواب، شیخ از نقض دیگری که به تعریف شده است جواب می دهد. به تعریف نقض شده است که در باب اجاره، اگر مستاجر در مقابل منفعت این خانه، عینی را به ماجر تملیک کرد، مستاجر تملیک عین بمال کرده، مثلاً مستاجر در مقابل منفعت خانه، فرشی را به تملیک ماجر در می آورد، پس تعریف شامل این مورد می شود. شیخ با توجه به همان جواب بالا از این نقض جواب می دهند که مستاجر که فرش را در مقابل منافع خانه به ماجر تملیک می کند، تملیکش تملیک تبعی است، تملیکش تملیک اولی و ابتدائی و استقلالی نیست.

اشکال پنجم

۱- یکی از نقض‌هایی که بر تعریف وارد شده این است که تعریف بیع که (انشاء تملیک عین بعوض) هست، شامل صلح هم می شود. در باب صلح دو نفر می توانند برای رفع منازعه خودشان مصالحه کنند و مصالحه‌شان را روی عینی در مقابل عوضی قرار دهند، مثلاً اگر روی فرشی با هم نزاع دارند، فرش را در مقابل صد تومان با هم مصالحه کنند.

مرحوم شیخ در مقام جواب فرمودند: تملیک در حقیقت صلح نیست. ماهیت و حقیقت صلح عبارت است از تسالم و سازگاری. اما گاهی اوقات (تملیک) به عنوان یک فائده و یک اثری از آثار صلح مشاهده می شود.

حقیقت صلح

مورد اول: گاهی صلح به عین تعلق پیدا می کند، مثل مثال فرشی که بیان شد. صلح مفید تملیک

مورد دوم: گاهی به منفعت تعلق پیدا می‌کند. مثلاً بر فرض در مورد یک خانه‌ای با هم نزاع دارند، در مورد منافع خانه در مقابل ده هزار تومان با هم مصالحه می‌کنند.

مورد سوم: صلح به انتفاع تعلق پیدا کرده است، نه به منفعت. مثلاً متصالح بر انتفاع کتابی به مدت دو روز با دیگری مصالحه می‌کند. در اینجا تملیکی وجود ندارد، تنها اثرش این است که متصالح یک تسلطی بر کتاب پیدا می‌کند. صلح به عاریه

مورد چهارم: صلح به حق تعلق پیدا کند، مثلاً زید نسبت به حقی که بر ذمه عمرو دارد مصالحه کند، نتیجه این صلح، سقوط حق است.

مورد پنجم: جایی است که بین دو نفر عقد شراکتی منعقد شده، بعد از مدتی یکی از آن دو بخاطر معلوم نبودن وضع آینده این شراکت برای حفظ اصل سهم و سرمایه خودش با دیگری مصالحه می‌کند که از این به بعد اگر سودی حاصل شد برای تو، خسارتی هم حاصل شد، آن هم بر عهده تو. فائده این صلح مجرد تقریر و تثبیت است، یعنی بین خودشان امری را تثبیت می‌کنند، همانطور که مشاهده می‌شود در این مورد هم تملیک نیست.

بنابراین باید در تمام این موارد برای حقیقت صلح معنای واهبی باشد و آن معنای واهب عبارت است از تسالم، اما این مسالمت در بعضی موارد فائده تملیکی دارد، در بعضی موارد فائده تقریر، در بعضی موارد فائده اسقاط و در بعضی موارد فائده تسلیط. با این جواب، این اشکال که در حقیقت صلح هم تملیک است، پس با بیع فرقی ندارد، روشن شد.

اشکال ششم

نقض دیگری که بر تعریف مرحوم شیخ شده هبه معوضه است. هبه معوضه، یعنی هبه‌ای که واهب مالی را به دیگری می‌بخشد و دیگری در مقابل، عوضی به او می‌دهد.

هبه معوضه دو نوع است. ۱- هبه معوضه‌ای واهب شرط عوض می‌کند، مثلاً می‌گوید من این کتابم را به تو می‌بخشم، در مقابلش باید چیزی به من هبه کنی، ۲. هبه معوضه‌ای که عوض در آن احسانا و اتفاقاً محقق شده، یعنی واهب هیچ شرطی نمی‌کند، واهب فقط می‌گوید من این کتاب قربه الی الله به شما هبه می‌کنم، یعنی بدون اینکه الزامی در کار باشد وبدون شرط قبلی متهب، چیزی را به واهب هبه می‌کند. آن هبه‌ای که محل اشکال است و به عنوان نقض به مرحوم شیخ گفته شده، قسم اول است که در آن (انشاء تملیک عین بمال)، صدق می‌کند، واهب عینی را به متهب، تملیک می‌کند، متهب هم در مقابلش، مالی را به عنوان عوض می‌پردازد.

مرحوم شیخ در جواب این اشکال می‌فرمایند: در باب بیع دو تا خصوصیت وجود دارد ۱- (تملیک) ۲- (علی وجه المعاوضه و المقابله)

بیع جایی است که تملیک باشد، اما (علی وجه المعاوضه) هم باشد، یعنی تملیک به عوض تملیک، بایع کتابش را تملیک کند برای اینکه مشتری هم ثمن را به او تملیک کند، طوری که اگر (قبلت) و (تملیک) مشتری نباشد، تملیک بایع هم لغو است، چون چیزی واقع نشده، حقیقت بیع، تملیک علی الوجه المقابله است.

فرق هبه با صلح

در هبه تسالم وجود ندارد، ولی در صلح تسالم است ولذا مقداری از جهالت در صلح اشکال ندارد، اما در هبه راه ندارد. در صلح معمولاً نزاعی وجود دارد که برای حل آن نزاع تسالم می‌کنند، اما در هبه تسالم نیست ابتدا و فقط تملیک مالی به دیگری است.

اشکال هفتم

آخرین نقضی که بر تعریف شیخ ممکن است گفته شود، مسئله قرض است. تعریف شامل قرض نیز می‌شود، چون در قرض، مقرض که قرض دهنده است، عینی را به مقترض تملیک می‌کند و قرض گیرنده در مقابلش بعد از سرآمد مقدار اجل اگر معین باشد، باید مثل آن را یا قیمت آن را به مقرض بپردازد، پس در باب (قرض)، مقرض (تملیک عین بمال) می‌کند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: قرض هم داخل تعریف نیست، چون در حقیقت بیع معاوضه وجود دارد، در حالی که در حقیقت قرض، معاوضه نیست. اگر کسی مالی را به دیگری قرض داد، نمی‌گویند معاوضه کرد، بلکه در قرض تملیک است، چون با قرض دادن، مال از ملک مقرض خارج می‌شود و در ملک مقترض داخل می‌شود، اما معاوضه وجود ندارد. تملیک مشروط است؛ (تملیک علی شرط ضمان) است، به شرطی که مقترض ضامن باشد.

مرحوم شیخ سه معنا از قول محقق تستری بیان می‌کند

معنای اول: (تملیک عین بمال)، اما به شرط اینکه قبول مشتری به دنبالش بیاید، اما اگر بایع (تملیک عین بمال) کرد و مشتری (قبلت) نگفت، اصلاً بیع واقع نشده است، چرا بیع واقع نشده؟ دو دلیل آورده‌اند. ۱- تبادل، وقتی گفته می‌شود فلانی فروخت، به ذهنتان تبادل می‌کند که فلانی گفته (بعث) و مشتری هم گفته (اشتریت)، اما اگر مشتری (قبلت) نگفته باشد، کلمه (باع) را استعمال نمی‌کنند. ۲- صحت سلب، اگر در بیعی (تملیک عین بمال) باشد، اما مشتری (اشتریت) نگویید، صحیح است گفته شود (این بیع است)

معنای دوم: بیع معنایی است که شیخ در کتاب (مبسوط) بیان کرده است، بیع یعنی انتقال، انتقالی که نتیجه ایجاب و قبول است.

معنای سوم: بیع یعنی خود ایجاب و قبول، یعنی عقد لفظی که مرکب از بعث و اشتریت است.

