

أنواع الإكتساب المحرم:

- النوع الأول: الإكتساب بالأعيان النجسة
- النوع الثاني: ما يحرم لتحريم ما يقصد به.
- النوع الثالث: ما ليس فيه منفعة محللة معتدبها.

النوع الرابع: ما يحرم لكونه عملاً محرماً في نفسه.

در این نوع ۲۸ مسأله است كه:

المسألة الثامنة عشر: الكذب

ابتدا نکته‌ای را بیان می‌کنند سپس وارد بحث می‌شوند:

نکته: استدلال بر حرمت کذب

در استدلال بر حرمت کذب دو بار به عقل اشاره نموده‌اند: ۱- بضرورة العقول. ۲- الأدلة الأربعة. چند مطلب باید دقت شود:

الف: عقل حکم ندارد بلکه مقصود درک عقل است.

ب: آنچه عقل درک می‌کند قبح ظلم است و زمانی عقل کذب را تقبیح می‌کند که

مفسده‌ای بر آن مترتب باشد. (مصباح الفقاهة ۳۸۵/۱)

بحث را در دو مقام مطرح می‌کنند: ۱- کذب از کبائر است. ۲- مسوغات کذب.

مقام اول: فی أنه من الكبائر

مقدمه: معنای کبیره

مرحوم ابن ادریس در سرائر ۱۱۸/۲ معتقدند مبدع تقسیم معاصی به صغیره و کبیره مرحوم شیخ طوسی در مبسوط هستند.

جالب است که شیخ طوسی در تفسیر تبیان نشان که بعد از مبسوط نگاشته‌اند بر خلاف نظریه مبسوط ذیل آیه ۳۵ سوره مبارکه بقره می‌فرمایند: المعاصی كلها کبائر عندنا.

صاحب جواهر ضمن بیان مشهور بودن نظریه تبیان در بین اصحاب آن را رد نموده و شهرت نسبت به تقسیم معاصی را تقویت می‌کنند و علاوه بر ادعای تواتر اخبار بر این مسأله می‌فرمایند اگر تمام معاصی کبیره باشد پس عدلی در بین اکثر مردم نخواهد بود.

مرحوم علامه طباطبائی نیز با تمسک به آیه شریفه ۳۱ سوره مبارکه نساء إِنَّ تَجْتَبِئُوا كِبَائِرَ مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا تقسیم معاصی را امری روشن و واضح می‌دانند.

برای شناخت معصیت کبیره شیخ انصاری در رساله عدالة در رسائل فقهیه پنج راه را معرفی می‌کنند. مرحوم علامه طباطبائی در رساله الكبائر و الصغائر بعد از نقل حدود یازده قول در تفکیک بین معصیت کبیره و صغیره، نظریه نسبی بودن گناهان کبیره را مانند بسیاری از فقهاء انتخاب می‌کنند.

* مراجعه کنید به:

السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۲، ص: ۱۱۸ □

- مبسوط ۲۱۷/۸

- الكبائر و الصغائر ص ۴۴

- تبیان ۱۵۹/۱

- جواهر الکلام ۳۰۵/۱۳

- رسائل فقهیه ص ۴۴

برای استدلال بر کبیره بودن کذب ابتدا چهار دسته از روایات را اشاره می‌کنند:
دسته اول: کذب کبیره است مطلقا (دروغ بستن بر خدا و معصومین باشد یا غیر آنها، سبب مفسده‌ای بشود یا نه).

هفت روایت و یک آیه را اشاره می‌کنند.

*** تحقیق:**

- ذیل روایت سوم (موثقه عثمان بن عیسی) مراجعه شود به کتاب منهاج الفقهاء ۱/۱۱۱ اشکالی دارند در استدلال به روایت که از مرحوم خوئی گرفته‌اند. اشکال ایشان را نقد کنید.

- ذیل روایت ششم از امام عسکری علیه السلام مرحوم خوئی علاوه بر اشکال سندی اشکالی هم به دلالت حدیث دارند آن را نقد کنید. مصباح الفقاهة ۱/۳۸۶.

دسته دوم: روایاتی که ظهور دارند در کبیره بودن خصوص کذب بر خدا و رسول.
سؤال: دسته اول کذب را مطلقاً کبیره می‌دانستند اما این دسته کبیره بودن کذب را فقط در مورد کذب بر خدا و رسول می‌داند، آیا می‌توان اطلاق آن روایات را با این مقیّدات تقیید زد؟

جواب اول:

مقدمه اصولی:

در اصول فقه خوانده‌ایم اگر دو دلیل مطلق و مقید مثبت بودند (نه مثبت و منفی مانند اشرب اللبن و لا تشرب اللبن الحامض) روایت مقید نمی‌تواند اطلاق شمولی مطلق را تقیید بزند زیرا یکدیگر را نفی نمی‌کنند تا تنافی باشد و در نتیجه تقیید لازم باشد. بلکه اگر کسی بر خلاف مشهور قائل به مفهوم وصف باشد می‌تواند بگوید دلیل مقید با مفهومی سایر افرادی که ذیل مطلق هستند را خارج می‌کند.

*** تحقیق:**

با مراجعه به مسأله ششم از بحث مطلق و مقید در اصول فقه ۱/۱۹۲ تفاوت اطلاق شمولی با اطلاق بدلی را در حالتی که دلیلین مثبتین هستند مورد دقت قرار دهید. (تفاوت بین مثال اعتق رقبة و اعتق رقبة مؤمنة با مثال فی الغنم الزکاة و فی الغنم السائمة زکاة چیست)

جواب اول: خیر. زیرا هر دو دلیل مثبتین هستند، آن هم به اطلاق شمولی و کبیره بودن کذب بر خدا و رسول منافات ندارد با کبیره بودن کذب بر غیر آنها، مگر اینکه بر خلاف مشهور قائل به مفهوم وصف باشیم که بگوییم روایت مقید، دروغ بستن به غیر خدا و رسول را از اطلاق مطلق خارج می‌کند و کبیره نمی‌داند.

جواب دوم:

مقدمه اصولی:

اصطلاحی است به عنوان انصراف به اکمل افراد که در اصول و فقه مورد استفاده قرار می‌گیرد از جمله در بحث ظهور صیغه امر در وجوب که بعضی در استدلال بر آن می‌گویند وجوب اکمل افراد طلب است.

*** تحقیق:**

مراجعه کنید به اصول فقه مبحث صیغه امر مسأله دوم ۱/۶۵ و أجود التقریرات ۱/۹۴.

جواب دوم: خیر. مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: زیرا کثرت روایات مطلق و قابلیت روایت مقید بر حمل شدن بر اکمل افراد باعث می‌شود دروغ بستن به خدا و رسول را از اکمل افراد کذب کبیره بدانیم نه اینکه دروغ بستن به غیر خدا و رسول کبیره نباشد. جواب سوم: از مرحوم ایروانی.

*** تحقیق:**

مراجعه کنید به کتاب حاشیه المکاسب از مرحوم ایروانی ۳۹/۱

دسته سوم: روایاتی که کذب را در خصوص موردی که مفسده‌ای به دنبال داشته باشد کبیره می‌دانند.

سؤال: آیا این روایات می‌تواند مقید مطلقاً دسته اول باشد و مواردی که کذب مفسده‌ای نداشت کبیره نباشد؟

جواب: جواب‌های همین سؤال در دسته دوم اینجا هم قابل ارائه است. جواب شیخ انصاری هم همان است که مقسود روایت اکمل افراد است. (این روایت چنانکه شیخ هم اشاره می‌فرماید مرسله و ضعیف‌السند است لذا نمی‌تواند مقید مطلقاً صحیح‌السند باشد.)

دسته چهارم: روایاتی که دلالت می‌کند کذب از گناهان صغیره است.

لم: در روایت دارد: اللَّامُ الْعَبْدُ الَّذِي يُلْمُ الذَّنْبَ بَعْدَ الذَّنْبِ لَيْسَ مِنْ سَلِيقَتِهِ أَيُّ مِنْ طَبِيعَتِهِ. (کافی ۴۴۲/۲) بر اساس همین روایات مرحوم علامه طباطبائی می‌فرماید: هو المعصية حيناً بعد حين من غير عادة أي المعصية على سبيل الاتفاق فيكون أعم من الصغيرة والكبيرة (الميزان ۴۴/۱۹)

لذا کذب از لم و اعم از صغیره و کبیره است.

سؤال: تنافی بین این دسته، و اطلاقات دسته اول چگونه قابل حل است؟

جواب: اولاً: هیچ یک از دو روایت صحیح ابن‌الحجاج و روایت حارث‌اعور دلالت ندارند کذب کبیره نیست. ثانیاً: هر دو روایت صرفاً اشعار دارند بر اینکه کذب می‌تواند صغیره باشد، و این اشعار نمی‌تواند تصریح روایات مطلق در دسته اول را مقید کند.

لعدم كونه من مقولة الكلام ص ۱۵ س ۹

کذب از مقوله کلام است یعنی سخنی که می‌گوید کذب باشد در حالی که وعده را قبلاً داده بعد می‌خواهد عمل به آن را ترک کند و دیگر کلامی نیست.

و إن كان غير واحد من الأخبار ظاهراً في حرمة ص ۱۵ س ۱۳

اشکال: چگونه با وجود حکم به حرمت خلف وعده در روایات متعدد مشهور قائل به عدم حرمتند؟

جواب: محقق خوئی در مصباح الفقاهة ۳۹۳/۱ دو جواب می‌دهند که اولی را رد می‌کنند و اما جواب دوم را می‌پذیرند که سيرة قطعية متشرعه بر جواز خلف وعده بوده. البته در پایان می‌فرمایند:

و مع ذلك كله فرفع اليد عن ظهور الروايات، و حملها على الاستحباب يحتاج إلى الجرأة و الأوفق بالاحتياط هو الوفاء بالوعد.

*** تحقیق:**

جواب اول و رد آن را در کلام محقق خوئی بیاورید.

ثم إن ظاهر الخبرين الأخيرين ... ص ١٥ س ١٥

مقصود مرسله سیف بن عمیره و روایت حارث أَعور است.

نسبت به اینکه مؤدی روایت چیست دو موضوع داریم:

١- دروغ گفتن به شوخی. ٢- شوخی کردن

مقصود روایت حرمت دروغ گفتن برای هزل و شوخی است نه اصل شوخی کردن.

شوخی کلامی، سخنی است که گوینده قصد تحقق مدلول را ندارد که گفته شود مدلول

در واقع و خارج وجود ندارد پس کلام دروغ است. مانند اینکه به فرد ترسو خطاب کند

ای شجاع یا به جاهل خطاب کند ای اندیشمند و ای علامه.

لذا دروغ به شوخی حرام است نه اصل شوخی، زیرا:

دلیل اول: کذب انصراف به خبری دارد که ظاهر آن را گوینده قصد کرد است.

دلیل دوم: سیره متشرعه

مثالهایی از این بحث در علم اصول در مبحث مجمل و مبین و در علم منطق در صناعات خمس در مغالطات لفظیه، مغالطه ترکیب مفصل، و در علم فقه ذیل مسأله کذب مطرح است.

* تحقیق:

مطرح الأنظار ۲/۲۹۷، اصول فقه (مسأله اول در مجمل و مبین)، المنطق ۴۸۶، مصباح الفقاهة ۱/۶۱۳.

به عنوان نمونه:

۱- پزشک و فیلسوف ایرانی قطب الدین شیرازی (۶۳۴-۷۱۰ یا ۷۱۶ هـ) در قبرستان (چرنداب تبریز) کنار قبر قاضی «بیضاوی» مدفون می باشد.

از شاگردان خواجه نصیر الدین طوسی که چنین سروده:

خیر الوری بعد النبی من بنته فی بینه

من فی دجی لیل العمی ضوء الهدی فی زیته

۲- گفتار عقیل: أمرنی معاویة أن ألن علیا ألا فالعنوه .

۳- یکی از شیعیان در جواب از پرسش تعداد خلفاء: أربعة أربعة أربعة.

- اعتراض محقق ثانی (محقق کرکی) در شرح قواعد علامه حلی با نام جامع المقاصد:

علامه فرموده‌اند اگر ظالمی قصد غصب و دیعه فرد دیگر را دارد جایز است فرد قسم دروغ بخورد و اگر می‌تواند واجب است توریه نماید.

اشکال محقق ثانی این است که يجوز الحلف کاذبا یعنی قسم دروغ در این مورد حرام نیست و یکی از راه‌های فرار هم توریه است، گویا علامه توریه را از مصادیق کذب دانسته‌اند در حالی که توریه به هیچ وجه کذب نیست.

استشهاد مرحوم شیخ انصاری به این عبارت محقق ثانی برای نشان دادن تفاوت قائل شدن علما بین کذب و توریه است.

ملاک صدق و کذب یک خبر:

قول اول: شیخ انصاری و بعض دیگر از اصولیان قائلند معیار صدق و کذب یک خبر، مطابق بودن واقعیت خارجی با مقصود و مراد متکلم است.

قول دوم: میرزای قمی قائلند ملاک مطابق بودن واقعیت خارجی با ظاهر کلام است.

قوانین الأصول چاپ جدید ۲/۳۶۴ چاپ قدیم ۱/۴۱۹

لولا استبعاد التقييد فى هذه المطلقات ص ٢٦ ص ١٠

دو طائفه روايت است که رابطه‌شان عموم من وجه است:

طائفه اول: کذب خوفی جایز است مطلقا (چه توريه ممکن باشد يا نه)

طائفه دوم: روايت سماعه:

منطوق روايت: کذب عند الإضطرار جایز است (اضطرار=عدم امکان توريه)

مفهوم روايت: با امکان توريه کذب حرام است.

مورد اجتماع: کذب خوفی که امکان توريه هم هست. در اين مورد مطلقات می‌گویند

جائز است و روايت سماعه می‌گوید حرام است.

تعارضاً و تساقطاً مراجعه می‌کنیم به عام فوقانی که حرمت کذب است مطلقا (چه خوفی

چه غير خوفی، توريه ممکن باشد يا نباشد)

نتیجه: کلام مشهور که مبنی بر توقف جواز کذب بر عدم امکان توريه، صحیح است.

*** تحقیق:**

مرحوم ایروانی در حاشیه مکاسب ٤١/١ مفهوم روايت سماعه را نمی‌پذیرند و می‌گویند

مفهوم ندارد. آن را نقد کنید. بعد از تأمل در نقد آن مراجعه کنید به نقد محقق خوئی بر

کلام ایشان در مصباح الفقاهة ٤٠٧/١.

– هذا مع امکان منع الاستبعاد ص ٢٦ س ١٤

می‌فرمایند نه تنها تقييد مطلقات بعيد نیست که اصلا مطلقات جواز کذب خوفی خود

بخود در صورتی کذب خوفی را جایز می‌دانند که مردم توجه و امکان توريه ندارند لذا

کذب خوفی بر آنها مجاز خواهد بود. (مؤید دیگری شد بر قول مشهور)

– ثم إن أكثر الأصحاب مع تقييدهم ص ٢٦ س ١٧

تا اینجا بحث در این بود که جواز کذب خوفی مشروط به عدم امکان توريه هست يا نه؟

در این قسمت بحث در این است که آیا با امکان توريه اکراه محقق می‌شود يا خير؟

اشکال شيخ انصاری به مشهور: مشهور جواز کذب خوفی را مقید نمودند به عدم امکان

توريه، پس چرا نمی‌گویند اکراه زمانی است که توريه ممکن نباشد؟

تبیین ادعای شيخ انصاری با بیان چند نکته:

نکته اول: عقود و ایقاعات در اکثر مواقع با بیان الفاظ و صیغ مخصوصی انجام می‌شود،

همچنین سب و تبری مربوط به بیان الفاظی خاص هستند.

نکته دوم: چنانکه در توره بیان شد انسان می‌تواند الفاظ و جمله‌ای را بیان کند و غیر از معنای ظاهری آن را اراده کند.

نکته سوم: مکروه شدن در انجام عقد یا ایقاع یا تبری، اکراه در أداء یکسری الفاظ خاص است. به عبارت دیگر اکراه در تلفظ به الفاظ خاص ممکن است اما اکراه بر نیت کردن در ذهن امکان ندارد زیرا مکروه از ذهن و نیت مکروه نمی‌تواند آگاه شود.

نکته چهارم: مشهور قائلند اگر فردی بر انجام عقد یا ایقاعی اکراه شد هر صیغه‌ای از عقود یا ایقاعات را که بر زبان جاری کند لغو، بی اثر و باطل است.

نتیجه: مشهور که جواز کذب خوفی و اکراهی را مشروط به عدم امکان توره می‌دانند باید در مواردی مانند عقود و ایقاعاتی که از روی اکراه انجام می‌شود، معتقد باشند در صورتی فرد مکروه است که نتواند در انجام عقد یا ایقاع یا تبری، توره کند؛ لذا اگر فرد توان توره داشته دیگر در انجام عقد یا ایقاع مکروه نخواهد بود و باید مشهور معتقد به صحت عقد یا ایقاع او باشند، زیرا اکراه بر بیان الفاظ صیغه بوده اما اکراه بر نیت و مراد از الفاظ که ممکن نیست.

تناقض در فتوای مشهور: از طرفی تحقق کذب خوفی را متوقف بر عدم امکان توره می‌دانند و از طرف دیگر تحقق عقد یا ایقاع اکراهی را متوقف بر عدم امکان توره نمی‌دانند (با اینکه در هر دو مورد مواردی هست که توره ممکن باشد).

– دفاع شیخ از فتوای مشهور (بین کذب و اکراه تفاوت است):

توضیح مطلب با بیان چند نکته:

نکته اول: مسأله اکراه در انجام عقد و ایقاع با اضطرار بر کذب متفاوت است.

نکته دوم: در روایات جواز کذب، به مورد اضطرار تعلق گرفته و با امکان توره اصلاً اضطراری در کار نیست و حکم به جواز کذب اضطراری با امکان توره سالبه به انتفاء موضوع است.

نکته سوم: روایاتی که عقد یا ایقاع اکراهی را باطل می‌دانند بدون اشتراط به عدم امکان توره، مضمونشان این است که عقد اکراهی باطل است، و در خارج مکروه، مکروه را بر انجام عقد یا ایقاع حقیقی اکراه می‌نماید نه عقد صوری و بدون اراده معنا، پس این روایات چنین عقدی را باطل می‌داند و دیگر در این روایات اشاره‌ای نیست به اینکه معنا را اراده نکند یا توره نماید، خیر این روایات می‌گویند عقد حقیقی که بر آن مکروه شده باطل است.

نتیجه: در روایات جواز کذب اضطراری، در خود کلمه اضطرار معنای عدم امکان توریه وجود دارد اما در روایات عقد اکراهی، همان صیغه عقد حقیقی که بر آن اکراه شده بدون توجه به امکان توریه یا اراده خلاف معنای ظاهری، باطل دانسته شده است.

*** تحقیق:**

با استفاده از کلام خود مرحوم شیخ در عدم صدق اضطرار با امکان توریه (نکته دوم) این دفاع مرحوم شیخ از مشهور (نکته سوم) را نقد کنید.
محقق خوئی دو نقد بر این کلام مرحوم شیخ دارند؛ مطالعه فرمایید. مصباح الفقاهة
۴۰۹/۱

– نعم لو كان الإكراه ص ۲۸ س ۴

نعم استدراک است از توجیه کلام مشهور.

می‌فرمایند نقد اول ما به کلام مشهور در دو فتوای به ظاهر متناقض وارد است زیرا اکراه و اضطرار از این جهت که هر دو زمانی محقق می‌شوند که راه فراری برای مکره و مضطر باقی نباشد لذا اگر در عقد اکراهی یا کذب اضطراری راه فراری بواسطه توریه کردن باشد اما باز هم فرد عقد را انجام دهد و دروغ بگوید، عقدش صحیح و نافذ و دروغش فعل حرام خواهد بود.

* تحقیق:

رابطه دو دسته روایت بررسی شود:

۱- روایاتی که کذب را مطلقاً حرام می‌دانند.

۲- صحیحہ معاویہ بن عمار: المصلح لیس بکذاب.

رابطه حکومت است یا ورود، تخصیص است یا تخصص. برای تبیین این رابطه مراجعه شود به اصول فقه جلد دوم، مقصد سوم (مباحث حجج) باب نهم، مقدمه پنجم مسأله حکومت و ورود.

- مثال برای رجل کاید فی حربہ: جریان کید نُعَیم بن مسعود در جنگ احزاب بین بنی قریظه و احزاب. تاریخ طبری (چاپ ۱۰ جلدی) ۵۷۸/۲، البدایة و النہایة از ابن کثیر ۱۱۱/۴؛ الکامل فی التاریخ از ابن اثیر ۱۸۲

- کلام امام در مکاسب محرمة ۱۴۰/۲ با عنوان هل يجوز الکذب فی الوعد مع الأهل أم لا؟ مراجعه شود و نظر ایشان یادداشت شود.

مقدمه اصولی اول: واجب مطلق و مشروط

واجب مطلق: واجبی که وجوب در آن مقید به وجود قید یا شرط یا مقدمه‌ای نیست مانند نماز.

واجب مشروط: واجبی که در آن وجوب مقید یا مشروط است به تحقق شرط یا مقدمه‌ای، مانند حج نسبت به استطاعت.

یک تفاوت مهم بین واجب مطلق و مشروط:

تحصیل مقدمات در واجب مطلق لازم است لذا باید برای نماز وضوء بگیرد اما در واجب مشروط تحصیل مقدمات واجب نیست مانند اینکه واجب نیست کسب درآمد برای تحقق مقدمه حجة الاسلام که استطاعت است.

مقدمه اصولی دوم: قدرت سه قسم است

قدرت عقلیه: شرط عقل برای تعلق خطاب به مکلفین از جانب شارع عدم عجز و توانایی از امتثال تکلیف است.

قدرت عرفیه: در زمان امتثال تکلیف بالفعل قادر بر امتثال تکلیف باشد.

قدرت شرعیه: شرطی که شارع برای تعلق یک تکلیف (وجوب یا حرمت) به مکلف مطرح کرده مانند استطاعت نسبت به حج.

محقق سبزواری می‌فرماید: درواجب بودن امر به معروف دو احتمال است:

احتمال اول: واجب مطلق است و در این صورت تحصیل مقدمه آن که قبول ولایت جائز باشد لازم است.

احتمال دوم: واجب مشروط است به قدرت حالیه عرفیه، و فردی که والی جائز نیست توان امر به معروف ندارد پس تحصیل مقدمه امر به معروف، که قبلی ولایت جائز است واجب نمی‌باشد.

نتیجه: برای ما ثابت نیست که کدام احتمال صحیح است لذا نمی‌توان وجوب قبول ولایت جائز برای امر به معروف را پذیرفت.

اشکال اول: همین که ثابت نشده امر به معروف واجب مشروط به شیء‌ای است اصالة عدم الإشتراط می‌گوید واجب مطلق است.

اشکال دوم: شرط شرعی (قدرت شرعی) برای تعلق وجوب به امر به معروف که مقید اطلاعات امر به معروف باشد نداریم قدرت عقلی هم که از شرائط عامه تکلیف است لذا نمی‌توان گفت امر به معروف واجب مشروط است.

توجیه چهارم: کلام صاحب جواهر

مقدمه اصولی از کلام مستدل:

نکته اول: در صورتی که بین متعارضین عموم و خصوص من وجه باشد وظیفه تخییر است.

نکته دوم: وجوب و حرمت شرعیه مرکبند از دو جزء به این صورت که:

وجوب: اذن در فعل + منع از ترک

حرمت: اذن در ترک + منع از فعل

نکته سوم: اینکه مشهور قائلند مقدمه واجب، واجب است زمانی است که منع از ترک در معنای وجوب باقی باشد و اگر به تعارض ساقط شود دیگر مقدمه آن هم واجب نخواهد بود.

می‌فرمایند: وجوب امر به معروف با حرمت قبول ولایت جائز متعارضند به نحو عموم من وجه:

ماده افتراق اول (از جهت دلیل حرمت): ولایت جائز هست اما مقدمه اقامه امر به معروف نیست.

ماده افتراق دوم (از جهت دلیل وجوب): امر به معروف هست اما مقدمه اش قبول ولایت جائز نیست.

وجه اشتراک: امر به معروفی که مقدمه اش قبول ولایت جائز است.

در این تعارض دو طرف منع (به فعل و ترک) در دلیل وجوب و حرمت به تعارض ساقط می‌شوند باقی می‌ماند اذن به فعل و اذن به ترک در دو طرف که همان تخییر است و علت فتوای مشهور به عدم وجوب قبول ولایت جائز برای اقامه امر به معروف.

جهت فتوای بعض مشهور مانند محقق صاحب شرائع هم به استحباب وجود روایات خاص مانند صحیح زید شحام و فتوای مشهور است.

اشکال مرحوم شیخ انصاری:

اشکال اول: در نقد توجیه دوم فرمودند: محل بحث من باب مزاحمة قبجها بقبح ترک الأمر بالمعروف است نه تعارض.

اشکال دوم: وظیفه در تعارض به نحو عموم من وجه، تخییر نیست بلکه رفع ید از هر دو دلیل متعارض و رجوع به اصول عملیه است. و در محل بحث بعد از تعارض و تساقط دو دلیل وجوب امر به معروف و حرمت ولایت جائز، نسبت به قبول ولایت جائز اصالة الإباحة جاری است، و در امر به معروف هم حکم قطعی عقل به وجوب ثابت است لذا قبول ولایت جائز بعد از اباحه چون مقدمه امر به معروف واجب به وجوب عقلی قرار گرفته، واجب خواهد بود.

اشکال سوم:

مقدمه اصولی: اقسام تخییر

قسم اول: تخییر در مسأله اصولی (یا تخییر ظاهری) که وظیفه مجتهد است یعنی مجتهد با برخورد به دو روایت متعارض، و با اجراء قواعد اصولی حکم به تخییر می کند یعنی از آنجا که دست مجتهد در آن مسأله از حکم واقعی کوتاه است لذا حکم ظاهری، تخییر خواهد بود.

قسم دوم: تخییر در مسأله فقهی (یا تخییر واقعی) که همه مکلفین در بسیاری از موضوعات در واقع (حکم واقعی) مخیرند در انتخاب هر طرف مانند مباحات یا تخییر بین اطعام و عتق رقبه و صوم.

اشکال سوم این است که اگر هم بپذیریم در متعارضین عامین من وجه تخییر است این تخییر یک تخییر ظاهری و به جهت عدم دسترسی به حکم واقعی است، یعنی باید همچنان به یکی از دو طرف تعارض مخیراً پایبند باشی نه اینکه حکم واقعی شما تخییر واقعی باشد که با اسقاط منع در دو دلیل به اباحه و جواز برسید.

اشکال چهارم:

نکته: در تعارض به نحو عامین من وجه، اشکال تعارض فقط مربوط به ماده اشتراک است و الا هر دو دلیل در ماده افتراق خودشان حجتند بدون تعارض. (ولایت جائری که مقدمه امر به معروف نیست و امر به معروفی که متوقف بر قبول ولایت جائز نیست). مستدل الزام و منع را در دو دلیل وجوب و حرمت ساقط کرد به تعارض و اباحه و اذن را باقی گذاشت که استعمال لفظ در اکثر از معنا لازم می آید زیرا یک دلیل وجوب است که در ماده افتراقش دال بر الزام است و در ماده اجتماعش دال بر اباحه همچنین دلیل حرمت در ماده افتراقش دال بر الزام به ترک است و در ماده اجتماعش دال بر اباحه است و استعمال لفظ (هیئت امر و نهی) در اکثر از یک معنا (الزام و اباحه) صحیح نیست.

اشکال پنجم:

این اشکال نقد استدلال به روایات خاصه برای استحباب قبول ولایت جائر برای امر به معروف است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: اگر به روایات استحباب تمسک شود باید سه دسته روایت را بررسی نمود:

۱- روایات دال بر تحریم مطلق قبول ولایت جائر.

۲- روایات دال بر استحباب قبول ولایت جائر برای امر به معروف.

۳- روایات دال بر وجوب مطلق امر به معروف و نهی از منکر.

اشکال این است که صاحب جواهر ابتدا بین عمومات تحریم و وجوب، حل تعارض کردند و سپس بر اباحه باقی مانده با روایات استحباب، حکم به استحباب نمودند، در حالی که ابتدا باید بین دسته اول و دوم یعنی مسأله ولایت جائر تعیین تکلیف نمود بعد به دسته سوم (روایات وجوب امر به معروف) پرداخت. لذا مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید:

رابطه روایات تحریم و استحباب در ولایت جائر عام و خاص است و نتیجه تخصیص این است که پذیرش ولایت جائر حرام است الا در جایی که مصالح عباد متوقف بر ولایت باشد که در این صورت قبول ولایت مستحب است. حال روایات دسته سوم یعنی وجوب امر به معروف تعارضی با استحباب قبول ولایت جائر ندارد.

نتیجه: ولایت جائر بعد از اینکه استحبابش با تخصیص اثبات شد چون مقدمه واجب قرار گرفته واجب می‌شود و این هم به جهت اتصاف به مقدمیت است و الا حکم ابتدایی قبول ولایت جائر برای مصالح عباد که یک مصداق آن امر به معروف است، استحباب بود و ما استحباب را دلیل بر از بین بردن وجوب (مقتضای أدله وجوب) نمی‌دانیم چنانکه صاحب جواهر وجوب را کنار زدند و قائل به استحباب شدند.

توجیه پنجم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: فتوای مشهور دو بُعد داشت بعضی قائل به جواز شدند و بعضی علاوه بر آن قائل به استحباب قبول ولایت جائر برای امر به معروف. اما آنانکه قائل به جوازند مقصودشان جواز بالمعنی الأعم است یعنی در مقابل حرمت که شامل وجوب هم می‌شود پس مقصود مشهور هم چه بسا همان وجوب بوده که ما می‌گوییم.

اما آنانکه قائل به استحباب‌اند مقصودشان استحباب عینی است که با وجوب کفایی سازگار است که ما هم قائلیم وجوب کفایی دارد.

توجیه ششم:

مرحوم شیخ می‌فرمایند: مقصود مشهور از جواز زمانی بوده که بالفعل معروفی مورد ترک و منکری مورد ارتکاب نباشد و پس مشهور که جایز میدانند موردی است که بالفعل مصداق ندارد و جایی را که ما می‌گوییم واجب است موردی است که بالفعل مصداق دارد و معروف مورد ترک یا منکر مورد ارتکاب باشد فلامنافاة.

النوع الخامس: ما يجب على الإنسان فعله

گفته شد انواع اکتساب حرام در کتاب مکاسب محرمه بر پنج نوع دسته بندی شده:

النوع الأول: الإكتساب بالأعيان النجسة

النوع الثاني: ما يحرم لتحريم ما يقصد به.

النوع الثالث: ما ليس فيه منفعة محللة معتد بها.

النوع الرابع: ما يحرم لكونه عملا محرما في نفسه.

النوع الخامس: ما يجب على الإنسان فعله.

اما در نوع پنجم هفت مطلب را مورد بحث قرار می دهند:

مطلب اول: اشاره به حرمت أخذ اجرت بر واجبات نرد مشهور

دو مقدمه فقهی:

مقدمه اول: مقصود از تعبیر به شهرت

هرگاه در عبارات فقهاء نظریه‌ای به مشهور نسبت داده میشود مقصود این است که

در مقابل این نظریه فتوای شاذی هم بر خلاف هست.

مقدمه دوم: حکم تجهیز میت

مشهور در وجوب تجهیز میت قائل به وجوب کفایی‌اند اما مرحوم سید مرتضی

(م ۴۳۶) قائل‌اند تجهیز میت بر غیر ولی واجب نیست.^۱ لذا سید مرتضی چون

تجهیز میت را بر غیر ولی واجب نمی‌دانند در نظر ایشان اخذ اجرت بر غیر ولی

حرام نیست.

مرحوم شیخ انصاری با اشاره به تعبیر اجماع نسبت به حرمت أخذ اجرت بر واجبات در

کلام محقق اردبیلی^۲، محقق کرکی^۳ و مرحوم طباطبائی^۴ به کلام شهید ثانی در مسالک

اشکالی وارد می‌کنند.

اشکال به شهید ثانی:

^۱ چنین مطلبی توسط شهید اول به سید مرتضی نسبت داده شده که در دروس می‌فرمایند: فی فتاوی المرتضی هذا واجب علی الولي. دروس ۱۷۲/۳.

^۲ محقق اردبیلی (م ۹۹۳) در مجمع الفائدة و البرهان ۸/۸۹: فکأن الإجماع دلیله.

^۳ محقق کرکی (م ۹۴۰) در جامع المقاصد ۴/۳۷: أما إلقاء الصيغة على المتعاقدين فلا يجوز أخذ الأجرة عليه إجماعا.

^۴ سید علی طباطبائی (م ۱۲۳۱) در ریاض المسائل: ۱/۵۰۵ بلا خلاف بل علیه الإجماع في كلام جماعة و هو الحجة.

ظاهر عبارت شهید ثانی در مسالک چنین است که مشهور قائل به حرمت أخذ اجرت بر واجبات اند و مرحوم سید مرتضی با این نظریه مخالف است. مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند مخالفت سید مرتضی در حکم کلی حرمت أخذ اجرت بر واجبات نیست بلکه تجهیز میت را بر غیر ولی واجب نمی‌دانند و به این جهت أخذ اجرت بر آن را بر غیر ولی جایز شمرده‌اند و الا سید مرتضی هم قبول دارد که أخذ اجرت بر واجبات حرام است.

*** تحقیق ۱:**

برداشت شیخ انصاری را با عبارت شهید ثانی در مسالک ۱۳۰/۳ تطبیق دهید.

*** تحقیق ۲:**

ظاهر عبارت شیخ انصاری نقل عین عبارت جامع المقاصد است، با مراجعه به جامع المقاصد ۳۷/۴، صحت نقل را بررسی کنید.

مطلب دوم: تبیین موضوع مسأله

در عبارت: "أخذ الأجرة على الواجبات، حرام" مقصود از موضوع چیست؟

مقدمه فقهی:

نکته اول: در مسأله أخذ اجرت بر واجبات چون عمل فرد اجیر و مسأله اجاره مورد بحث است لذا دو رکن باید محقق باشد: ۱- مال الإجارة. ۲- منفعت و عملی که در مقابل آن قرار می‌گیرد. پس بذل مال الإجارة زمانی صحیح است که منفعت، عمل و عوضی در مقابل پول پرداختی برای صاحب پول محقق شود. (عوضین باید مالیت داشته باشند)

نکته دوم: واجبات از حیث منفعت آنها دو قسمند:

۱- واجباتی که منفعت آنها فقط به عامل باز می‌گردد و به حال دیگران تفاوتی ندارد مانند حجة الإسلام و صوم رمضان. به عبارت دیگر ثمره ایتیان واجب فقط به عامل آن باز می‌گردد نه دیگران.

۲- واجباتی که می‌تواند برای دیگران هم منفعتی به دنبال داشته باشد. به عبارت دیگر دیگران هم از ایتیان واجب توسط فرد منتفع می‌شوند. مثال اول: تمام واجبات کفائی که ثمره انجام آن برای دیگران اسقاط وظیفه و زحمت از دوش آنان است. مثال دوم: در جایی که قضاوت بر قاضی واجب عینی باشد و مدعی که معتقد است حق با اوست، مبلغی به قاضی پرداخت کند برای تسریع در قضاوت.

بحث ما در واجبات قسم اول نیست نه به جهت واجب بودن بلکه به این جهت که نفعی برای دیگران نیست تا در مقابل انجام آن واجب، اجرت پرداخت کنند.

به عبارت دیگر در واجبات قسم اول اصلاً مقتضی صحت اجاره وجود ندارد زیرا به کسی نفعی نمی‌رسد تا در مقابل انجام واجب پولی پرداخت کند، پس وقتی مقتضی نبود دیگر نوبت نمی‌رسد به اینکه وجوب بخواهد مانع أخذ اجرت باشد.