شهید ثانی در کتاب (مسالك)، فرموده: الفاظ بیع، و غیر بیع مثل اجاره و بطور کلی الفاظی که در باب معاملات است استعمالشان فقط در صحیح است، یعنی به (بیع صحیح)، (بیع) گفته می‌شود به (اجاره صحیح)، (اجاره) گفته می‌شود، به (نکاح صحیح)، (نکاح) گفته می‌شود.

اما شهید اول در (قواعد) فرموده: ماهیات جعلیه، یعنی ماهیاتی که شارع جعل کرده، مثل صلاه و صوم، به عبارت دیگر ماهیاتی که در عرف عقلاء رایج نبوده و از آنها اطلاع نداشتند، شارع آنها جعل کرده، و همچنین سایر عقود الفاظ معاملات، حمل بر صحیح می شوند، یعنی فقط باید در صحیح استعمال شوند. یک مورد فقط استثناء است، آن هم مسئله حج است چراکه خصوصیتی در باب حج هست اگر کسی حش را شروع کند -این مطلب در شرح لمعه هم بیان شده- و در اواسط عملی انجام دهد که موجب فساد حجش شود، فرمودند که اتمام این حج واجب است ولو اینکه این حج فاسد است. فقط در باب حج کلمه حج هم بر صحیح اطلاق می شود و هم بر فاسد، اما سائر امور فقط بر صحیح اطلاق می شوند.

معاطات

معاطات در لغت به معنای اعطای طرفینی است. یک نفر اعطا کند و دیگری بگیرد و دیگری هم اعطا کند و نفر اول بگیرد، این را (معاطات) می گویند .

اقسام معاطات

قسم اول: متعاطیین قصد اباحه کنند، (اباحه) یعنی جواز تصرف، به قصد اباحه تصرف کتاب را بدهد در مقابل اینکه دیگری هم به قصد اباحه تصرف مثلا قلمی را به او بدهد. اگر قصد اباحه شود این قسم بلا اشکال است.

قسم دوم: معاطات بقصد تملیک باشد، یعنی کتاب را بدهد نه فقط برای اینکه دیگری تصرف کند، بلکه برای اینکه ملک او شود، فرقی با اولی این است که در آنجا هر زمانی نفر اول می تواند کتابش را پس بگیرد، برخلاف اینجا که به قصد تملیک است.

قسم سوم: معاطات واقع شود، اما نه به قصد تملیک و نه اباحه.

قسم چهارم: معاطات واقع شود، در حالی که قصد تملیک مطلق را می کنند، نه تملیک را.

احکام معاطات

نظریه اول: مشهور بین فقهاء این است که معاطات مفید اباحه است.

نظریه دوم: شیخ مفید قائل است که معاطات و بیع معاطاتی مثل بیع بالصیغه است، معاطات هم هیچ فرقی با بیع بالصیغه ندارد.

نظریه سوم: مرحوم علامه در کتاب (نهایه) فرموده معاطات بیع فاسد است، البته این را به عنوان احتمال بیان فرمودند.

محل نزاع در معاطات

مرحوم شیخ فرمودند که مشهور قائل است به اینکه معاطات افاده ملکیت نمی‌کند، بلکه افاده اباحه تصرف می‌کند. اباحه تصرف به این معناست که هر کدام از متعاطیین می‌توانند در آنچه که گرفته‌اند تصرف کنند، اما ملک آنها نمی‌شود، بنابراین هر کدام هر زمانی اراده رجوع و اراده استرجاع کند می‌توانند به دیگری رجوع کنند، و آنچه را که داده است، پس بگیرند.

راهکار محقق ثانی و صاحب جواهر

محقق ثانی فرموده: در فتوای مشهور تصرف می‌کنیم، مشهور ولو اینکه گفتند معاطات مفید اباحه تصرف است، اما این اباحه را از آن معنای مطابقی خودش اراده نکردند. مراد مشهور از (اباحه)، ملکیت متزلزله است. با توجیه محقق ثانی، اگر درست باشد، شبهه و اشکال مشهور حل می‌شود. متعاطیین قصد تملیک دارند. مشهور هم می‌گویند این معاطات مفید اباحه است و اباحه یعنی ملکیت متزلزله.

راه حل دوم از صاحب جواهر است، ایشان فرموده: مشهور که به اباحه فتوا دادند، در موردی است که متعاطیین قصد اباحه را دارند، نه موردی است که متعاطیین قصد تملیک را داشته باشند. در ادامه صاحب جواهر فرموده کسانی که محل نزاع را موردی قرار دادند که متعاطیین قصد تملیک دارند، حرفی زده‌اند که که اصغر از طلاب هم نزدیکند، تا چه رسد به اکابر و بزرگان از فقها.

نقد شیخ نسبت به راهکار محقق و صاحب جواهر

دلیل اول: فرمایش محقق ثانی، برخلاف سیاق عبارات فقهاست. وقتی سیاق عبارات فقها ملاحظه شود، مرادشان از (اباحه)، معنای مطابقی خودش است، نه اینکه از اباحه، اراده (ملکیت جائزه) را کرده باشند.

دلیل دوم: در کلمات فقها تصریح شده که ملکیت در معاطات برای طرفین حاصل نمی شود.

مرحوم شیخ فرمودند برای روشن شدن محل نزاع در معاطات باید کلمات فقها را بررسی کنیم.

کلام ابن زهره درباره معاطات

ابن زهره در ضمن بیان شرائط (بیع) می گوید: یکی از شرائط بیع، ایجاب و قبول لفظی است که با این شرط از دو مورد احتراز می شود.

مورد اول بیع استدعائی است، بیعی که مشتری ابتدا استدعا و تقاضا می کند در بیع استدعائی ایجاب وجود دارد، اما قبول مشتری و (قبلت) نیست. ابن زهره می گوید اینجا عنوان بیع صادق نیست.

مورد دوم معاطات است، در معاطات هیچ گونه لفظی وجود ندارد یا اگر هم باشد عنوان ایجاب یا عنوان قبول بر آن صادق نیست. ابن زهره می فرماید: معاطات هم عنوان بیع را ندارد. سه دلیل بر مدعای خویش می آورد.

دلیل اول: اجماع بر اینکه در بیع ایجاب و قبول لفظی معتبر است و اگر در موردی ایجاب و قبول نباشد، از مورد اجماع خارج است .

دلیل دوم: اصل عدم دلیل. در بیع استدعائی که ایجاب هست، اما قبول نیست یا در معاطات که نه ایجاب است و نه قبول، شک می کنیم آیا عنوان بیع را دارند یا نه؟ به اصل (عدم دلیل) تمسک می کنیم، به عبارت دیگر: هنگام شک در وجود دلیل بر صدق عنوان (بیع) بر بیع استدعائی و معاطات، اصل عدم الدلیل جاری است.

دلیل سوم: روایت نبویه. در روایتی از پیامبر(ص) آمده که از سه نوع معامله رایج در زمان جاهلیت نهی فرموده: (منابذه) از (نبذ) است، به معنای پرتاب کردن. (ملامسه) از (لمس) است، به معنای اتصال بدن با یک شیئی. (حصاه) به معنای سنگ ریزه است، (القاء الحصاه)، یعنی پرت کردن سنگ ریزه.

این احتمال برای اثبات ادعای ابن زهره مفید است، زیرا پیامبر می فرمایند: این معامله ای که ایجاب و قبولش با پرتاب یا لمس واقع می شود، مورد قبول اسلام نیست، پس در بیع باید ایجاب و قبول لفظی باشد، اگر در معامله ای ایجاب و قبول لفظی نبود، عنوان (بیع) بر آن صادق نیست.

کلام ابوالصلاح حلبی

بعد از آن که هشت امر که در بیع شرط است را در صحت بیع معتبر دانسته اگر یکی از این شروط مختل شود بیع نیست، معنایش این است که اگر ایجاب و قبول لفظی نباشد بیع نیست.

این هم به عبارت غنیه نزدیک است، یعنی همانطور که از عبارت غنیه استفاده شد محل نزاع جایی است که اینکه بدون ایجاب و قبول، تصرف جایز است، معنایش قصد تملیک دارند، از عبارت غنیه هم استفاده می شود این است که سائر شرائط موجود است، یکی از شرائط وجود قصد تملیک است.

سخن محقق حلی

در شرایع، ایجاب و قبول بدون لفظ، کفایت نمی کند، ولو از امارات و قرائن چیزی که دال بر اراده بیع باشد، وجود داشته باشد یعنی فقط لفظ را ندارد، اما بقیه شرائط، مثل قصد تملیک وجود دارد.

سخن علامه حلی

مرحوم علامه در تذکره در حکم صیغه که آیا صیغه معتبر است یا نه فرمودند باید صیغه باشد خواه در معامله بزرگ و خواه کوچک باشد.

۱- به اصل در جایی تمسک می کنند که شک باشد

۲- فعال دلالتشان بر مقاصد از الفاظ ضعیفتر است، الفاظ صریح بر مقصودند، ولی در فعل اجمال وجود دارد.

کلام شهید اول

شهید اول بعد از اینکه فرموده: گاهی انشاء عملی جای انشای لفظی می نشیند. معاطات در مبیعات، یعنی در جایی که طرفین قصد بیعیت دارند، قصد تملیک دارند، افاده اباحه می کند ولو اینکه در امور کوچک باشد

محل نزاع: به قصد ملکیت نه اباحه تصرف

مرحوم شیخ فرمودند: وقتی کلمات فقها را بررسی کردیم، به این نتیجه رسیدیم که محل نزاع در معاطات، معاطاتی است که قصد تملیک دارند، بنابراین آنچه صاحب جواهر علیه الرحمه فرمود که محل نزاع در بین فقها معاطاتی است که طرفین قصد اباحه دارند، کلام باطلی است. در این فراز می فرمایند: علاوه بر کلمات فقها، یک قرینه عامه بر مدعای خود داریم. فقها همیشه معامله رایج و شایع بین مردم را مورد بحث قرار می دهند و معاطاتی که رایج

و شایع بین مردم است، معاطاتی است که طرفین قصد تملیک دارند، نه معاطاتی که طرفین در آن قصد اباحه دارند، چراکه مورد بسیار نادر است و مورد نادر محل تعرض فقها نیست.

اقوال در معاطات

قول اول: معاطات مفید لزوم است مطلقاً، در مقابل تفصیل قول بعدی است، قائل قول اول مرحوم مفید است، البته از عبارتی که مرحوم علامه در تذکره دارد، استفاده می شود که این قول قائل دارد.

قول دوم: معاطات مفید لزوم است اما مشروط به اینکه آنچه که دال بر تراضی است یا آنچه که دال بر معامله است لفظ باشد. شیخ می فرماید این قول را نمی توان از اقوال معاطات به حساب آورد. این قول مربوط به نزاع دیگری است که آیا در (بیع به صیغه) که افاده لزوم می کند، لفظ خاص و صیغه خاص معتبر است یا هر لفظی که دال بر تراضی یا دال بر معامله باشد، کفایت می کند. در بیع به صیغه که مفید لزوم است، مشهور می گویند: صیغه خاص لازم دارد، در مقابل مشهور عده ای می گویند: اگر لفظ دال بر تراضی یا لفظ دال بر معامله در بین باشد، هر لفظی باشد، در لزوم معامله کفایت می کند.

قول سوم: محقق ثانی قائل است که معاطات مفید ملکیت جائزه است.

قول چهارم: معاطات مفید اباحه مطلقه است، یعنی اباحه جمیع تصرفات، حتی تصرفات متوقف بر ملک.

قول پنجم: معاطات مفید اباحه است، اما نه اباحه مطلقه، بلکه اباحه آن تصرفاتی که متوقف بر ملک نیست.

قول ششم: معاطات یک معامله فاسده است، یک بیع فاسد است

بعد از بیان این شش قول می فرمایند مشهور بین فقها این است که معاطات افاده ملکیت ندارد و تا زمان مرحوم محقق ثانی، عبارت فقها را تتبع کردیم، اما فقیهی را نیافتیم که قائل شود به اینکه معاطات مفید ملک است. قبل از محقق ثانی همه قائل به اباحه بودند. فقط یک عبارتی مرحوم علامه در کتاب تحریر دارد که ابتداء از آن استفاده

می‌شود که در زمان مرحوم علامه، افرادی معاطات را مفید ملکیت غیر لازم می‌دانستند. شیخ عبارت علامه را بیان می‌کند و بعداً یک قرینه‌ای از خود عبارت علامه می‌آورند که دلالت دارد بر اینکه مرادشان، همان اباحه مجرد است و مراد ملکیت نیست.

قولهای حصول ملکیت (معاطات مفید ملکیت است)

دلیل اول: سیره متشرعه

مردم متشرع، وقتی معامله معاطاتی انجام می‌دهند، با آنچه به دست می‌آورند، بر خود ملکیت می‌کنند، همانطور که به ملک خودشان را وصیت می‌کنند، به مالی که در اثر معاطات بدست می‌آورند هم وصیت می‌کنند. همانطور که ورثه از ملک آنها ارث می‌برند.

دلیل دوم: (عموم احل الله البيع)

معنایش این است که با معاطات، جمیع تصرفات حلال می‌شود و گفتیم بین حلیت جمیع تصرفات و ملکیت، ملازمه شرعیه وجود دارد، پس مدعا ثابت می‌شود. مدعا این بود که، معاطات مفید ملکیت است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: بعضی‌ها در مقدمه پنجم مناقشه کردند که قبول نداریم معاطات بیع باشد، مثلاً ابن زهره در کتاب (غنیه) ادعای اجماع کرده که معاطات بیع نیست، لذا اگر مقدمه پنجم خراب شود، دیگر اساس استدلال به این آیه شریفه از بین می‌رود.

مرحوم شیخ جواب می‌دهند: اولاً این اشکال، مکابره است، وقتی به عرف مراجعه می‌کنیم، عرف معاطات را بیع می‌داند، لذا اینکه بگوییم معاطات بیع نیست، حرف زور و بلاذلیلی است و ثانیاً عبارت ابن زهره که می‌گوید: معاطات بیع نیست، مقصودش این نیست که حقیقت بیع را ندارد، بلکه مقصودش این است که بیع لازم نیست و الا ابن زهره هم معاطات را بیع می‌داند.

دلیل سوم آیه شریفه تجارت

یعنی اگر بین دونفر تجارت از روی رضایت واقع شد، جمیع تصرفات در مالی که در اثر (تجاره عن تراض) بدست می‌آید، حلال است

اگر همه تصرفات حلال شد، بر اساس قاعده ملازمه شرعیه‌ای که بیان کردیم، ملکیت وجود دارد. پس معاطات مفید ملکیت است.

دلیل چهارم حدیث سلطنت

اگر انسان مالی دارد، بر مال خودش همه انواع و اقسام سلطنت را دارد، بخواهد آن را می‌فروشد، هبه می‌کند، صلح می‌کند یا حتی دور می‌اندازد. یکی از مصادیق سلطنت هم بیع معاطاتی است که انسان از راه انشاء عملی، به قصد تملیک، مال خودش را به دیگری تملیک می‌کند، پس بیع معاطاتی یکی از مصادیق سلطنت است که اگر انسان با بیع معاطاتی، مال خودش را به دیگری تملیک کند، باید ملکیت محقق شود

تمسک شیخ به سه راه جدید برای اثبات مختار

راه اول: از آنچه سابقا درباره آیه (احل الله البیع)، گفتیم که ظهور در حلّیت تکلیفیه دارد، دست بر می‌داریم و می‌گوییم: متبادر از حلّیت، حلّیت وضعیه است. حلّیت وضعیه یعنی صحت. نه نیاز به تقدیر (جمیع التصرفات) داریم و نه نیاز به ملازمه. (احل) یعنی بیع صحیح است، هر آنچه مردم به آن بیع می‌گویند، صحیح است. مردم به معاطات بیع می‌گویند، پس معاطات هم صحیح است. اکثریت فقهاء معاصر همین نظریه را دارند.