بحث در واجبات قسم دوم است.

اما در واجبات قسم دوم حرمت أخذ اجرت به جهت واجب بودن عمل بر مکلف است، یعنی اگر وجوب نبود اشکالی نداشت که فرد پولی دهد به یکی از مکلفین که آن مکلف واجب کفایی تدفین میت را انجام دهد تا وجوب تدفین از عهده پرداخت کننده هم برداشته شود.

✽ تحقیق: مرحوم سید صاحب عروة اشکالی به تقسیم واجبات در کلام شیخ انصاری دارند مراجعه شود به حاشیه ایشان بر مکاسب ۲۴/۱.

مطلب سوم: بررسی چند استدلال بر حکم حرمت

استدلال اول: از مرحوم شیخ انصاری

لعدم وصول عوض المال الی باذله

استدلال دوم: از صاحب ریاض

مرحوم طباطبائی فرموده‌اند حرمت أخذ اجرت بر واجبات صرفاً به جهت وجوب عمل نیست بلکه به این جهت هم هست که اگر فرد واجب کفایی خود را انجام دهد به قصد اجرت این با قصد قربت سازگار نیست و عمل بدون قصد قربت إلى الله باطل است و أخذ اجرت در مقابل عمل باطل، حرام است.^۱

نقد اول از مرحوم شیخ انصاری:

کلام شما مانع اغیار و جامع افراد نیست.

اما مانع اغیار نیست و مستحبات را خارج نمی‌کند.

زیرا اشکال شما مبنی بر اختلال در قصد قربت، در اجرت گرفتن بر مستحبات هم وارد است در حالی که شما أخذ اجرت بر مستحبات را جایز می‌دانید. (پس استدلال شما غیر واجب یعنی مستحبات را خارج نمی‌کند).

اما جامع افراد نیست و شامل توصیلات نمی‌شود.

زیرا شما معتقدید تمام واجبات چه تعبدی چه توصیلی أخذ اجرت بر آنها حرام است در حالی که استدلال شما فقط شامل واجبات تعبدی می‌شود و در توصیلات اصلاً قصد قربت شرط نیست که باعث باطل شدن عمل و در نتیجه حرمت أخذ اجرت شود. (پس استدلال شما جامع تمام افراد واجب، اعم از تعبدی و توصیلی نیست)

نقد دوم از صاحب جواهر^۲:

أخذ اجرت بر واجبات نه تنها منافات با قصد قربت ندارد که باعث تأکید قصد قربت هم می‌شود، زیرا وقتی فرد اجیر شود یک الزام دیگری علاوه بر الزام شرعی در عمل واجب بر عهده فرد آمده، و الزام از جانب اجاره باعث می‌شود عمل واجب شرعی (یعنی عملی

^۱. ریاض المسائل ۵۰۵/۱ مع منافاته الإخلاص المأمور به کتاباً و سنة.

^۲. چنانکه سید صاحب عروة در حاشیه مکاسب می‌فرمایند اشکال دوم از صاحب جواهر است. حاشیه مکاسب ۲۴/۱ و جواهر الکلام ۱۱۷/۲۲ که صاحب جواهر می‌فرماید: ضرورة كون الإجارة مؤكدة له، باعتبار تسببها للوجوب أيضاً.

که برای دستور خدا انجام می‌شود) با تأکید بیشتر اتیان شود. (اگر در حالت عادی ممکن بود واجب شرعی را ترک کند الآن که اجیر شده بیشتر سعی در انجام واجبش دارد).
مرحوم شیخ انصاری به این نقد اشکال دارند:

اشکال اول: اشکال نقضی است.

مقدمه فقهی:

- در شرح لمعه (۴/۴۳۹) خوانده‌ایم جعالة که "هي لغة مال يجعل على فعل" از عقود جائزه است نه لازمه یعنی وجوب عمل قطعی بر اساس عقد جعالة وجود ندارد.

- چه کسانی که قائل‌اند اجرت بر واجبات جایز است و چه کسانی که قائلند أخذ اجرت بر واجبات جایز نیست تفاوتی بین عقد اجاره و جعالة قائل نشده‌اند یا أخذ اجرت را (چه تحت عنوان اجاره چه جعالة) حرام می‌دانند یا جایز.

اشکال این است که شمای صاحب جواهر فرمودید الزام و وجوبی که از جانب عقد اجاره می‌آید باعث تنقید بیشتر به اتیان واجب و عمل به دستور خدا و تقرب بیشتر می‌شود در حالی که در عقد جعالة (چون از عقود جائزه است) الزام و وجوبی بر عامل ثابت نیست تا باعث تأکید عمل به واجب شود. و بنابر قول شما باید بگوییم أخذ اجرت بر واجبات اگر تحت عنوان اجاره باشد جایز است چون تأکید قصد قربت اجیر است و اگر جعالة باشد أخذ اجرت جایز نیست چون تأکید قصد قربت، در جعالة نیست در حالی که بین اجاره و جعالة از این جهت فقهاء تفاوت نگذاشته‌اند (یا در هر دو أخذ اجرت را حرام می‌دانند یا جایز) اشکال دوم: اشکال حلی است.

مقدمه فقهی:

- تفاوت بین واجبات تعبدی و توصیلی در دو بُعد است که هر دو باید در واجبات تعبدی باشد و در توصیلات هیچ‌یک نیست:

۱- شارع امر می‌کند به اتیان عملی مانند صلوات یومیه با قصد قربت.

۲- مکلف در مقام امتثال تکلیف را با قصد قربت انجام می‌دهد.

- در هیچ یک از ابواب معاملات قصد قربت شرط صحت معامله نیست.

اشکال این است که شمای صاحب جواهر می‌گویید أخذ اجرت بر واجبات باعث تأکید قصد قربت می‌شود، می‌پرسیم مقصودتان کدام بُعد است (عمل شارع یا عمل مکلف)؟
الف: اگر مقصودتان تأکید و تقویت بُعد اول است که اجرت گرفتن عقد دیگری است و وجوب قصد قربت دیگری به دنبال دارد، می‌گوییم:

اولاً: الزام و وجوبی که از ناحیه عقد اجاره می‌آید چون از ابواب معاملات است هیچ نگاهی به قصد قربت ندارد و نمی‌تواند قصد قربت در عمل واجب عبادی را تأکید کند. ثانیاً: مقصود مستدل (مرحوم صاحب ریاض) منافات بین أخذ اجرت با قصد قربت در مقام عمل بود که کار مکلف است نه منافات بین أخذ اجرت با امر به قصد قربت که کار شارع است.

ب: اگر مقصودتان تأکید و تقویت بُعد دوم است که کار مکلف است، باز هم نمی‌تواند تأکید قصد قربت در واجبات شرعی عبادیه باشد زیرا بالوجدان جایی که منافع و مسائل مادی در عبادات مطرح نیست قصد قربت و اخلاص بیشتر است از جایی که منافع مادی و دنیوی مطرح باشد. ذیل استدلال صاحب ریاض به دو نکته اشاره می‌کنند:

نکته اول: تنافی قصد قربت با أخذ اجرت

نه تنها وجوب و الزام ناشی از عقد اجاره مؤکد قصد قربت نیست بلکه أخذ اجرت بر واجب با قصد قربت کاملاً تنافی دارد زیرا أخذ اجرت یعنی انجام عمل برای رضایت اجیر کننده در حالی که انجام عمل تعبدی یعنی اتیان عمل برای رضایت خداوند. به عبارت دیگر در عمل اجاره‌ای زمانی وفای به عهد محقق می‌شود و خدا بخاطر وفای به عهد ثواب می‌دهد که عمل طبق خواسته و رضایت اجیر کننده انجام شود در حالی که در اعمال واجب تعبدی زمانی ثواب و انجام وظیفه محقق می‌شود که عمل طبق خواسته خدا انجام شود و برای اجیر یک کار ممکن است یا کسب رضایت دنیایی اجیر کننده یا کسب رضایت آخروی خداوند.

نتیجه: نظر شیخ انصاری در مسأله:

فالمانع حقیقتاً هو عدم القدرة علی ایجاد الفعل الصحیح بإزاء العوض، سواء کانت المعاوضه لازمة أم جائزة.

و أما تأتي القرية فی العبادات المستأجرة ... ۱۲۸/۲

نکته دوم: عدم تنافی قصد قربت با أخذ اجرت در عبادات استیجاری

در عبادات استیجاری که مثلاً پسر بزرگ‌تر که باید نماز قضای پدر را انجام دهد فردی را اجیر می‌کند که در مقابل مبلغ معینی نمازها و روزه‌های قضای پدر را انجام دهد، تمام فقهاء در این مورد قائل به صحت اجاره و عبادت هستند.

تفاوت بین عبادت خود فرد با عبادت استیجاری این است که در عبادت واجب بر خود انسان چنانکه در نکته قبل ذکر شد، اجرت می‌گیرد که عمل را برای باذل انجام دهد و الا اگر عمل را برای باذل انجام ندهد که عوض اجرت او را نداده و اجاره باطل است. به عبارت دیگر در أخذ اجرت بر اتیان عمل خود فرد، اجرت در مقابل اتیان واجب قرار گرفته، در حالی که در عبادات استیجاری یک واسطه است بین اجرت و عمل واجب، واسطه این است که فرد اجرت می‌گیرد برای نیابت که یک عقد اجاره است و نیاز به قصد قربت هم ندارد اما وقتی اجاره را قبول کرد و نائب شد آن زمان خود را به جای منوب‌عنه قرار می‌دهد و گویا خود منوب‌عنه است که دارد نماز می‌خواند و قصد قربت هم محقق می‌شود.

اشکال اول: قیاس عبادت شخصی به استیجاری

چه اشکالی دارد فرض کنیم فردی اجرت را برای عمل واجب خود قبول کند و زمان نماز خواندن فقط قصدش قربة الی الله باشد نه برای باذل مال. جواب:

می‌فرمایند اگر عنوان اجاره نبود مثلاً فرد نماز خود را می‌خواند هدیه یا جایزه‌ای هم می‌گرفت اشکال نداشت اما محل بحث ما عقد اجاره است که در آن عوضین مطرح است و در کتاب متاجر لمعه خوانده‌ایم و در کتاب البیع مکاسب خواهد آمد که در عقدی مانند اجاره زمانی اجیر استحقاق اجرت گرفتن را دارد که عمل را برای مستأجر (اجیر کننده - باذل مال) انجام دهد. لذا اگر زید فردی را اجیر کند برای گچکاری منزلش و آن فرد منزل دیگری را گچکاری کند به عقد اجاره عمل ننموده و مستحق اجرت از جانب زید نیست. در ما نحن فیه هم طبق عقد اجاره فرد باید عمل عبادی را به قصد و برای باذل مال انجام دهد و چنین عبادتی باطل است و نمی‌توان برای عمل باطل اجرت گرفت.

اشکال دوم: أخذ اجرت در طول قصد قربت

اگر انسان برای انجام یک عمل دو انگیزه (قصد قربت، قصد اخذ اجرت) در عرض هم داشته باشد قابل جمع نیست و قصد قربت محقق نمی‌شود اما اگر دو انگیزه در طول هم باشند به این بیان که مقصود از قیام به نماز، انجام عمل قربی است، اما همین عمل قربی را برای أخذ اجرت انجام می‌دهد، قصد قربت قابل تصویر است. شاهد بر صحت این ادعا صحت اعمال عبادی برای اغراض دنیوی است. فرد نماز امام زمان علیه السلام

را در مسجد جمکران می‌خواند برای رسیدن به یک خواسته دنیایی، و هیچ‌یک از فقهاء این نماز و عبادت را باطل ندانسته‌اند.

جواب:

قیاس محل بحث به عبادت نمودن برای اغراض دنیوی مع الفارق است زیرا در اغراض دنیوی فرد نماز را قربۀ الی الله می‌خواند و از همان خدا حاجت می‌طلبد چه دنیایی چه آخرتی و هرچند غرض مسائل دنیوی است اما بالأخره سراغ غیر خدا نرفته، در حالی که در ما نحن فیه فرد در مسأله دنیایی أخذ اجرت سراغ غیر خدا رفته و این با قصد قربت قابل جمع نیست.

نتیجه: ادعای صاحب ریاض در تنافی قصد قربت با أخذ اجرت صحیح است اما استدلال ایشان صحیح نیست زیرا مانع اغیار (مستحبات را خارج نمی‌کند) و جامع افراد (واجبات توصلی) نیست.

استدلال سوم: از مرحوم کاشف الغطاء

تنافی بین وجوب یک عمل با تملک یا تملیک آن

استدلال ایشان دو بُعد دارد:

بعد اول: تنافی بین وجوب عینی یک عمل با تملک یا تملیک آن

مقدمه فقهی:

ما دو نوع حق داریم: حق الناس و حق الله آنچه ملک دیگران است حق الناس و آنچه ملک خداست را حق الله می‌نامیم. بنابر بعض مبانی در فقه تمام اعمال واجب عبادی ملک الله اند (خداوند در قرآن فرموده الله علی الناس حج البيت، و فرموده ان المساجد لله که لام برای ملکیت است) و انسان نمی‌تواند حق و ملک فردی را به فرد دیگر تملیک کند. اگر فرد اجیر شده برای نظافت یک خیابان در ساعت ۵ صبح یعنی در آن ساعت عمل خود را به دیگری واگذار کرده و اگر فرد دیگری هم بدون اطلاع از این اجاره این فرد را اجیر کند برای نظافت همان خیابان در همان ساعت، اجاره صحیح نیست زیرا دیگر فرد مالک عمل خود در آن ساعت نیست پس به طریق اولی نمی‌تواند با تملیک آن به دیگری اجرت بگیرد.

عبادتهای واجب عینی تمام مکلفین ملک خداست و فرد اصلا مالک عمل خود نیست لذا نمی‌تواند عمل عبادی واجب را در مقابل أخذ اجرت به دیگری واگذار کند زیرا مالک این عمل خود نیست بلکه مالک آن خداست. تنافی بین وجوب یک عمل با تملیک آن به دیگری در موارد حق الناس روشن تر است زیرا در حق الناس یک انسان مالک عمل فرد

است مثل اینکه خداوند میت را مالک عمل حفر قبر کرده و این حق را به میت داده و دیگر فرد نمی‌تواند در مقابل حفر قبر از فرد دیگر اجرتی مطالبه کند چون عملش ملک میت است.

نقد شیخ انصاری

بین مالکیت انسانها با مالکیت خداوند تفاوت است.

نسبت به مالکیت مطلقه بر یک شیء تمام انسانها در عرض یکدیگرند یعنی مالکیت کامل بر یک شیء یا از آن زید است یا بکر و امکان ندارد دو فرد به صورت کامل و مستقل همزمان و در عرض هم مالک یک شیء باشند. اما ملکیت خداوند بر کائنات در رأس است و ملکیت انسانها بر اعمال و اموالشان در طول آن و قابل جمع با ملکیت خداست. چنانکه اگر قائل شویم به مالک شدن عبد نسبت به بعض اموال ملکیت عبد در طول ملکیت مولایش خواهد بود یعنی عبد مالک لباس است و مولای او مالک عبد و لباس. پس در واجبات عینی درست است که ملک الله است اما می‌توان برای ملک مالکیتی را نسبت به عمل خودش در طول مالکیت خداوند فرض نمود که بتواند با واگذاری آن به دیگران اجرت بگیرد. (به عبارت دیگر مالکیت خداوند حقیقی و تکوینی است و مالکیت افراد اعتباری)

بعد دوم: تنافی بین وجوب کفایی یک عمل با تملک یا تملیک آن به غیر

در واجب کفائی هر چند وجوب به صورت معین به یک یک افراد تعلق نگرفته بلکه به عنوان أحد المكلفین تعلق گرفته لذا نمی‌توانستیم بگوییم زید که یکی از مکلفین است مالک عملش نیست، اما زمانی که یک نفر اقدام کرد به انجام واجب کفائی دیگر مشخص می‌شود این فرد مالک این عمل واجب خودش نیست لذا نمی‌تواند با واگذار کردن آن به دیگری اجرت بگیرد.

نقد شیخ انصاری

قبول داریم اگر عمل انسان را فردی مالک بود دیگر نمیتوان همان عمل را به مستأجر واگذار کرد تا مستأجر از عمل او منتفع بشود، چنانکه در واجبات کفایی زمانی که فرد اقدام به واجب کرد مالک عمل خود نیست و خدا مالک عمل اوست اما همین عمل او آثاری دارد که نفش به مستأجر (بازل مال) می‌رسد مانند سقوط وجوب کفائی إنقاذ غریق، إزالة نجاست از مسجد و جهاد از عهده مستأجر که اجیر می‌تواند در مقابل این منافع از مستأجر اجرت بگیرد.

نتیجه: نه استدلال مرحوم صاحب ریاض و نه استدلال مرحوم کاشف الغطاء نتوانست حرمت أخذ اجرت بر واجبات را اثبات کند.

* تحقیق:

مرحوم امام در مکاسب محرمه ۲/۲۹۱ اشکالی وارد می کنند به استدلال مرحوم کاشف الغطاء و معتقدند: "ففيه منع كونه مملّكا لا عند العقلاء و هو واضح، ضرورة ..."
و در انتها می فرمایند:

فَتَحْصُلُ مِمَّا ذَكَرَ عَدَمُ الْمَنَافَاةِ بَيْنَ صِفَةِ الْوَجُوبِ وَ التَّمَلُّكِ وَ عَدَمِ مَنَشَأَةِ الْوَجُوبِ لِمَلَكِيَّةِ اللَّهِ - تَعَالَى - حَتَّى لَا تَجْتَمَعَ مَلَكِيَّتُهُ مَعَ مَلَكِيَّةٍ غَيْرِهِ. اشکال مرحوم امام را مراجعه کنید.

* النوع الخامس « مطلب سوم (استدلال بر حرمت أخذ اجرت بر واجبات) » استدلال چهارم: اجماع

استدلال چهارم: اجماع

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند تا اینجا در اثبات حکم حرمت، استدلالی که جامع تمام شقوق مسأله (تبعدی و توصلی، تعیینی و تخییری، عینی و کفایی) باشد نیافتیم، آخرین دلیل بررسی اجماع در مسأله است.

چنانکه گذشت در عبارات مقدس اردبیلی و صاحب ریاض اشاره به اجماع در حرمت شده بود اما تنها کسی که تصریح به این اجماع نموده محقق ثانی در جامع المقاصد است. اما این ادعای اجماع هم مردود است هم به جهت نقل خلاف در این مسأله هم مراجعه خود ما به کتب قدماء اصحاب.

(شهید ثانی هم بعد از بیان اختلاف در مسأله در مسالک ۱۳۲/۳ می‌فرماید: و الأصح المنع مطلقاً، إلّا من بیت المال علی جهة الارتزاق)

- محقق حلی (محقق اول، صاحب شرایع) نجم الدین جعفر بن حسن، متوفای ۶۷۶ هـ

- علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر حلی اسدی) متوفای ۷۲۶ هـ

- فخر المحققین (فخر الدین) محمد بن حسن بن یوسف، ولد علامه حلی متوفای ۷۷۱ هـ

- محقق ثانی (علی بن حسین، محقق کرکی، محقق عاملی) متوفای ۹۴۰ هـ

- شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) متوفای ۹۶۶ هـ

- علامه طباطبائی (سید مهدی طباطبائی معروف به علامه بحر العلوم) ۱۱۵۵-۱۲۱۲ هـ

- عبارت شهید در رساله صلاة جمعه در مجموعه رسائل ایشان چاپ جدید ۲۳۹/۱ چاپ قدیم ص ۹۲ : و من غریبها دعوی الشيخ علي رحمه الله في شرح الألفية الإجماع علی أن ناسي الغصب في الثوب و المكان لا تجب عليه الإعادة خارج الوقت.

* جالب است که محقق در پاورقی چاپ جدید می‌گوید: " لم نجده في «شرح الألفية»."

مطلب چهارم: نظریه شیخ انصاری در مسأله

قبل از بیان نظر شیخ انصاری که تفصیل در مسأله است خودشان مقدمه فقهی را اشاره می‌نمایند:

مقدمه فقهی:

در محل بحث به سه نکته باید توجه داشت:

- حکم حرمت یا جواز أخذ اجرت بر واجبات.

- عملی که با انجام آن اجرت و رفع تکلیف مطرح می‌شود.

- صفت وجوب در آن عمل

در رابطه با این سه نکته رابطه عامل (اجیر) با دو نفر باید مورد توجه قرار گیرد: مستأجر و خداوند که دو گونه است:

صورت اول: با انجام عمل هم تکلیف شرعی و واجب را انجام داده هم مستحق اجرت است، اما استحقاق اجرت به این جهت است که به عقد اجاره وفاء نموده و عمل مورد اجاره را انجام داده اما در رفع تکلیف شرعی و انجام واجب سه مورد دارد:

۱- عمل را با قصد امتثال امر مولا انجام داده. مانند کسی که اجیر شده برای تطهیر مسجد و این عمل را با قصد امتثال امر مولا اتیان نموده.

۲- عمل را بدون قصد امتثال امر انجام داده. مانند انجام امر أنقذ الغریق که قصد امتثال امر نداشته اما نجات غریق محقق شده و فرد مستحق اجرت است.

۳- عمل را بدون قصد امتثال انجام داده و سقوط وجوب به جهت از بین رفتن موضوع است. مانند دفن میت که واجب است بر فرد مجانا دفن را انجام دهد لکن او اجرت مطالبه می‌کند و با این کار امر شارع را هم امتثال نکرده چون مجانا انجام نداده اما موضوع حکم وجوب دفن، زیر خاک کردن میت بوده که محقق شده و الآن دیگر واجبی به نام دفن میت نیست و فرد هم مستحق اجرت است.

صورت دوم: با انجام عمل مستحق اجرت شده اما واجب از عهده او ساقط نمی‌شود. مانند کسی که بر واجب عینی خودش اخذ اجرت کند که در این

صورت عمل او محترم است و مستحق اجرت می‌باشد اما چون منافات با قصد قربت دارد عمل را باید إعادة نماید.

مرحوم شیخ انصاری با توجه به تقسیمات واجب به عینی و کفائی، تعبدی و توصلی، تعیینی و تخییری ضمن شش صورت نظر خودشان که قول به تفصیل است را بیان می‌فرمایند.

صورت اول و دوم: واجب عینی تعیینی

اگر عملی واجب عینی تعیینی باشد أخذ اجرت بر آن حرام است (چه تعبدی چه توصلی) و الا جایز است.

دلیل: عملی مالیت، احترام و قابلیت اجرت گرفتن دارد که انسان نسبت به انجام دادن یا انجام ندادن آن مختار باشد و حق انتخاب داشته باشد. لذا هرگاه حق انتخاب از انسان گرفته شد در امتثال یا عدم امتثال یک امر، و فرد هرچند از روی اکراه مجبور باشد به انجام آن عمل، دیگر مالیت و احترام ندارد که در مقابل انجامش اجرت أخذ کند.

به عبارت دیگر اصل عقد اجاره عند العقلاء در جایی قابلیت تصور دارد که فرد در انجام عمل مورد اجاره مختار باشد که انجام دهد یا نه، در حالی که در واجبات عینی تعیینی هیچ اختیار و انتخابی نیست لذا أخذ اجرت در مقابل چنین عملی اکل مال به باطل است.

* **تحقیق:** مرحوم سید صاحب عروة در حاشیه مکاسب ۲۷/۱ و مرحوم ایروانی در حاشیه مکاسب ۵۱/۱ به ادعای محترم نبودن عمل اجباری در کلام شیخ انصاری اشکال دارند. ذیل صورت اول و دوم سه نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: بیان یک استثناء:

یک مورد از این حرمت أخذ اجرت در واجب عینی تعیینی استثناء شده آن هم أخذ اجرت برای وصی است که این مورد هم از باب قواعد باب اجاره نیست و الا حکمش حرمت بود بلکه دلیل خاص بر خلاف قواعد حکم به جواز می‌کند که از قاعده کلی باب معاوضات خارج میشود. یعنی هر چند بر وصی در صورت قبول، اجراء وصیت واجب عینی تعیینی است و دیگر عمل او احترام ندارد اما بنابر دلیل خاص می‌توان اجرت بگیرد.

* سید صاحب عروة در حاشیه مکاسب ۲۷/۱ می‌فرماید مقصود از دلیل خاص روایت هشام بن حکم است که قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَمَّنْ تَوَلَّى مَالَ الْيَتِيمِ - مَا لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ - فَقَالَ يَنْظُرُ إِلَى مَا كَانَ غَيْرُهُ يَقُومُ بِهِ مِنَ الْأَجْرِ لَهُمْ - فَلْيَأْكُلْ بِقَدْرِ ذَلِكَ. وسائل الشیعه ۲۵۱/۱۷ کتاب التجارة باب ۷۲ از ابواب ما یکتسب به حدیث ۵.

- نکته دوم: عدم فرق بین تعبدی و توصلی

می‌فرمایند گفتیم در واجب عینی تعیینی أخذ اجرت حرام است چه تعبدی چه توصلی در انتهای تأکید می‌فرمایند که در واجبات تعبدی علاوه بر عدم احترام و مالیت اشکال منافات با قصد قربت هم وارد است چنانکه ذیل استدلال صاحب ریاض این منافات را عامل حرمت أخذ اجرت دانستند.

نکته سوم: عدم فرق بین واجب و مستحب

می‌فرمایند تنافی أخذ اجرت با قصد قربت اختصاص به واجبات تعبدی ندارد بلکه حتی در مستحبات تعبدی هم وجود دارد و مانع جواز أخذ اجرت است. (مستحب تعبدی مانند نوافل و مستحب توصلی مانند ورود به مسجد با پای راست)

صورت سوم و چهارم: واجب عینی تخییری

واجب عینی تخییری دو فرض دارد:

فرض اول: واجب عینی تخییری، توصلی است.

در این صورت أخذ اجرت اشکالی ندارد زیرا در واجبات تخییری خصوص یک عمل واجب نیست تا اشکال عدم اختیار و عدم احترام وارد شود بلکه در واجبات تخییری کلی أحد التکالیف بر عهده فرد آمده نه خصوص یک تکلیف معین. لذا هر یک از تکالیف که مورد توجه قرار گیرد مجبور به اتیان خصوص آن تکلیف نیست.

مثال: اگر دفن میت که یک واجب توصلی است بر یک فرد (مثلاً به جهت توان داشتن بر حفر) واجب عینی شد و مخیر است بین انتخاب دو مکان (راه دور و نزدیک) برای حفر قبر، اینجا خصوص حفر قبر در محل نزدیک بر فرد واجب نیست که مالیت و احترام نداشته باشد بلکه کلی حفر القبر بر او واجب است لذا اجرت گرفتن برای حفر قبر در مکان نزدیک تر اشکالی ندارد.

فرض دوم: واجب عینی تخییری، تعبدی است.

مقدمه فقهی:

در همه واجبات تخییری دو عنوان وجود دارد: ۱- قدر جامع و کلی أحد التکالیف تخییراً (مانند تخییر در کفاره بین صوم ستین و عتق رقیه) ۲- یک یک مصادیق تخییر. حال در مورد اینکه حکم وجوب تخییری در کفاره به کدام یک از دو عنوان تعلق می‌گیرد دو قول است:

قول اول: متعلق وجوب قدر جامع و کلی أحد التکالیف است.

قول دوم: متعلق وجوب مصادیق تخییر است زیرا کلی چیزی غیر از مصادیقش نیست.

می‌فرمایند در واجب عینی تخییری تعبدی:

- اگر قائل به قول اول باشیم، أخذ اجرت با قصد قربت قابل جمع است زیرا در امتثال عنوان کلی واجب تخییری قصد قربت دارد هر چند در اتیان یکی از موارد تخییر که انتخاب می‌کند قصد قربت نباشد. زیرا آنچه مهم است تحقق قصد قربت در قدر جامع و کلی است که محقق است هر چند در اتیان یکی از افراد تخییر نتواند قصد قربت را با أخذ اجرت جمع کند.

- و اگر قائل به قول دوم باشیم، و مصادیق را متعلق حقیقی وجوب بدانیم دیگر در یک مصداق قابلیت جمع بین أخذ اجرت با قصد امتثال و اخلاص ممکن نیست لذا عمل باطل است و اجرت برای عمل باطل اکل مال به باطل است.

صورت پنجم و ششم: واجب کفائی (تعبدی و توصلی)

- در واجب کفائی توصلی (مانند دفن میت، انقاذ غریق و ازاله نجاست از مسجد) دو مدعا دارند: مدعای اول: أخذ اجرت جایز است.

دلیل:

اولا: در حقیقت مستأجر برای اسقاط وجوب از خودش، به اجیر مبلغی داده برای انجام عمل پس منفعتی به مستأجر می‌رسد.

ثانیا: عمل بر خصوص اجیر واجب عینی نبوده که عمل مقهور علیه و غیر محترم باشد. مدعای دوم: واجب کفائی امتثال شده

دلیل: واجب توصلی است لذا قصد قربتی نیست که با أخذ اجرت منافات داشته باشد.

- در واجب کفائی تعبدی (مانند نماز میت) هم دو مدعا دارند:

مدعای اول: عمل صحیح نیست زیرا أخذ اجرت با قصد قربت منافات دارد.

دلیل: ذیل استدلال صاحب ریاض فرمودند بالوجدان أخذ اجرت باعث می‌شود عمل خالصا لله نباشد.

مدعای دوم: أخذ اجرت جایز نیست زیرا عمل باطل مالیت ندارد که عوض در مقابل اجرت قرار گیرد و اکل مال به باطل خواهد بود.

خلاصه نظریه شیخ انصاری: در صور شش‌گانه:

- ۱- أخذ اجرت بر عمل واجب عینی تعیینی تعبدی حرام است.
- ۲- أخذ اجرت بر عمل واجب عینی تعیینی توصلی حرام است.
- ۳- أخذ اجرت بر عمل واجب عینی تخییری توصلی جایز است.
- ۴- أخذ اجرت بر عمل واجب عینی تخییری تعبدی، دو قول بود که انتخاب نظریه نفرمودند.
- ۵- أخذ اجرت بر عمل واجب کفایی توصلی جایز است.
- ۶- أخذ اجرت بر عمل واجب کفایی تعبدی حرام است.

مطلب پنجم: أخذ اجرت بر واجبات كفائی

در مطلب پنجم مرحوم شیخ انصاری یک اشکال مشهور در محل بحث را مطرح می‌کنند و هشت جواب از آن می‌دهند که جواب هشتم عقیده خودشان است.

اشکال: اگر أخذ اجرت بر واجبات حرام است چرا در صناعات و شغلهایی که نظام معیشت مردم بر آنها قائم است أخذ اجرت متداول است؟

جواب اول: طبق قواعد أخذ اجرت بر واجبات حرام است اما به دو دلیل اجماع و سیره قطعی متشرعه که در مرئی و منظر معصوم بوده و معصومین نهی نکرده‌اند أخذ اجرت بر این نوع صناعات مجاز شمرده شده.

جواب دوم: در واجبات تعبدی أخذ اجرت حرام است چه عینی چه کفایی، و در واجبات توصلی أخذ اجرت جایز است چه عینی چه توصلی.

نقد جواب دوم: ثابت کردیم أخذ اجرت بر واجبات عینی تعیینی توصلی حرام است (چون عمل مقهور علیه است حرمت ندارد و أخذ اجرت در مقابل آن اکل مال به باطل است).

جواب سوم: محقق ثانی فرموده‌اند اگر من به الکفایة در واجبات کفایی اقدام کرد مثلاً به طبابت دیگر وجوب کفائی طبابت ساقط می‌شود و اجرت در مقابل عمل جایز است و الا فلا.

* تحقیق:

محقق ثانی ذیل عبارت علامه حلی در قواعد که فرموده‌اند: يجوز الاستئجار علی تعلیم الخط، و الحساب، و الآداب، و هل يجوز علی تعلیم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب. در جامع المقاصد فی شرح القواعد ۱۸۲/۷ عبارتی دارند آن را یادداشت کنید.

نقد جواب سوم: شما فرمودید اگر من به الکفایة اقدام نکرد به عمل أخذ اجرت بر آن جایز نیست در حالی که عمل و فتوای اصحاب شاهد بر این است که با وجود وجوب کفایی بلکه وجوب عینی می‌توان اجرت گرفت.

جواب چهارم: مرحوم عاملی در مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة ۸۵/۴ فرموده‌اند: واجبات كفائی دو قسم است:

قسم اول: واجبات كفائی نفسی که مصلحت در ذات عملی است که وجوب به آن تعلق گرفته، مانند احکام موتی و تعلیم فقه.

قسم دوم: واجبات كفائی غیری که مصلحت در ذات عملی که وجوب به آن تعلق گرفته نیست و این عمل مقدمه است برای رسیدن به هدفی دیگر، مانند صناعات و مشاغل که یک هدفش فراهم نمودن خوراک و پوشاک و اسباب زندگی است.

در واجبات كفائی غیری أخذ اجرت اشکالی ندارد.

نقد جواب چهارم: کلام شما مدعای بلا دلیل است.

جواب پنجم: اقامه نظام معیشت مردم از واجبات مهم شرعی است که در صورت حرام بودن أخذ اجرت در صناعاتی که واجب کفایی هم هستند یا اکثر مردم به جهت نیاز حیاتی شان به أخذ اجرت به حرام می‌افتند یا به جهت حرمت أخذ اجرت کسی اشتغال به صنعت‌های پرمشقتی که واجب کفائی هم هستند نخواهد داشت، چرا که مردم به جهت أخذ اجرت بیشتر به مشاغل سخت و دقیق روی می‌آورند.

نقد جواب پنجم: نمی‌توان گفت تمام مردم کار کردنشان یا انتخاب مشاغل سخت به جهت أخذ پول بیشتر است بلکه انگیزه‌های دیگر هم در انتخاب مشاغل سخت مؤثر است.

جواب ششم: قبل از بیان جواب ششم مقدمه اصولی بیان می‌کنیم:

مقدمه اصولی: واجب مطلق و مشروط

واجب دو قسم است: واجب مشروط و واجب مطلق

واجب مشروط واجبی است که وجوب آن مشروط است به تحقق شرط آن مانند حج که وجوب آن متوقف است بر تحقق استطاعت.

واجب مطلق واجبی است که وجوب در آن متوقف نیست بر شرطی مانند نماز.

مرحوم کاشف الغطاء می‌فرمایند: اگر واجب از قسم واجب مطلق باشد أخذ اجرت برای انجام آن حرام است اما اگر واجب مشروط باشد یعنی تا شرط نیاید وجوبی هم نیست لذا در صناعات و مشاغل زمانی که اجرتی بر آن تحت عنوان اجاره یا جعاله یا امثال آن بیان نشده واجب نیست و بعد از تعیین اجرت، انجام آن بر فرد واجب می‌شود.

نتیجه: از آنجا که وجوب کفایی و حتی عینی در صناعات و مشاغل وجوب مشروط است تا زمانی که اجرتی بر صنعت و شغل خود نگرفته وجوبی هم نیست بلکه زمانی عمل بر فرد واجب می‌شود که اجرت بگیرد پس زمانی که عقد اجاره بست وجوبی نبود که مانع از أخذ اجرت شود بلکه وجوب بعد عقد اجاره آمد و دیگر حرمتی در کار نیست.

نمونه این مسأله وجوب بذل طعام یا آب به فرد مضطر است که هر چند واجب است اما وجوبش مشروط است به پرداخت مال.

نقد جواب ششم: باید توجه داشت که کیفیت وجوب مقدمه تابع ذی‌المقدمه است لذا در محل بحث چون اقامه نظام معیشت مردم واجب مطلق است مقدمه آن هم که مثلاً طبابت باشد واجب مطلق است نه مشروط به أخذ اجرت.