راه دوم: اجماع مرکب است. در باب هبه و اجاره، روایاتی داریم که اطلاقشان می‌گوید: هبه و اجاره، چه لفظی چه غیر لفظی صحیح است. اطلاق آن روایات، معاطات در هبه و اجاره را نیز شامل می‌شود. از طرفی اجماع مرکب

داریم که هر فقیهی معاطات را مفید ملکیت در هبه و اجاره می‌داند، در بیع هم می‌داند. و هر فقیهی که معاطات در بیع را مفید ملکیت نمی‌داند، در هبه و اجاره هم مفید ملکیت نمی‌داند.

راه سوم: اگر قائل شویم به اینکه معاطات در ابتدا مفید اباحه تصرف است، اما هنگام تصرف متوقف بر ملک، ملکیت حادث می‌شود، التزام به این مطلب در شان یک متفقه نیست، تا چه برسد به اینکه یک فقیه که قواعد و ضوابط فقهیه در درست اوست، بخواهد این مطلب را ملترم شود.

اشکالات کاشف الغطاء در رد ملکیت در معاطات

اشکال اول: قاعده‌ای وجود دارد به نام، عقود و آنچه که قائم مقام عقود است، مثل ایقاعات یا معاملات فقهیه تابع قصد طرفین هستند، در حالی که در معاطات با اینکه طرفین قصد تملیک کرده اند، خلاف قصدشان واقع می‌شود و گفته می‌شود: معاطات مفید اباحه است، یعنی با قانون مسلم فقهی مخالفت شده است.

اشکال دوم: بعد از آنکه معاطات مفید اباحه شد، طرفین که در اثر معامله معاطاتی، مالی را گرفتند، زمانی که بخواهند تصرف متوقف بر ملک انجام دهند، مال داخل ملکشان می‌شود. این حرف بازگشتش به این است که (اراده تصرف) یا خود تصرف خارجی را مملک قرار دهیم و بگوییم: همین که شخص اراده تصرف کرد یا همین مقدار که تصرف خارجی را انجام داد، این تصرف خودش یک سبب مملک باشد، در حالی که هیچ فقیهی تصرف را از اسباب ملکیت قرار نداده است.

اشکال سوم: در این اشکال، مرحوم کاشف الغطاء در حقیقت دو اشکال را بیان می‌کنند؛ ۱- اموری در فقه داریم که تعلق به املاک پیدا می‌کند، تعلق پیدا می‌کند به مالی که (ملک بامالک)، در حالی که طبق این نظریه که معاطات مفید اباحه تصرف است، مستلزم این است که آن امور، تعلق به غیر املاک پیدا کند ۲- لازمه این فرمایش این است که آنچه عنوان ملک را ندارد، در حکم ملک قرار دهیم. عنوانی داریم به نام عنوان فقر و غنا که این موضوع بسیاری از مسائل در فقه است، مثلاً زکات، یکی از موارد مصرفش فقیر است، غنا یک معنای خاصی در

فقه دارد، لازمه این فرمایش این است که بگوییم: اگر کسی بیست تا منزل معاطاتی دارد، عنوان فقیر را دارد چون این منزلهای معاطاتی، عنوان ملکیت را برای این شخص ندارد.

اشکال چهارم: طبق این نظریه، تصرف، سبب ملکیت مال دیگری را دارد، چون معاطات مفید اباحه است، بعد از اینکه اباحه آمد، هر کدام تصرف کردند، این تصرف دو خاصیت دارد، یک: مالی که در یدش هست ملک خودش قرار می دهد. دوم: سبب ملکیت نسبت به مالی که در ید دیگری هست می شود. این چه ارتباطی دارد که تصرف یکی را سبب ملکیت مال در ید دیگری قرار دهیم؟ (هذا امر غریب). این غرابت دارد.

اشکال پنجم: مرحوم کاشف الغطا در این اشکال، چهار اشکال را مطرح می کنند. یکی مربوط به تلف سماوی است، دوم مربوط به تلف من الجانبین است، سوم مربوط به غاصب است، چهارم مربوط به تلف قهری است. در اشکال پنجم این چهار عنوان را مطرح می کنند و مورد اشکال قرار می دهند.

اشکال ششم: استبعاد ششمی که کاشف الغطا دارد، این است که در فقه معاملات، دو قسم اسباب ناقله وجود و خود دارد. قسم اول: نواقل قهریه، یعنی آن نواقلی که سببند برای نقل و در این سببیت نیت معتبر نیست. قهرا به خود، مال از شخصی به دیگری انتقال پیدا می کند، مثل ارث که نیت شخص میت یا ورثه قبل از فوت مورث، دخالتی در انتقال ندارد، ولو مخالف انتقال هم باشند، مال انتقال به ورثه پیدا می کند.

قسم دوم: نواقل غیر قهریه، یعنی نواقلی که در نقل نیاز به نیت و قصد نقل دارند، مثل بیع و اجاره و امثال ذلک. کاشف الغطا به قائلین به اباحه می فرماید: شما که معاطات را مفید اباحه می دانید، آن را از کدام یک از این دو قسم قرار می دهید؟ اگر از نواقل قهریه قرار دهید، (بعید). وجه بعدش این است که نواقل قهریه یک امر تقریبا استثنائی و بر خلاف قاعده است، قاعده این است که نقل مال از مالکی به دیگری نیاز به نیت و نیاز به قصد تملیک دارد، نقل خود به خودی آن به دیگری، برخلاف قاعده است. پس معاطات را نمی توان از نواقل قهریه قرار داد.

و اگر بخواهد از نواقل غیر قهریه باشد، یعنی نیاز به قصد داشته باشد، لازمه اش این است که اگر کسی با معاطات جاریه‌ای را به دیگری داد، اما نه او و نه گیرنده، قصد نقل تملیک نکردند و گیرنده جاریه را وطی کرد، وطی او وطی به شبهه باشد. بنابراین چه از نواقل قهریه، چه از نواقل غیرقهریه قرار داده شود، محذور دارد.

اشکال هفتم: اشکال مربوط به نمائات است. شخصی گوسفندی را به معاطات به دیگری می‌دهد. این گوسفند بچه‌ای می‌آورد. اگر معاطات را مفید اباحه بدانید، این نماء ملک کیست؟ آیا می‌توان گفت: ملک گیرنده است، یعنی گیرنده مالک خود گوسفند نشده، اما مالک نماء شده، این یک امر بعیدی است، چطور می‌شود کسی مالک اصل نباشد، ولی مالک فرع باشد؟ و اگر هم گفته شود: بعد از آنکه گوسفند بچه دار شد، گیرنده مالک هر دو می‌شود، هم مالک عین شود هم مالک نماء، این هم بعید است.

اشکال هشتم: راه تملیک را فائیلین به اباحه، منحصر کردند به تصرف. وجه اینکه تصرف علت برای تملیک است، این است که دهند مال معاطاتی، اذن در تصرف ملازم با اذن در تملیک داده است، یعنی همین که به او اجازه داده در مال تصرف کند، معنایش این است که اذن ضمنی داده که تو از جانب من وکیل هستی که این مال را به خودت تملیک کنی.

در نتیجه گیرنده مال معاطاتی، وقتی می‌خواهد تصرف کند یا به تعبیر خود کاشف الغطا متصرف هم موجد شود و هم قابل. موجد می‌شود، چون مالک مال اذن در تصرف داده، اذن در تصرف ملازم با اذن در تملیک است، اذن در تملیک یعنی تو وکیل هستی این مال را از جانب من به عنوان ایجاب، تملیک به خودت کنی. پس متصرف وکیل است در ایجاب. از آن طرف چون می‌خواهد به ملک خودش در بیاید پس قابل هم می‌شود.

موجد و قابل شدن چه اشکالی دارد؟ اشکالش این است که راه دوری را طی کردید. اگر قرار است با تصرف هم موجد بشود هم قابل، قبل از تصرف یک مرحله قوی‌تری به نام مرحله قبض وجود دارد، آنجا هم موجد شود و هم قابل. در معاطات همین که مشتری قبض می‌کند، با همین قبض، هم موجد شود هم قابل. وجه اولویتش این است

که در حین قبض طرفین قصد تملیک دارند، اما بعد از قبض و اقباض، دیگر طرفین توجهی به این معامله و به اینکه بعدا احدهما یا هر دو می‌خواهند تصرفی را انجام بدهند، ندارند.

و اگر با خود قبض، هم موجود، هم قابل شود، برخلاف قول به اباحه می‌شود. زیرا اگر گفتیم به مجرد قبض، مشتری (یکون موجبا و قابلا)، نتیجه‌اش این است که به مجرد قبض ملکیت می‌آید، در حالی که قائل به اباحه، مجرد قبض را مملک نمی‌داند.

مرحوم شیخ در اشکالات هشت‌گانه کاشف الغطاء

جواب از اشکال اول کاشف الغطاء

عقدی که شرعا معتبر است، عقدی که شارع امضا فرموده.

عقدی شرعا معتبر است که دلیل بر صحت آن داشته باشیم.

مراد از صحت، ترتب اثر مقصود بر عقد است. به عقدی می‌گوییم صحیح، که اثر مقصود بر آن عقد مترتب شود.

جواب نقضی است. شیخ پنج مورد را به عنوان نقض بیان می‌کند

مورد اول: در عقد فاسد است. اگر دو نفر بیع لفظی فاسدی را انجام دادند، بایع مبیع را به مشتری داد و مشتری

هم ثمن را به بایع داد، (بالبیع الفاسد). بعد هر دو یا یکی از آنها تلف شد. فرض را جایی می‌بریم که هر دو تلف

شده باشد، همه فقها می‌گویند: هر کدام ضامن قیمت یا ضامن مثل هستند. مشتری که مبیع را از بایع گرفته به

بیع فاسد، مبیع در یدش تلف شد، ضامن مثل یا قیمت است. در حالی که وقتی این معامله را انجام می‌دادند،

(ضمان المثل) یا (ضمان القیمه) را قصد نکرده بودند، آنچه قصد کرده بودند (ضمان المسمی) بود. (ضمان

المسمی)، یعنی بایع بگوید: در مقابل این جنس فقط این پول، مشتری هم بگوید: در مقابل این پول فقط این

جنس، در اینجا فقها می‌گویند: ضمان المثل هست.

مورد دوم: شرط فاسد است. قداما می گفتند: اگر در عقدی شرط فاسدی شود، شرط فاسد مفسد نیست. مفسد نیست یعنی چه؟ یعنی عقد بدون شرط صحیح است، یعنی آنچه را که قصد کردند، مترتب نمی شود، عقد همراه با شرط را قصد کردند، فقها می گویند: شرطش چون فاسد است، بیخود است.

مورد سوم: در متاجر خواندید اگر گوسفند و خنزیر، به عقد واحد به مشتری فروخته شود، فقها می گویند: بیع نسبت به گوسفند صحیح است و نسبت به خنزیر باطل، در حالی که با بیع قصد کرده بود این دو تا را با هم بفروشد.

مورد چهارم: اگر غاصبی مالی را غصب کرد و به عنوان مال خودش فروخت، یعنی (بیع لنفسه) یعنی مال را به عنوان مال خودم می فروشم ثمن هم داخل در ملک خودم بشود. فقها فتوا دادند: بیع غاصب صحیح است و از طرف مالک واقع می شود، البته اگر مالک بعدا اجازه داد. (قصد لنفسه) قصد لغوی بود.

مورد پنجم: در عقد موقت است. در عقد موقت خواندید که باید مدت در متن عقد ذکر شود و اگر مدت را یادشان رفت، مشهور فتوا دادند که این عقد موقت، به عقد دائم تبدیل می شود، در حالی که طرفین قصد عقد دائم را نکرده اند.

جواب از اشکال دوم کاشف الغطاء

اما اشکال دوم کاشف الغطاء، این بود که روی قول به اباحه در معاطات اول اباحه می آید، بعد هر زمانی که اراده تصرف شد یا تصرف خارجی محقق شد، این تصرف مملک می باشد، یعنی لازمه این قول، مملک دانستن تصرف یا اراده تصرف است که امر بعیدی به شمار می رود.

مرحوم شیخ جواب می دهند: وقتی از نظر قواعد و ضوابط به این نتیجه برسیم که تصرف یا اراده تصرف از مملکات است، اشکالی در قبول آن نیست، بله، اگر دلیلی بر مطلب نداشتیم، استبعاد جا داشت، اما قائل به اباحه برای این مطلب دلیل دارد، می گوید: جمع بین ادله چنین اقتضایی دارد. از یک طرف بعد از معاطات شک می کنیم

که آیا ملکیت آمده یا نه، اصل (عدم الملكیه) جاری می‌کنید و از طرفی عموم (احل الله البیع)، جمیع تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملک را جایز می‌شمارد.

جواب از اشکال سوم کاشف الغطاء

در اشکال سوم کاشف الغطاء دو طرف را بیان کرد، فرمود: طبق قول به اباحه باید این امور دهگانه؛ خمس و زکات و استطاعت و... به غیر ملک تعلق پیدا کند. به مال معاطاتی زائد بر نیاز سال قابض، خمس تعلق پیدا کند، در حالی که مال معاطاتی در ملک قابض نیامده.

مرحوم شیخ می‌فرمایند: مگر اشکالی دارد خمس و زکات و استطاعت و... به غیر ملک تعلق پیدا کند؟ دلیلی بر استحاله این امر وجود ندارد. بعد می‌فرمایند: در باب استطاعت، فقها فتوا دادند که اگر مالی را انسان می‌تواند از آن استفاده کند، مثل شهریه‌ای است که انسان می‌گیرد، بنابراین آنها می‌گویند این ملک انسان نمی‌شود، ولی انسان حق استفاده دارد، خیلی از فقها فتوا می‌دهند، اگر به اندازه‌ای شود که بتوان با آن حج انجام داد، مستطیع می‌شود. با اینکه مبنایشان این است که این ملک انسان نیست.

در باب فقر و غنا، در مسئله زکات هم مسئله همینطور است، اگر کسی که از راه سهم سادات اداره می‌شود، بطوری که خرج سالیانه‌اش تامین می‌شود، دیگر نمی‌شود صدقه واجبه را به او داد، چون صدقه واجبه موردش فقیر است و همچنین آن اموری که موضوعش فقیر است.

بنابراین شیخ می‌فرماید: این یک استبعاد محض است که وجهی ندارد.

جواب از اشکال چهارم کاشف الغطاء

اشکال چهارم این بود که تصرف، در معامله معاطاتی، تصرف یکی سبب ملکیت دیگری شود. همان جوابی که مرحوم شیخ در اشکال دوم دادند، در اینجا هم می‌آید.

جواب از اشکال پنجم کاشف الغطاء

قسمت سوم اشکال پنجم، مسئله غصب بود. کاشف الغطا به قائل به اباحه فرمود: اگر غاصب مال معاطاتی را غصب کرد. مطالب کیست؟ مطالب کسی است که مغضوب منه است؟ مغضوب منه که مالک نیست. مطالب مالک اولی است؟ مالک اولی هم ارتباطش با مال قطع شده است.

جواب از اشکال هفتم کاشف الغطاء

اما مسئله نمائات که کاشف الغطا اشکال کرد، شیخ می فرماید: قائل به اباحه، همان حکمی که برای اصل مال می گوید، برای نمائات نیز قائل است. اگر اصل مال، ملک (منتقل الیه) نشده، نماء هم ملک او نمی شود. یعنی حکم اصل نما را دارد، اصل یعنی همان عین. اگر عین به ملکیت او وارد نشده، نماء هم وارد نمی شود.

آیا معاطات، لازم است یا جایز

مرحوم شیخ سه نظریه در اینجا بیان می فرمایند:

نظریه اول: شیخ مفید قائل شده که معاطات، مانند بیع لفظی مفید ملکیت لازم است. بعد از اینکه معاطات محقق شد هیچکدام از این دو طرف حق به هم زدن معامله را ندارند.