جواب هفتم: وجوب مشاغلی مانند طبابت وجوب نفسی نیست بلکه وجوب غیری است یعنی به جهت حفظ نظام حیات و معیشت انسان واجب است پس طبابت مقدمه واجب است و مقدمه واجب تابع ذی‌المقدمه است و از آنجا که حفظ نظام معیشت واجب مطلق است و مشروط به أخذ یا عدم أخذ اجرت نیست پس طبابت هم که مقدمه آن است واجب مطلق است. اقامه نظام

حیات و معیشت افراد هم متوقف نیست بر اجرت نگرستن بلکه واجب است که طبیب تخصص خود را در معرض استفاده دیگران قرار دهد و مثلاً طبیب با استخدام در بیمارستان خود را در معرض استفاده قرار داده و واجب خویش را امتثال کرده اما بیمار که مراجعه می‌کند باید اجرت بپردازد تا توسط طبیب درمان شود و حتی اگر بیمار رو به هلاکت باشد و حاضر به پرداخت اجرت طبیب نباشد حاکم شرع او را اجبار می‌کند بر پرداخت اجرت.

نقد جواب هفتم: اگر هم اقامه نظام حیات و معیشت واجب باشد، طبابت و درمان بیمار مقدمه اتیان این واجب است و مقدمه واجب هم واجب است لذا اخذ اجرت بر آن حرام خواهد بود.

جواب هشتم: نظریه مرحوم شیخ انصاری

ایشان نظریه خودشان را در دو حالت مورد اشاره قرار می‌دهند:

حالت اول: اگر عمل عینی تعیینی باشد اخذ اجرت جایز نیست.

ذیل جوابشان به چند موردی که ممکن است نقض کلامشان شمرده شود پاسخ می‌دهند:

مورد اول: مسأله وصایت

اشکال: در وصایت هر چند واجب عینی تعیینی باشد فقهاء قائل به جواز اخذ اجرت‌اند.

جواب: هر چند اخذ اجرت بر واجب عینی تعیینی حرام است اما در مسأله اجرت گرفتن وصی چون دلیل خاص داریم از اجماع و روایات مستفیضه، لذا بر خلاف قاعده در این مورد اخذ اجرت جایز است.

یکی از آن روایات روایت هشام بن حکم است که می‌گوید: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن من تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه ؟ فقال : ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الاجر لهم فليأكل بقدر ذلك.

وصی چه مقدار حق دارد به عنوان حق الوصایه از اموال میت بردارد؟

قول اول: به مقدار کفایت و احتیاجش. بنابر این قول خروج مورد وصیت از محل بحث (حرمت اخذ اجرت بر واجب عینی تعیینی) تخصصاً خواهد بود زیرا بنابر این قول مسأله قدر کفایت از مسأله اخذ اجرت موضوعاً خارج است. (تخصص خروج موضوعی و تخصیص خروج حکمی است)

قول دوم: (نظریه شیخ انصاری) به مقدار اجرة المثل. بنابر این قول خروج مورد وصیت از محل بحث تخصیص خواهد بود زیرا موضوع اجرت هست اما حکم حرمت در این مورد تخصیص خورده است.

مورد دوم: بذل مال به مضطر

اشکال: با اینکه رساندن طعام و آب به مضطر گاهی واجب عینی تعیینی است اما فقهاء قائل به جواز اخذ اجرت‌اند.

جواب: آنچه جایز است أخذ عوض مبذول (طعام یا آب) است نه اجرت رساندن آنها.

مورد سوم: إرضاع لباً

(اولین شیرری که مادر بعد از به دنیا آمدن فرزندش به او می‌دهد را در عربی لباً گویند که خواص زیادی هم برای فرزند دارد، همچنین در لغت نامه دهخدا آمده اولین شیرری که ماده بعد از به دنیا آمدن فرزندش به او می‌دهد را آغوز یا ماک یا فله گویند)

اشکال: اگر حیات فرزند لحظه بعد از به دنیا آمدن وابسته به شیر آغوز باشد بر مادر واجب عینی تعیینی است إرضاع و شیر دادن فرزند و می‌تواند بر این عمل أخذ اجرت کند از پدر فرزند.

جواب: این مورد یا مانند بحث مضطر أخذ اجرت در مقابل شیر است که عین خارجی است نه عمل إرضاع (شیر دادن) لذا از محل بحث خارج است؛ و یا مانند بحث وصایت به خاطر دلیل خاص مانند آیه "فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ" از حکم حرمت تخصیص خورده است.

حالت دوم: اگر صنعت و شغل واجب کفایی (توصلی) باشد هم أخذ اجرت جایز است هم وجوب کفائی از دیگران ساقط می‌شود.

مثال: جمع شدن بین بیمار و طبیب واجب کفائی است بر عهده طبیب و اولیاء بیمار که یا طبیب باید به بالین بیمار حاضر شود یا اولیاء مریض باید او را نزد طبیب ببرند، حال اگر این واجب کفائی را طبیب انجام داد هم أخذ اجرت جایز است هم وجوب کفائی از اولیاء مریض ساقط می‌شود.

نعم یستثنی من الواجب الکفائی ...

هر چند در واجب کفائی (توصلی) حکم جواز أخذ اجرت است اما اگر در موضوعی دلیلی دلالت کند بر اینکه آن عمل حق غیر است که به صورت واجب کفائی (توصلی) تعلق گرفته بر ذمه افراد، لذا در مقابل اقدام به چنین عملی که حق مسلم غیر است أخذ اجرت جایز نیست.

تشخیص چنین مواردی نیاز به ذوق و ظرافت‌های فقهی دارد که به دو نمونه اشاره می‌کنند:

نمونه اول: تجهیز میت حق میت است بر دیگران.

نمونه دوم: تعلیم احکام شرعی حق افراد جاهل به احکام بر عالم به احکام است.

مطلب ششم: أخذ اجرت بر غیر واجب

- أخذ اجرت بر عمل حرام، حرام است. چنانکه در النوع الرابع مما یحرم الإکتساب به (ما یحرم الإکتساب به لکونه عملاً محرماً فی نفسه) گذشت.
- أخذ اجرت بر مکروه و مباح بی اشکال است.
- أخذ اجرت بر مستحب: دو قسم است:

قسم اول: مستحبی که نفعی برای مستأجر (بازل مال) ندارد که خود دو صورت دارد:

صورت اول: مستحب تعبدی، به دو جهت أخذ اجرت بر آن حرام است:
الف: در آن قصد قربت شرط است و قصد قربت با اخلاص و تعبدیت منافات دارد لذا عمل هم باطل است.

ب: در اجاره باید عملی که در مقابل مال به عنوان عوض انجام می‌شود صحیح باشد، لذا چون أخذ اجرت با اخلاص منافات دارد عمل باطل است و أخذ اجرت در برابر آن اکل مال به باطل است.

صورت دوم: مستحب توصلی، أخذ اجرت در برابر آن حرام است زیرا شرط عقد اجاره که مالیت داشتن عوض باشد در آن وجود ندارد چون عمل باطل است.

قسم دوم: مستحبی که نفعی برای مستأجر دارد که دو صورت دارد:

صورت اول: مستحب تعبدی.

در این صورت عمل باطل و أخذ اجرت جایز نیست زیرا استحباب و عبادیت و قصد قربت با أخذ اجرت منافات دارد و هر چند برای مستأجر نفعی داشته باشد اما چون عوض در اجاره باید مالیت داشته باشد و چنین عملی صحیح انجام نشده لذا باطل است و أخذ اجرت در مقابل آن اکل مال به باطل است. (دو مثال هم مطرح می‌کنند)

صورت دوم: مستحب توصلی.

در این صورت عمل صحیح و أخذ اجرت نیز جایز است. مانند عمل بنائی که بناء به قصد اجرت مسجد می‌سازد و نیاز به قصد قربت ندارد و ثواب ساخت مسجد نفعی است که به مستأجر می‌رسد.

ذیل مطلب پنج نکته را بیان می کنند:
نکته اول: أخذ اجرت بر نیابت در مستحبات

در این نکته سه دلیل برای جواز ارائه می کنند که فقط دلیل اول را می پذیرند:

دلیل اول: دلیل اول بر جواز أخذ اجرت بر نیابت در مستحبات:

چنانکه در نیابت در واجبات گذشت اینجا هم می فرمایند إجاره و أخذ اجرت بر نیابت است و قصد قربت در انجام عمل از طرف منوب عنه محقق می شود پس قصد قربت و أخذ اجرت در یک فعل جمع نشد. (بلکه دو فعل است: ۱- نیابت ۲- انجام عمل قربی)

إن قلت: مستشکل می گوید آنچه در خارج است یک عمل بیشتر نیست، نمازی که بر انجام آن اجرت می گیرد و همان نماز است که به عنوان عمل قربی انجام می شود؛ حال اگر قصد قربت با أخذ اجرت منافات دارد و امکان جمع ندارند چرا می گویند اخذ اجرت جایز است بلکه باید بگویند إجاره باطل است، و اگر قصد قربت با أخذ اجرت منافات ندارد پس چرا در موارد متعدد حکم به حرمت أخذ اجرت می کنید به جهت منافات قصد قربت با أخذ اجرت.

قلت: قبول داریم آنچه در خارج اتفاق می افتد یک معنوی بیشتر نیست اما ما با دو عنوان مواجهیم که هر کدام احکام و آثار خود را دارد. دو عنوان نیابت و صلاة بر یک فعل و معنوی خارجی صادق است حال از جهت عنوان نیابت، اخذ اجرت هیچ اشکالی ندارد چون در إجاره قصد قربت لازم نیست اما از جهت عنوان صلاة قصد قربت لازم است که آن هم اجیر و نائب از طرف منوب عنه انجام می دهد. پس در محل بحث دو عنوان داریم که گویا دو معنوی دارند. شاهد بر اینکه حقیقتاً دو فعل محقق می شود این است که وقتی اجیر نماز مستحب را خواند می توان گفت ناب الأجير و نمی توان گفت ناب المستأجر (پس فعل نیابت انتسابش به اجیر است نه مستأجر) و می توان گفت صلی المستأجر (پس انتساب نیابت به اجیر و صلاة به مستأجر است)

نتیجه: أخذ اجرت در نیابت است و قصد قربت در عمل استحبابی.

دلیل دوم: روایاتی داریم که اخذ اجرت بر نیابت در حج مستحبی را صحیح دانسته و با تنقیح مناط می گوئیم ملاک قصد قربت در تمامی مستحبات به یک شکل است لذا إجاره بر تمام مستحبات صحیح خواهد بود.

نقد شیخ انصاری: می فرمایند اگر این روایات را حمل کنیم بر جواز اخذ اجرت بر نیابت نه عمل مستحب چنانکه ما گفتیم فیهما و الا روایتی که بگویند اخذ اجرت در حج اشکال ندارد به این معنا است که در حج مستحبی قصد قربت شرط نیست زیرا تنافی بین قصد قربت و اخذ اجرت مسلم است و اگر در روایت إجاره اخذ اجرت داده شود به معنای عدم نیاز به قصد قربت است و این واضح البطلان است.

دلیل سوم: أخذ اجرت در مقابل اصل عمل مستحبی نیست بلکه در مقابل مقدمات آن عمل مستحبی است لذا أخذ اجرت بر مقدمات و قصد قربت در اصل عمل است و دیگر تنافی نیست. نقد شیخ انصاری: می‌فرمایند: اولاً: این کلام ادعای بلا دلیل است. ثانیاً: در روایت امام صادق علیه السلام تصریح فرموده‌اند به فردی که برای انجام حج مستحبی از طرف فرزندشان اجیرش کرده بودند به اینکه اجرت در مقابل انجام تمامی اعمال حج است. حدیث چنین است:

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع إِذْ دَخَلَ عَلَيْهِ رَجُلٌ - فَأَعْطَاهُ ثَلَاثِينَ دِينَاراً يَحُجُّ بِهَا عَنْ إِسْمَاعِيلَ - وَلَمْ يَبْرُكْ شَيْئاً مِنَ الْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ إِلَّا اشْتَرَطَ عَلَيْهِ - حَتَّى اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يَسْعَى فِي وَادِي مُحَسِّرٍ - ثُمَّ قَالَ يَا هَذَا إِذَا أَنْتَ فَعَلْتَ هَذَا - كَانَ لِإِسْمَاعِيلَ حَجَّةٌ بِمَا أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ - وَ كَانَ لَكَ تِسْعُ حَجَجٍ بِمَا اتَّعَبْتَ مِنْ بَدَنِكَ. (وسائل الشیعه ۱۶۳/۱۱ باب اول از ابواب نیابت در حج حدیث اول)

ثم اعلم أنه كما لا يستحق ... ص ۱۴۷، س ۶

نکته دوم: عمل مستحبی متعلق اجاره را نمی‌تواند برای خود نیت کند

می‌فرمایند چنانکه اجیر عمل واجب بر خود را نمی‌تواند برای دیگران انجام دهد و اجرت بگیرد همچنین اگر اجیر شده عمل مستحبی برای فردی انجام دهد دیگر نمی‌تواند ضمن آن عمل مستحبی برای خود هم نیت کند زیرا عمل او ملک مستأجر است.

مانند طواف در حج که اگر اجیر شده برای إطافه و طواف دادن بجهای دیگر نمیتواند ضمن طواف دادن بجهه برای خود هم نیت طواف کند زیرا تمام اعمال و قدم برداشتن او در طواف ملک مستأجر است.

اما اگر اجیر شده برای اینکه در ضمن طواف خود فردی را هم مثلاً روی ویلچر برای طواف حمل کند و بگرداند در صحت نیت طواف برای خودش چند قول است:

قول اول: محقق صاحب شرایع معتقدند هر دو طواف صحیح است.

قول دوم: شهید ثانی در مسالک می‌فرمایند در سه صورت هر دو طواف صحیح و در یک صورت طواف اجیر صحیح نیست. اما سه صورتی که طواف هر دو صحیح است:

۱- حامل تبرعی و رایگان دیگری را در ضمن طوافش حمل کند. (در این صورت عمل حرکت کردن و طواف نمودن را به ملک دیگری در نیاورده که نتواند برای خود نیت کند)

۲- به جهت جعاله دیگری را ضمن طوافش حمل می‌کند. (اگر اجاره بود طوافش صحیح نبود زیرا عمل و حرکت خود را به ملک مستأجر در آورده بود اما در جعاله فرد فقط منفعت عمل و حرکت خود را به دیگری واگذار کرده نه اصل عمل و طواف و حرکت را)

۳- اجیر شده باشد که در ضمن طواف خود دیگری را هم حمل کند. در اینجا هم مستأجر مالک عمل طواف و حرکت خود اجیر نیست.

اما صورتی که طواف صحیح نیست زمانی است که حامل اجیر شده برای حمل بدون ذکر اینکه در طواف خودش حمل کند یا در غیر طواف خودش که در این صورت اگر همزمان انجام دهد طواف برای خودش (حامل) محقق نمی‌شود زیرا حرکت اجیر در طواف به ملک دیگری در آمده است.

قول سوم: شهید اول می‌فرماید طواف برای حامل و محمول حساب می‌شود الا در زمانی که اجاره شده باشد برای حمل در غیر طواف خود حامل، که در این صورت حرکات طواف ملک دیگری است.

قول چهارم: اگر حمل به جهت تبرع یا جعاله باشد برای حامل و محمول طواف محاسبه می‌شود اما اگر به جهت اجاره باشد فقط برای محمول حساب می‌شود.

قول پنجم: مرحوم علامه در مختلف فرموده اگر اجیر شده برای طواف دیگر مالک عمل خودش نیست اما اگر اجیر شده برای حمل در طواف خودش برای حامل هم طواف حساب می‌شود.

قول ششم: مرحوم فخر المحققین ولد علامه فرموده اگر در مسأله وضوء انضمام نیت تبرد و خنک شدن را محل به وضوء و نیت آن بدانیم اینجا هم انضمام نیت طواف برای خودش به طواف محمول اشکال دارد و الا فلا.

مرحوم شیخ انصاری قول دوم یعنی نظریه شهید ثانی را تقویت می‌فرماید.

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا ... ص ۱۴۹، س ۷

نکته سوم: أخذ اجرت بر اذان

اذان گفتن به دو هدف ممکن است انجام شود:

یکم: اذان نماز خود را می‌خواهد بگوید.

دوم: اذان اعلام دخول وقت

اما در حالت اول:

اگر این اذان نفعی برای مستأجر نداشته باشد رکن اجاره (إعطاء عوض در مقابل اجرت) محقق نشده و اجاره باطل است.

و اگر نفعی داشته باشد از قبیل با خبر شدن از اول وقت و یا اکتفاء نمودن به اذان اجیر در نماز جماعت باز هم اجاره باطل است زیرا اذان گفتن از مستحبات تعبدی است و قصد قربت در آن با أخذ اجرت منافات دارد و چون بر اذان صحیح اجاره بسته شده لذا أخذ اجرت بر اذان بدون قصد قربت که باطل است اکل مال به باطل می‌باشد.

اما در حالت دوم: (أذان اعلامی)

مشهور معتقدند أخذ اجرت حرام است به دو دلیل:

دلیل اول: اذان اعلامی مستحب تعبدی است و قصد قربت در آن با أخذ اجرت منافات دارد.

دلیل دوم: روایات خاصه مانند روایت زید بن علی که مبعوضیت در آن به معنای حرمت است و روایت حمران.

نقد نظریه مشهور:

نقد دلیل اول:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: اینکه قصد قربت در اذان اعلامی با أخذ اجرت سازگار نیست را قبول داریم اما عدم قصد قربت باعث عدم ثواب بر اذان اعلامی است نه عدم صحت، پس اذان اعلامی چون برای اجرت است ثواب ندارد اما چنین اذانی صحیح است و فائده اعلام هم به مستأجر می‌رسد و اجاره باید صحیح باشد.

نعم، بله اگر بگوییم اذان اعلامی فقط با قصد قربت صحیح است فتوای مشهور به حرمت اخذ اجرت صحیح است اما معتقدیم فائده اذان اعلامی فقط با قصد قربت محقق نمی‌شود بلکه بدون قصد قربت هم مفید فائده است و اجاره بر آن صحیح می‌باشد.

نقد دلیل دوم:

در تمسک به دلیل خاص هم می‌فرمایند:

روایت زید او لا ضعیف السند است. ثانیاً: مبعوضیت در روایت الزاما به معنای حرمت نیست بلکه با کراهت هم سازگار است.

در نهایت می‌فرمایند ممکن است فتوای مشهور به حرمت اخذ اجرت بر اذان را با این دو روایت ثابت نمود.

نکته چهارم: حرمت اجرت بر امامت جماعت

أخذ اجرت بر امامت جماعت حرام است به دو دلیل:

دلیل اول: روایت حسنة حمران که فرمود: "و رأیت الأذان بالأجر و الصلاة بالأجر."

دلیل دوم: قاعده کلی که بارها اشاره شد که مستأجر می‌خواهد در مقابل نماز صحیح اجرت به امام جماعت پرداخت کند و از آنجا که أخذ اجرت با قصد قربت منافات دارد نماز او باطل است و دیگر امامت جماعت اجیر، وفاء به عقد اجاره نیست پس أخذ اجرت هم در مقابل آن اکل مال به باطل است.

نکته پنجم: حرمت أخذ اجرت بر أداء و تحمل شهادت

در مسأله شهادت شاهد دو عنوان داریم: ابتدا تحمل شهادت است و سپس أداء شهادت.

بر وجوب أداء شهادت در روایتی استدلال شده به آیه شریفه ۲۸۳ سوره مبارکه بقره که: "و من یکتمها فإنه آثم قلبه".

و بر وجوب تحمل شهادت استدلال شده به آیه شریفه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره که: "و لا یأب الشهداء إذا ما دعوا".

دلیل حرمت أخذ اجرت بر تحمل و أداء شهادت:

تحمل شهادت واجب است عیناً یا کفائاً و در هر دو صورت أخذ اجرت حرام است: اما اگر عینی باشد که گفته شد عمل واجب عینی اجباری و مقهور علیه است که احترام ندارد و نمی‌تواند عوض در مقابل أخذ اجرت قرار گیرد.

اما اگر کفائی باشد گفته شد مواردی که حق دیگران باشد نمی‌توان در مقابل أداء حقشان اجرت گرفت. للزوم مقابلة حق الشخص بشيء من ماله زیرا اگر جایز باشد أخذ اجرت در این مورد لازم می‌آید که مستأجر در برابر أخذ حق خودش، قسمتی از مالش را به عنوان اجرت بپردازد و چنین اجرتی برای اجیر اکل مال به باطل است.

در پایان به یک نکته اشاره می‌کنند:

أخذ اجرت بر تحمل یا أداء شهادت حرام است چه تحمل یا أداء شهادت به سادگی ممکن باشد یا متوقف بر طی مسافت باشد.

بله اگر تحمل یا أداء شهادت هزینه‌ای داشته باشد چنین تحمل یا أدائی بر فرد واجب نیست. همچنین اگر امکان دارد مورد شهادت را که مثلاً انجام معامله باشد در حضور و خانه فردی انجام دهند که او تحمل شهادت کند دیگر طی مسافت برای تحمل شهادت بر فرد واجب نیست.

*** تحقیق:**

مرحوم خوئی در مصباح الفقاهة ۱/ ۴۸۰ و ۴۸۱ به دو مورد دیگر از موارد أخذ اجرت یعنی تعلیم قرآن و قضاوت اشاره دارند نظر ایشان را که چند خط بیشتر نیست مراجعه کنید.

مطلب هفتم: ارتزاق از بیت المال

می‌فرمایند هرچند اخذ اجرت بر اتیان واجبات حرام است اما ارتزاق از بیت المال برای قیام به مصالح مؤمنین اشکالی ندارد و این ارتزاق أخذ اجرت یا أخذ جُعَل نیست. و برای فردی جایز است که قیام به واجب یا مستحبی که به مصلحت مسلمانان است باعث منع او از کسب معیشت و شغلش شود لذا به اندازه کفایت جایز است از بیت المال ارتزاق کند.

خاتمه: در بیان سه مسأله

در خاتمه کتاب مکاسب سه مسأله را بیان می‌کنند در بیان حکم سه موضوع خارجی:
۱- بیع المصحف.

۲- جوائز السلطان و عماله.

۳- ما يأخذه السلطان باسم الخراج و المقاسمة و الزكاة.

شاید بتوان گفت مرحوم شیخ انصاری به این جهت این سه مسأله را مستقل از انواع پنج‌گانه اکتساب حرام در مکاسب محرمه بیان فرموده‌اند که این سه موضوع بتمامه ذیل هیچ‌یک از پنج نوع از اکتساب‌های حرام قرار نمی‌گیرد.

مسأله اول: حرمت بیع مصحف

در حکم بیع و شراء مصحف دو دسته روایات وجود دارد:

دسته اول: روایاتی که بیع و شراء کلام الله را حرام می‌دانند الا اینکه قصد و نیت بیع و شراء ورق یا جلد و امثال آن باشد.

دسته دوم: روایاتی که بیع و شراء مصحف را جایز می‌شمارند.

سؤال: آیا بین این دو دسته روایات تعارضی وجود دارد؟

جواب: خیر. برای جمع بین این دو دسته روایات دو وجه جمع را بیان می‌کنند:

وجه جمع اول: روایات دال بر جواز باعث می‌شود ظهور روایات دسته اول (مانند لاتبع المصحف) در حرمت از بین برود و فقط بر کراهت دلالت کنند.

نقد این وجه جمع: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: ظهور روایات دسته اول در حرمت قابل خدشه نیست و در این روایات ائمه توجه دارند به جزئیات مسأله که جلد و اوراق مثلاً قابل بیع و شراء است اما کلام الله و خط آیات قابل بیع و شراء نیست زیرا انسان چیزی را می‌تواند بفروشد که مالک آن باشد و سلطه بر آن داشته باشد و هیچ انسانی نمی‌تواند سلطه بر کلام الله داشته باشد.

وجه جمع دوم: مرحوم شیخ می‌فرمایند: روایات دسته دوم بدون توجه به جزئیات مسأله و به صورت کلی می‌گویند بیع و شراء مصحف جایز است و روایات دسته دوم این اجمال را مفصل توضیح می‌دهند که نسبت به اوراق و جلد و غلاف جایز و نسبت به خط و کلام الله حرام است.

بقی الکلام فی المراد من حرمة البیع و الشراء ...

سؤال: فردی که ورق کاغذ و مرکب برای نوشتن می‌خرد مالک ورق و جوهر است و بعد از نوشتن قرآن هم همچنان مالک اوراق و جوهرهای روی کاغذ است، پس اینکه شما می‌فرمایید فرد مالک نوشته و خط کلام الله نمی‌شود و بیع و شراء آن حرام است مقصود چیست؟

پاسخ: مرحوم شیخ انصاری به هفت جواب اشاره می‌کنند و چهار جواب ابتدایی و جواب هفتم را مردود می‌دانند.

جواب اول: نوشته‌های روی کاغذ از اعیان مملوکه (که به ملکیت انسان در آید) نیست هر چند قیمت کتاب و اوراق با بودن آنها بیشتر می‌شود و با نبودنشان کمتر. لذا در خرید و فروش اصلا آن نوشته‌ها مد نظر نیست.

نقد جواب اول: اگر از اعیان مملوکه نیست و مورد نظر متعاملین هم قرار ندارد پس این همه روایات در نهی از بیع و شراء لغو خواهد بود.

جواب دوم: خط و نوشته آیات قرآن از اعیان مملوکه است لکن بعد از بیع به ملک مشتری داخل نمی‌شود لذا نوشته‌های قرآن مورد معامله قرار نمی‌گیرد.

نقد جواب دوم: در این صورت لازم می‌آید شراکت بایع با مشتری در قرآن که اوراق و جلد از مشتری و خطوط از بایع باشد و چنین شراکتی نه مورد نظر و اتفاق متعاملین است و نه در خارج شراکتی اتفاق می‌افتد و همچنین بالاتفاق فقهاء چنین شراکتی را قائل نشده‌اند.

جواب سوم: خطوط قرآن هم از اعیان مملوکه است و هم به ملک مشتری در می‌آید به این صورت که قسمتی از مبلغ قرآن در مقابل نوشته‌ها و خطوط قرآن است و قسمتی هم قیمت کاغذ و جلد آن است.

نقد جواب سوم: این عینا همان چیزی است که در روایات مورد نهی و حرمت قرار گرفته.

جواب چهارم: خطوط قرآن از اعیان مملوکه است و به ملک مشتری در می‌آید اما نه در مقابل عوض و پول بلکه به صورت قهری و تبعی به ملک مشتری در می‌آید. مانند درخت خشکیده‌ای که در حیاط خانه خریداری شده وجود دارد که مورد معامله نبوده اما قهرا با انتقال ملکیت خانه درخت هم منتقل می‌شود.

نقد جواب چهارم:

اولا: انتقال قهری در محل بحث منتفی است زیرا دقیقا مقصود خریدار از خرید قرآن همان خطوط و نوشته‌ها است و الا به مقداری کاغذ و جلد نیاز نداشته است.

ثانیا: اگر ملکیت خطوط هم قهرا بخواهد به مشتری انتقال پیدا کند پس حکم حرمت که صریحا در روایات متعدد بیان شده صوری و ظاهری خواهد بود که مورد عمل و امتثال نمی‌تواند قرار گیرد.

جواب پنجم: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: از طرفی نمی‌توان گفت فردی که مالک کاغذ و جوهر بوده است بعد از کتابت دیگر مالک نوشته‌ها نیست و از طرف دیگر نمی‌توان گفت ملکیت خطوط از بایع به مشتری قابل انتقال نیست زیرا اشکال شراکت پیش می‌آید لذا چاره‌ای نیست جز اینکه قائل شویم به اینکه حرمت بیع و شراء خطوط کلام الله یک تکلیف صوری و ظاهری است آن هم به جهت احترام و تعظیم کلام الله و الا این تکلیف در خارج قابلیت امتثال ندارد و بالأخره قرآن با تمام جلد و اوراق و خطوط بین بایع و مشتری جابجا می‌شود اما خوب است که نیتشان خطوط نباشد.

جواب ششم:

مقدمه فقهی: عبادات تأسیسی و معاملات امضائی

احکام و مسائل مربوط به ابواب عبادات تأسیسی است یعنی اگر شارع بیان نمی‌فرمود انسان هم درک نمی‌کرد، اما ابواب معاملات امضائی است یعنی شارع همان معاملات جاری بین مردم قبل از اسلام را یا قبول و امضاء کرده یا رد و نهی فرموده، لذا ممکن است در موردی مانند شراب عرف ملکیت را برای مالک اعتبار کند اما شارع ضمن نهی از تولید و خرید و فروش شراب ملکیت انسان بر شراب را نیز منع کند و معتبر نداند.

هر چند عرفاً فرد علاوه بر کاغذ و جوهر مالک خطوط کلام الله هم هست اما شارع ملکیت بر خطوط کلام الله را معتبر ندانسته و از آن نهی نموده است. پس در نگاه عرف مالکیت جلد و اوراق و خطوط قرآن بین بایع و مشتری جابجا شده اما در نگاه شارع فقط جلد و اوراق جابجا شده نه خطوط.

جواب هفتم: قائلین به جواب هفتم برای جواب از سؤال اصلی محل بحث و اینکه هیچ یک از شش جواب گذشته را صحیح نمی‌دانند صورت مسأله را پاک نموده و قائل به کراهت خرید و فروش خطوط کلام الله شده‌اند.

*** تحقیق:**

– مرحوم محقق خوئی در مصباح الفقاهة ۴۸۸/۱ دو راه برای جواب نهایی به مسأله بیان می‌کنند، یادداشت کرده و توضیح دهید.

– نظر مرحوم صاحب جواهر (مرحوم نجفی) در جواهر الکلام ۱۲۸/۲۲ کدام یک از جوابهای مذکور است آیا ایشان قائل به کراهت و جواب هفتم‌اند؟

نکته: بیع مصحف به کافر

به مناسبت مسأله بیع مصحف چند فرع را در مورد بیع مصحف به کافر بیان می‌کنند:

فرع اول: آن صورتی که بیان شد برای جواز بیع مصحف به مسلمان نسبت به کافر حرام است.

دلیل: یکی از أدله این است که خداوند در قرآن می‌فرماید برای کافر نسبت به مسلمان سلطه قرار نداده‌ایم پس به طریق اولی برای کافر نسبت به محف که کلام الله است سلطه و مالکیتی نخواهد بود.

مسأله دوم: جوائز السلطان و عماله

در این مسأله در مقام بیان حکم أخذ هرگونه مالی اعم از أخذ مجانی (مانند هدیه، جائزه، پاداش و ...) و أخذ در مقابل عوض (مانند: خرید و فروش و انواع معاملات) از سلطان و کارگزاران او هستند.

مرحوم شیخ انصاری ابتدا چهار صورت برای مسأله تصویر می‌فرماید سپس مسائل آن را بررسی می‌کنند. ایشان در اینجا فقط یک قید را اضافه می‌کنند و آن اینکه اگر شبهه‌ای نسبت به وجود مال حرام در اموال سلطان دارد باید آن مال مبتلا به فرد باشد یعنی به نوعی باشد که احتمال برود سلطان از آن اموال، این جائزه را داده است.

فردی که از سلطان یا عمال او جائزه‌ای یا مالی دریافت کرده دو حالت دارد:

۱- نمی‌داند که در اموال سلطان مال حرامی هم هست یا نه؟

۲- می‌داند در اموال او مال حرام هست این حالت خود دو صورت دارد:

صورت اول: نمی‌داند جائزه‌ای که به او داده شده از همان اموال حرام است یا خیر؟

صورت دوم: می‌داند جائزه‌ای که به او داده شده از همان اموال حرام است، این نیز دو وجه است:

الف: این علم او علم تفصیلی است.

ب: این علم او علم اجمالی است.

هر یک از چهار صورت را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهند.

صورت اول: نمی‌داند در اموال سلطان مال حرام هست.

در این صورت استفاده او از این اموال مأخوذه مجانا یا عوضاً جائز است.

دلیل اول: أصالة الإباحة. اباحه عقلی و شرعی (کل شی لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه)

*** تحقیق:**

مرحوم محقق خوئی در مصباح الفقاهة ۴۹۳/۱ اشکالی به أصالة الإباحة دارند و می‌فرمایند باید کلام شیخ انصاری را حمل بر تسامح نمود و مقصود قاعده ید است و می‌فرمایند نمی‌توان در محل بحث به أصالة الإباحة أخذ نمود. مراجعه شود.

دلیل دوم: اجماع

دلیل سوم: روایات.

البته یک قید را با استفاده از مکاتبه حمیری اشاره می‌فرمایند آن هم این قید است که باید علم داشته باشد به وجود مال حلال در اموال سلطان.

صورت دوم: علم به وجود حرام دارد اما نمی‌داند جائزه او از آن اموال است.

قبل از بیان صورت دوم نیاز به توضیح دو مقدمه است.

مقدمه اصولی: اطراف علم اجمالی

در علم اجمالی گاهی اطراف شبهه محصوره است و گاهی غیر محصوره:

- در شبهه غیر محصوره مرحوم شیخ انصاری در رسائل می‌فرمایند: "و المعروف فیها عدم وجوب الإجتنب". فرائد الأصول ۲/۲۵۷

- شبهه محصوره نیز دو قسم است:

الف: همه اطراف علم اجمالی در شبهه محصوره امکان دارد محل ابتلاء مکلف قرار گیرد مانند شک در نجاست شیر یکی از دو لبنیاتی محل زندگی. عبارت رسائل شیخ

انصاری: "فالحق فيه وجوب الإجتنب عن كلا المشتبهين وفاقا للمشهور" ۲/۲۱۰

ب: بعض اطراف علم اجمالی از محل ابتلاء مکلف خارج است عادتاً. مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: "لو كان ارتكاب الواحد المعين ممكنا عقلا لكن المكلف أجنبي

عنه و غير مبتلي به بحسب حاله كما إذا تردد النجس بين إنائه و إناء آخر لادخل للمكلف فيه أصلاً". ۲/۲۳۴

می‌فرمایند در این صورت اجتناب از موارد مبتلا به واجب نیست و این شبهه محصوره منجز تکلیف واقعی و سبب وجوب احتیاط نیست. دلیل شیخ انصاری که در

ادامه همین عبارت آمده را یادداشت کنید.

مقدمه فقهی: احکام أم ولد

کنیزی که از مولای خودش باردار شود را أم ولد می‌نامند. یکی از احکام أم ولد این است که هر چند مالک اوست اما دیگر فروش این کنیز برای مولا جایز نیست و با

فوت مولایش از سهم الإرث همان فرزندش آزاد می‌شود. مراجعه کنید به الروضة البهية کتاب التدبیر و المکاتبة و الإستیلاذ ۶/۳۶۹ (چاپ کلانتر)

بعد از دو مقدمه می‌فرمایند در صورت مسأله که فرد علم به وجود حرام دارد اما نمی‌داند جائزه او از آن اموال است یا نه سه حالت دارد:

حالت اول: اطراف شبهه بین این جائزه و سایر اموال سلطان غیر محصوره است. در این صورت حکم جواز تصرف است مانند صورت اول.

حالت دوم: اطراف شبهه محصوره است لکن یک طرف مبتلا به فرد نیست مانند اینکه سلطان کنیزی به او جایزه داده و خود سلطان هم یک کنیز که أم ولد شده را مالک است و فرد آخذ جایزه علم اجمالی دارد یکی از این دو کنیز غصبی است.

در صورت دوم دو قول است:

قول اول: مرحوم شیخ انصاری معتقد به جواز تصرف است.

دلیل: تمسک به قواعد اصولی در بحث علم اجمالی در اطراف شبهه محصوره بود.