نظریه دوم: معاطات مفید ملکیت لازم است، به شرط اینکه آنچه که دال بر تراضی بین طرفین است، لفظ باشد.

نظریه سوم: معاطات مطلقا مفید ملکیت لازم نیست و مفید ملکیت جائزه است.

شیخ می فرماید: در بین این سه نظریه، (اوفقها بالقواعد)، قول اول است که معاطات مفید ملکیت لازم باشد.

دلیل اول: اصالة اللزوم (استصحاب بقاء ملکیت)

مرحوم شیخ فرمودند: دلیل اول بر اینکه ملکیت در معاطات، لازمه است، قاعده لزوم و اصله اللزوم است و مسئله لزوم و جواز از خصوصیات مسبب، یعنی ملکیت نیست، بلکه از احکام شرعیه‌ای است که عارض بر سبب می‌شود. زیرا نه شارع می‌تواند ملکیت را به لزوم و جواز تقسیم کند و نه مالک

بنابراین مرحوم شیخ اثبات فرمودند که لزوم و جواز از خصوصیات ملکیت و مسبب نیست؛ بلکه از احکام شرعیه‌ای است که عارض بر سبب می‌شود.

دومین دلیل بر اصله اللزوم، حدیث سلطنت است

کیفیت استدلال فقها به حدیث سلطنت

(الناس مسلطون علی اموالهم)، یک عموم و اطلاق زمانی دارد. انسان همیشه بر مال خودش سلطنت دارد. این عموم زمانی شامل قبل از رجوع و بعد از رجوع می‌شود. برای مثال معاطاتی بین زید و عمر واقع شده است. بعد از مدتی زید برای گرفتن مال معاطاتی به عمرو رجوع می‌کند، اگر رجوعش اثر داشته باشد، معنایش این است که معاطات جائر است، اگر بلاثر باشد، معنایش این است که معاطات لازم است.

فقها گفته‌اند: (الناس مسلطون) عموم زمانی دارد، لذا در همه زمانها، چه قبل از رجوع، چه بعد از رجوع، عمرو بر مالی که با معاطات به دستش رسیده، سلطنت دارد، معنای این عموم زمانی این است که رجوع زید بلاثر است. اگر رجوع لغو شد، معنایش لزوم معامله است.

کیفیت استدلال شیخ به حدیث سلطنت

حدیث سلطنت، یک سلطنت مطلقه‌ای را برای عمرو، قبل از رجوع مالک اول اثبات می‌کند. سلطنت مطلقه یعنی چه؟ یعنی هر کس بخواهد در این مال، تصرفی بدون رضایت عمرو انجام دهد، باطل است. یکی از مصادیق تصرف،

این است که زید، بدون رضایت عمرو، مال را از ملک عمرو، خارج کند. حدیث سلطنت می‌گوید: عمرو می‌تواند جلوی زید را بگیرد.

استدلال به مستثنای آیه (تجاره عن تراض)

مستثنی می‌گوید: سبب اکل و تصرف در مال دیگری باید دوتا قید داشته باشد؛ ۱- تجاره ۲- عن تراض.

بنابراین اگر معاطاتی واقع شد و مالک اصلی رجوع کرد، مال را از دیگری بگیرد، شک می‌کنیم که آیا این رجوع درست است یا نه؟ عرفا این رجوع هیچکدام از دوتا قید مذکور را ندارد، نه تجارت است و نه (عن تراض)، پس رجوع لغو می‌شود.

عبارت‌های کتاب، دوتا نسخه دارد. ۱- (وتوهم المتقدم جارهننا)، ۲- (وتوهم المتقدم غیر جار هننا). با علتی که شیخ بیان کرده، کلمه (غیر جار)، صحیح است.

استدلال به (مستثنی منه) آیه (تجاره عن تراض)

اما استدلال به مستثنی منه، یعنی (لا تاكلوا موالكم بینكم بالباطل)، شیخ می‌فرماید: (لا تاكلوا) کنایه از تصرف است، یعنی در اموالتان به باطل تصرف نکنید. و مراد از (باطل) باطل عرفی است، یعنی هر چه را که عرف باطل می‌گوید. و رجوع بعد از معاطات را عرف باطل می‌داند. چون مردم بعد از معامله معاطاتی، رجوع دیگری را قبول نمی‌کنند و در صورت رجوع، منازعه پیش می‌آید. وقتی عرف از مصادیق باطل دانست، رجوع نمی‌تواند سبب برای جواز تصرف باشد.

آیه (افوا بالعقود)

آیه شریفه (افوا بالعقود) است. (افوا) امر است و صیغه امر دلالت بر وجوب دارد. (وفا) هم به معنای عمل به مقتضای هر امری است. در ما نحن فیه اینگونه می‌شود: وفا به هر چیزی، عمل به مقتضای آن است. وفای به عهد

به معنای عمل به مقتضای عقد است، پس (اوفوا)، یعنی واجب است عمل به مقتضای هر عقدی، بیع اقتضای تملیک عین دارد، اجاره اقتضای تملیک منفعت است.

بنابراین آیه شریفه می‌فرماید: وفای به معاطات هم واجب است. معاطات مفید تملیک است، وجوب وفای به آن، یعنی طرفین حق ندارند ملکیت دیگری را به هم بزنند، یعنی حق رجوع ندارند و معاطات لازم است.

حدیث (المومنون عند شروطهم)

حدیث معروف (المومنون عند شروطهم) است. حدیث می‌فرماید: (المومنون عند)، (عند) کنایه از لزوم وفاء و لزوم عمل است. مومنون باید به شروطشان عمل کنند.

این آخرین دلیلی بود که مرحوم شیخ برای لزوم بیان کردند. نتیجه این شد که اصل اولی در مطلق معاملات یا لاقل در خصوص بیع، اصاله اللزوم است. در هر بیعی اگر در لزوم وجواز آن، چه به نحو شبهه حکمیه و چه موضوعیه، شک کنیم، اصاله اللزوم را جاری می‌کنیم.

ادله مخصص اصاله اللزوم

در مقابل اصاله اللزوم چهار دلیل در خصوص معاطات داریم که بواسطه آنها باید اصاله الزوم را تخصیص بزنییم و بگوییم اصاله اللزوم در معاطات جریان ندارد.

دلیل اول: اجماع بسیط

اجماع بسیط در مقابل اجماع مرکب است. فقها اجماع بسیط دارند بر اینکه معاطات لازم نیست.

مرحوم شیخ می‌فرمایند: تا زمان مرحوم محقق اردبیلی در بین فقها، قائل به لزوم معاطات نداشتیم. اول کسی که قائل به لزوم معاطات شده است، مرحوم محقق اردبیلی است، در نتیجه اجماع داریم بر اینکه معاطات لازم نیست.

بررسی عبارت شیخ مفید

شیخ در اینجا اشکالی را مطرح می‌کنند به این بیان که قبل از مرحوم محقق اردبیلی، مرحوم شیخ مفید طبق عبارتی که در مقنعه دارند، قائل به لزوم معاطات است.

شیخ در جواب می‌فرمایند: در عبارت شیخ مفید دو احتمال وجود دارد که طبق یکی از آن دو، لزوم معاطات استفاده می‌شود و طبق احتمال دوم چنین نظری از شیخ مفید استفاده نمی‌شود.

اجماع ابن زهره در کتاب (غنیه). ابن زهره در کتاب (غنیه) گفته: اجماع داریم معاطات بیع نیست. اگر اجماع قائم بر این است که معاطات بیع نیست، معنایش این است که اجماع، قائم بر این است که لازم هم نیست.

اجماع محقق ثانی در جامع المقاصد. محقق ثانی فرموده: اجماع داریم که در عقود لفظیه، لفظ معتبر است، یعنی اجماع داریم اگر عقدی بخواهد لازم باشد، حتما لفظ در آن معتبر است، پس معاطات که لفظ ندارد، نمی‌تواند لازم باشد.

مرحوم شیخ بعد از اینکه اجماع را به کرسی نشانند، اشکال مهم بر آن وارد می‌کنند

مرحوم شیخ در ادامه برای اثبات عدم لزوم، تمسک به اجماع مرکب را بیان می‌کنند، به این بیان که قائلین معاطات دو دسته‌اند؛ یک دسته قائل به ملکیت جائزه هستند و یک دسته قائل به عدم ملک هستند. این دو دسته از فقها، اجماع مرکب دارند بر نفی لزوم. پس این اجماع مرکب مخصص اصاله اللزوم است.

مرحوم شیخ فرمودند که در باب معاطات در مقابل اصاله اللزوم، ادله ای داریم که معاطات را از قاعده اصاله اللزوم خارج می‌کند؛ یکی اجماع بسیط بود و دومی اجماع مرکب. در دنباله مطلب می‌فرمایند: اجماع بسیط، هر چند قطع به عدم لزوم نمی‌آورد، لاقلاً ظن به عدم لزوم می‌آورد، لذا با این اجماع بسیط ظن پیدا می‌شود که معاطات از جمله معاملات لازمه نیست.

بعد می فرمایند: معاطات سه صورت دارد

گاهی اوقات در معاطات، اصلا لفظی وجود ندارد، بلکه آنچه در خارج وجود دارد، عبارت است از (اعطا) و (اخذ).
یک طرف اعطا می کند، طرف دیگر اخذ می کند.

گاهی در معاطات لفظ وجود دارد، اما لفظی که دلالت بر انشاء تملیک کند، وجود ندارد. در بیع لفظی و در بیع بالصیغه، لفظ وجود دارد و طرفین با این لفظ، انشاء تملیک می کنند.

گاهی در معاطات لفظ وجود دارد، اما برای مواعده و مقاوله، با لفظ وعده معامله ای را می گذارند، اما این لفظ دال بر انشاء تملیک نیست.

مرحوم شیخ می فرماید: در صورتی که در معاطات، لفظی که دال بر انشاء تملیک باشد، نداشته باشیم، باید به عدم لزوم حکم کنیم، اعم از اینکه مثل صورت اول، اصلا لفظی در کار نباشد یا اینکه لفظی در کار باشد، اما این لفظ مربوط به انشاء معامله نیست، بلکه مربوط به همان مقدمات معامله یا رضایت طرفینی است.

دلیل سوم بر عدم لزوم معاطات: روایات

دلیل سوم بر تخصیص اصاله اللزوم در معاطات، روایاتی است که اگر مجموع آنها را کنار هم قرار دهیم، استفاده می کنیم که در زمان سابق، متعارف بین مردم و تجار این بوده که ایجاب البیع را با لفظ محقق می کردند. روایات به بیع متعارف در بین مردم نظر دارد. بنابراین آنچه که متعارف در بین مردم بوده، اصاله اللزوم در آن جریان پیدا می کند و متعارف بر حسب این روایات همان بیع بصیغه و بیع لفظی بوده. پس معاطات چون متعارف نبوده، از اصاله اللزوم خارج می شود.

دلیل چهارم بر عدم لزوم معاطات: سیره متشرعه

مرحوم شیخ می‌فرماید: سیره متشرعه بر این قائم است که در بیوع خطیره، مثل بیع خانه و مغازه، سیره متشرعه بر این قائم است که به معاطات اکتفاء نمی‌کنند. در زمان کنونی هم اگر طرفین معاملات خطیره متشرعه باشند، در آخر برای اینکه بیع شرعی واقع شود، (بعث) و (اشتریت) را به زبان عربی یا فارسی می‌گویند.

بنابراین، جریان معاطات در بیوع خطیره و معاملات خطیره، برخلاف سیره متشرعه است و مرحوم شیخ هم در همین جا، همین نظریه را اختیار می‌کنند که معاطات را بر طبق سیره متشرعه، در بیوع غیر خطیره جاری بدانیم. فرق بین بیوع خطیره و غیر خطیره در این است که در بیوع خطیره، طرفین بناء بر عدم رجوع دارند، می‌خواهند معامله را قطعی کنند که دیگر طرفین حق رجوع را نداشته باشند، اما در بیوع غیر خطیره، بنا بر رجوع است، یعنی بنا بر این است که طرفین، حق بر هم زدن معامله را داشته باشند.

شیخ به دو دلیل؛ سیره و روایات استناد می‌کنند که برای لزوم باید لفظ در کار باشد که بعداً در باب صیغه بیع، بیان آن خواهد آمد. بنابراین با چهار دلیل ۱- اجماع بسیط، ۲- اجماع مرکب، ۳- آنچه که متعارف بین اهل سوق است ۴- سیره متشرعه، معاطات را از تحت اصاله اللزوم خارج دانستیم و اصاله اللزوم را با معاطات تخصیص زدیم.

استدلال به روایت (انما يحلل الكلام و يحرم الكلام) در معاطات

فقها در باب معاطات، دو گونه به روایت (انما يحلل الكلام و يحرم الكلام) استدلال کردند. بعضی‌ها به این روایت استدلال کرده‌اند بر اینکه معاطات اصلاً مفید اباحه تصرف هم نیست. بعضی‌ها استدلال کردند بر اینکه معاطات لازم نیست. (تاره علی عدم افاده المعاطاه اباحه التصرف، و آخری علی عدم افادتها اللزوم). عبارت (انما يحلل الكلام و يحرم الكلام) جمله‌ای است که در ذیل روایتی، به منزله تعلیل وارد شده است.

اصل روایت این است که مردی به امام صادق (علیه السلام)، عرض می‌کند که شخصی به دیگری می‌گوید: فلان لباس را برای من بخر و بیاور و من این مقدار به تو سود می‌دهم. آن شخص لباس را می‌خرد و می‌آورد، یعنی

تقریبا عنوان عمل دلالی و واسطه‌گری را دارد، از امام سوال می‌کند این کار درست است یا نه؟ حضرت ابتدا یک سوال می‌کنند، (الیس ان شاء اخذ و ان شاء ترک)، آیا آن شخص مجبور است که حتما از تو بخرد یا نه؟ می‌گوید: بله همین طور است، من دلال که می‌روم می‌خرم و می‌آورم، آن شخص اگر بخواهد برمی‌دارد، نخواهد هم بر نمی‌دارد. حضرت می‌فرمایند اگر اینچنین است، (لا بعث به) اشکالی ندارد.

بعد امام در تعلیل جمله‌ای می‌فرمایند: (انما يحلل الكلام و يحرم الكلام) مرحوم شیخ می‌فرماید: در این چهار کلمه با قطع نظر از صدر روایت، چهار احتمال است؛

۱- امام در مقام این است که بفرمایند: در شریعت اسلام، سبب منحصر، در تحلیل و تحریم اشیاء، لفظ است. اگر لفظ باشد، تحلیل می‌آید. اگر لفظ نیاید، تحلیل هم نمی‌آید. اگر لفظ بیاید تحریم می‌آید. نیاید تحریم هم نمی‌آید. مثلا صیغه نکاح، اگر بیاید محلل هست، اگر صیغه طلاق بیاید، محرم هست.

۲- مراد از این دو تا کلام، لفظی است که دارای مضمون واحد است. یعنی یک مقصود را اگر با یک لفظ بیان کنیم، می‌شود محلل. اگر همان مقصود را با لفظ دیگر بیان کنیم، می‌شود محرم. برای مثال، در باب عقد موقت که زن خودش را موقتا در اختیار مرد قرار می‌دهد، اگر این مقصود خودش را با لفظ (اجرتک نفسی) بگویند، محرم است، اما اگر با لفظ (متعنتک نفسی) بگویند، محرم نیست.

۳- یک مقصود واحد با یک لفظ، وجودش محلل است، عدمش محرم است یا در یک محلی اگر باشد، محلل است، در محل دیگر باشد محرم است.

در معنای اول می‌گفتیم دو مقصود با دو کلام، در معنای دوم گفتیم یک مقصود با دو کلام، در معنای سوم می‌گوییم یک مقصود با یک کلام. منتهی محلل و محرم بودنش، اعتباری است. به اعتبار وجودش می‌گوئیم عنوان محلل دارد، به اعتبار عدمش عنوان محرم دارد. صیغه نکاح، خودش محلل است، به اعتبار وجودش. عدمش هم محرم است. صیغه طلاق خودش محرم است، عدمش هم محلل است.