قول دوم: جمعی مانند علامه حلی قائل به کراهت تصرف در چنین مال و جائزه‌ای هستند.

دلیل اول: مرحوم علامه حلی در کتاب منتهی فرموده‌اند هرچند بعض اطراف شبهه از محل ابتلاء خارج است اما بالأخره در مورد جائزه‌ای که گرفته احتمال حرمت می‌رود اجتناب نمودن کاری پسندیده است و از آنجا که بین احکام خمس تضاد برقرار است هر جا اجتناب نیکو باشد ارتکاب مکروه خواهد بود.

نقد: مرحوم خوئی در مصباح الفقاهة ۴۹۶/۱ می‌فرمایند اگر صرف احتمال حرام موجب کراهت باشد این احتمال در اموال تمام مردم هست حتی افراد با تقوا زیرا احتمال دارد کسی مال حرامی به آنها مثلاً هدیه داده باشد.

دلیل دوم: روایاتی مانند: "دع ما یریبک" و "من ترک الشبهات نجی من المحرمات" که اجتناب را امری پسندیده می‌دانند و چنانکه در دلیل اول اشاره شد پس ارتکاب مکروه خواهد بود.

نقد: به کلام مرحوم خوئی در مصباح الفقاهة ۴۹۶/۱ مراجعه شود.

دلیل سوم: أخذ مال از سلطان جائز باعث ایجاد محبت در قلب انسان می‌شود و محبت چنین فردی در تضاد با محبت خداوند است لذا حُسن احتیاط به معنای کراهت ارتکاب و أخذ است.

نقد: مرحوم خوئی در ۴۹۷/۱ می‌فرمایند: بین ایجاد محبت ظالمین در قلب انسان و قبول اموال آنان تلازمی نیست بلکه عموم و خصوص من وجه است

وجه افتراق اول: فرد مالی هم نگرفته از سلطان جائز و ظالم اما محبت آنان در دل اوست.

وجه افتراق دوم: فرد جائز به اجیر خودش کمتر از حقش را داده لذا اجیر بغض او را در دل دارد.

وجه اشتراک: اموالی از جائز أخذ می‌کند و سبب ایجاد محبت ظالم در دل فرد می‌شود.

لذا نمی‌توان گفت حتماً قبول جائزه یا هر مالی از سلطان سبب ایجاد محبت ظالمین می‌شود.

دلیل چهارم: روایت صحیح: "إن أحدکم لا یصیب من دنیاہم شیئاً إلا أصابوا من دینہ مثله. که کیفیت استدلال مانند سه دلیل قبل است.

دلیل پنجم: روایتی از امام کاظم علیه السلام که حضرت هدایای هارون الرشید را پذیرفتند و فرمودند اگر به جهت مصلحت اهمی نبود هرگز قبول نمی‌کردم. از طرفی دلیل بر حرمت قبول مال از سلطان جائز در این صورت دوم نداریم، و از طرف دیگر اگر قبول این مال مباح بود

حضرت نمی‌فرمودند اگر مصلحت اهم نبود هرگز قبول نمی‌کردم، پس نتیجه این است که این قبول در نظر حضرت مکروه بوده است.

نقد: مرحوم خوئی در ۴۹۷/۱ می‌فرماید: ان اشمئزاز الإمام (علیه السلام) عن قبول هدية الرشید لیس من جهة كونها من أموال الظلمة، بل لاستلزامها المنه، فان من أشق الأحوال ان يغصب احد حق غيره، ثم يهدى اليه هدية بعنوان التفضل و إظهار العظمة.

نکته: قائلین به کراهت برای از بین رفتن کراهت در صورت مذکوره چند امر را بیان کرده‌اند:

امر اول: إخبار جائزه دهنده به حلال و جائز التصرف بودن جائزه.

دلیل اول: ادعای اجماع شده بر رفع کراهت با إخبار مجیز.

نقد: مرحوم شیخ می‌فرماید تصریح به اجماع در این امر فقط از محقق اردبیلی و علامه طباطبائی صاحب مصابیح حکایت شده و قول دو نفر دال بر اجماع نیست.

دلیل دوم: قاعده ید أماره ملکیت است و سلطان ذو الید، لذا می‌توان قول او مبنی بر حلیت و مالکیتش را پذیرفت. چنانکه اگر شاهد عادل خبر دهد به مالکیت سلطان بر این مال.

اشکال اول: دلیل وجود کراهت أخذ مال از سلطان احتمال وجود حرام در مال اوست و با إخبار او از حلال بودن این جائزه باز هم احتمال وجود حرام و در نتیجه کراهت أخذ جائزه باقی است.

جواب: صرف احتمال حرام و غصبی بودن جائزه سبب کراهت تصرف در آن نیست (و الا احتمال مکروه بودن در مال تمامی افراد هست) بلکه آنچه دلیل کراهت است ظلم و غصب و عدم تقوای سلطان است در کسب اموالش و احتمال غصبی بودن و کراهت تصرف در جائزه برای فرد با إخبار سلطان مبنی بر اینکه این جائزه را از اموال حلالش تهیه کرده منتفی است.

– البته سلطان باید در إخبارش راستگو باشد و الا اگر در رعایت صدق و کذب هم بی تقوا است إخبارش مانند ید و سلطه‌اش بر مال فقط مفید إباحة ظاهریه است و رافع کراهت نخواهد بود.

اشکال دوم: نتیجه مطالب شما این است که صرف قاعده ید و ذو الید بودن سلطان بر اموال چون احتمال غصبیت می‌رود فقط مفید ملکیت ظاهریه است که همچنان احتمال حرام واقعی در اموالش می‌رود لذا اجتناب نیکو است پس ارتکاب و تصرف کراهت دارد اما این کراهت با إخبار سلطان به حلیت از بین می‌رود؛ اشکال این است که تفاوتی نیست بین ذو الید بودن و إخبار سلطان و در هر دو احتمال وجود حرام واقعی می‌رود لذا احتیاط و اجتناب نیکو است و ارتکاب و تصرف کراهت دارد.

جواب: مرحوم شیخ به یک فتأمل در جواب اکتفاء می‌کنند. اما مقصود شیخ انصاری ظاهراً این است که بین ذو الید بودن و إخبار با قید صدق تفاوت است زیرا گفتیم عامل کراهت عدم تورع جائز از محارم است که ممکن است ذو الید باشد و غصب کرده باشد اما با وجود یقین به صدق او در إخبارش به حلیت این جائزه، دیگر دلیلی برای حسن اجتناب و در نتیجه کراهت ارتکاب

باقی نمی ماند و از طرفی هم دلیل بر وجوب اجتناب (حرمت ارتکاب) در شبهه محصوره‌ای که بعضی الأطراف از محل ابتلاء خارج است نداریم.

امر دوم: اخراج خمس

گفته شد أخذ جائزه در صورتی که علم دارد به وجود حرام در اموال سلطان (صورت دوم) و شبهه محصوره و بعض اطراف از محل ابتلاء خارج است (حالت دوم) کراهت دارد بنابر قول دوم.

دومین مسأله‌ای که سبب رفع این کراهت می‌شود پرداخت خمس آن جائزه است.

دلیل: دلیل اجماع است و چه بسا علت این فتوای مجمعین تمسک به فحوى الخطاب باشد. به این بیان که از طرفی أدله خاصه و روایاتی داریم که می‌گویند مالی که یقیناً با حرام مخلوط شده است را می‌توان با پرداخت خمس آن تطهیر نمود و حکم حلال واقعی را دارند بدون احتمال شبهه‌ای، بنابراین جائزه‌ای که فقط احتمال وجود حرام در آن می‌رود به طریق اولی باید با پرداخت خمس تطهیر شود و احتمال حرام هم از بین برود.

اشکال: قیاس مع الفارق است، زیرا در مال مختلط به حرام فرد یقین دارد مقداری حلال بوده که به حرام مخلوط و آلوده شده و با اخراج خمس آن گویا تمام حرام از آن خراج شده و مال تطهیر می‌شود اما در جائزه و هدیه محل بحث فرد احتمال می‌دهد کل این جائزه از مال حرام باشد لذا بعد از اخراج خمس آن باز هم صورت مسأله تغییر نمی‌کند و همچنان احتمال وجود حرام باقی است و با چنین احتمالی احتیاط حسن است پس ارتکاب مکروه خواهد بود.

ثم إنه المستفاد مما تقدم ...

امر سوم: مصلحت اُهم

سومین مسأله‌ای که رافع کراهت است وجود مصلحت اُهم و اُقوی. به این بیان که حکم اولیه کراهت است در محل بحث اما مصلحت اُقوایی با آن تراحم می‌کند مانند روایت امام کاظم علیه السلام که تزویج عزّاب آل اُبی طالب و انقطاع نسل طالیین مطرح بود لذا از طرفی اُخذ این جائزه کراهت دارد و اجتناب حسن است و از طرف دیگر مصلحت اُقوایی اقتضاء دارد اُخذ جائزه را لذا در تراحم حکم مهم از فعلیت می‌افتد و کراهت از بین می‌رود و اُهم فعلی می‌شود. حتی ممکن است گفته شود نه فقط جواز اُخذ بلکه از باب مقدمه واجب بر حضرت قبول این هدیه در چنان شرائطی واجب بوده است.

حالت سوم: شبهه محصوره است و همه اطراف محل ابتلاء فرد است

صورت دوم این بود که فرد یقین دارد در اموال سلطان حرام وجود دارد حالت اول این بود که اطراف شبهه (بین این جائزه و سایر اموال سلطان) غیر محصوره است؛ حالت دوم این بود که شبهه محصوره است و بعض اطراف از محل ابتلاء فرد خارج است که در این دو حالت مرحوم شیخ انصاری فرمودند حکم إباحة و جواز تصرف است. اما حالت سوم در موردی است که شبهه محصوره است اما همه اطراف شبهه (اموال سلطان) قابلیت دارند که مورد ابتلاء فرد قرار گیرند به عبارت دیگر سلطان هر کدام از اموالش را احتمال دارد به عنوان جائزه به فرد بدهد. قبل از بیان حکم در این حالت و اقوال در مسأله دو مقدمه اصولی اشاره می‌کنیم:

مقدمه اصولی اول: حکم شبهه محصوره

در رسائل مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اگر شبهه در اطراف علم اجمالی محصوره بود و قابلیت ابتلاء مکلف به تمام اطراف هم وجود دارد وظیفه وجوب اجتناب از تمامی اطراف است دلیلی که مطرح می‌فرمایند چنین است که:

"لنا على ما ذكرنا: أنه إذا ثبت كون أدلة تحريم المحرمات شاملة للمعلوم إجمالاً و لم يكن هنا مانع عقليّ أو شرعيّ من تنجّز التكليف به، لزم بحكم العقل التحرّز عن ارتكاب ذلك المحرم بالاجتناب عن كلا المشتبهين. و عبارة اخرى: التكليف بذلك المعلوم إجمالاً إن لم يكن ثابتاً جازت المخالفة القطعية، و المفروض في هذا المقام التسالم على حرمتها، و إن كان ثابتاً وجب الاحتياط فيه بحكم العقل؛ إذ يحتمل أن يكون ما يرتكبه من المشتبهين هو الحرام الواقعيّ، فيعاقب عليه؛ لأنّ المفروض لما كان ثبوت التكليف بذلك المحرم لم يقبح العقاب عليه إذا اتفق ارتكابه و لو لم يعلم به حين الارتكاب.

و اختبر ذلك من حال العبد إذا قال له المولى: «اجتنب و تحرّز عن الخمر المردد بين هذين الإناءين»؛ فإنّك لا تكاد ترتاب في وجوب الاحتياط، و لا فرق بين هذا الخطاب و بين أدلة المحرمات الثابتة في الشريعة إلّا العموم و الخصوص. فرائد الأصول ۲/۲۱۰

مقدمه دوم اصولی: حکومت أدله احتياط بر اخبار حلّ

کسانی که مانند مرحوم شیخ انصاری قائل به وجوب اجتناب از اطراف شبهه محصوره محل بحث هستند یک اشکال را نیز جواب می‌دهند:

اشکال: روایاتی مانند "کل شیء لک حلال حتی تعرف الحرام بعینه" دلالت می‌کند بر جواز استفاده از اطراف شبهه محصوره زیرا علم به مورد حرام عینی نداریم. **جواب:** مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: أدله لزوم احتياط حاکم بر أخبار حلّ می‌باشند زیرا: "هذه الأخبار و أمثالها لا تصلح للمنع؛ لأنّها كما تدلّ على حلیّة کلّ واحد من المشتبهين، كذلك تدلّ على حرمة ذلك المعلوم إجمالاً؛ لأنّه أيضاً شيء علم حرّمته." فرائد الأصول ۲/۲۰۱.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند حکم در این حالت عدم جواز أخذ و تصرف است. به جهت اینکه در اصول ثابت کرده‌ایم وجوب اجتناب در چنین شبهه محصوره‌ای را.

اشکال: پس مقصود روایات حلّ مانند: "کل شیء حلال حتی تعلم أنه حرام بعینه" چیست در حالی که ما در محل بحث علم به حرمت عین جائزه نداریم پس چرا اجتناب واجب است؟ **جواب:** مرحوم شیخ انصاری چهار محمل (توجیه) بیان می‌فرمایند برای آن روایات:

۱- مقصود اخبار حل، حلیت و جواز تصرف در اطراف شبهه غیر محصوره است.

۲- مقصود حلیت در اطراف شبهه محصوره‌ای است که بعض اطراف از محل ابتلاء خارجند.

۳- اخبار حل دلالت می‌کنند بر اینکه عمل سلطان در جائزه دادن را باید حمل بر صحت نمود یعنی حتما توجه دارد که مال غصبی را نمی‌توان هدیه و یا جائزه داد، پس این جائزه از مال حلال اوست.

۴- اخبار حل جواز تصرف را در مواردی ثابت می‌کنند که امر دائر است بین اینکه یا این جائزه حرام است یا بعض اموال دیگر سلطان که هیچ وقت به ملکیت جائزه گیرنده در نخواهند آمد لذا جائزه گیرنده تکلیفی نسبت به حرمت تصرف در آن اموال سلطان را ندارد پس مسأله می‌وشد از باب شبهه محصوره‌ای که بعض اطراف از محل ابتلاء مکلف خارج‌اند و اخبار حل چنین موردی را تحلیل کرده‌اند.

اشکال: سه مورد را مثال می‌زنیم که این چهار توجیه شما شاملش نیست و با اینکه شبهه محصوره‌ای است که همه اطراف هم داخل در محل ابتلاء‌اند همچنان می‌توان گفت اخبار حل شامل این سه مورد می‌شود اما شما به جهت شبهه محصوره‌ای که همه اطراف در محل ابتلاء داخل‌اند تصرف را حرام و اجتناب از جمیع اطراف را واجب می‌دانید.

مورد اول: در اخذ مالی از سلطان به عنوان تقاص^۱ فردی که یقیناً از سلطان طلبکار است و مثلاً سلطان حق او را نمی‌دهد از بین اموال سلطان به عنوان تقاص مالی را می‌خواهد بردارد لذا وقتی دسترسی به اموال سلطان پیدا می‌کند برای برداشتن حق خودش هم اموال در محل ابتلاء اوست هم شبهه محصوره است.

مورد دوم: سلطان فردی را از باب احترام مخیر کند که خود از خزانه سلطان مالی را به عنوان هدیه بردارد.

مورد سوم: فرد علم دارد سلطان به او اجازه داده از اموالی که خود سلطان هم معتقد است به اختلاط آن اموال با حرام، مقداری به عنوان هدیه قبول کند.

در هر سه مورد هم شبهه محصوره است هم همه اطراف داخل در محل ابتلاء است و طبق اخبار حل (کل شیء لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه) باید گفت تصرف در این سه مورد جائز است و این سه مورد از آن چهار محملی که به عنوان توجیه اخبار حل بیان شد هم نیست (یعنی نه شبهه غیر محصوره است نه محصوره‌ای که بعض اطراف از محل ابتلاء خارج باشند و نه مصداق حمل به صحت است) پس شمای شیخ انصاری هم در این سه مورد باید فتوا به جواز تصرف دهید.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در این سه مورد هم اجتناب از همه اطراف (از جمله جائزه محل بحث) واجب است.

ایشان برای بررسی دقیق و نقد یک به یک اخباری که مستند برای جواز تصرف در جائزه سلطان قرار گرفته‌اند یک یک روایات را مطرح و پاسخ می‌دهند:

طائفه اول: روایات و اخبار حل، مانند کل شیء لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه.

نقد:

مقدمه فقهی:

از عبارتی که از مسالک در جلسه قبل اشاره کردند دو نکته به دست می‌آید:

یکم: اینکه مشهور قبول دارند در شبهه محصوره‌ای که همه اطراف محل ابتلاء فرد باشند اجتناب از جمیع اطراف واجب است (فی وجوب اجتناب الجميع).

دوم: فقهائی مانند محقق اول در شرایع در مفهوم جمله شرطیه اشاره کرده‌اند که در خصوص محل بحث (جوائز سلطان) در شبهه محصوره و علم اجمالی به وجود حرام در اموال سلطان نص خاص داریم که می‌توان در جائزه تصرف نمود.

می‌فرمایند: اگر مستند جواز تصرف در جائزه سلطان (در موردی که علم به وجود حرام در اموال سلطان دارد و شبهه محصوره و همه اطراف محل ابتلاء فرد است) این اخبار باشند چنین استنادی از دو حال خارج نیست:

۱- یا باید بگوئید فقهائی که فتوا به جواز و حلیت تصرف داده‌اند معتقد بوده‌اند طبق اخبار حل در تمام موارد شبهه حتی شبهه محصوره‌ای که همه اطراف در محل بحث داخل‌اند تصرف جایز است. چنین ادعایی باطل است زیرا نقض کلام مشهور در عبارت مسالک است که اجتناب از جمیع اطراف را در چنین شبهه محصوره‌ای واجب می‌دانند.

۲- و یا باید بگوئید فقهائی که در این مورد فتوای به جواز و حلیت تصرف داده‌اند، معتقد بوده‌اند که اخبار حل می‌گوید اگر علم تفصیلی داشتید که این جائزه عیناً حرام است اجتناب واجب است و الا شبهه شما شک بدوی است که ترتیب اثر دادن به این شبهه و شک بدوی لازم نیست و تصرف جائز است لذا این فقهاء معتقد بوده‌اند احتمال حرمت در مسأله جوائز السلطان، شک بدوی است پس تصرف جایز است. به عبارت دیگر باید بگوئید فقهاء معتقد بوده‌اند به اینکه جوائز السلطان تخصصاً از شبهه محصوره خارج است و شک بدوی است لذا فتوای به جواز تصرف داده‌اند.

چنین ادعایی هم باطل است زیرا طبق عبارت مسالک فقهاء معتقدند جوائز السلطان از موارد شبهه محصوره است اما تخصیصاً به جهت نص خاص از حکم وجوب اجتناب در شبهه محصوره خارج‌اند.

محقق خوئی در عبارتی کوتاه و زیبا این عبارت مرحوم شیخ انصاری را تبیین نموده‌اند که: "أن القول بعدم وجوب الإحتياط يناقض القول بوجوبه كما أن القول بخروج جوائز الظالم عن مورد الشبهة المحصورة تخصصاً يناقض القول بخروجها عن ذلك تخصيصاً." مصباح الفقاهة ۵۰۴/۱ نتیجه: استناد به اخبار حل برای جواز أخذ جائزه سلطان مردود است.

طائفه دوم: روایاتی که استفاده از اموال والی و عامل سلطان را بر دیگران حلال می‌دانند:

روایت اول: صحیحہ اُبی ولّاد، که حضرت می‌فرمایند: "كُلُّ وَحْدٍ مِنْهَا"

بیان استدلال: مستدل می‌گوید در این روایت حضرت استفاده از مال عامل سلطان که آمیخته به اموال سلطان است را برای دیگران حلال می‌شمارند هرچند علم اجمالی دارد به وجود حرام در اموال عامل سلطان به جهت استفاده عامل از حقوق و اموال سلطان.

نقد: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: حکم حضرت به حلیت سه منشأ و احتمال ممکن است داشته باشد که فقط یکی مفید برای استدلال بر حلیت است:

احتمال اول: منشأ حکم حضرت به حلیت استفاده دیگران از مال عامل سلطان این است که اموال عامل سلطان جائز حلال است لذا وقتی برای عامل حلال است برای میهمانان او نیز حلال است.

می‌فرمایند این احتمال مردود است زیرا در همین روایت هم تصریح شده که "علیه الوزر" یعنی بر عامل استفاده حرام است.

احتمال دوم: منشأ حکم حضرت به حلیت این بوده که شک فرد میهمان در حرمت هدیه عامل سلطان، شک بدوی است زیرا امکان دارد از اموال خود عامل بوده یا قرض گرفته بوده و هدیه داده لذا استفاده از چیزی که غصبی نیست اشکالی ندارد.

می‌فرمایند این احتمال هم که از محل بحث که علم اجمالی به وجود حرام است خارج است.

احتمال سوم: منشأ حکم به حلیت این باشد که استفاده از اموال عامل سلطان با وجود علم اجمالی به وجود حرام در اموال عامل که از سلطان گرفته است برای دیگران حلال است.

این احتمال می‌تواند مورد استدلال قرار گیرد برای حلیت اموال عامل سلطان و حتی اموال خود سلطان برای دیگران با وجود علم اجمالی به وجود حرام در این اموال.

قبل از بیان نقد مرحوم شیخ انصاری مقدمه‌ای را اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: دو اصطلاح خراج و مقاسمه

دو اصطلاح در مباحث مکاسب در فقه مطرح است تحت عنوان خراج و مقاسمه. تفصیل معنای این دو اصطلاح در مسأله سوم از سه مسأله خاتمه یعنی مسأله بعد خواهد آمد اما اجمالاً خراج نوعی مالیات است که حاکم بر اراضی معین می‌کند و مقاسمه نوعی مالیات است که به صورت کسر مانند یک دهم بر محصول زمین زراعی معین می‌کند. در زمان حضور امام معصوم ولایت بر این اراضی و خراج و مقاسمه در اختیار آنهاست اما در عصر غیبت و یا عدم سلطه ظاهری امام معصوم استفاده از خراج و مقاسمه را برای شیعیان حلال نموده‌اند.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید هر چند محتمل است حکم حضرت مبتنی بر احتمال اول و دوم باشد و از محل بحث خارج شود و اشکالی به مبنای ما در وجوب اجتناب نباشد اما اگر هم مستدل معتقد به احتمال سوم باشد این احتمال هم قابل استدلال نیست زیرا عملی که در قبال آن عامل از سلطان حقوق گرفته از نظر شرع احترام ندارد و مالک حقوق نمی‌شود لذا برای دیگران هم استفاده از آن حرام است. پس باید گفت علت حلیت در روایت این است که چه بسا حقوق عامل سلطان از طریق مالیات و خراج و مقاسمه به دست آمده باشد که برای شیعیان حلال شمرده شده لذا حضرت حکم به حلیت نموده‌اند.

نتیجه: اگر حضرت در صحیحی آبی ولاد حکم به حلیت فرموده‌اند به جهت حلیت خراج و مقاسمه بر شیعیان بوده یا به جهت حمل هدیه عامل سلطان بر مال حلال خودش بوده و نهایتاً روایت در مورد شک بدوی است نه علم اجمالی به وجود حرام در اموال سلطان و عمال او.

روایت دوم: صحیحہ اُبی المغرا

مقصود حمید بن مثنیٰ است. (مراجعه شود به رجال نجاشی و رجال ابن داود)

روایت سوم و چهارم: از محمد بن هشام و محمد بن مسلم و زراره

این روایات هم دال بر جواز استفاده از اموال سلطان و عامل اوست.

مرحوم شیخ انصاری در یک جمع‌بندی از مطالب گذشته در نقد این روایات طائفه دوم می‌فرمایند:

اولا: این روایات مربوط به شبهه غیر محصوره است.

ثانیا: بر فرض شمول این روایات بر صورت شبهه محصوره، حکم جواز تصرف توسط حضرت نه با وجود علم اجمالی و شبهه محصوره است بلکه به جهت حمل نمودن عمل سلطان و عمال او در اباحه تصرف برای دیگران یا تملیک به دیگران تحت هر عنوانی بر صحت (مالکیت) بوده است.

ثالثا: اگر هم منشأ حکم حضرت به جواز تصرف شبهه محصوره بودن علم اجمالی باشد باز هم می‌گوییم شبهه محصوره‌ای است که قسمتی از اطراف (اموال سلطان یا عمال او) از محل ابتلاء خارج‌اند که ما هم حکم به جواز تصرف نمودیم در حالت دوم از صورت دوم.

نکته: می‌فرمایند با بررسی این روایات روشن شد آنچه شهید ثانی در مسالک فرمودند که حکم اصحاب به جواز تصرف در خصوص جواز سلطان به جهت نص خاص است برداشت صحیحی نبوده و نص خاص بر تخصیص و استثناء جواز سلطان از حکم حرمت در شبهه محصوره‌ای که همه اطراف در محل بحث داخل‌اند نداریم.

سؤال: شمای شیخ انصاری در توجیه روایات چند بار تکرار فرمودید یکی از منشأهای حکم اُثمه به جواز حمل نمودن عمل مسلمان بر صحت است، سؤال این است که چگونه می‌توان عمل سلطان ظالم و جائز را حمل بر صحت نمود؟ نمونه‌ای هم در فقه داریم که احدی از علماء حکم نفروده به حمل نمودن عمل مسلمان بر صحت، آن مورد زمانی است که فردی علم اجمالی دارد به غصبی بودن یکی از دو کتاب نزد او و با این وجود اقدام به استفاده از کتاب می‌کند اینجا یقیناً عمل او حرام است و کسی نگفته باید عمل این مسلمان حمل به صحت شود و بگوییم تصرفش صحیح است.

پاسخ: در حمل به صحت عمل مسلمان لازم نیست حتماً فرد با تقوایی باشد بلکه همین‌مقدار

که احتمال صدور عمل صحیح به هر انگیزه‌ای چه خدایی چه ریائی از او برود کافی است.

اما مثالی که بیان کردید پاسخش این است که در آن مورد اگر احدی از فقهاء حکم به حمل بر صحت نفروده‌اند به این دلیل نیست که سلطان ظالم و یا جائز و غاصب است بلکه حکم

ظاهری شارع در این مورد فساد تصرف این فرد است و با وجود حکم شارع به فساد نمی‌توان عمل و تصرف او را حمل بر صحت کرد.

فتأمل فإن المقام لا يخلو عن اشكال ... ص ۱۸۱، س ۱۸

مرحوم شیخ در اینجا یک فتأمل دارند که شاگرد میرزا ایشان مرحوم میرزا حبیب الله رشتی که در درس مرحوم شیخ انصاری شرکت می‌کرده‌اند و در اواخر حیات شیخ انصاری تعلیقه خودشان بر مکاسب را به رشته تحریر درآورده‌اند اشاره دارند که این فتأمل نقد کلام شیخ انصاری در همین عبارت اخیرشان است و توضیح مختصری دارند مراجعه شود. (تعلیقه مکاسب ۵۱۳)

عجیب است که مرحوم کلانتر در حاشیه مکاسب ۱۷۶/۵ با وجود تصریح مرحوم شیخ انصاری به اینکه مقام خالی از اشکال نیست می‌فرمایند: "لیس المراد من التأمل النظر و الاشكال، بل الدقة و الإمعان في المطلب، حيث إنه غامض جدا."

مرحوم محقق خوئی در استدلال حمل به صحت عمل مسلمان نقدی دارند و می‌فرمایند: هر چند اصل استدلال صحیح باشد ثمره‌ای ندارد. مراجعه شود به مصباح الفقاهة ۵۰۲/۱ تحت عنوان "الثالث: أن حمل فعل المسلم على الصحة ... عبارت ایشان را یادداشت کنید و در مباحثه و سپس کلاس مطرح نمایید.

نکته: در پایان این صورت نقدی به عبارت مرحوم ابن ادریس دارند که مرحوم ابن ادریس حلی برای حکم به جواز در محل بحث تمسک به نص خاص نفرموده‌اند بلکه با قاعده استهلاک تمسک کرده‌اند که گویا مال حرام در اموال سلطان با اختلاط به حلال مستهلک شده و قابل تمییز نیست لذا تصرف در آن جایز است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند چنین قاعده‌ای نداریم که صرف استهلاک و عدم تمییز باعث جواز تصرف شود حتی در شبهه محصوره.

از اشکال به ابن ادریس استدراکی دارند که بله می‌توان گفت تعبیر استهلاک در عبارت ایشان دلالت می‌کند بر اینکه شبهه غیر محصوره است که تمییز ممکن نیست اگر مقصودشان از استهلاک غیر محصوره بودن شبهه باشد می‌توان حکم به جواز تصرف نمود.

فتأمل:

اما با امر به تأمل می‌خواهند بفرمایند این توجیه کلام ابن ادریس هم صحیح نیست که مقصودشان شبهات غیر محصوره باشد خیر ممکن است شبهه محصوره باشد و به نوعی مستهلک شود که تمییز هم ممکن نباشد اما با این وجود باید حکم به حرمت تصرف نمود بخاطر محصوره بودن شبهه. مانند اختلاط یک کیلو عدس غصبی با ده کیلو عدس حلال که قابل تمییز نیست اما تصرف در آن حرام است.

صورت سوم: علم تفصیلی دارد به غصبی بودن جائزه

صورت سوم از چهار صورت اصلی مطرح در مسأله دوم این است که فرد علم دارد به غصبی بودن جائزه‌ای که سلطان یا عمال او به فرد داده‌اند، در اینکه علم تفصیلی به غصبیت یک شیء حرمت اخذ و استفاده و وجوب اجتناب را به دنبال دارد شکی نیست اما این علم تفصیلی صوری دارد که باید به تفصیل بررسی نمود:

قبل بررسی صور مسأله مقدمه‌ای را اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: امانت شرعی و مالکی

در فقه و از جمله کتاب ودیعه شرح لمعه دو اصطلاح در مورد امانت مطرح است یکی امانت شرعی و دیگری امانت مالکی:

امانت شرعی: بعضی آن را چنین تعریف می‌کنند که: "به مالی اطلاق می‌شود که شارع، فردی را بر آن امین قرار داده است؛ چه آن مال به طور قهری در اختیار وی قرار گرفته باشد- مانند آن که باد، لباس کسی را به خانه همسایه بیندازد- یا توسط مالک آن بدون اطلاع، تحویل گیرنده شده باشد- مانند آن که کسی کیف یا صندوقی را بخرد و در درون آن مالی از فروشنده را که مورد معامله نبوده، بیابد و یا یکی از دو طرف معامله به اشتباه، کالای مورد معامله یا بهای آن را افزون بر استحقاق خویش دریافت کند- و یا آن که به اذن شارع آن مال را بردارد مانند کسی که مال گمشده‌ای را پیدا کند یا مال محترمی را که در معرض تلف است، به قصد رساندن آن به صاحبش، بردارد."

امانت مالکی: در تعریف آن نیز گفته شده: "این قسم به مالی گفته می‌شود که مالک، آن را در اختیار دیگری گذاشته است و سبب آن یا عقدی است که امانت، موضوع اصلی آن است مانند ودیعه و یا عقدی که امانت، در ضمن آن و به تبع مطرح است مانند اجاره، عاریه، مضاربه، وکالت، شرکت و رهن."

بازگرداندن امانت مالکی به صاحبش، در صورت درخواست وی یا آنچه در حکم درخواست است؛ مانند پایان یافتن مدت امانت، واجب است و نیز مبادرت به رد امانت شرعی به صاحبش هر چند مطالبه نکند، واجب است. البته برخی، بازگرداندن امانت شرعی را در صورت درخواست نکردن صاحبش، واجب ندانسته و اعلام به مالک را برای گرفتن آن کافی دانسته‌اند.

صورت اول: علم به غصبت قبل از أخذ

جائزه گیرنده قبل از گرفتن جائزه علم تفصیلی دارد به غصبی بودن آن. در این صورت چه فرد با میل خود و اختیاراً جائزه را بگیرد یا از روی تقيه و اجبار دو حالت دارد: **حالت اول:** اگر به قصد رد نمودن به صاحب حق جائزه را قبول کند اشکالی ندارد بلکه محسین خواهد بود و جائزه هم در دست او امانت شرعیه است و احکام امانت شرعیه را دارد. **حالت دوم:** با علم تفصیلی به غصبی بودن، جائزه را بدون قصد و نیت رد نمودن به صاحبش، از سلطان قبول کند که در این صورت تصرف او حرام خواهد بود زیرا تصرف در مال دیگران بدون کسب رضایت است

صورت دوم: علم به غصبت بعد از غصب

جائزه گیرنده بعد از گرفتن جائزه علم تفصیلی پیدا می کند به غصبی بودن آن: در این صورت دو قول را اشاره می کنند:

قول اول: مرحوم شیخ انصاری دو حکم را در اینجا مطرح می فرمایند:

الف: بعد از علم پیدا نمودن به غصبت واجب است نیت رد مال به صاحبش را داشته باشد. **ب:** با وجود قصد رد نمودن مال به صاحبش، ضامن هم خواهد بود، زیرا ابتدای تملک و قبول مال قصد رد مال به صاحبش را نداشت لذا قاعده ید "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" از همان ابتدای قبول باعث ضمان جائزه گیرنده شد و نیت رد به صاحب مال هم ضمان را بر نمی دارد. **قول دوم:** مرحوم سید مهدی طباطبائی (علامه بحر العلوم) در المصایب و شهید ثانی در مسالک فرموده اند اگر زمان قبول جائزه علم به غصبت نداشت ضمانی نیست چه بعداً علم پیدا کند به غصبت چه علم پیدا نکند و چه نیت رد به صاحب مال داشته باشد و چه نداشته باشد، فقط مهم این است که مال دست او تلف نشود و بالأخره سالم به دست صاحبش برسد. عبارت مسالک ۱۴۲/۳: و إن لم يعلم حالها حتى قبضها ثم تبين كونها منصوبة و لم يقصر في إيصالها إلى مالکها و لا في حفظها، لم يضمن.

مرحوم شهید ثانی استدلالشان چنین است که قبل از علم به غصبت جائزه ید جائزه گیرنده ید امانی بود و ضامن نبود حال بعد از علم به غصبت همان عدم ضمان را استصحاب می کنیم.

*** تحقیق:**

نقد تمسک به استصحاب در استدلال شهید ثانی را از مطالب بعدی مرحوم شیخ می توان برداشت نمود اما مراجعه شود به مصباح الفقاهة ۵۰۸/۱ و نقد کوتاه ایشان را ارائه دهید.

نقد کلام شهید ثانی:

مرحوم شیخ انصاری می فرماید شمای شهید ثانی فرمودید چون در حین أخذ جائزه جاهل به غصبت بوده پس ضمان در کار نیست و همان عدم ضمان را استصحاب می کنیم. سه مورد در

فقه می‌آوریم که هم مشهور همه خود شما با وجود جهل به غصبیت حکم به ضمان نموده‌اید، لذا اینجا هم باید حکم به ضمان نمایید:

مورد اول: ضمان در تعاقب ایدی علی المال المغضوب

در فقه از جمله شرح لمعه خوانده‌اید که اگر فردی مالی را غصب کرد و به کسی تملیک نمود (هدیه یا فروش) و آن فرد با علم یا با جهل به غصبیت قبول کرد و به دیگری فروخت و با علم یا جهل خریداران به غصبیت چند دست گشت، همه این افراد چه جاهل و چه عالم به فتوای مشهور از جمله شهید ثانی در مسالک ضامن‌اند و مالک اصلی به هر کدام از این افراد می‌تواند مراجعه کند، حال اگر به عالم به غصبیت مراجعه کرد چون این فرد عالم به غصبیت بوده طبق قاعده اقدام خود باید خسارت را بپردازد و اگر مالک اصلی به جاهل به غصبیت مراجعه کرد برای گرفتن خسارت، جاهل به غصبیت هم در صورتی می‌تواند به فروشنده به او که عالم به غصبیت بوده مراجعه کند که ضمان و خسارات را موقع خریدن بر عهده نگرفته باشد.

مورد دوم: ضمان متَّهب جاهل

اگر فردی هدیه‌ای قبول کند و جاهل باشد به غصبیت هدیه و هدیه در دست متَّهب (هدیه گیرنده) تلف شود مالک اصلی می‌تواند به متَّهب رجوع کند و به فتوای مشهور از جمله شهید ثانی متَّهب جاهل که مال در دست او تلف شده ضامن است.

حال در ما نحن فیه هم جائزه گیرنده جاهل بوده به غصبیت و اگر جهلش تا اتلاف جائزه استمرار داشت باید حکم به ضمان می‌کردیم اما حال که عالم شده به غصب بودن جائزه نمی‌توانیم بگوییم یقیناً ضامن نیست (لارافع یقیناً لهذا المعنی) پس عند الشک استصحاب می‌کنیم همان ضمان را.

مورد سوم: ضمان ودعی در مال مغضوب

شهید ثانی در مسالک فرموده‌اند اگر مال غصبی را نزد ودعی (قبول کننده ودیعه) به ودیعه گذاشتند ودعی حق برگرداندن ندارد و الا ضامن است و اگر به اجبار از ودعی گرفتند قواعد باب غصب اقتضاء دارد هم غاصب و هم ودعی (چون بر مال ید پیدا کرده) ضامن‌اند و مالک به هر کدام بخواهد می‌تواند رجوع کند البته خسارت بر عهده غاصب است.

مرحوم شیخ می‌فرمایند: شما که در مورد مذکور قائل به ضمان هستید در محل بحث هم همین صورت است که فرد از ظالم جائزه را قبول کرده و بعد علم به غصبیت پیدا کرده و اگر ظالم مطالبه کند جائزه را یا دست جائزه گیرنده بدون تفریط تلف شود باید بگویید ضامن است.

ذیل صورت سوم به چند فرع هم اشاره می‌کنند:

و علی‌ای حال فیجب ... ص ۱۸۴، س ۱۲

فرع اول: وجوب فوری رد به مالک

وقتی فرد جائزه گیرنده علم به غصبیت پیدا کرد واجب است رد مال به مالک آن فوراً.

فرع دوم: إقباض به مالک واجب نیست

می‌فرمایند هر چند ظاهر أدله وجوب أداء امانت به صاحب آن مانند آیه شریفه ۲۸۳ سوره مبارکه بقره: "فليؤد الذی اؤتمن أمانته" دلالت دارد بر وجوب اقباض و اعلام به مالک و در دسترس مالک قرار دادن کفایت نمی‌کند اما می‌توان وجوب أداء در أدله را در مقام بیان حرمت حبس مال مالک دانست و اینکه واجب است در مقابل مطالبه مالک تمکین کند نه اینکه مال را ببرد و در دست مالک قرار دهد. چنانکه بسیاری از فقهاء مانند علامه حلی و شهید ثانی و محقق ثانی چنین عقیده‌ای دارند.

بنابراین گیرنده جائزه حق جابجایی آن را هم ندارد چون تصرف بدون إذن مالک شمرده می‌شود، الا اینکه به مکان امن تر یا مکانی که امنیتش با مکان قبلی مساوی است منتقل کند.

و لو جهل صاحبه وجب الفحص ... ص ۱۸۵، س ۶

فرع سوم: فحص از مالک واجب است.

اگر مالک (جائزه) را نمی‌شناسد فحص واجب است مع الإمكان.

دلیل اول: گفتیم أداء امانت به معنای تمکین از مطالبه مالک و عدم حبس مال او واجب است و این تمکین واجب متوقف است بر فحص پس از باب مقدمه واجب، فحص واجب خواهد بود. دلیل دوم: این جائزه حکم مال مجهول المالک را دارد که روایت داریم بر وجوب فحص در آن.

فرع چهارم: کیفیت پذیرش ادعای مدعی مالکیت

می‌فرمایند در اینکه آیا هر ادعایی در مالکیت این مال (جائزه مغصوبه) پذیرفته است یا نه چند وجه است:

وجه اول: به محض ادعای فردی نسبت به مالکیت مال به او واگذار می‌شود.

دلیل: ادعای او معارض ندارد و قول مدعی در صورت عدم تعارض پذیرفته است.

وجه دوم: اگر اوصاف مال را توانست اشاره کند به او واگذار می‌شود.

دلیل: در باب لقطه روایات می‌گویند بیان اوصاف لازم است اینجا هم در حکم لقطه است.

وجه سوم: باید از طرق شرعی و بینه و شاهد مالکیت ثابت شود.

دلیل: یقین داریم به وجوب أداء به مالک اگر به فردی که غیر از طرق شرعی ادعای مالکیت کند و مال به او واگذار شود شک داریم در انجام تکلیف، اشتغال یقینی به وجوب أداء یستدعی الفراغ الیقینی و با طریق غیر شرعی فراغ ذمه حاصل نمی‌شود قاعده اشتغال می‌گوید چنین واگذاری مسقط تکلیف وجوب أداء نیست. (استصحاب بقاء وجوب أداء)

*** تحقیق:**

مرحوم محقق خوئی وجه سوم را می‌پذیرند و وجه چهارمی هم اشاره دارند اما غیر وجه سوم (قاعده اشتغال) مابقی وجوه را به اختصار نقد می‌کنند. مراجعه شود: مصباح الفقاهة ۵۱۴/۱

فرع پنجم: هزینه فحص از مالک بر عهده کیست؟

اگر فحص از مالک نیاز به پرداخت هزینه داشته باشد پرداخت آن بر عهده کیست؟ احتمال اول: ظاهراً بر گیرنده جائزه چیزی واجب نیست، بلکه بر عهده حاکم شرع است که از اصل مال بردارد.

احتمال دوم: پرداخت این هزینه بر آخذ واجب است زیرا فحص بر او واجب است و پرداخت مال مقدمه واجب او حساب می‌شود و بر عهده آخذ است.

فرع ششم: مقدار زمان فحص

در مقدار زمانی که فحص واجب است دو قول است:

قول اول: مشهور معتقدند یک سال فحص واجب است.

قول دوم: مرحوم شیخ انصاری معتقدند فحص تا زمانی واجب است که مأیوس از پیدا کردن مالک نباشد و با حصول یأس دیگر فحص واجب نیست. دلیلشان أصالة البرائة است که وقتی از پیدا کردن مالک مأیوس شد شک در اصل تکلیف دارد که آیا خطاب وجوب فحص متوجه او هست یا نه (در صورت یأس توجه خطاب وجوب فحص به چنین فردی لغو خواهد بود) شک در اصل تکلیف است و محل جریان أصالة البرائة.

فرع هفتم: بعد از یأس وظیفه چیست؟

در اینکه بعد از فحص یک سال یا فحص و یأس وظیفه چیست چند قول است که مرحوم شیخ انصاری بعد از بیان سه قول به تبیین نظریه خودشان می‌پردازند: قول اول: مشهور قائلند باید صدقه داده شود.

دلیل: مستند این قول روایت مرسله‌ای است که شهرت عملی اصحاب جابر ضعف سند آن است. برای این روایت چندین مؤید هم ذکر می‌کنند.

قول دوم: واجب است به عنوان امانت نزد خویش نگاه دارد و برای بعد موت خود هم وصیت کند.

نقد: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند چنین حکمی منجر به تلف شدن مال می‌شود زیرا چه بسا مالک پیدا نشود و بر اثر گذشت زمان زیاد مال خود بخود مستهلک شده و از بین برود در حالی که اگر صدقه داده شود لااقل یقین به بهره‌مندی مالک از اجر و پاداش اخروی دارد.

قول سوم: جائزه محل بحث مال مجهول المالك است که ملک امام است.

دلیل: روایت داود بن ابی یزید که حضرت می‌فرمایند: والله ما له صاحب غیری.

* تحقیق:

مرحوم خوئی در مصباح الفقهاة ۵۱۸/۱ استدلال به این روایت را رد می‌کند
سندا و دلالتا. نقد دلالی ایشان را نقادی کنید.

مرحوم شیخ بازمی‌گردند به مؤیدات قول اول و غیر از روایات سایر مؤیدات را نقد می‌فرمایند:
مؤید اول: تصدق، احسان به مالک است.

نقد: می‌فرمایند: این گونه نیست که هر احسانی در مال غائب جایز باشد.
مؤید دوم: تصدق، اقرب طرق الإیصال است.

نقد: می‌فرمایند: بهترین راه رساندن مال به مالک صدقه دادن از طرف او نیست بلکه بهترین راه
واگذار کردن مال به حاکم شرع است چرا که از نظر شرع او ولی غائب است و با وجود ولیّ
مالک نباید خودسرانه تصمیم گرفت.

البته شیخ در ص ۱۹۵ در پاراگراف اول ذیل فرع یازدهم باز به همین دو مؤید تمسک میکنند.
مؤید سوم: شهادت حال مالک

نقد: اینکه حال و وضعیت مالک چنین باشد که چون مال خود را از دست داده پس راضی است
که از طرف او صدقه دهند هم قابل پذیرش نیست، زیرا در موارد متعددی مالک تا آخر عمر هم
امید به پیدا شدن مالش دارد و چه بسا مالک از اهل سنت و یا ذمی باشد و راضی نباشد به
تصدق مال به فقیر شیعه.

بعد از این سه قول مرحوم شیخ انصاری نظریه خود را در ضمن دو مطلب تبیین می‌فرمایند:

مطلب اول: مقتضای قاعده اولیه در مسأله چیست؟

صرف نظر از روایات باید دید قاعده اولیه طبق کلیات احکام شرعی در مسأله چه اقتضایی دارد
و سپس مؤدای روایات را بررسی نمود.

اما قاعده اولیه در مسأله این است که با وجود ولی مالک که حاکم شرع است آخذ و گیرنده
جایزه حق تصمیم خودسرانه هر چند به تصدق را ندارد و باید مال را به حاکم شرع واگذار کند و
حاکم شرع بعد از فحص و بررسی دو حالت دارد:

حالت اول: به این نتیجه می‌رسد که مالک راضی به تصدق است، صدقه می‌دهد و یا راضی به
حفظ مال است برای او حفظ می‌کند.

حالت دوم: اگر به نتیجه نرسید مخیر است بین تصدق و امساک.

اما احتمال قوی دارد که در حالت دوم بگوییم امساک بر حاکم شرع واجب است (لأصالة الفساد)
زیرا صدقه از عبادات است یعنی رکن آن قصد قربت است و با وجود شک در رضایت مالک به
تصدق توسط حاکم شرع، تحقق قصد قربت ممکن نیست و چنین صدقه‌ای باطل خواهد بود و
باقی می‌ماند وجوب امساک.

مطلب دوم: هر چند قاعده اولیه بعد از فحص و یأس از پیدا نمودن مالک امر را به حاکم شرع واگذار می‌کند با دو حالتی که بیان شد اما برای بررسی روایات خاصه می‌گوییم بعد از فحص و یأس سه کار ممکن است فرض شود:

۱- تصدق به مال.

۲- امساک آن تا زمان پیدا شدن مالک.

۳- واگذار نمودن به حاکم شرع.

از طرفی امساک و حفظ آن باید یا با رضایت مالک یا شارع باشد و دلیلی بر این رضایت نداریم لذا باید گفت بعد از یأس دو راه باقی می‌ماند: یا به حاکم شرع به عنوان ولی مال مجهول المالک واگذار کند یا صدقه دهد چرا که تخییر بین این دو راه مقتضای جمع بین روایات تصدق و روایات ولایت فقیه بر این موارد است.

اشکال: چرا قائل به تخییر بین واگذاری به حاکم شرع و تصدق می‌شوید در حالی که روایت تصدق نص و تصریح به وجوب تصدق‌اند و روایات ولایت فقیه ظهور در ولایت فقیه بر موارد عدیده‌ای دارد از جمله مال مجهول المالک و نص بر ظاهر مقدم و معینا تصدق واجب است. جواب اول: مقصود از واگذار کردن به حاکم، به عنوان ولی مال مجهول المالک و تصمیم گیرنده مستقل نیست که منافات با روایات وجوب تصدق داشته باشد بلکه مقصود دادن به حاکم شرع به نمایندگی از فقراء و صرف در محل مصرف این صدقه است که می‌شود مؤدای همان روایات وجوب تصدق و دادن به حاکم هم مساوی می‌شود با صدقه دادن به فقیر.

جواب دوم: روایات وجوب تصدق فقط این نکته را می‌رسانند که امام علیه السلام تصدق را مجاز شمرده‌اند و یا محل مصرف چنین جائزه‌ای را بعد از فحص و یأس از مالک بیان می‌کنند که صدقه باشد و توجهی به این نکته در روایات نیست که صدقه دهنده چه کسی باشد آخذ مال یا حاکم شرع پس روایات تصدق دلالت بر انحصار تصدق توسط آخذ ندارد بلکه می‌گوید واجب است تصدق حال چه توسط آخذ صدقه داده شود یا توسط حاکم شرع بر اساس عمومات ولایت فقیه.

موارد متعددی در شریعت داریم که وظیفه شرعی روشن است اما باید با اذن حاکم شرع باشد مانند وجوب اقامه بینه بر مدعی یا وجوب قسم دادن مدعی در صورت رد نمودن قسم توسط منکر و یا در مورد تقاصّ که در همه این موارد این احکام به صورت نص واجب شده‌اند اما تحقیقشان در خارج باید با اذن حاکم شرع باشد و تنافی بین وجوب إقامة بینه یا إحلاف یا مقاصّة و اذن حاکم شرع نیست.

و کیف کان فالأحوط ... ۱۹۳/۲

نظریه مرحوم شیخ انصاری بعد از یأس

می‌فرمایند با توجه به روایاتی مانند روایت داود بن أبی یزید که می‌گفت مجهول المالک ملک امام است و با توجه به اینکه در زمان غیبت، حاکم شرع و ولی فقیه نائب عام امام است بهتر است وجوب تصدق در محل بحث یا با إذن حاکم شرع انجام شود یا مال به حاکم واگذار شود.

فرع هشتم: تعذر ایصال به مالک معلوم

می‌فرمایند اگر مالک اصلی این جائزه سلطان را می‌شناسد اما به جهت عذری نمی‌تواند به او بدهد در این صورت حکم جائزه مجهول المالک یا مردد بین افراد غیر محصوره را دارد و به نظر مشهور باید آن را بعد از یک سال تعریف صدقه دهد و به نظر ما بعد از یأس از پیدا کردن مالک به حاکم شرع واگذار کند.

فرع نهم: مستحق این صدقه فقیر است.

مستحق دریافت این جائزه سلطان به عنوان صدقه در موردی که آخذ (جائزه گیرنده) علم تفصیلی دارد به حرمت این جائزه، فقیر است.

دلیل: در روایات امر به صدقه شرائط خاصی برای صدقه گیرنده بیان نشده و عنوان صدقه انصراف دارد به اینکه گیرنده صدقه فقیر باشد.

فرع دهم: آیا این صدقه را می‌توان به فقراء از سادات تقدیم کرد؟

جواب: در این مسأله دو قول را بدون انتخاب نظریه مطرح می‌فرمایند:

قول اول: بله، زیرا آنچه بر سادات حرام است صدقه واجب است مانند زکات که به تعبیر آیات و روایات آلودگی اموال است که با دادن زکات پاک می‌شود (خُدْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيَهُمْ بِهَا سوره مبارکه بقره آیه ۱۰۳) اما صدقه محل بحث هر چند آدانش بر آخذ جائزه واجب است اما اصل این است که از طرف مالک پرداخت می‌شود و پرداخت صدقه بر مالک اصلی واجب نبوده بلکه بر مالک اصلی مستحب است و صدقه مستحب را می‌توان به فقراء از سادات هم داد.

قول دوم: خیر، این صدقه، صدقه واجب است و نمی‌توان به فقراء از سادات داد زیرا: اولاً: صدقه دادن این مال به حکم شارع واجب شده و مخاطب وجوب هم آخذ جائزه است و اصلاً در این بحث حکمی متوجه مالک اصلی نیست و هر چه هست وجوبی است که بر عهده آخذ آمده.

ثانیاً: معلوم نیست که نهایتاً این تصدق از طرف مالک شمرده شود زیرا ممکن است مالک پیدا شود و راضی به تصدق نباشد، لذا یک حکم تکلیفی وجوب است و مخاطب آن هم آخذ و متصدّق است.

فرع یازدهم: اگر مالک راضی به صدقه نشد وظیفه چیست؟

در محل بحث اگر مالک بعداً پیدا شد و رضایت نداد به صدقه و مال خود را مطالبه نمود در مورد ضمان متصدّق سه قول است:

قول اول: ضامن است مطلقاً. (مطلقاً در مقابل تفصیل در قول سوم است)

قول دوم: ضامن نیست مطلقاً.

قول سوم: اگر سبب ضمان (آخذ به نیت تصرف) را محقق ننموده ضامن نیست.

مرحوم شیخ انصاری ابتدا دلیل قول دوم را مطرح می‌فرماید:

دلیل قول دوم:

اولاً: بعد از پرداخت جائزه به عنوان صدقه و پیدا شدن مالک شک می‌کند آیا تکلیف وجوب رد مال به مالک دارد یا نه شک در اصل تکلیف است و أصالة البرائة جاری است.

ثانیاً: اصل در صدقه لزوم است یعنی به محض اینکه صدقه در دست فقیر قرار گرفت مالک می‌شود و متصدّق نمی‌تواند از صدقه خود منصرف شود و صدقه هم که از طرف مالک داده شده امکان ندارد که از طرف فرد دیگر (آخذ صدقه دهنده) حساب شود.

دلیل قول اول: قول به ضمان مطلقاً با استفاده از قاعده فقهی من أتلّف مال الغير و تصوّر یک صغری و کبری حکم به ضمان می‌کند به این بیان که:

صغری: صدقه دادن بدون رضایت مالک از مصادیق اتلاف مال دیگران است.

کبری: قاعده فقهی می‌گوید من أتلّف مال الغير فهو له ضامن.

نتیجه: صدقه دهنده ضامن است.

اشکال: چگونه فرد ضامن باشد در حالی که با اجازه و امر شارع از طرف مالک صدقه داده بود؟
جواب: شارع با همین شرط به او اذن تصدق داده بود که صدقه دهد و اگر مالک پیدا شد ضامن است. چنانکه در لقطه و ودیعه غصبی هم اذن به تصدق داده با ضمان.

بله اگر یک دلیل لفظی می‌داشتیم که امر به تصدق می‌نمود و اشاره‌ای به ضمان نداشت از سکوت شارع نسبت به ضمان اطلاق برداشت می‌نمودیم و حکم به عدم ضمان می‌کریم اما چنین دلیل لفظی هم نداریم که بتوان اطلاق برداشت نمود.

و لكن یضعف هذا الوجه ... ص ۱۹۴، س ۱۵

نقد دلیل قول به ضمان:

اولاً: ظاهر قاعده من ائلف می‌گوید اتلاف علت تامه است برای ثبوت ضمان، در حالی که در ما نحن فیه قطعاً اتلاف علت تامه ضمان نیست بلکه در صورتی است که مال تلف شده (صدقه داده شده) و مالک هم رضایت ندهد پس نمی‌توان از قاعده من ائلف برای ضمان استدلال نمود.

اگر هم بگویید اینجا علت تامه وجود ضمان اتلاف است اما اتلاف مشروط به عدم اجازه مالک که اگر تلف شد ضامن است اما به شرط اینکه مالک هم رضایت ندهد به تصدق.

باز هم می‌گوییم قاعده من ائلف فقط این را ثابت می‌کند که اتلاف مال دیگران ضمان آور است نه اینکه اتلاف مشروط به عدم رضایت موجب ضمان باشد. پس در قاعده من ائلف شرط عدم رضایت نیست و برای این شرط باید دلیل اقامه کنید.

اشکال: ممکن است به این نقد شیخ انصاری که قاعده من ألتف می گوید علت ضمان اتلاف است نه اتلاف مشروط به عدم رضایت مالک، اشکال شود و گفته شود که صدقه دهنده (گیرنده جائزه) به محض تصدق به حکم قاعده من ألتف ضامن است و اتلاف علت تامه ضمان است اما اگر مالک بعدا اجازه داد این ضمانت از عهده متصدّق برداشته می شود و اگر اجازه و رضایت نداد فرد همچنان ضامن است. نتیجه اینکه هم قاعده من ألتف علت تامه شد برای ثبوت ضمان هم رضایت و عدم رضایت مالک تأثیر در ضمان و عدم ضمان دارد.

جواب: مرحوم شیخ انصاری با یک **فتاامل** جواب می دهند که می توان با توجه به عبارت خود ایشان در صفحه بعد در فرع دوازدهم توضیح داد که این اشکال را وارد نمی دانند زیرا در اینکه منشأ ضمان در محل بحث چیست آیا به مجرد تصدق ضمان می آید یا بعد از عدم رضایت مالک ضمان می آید اختلاف مبنا وجود دارد و چه بسا بر صرف تصدق اتلاف صدق نکند بلکه زمانی اتلاف صادق است که فرد رضایت ندهد پس باز هم علت تامه ضمان اتلاف نخواهد بود. **ثانیا:** هر چند کبرای استدلال شما یعنی قاعده من ألتف را قبول داریم اما محل بحث ما صغرای برای این قاعده نیست زیرا در محل بحث ما صدقه دادن اتلاف نیست بلکه گفتیم احسان است و أقرب طرق الإیصال به مالک است نه اتلاف مال.

اشکال: به این نقد دوم شیخ اشکال شده که شمای شیخ می گوید چون صدقه هست پس اتلاف نیست و در نتیجه قاعده من ائتلف جاری نیست ما می گوییم صدق عنوان صدقه مشروط است به اجازه مالک، اگر مالک تصدق را اجازه داد صدقه صحیح است و دیگر اتلاف نیست اما اگر اجازه نداد دیگر صدقه نیست و اتلاف محقق می شود و طبق قاعده من ائتلف باید آخذ و صدقه دهنده را ضامن دانست. این مورد نظیری هم در فقه دارد که بیع فضولی باشد چنانکه در بیع فضولی عنوان بیع مشروط به اجازه مالک است اینجا هم عنوان صدقه مشروط به اجازه مالک است.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می فرمایند نمی توان محل بحث را به بیع فضولی قیاس نمود زیرا در بیع فضولی فقهاء فتوا می دهند که اگر مالک به بیع رضایت نداد و اصل جنس دست خریدار باقی است مالک می تواند اصل جنس را مطالبه کند و پس بگیرد در حالی که در صدقه بعد از تصدق مال ملک فقیر است و صدقه لازم است و احدی از فقهاء قائل نشده اند به جواز رجوع به فقیر و پس گرفتن مال.

اشکال دوم: مستشکل برای دفاع از اشکال قبل که گفت صدق صدقه مشروط به اجازه مالک است می گوید شاهد دیگری بر صحت این شرط در صدقه داریم که روایت حفص بن غیاث باشد زیرا در این روایت تصریح شده ثواب صدقه مشروط به اجازه مالک است یعنی اگر اجازه داد تصدق را ثواب از او است و اگر اجازه نداد ثواب از صدقه دهنده است، پس اگر ثواب

می‌تواند مشروط به اجازه مالک باشد اصل صدق صدقه هم می‌تواند مشروط به اجازه مالک باشد.

جواب: مرحوم شیخ می‌فرمایند با دقت در آن روایت هم روشن می‌شود که مال تلف نشده بلکه صدقه محقق شده اما ثواب آن برای چه کسی باشد روایت می‌گوید به انتخاب مالک است اما بالأخره صدقه صادق است و تلفی در کار نیست.

و کیف کان ... ۱۹۵/۱

می‌فرمایند بعد از رد أدله ضمان باید گفت دلیلی بر ضمان صدقه دهنده وجود ندارد. البته دلیل ما بر عدم ضمان اجازه شارع به تصدق نیست زیرا ممکن است شارع هم اذن دهد به تصدق و هم حکم به ضمان کند.

پس بعد از رد أدله ضمان اگر شک کردیم در اینکه آیا صدقه دهنده در صورت عدم رضایت مالک ضامن است یا نه باید به اصول عملیه مراجعه نمود. اما اصالة البرائة نمی‌توان جاری نمود زیرا همان ابتدا که جائزه را به نیت تصرف و مالکیت گرفت و نمیدانست غصبی است ضمان آمد و چون یقین سابق به ضمان بوده محل جریان استصحاب است نه برائت زیرا شکی در اصل ضمان نداریم بلکه یقین داریم همان ابتدای قبول جائزه ضمان آمد شک داریم در از بین رفتن ضمان، استصحاب می‌کنیم ضمان را. بله اگر مالک تصدق را اجازه می‌داد یقیناً ضمان نبود و شکی هم نداشتیم که استصحاب جاری کنیم اما زمانی که مالک اجازه نداده شک در ضمان داریم و محل إجراء استصحاب ضمان است.

نظریه نهایی مرحوم شیخ در فرع یازدهم و مسأله ضمان با عدم رضایت مالک می‌فرمایند هر چند علی القاعده باید گفت هر جا سبب ضمان محقق شود متصدّق ضامن خواهد بود و الا فلا و سبب ضمان در جایی محقق می‌شود که فرد به نیت تملک و تصرف جائزه را از سلطان بگیرد پس علی القاعده باید قائل به تفصیل بین أخذ به نیت تملک و أخذ به نیت رد به مالک شویم که در صورت اول ضامن است و در صورت دوم ضامن نیست. اما بهترین حکم در مسأله جائزه‌ای که علم به غصبیت پیدا کرده و بعد از یأس (به نظر شیخ انصاری و یک سال تعریف به نظر مشهور) صدقه داده است فتوای به ضمان است مطلقا (چه أخذ به نیت رد باشد و چه به نیت تملک) سه دلیل بر این مدعا اقامه می‌کنند:

دلیل اول: تمسک به استصحاب

قبل از بیان دلیل باید دو مقدمه اصولی بیان شود:

مقدمه اصولی اول: تقدم استصحاب بر اصل برائت

مرحوم شیخ انصاری در رسائل ٣/٣٨٧ در عنوان تعارض استصحاب با سایر اصول عملیه، استصحاب را مقدم می‌دانند، و در دلیل تقدم استصحاب بر أصالة البرائة (برائت عقلی و شرعی) می‌فرمایند: موضوع برائت عقلی حکم عقل به قبح عقاب بلا بیان است پس باید در شک در اصل تکلیف برائت جاری کرد می‌گوییم أدله استصحاب بیان هستند و باعث می‌شوند موضوع برائت عقلی از بین برود و جاری نشود. در برائت شرعی هم که روایاتی می‌گویند "کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی" می‌گوییم أدله استصحاب همان نهی هستند که می‌گویند لا تنقض الیقین بالشک و حق ارتکاب و إجراء برائت از تکلیف نداری.

حال اگر در موردی هم استصحاب جاری بود هم أصالة البرائة در تعارض استصحاب با برائت، استصحاب مقدم است لكن بعضی تعبیر می‌کنند چون استصحاب اماره است بر اصل عملی (برائت) مقدم است و بعضی تعبیر می‌کنند چون استصحاب اصل عملی محرز است بر سایر اصول عملیه مقدم است.

* تحقیق:

به رسائل ٣/٣٨٧ مراجعه نموده و دلیل تقدم استصحاب بر برائت عقلی را مطالعه و مباحثه نمایید.

مقدمه اصولی دوم: قول به عدم فصل

یکی از عناوینی که در مباحث اصولی و استدالات فقهی به کار می‌رود دو عنوان قول به عدم فصل و عدم قول به فصل است. محل بحث از این دو اصطلاح در علم

اصول در مباحث اجماع و اجماع مرکب و اجماع سکوتی است. اما اجمالا عدم قول به فصل به این معنا است که در موضوع خاص و جزئی دو قول بیشتر بین فقهاء نباشد و کسی قائل به قول سوم و تفصیل (در مقابل قول به وجود مطلقا و عدم مطلقا) در آن مسأله نباشد. قابل توجه است که آنچه می‌تواند در استدلال بکار آید قول به عدم فصل است نه عدم قول به فصل.

*** تحقیق:**

برای نقد "عدم قول به فصل" به اصول فقه ۱۹۷/۲ (باب هشتم: قیاس، در بررسی دلیل حجیت قیاس از اجماع و نقد اجماع سکوتی) مراجعه کرده و آن را مباحثه کنید. برای اثبات ضمان مطلقا در هر دو حالت نیت تملک و نیت رد به استصحاب تمسک می‌کنند:

حالت اول: فرد از همان ابتدا به جهت چهل به غصبیت به نیت تملک مال را أخذ کرد در این حالت چون نیت تملک نسبت به مال غصبی داشته، از ابتدای أخذ یقینا سبب ضمان محقق شده و بعد از تصدق شک می‌کنیم در ضمانت این فرد استصحاب می‌کنیم ضمان یقینی سابق را. البته اینجا اگر کسی بخواهد بعد از تصدق و عدم رضایت مالک برائت از تکلیف نسبت به رد مال به مالک جاری کند و عدم ضمانت را نتیجه بگیرد می‌گوییم استصحاب چون اصل محرز است بر سایر اصول عملیه مقدم است.

حالت دوم: اگر فرد از ابتدای أخذ جائزه نیت رد مال به مالک داشته، سبب ضمان محقق نشده و نمی‌توان استصحاب ضمان جاری کرد اما از آنجا که قول به تفصیل قائل ندارد و اُحدی از علما در حکم به ضمان یا عدم ضمان تفصیل نداده‌اند بین نیت رد و نیت تملک از عدم قول به فصل، نتیجه می‌گیریم چنانکه در نیت تملک ضمان را استصحاب می‌کنیم، در این حالت دوم (نیت رد به مالک) هم به کمک عدم قول به فصل، استصحاب ضمان را جاری و مقدم بر برائت می‌دانیم.

دلیل دوم: مرسله سرائر

مرحوم ابن ادریس در سرائر روایت مرسله‌ای را نقل می‌کنند که مرحوم شیخ در ابتدای فرع هفتم در چند صفحه قبل فرمودند: "فهی مرسله مجبورة بالشهرة المحققة". عبارت سرائر در ۲/۲۰۴ چنین است: "قد روی أصحابنا أنه يتصدق به عنهم، و يكون ضامنا إذا لم يرضوا بما فعل"

دلیل سوم: تمسک به خبر ودیعه.

مقصود از خبر ودیعه روایت حفص بن غیاث در صفحه ۱۸۷ است که می‌فرمایند هر چند موضوع در روایت ودیعه غصبی بود و ما در حکم مقدار زمان تعریف مال برای پیدا کردن مالک گفتیم حکم تعریف یک سال به ودیعه و لقطه که در روایت آمده اختصاص دارد و به محل

بحث سرایت نمی‌دهیم اما می‌توان حکم ضمانت در صورت عدم رضایت مالک را که در روایت تصریح شده بود به محل بحث سرایت داد و ضمان مطلق را نتیجه گرفت.

فرع دوازدهم: ابتدای ضمان از چه زمانی است؟

مرحوم شیخ انصاری پس از اینکه مطلقاً قائل به ضمان شدند (چه به نیت رد گرفته باشد یا به نیت تملک) به بررسی ابتدای حدوث ضمان می‌پردازند و سه مبنا را با أدله‌شان بیان می‌کنند و نظر نمی‌دهند:

مبنای اول: با صدقه دادن فرد ضامن می‌شود و در صورتی بریء الذمه می‌شود و ضمانت مرتفع می‌گردد که مالک رضایت دهد به تصدق.

دلیل اول: سبب حصول ضمان اتلاف و از بین بردن ملکیت افراد است لذا به محض صدقه دادن این مال ملکیت مالک بر این مال از بین رفته و در حکم تلف است لذا از حین تصدق ضامن است.

دلیل دوم: استصحاب، از زمانی که به نیت تملک جائزه را گرفت ضمانت آمد و هر چند وظیفه‌اش تعریف و بعد از آن تصدق است ولی تا زمانی که صدقه نداده می‌تواند به مالک بازگرداند و خود را بریء الذمه نموده و از ضمان خارج کند اما وقتی صدقه داد شک دارد در ضامن بودن خود، استصحاب می‌کند ضمان را.

مبنای دوم: از زمانی که مالک اعلام عدم رضایت کند آخذ ضامن است.

دلیل: أصالة عدم الضمان قبل الرد. ضمانت دائر مدار رضایت و عدم رضایت مالک است و تا زمانی که مالک تصدق را رد ننموده اصل بر عدم تحقق ضمان است و زمانی که مالک اعلام عدم رضایت کرد از همان زمان ضامن محقق می‌شود.

مبنای سوم: اعلام عدم رضایت از تصدق توسط مالک کشف می‌کند متصدق از زمان تصدق ضامن بوده است.

دلیل: روایت حفص بن غیاث که حکم می‌کند به تصدق مال مجهول المالک و ثبوت ضمان از حین تصدق. پس ثبوت ضمان از حین تصدق است اما تا مالک اعلام عدم رضایت نکرده حکم به ضمان نمی‌کنیم زیرا ممکن است راضی به تصدق باشد و دیگر ضمانی در کار نباشد.

فرع سیزدهم: آیا حق اجازه یا رد مالک به ورثه او منتقل می‌شود؟

در صورتی که مالک قبل اعلام رضایت یا عدم رضایت از تصدق فوت شود، آیا حق اجازه یا رد تصدق به ورثه منتقل می‌شود؟ دو احتمال است:

احتمال اول: بله، زیرا این هم حقی است مانند سایر حقوق میت که به ورثه‌اش منتقل می‌شود.

احتمال دوم: خیر، زیرا آنچه حق مالک بوده عین مال بوده که آن هم با تصدق از ملک مالک خارج شده و مالک حقی در عین مال ندارد، حال نسبت به اینکه آیا حق اظهار نظر در بدل از

عین مال یا قیمت آن برای چه کسی است، قدر متیقن این است که خود مالک حق در بدل و قیمت دارد نه ورثه او.

فرع چهاردهم: اگر مالک بعد موت متصدق اعلام عدم رضایت کند باز هم متصدق ضامن است. اگر آخذ بعد از تصدق از دنیا رفت، و بعد از آن مالک تصدق را رد نمود باز هم متصدق ضامن است و از اصل ترکه او مانند سایر دیونش باید پرداخت شود.

بعد از اینکه در این چند فرع اخیر به مسأله ضمان متصدق حکم کردند می‌فرمایند:

اگر آخذ خود صدقه ندهد بلکه به حاکم شرع واگذار کند حکم چیست؟

در اینجا مسأله دو صورت دارد:

صورت اول: آخذ بعد از فحوص و یأس از پیدا نمودن مالک مال را برای تصدق به حاکم شرع واگذار کرد و حاکم شرع هم صدقه داد، در این صورت دو احتمال است:

احتمال اول: آخذ ضامن نیست، زیرا وظیفه خود را در فحوص انجام داده و طبق دستور شرع مال را به ولی مال مجهول المالک واگذار نموده حاکم شرع هم تصرفاتش از طرف مالک خواهد بود و مشروع لذا همه چیز طبق قاعده انجام شده.

احتمال دوم: آخذ ضامن است. ضمان را با بیان چند نکته نتیجه می‌گیرند:

نکته اول: لزوم جبران خسارت بر آخذ از جهت ضمانت نسبت به مال مجهول المالک نیست. **نکته دوم:** لزوم جبران خسارت بر آخذ به جهت تصرف بی جا در مال دیگران نیست بلکه آخذ هم مانند حاکم شرع از طرف شارع اجازه داشته مال را صدقه دهد. شاهد این اجازه و ولایت آخذ بر تصدق این است که شارع حکم نفرموده بعد از اینکه مالک تصدق را رد نمود و اعلام عدم رضایت کرد باید مال از فقیر پس گرفته شود خیر چون تصدق صحیح و شرعی بوده لذا مال پس گرفته نمی‌شود.