پس در معنای سوم یک مقصود و یک کلام است، منتهی به اعتبار یک مکان می‌گوئیم: محلل است، به اعتبار یک مکان دیگر می‌گوئیم: محرم، مثلاً در ایجاب بیع، می‌گویند: ایجاب باید قبل از قبول بیاید، ایجاب اگر قبل از قبول آمد، محلل است. بعد از قبول آمد، محرم است.

۴- (یحلل)، مربوط به مقدمات معامله است، (یحرم)، مربوط به ایجاب لفظی و صیغه معامله است که البته این معنای چهارم با توجه به صدر روایت است.

نقد و بررسی دو احتمال اول

نقد و بررسی احتمال اول

مرحوم شیخ بعد از بیان احتمالات چهارگانه، شروع می‌کند به بررسی آنها. می‌فرمایند: احتمال اول را نمی‌توان از روایت اراده کرد، زیرا احتمال اول؛ در شریعت اسلام سبب منحصر در تحلیل و سبب منحصر در تحریم عبارت از لفظ است، دو اشکال دارد.

اشکال اول: این عبارت به موارد زیادی تخصیص می‌خورد. خارجاً می‌دانیم که در شریعت اسلام بسیاری از افعال عنوان محللیت و عنوان محرمیت دارند و لفظ در تحلیل و تحریم دخالت ندارد.

اشکال دوم: احتمال اول در (انما یحلل) با حکمی که قبلاً آمده، و (انما یحلل) به منزله تعلیل آن است، سازگاری ندارد. حکمی که در روایت قبل از (انما یحلل) آمده این است که امام فرمودند: دلالت اگر قبل از آنکه برود جنس را از آن مالک اصلی بخرد، با مشتری دوم که به دلالت گفته برو جنس را برای من بخر و بیاور، معامله را قطعی نکند، اشکال ندارد، یعنی به صرف یک مواعده و مقاوله باشد.

پس جواز اختصاص پیدا کرده به جائی که ایجاب بیع قبل از خریدن متاع از مالک اصلی نباشد. حالا اگر (انما یحلل) را معنا کردیم به اینکه سبب منحصر در تحلیل و تحریم اشیاء لفظ است .

نقد و بررسی احتمال دوم

معنای دوم این بود که یک مقصود واحد با دو تا کلام تادیه می‌شود. که هر دو کلام مضمونشان مشترکند، اما با یک کلام محلل است، با یک کلام محرم. مثل همان عقد منقطع. شیخ می‌فرمایند: با توجه به صدر روایت باز این معنا قابل اراده نیست، زیرا آنچه که در روایت آمده، ایجاب البیع است که ایجاب البیع با یک کلام تادیه می‌شود. در روایت مطلبی نداریم که قابلیت تادیه با دو کلام را داشته باشد، بنابراین معنای دوم هم قابل اراده نیست.

احتمال سوم یا چهارم

طبق معنای سوم می‌گوئیم: ایجاب البیع و قطعیت بیع که با لفظ محقق می‌شود، اگر قبل از آن باشد که دلالت از مالک اصلی بخرد، وجودش می‌شود محرم و عدمش می‌شود محلل. پس این معنا را می‌توان از این جمله اراده کرد، چون با صدر روایت یعنی با حکمی که در روایت وارد شده سازگاری دارد.

در معنای چهارم که (یحلل) مربوط به مقدمات معامله است و (یحرم) مربوط به ایجاب لفظی معامله است. این عین مورد روایت است، در مورد روایت (یحلل) مربوط به مقوله است، یعنی اگر کلام به صورت مقوله‌ای باشد، اشکالی ندارد، اما اگر کلام بصورت ایجاب البیع باشد، محرم است. پس می‌توان هم معنای سوم را از روایت اراده کرد هم معنای چهارم را.

اشعار روایت علاء به توقف لزوم بیع بر لفظ

شخصی از امام (علیه السلام) سوال می‌کند که مردی می‌خواهد بیعی انجام دهد، اینگونه می‌گوید: در هر ده تومان، دوازده تومان، یعنی در هر ده تومان، دوتومان به من سود بده. یا می‌گوید: در هر ده تومان، یازده تومان،

یک تومان به من سود بده. آیا چنین معامله‌ای که هم (اصلاً مال) ذکر می‌شود، هم ربح نسبت به (راس المال) بیان می‌شود، صحیح است؟

حضرت فرمودند: (لا باس به) فرمودند: اشکالی ندارد، بعد تعلیلی آوردند: این بیع، بیع مراوضه است. مراوضه در لغت به دو معنا آمده، معنائی که در اینجا اراده شده این است که اگر دلالی مالی که برای دیگری است را برای مشتری دیگری توصیف کند، بگوید: مالی سراغ دارم با این خصوصیات، بعد بگوید: اگر می‌خواهی برایت بیاورم مثلاً برای هر ده تومان، دو تومان، به من سود بده. حضرت فرمودند: این به عنوان مراوضه است و مراوضه اشکالی ندارد.

بعد حضرت جمله دومی را فرمودند: وقتی که قصد بیع قطعی لازم را پیدا کرد، راس المال و سود را جدا نکند، به صورت یکپارچه بگوید، یعنی دلال بگوید: این را به دوازده تومان به تو می‌فروشم، نه اینکه بگوید: ده تومان خریدم، تو هم در این ده تومان به من سود بده.

اشعار صحیحہ ابن سنان به توقف لزوم بیع بر لفظ

آخرین روایت صحیحہ ابن سنان است، امام علیہ السلام به یک دلالی فرمود: (لا باس بان تبیع الرجل)، (تبیع)، باید بصورت مخاطب خوانده شود، بفروشی به مردی، (المتاع لیس عندک)، متاعی که ملک تو نیست. (تساومه)، یعنی (تقاوله)، متاع ملک تو نیست، اما می‌توانی راجع به متاع با مشتری دوم مقاوله کنی، یعنی بگوئی جنسی هست با این خصوصیات، می‌توانم بخرم و به تو بفروشم. (ثم تشتري له)، بروی بخری برای آن رجل، (نحو الذی طلب)، به آن نوعی که رجل طلب کرده. مثلاً گفته اگر بروی ده تومان بخری من از تو دوازده تومان می‌خرم، سیزده تومان می‌خرم.

شیخ انصاری در اینجا هم می‌فرماید: همین مقدار که امام مقوله را جایز دانستند، اما فرمودند: حق ندارد قبل از خرید متاع، بین خودش و رجل، معامله را قطعی کند، شاهد بر این است که در لزوم بیع، لفظ معتبر هست، چون قطعی کردن معامله به این است که با لفظ انشاء کند.

نتیجه گیری و خلاصه نظریه شیخ در باب معاطات

مرحوم شیخ در باب معاطات اولاً قائل شدند که معاطات مفید ملکیت است و قول به اباحه را نپذیرفتند. و بعد در اینکه آیا این ملکیت، ملکیت لازمه است یا جائزه؟ از مجموع کلماتشان استفاده می‌کنیم که ملکیت را ملکیت جائزه می‌داند، نه لازمه.

مرحوم شیخ برای لزوم، ابتداء هفت دلیل بیان کردند، بعد فرمودند به چهار دلیل ما می‌گوییم اصاله الزوم در معاطات تخصیص خورده ۱- اجماع بسیط ۲- اجماع مرکب ۳- سیره ۴- روایت (انما يحلل الكلام و يحرم الكلام) در بین این چهار دلیل، اجماع بسیط و مرکب را رد کردند، اما سیره را پذیرفتند. و روایت (انما يحلل الكلام و يحرم الكلام) را هم در نهایت، بعد از بیان احتمالات متعدد در آن، فرمودند: (وکیف كان فلا تخلو الروایه عن اشعار او ظهور)، این روایت خالی از اشعار یا ظهور بر اعتبار لفظ در لزوم نیست و چون در معاطات لفظ وجود ندارد، پس در نتیجه معاطات یک معامله جائزه است.