نکته سوم: نتیجه این است که لزوم جبران خسارت بر آخذ متصدق یک حکم شرعی مستقل است و ارتباطی به ضمانت مال و اتلاف مال دیگران ندارد. در اینجا هر چند با مالک واگذار کرده و مالک صدقه داده باز هم خود آخذ باید خسارت را جبران کند زیرا بعد از فحوص تصدق وظیفه خود او بوده و حاکم شرع وکیل آخذ در تصدق بوده است لذا جبران خسارت بر عهده موکل (آخذ) است.

صورت دوم: بعد از آخذ چنین جائزه‌ای و قبل از فحوص از مالک مال را برای فحوص و تصدق کلاً به حاکم شرع واگذار کرد، دیگر هیچ ضمانی متوجه آخذ نیست زیرا حکم شرعی فحوص و تصدق بر عهده حاکم شرع است و و ضمانت هم بر عهده خود اوست.

صورت چهارم: علم اجمالی دارد به اشتغال جائزه بر حرام

گیرنده جائزه علم اجمالی دارد به وجود حرام در جائزه یعنی وجود اصل حرام را می‌داند اما امر بر او مشتبه شده که چه مقدار و کدام قسمت این جائزه حرام است؟ این اشتباه و مشتبه شدن امر نسبت به حرام دو قسم است:

قسم اول: حرام به نحو اشاعه و اشتراک است (مانند یک سوم از یک اسب) چهار صورت دارد: صورت اول: هم مقدار مشاع و هم مالک آن معلوم است مثل اینکه می‌داند یک سوم غصبی و ملک زید است. اینجا وظیفه أداء حق دیگران است.

صورت دوم: هم مقدار مشاع مجهول است هم مالک آن. محل بررسی حکم این صورت در کتاب الخمس است اما اجمالاً مشهور قائلند به إخراج خمس.

صورت سوم: مقدار حرام در جائزه معلوم است اما مالک آن مجهول است، حکم این مسأله در صورت سوم از چهار صورت اصلی بحث گذشت.

صورت چهارم: مقدار حرام مجهول است اما مالک را می‌شناسد، وظیفه در این صورت مصالحه با مالک است.

قسم دوم: حرام به نحو مستقل است نه اشاعه مانند اینکه یک کتاب غیر معین در بین چند کتاب که جائزه گرفته حرام و غصبی است. در این قسم یا باید با قرعه تکلیف را روشن نمود که القرعة لكل امر مشتبه، یا باید همه جائزه را بفروشد و به نسبت به مقدار غصبی با مالک آن شریک خواهند بود.

ذیل صورت چهارم به دو نکته اشاره دارند:

نکته اول: جائزه، هدیه و هر آنچه از ظالم و سلطان جائز گرفته شود از دو جهت بررسی می‌شود: جهت اول: حکم صرف أخذ چنین مالی به عنوان یک فعل اختیاری ممکن است یکی از احکام خمس تکلیفیه باشد مانند سایر افعال اختیاری که یکی از احکام خمس را دارا است.

جهت دوم: حکم أخذ آن مال از جهت خود آن مال یا حرمت است یا کراهت یا وجوب

نکته دوم: تمام چهار صورت اصلی در بحث جوائز السلطان در مورد حکم جائزه گیرنده بود اما در اینجا می‌خواهند چند حکم را در مورد احکام اموال غصبی در دست سلطان ظالم بیان کنند:

حکم اول: اگر عین مال غصبی در دست ظالم است واجب است رد آن به مالک

حکم دوم: اگر مال غصبی را تلف نموده ذمه او مشغول است به أداء خسارت به مالک و مانند سایر دین‌های او باید أداء شود تا بریء الذمه گردد.

حکم سوم: اگر ظالم قبل أداء دیون از دنیا رفت وظیفه چیست؟

قول اول: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید مقتضای قاعده وجوب أداء دین این است که باید این دیونی که به زور و غصب بر ذمه خود آورده از اصل مال و ترکه او پرداخت کنند قبل تقسیم

بین ورثه و قبل از عمل به وصایای مالی او.

قول دوم: مرحوم کاشف الغطاء معتقدند که چنین اموالی را که غصب نموده حکم دیون را ندارد یعنی نباید از اصل ترکه خارج شود بلکه اگر وصیت کرده بود به أداء این دیون نافذ است و عمل می‌شود لکن وصیت میت فقط در ثلث مال نافذ است و ما بقی مال ملک ورثه است. و اگر وصیت نکرده همه اموال به ورثه می‌رسد و این نوع اموال از سایر دیون میت که از ترکه باید پرداخت شود فرق می‌کند. ایشان به سه دلیل تمسک می‌کنند:

دلیل اول: دین که در روایات فرموده‌اند بعد موت اول باید دیون خارج شود سپس مابقی بین ورثه تقسیم شود انصراف دارد به دیونی که با رضایت فرد مدیون شده است یعنی مثلاً قرض یا امانت گرفته بوده و پس نداده و شامل موردی نمی‌شود که از روی ظلم و غصب گرفته باشد.

دلیل دوم: روایات باب وصیت و میراث می‌گویند وصیت میت در یک سوم اموالش نافذ است و یا می‌گویند بعد موت اموال ملک ورثه است و نص خاص داریم که اگر فرد مدیون به دیگران باشد باید ابتدا از اصل ترکه دیونش خارج شود و سپس ارث تقسیم شود یا به وصیت عمل شود، اما در مورد مظالم العباد نصی نداریم که بگویید ابتدا مظالم العباد از اموال و ترکه ظالم خارج شود سپس باقی مانده تقسیم شود بین ورثه.

دلیل سوم: سیره مستمره متشرعه است در اینکه دیون و بدهکاری هایی مانند قرض را از اصل ترکه خارج می‌کنند اما در صورتی اموالی را بابت رد مظالم از ما ترک میت برمی‌دارند که وصیت کرده باشد به پرداخت رد مظالم و الا ورثه چیزی به عنوان رد مظالم از ما ترک پرداخت نمی‌کنند تازه اگر وصیت هم بکنند وصیت را در ثلث مال میت نافذ می‌دانند نه ابتدا به وصیت عمل کنند بعد اگر چیزی از اموال باقی ماند بین خود تقسیم کنند خیر اگر هم وصیت کند فقط در ثلث نافذ است و عمل می‌شود.

نتیجه: به نظر مرحوم کاشف الغطاء لازم نیست چیزی به عنوان رد مظالم از اموال سلطان ظالم اخراج کرد الا اینکه وصیتی کرده باشد آنهم در ثلث اموالش نافذ است نه در همه اموال او.

نقد مرحوم شیخ انصاری:

اولاً: ادعای انصراف أداء دین میت به دیونی که از روی ظلم نبوده باطل است بلکه دیون او باید از اصل ترکه پرداخت شود قبل از تقسیم ارث چه مانند قرض بوده باشد یا غصب.

ثانیاً: اگر ادعای انصراف شما را بپذیریم که بعد از موت ظالم اموالی را که ظلماً به دست آورده لازم نیست به عنوان دین پرداخت شود پس باید بین حیات و موت ظالم فرق نباشد و یگوییم در زمان حیاتش هم پرداخت اموال غصبی و مظالم عباد بر او واجب نیست.

ثالثاً: اگر هم چنین سیره‌ای بین متشرعه باشد که بعد از موت ظالم، بدون توجه به مظالم العباد اموالش بین ورثه‌اش تقسیم می‌شود چنین سیره‌ای ناشی از کمی مبالغه در دین است.

مسأله سوم: ما یأخذہ السلطان

مرحوم شیخ انصاری فرمودند در خاتمه مکاسب محرمة سه مسأله را بیان می‌فرمایند: مسأله اول بیع مصحف و مسأله دوم جوائز سلطان و عمال سلطان بود اما مسأله سوم: قبل از ورود به مطلب یک مقدمه فقهی حاوی چند نکته بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: واجبات مالی

نکته اول: واجبات شرعی بر عهده مکلفین بر سه قسم است:

الف: مالی محض مانند خمس و زکات.

ب: بدنی محض مانند روزه و نماز

ج: بدنی و مالی مانند حج (و نماز و روزه در بعض صور)

نکته دوم: واجبات مالی که در صورت تحقق موضوعشان ابتداءً بر مکلفین واجب است چهار قسم است: خمس، زکات، خراج و مقاسمه. مرحوم خوئی می‌فرماید می‌توان خراج و مقاسمه را یک قسم دانست (مصباح الفقاهة ۵۳۳/۱)

زمین‌هایی را که بعد از اسلام مالکان آنها مسلمان شده‌اند ملک خود آنها است، زمینهای موات را که مسلمان آباد کند ملک آباد کننده است، و زمین‌هایی را که مالک آنها دست از مالکیتشان برداشته و بدون جنگ به دست مسلمانان افتاده، انفال و ملک امام است و زمینهای مفتوح عنوه که با جنگ به دست آید ملک همه مسلمین است و باید در آمد آن با تولیت و صلاحدید امام یا نایب ایشان (ولی فقیه و حاکم شرع) در مصالح مسلمین مصرف شود.

نکته سوم: چنانکه مرحوم خوئی هم اشاره دارند (مصباح الفقاهة ۵۳۳/۱) خلیفه دوم وجوب خمس را ساقط کرد و بعد از آن بین اهل سنت اجماعی شد لذا سلطان جائز از اهل سنت چیزی به عنوان خمس قبول ندارند و نمی‌گیرند، لذا محل بحث در این مسأله سوم زکات و خراج و مقاسمه است آنهم در غلات اربع (گندم، جو، خرما، کشمش)، اُنعام ثلاثه (گاو، گوسفند، شتر) و اراضی مسلمین.

* تحقیق:

مرحوم علامه حلی در تحریر ۱۴۱/۱ زمینها را از جهت مالکیت به چهار قسم تقسیم می‌کنند. مراجعه کنید و در بحث مطرح کنید.

آنچه را که سلطان از زکات و خراج و مقاسمه می‌گیرد أخذ آن از سلطان جائز است چه به نحو معاوضه باشد و چه هدیه و جائزه.

البته قاعده اولیه که می‌گوید کسی می‌تواند مالکیت شیءای را به عنوان بیع یا هدیه واگذار کند که مالک باشد و سلطان جائز هم مالک این عناوین مالی در احکام شرع نمی‌شود چه با رضایت

به او بدهند این واجبات مالی را چه بدون رضایت چون غاصب حکومت و حاکمیت است، لذا باید أخذ چنین مالی هم از او حرام باشد اما به چهار دلیل حکم به جواز می‌فرمایند:

دلیل اول: اجماع، علماء بسیاری ادعای اجماع امامیه را بر این حکم مطرح نموده‌اند از جمله مرحوم فاضل مقداد سیوری در التَّنْقِیْحُ الرَّائِعُ و این اجماع با شهرت فتوایی به جواز تقویت می‌شود. البته این اجماع یک دلیل مستقل نیست بلکه قبل از اجماع روایات دلالت بر این مطلب دارند و چه بسا همین روایات مستند اجماع و شهرت باشد (که شهرت تبدیل شود به شهرت عملی)

* تحقیق:

مرحوم فاضل مقداد کتاب دیگری دارند به نام کنز العرفان فی فقه القرآن در مبحث آیات الأحکام است که در موضوع خود کتاب بسیار قابل استفاده‌ای است این کتاب را کتاب شناسی نموده و در بحث مطرح کنید.

دلیل دوم: عسر و حرج، اگر حکم شود به حرمت استفاده از در آمد چنین زمین‌هایی با اینکه معظم زندگی و تأمین معاش از همین طریق و کشاورزی به دست می‌آید باعث عسر و حرج است و این عسر و حرج حکم حرمت را بر می‌دارند.

دلیل سوم: روایاتی که در مسأله دوم و أخذ جائزه از سلطان می‌گفت جایز است به این علت که اینها ملک خود مسلمین است مانند روایت "کل و خذ و لک المهنه و علیه الوزر"

دلیل چهارم: روایات خاصه

در این دلیل به چند روایت اشاره می‌فرمایند:

روایت اول: صحیحہ حذاء

در این روایت سه سؤال و جواب بین راوی و امام باقر علیه السلام مطرح است که در هر سه روایت گویا حلال بودن اصل استفاده از خراج و مقاسمه و زکاتی که سلطان می‌گیرد برای شیعه مفروغ‌عنه گرفته شده و سؤال از بعضی شرائطی است که راوی می‌پرسد.

مرحوم شیخ انصاری بعد از ذکر روایت و توضیح کیفیت استدلال به آن، سه اشکال در استدلال به این روایت را مطرح نموده و جواب می‌دهند:

اشکال اول: در دو سؤال راوی مسأله شراء و خریدن مال زکوی و خراج و مقاسمه را از سلطان مطرح کرده پس حکم امام به حلیت شامل مورد هدیه و جائزه و غیر شراء نمی‌شود.

جواب: یکی از فرازهای صریح در حلیت در جواب امام فرازی بود که حضرت فرمودند زمانی بر تو حرام است که علم تفصیلی به حرمت داشته باشی (يعرف الحرام بعينه) و دیگر تفصیل ندادند بین شراء و غیر آن لذا روایت شامل شراء و غیر شراء می‌شود.

اشکال دوم: این اشکال به استدلال به سؤال و فراز سوم روایت است. مرحوم محقق ثانی (محقق کرکی) متوفای ۹۴۰ رساله‌ای در اثبات حلیت استفاده از مال خراج و مقاسمه نوشتند با عنوان "قاطعة اللجاج فی حلّ الخراج" و مرحوم ابراهیم بن سلیمان قطیفی معروف به فاضل قطیفی زنده به سال ۹۴۵ و معاصر مرحوم محقق ثانی رساله‌ای در رد بر آن نوشتند با عنوان "السراج الوهاج". مرحوم فاضل قطیفی در این رساله اشکال می‌کنند که در فراز و سؤال سوم آمده است "يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا" در معنای کلمه قاسم دو احتمال است:

احتمال اول: مقصود از قاسم أخذ کننده مقدار مقاسمه (که در درآمد زمین معین شده از طرف حکومت) می‌باشد که بنابر این احتمال روایت برای استدلال مفید است.

احتمال دوم: احتمال دارد مقصود از قاسم مزارع یا وکیل او باشند که با سؤال کننده و راوی قرارداد مزارعه منعقد کرده‌اند و حال مزارع یا وکیل او برای تقسیم و معین کردن سهم هر یک از دو طرف قرارداد مزارعه آمده و راوی از چنین صورتی سؤال می‌پرسد که با این احتمال روایت نمی‌تواند دلیل باشد برای حلیت مال مقاسمه.

و إذا جاء الإحتمال بطل الإستدلال لذا این روایت نمی‌تواند دلیل بر مانحن فیه باشد.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این اشکال ضعیف است. (چه بسا مقصود شیخ این باشد که اولاً: تعبیر قاسم کنایه است از شغل فرد و به مزارع قاسم اطلاق نمی‌شود. ثانیاً: سیاق روایت ظهور دارد در مسأله خراج و مقاسمه نه باب مزارعه‌ای که مالک شدن دو طرف قرارداد مزارعه روشن است و می‌توانند بعد از تقسیم سهم یکدیگر را خریداری کنند و دیگر جای سؤال ندارد.)

اشکال سوم: محقق اردبیلی علاوه بر قبول اشکال به فراز سوم که فاضل قطیفی مطرح کرد اشکال دیگری به فراز اول دارند که فاضل قطیفی هم چنین اشکالی نکرده.

مرحوم محقق اردبیلی می‌فرماید: امام در جواب از سؤال اول به صورت کلی فرموده‌اند چیزی حرام است که علم تفصیلی داشته باشی به حرمت و تصریح نکرده‌اند به جواز شراء زکات. بلکه جمله حضرت مطلق است و ظهور دارد در هر چیزی که علم تفصیلی به حرمت نداریم لذا شرائش جایز باید باشد اما نباید کلام امام را (لا بأس به حتی يعرف الحرام بعینه) بر این ظاهر حمل نمود زیرا این ظهور (ظهور در حلیت هر مالی که علم تفصیلی به حرمت نداریم مانند ما نحن فیه یعنی مال زکات که سلطان گرفته) هم با حکم عقل منافات دارد هم با حکم نقل.

تنافی با حکم عقل: عقل می‌گوید تصرف در مال دیگران بدون اذن قبیح است لذا تصرف سلطان قبیح است و باید از چنین اموال در دست او استفاده نمود.

تنافی با حکم نقل: روایاتی که می‌گوید تحقق ملکیت فقط با رضایت طرفین است و سلطان غاصب است و رضایت او بی معنا است.

نهایتاً حضرت در این جمله قصدشان کلی گویی بوده آن هم به جهت تقیه. مؤید عدم حمل این جمله امام بر ظاهرش (ظهور در حلیت) اجماع علما است که همه فقهاء قائلند آنچه را جائز أخذ کند حرام است و تصرفات جائز حلال نیست پس حکم به حلیت در این فراز تقیه‌ای صادر شده چون حاکمیت جور قائل به حلیت چنین تصرفاتی برای سلطان بوده حضرت تقیه فرموده‌اند و حکم به حلیت نموده‌اند.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید:

اولاً: عقل حکم نمی‌کند به قبح حلیت و جواز تصرف (شاید مقصود شیخ این باشد که اصل زکات در مال واجب است لذا نسبت به اصل زکات عقل حکم به قبح ندارد هر چند سلطان نباید می‌گرفته اما اینکه سلطان گرفته هم باز چون) دلیل خاص می‌گوید بر شیعیان حلال است لذا باز هم عقل در مقابل نص، درک و حکم مخالفی ندارد.

ثانیاً: منافات با نقل هم ندارد زیرا روایات عامی که می‌گویند باید أخذ مال با رضایت مالک باشد به مثل همین صحیحه حذاء تخصیص می‌خورند یعنی مال دیگران را بدون رضایتشان نمی‌توان گرفت الا در جایی که مال زکات یا خراج و مقاسمه باشد که سلطان گرفته که می‌توان این اموال را از سلطان به بیع یا مجاناً أخذ کرد.

ثالثاً: هر جا روایتی با عمومات (مانند لایحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه) معارضه کرد نباید آن روایت را حمل بر تقیه نمود بلکه رابطه عام و خاص است و تحقق تقیه شرائطی دارد که اینجا موجود نیست.

مرحوم شيخ انصاری ذیل مسأله سوم (جواز قبول خراج و مقاسمه از سلطان مجانا یا عوضاً) هشت تنبيه را به مناسبت بحث خراج و مقاسمه اشاره می‌فرمایند:

تنبيه اول: جواز قبول خراج و مقاسمه حتی قبل قبض سلطان

قبول خراج و مقاسمه از سلطان تحت هر عنوانی دو حالت دارد:
حالت اول: سلطان خراج و یا مقاسمه را جمع آوری و قبض کرده سپس می‌خواهد از آن هدیه و جایزه دهد یا معامله کند.

حالت دوم: سلطان خراج با مقاسمه را جمع آوری نکرده و قبل از جمع آوری می‌خواهد مجانا یا عوضاً به کسی واگذار کند. برای این حالت دو مثال ذکر می‌کنند:
مثال اول: فردی نزد سلطان رود و قبل تحقق محصول زمینهای خراجی، خراج و مالیات مثلاً دو سال زمینهای منطقه‌ای را که کشاورزان آن باید پرداخت کنند را از سلطان بخرد یا سلطان به او هدیه دهد.

مثال دوم: سلطان به فردی بدهکار است و یازای بدهکاری خود خراج و مالیات یکسال زمینهای یک منطقه‌ای را به فرد تملیک می‌کند قبل از قبض سلطان و حتی قبل از تحقق محصول.
سؤال: با توجه به دو صورت بالا سؤال این است که حکم جواز قبول خراج و مقاسمه از سلطان مربوط به بعد از قبض و جمع آوری خراج و مقاسمه توسط سلطان یا مأموران اوست یا شامل قبل قبض هم می‌شود؟

پاسخ: می‌فرمایند هر چند ظاهر تعبیر "ما یأخذہ السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة" دلالت دارد که حکم جواز قبول خراج و مقاسمه مجانا یا عوضاً از سلطان مقید به صورتی است که سلطان مالیات را أخذ کرده است اما مقصود فقهاء و دلالت روایات شامل هر دو صورت است.

تنبيه دوم: آیا جائز حق أخذ خراج دارد؟

سؤال اصلی در این تنبيه این است که هر چند شرعاً بر افرادی که از زمینهای خراجی استفاده می‌کنند واجب است پرداخت خراج به امام معصوم که متولی مصالح مسلمین است و یا نائب او اما اگر حکومت در دست سلطان جائز بود باز هم واجب است أداء به سلطان جائز یا تکلیف ساقط می‌شود و یا باید به طریق دیگر خراج را پرداخت کرد؟

پاسخ این است که می‌فرمایند جماعتی از علماء فرموده‌اند استفاده کننده از زمین خراجی حق ندارد از پرداخت خراج ممانعت کند و سرقت یا پنهان کاری خراج حرام است.

مرحوم شيخ انصاری می‌فرمایند این فقهاء اگر منظورشان از حرمت ممانعت از پرداخت خراج به صورت مطلق است یعنی اینکه مطلقاً خراج ندهد (نه به جائز نه به غیر او) این حرام است و

حکم حرمت صحیح است چون بالضرورة وجوب پرداخت خراج در شریعت ثابت است اما اگر مقصود آقایان این است که حق ندارد از سلطان جائز منع کند و باید به جائز خراج را پرداخت کند چون او فعلا حاکمیت را در اختیار دارد، این حکم صحیح نیست بلکه روایاتی داریم بر جواز امتناع از پرداخت خراج و مقاسمه به سلطان جائز و باید نائب معصوم و حاکم شرع پرداخت کند و در صورت تعذر و نبود حاکم شرع باید خود در مصالح مسلمین به مصرف برساند نه اینکه به جائز پرداخت کند.

روایاتی داریم بر جواز امتناع از پرداخت خراج و مقاسمه به سلطان جائز که به بعض آنها اشاره میکنند:

روایت اول: صحیحہ زراره

در این صحیحہ چون سؤال از مقاسمه بوده لذا امام صادق علیه السلام به محض اینکه شنیدند خریس و برادرش از بنی امیه برنج زیادی گرفته‌اند و بنی امیه هم از حکومت ساقط شده‌اند و می‌تواند پول این برنجه‌ها را ندهد، فرمودند "هو له ، هو له" یعنی برنجه‌ها برای او باشد حتی بدون پرداخت پول آنها چون این برنجه‌ها از خراج و مقاسمه است که متولی آن یعنی امام معصوم بر شیعه حلال کرده‌اند.

مرحوم شیخ می‌فرماید این حمل بر مقاسمه بهترین محمل و تبیین روایت است. اما مرحوم صاحب حدائق فرموده‌اند سؤال از معامله با ناصبی (هیبرة) است و اینکه اموال ناصبی بر شیعیان مباح است و حرمتی ندارد لذا زراره هم می‌دانسته که اگر کسی دسترسی به اموال ناصبی پیدا کرد می‌تواند با پرداخت خمس آن، از مال استفاده کند، پس این روایت از بحث خراج و مقاسمه خارج است.

مرحوم شیخ انصاری در نقد این کلام می‌فرماید اشکالات این بیان ایشان در کتاب الخمس مطرح شده که یکی از آنها این است که این برداشت از روایت که با پرداخت خمس اموال ناصبی استفاده از کل اموال او برای شیعه حلال باشد مخالف فتوا و اجماع علماء شیعه است. و اینکه در روایت پرداخت خمس برنجه‌ها برای حلیت استفاده از برنجه‌ها توسط زراره مطرح شده (و امام تقریر فرموده‌اند) باعث نمی‌شود بگوییم روایت مربوط به بیان حکم اموال ناصبی است بلکه شاید به جهت یقین به اختلاط آن برنجه‌ها با حرام بوده لذا خمس مال مخلوط به حرام را واجب دانسته‌اند یا صیغه امر در کلام زراره و امر به پرداخت خمس دال بر استحباب باشد بخاطر احتمال اختلاط برنجه‌های مقاسمه با حرام.

روایت دوم: امام کاظم علیه السلام به علی بن یقطين فرمودند: "إن كنت و لابد فاعلاً فأتق أموال الشيعة"

کیفیت استدلال به این روایت چنین است که حضرت امر فرمودند که اموال شیعه یعنی خراج و مقاسمه را از دست اندازی جائز حفظ کن پس پرداخت خراج و مقاسمه را به جائز صحیح نمی‌دانند که به علی بن یقطين امر فرموده‌اند به حفظ اموال شیعه از أخذ به عنوان خراج و مقاسمه.

می‌فرماید محقق کرکی در رساله قاطعة اللجاج فرموده‌اند در این روایت دو احتمال است و چون ثابت نیست کدام احتمال صحیح و مورد نظر امام بوده لذا قابل استدلال نیست.

احتمال اول: مقصود از "فاتق اموال الشیعه" حفظ اموال شیعه از أخذ به زور و ظلم توسط جائر بوده نه أخذ خراج و مقاسمه از اموال آنان.

احتمال دوم: مقصود از اموال شیعه خراج و مقاسمه و زکوات از اموال شیعه است که هر چند شرعا بر شیعه هم این مالیاتها واجب است اما نباید به دست جائر برسد و به جائر پرداخت شود.

أقول: ما ذكره من الحمل على وجوه الظلم ... ۲/۲۱۷

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند:

مقصود از فاتق اموال الشیعه مسأله و مشکلی (مشکل یعنی تصرف غاصبانه جائر در خراج و مقاسمه) است که در اموال همه هست یعنی مقدار مالی است که همه چه شیعه چه سنی ملزم به پرداخت به حکومت بوده‌اند لکن امام می‌فرمایند از اموال شیعه این مشکل را دفع کند و آنچه در اموال همه هست پول زور نیست زیرا از همه پول زور نمی‌گیرد پس منظور خراج و مقاسمه است که از همه می‌گیرند لکن امام فرموده‌اند در بین گرفتن خراج و مقاسمه اموال شیعه را حفظ کن.

پس احتمال دوم ثابت و صحیح است اما با توجه به این نکته که احتمال دوم شامل زکات نیست که محقق کرکی فرمود. شامل زکات نمی‌شود زیرا در زکات دو مبنا است و طبق هر دو پرداخت زکات برای شیعه پول زور است که در بالا گفتیم مقصود حضرت پرداخت پول زور نیست:

مبنای اول: زکات دادن به غیر فقیر شیعه مجزی نیست. در این صورت أخذ زکات پول زور و به ظلم گرفتن از مالک شیعه است زیرا او باید دوباره برود زکات دهد به فقیر شیعه.

مبنای دوم: زکات به غیر شیعه مجزی است. در این صورت هم ظلم به فقراء شیعه است گرفتن این پول از شیعه أخذ به زور است زیرا اموال و زکاتی که باید به فقراء شیعه برسد را از دست شیعه خارج می‌کند.

کتاب البیع

مرحوم شیخ انصاری هر یک از دو کتاب فرائد الأصول و مکاسب را بر سه محور اصلی طراحی کرده‌اند. در کتاب مکاسب محورهای اصلی کتاب سه عنوان است: ۱- مکاسب محرمة.

۲- بیع ۳- خیارات

در کتاب بیع شش مطلب و یک خاتمه بیان می‌کنند:

۱- تعریف بیع

۲- معاطاة

۳- الکلام فی عقد البیع

۴- شروط المتعاقدين

۵- شرائط العوضین

۶- بیان سه مسأله

خاتمة: فی آداب التجارة

مطلب اول: تعریف بیع

مرحوم شیخ انصاری در این مطلب پنج تعریف را مورد بررسی و نقد قرار می‌دهند و در نهایت یکی از آنها را می‌پذیرند.

تعریف اول: مبادلة مال بـ مال

این تعریفی است که تا زمان شیخ طوسی میان شیعه و اهل سنت شایع بوده اما علماء شیعه بعد از زمان شیخ طوسی به جهت اشکالاتی از این تعریف اعراض کردند. عالمان اهل سنت همچنان همین تعریف را برای بیع بیان می‌کنند.

* مراجعه کنید به: المبسوط از سرخسی (م ۴۸۳) در فقه حنفی کتاب البیوع ۱۲/۱۸۱

نقد تعریف اول: تعریف باید جامع افراد و مانع اغیار باشد در حالی که این تعریف از بیع مانع اغیار نیست و شامل غیر بیع مانند اجاره هم می‌شود، زیرا در اجاره هم مبادله مال (منفعت) به مال (ثمن) اتفاق می‌افتد. به بیان دیگر منفعت هم نزد عقلا مالیت دارد و از اموال شمرده می‌شود لذا تعریف مبادلة مال بـ مال شامل منفعت هم می‌شود. در حالی که مسلماً عقد اجاره غیر از عقد بیع است.

به عبارت سوم معوض (کالائی که در بیع مورد معامله قرار می‌گیرد) باید عین خارجی باشد لذا در اجاره که منفعت مورد معامله قرار می‌گیرد از تعریف بیع باید خارج باشد. به این نقد اشکالی را مطرح نموده و جواب می‌دهند:

اشکال: اینکه تعریف بیع شامل اجاره هم بشود اشکالی ندارد زیرا در روایات هم از اجاره تعبیر به بیع شده. پس اشکالی ندارد تعریف بیع شامل اجاره هم بشود. به سه طائفه روایت اشاره می‌کنند:

طائفه اول: در احکام شرعی ثابت است که عبد مدبّر (أنت حرّ ذرّ وفاتی) را مولا نمی‌تواند بفروشد اما در مورد واگذاری منفعت و استفاده از عبد مدبّر در روایات آمده بیع منفعت آن اشکال ندارد.

طائفه دوم: در روایتی وارد شده که إسحاق بن عمار، عن عبد صالح علیه السلام می‌پرسد خانه‌ای نسل به نسل به فردی رسیده و مالک اصلی آن معلوم نیست حضرت در قسمتی از روایت می‌فرمایند "فیبیع سکناها أو مکانها فی ید" و در مورد واگذاری منفعت به جای اجاره تعبیر به بیع فرموده‌اند.

طائفه سوم: روایاتی که در مورد واگذاری ارض خراجیه با وجود اینکه ارض خراجیه ملک همه مسلمین است و قابل فروش نیست تعبیر به بیع شده در کلام امام یا کلام راوی.

جواب: در روایات هم در مورد اجاره تعبیر به بیع آمده هم در مورد بیع تعبیر به اجاره آمده و در مقام استعمال اشکالی ندارد مسامحه در تعبیر یا مجاز گویی اما در مقام تعریف بیع مجاز گویی صحیح نیست.

نتیجه: پس معوّض کالائی که در بیع مورد معامله واقع می‌شود حتما باید عین خارجی باشد نه منفعت. اما عوض در معامله لازم نیست حتما عین خارجی باشد بلکه اقسام مختلفی دارد:

قسم اول: عوض می‌تواند منفعت باشد مانند اینکه یک دوره کتب اربعه را بخرد و بجای پرداخت عوض و پول، یک سال نماز استیجاری بخواند.

البته به مرحوم وحید بهبهانی نسبت داده شده که فرموده‌اند در بیع عوض هم باید از اعیان خارجی باشد و چه بسا این اشتباه برای ایشان از اینجا حاصل شده باشد که علماء در فائده بیع می‌فرمایند أن البیع لنقل الأعیان یعنی بیع برای معامله و انتقال عین خارجی (معوض) در مقابل عین خارجی (عوض) است. در حالی که این تعبیر علماء دال بر این مطلب نیست زیرا در اجاره هم شبیه چنین تعبیری هست که الإجارة لنقل المنافع و هیچ کسی حتی خود مرحوم وحید بهبهانی قائل نیستند که در اجاره باید عوض و معوض منفعت باشد خیر می‌تواند در مقابل اجاره منفعت خانه پول پرداخت کند.

قسم دوم: در مورد اینکه آیا عمل حر می‌تواند عوض (ثمن، پول) قرار گیرد در معامله، که کتابی خریداری کند در مقابل مثلا عمل خیاطت یا خیر؟ دو مبنا است:

مبنای اول: بعضی قائلند تا زمانی که حرّ بر عمل خویش قراردادی منعقد نکرده مالیت ندارد و زمانی مالیت پیدا می‌کند که مثلاً قرار دادی منعقد کند که من خیاطت می‌کنم در مقابل أخذ صد هزار تومان سپس این عملش را عوض و ثمن برای خریدن کتاب قرار دهد.

مبنای دوم: عمل حر مالیت و ارزش مالی دارد نزد عقلا هر چند قراردادی هم منعقد نکرده باشد، لذا می‌تواند عوض در معامله قرار گیرد.

قسم سوم: حقوق

مقدمه فقهی: سه عنوان مال، ملک و حق

در فقه سه عنوان پرکاربرد داریم:

مال: یعنی مایذلل یا زائنه شیء. چیز ارزش داری که در مقابل آن شیءای داده شود.

ملک: هو السلطنة علی عین أو منفعة.

حق: هو السلطنة علی فعل. مانند حق الولاية که پدر سلطه بر تربیت و ... اولاد دارد.

دو نکته:

الف: تفاوت مال و ملک رابطه این دو اصطلاح عموم و خصوص من وجه است:

وجه اشتراک: هم مال است هم ملک مانند کتاب.

وجه افتراق اول: مال هست اما ملک نیست، مانند: زمین موات قبل از احیاء.

وجه افتراق دوم: ملک هست اما مالیت ندارد، مانند: یک برگه کاغذ باطله.

ب: در تفاوت ملک و حق یک نکته از تعریف این دو روشن است و نکته دیگر اینکه

در ملک دو رکن مطرح است: مالک و مملوک (عین یا منفعت مملوکه) اما در حق سه

رکن مطرح است: ذو الحق یا محق مانند پدر و محق علیه که فرزند باشد و نوع حق

مانند حق الولاية.

* در مورد تعریف و تحلیل حق در سه جای کتاب مکاسب بحث فرموده‌اند:

۱- در مکاسب محرمه مسأله غیبت.

۲- محل بحث.

۳- خيارات بحث خیار مجلس.

ذیل مقدمه دو مورد از حقوق را توضیح می‌دهیم:

حق الشفعة: در جایی که دو نفر به نحو مشاع شراکت در ملکیت دارند اگر یکی از دو

شریک بدون اطلاع دیگری ملک خود را فروخت شریک دیگر حق دارد معامله را

ابطال کرده و خود آن قسمت را بخرد به این حق، حق الشفعة گفته می‌شود. یا به

تعبیر دیگر حق تقدم شریک در خرید قسمت دیگر شراکت را حق الشفعة گویند.

حق الخيار: در مباحث خيارات خواهد آمد در مواردی فرد بر اثر انجام یک معامله حق فسخ معامله را دارا می‌شود مانند خيار مجلس.

مرحوم شيخ انصاری می‌فرماید حقوق سه قسم است:

قسم اول: حقوقی که قابل معاوضه و انتقال نیستند و حتی قابل اسقاط هم نیستند. مانند حق الحضانة (حق سرپرستی) یا حق الولاية که بر عهده پدر است و نمیتواند این حق را اسقاط یا به دیگری واگذار کند چه مجاناً چه عوضاً. این قسم روشن است که نمی‌تواند عوض در بیع قرار گیرد.

قسم دوم: حقوقی که قابل اسقاط هست اما قابل واگذاری به دیگران نیست مانند حق الشفعة. این قسم هم روشن است که نمی‌تواند عوض در بیع قرار گیرد چون قابل واگذاری نیست. **اشکال:** صاحب جواهر فرموده‌اند حقوقی که قابل اسقاط هست می‌تواند عوض در بیع قرار گیرد. دلیل ایشان مشابهت حق الشفعة که قابل اسقاط است به دین است. می‌فرمایند همه فقهاء قبول دارند که اگر شما از کسی ده هزار تومان طلبکار باشید می‌توانید از او یک کتاب به این قیمت بخرید و به جای پرداخت ده هزار تومان حق خود را که دین بر عهده اوست (و بدهکار است) اسقاط کنید. پس دین چون حق قابل اسقاط است می‌تواند عوض بیع قرار گیرد لذا حق الشفعة هم که قابل اسقاط است می‌تواند عوض بیع قرار گیرد. جواهر الکلام ۲۲/۲۰۹ فلا یبعد صحة وقوعها ثمنا في البيع وغيره.

جواب: مرحوم شيخ انصاری می‌فرمایند: قیاس حق در باب دین به حق در باب ضفعه مع الفارق است زیرا در دین در اصل فرد که طلب خود را به عنوان عوض قرار می‌دهد گویا همان پول را پرداخت کرده، پس اسقاط حق در دین مساوی است با پرداخت پولی که قبلاً به عنوان قرض داده بوده، و تملیک پول است در مقابل تملیک کتاب. اما در حق الشفعة چون این حق قابل واگذاری نیست لذا از قبل هم گویا چیزی بر عهده او نداشته‌اید که اسقاط کنید. به عبارت دیگر حق الشفعة حقی است برای یک شریک علیه شریک دیگر و نمی‌توان به فرد حقی علیه خودش تملیک کرد یعنی نمی‌تواند کتابی بخرد و در مقابل آن حق شفعه خود را به شریکش تملیک (یا اسقاط) کند.

شاهد بر اینکه دین را می‌توان به دیگری تملیک کرد کلامی است از شهید اول که فرموده‌اند: إبراء ذمه (بری شدن ذمه از دین) به دو نحو ممکن است:

الف: دین را به مدیون و بدهکار تملیک کند و بگوید طلب من از آن خودت.

ب: دین را از ملکیت خود اسقاط کند یعنی بگوید دیگر من از تو طلبکار نیستم.

پس نسبت به دین هم اسقاط ممکن است هم تملیک اما در شفعه چنین نیست بلکه فقط اسقاط است و تملیکی وجود ندارد زیرا فرد را نمی‌توان مالک حقی (حق الشفعه) علیه خودش کرد. به عبارت دیگر گفته شد حق، مسلطه است و فرد را نمی‌توان بر خودش مسلط کرد.

فافهم: ج ۲ ص ۹ س ۱۰

اشاره به این است که مسلط شدن بر خود به دو اعتبار اشکالی ندارد یعنی از این جهت اینکه شریک شماره دو است مالک و مسلط بر قسمت خود در مال شراکتی است و از این جهت که مالک حق شفعه شریک شماره یک است می‌تواند به جای شریک خود هم اعمال نفوذ کند. مانند اینکه یک نفر هم متهم باشد هم اینکه خودش وکیل شاکی باشد.

یا اشاره به رد کلامشان باشد که فرمودند "لایعقل قیام طرفیها بشخص واحد" زیرا شفعه حقی است به نفع هر یک از دو شریک و علیه دیگری لذا اگر یکی از دو شریک حق خود را به دیگری واگذار کرد یعنی از این نفع دست برداشته و به دیگری واگذار کرده و این گونه نیست که یک شریک علیه خود مسلط شده باشد خیر هر چه هست نفع خود این شریکی است که کتاب را داده و حق شفعه شریک در مغازه را گرفته است.

به عبارت دیگر همچنان نفع و ضرر مربوط به دو نفر است نه یک نفر یعنی یکی مسلط بر دیگری شده زیرا وقتی یک شریک حق شفعه خود را به دیگری واگذار کرد یعنی دیگری را بر خود مسلط کرده است.

اما الحقوق القابلة للإنتقال ...

قسم سوم: قسم سوم از حقوق حقی است که هم قابل اسقاط است و هم قابل انتقال مانند حق تحجیر زمین موات، که هم فرد می‌تواند حق التحجیر را که با سنگچین کردن زمین موات به دست آورده اسقاط کند از خود و هم می‌تواند به دیگری واگذار کند و هم می‌تواند در مقابل أخذ چیزی مصالحه کند و ضمن مصالحه به دیگری واگذار کند، اما با این وجود این قسم سوم هم نمی‌تواند عوض در بیع قرار گیرد یعنی نمی‌تواند کتابی را بخرد و بجای عوض آن حق التحجیر خود را به فروشنده کتاب واگذار کند زیرا عوض باید مال باشد و حق التحجیر هم مال نیست.

سؤال: چرا مرحوم شیخ پافشاری دارند بر اینکه باید عوض مال باشد؟

جواب: اولاً: در لغت بیع و مبادله عوض و معوض را تعریف کرده‌اند به مبادلة مال بمال.

ثانیا: عبارات فقهاء در بیع و در بحث شروط عوضین ظهور دارد در اینکه ثمن منحصرأ باید مال باشد. ثالثاً: عبارات فقهاء در اجرت در باب اجاره ظهور دارد در اینکه عوض در باب اجاره باید مال باشد. و چون اجاره فرع و نوعی از بیع است لذا عوض در خود بیع به طریق اولی باید مال باشد.

ثم الظاهر أن لفظ البيع ...

قبل از بررسی سایر تعاریف می‌فرمایند: لفظ بیع نه حقیقت شرعیه دارد یعنی این‌گونه نیست که شارع با وضع تعینی یا تعینی لفظ بیع را بر خلاف کاربرد عرفی اش در معنای معامله بکار برده باشد چنانکه در مورد حج حقیقت شرعیه است که شارع از معنای قصد آن را به معنای اعمال و مناسک مخصوص نقل داده. و نه حقیقت متشرعیه است که مسلمانان لفظ بیع را از معنا و کاربرد عرفی اش در معنایی جدید استعمال کرده باشند. لذا لفظ بیع باقی بر معنای عرفی اش است که باید این معنای عرفی به دقت به دست آید.

تعریف دوم: البيع انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي.

این تعریف از شیخ طوسی، مرحوم ابن ادریس و علامه حلی و دیگران است.

نقد این تعریف:

می‌فرمایند اشکال این تعریف این است که لازمه بیع که انتقال ملکیت است به عنوان خود بیع معرفی شده.

تعریف سوم: البيع هو الإيجاب والقبول الدالین علی الانتقال.

به جهت اشکالی که در تعریف دوم بوده عده‌ای از فقهاء مانند شهید اول چنین تعریفی ارائه داده‌اند.

نقد این تعریف:

می‌فرمایند: بیع از مقوله معنا و اعتبار است یا از مقوله لفظ بدون قصد معنایی خاص یا از مقوله لفظ با قصد و معنای خاص؟ اگر از مقوله لفظ باشد بدون قصد معنایی خاص که اگر معنای خاص از آن اراده نشود نمی‌تواند فهماننده معنای بیع باشد. و اگر از مقوله لفظ با قصد معنای ایجاب و قبول باشد که معنا ندارد بیع را یعنی الفاظ ایجاب و قبول را با الفاظ ایجاب و قبول ایجاد کرد یعنی نمی‌توان لفظ را با لفظ ایجاد کرد (تحصیل حاصل است).

پس بیع از مقوله معنا و اعتبارات است که می‌توان آن را با استفاده از الفاظ ایجاب و قبول ایجاد و محقق کرد.

حال اشکال این تعریف این است که الفاظ ایجاب و قبول سبب تحقق بیع هستند نه خود بیع.

تعریف چهارم: البیع نقل العین بالصیغة المخصوصة.

به جهت رهایی از اشکال های قبلی ، محقق ثانی این تعریف چهارم را ارائه داده‌اند.

نقد این تعریف

مرحوم شیخ انصاری سه اشکال به این تعریف وارد می‌دانند:

اشکال اول: در این تعریف بیع را نقل دانسته‌اند در حالی که نقل اعم از این است که به نحو بیع انجام شود یا صلح یا هبه یا عاریه. پس این تعریف مانع اغیار نیست. شاهد بر اینکه نقل به معنای خصوص بیع نیست این است که علامه حلی در تذکره فرموده‌اند ایجاب بیع (در صیغه بیع ایجاب و قبول لازم است) به لفظ "نقلتُ" صحیح نیست زیرا "نقلت" معنای کنایی دارد و منحصر دلالیت بر نقل به نحو بیع ندارد.

اشکال دوم: خود محقق ثانی هم معتقدند معاطات نوعی بیع است در حالی که در معاطات صیغه بیع لازم نیست پس چگونه است که در تعریف بیع می‌فرمایند نقل عین باید به صیغه مخصوص باشد.

اشکال سوم: چنانکه در نقد تعریف قبل هم اشاره کردیم بیع یک وجود اعتباری و معنوی است (در مقابل وجود خارجی و لفظی) که می‌توان آن را با الفاظ تحقق بخشید نه اینکه خود الفاظ و صیغه مخصوصه بیع باشد، و اگر بیع صیغه مخصوصه باشد دور لازم می‌آید زیرا چنین می‌شود که بیع الفاظی است که تحققش متوقف بر صیغه مخصوص و الفاظ مخصوص است. یعنی الفاظ متوقف بر الفاظ است.

و لایندفع هذا ...

ممکن است در مقابل این اشکال از محقق ثانی دفاع شود که مقصود از بیع همان نقل العین است و تعبیر "بالصیغة المخصوص" برای بیان یکی از اقسام تحقق بیع است که الفاظ باشد (راه‌های دیگر هم دارد مانند اشاره یا کتابت) پس قید "بالصیغة المخصوصة" قید توضیحی است نه احترازی لذا اشکالی به آن وارد نیست.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: اگر هم این قید، قید توضیحی باشد سؤال می‌کنیم مقصود از صیغه مخصوصه چیست؟

اگر مقصود صیغه "بعتُ" است اشکالش لزوم دور است. شما از طرفی می‌خواهید بیع را که یک مصدر است تعریف کنید و برای تعریف از صیغه ماضی آن که "بعتُ" باشد استفاده می‌کنید در حالی که باید معرفّ أجلی از معرفّ باشد. شما بیع را با بعتُ تعریف کرده‌اید و این دور است. فهم معنای بیع متوقف است بر فهم معنای بعتُ و فهم معنای بعتُ متوقف است بر فهم معنای بیع.

و اگر مقصود از بعتُ نمونه‌ای از صیغه‌های ایجاب در بیع است که مالکیت و تملیک را می‌فهماند مانند مَلَّکْتُ در این صورت دیگر ذکر قید "مخصوصه" لغو است و باید اکتفاء می‌کردید به دو اصطلاح نقل و تملیک و می‌فرمودید البیع هو نقل العین بالتملیک.

تعریف پنجم: البیع هو إنشاء تملیک عین بمال.

مرحوم شیخ انصاری در پایان نقد آن چهار تعریف، تعریف مورد نظر خودشان را بیان می‌کنند و اشکالات وارد به آن را جواب می‌دهند.

اشکال اول: شما فرمودید بیع إنشاء تملیک است پس فقط باید بیع با لفظ "مَلَّکْتُ" محقق شود.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند بله چنین است و ما در بحث الفاظ ایجاب و قبول به این مسأله خواهیم پرداخت.

اشکال دوم: تعریف شما جامع افراد نیست زیرا شامل بیع دین نمی‌شود، زیرا از اصطلاح تملیک استفاده کرده‌اید و دین یعنی مالی که علیه انسان مطرح است و انسان مالک مالی علیه خود نمی‌شود و چنین ملکیتی غیر عقلایی است.

جواب: اولاً: در تملیک چنانکه گفته شد دو رکن بیشتر نیست یکی مالک و دیگری مملوک لذا در تملیک فرد سوم مانند حق وجود ندارد که فردی علیه دیگری باشد. لذا ملکیت دین برابر با نفع است.

ثانیاً: خواهد آمد که ملکیت دین به معنای اسقاط دین است نه مالکیت چیزی علیه خود. اینکه ملکیت دین به معنای اسقاط است مشابه هم دارد که سقوط دو حق به تهاتر باشد، وقتی دو فرد به یک مقدار به یکدیگر بدهکار باشند این دو دین را می‌توانند به تهاتر یعنی در مقابل یکدیگر اسقاط کنند.

ثالثاً: اگر تملیک دین عقلایی نباشد هیچ تملیکی و هیچ بیعی نباید عقلایی باشد، زیرا چیزی که در دین بر ذمه تعلق می‌گیرد متعلق دین است مانند کتاب لذا اگر نتوان کتابی را که بر ذمه دارد مالک شود دیگر مالک هیچ کتابی هم نمی‌تواند بشود زیرا ملکیت کتاب تفاوتی ندارد. مثال: زید به عمرو کتاب مکاسب بدهکار است و الآن می‌آید دوباره مانند همان کتاب مکاسب را از عمرو بخرد و عمرو ضمن گرفتن پول کتاب به زید می‌گوید همان کتاب مکاسب را که بدهکار بودی (دین‌ات) را به تو تملیک کردم.

اشکال سوم: تعریف شما مانع اغیار نیست زیرا تعریف بیع به تملیک شامل معاطات هم می‌شود در حالی که به اجماع علماء معاطات بیع نیست.

جواب: در مطلب دوم بحث معاطات خواهد آمد که معاطات بیع است و کسانی که نفی کرده‌اند معاطات را مقصودشان نفی صحت معاطات بوده نه نفی بیع و تملیک بودن.

اشکال چهارم: یک اشکال دو بعدی است که تعریف شما شامل کار مشتری در بیع و اجاره می‌شود. به عبارت دیگر تعریف شما مانع اغیار نیست زیرا بیع کار بایع است در حالی تعبیر تملیک شامل مشتری هم می‌شود زیرا مشتری هم در مقابل کتاب پول را به بایع تملیک می‌کند. همچنین در اجاره مشتری در مقابل تملک منفعت، پول را به صاحب خانه تملیک می‌کند.

جواب: تملیکی که بین بایع و مشتری اتفاق می‌افتد در اصل کار بایع است و اینکه مشتری هم پول را تملیک می‌کند به بایع یک کار ضمنی است نه مستقل، یعنی تملیک مشتری زمانی معنا پیدا می‌کند که بایع کتاب را تملیک کند پس در اصل مشتری تملک می‌کند و کتاب را در اختیار می‌گیرد.

شاهد اینکه شراء تمليك نيست اين است كه مشتري نمي‌تواند در عقد بيع از صيغه ملكت (تمليك كردم) استفاده كند.

اما در اجاره هم جواب همين است كه تمليك عين (پول) در اجاره كه توسط مستأجر انجام مي‌شود در ضمن تمليك كردن صاحب خانه منفعت خانه را، اتفاق مي‌افتد يعني كار مستأجر در اصل تملك است و تمليك او پول را به صاحب خانه، يك فعل ضمنى است نه مستقل.

اشكال پنجم: تعريف شما مانع اغيار نيست زيرا صلح و هبه معوضه هم تمليك عين است در حالي كه تمام فقهاء ماهيت بيع را غير از صلح و هبه معوضه مي‌دانند.

جواب: تعريف مرحوم شيخ انصاري شامل هيچ يك از صلح و هبه معوضه نمي‌شود.

اما جواب از صلح. قبل بيان جواب:

مقدمه فقهى: معنى صلح سازش است.

در فقه عقود مختلفى وجود دارد كه هر کدام براى هدف معينى استفاده مي‌شوند. مثلاً بيع براى انتقال ملكيت عين، اجاره براى ملكيت منفعت، عاريه براى استفاده از منافع يك عين موقتاً، اما يك عقدى هم هست كه مي‌تواند جايگزين همه عقود شود و حتى در مواردى كه از راه‌هاى عادى مانند بيع امكان انتقال نيست مي‌توان با آن انتقال ملكيت را انجام داد و آن عقد صلح است كه هم مي‌توان بر تمليك عين (مفيد اثر بيع) و هم تمليك منفعت (مفيد اثر اجاره) و ... صلح نمود و همچنين گاهى حقوقى كه نمي‌توانند متعلق بيع يا اجاره واقع شوند را مي‌توان با صلح ساقط نمود يا انتقال داد. آنچه مهم است اين نكته است كه صلح به معنى سازش است و به همين جهت است هك کاربرد وسيعى در ابواب معاملات دارد.

صلح به معنى سازش است نه تمليك. سه شاهد بر اين ادعا بيان مي‌كنند:

شاهد اول: صلح در لغت به معنى تمليك و بيع نيست زيرا بيع و ملكت متعدى بنفسه هستند مانند بيعت الكتاب و صلح متعدى به حرف جر مانند صالحتك على الكتاب.

شاهد دوم: اگر صلح به معنى تمليك باشد بايد در تمام مواردى كه فائده بيع و اجاره و عاريه و ... را دارا است به معنى تمليك باشد و مشترك لفظى باشد بين معنائى كه هم مفيد بيع است هم اجاره و هم عاريه در حالي كه احدى از فقهاء قائل نيستند صلح مشترك لفظى است. پس صلح به معنى سازش است.

شاهد سوم: اگر در دادگاه و نزاع بر مالكيّت يك شىء بين دو نفر يكي از دو نزاع كننده تمليك را مطالبه كند و به ديگرى بگويد اين جنس را به من بفروش اين طلب تمليك اقرار به مالكيّت فرد مقابل اوست و اگر بگويد بيا با يكديگر مصالحه كنيم اين اقرار به مالكيّت فرد مقابل نيست. اما جواب از هبه. قبل بيان جواب:

مقدمه فقهی: اقسام هبه

هبه دو قسم است:

- ۱- هبه بمعنی الأعم که شامل عطیة، صدقة، وقف و وصیت می‌شود.
- ۲- هبه بمعنی الأخص که همان هدیه و بخشش است که خود نیز دو نوع است: هبه معوضه و غیر معوضه. هبه معوضه نیز دو قسم است:
الف: هبه معوضه مطلق که فرد مقابل هم خود را موظف به جبران می‌داند و یک زمانی جبران می‌کند.

ب: هبه معوضه مشروطه که فرد می‌گوید و هبت لک الکتاب بشرط أن تهت لی دفترًا. شیخ می‌فرماید مقصود از هبه معوضه در محل بحث هبه معوضه مشروطه است. پاسخ مرحوم شیخ انصاری این است که بیع و هبه معوضه دو تفاوت عمده دارند که باعث می‌شود تعریف بیع شامل هبه معوضه مشروطه نشود: تفاوت اول: در بیع تملیک هست به نحو مقابله و مبادله یعنی رکن عقد بیع تقابل و تبادل است در حالی که همه فقهاء قائلند در هبه معوضه تملیک هست اما نه به نحو مبادله و مقابله بلکه در هبه دو تملیک مستقل است که ابتدا زید کتابش را تملیک می‌کند به عمرو به شرط اینکه عمرو دفترش را به زید تملیک کند، یعنی دو بار به صورت مجزا باید صیغه هبه گفته شود پس ابتدا زید کتاب را به عمرو هبه می‌کند و هبه از جانب زید تمام شده و محقق است بله اگر عمرو در مقابل دفترش را هبه نکرد زید می‌تواند هبه را فسخ یا امضاء کند.

نتیجه: ماهیت هبه تملیک العین است در حالی که بیع تملیک عین بمال است. تفاوت دوم: حقیقت و رکن بیع با فعل و قصد هر دو طرف انجام می‌شود لذا اگر فردی در بیع کتاب را بگیرد با این نیت که پول آن را ندهد بیع صحیح نیست در حالی که در هبه معوضه چنین نیست بلکه در هبه معوضه هر یک از دو هبه‌ای که اتفاق می‌افتد مستقل است یعنی اگر زید از عمرو هبه معوضه مشروطه بگیرد به این نیت که به عمرو هیچ هدیه‌ای ندهد، تملیک انجام شده و زید مالک می‌شود نهایتاً عمرو خیار تخلف شرط دارد که اگر خواست هبه را پس بگیرد. پس چه هبه معوضه مشروط باشد و چه هبه معوضه غیر مشروط در هر دو حالت معاوضه‌ای نیست بلکه دو ملکیت مستقل است.

ذیل اشکال پنجم به دو نکته اشاره می‌کنند:

- نکته اول: از مطالب گفته شده روشن شد که حقیقت تملیک العین باعوض فقط بر بیع تطبیق می‌کند لذا اگر گفته شود ملکیت کذا بکذا فقط باید گفت مقصود بیع است نه صلح و نه هبه.
- نکته دوم: صاحب جواهر در ۲۶/۲۲ می‌فرماید: أصل البیع فی تملیک الأعیان بالعوض. مرحوم شیخ می‌فرماید دو برداشت ممکن است از این عبارت بشود:

برداشت اول: بگوئیم مقصود صاحب جواهر این است که تملیک عین به عوض حقیقه سه فرد دارد صلح، هبه و بیع لکن چون اکثر و غالب افرادش بیع است لذا اگر کسی گفت ملک تک هذا العین بالعوض این جمله را حمل بر بیع می‌کنیم.

مرحوم شیخ می‌فرمایند اگر مقصود صاحب جواهر این برداشت باشد باطل است زیرا توضیح دادیم حقیقت صلح و هبه معوضه چیزی غیر از تملیک عین به عوض است پس عبارت ملک تک العین بالعوض فقط بر بیع قابل تطبیق است.

برداشت دوم: از آنجای که معنای حقیقی بیع تملیک عین به عوض است لذا گر کسی گفت ملک تک العین بالعوض و شک کردیم مقصودش معنای حقیقی این جمله یعنی بیع است یا معنای مجازی یعنی صلح یا هبه را اراده کرده می‌گوئیم باید اصالة الحقیقه را جاری نمود و حمل بر بیع کرد.

مرحوم شیخ می‌فرمایند این بیان صحیح است اما مقصود صاحب جواهر نیست. (زیرا ایشان تملیک عین به عوض را حقیقت در سه معنای صلح، هبه و بیع می‌دانند)

اشکال ششم: مستشکل باز می‌گوید تعریف شما مانع اغیار نیست و شامل قرض هم می‌شود زیرا در قرض هم تملیک عین و پول است در مقابل اینکه بعد شش ماه به همان مقدار به قرض دهنده تملیک کند.

جواب: ما سه قسم تملیک داریم که باید تفکیک شوند:

۱- تملیک العین بعوض.

۲- تملیک العین بلاعوض.

۳- تملیک العین بضمان.

تملیک سوم را قرض می‌نامیم که چند تفاوت مهم با تملیک العین بعوض یعنی بیع دارد:

تفاوت اول: در باب بیع ربای معاوضی فقط در مکیل و موزون حرام است و الا اگر در معدودات باشد مانند مثلا گردو اشکال ندارد که ۱۰۰ عدد گردو را به ۱۲۰ عدد نازلتر بفروشد. در حالی که در قرض هر گونه ربایی حرام است.

تفاوت دوم: در قرض غرر و ضرر اشکالی ندارد یعنی می‌تواند شیء مجهول را قرض بدهد اما بیع غرری باطل است.

تفاوت سوم: در بیع هم ذکر عوض لازم است هم علم به عوض در حالی که در قرض نه ذکر عوض لازم است نه علم به عوض. یعنی اگر کسی قرض داد و گفت شش ماه دیگر پس بده و نگفت چه چیز را پس بده قرض صحیح است همچنین اگر مقداری پول را نشمرده به کسی قرض دارد بدون علم به مقدار قرض صحیح است اما در این دو حالت بیع باطل است.

* اشکالات به تعریف مرحوم شیخ:

- حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص: ۷۴ ضمن اینکه این تعریف را اُردأ التعاريف می‌دانند پنج اشکال به آن وارد می‌کنند.

- مرحوم امام در کتاب البیع ۶۵/۱ یک اشکال به آن مطرح می‌کنند.

بعض بزرگان نیز سه اشکال مطرح می‌کنند که:

۱- کلمه انشاء در تعریف شما آمده و انشاء را شما ایجاد المعنی باللفظ می‌دانید پس باز مسأله الفاظ ایجاب و قبول در تعریف شما هم مطرح شد و اشکالاتی دارد که خود شما به دیگران می‌گرفتید.

۲- کلمه تملیک در تعریف شما آمده در حالی که مواردی داریم قطعاً بیع هست اما تملیک نیست مانند بیع عمودین که تا پدرش را خرید آزاد میشود و مالک عمودین نمی‌شود. (ملکیت آنا ما هم فلسفياً اشکال دارد زیرا ملکیتی است که از وجودش عدمش لازم می‌آید یعنی ملکیت بر عمودین را تصویر میکنند تا عدم ملکیت بر عمودین را اثبات کنند)

۳- کلمه عین هم شامل مواردی مانند کاغذ پاره باطله ای میشود که عین هست اما مال نیست و نمیتوان بر آن بیع انجام داد در حالی که تعریف شما شاملش می‌شود.

این سه اشکال را می‌توانید در این منابع و منابع بالا ببینید که اشاره شده است:

- حاشیه المکاسب محقق اصفهانی ۶۴/۱ (چاپ جدید)

- حاشیه مکاسب مرحوم همدانی ص ۹

ذیل تعاریف به دو نکته اشاره دارند:

نکته اول: بررسی سه معنای مطرح شده برای لفظ بیع

برای لفظ بیع معانی مختلفی بیان شده که به سه معنا از مرحوم تستری صاحب کتاب مقابس الأنوار اشاره می‌کنند:

معنای اول: بیع یعنی تملیک عین بمال اما به شرط قبول مشتری. به عبارت دیگر تا مشتری قبول نکند بیع را هنوز بیعی اتفاق نیافتاده.

دلیل: ایشان دو دلیل بر این شرط بیان می‌فرمایند: ۱- تبادل. می‌فرمایند وقتی کسی می‌گوید خانه‌ام را فروختم متبادر به ذهن این است که یک مشتری بوده که از او خریده و الا نمی‌توانست بفروشد.

۲- صحت سلب. می‌فرمایند اگر کسی بگوید بعت مالی و مشتری‌ای نبوده که از او بخرد صحیح است که سلب کنیم بیع را از فعل او و بگوییم "ما باع ماله" مالش را نفروخته.

معنای دوم: بیع به معنای انتقال است یعنی نتیجه ایجاب و قبول.

معنای سوم: بیع به معنای خود عقد و ایجاب و قبول عقد است. لذا بعضی در تعریف بیع به تعبیر عقد نیز اشاره دارند.

بل الظاهر اتفاقهم علی إرادة ...

مرحوم تستری ذیل معنای سوم کلامی دارند که برای تبیین آن به نکته‌ای برگرفته شده از کلام خود ایشان اشاره می‌کنیم:

نام‌گذاری ابواب معاملات به سه قسم است:

۱- ابواب معاملات که نام آنها برگرفته از الفاظ ایجاب و قبول است مانند مضاربه و نکاح که مصدر دوم باب مفاعله است. لذا هم به ایجاب هم به قبول در این دو مثال مضاربه و نکاح گفته می‌شود.

۲- نام بعض ابواب معاملات بر گرفته از طرف ایجاب است حقیقتاً اما مجازاً در ایجاب و قبول استفاده می‌شوند، مانند بیع که معنای حقیقی‌اش کار بایع و طرف ایجاب است اما در دو طرف و ایجاب و قبول استفاده می‌شود.

۳- نام بعض ابواب معاملات لفظی است که معنای حقیقی‌اش غیر از ایجاب و قبول مطرح در آن عقد است مانند کتاب الإجارة زیرا اجاره در اصل اسم است برای مال الإجارة که مستأجر می‌پردازد. (البته این مثالشان اشکال دارد)

نتیجه: می‌فرمایند: از آنجا که مقصود از معاملات همان عقد و ایجاب و قبول است در نام‌گذاری کتب و ابواب فقهی هم فقها از ایجاب و قبول مرتبط با آن عقد بهره گرفته‌اند حتی در مانند عقد اجاره‌ای که لفظ اجاره در اصل نام برای هیچ یک از ایجاب و قبول در عقد اجاره نیست بلکه نام برای مال الإجارة است که مستأجر می‌دهد و مجازاً برای ایجاب و قبول در عقد اجاره بکار می‌رود لذا وقتی فقهاء می‌گویند کتاب الإجارة مقصودشان مال الإجارة نیست بلکه ایجاب و قبول در اجاره را می‌گویند.

أقول أما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب ...

مرحوم شیخ انصاری هر یک از سه معنای مذکور برای بیع در کلام مرحوم تستری را نقد می‌کنند.

نقد معنای اول:

معنای حقیقی بیع تملیک بایع است و قبول مشتری در معنای آن مطرح نیست. البته دو قسم تملیک داریم یک تملیکی که بعد از آن تملک و قبول هم می‌آید و دوم تملیکی که بعد از آن تملک و قبول مشتری نیست و چون بیعی ثمره و فائده دارد که به دنبال آن قبول مشتری باشد لذا در مقام کاربرد لفظ بیع انصراف دارد به فردی که بعد از آن قبول هم هست اما چنین نیست که متبادر از لفظ بیع تملیک به همراه تملک باشد و بیع وضع نشده برای چنین معنایی.

نعم تحقق القبول شرط ...

قبل بیان این عبارت دو نکته به عنوان مقدمه باید گفته شود:

مقدمه فلسفی: وجود خارجی و اعتباری

الف: معلول هیچگاه از علت جدا نیست به عبارت دیگر اثر از مؤثر جدا نیست.
ب: بعض مفاهیم و معانی مطابق و وجود خارجی دارند مانند کتاب یا کسر و انکسار (شکستن) و بعض مفاهیم وجود اعتباری دارند مانند ملکیت، واجب کردن و دستور دادن. در اصل وجود خارجی بین عقلا اختلاف رخ نمی‌دهد زیرا یا شیء در خارج هست یا نه، اما در وجودات اعتباری ممکن است اختلاف باشد مثلاً فردی که خواندن و نوشتن به زبان فارسی را دارد اما از کامپوتر چیزی نمی‌داند و نمی‌شناسد این فرد در ایران باسواد شمرده می‌شود اما از جهت قوانین بی‌المللی بی‌سواد است یا فردی وجوب و لزوم یک کاری را معتقد باشد و دیگری چنین عقیده‌ای نداشته باشد.

مرحوم شیخ می‌فرماید بیع از امور و وجودات خارجی نیست که بگویید معلول تابع علت و اثر تابع مؤثر است و هرگاه تملیک واقع شد حتماً تملک هم محقق شده و تملیک بدون تملک بی معنا است. خیر بیع از امور اعتباری است که بایع می‌گوید من بعت گفتم و قصد تملیک نمودم اما ممکن است کسی قیمت پیشنهادی او را پذیرفته باشد و بیع به نتیجه رسیده باشد یا کسی این اعتبار یعنی اعلام بیع او با قیمت مشخص را نپذیرفته باشد.

نتیجه: قبول مشتری شرط انتقال کالا از بایع به مشتری و ثمره‌دار شدن بیع است نه اینکه اصل بیع تملیک به شرط تملک مشتری باشد.

نقد معنای دوم:

اینکه لفظ بیع به معنای اثر و انتقال باشد نه در لغت چنین است نه در عرف.
شیخ طوسی در مبسوط بیع را به انتقال تعریف کرده‌اند و بعضی هم توجیه کرده‌اند که بیع ممکن است مصدر باشد برای فعل معلوم که نقل دادن است و این مقصود شیخ نیست که اشکال شما وارد باشد که در لغت نیامده بلکه مقصود شیخ بیع به عنوان مصدر فعل مجهول آن است که به معنای مبیعیه و شیء فروخته شده و منتقل شده است که این صحیح است در معنای بیع چرا که در بیع بالآخره یک کالای منتقل شده و فروخته شده داریم.

مرحوم شیخ می‌فرماید این تکلف است و صحیح نیست. (چرا که به اعتقاد شیخ انصاری ممکن است بیع باشد اما جنس منتقل نشده باشد)

نقد معنای سوم:

شهید ثانی در مسالک فرموده‌اند بیع به معنای عقد (ایجاب و قبول) نیست و استعمال بیع در عقد استعمال مجازی و در غیر ما وضع له است و مناسبت بین معنای حقیقی و مجازی هم علاقه سببیت است.

مرحوم شیخ می‌فرماید چنان که شهید ثانی فرمودند اینکه بیع به معنای عقد باشد استعمال مجازی است به علاقه سبب و مسبب. اما سبب و مسبب چیست؟ کسانی که می‌گویند بیع به معنای عقد است سبب را همان عقد می‌دانند یعنی عقد سبب است برای ایجاد مسبب اما مسبب چیست؟ دو احتمال است:

احتمال اول: مسبب عقد همان اثری است که شارع آن را قبول دارد یعنی تملیکی که شارع امضاء فرموده. این صحیح است.

احتمال دوم: عقد سبب است برای بیع که تملیک بایع است. یعنی عقد سبب و تملیک بایع مسبب باشد. می‌فرمایند این احتمال صحیح نیست زیرا گفتیم بیع از مفاهیم اعتباری است و با فعل بایع که ایجاب است محقق می‌شود و دیگر بیع که کار بایع است نیاز به قبول ندارد پس صحیح نیست که بگوییم عقد (یعنی ایجاب و قبول)، سبب کار بایع است خیر فقط ایجاب سبب کار بایع و تملیک به مشتری است.

پس عقد سبب است و مسبب آن اثری است که شارع قبول دارد (انتقال ملکیتی که شارع قبول دارد). مرحوم شیخ انصاری بر این نکته دو نتیجه مترتب می‌کند:

نتیجه اول: هر جا در روایات یا فتاویٰ علما آمده که صحّ البیع یا بطل البیع به همین معنا است که این بیع اثر مورد نظر شارع یعنی انتقال ملکیت به نحو شرعی را داشته است یا نداشته است. نتیجه دوم: قبل بیان آن مقدمه‌ای باید اشاره شود:

مقدمه ادبی: معانی لام جاره

ابن هشام در مغنی ۲۷۴/۱ می‌گوید لام مفرده سه قسم است: جاره، جازمه و غیر عامله. لام جاره بیست و دو معنا دارد که معنای ششم آن تعلیل است یعنی ما قبل لام علت است برای ما بعدش.

مرحوم شیخ می‌فرمایند: اگر گفته می‌شود عقد البیع اضافه عقد به بیع اضافه بیانیه نیست بلکه اضافه تعلیلیه است. به عبارت دیگر گفتیم عقد سبب است و مسبب آن اثر حاصل در نظر شارع است نه بیعی که فعل بایع است. حال طبق احتمال اول که مسبب اثر حاصل در نظر شارع است اضافه عقد به بیع تعلیلیه است (به تقدیر لام تعلیل، عقد للبیع) یعنی عقدی که سبب بیع به معنای تملیک شرعی (اثر حاصل در نظر شارع است) و طبق احتمال دوم که مسبب، بیع (یعنی فعل بایع) است اضافه بیانیه خواهد بود یعنی عقدی که بیان از بیع است و گفتیم احتمال دوم اشتباه است.

نکته دوم: عقد بیع حقیقت در صحیح یا اعم از صحیح و فاسد

این نکته بیان کلامی است از شهیدین و ارائه نظر شیخ انصاری در آن. شهید اول در القواعد و الفوائد و شهید ثانی در مسالک می‌فرمایند الفاظ عقود مانند بیع وضع شده‌اند در صحیح نه اعم، لذا معنای حقیقی عقد بیع، بیع صحیح است و به بیع فاسد (فاقد شرائط شرعی) مجازا بیع گفته می‌شود.

نقد کلام شهیدین

تبیین این نقد نیاز به بیان مقدمه دارد:

مقدمه اصولی: مبنای صحیح و اعم در اصول و ثمره آن

مرحوم مظفر در مقدمه چهاردهم از چهارده مقدمه ابتدای کتابشان ذیل عنوان حقیقت شرعیه بحث صحیح و اعم را مطرح فرموده‌اند. سؤال اصلی این است که الفاظ عبادات و معاملات مانند صلاة و بیع وضع شده‌اند برای دلالت بر معنای صحیح (صلاة و بیع صحیح تام الأجزاء و الشرائط) یا اعم از صحیح و فاسد. مرحوم مظفر قائل به وضع برای اعم بودند.

ثمره نزاع صحیح و اعم این بود که اگر قائل شویم الفاظ وضع شده‌اند برای صحیح در صورت شک نمی‌توان به عمومات و اطلاقات تمسک کرد به عنوان مثال مرحوم مظفر می‌فرمودند کسانی که معتقدند صلاة وضع شده برای صلاة صحیح اگر شک کنند که سوره جزء نماز است یا نه در اصل شک دارند که آیا صلاة با سوره صلاة صحیح هست یا نه؟ صلاة با سوره مأموریه هست یا نه؟ اینان نمی‌توانند به أصالة الإطلاق تمسک کنند و بگویند اصل عدم تقیید صلاة است به سوره لذا نماز بدون سوره بخوانند بلکه باید یا احتیاط جاری کند یا برائت. اما اعمی عند الشک می‌تواند به اطلاق تمسک کرده و نماز بدون سوره بخواند.

مرحوم مظفر در قسمتی از عبارتشان می‌فرمایند: فلا يصح الرجوع إلى أصالة الإطلاق لنفي اعتبار جزئية السورة حتى يكتفى بفاقدتها في مقام الامتثال، بل لابد من الرجوع إلى أصالة الاحتياط أو أصالة البراءة على خلاف بين العلماء.

و در جای دیگر می‌فرمایند: أنه على القول بوضع ألفاظ العبادات للصحيحة لا يصح التمسك بالإطلاق عند الشك في اعتبار شيء فيها، جزءا كان أو شرطا، لعدم إحراز صدق الاسم على الفاقد له. و إحراز صدق الاسم على الفاقد شرط في صحة التمسك بالإطلاق.

* مراجعه کنید به کلام مرحوم مظفر تحت عنوان لاثمرة للنزاع في المعاملات الا في الجملة که به نوعی بیان راه کاری است شیخ انصاری در اینجا مطرح می‌فرمایند.

اشکال شیخ انصاری به شهیدین این است که اگر قائل باشید الفاظ عقود مانند بیع برای صحیح وضع شده‌اند اگر در مورد بیع خاصی شک کردید در حلیّت، نمی‌توانید به أصالة الإطلاق تمسک کنید در حالی که خود شما و تمام فقهاء در موارد شک در حلیّت یک بیع، به اطلاق أدله‌ای مانند أحلّ الله البیع تمسک می‌کنند.

نعم یمکن أن یقال ... ۲۰/۳

مرحوم شیخ انصاری توجیهی برای کلام شهیدین اقامه می‌کند و می‌فرماید می‌توان قائل بود الفاظ عقود مانند بیع وضع شده‌اند برای صحیح و به اطلاقات أدله‌ای مانند أحلّ الله البیع هم می‌توان تمسک کرد. ایشان برای کلامشان مقدمه‌ای بیان می‌کنند:

مقدمه فقهی: بیع صحیح یعنی صحیح عند العرف

الف: الفاظ عقود مانند بیع حقیقت شرعیه نیستند بلکه مفاهیم عرفی هستند که اطلاق بر صحیح یا اعم از صحیح و فاسد را باید در نظر عرف جستجو کرد.

ب: مرحوم شیخ اثبات کردند که بیع إنشاء تملیک است از طرف بایع و از آنجا که از امور اعتباری است ممکن است وقتی بایع ایجاب را گفت و تملیک کرد مشتری تملک و قبول کند یا نکند همچنین ممکن است شارع قبول کند یا مانند بیع ربوی ابطال کند.

ج: مرحوم شیخ پذیرفتند که استعمال بیع در عرف انصراف دارد به بیع دارای اثر یعنی بیع همراه قبول مشتری. لکن در صورتی بیع ثمر دارد که هم شرائط عرفی هم شرائط شرعی رعایت شود.

مرحوم شیخ می‌فرمایند آنان هم که قائلند بیع برای صحیح وضع شده می‌توانند بگویند چون بیع حقیقت شرعیه نیست لذا وضع شده برای صحیح عند العرف یعنی هر بیعی را که عرف بگوید صحیح است البته امضاء شارع هم لازم است. حال ممکن است عرف و همچنین شرع یک بیعی را فاسد بدانند مانند بیع مال غصبی یا یک بیعی را صحیح بدانند.

اما جهت اینکه با قول به وضع بیع برای صحیح می‌توان به اطلاقات تمسک کرد این است که: الفاظ معاملات حقیقت شرعیه نیست اگر در جایی شک کردیم این مورد بیع (صحیح) هست یا نه می‌توانیم به اطلاقاتی مانند أحلّ الله البیع تمسک کنیم.

در الفاظ عبادات که نمی‌توانستیم با قول به وضع برای صحیح به اطلاقات تمسک کنیم جهت این بود که الفاظ عبادات مانند صلاة حقیقت شرعیه بود و اگر شک کنیم در اینکه نماز صحیح از نظر شارع چیست و اینکه آیا نماز صحیح نماز با سوره است یا نه نمی‌توانستیم بگوییم اُقیموا الصلاة نامی از سوره نیاورده پس نماز مقید به سوره نیست و چون شک در اجزاء مأموربه داشتیم باید احتیاط می‌کردیم و نماز با سوره می‌خواندیم اما در مورد الفاظ عقود مانند بیع

متفاوت است و بیع صحیح بیعی است که عرف بگوید صحیح است. أحل الله البیع یعنی أحل الله بیع صحیح عند العرف را. لذا اگر جایی شک کردیم که آیا این بیع که عند العرف صحیح است شارع هم آن را امضاء کرده اگر منعی از شارع نرسیده می‌توانیم به اطلاق أحل الله البیع تمسک کنیم و بگوییم چون شارع چیزی نفرموده پس قید مشکوک جزء بیع صحیح نیست و شارع همین بیع عند العرف را معتبر دانسته.

مثال: اگر شک کردیم آیا عربی بودن صیغه عقد در بیع شرط است یا نه می‌گوییم عرف می‌گوید بیع به غیر عربی صحیح است و فارس زبانها می‌گویند بیع به صیغه فارسی صحیح است و بیع است شارع هم قید عربیت را مطرح نکرده پس اگر عربیت لازم بود شارع می‌فرمود و از آنجا که نفرموده به اطلاق أحل الله البیع تمسک می‌کنیم و می‌گوییم صیغه بیع مقید به عربیت نیست.

نتیجه: مرحوم شیخ با اضافه کردن کلمه عرف به بیع صحیح و توجه به بیع صحیح عند العرف اشکال به شهیدین را دفع کردند.

* بیان شیخ انصاری در اینجا را با بیان مرحوم مظفر در انتهای بحث صحیح و أعم تطبیق دهید.

مطلب دوم: معاواة

مرحوم شیخ انصاری در مطلب دوم از شش مطلب کتاب البیع به بحث معاطات می‌پردازد: قدماء از فقهاء و حتی مانند شهیدین (الروضة البهیه ۲۲۲/۳) و محقق ثانی و علامه حلی کیفیت ورودشان به بحث معاطات به این نحو بود که وقتی به بیان شرائط بیع می‌پرداختند می‌فرمودند یشرط فی البیع الإیجاب و القبول و به این مناسبت می‌فرمودند بیع شرعی لاینعقد بالمعاواة چرا که در معاطات صیغه ایجاب و قبول نیست. اما از آنجا که مرحوم شیخ به تبع استادشان مرحوم نراقی در مستند ۲۴۷/۱۴ معاواة را بیع حقیقی می‌دانند لذا در آغاز مبحث بیع در کتاب مکاسب بعد از تعریف بیع می‌خواهند بفرمایند بیع شرعی دو قسم است بدون صیغه (معاواة) با صیغه. و از آنجا که معاواة بیشترین موارد معاملات بین مردم را تشکیل می‌دهد و مباحثش مختصرتر از بیع است لذا اول وارد بحث از معاواة می‌شوند و سه مسأله را مورد بحث قرار می‌دهند:

مسأله اول: ماهیت معاواة

در مسأله اول یعنی ماهیت معاواة چند نکته را بیان می‌فرمایند:

نکته اول: معنای معاواة

قبل بیان نکته اول یک مقدمه کوتاه اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: معنای اباحه تصرف

چنانکه در شرح لمعه خوانده‌اید گاهی انسان مالی را به فردی تملیک می‌کند و از ملکیت خود خارج می‌نماید و گاهی چنین نیست فقط به دیگری اجازه می‌دهد در این مالش تصرف و استفاده کند. مثال بارز آن پذیرائی در میهمانی است که اگر میوه یا غذا میزبان مقابل میهمان می‌گذارد یعنی به میهمان اجازه داده که در این میوه‌ها که ملک صاحب خانه است تصرف کرده و بخورد و اگر میهمان نخورد همچنان در ملکیت میزبان باقی است.

می‌فرمایند معاواة به این معنا است که یک نفر کتاب یا نان را بدهد به دیگری و دیگری هم در مقابل پول آن را بدهد. اما در اینکه قصدشان از دادن کتاب و پول چیست دو احتمال است: **احتمال اول:** قصدشان اباحه تصرف است.

احتمال دوم: قصدشان تملیک است چنانکه در بیع هم قصد تملیک است.

دو احتمال دیگر هم صاحب جواهر مطرح فرموده‌اند که شیخ انصاری اشاره و نقد می‌کنند:

احتمال اول: قصدشان انتقال باشد بدون تصریح به اینکه چه نوع نقلی است.

احتمال دوم: قصدشان ملکیت مطلق باشد بدون توجه به کیفیت و سبب ملکیت.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید احتمال اول مردود است زیرا در عناوین ابواب معاملات چیزی به نام انتقال مطلق نداریم. به عبارت دیگر در مبادلات بین مردم معنا ندارد صرفاً قصد انتقال باشد بدون توجه به کیفیت انتقال که بیع است یا هبه یا عاریه یا ودیعه. به عبارت سوم: انتقال جنس منطقی است و جنس بدون فصل یعنی نوع انتقال قابلیت تحقق ندارد چنانکه حیوان جنس است و نطق بودن یا غیر ناطق بودن فصل آن است و امکان ندارد حیوان در خارج محقق شود بدون اینکه در ضمن ناطق یا غیر ناطق باشد.

اما احتمال دوم شما هم باطل است زیرا علاوه بر اشکال احتمال قبل که اینجا هم وارد است می‌گوییم اگر قصد ملکیت هست و مبادله هم هست که می‌شود ماهیت بیع نه معاوضه. نتیجه: نتیجه اول این است که قصد طرفین در معاوضه یا اباحه تصرف است یا تملیک بالعوض.

نکته دوم: ثمره شرعی معاوضه چیست؟

در ثمره معاوضه شش قول است. مرحوم شیخ انصاری ابتدا به سه قول اشاره می‌فرماید و بعد از پاسخ طولانی به یک سؤال (بعد از ۱۲ صفحه) باز می‌گردند به اشاره به اقوال. قبل از بیان سه قولی که اینجا اشاره می‌فرمایند یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: معنای تلف، ملکیت لازم، جائز و متزلزل

- "تلف" در لغت از بین رفتن و معدوم شدن است مانند سوختن کتاب. در اصطلاح فقه به معنای خروج از ملکیت است به هر نحوی مثل فروختن و هدیه دادن.
- ملکیتی که تثبیت شده باشد بدون راه برگشت را ملکیت لازم گویند مانند اینکه در بیع تمام خیارات را هم اسقاط کند. بعضی ملکیت را تا زمانی که مثلاً حق خیار برای یکی از طرفین یا هر دو باقی است ملکیت متزلزل می‌نامند. اما در مورد تفاوت ملکیت جائز و لازم که اختلافاتی هم وجود دارد می‌توان گفت سبب تفاوت ملکیت لازم و جائز سبب ملکیت است که عقد باشد یعنی اگر عقدی لازم بود مانند بیع، ملکیت حاصل از آن هم لازم است و اگر عقدی جایز بود مانند هبه ملکیت حاصل از آن هم ملکیت جائزه است.

اما سه قولی که اینجا اشاره می‌فرمایند:

قول اول: مشهور فقهاء قائلند معاوضه مفید اباحه تصرف است نه ملکیت اما زمانی که یکی از عوضین تلف شد ملکیت حاصل می‌شود.

قول دوم: شیخ مفید و بعض عامه معتقدند معاوضه مفید ملکیت لازم است مانند بیع. (البته در انتهای صفحه ۵۶ بعد بحث ادله دال بر ملکیت لازم در معاوضه چنین ادعایی را از مرحوم شیخ مفید نفی می‌کنند)

قول سوم: مرحوم علامه فرموده‌اند معاواة نوعی بیع است که چون شرائط بیع مانند صیغه در آن رعایت نمی‌شود لذا بیع فاسد خواهد بود و هیچ فائده‌ای حتی اباحه تصرف هم به دنبال ندارد.

نکته سوم: بررسی نظریه مشهور در معاواة

سؤال: این است که با وجود تعبیر به اباحه در عبارات فقهاء مقصود از معاواة کدام یک از این دو معنای معاواة است که اثرش مورد اختلاف واقع شده؟

پاسخ: در مقصود فقهاء از تعبیر به اباحه سه نظریه را بیان می‌فرمایند:

نظریه اول: مرحوم شیخ می‌فرمایند: مقصود فقهاء جایی است که مقصود طرفین تملیک است نه اباحه تصرف. پس فقهاء می‌خواهند بحث کنند که وقتی در معاواة طرفین قصدشان تملیک است چه ثمره شرعی‌ای بر آن مترتب می‌شود.

نظریه دوم: محقق ثانی معتقدند مقصود فقهاء از اباحه تصرف در معاواة تملیک است اما به نحو ملکیت جائز متزلزل. دلیل این اعتقادشان این است که دیده‌اند از طرفی نمی‌تواند قصد طرفین اباحه تصرف باشد زیرا واقعا طرفین قصد تملیک دارند لذا هر کسی تصرف مالکانه در عین انجام می‌دهد و آن را تلف می‌کند، به عبارت دیگر اگر قصدشان اباحه تصرف است نه ملکیت و بعد از تلف ملکیت حاصل شود ملکیتی خواهد بود که هیچ‌یک از طرفین قصد نکرده‌اند. پس اباحه تصرف نیست، از طرف دیگر دیده‌اند ملکیت هست اما بعد از تلف نه قبل آن. لذا فرموده‌اند هر چند فقهاء از تعبیر اباحه استفاده نموده‌اند اما مقصود معاطاتی است که مفید ملکیت جائز متزلزل است. یعنی ملکیت است نه اباحه تصرف و جائز است نه لازم چون قابل برگشت است تا قبل تلف، لذا این ملکیت بین لزوم و جواز متزلزل است و با تلف یکی از عوضین لازم می‌شود.

نظریه سوم: صاحب جواهر می‌فرمایند: مقصود فقهاء از تصریح به اباحه تصرف روشن است که مقابل ملکیت است لذا چگونه محقق ثانی می‌فرمایند مقصود از اباحه، تملیک و ملکیت است در حالی که این دو اصطلاح دو مفهوم مغایر هم دارند، اگر اباحه هست دیگر امکان ندارد ملکیت مطرح شود. پس امکان ندارد اباحه را به قصد ملکیت معنا نمود.

نتیجه: در بیان مقصود فقهاء از اباحه تصرف در مورد معاواة سه نظریه اشاره شد، مرحوم شیخ انصاری فرمودند مقصود قصد تملیک است، محقق ثانی فرمودند مقصود ملکیت جائز متزلزل است و صاحب جواهر فرمودند مقصود اباحه تصرف است.

مرحوم شیخ انصاری برای تحلیل و تبیین مقصود فقهاء به ۹ مورد از عبارات فقهاء در کتبشان پرداخته و به تفصیل در صدد اثبات نظریه خودشان هستند و به کلام محقق ثانی و صاحب جواهر هم جواب می‌دهند، مرحوم شیخ در این ۹ عبارت دو مدعا دارند:

مدعای اول: محل بحث فقهاء معاطاتی است که طرفین قصد تملیک دارند لذا کلام صاحب جواهر باطل است.

مدعای دوم: همین معاطات مفید اباحه است نه ملکیت لذا کلام محقق ثانی باطل خواهد بود. محور استدلال مرحوم شیخ انصاری در برداشت از عبارات فقهاء مبتنی بر توجه به دو نکته مهم است که فقهاء معتقد بودند اگر این دو نکته باشد ملکیت هست و الا فلا:

الف: تا زمانی که طرفین در تبادل خود قصد تملیک نداشته باشند تملیکی نخواهد آمد و شارع هم آثار ملکیت را مترتب نخواهد کرد. (زیرا می‌شود ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع)

ب: شرط ملکیت، عقد شرعی است که همان ایجاب و قبول باشد.

پس باید توجه داشت که قدمات از فقهاء در عباراتشان اگر در جایی می‌گویند ملکیت نیست لزوماً مقصودشان این نیست که طرفین قصد تملیک نداشته‌اند خیر ممکن است مقصودشان این باشد که قصد تملیک داشته‌اند اما ایجاب و قبول نبوده و عقد شرعی نیست لذا ملکیت نمی‌آید.

نتیجه: می‌فرمایند: اگر علماء در عباراتشان که خواهیم آورد می‌نویسند معاطاة مفید اباحه است نه به خاطر اینکه طرفین قصد تملیک ندارند خیر بلکه به این جهت است که ایجاب و قبول در معاطاة نیست. پس همان احتمال دوم در کلام ابتدای بحث شیخ انصاری صحیح است که معاطاة در کلام قدمات یعنی تبادل با قصد ملکیت که البته مشهور قائلند مفید اباحه تصرف است.

نکته چهارم: آیا معاطه بیع است؟

عرض شد در بحث معاطه چهار مسأله را مورد بررسی قرار می‌دهند، مسأله اول در ماهیت معاطه بود که چهار نکته را در آن بیان می‌فرمایند: ۱- معنای معاطه، ۲- ثمره شرعی معاطه، ۳- سؤال و جوابی در بررسی نظریه مشهور.

نکته چهارم: آیا معاطه بیع است؟

تا اینجا نظریه محقق ثانی روشن شد که ایشان معاطه را مفید ملکیت جائزه می‌دانند که لازمه این قول این است که معاطه بیع است یعنی مانند بیع ملکیت آور است. اما سؤال این است که بنابر نظریه کسانی که معاطه را مفید اباحه تصرف می‌دانند هم معاطه بیع است یا خیر؟ بعضی از جمله مرحوم أبو المکارم بن زهره به مشهور نسبت داده‌اند کسی که قائل باشد معاطه مفید اباحه تصرف است نه ملکیت طبیعتاً قال است به اینکه معاطه بیع نیست. (عبارت غنیة النزوع: ... فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به، که در صفحه ۲۹ مکاسب گذشت.) مرحوم شیخ انصاری هم کلام محقق ثانی را باطل می‌دانند هم بیع نبودن معاطه را. ابتدا با بیانی جدید به نقد کلام محقق ثانی می‌پردازند:

نقد کلام محقق ثانی:

نقد اول: از طرفی فقهاء قائلند تنها شرط لازم شدن یک بیع اسقاط و نبودن هر گونه خیار است و تا زمانی که یکی از خیارات برای بایع یا مشتری وجود داشته باشد، بیع لازم نمی‌شود. از طرف دیگر در تنبیهاات معاطه تنبیه ششم خواهد آمد که در معاطه حق الخیار وجود ندارد. نتیجه: نقد به محقق ثانی این است که شما معاطه را بیع می‌دانید و مفید ملکیت و از طرفی هیچ خیاری هم در معاطه نیست، پس از همان ابتدا باید معاطه را بیع مفید ملکیت لازمه بدانید نه ملکیت جائزه.

نقد دوم: شما به مشهور نسبت می‌دهید که معاطه را بیع و مفید ملکیت جائزه می‌دانند، در حالی که به نظر مشهور رکن بیع ایجاب و قبول است، و در معاطه ایجاب و قبولی وجود ندارد.

نقد کلام مرحوم أبوالمکارم بن زهره

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: اینکه به مشهور علی الإطلاق نسبت دهیم معاطه بیع نیست صحیح نمی‌باشد زیرا، اولاً: فقهاء قائلند شرط صحت بیع ایجاب و قبول است و ثانیاً: باید با توجه به سه مبنایی که در محل بحث وجود دارد معاطه را بررسی نمود:

مبنای اول: بعضی قائلند لفظ بیع وضع شده برای صحیح، یعنی چنانکه گذشت بیع وضع شده برای تملیک مؤثر که شارع هم آن را امضاء کرده باشد بنابراین مبنا چون معاطه ایجاب و قبول

ندارد لذا بیع (صحیح) نخواهد بود، و کلام شما صحیح است که گفتید فقهاء معاظة را بیع نمی‌دانند.

مبنای دوم: بعضی قائلند بیع یعنی عقد و عقد یعنی ایجاب و قبول و بنابراین مبنا هم چون در معاظة ایجاب و قبول نیست پس معاظة حقیقتا بیع و عقد نیست و کلام ابن زهره صحیح است.

مبنای سوم: مشهور قائلند بیع حقیقت است در اعم از صحیح و فاسد. بنابراین مبنا نسبت مرحوم ابن زهره صحیح نیست که چون معاظة ایجاب و قبول ندارد پس بیع نیست خیر، لفظ بیع حقیقت است برای اعم از صحیح و فاسد و اعم از اینکه ایجاب و قبول داشته باشد یا نه. پس معاظة بیع است حقیقتا.

مسأله دوم: اقوال در معاظة

بعد از بررسی معنای معاظة در مسأله اول و اشاره به ثمره معاظة و نقد کلام محقق ثانی وارد اقوال در ثمره معاظة می‌شوند. در این مسأله نیز چند نکته را بررسی می‌فرمایند:

نکته اول: بیان شش قول:

می‌فرمایند بین علماء شش قول وجود دارد:

قول اول: شیخ مفید قائلند معاظة مفید ملکیت لازم است مطلقا (در مقابل تفصیل‌های بعدی). (البته در انتهای صفحه ۵۶ بعد بحث ادله دال بر ملکیت لازمه در معاظة چنین ادعایی را از مرحوم شیخ مفید نفی می‌کنند) مرحوم شیخ می‌فرماید دلیل بر اینکه این قول قائل دارد عبارت مرحوم علامه در تذکره است که فرموده‌اند: "الأشهر عندنا أنه لا بد من الصیغة" (تذکره الفقهاء چاپ جدید جلد ۱۰ صفحه ۷ الفصل الثانی فی الصیغة) یعنی در امامیه دو قول است آن که مشهورتر است می‌گوید بیع باید صیغه ایجاب و قبول داشته باشد و قول دیگری هم هست که می‌گوید معاظة که صیغه ندارد هم بیع است. (این توضیح را مرحوم شیخ در ابتدای صفحه ۵۸ بیان کرده‌اند)

قول دوم: محدث بحرانی صاحب کتاب الحقائق الناظرة و دیگران قائلند معاظة در صورتی مفید ملکیت لازم است که در کنار فعل (قبض و اقباض) لفظی هم باشد (نه ایجاب و قبول) بلکه به همین مقدار که سؤال کند این کتاب چند تومان است و بگوید من این را می‌خواهم.

قول سوم: محقق ثانی معتقدند معاظة مفید ملکیت جائزه (غیر لازم) است.

قول چهارم: بسیاری از فقهاء قائلند معاظة مفید إباحة هر گونه تصرفی است حتی تصرفات مالکانه.

قول پنجم: شهید ثانی در کتاب نکت القواعد که شرح قواعد علامه حلی است می‌فرماید معاظة مفید إباحة تصرفات غیر مالکانه است.

قول ششم: مرحوم علامه حلی در کتاب نه‌ایة الاحکام قائل بوده‌اند که معاواة بیع فاسد است و هیچ ثمره‌ای ندارد.

و المشهور بین علمائنا ...

نکته دوم: بررسی تاریخی نظریه ملکیت در معاواة

می‌فرمایند مشهور قائلند معاواة مفید اباحه تصرف است هر چند قصد متعاطیان تملیک است. بعد می‌فرمایند ما کسی که قائل باشد به اینکه ثمره معاواة ملکیت است پیدا نکردیم تا زمان محقق ثانی که ایشان چنین ادعایی را مطرح کردند و پا را فراتر نهاده و به اصحاب نسبت دادند.

البته ممکن است از عبارتی در تحریر علامه حلی کسی برداشت کند که علامه حلی (م ۷۳۶) قبل از محقق ثانی (م ۹۴۰) این نظریه را مطرح کرده‌اند. عبارت تحریر چنین است: "الأقوی عندي أن المعاواة غير لازم بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فإن تلفت إحدى العينين لزمت" در این عبارت:

اولاً: می‌فرمایند معاواة غیر لازم است یعنی مفید ملکیت هست اما ملکیت جائز نه لازم. ثانیاً: تعبیر به فسخ دلالت دارد بر اینکه ملکیت هست که می‌توانند ملکیت را فسخ کنند و الا اگر ملکیت را قبول نداشتند باید تعبیر به رد می‌فرمودند نه فسخ.

ثالثاً: تعبیر به معاوضة دلالت بر ملکیت دارد زیرا در جواب از اشکال ششم به تعریف مرحوم شیخ انصاری گفتیم تملیک سه قسم است: ۱- تملیک العین بعوض. ۲- تملیک العین بلاعوض. ۳- تملیک العین بضمان. و گفتیم از تملیک العین بالعوض فقهاء تعبیر می‌کنند به معاوضة. پس ملکیت هست.

رابعاً: تعبیر به "فإن تلفت لزمت" که لزوم فرع بر ملکیت است یعنی اصل ملکیت هست که با تلف تبدیل به ملکیت لازمه می‌شود.

مرحوم شیخ می‌فرمایند این برداشت از کلامه علامه در تحریر که معاطات را مفید ملکیت بدانند توهمی بیش نیست زیرا: مرحوم علامه بدون فاصله بعد از این عبارت می‌فرمایند:

"و لا یحرم علی کل واحد منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البیع الفاسد" در این عبارت:

اولاً: می‌فرمایند لا یحرم علی کل واحد منهما الإنتفاع، این تعبیر دلالت می‌کند بر اینکه در عبارت قبل ملکیتی را قائل نیستند و الا اگر ملکیت باشد هر چند ملکیت جائز معنا ندارد بفرمایند انتفاع و بهره بردن از عوضین بر متعاطیان حرام نیست خوب اینکه لازمه ملکیت است. پس مقصود اباحه تصرف و عدم ملکیت بوده که می‌فرمایند انتفاع حرام نیست.

ثانیا: می‌فرمایند معاظاة مفید اباحه تصرف است و انتفاع از عوضین حرام نیست و الا اگر اباحه تصرف نبود مانند بیع فاسد بود که تصرف در عوضین حرام است.

ثالثا: مرحوم علامه حلی در بحث هبه و هدیه در کتاب تحریر فرموده‌اند اگر در هبة ایجاب و قبول نباشد فقط مفید اباحه تصرف است نه ملکیت پس اگر هبه و هدیه که معاوضه هم در آنها نیست بدون ایجاب و قبول مفید ملکیت نیستند چگونه ممکن است معاطاتی که معاوضه است بدون ایجاب و قبول مفید ملکیت باشد.

(قسمتی از عبارت تحریر چاپ قدیم ۲۸۱/۱: کتاب الهبات و توابعها و فيه مقاصد الأول في الهبة و فيه فصلان الأول في الماهية و فيه بحثا، الهبة عقد يقتضي تملك المعين منجزا من غير عوض و يسمى النحلة و العطية قال الشيخ رحمه الله الهدية و الهبة و الصدقة بمعنى واحد و لهذا يحث لو حلف ألا يهب فتصدق على مسكين غير أنه إذا قصد الثواب و التقرب إلى الله تعالى بالهبة سميت صدقة و إن قصد بها التودد و المواصله سميت هدية. الهبة جائزة بالنص و الإجماع و هي عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول و القبض و هل يستغني عن الإيجاب و القبول في هدية الأئمة الأقرب عدمه نعم يجوز التصرف عملا بالإذن المستفاد من العادة.)

نتیجه: نتیجه این است که قبل از محقق ثانی کسی قائل نشده که معاظاة مفید ملکیت باشد و این قول از ابداعات ایشان است.

سؤال: ممکن است این سؤال مطرح شود که پس آن چهار تعبیری که در کلام علامه در تحریر بود و دال بر ملکیت بود چه می‌شود؟

جواب: جواب این است که تعبیر به ملکیت غیر لازمه (یا إن تلفت لزمت) را علماء در باب اباحه هم بکار می‌برند و موارد متعددی در عبارات علماء چنین است. در مورد کلمه فسخ و معاوضه هم استفاده از این دو تعبیر به اعتبار قصد طرفین یعنی تملیک است

نکته سوم: اشاره به نظریه شیخ انصاری و أدله ملکیت

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: قول محقق ثانی مبنی بر اینکه معاظاة مفید ملکیت است لایخلو عن قوة. بر این ادعا شش استدلال می‌آورند که سه تا از آنها را می‌پذیرند. شش دلیل به اختصار چنین است: ۱- سیره ۲- آیه حل ۳- آیه تجارة عن تراض ۴- حدیث سلطنة ۵- اجماع مرکب ۶- کلام مفصلی از مرحوم کاشف الغطاء. مرحوم شیخ دلیل اول را به عنوان مؤید می‌پذیرند و دلیل دوم و سوم و پنجم را قبول می‌کنند و دلیل چهارم و ششم را نقد می‌فرمایند.

دلیل اول: سیره متشرعه

دلیل دوم: آیه شریفه **أحل الله البيع**

قبل از بیان کیفیت استدلال به آیه بر اینکه معاطاة مفید ملکیت است مقدمه‌ای بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی اصولی: تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی

حکم یا تکلیفی است که مقصود همان احکام خمسہ تکلیفیه است و یا وضعی است که همه حکم‌های شرعی غیر از احکام تکلیفیه را شامل می‌شود مانند زوجیت، ملکیت، رقیت، سببیت، صحت و فساد و ... که احکام وضعیه بسیار زیاد است. کلمه حلال هم به معنای حکم تکلیفی یعنی مباح بکار می‌رود هم به معنای حکم وضعی یعنی صحت بکار می‌رود.

مرحوم شیخ انصاری برای بیان استدلال به آیه یک صغری و کبری بیان می‌کنند تا به این نتیجه برسند که معاطاة مفید ملکیت است اما ابتدا کبرای استدلال به آیه را بیان می‌کنند سپس صغرای استدلال را.

کبرای استدلال به دو بیان (حلیت تکلیفی و وضعی) مطرح شده:

بیان اول: حلال در آیه می‌تواند به معنای حلیت تکلیفی باشد و **أحل الله البيع** یعنی خداوند همه بیع‌ها را حلال و مباح قرار داده است.

اشکال: اگر مقصود از حلال حلیت تکلیفی باشد این فراز از آیه لغو می‌شود زیرا خداوند نمی‌تواند تمام بیع‌ها را حرام بداند و زندگی و معیشت انسانها را مختل کند لذا اینکه بگویند همه بیع‌ها حلال است نکته روشنی است و گفتنش لغو است.

جواب: برای خروج از لغویت یک کلمه‌ای در تقدیر باید گرفت آنهم کلمه تصرفات است که خداوند جمیع تصرفات را در بیع حلال دانسته.

نتیجه: آیه به دلالت مطابقی دلالت دارد تمام تصرفات در بیع حلال است و به دلالت التزامی دلالت دارد هر جا جمیع تصرفات حلال است پس ملکیت هست.

بیان دوم: حلال در آیه به معنای حلیت وضعیه یعنی صحت است، پس آیه می‌فرماید هر بیعی حلال است یعنی تمام بیع‌ها صحیح است و آیه به دلالت مطابقی دلالت می‌کند هر بیعی صحیح است یعنی مفید ملکیت است و به دلالت التزامی دلالت می‌کند بر اینکه هر بیع صحیحی مباح (حکم تکلیفی) هم هست. (اینجا یک لکنه محل تأمل دارند که البته در سه صفحه بعد همین حکم وضعی را می‌پذیرند)

پس به هر یک از دو بیان کبرای استدلال ثابت است که هر بیعی مفید ملکیت است.

صغری: هر معاطاتی بیع است.

کبری: هر بیعی مفید ملکیت است.

نتیجه: معاظاة مفید ملکیت است.

دلیل سوم: آیه تجارت:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ.

اُكل در آیه کنایه از تصرف است. خداوند می‌فرماید: زمانی جمیع تصرفات در اموال یکدیگر برایتان مجاز است که بر اساس معامله با رضایت باشد. معاظاة هم تجارت عن تراض است لذا جواز همه تصرفات را بدنال می‌آورد و اباحه و جواز همه تصرفات به معنای ملکیت است.

دلیل چهارم: حدیث سلطنة. الناس مسلطون علی اموالهم.

در مورد این حدیث یک بحث سندی مطرح است که مرحوم شیخ اشاره نمی‌کنند. این حدیث مرسله است و فاقد حجیت، عمل مشهور هم جابر ضعف سند نمی‌باشد، و این حدیث هم در مقام استدلال مورد عمل مشهور نیست بلکه به عنوان مؤید در کنار أدله دیگر بیان می‌شود و اصلاً نیازی به این حدیث نیست زیرا حکم عقل و بناء عقلاء کافی است در اثبات سلطنت انسان بر اموالش.

اما دلالت حدیث: مستدل می‌گوید حدیث سلطنت بیان می‌کند که چون انسان مسلط بر اموالش هست پس هر نوع بیع و تملیکی می‌تواند انشاء کند هر چند معاظاة باشد.

مرحوم شیخ می‌فرمایند این حدیث تنها دلالت می‌کند بر اینکه انسان سلطه بر مالش دارد و اگر در موردی شک کردیم که می‌تواند این مال را هبه کند یا بفروشد می‌تواند بگوید حدیث بیان می‌دارد که هر گونه سلطه‌ای بر اموال داری اما در محل بحث ما یقین داریم بر مالمان سلطه داریم و شک داریم در چگونگی اعمال این سلطه که آیا کیفیت اعمال سلطه و تملیک می‌تواند به نحو معاظاة باشد یا نه؟ حدیث در مقام بیان کیفیت اعمال سلطه نیست بلکه فقط اصل سلطه را بیان می‌کند، لذا نمی‌تواند اثبات کند اگر کیفیت سلطه به نحو معاظاة و بدون ایجاب و قبول بود هم بیع صحیح است.

اللهم إلا أن يقال ... ۴۲/۳ س ۳

مرحوم شیخ به هر سه دلیل سیره و دو آیه اشکال می‌کنند و نهایتاً سیره را به عنوان دلیل بر مطلب نمی‌پذیرند اما تمسک به دو آیه را در نهایت قبول می‌کنند.

نقد دو آیه:

قبل از بیان نقد ایشان به یک مقدمه فقهی اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: تلازم در تشریع نیاز به اعلام شارع دارد

در وجودات خارجی اگر یک شیء با شیء دیگر تلازم داشت مانند نور و آتش این تلازم نیاز به اعلام و حکم کسی ندارد بلکه خود بخود وجود دارد اما در اعتباریات اگر بخواهد تلازمی باشد نیاز به اعلام معتبر دارد. مثلاً اگر بنا است دیدن چراغ قرمز در چهارراه تلازم با توقف داشته باشد این را معتبر باید اعلام کند. یا در شرعیات اگر

امام جماعت بودن بخواهد به نظر شرع تلازم با عدالت داشته باشد باشد شارع اعلام کند و الا ما متوجه تلازم بین امامت جماعت و لزوم عدالت نمی‌شویم (چنانکه عامه این را قبول ندارند)

نقد بیان اول در تمسک به آیه. نقد مرحوم شیخ این است که شمای مستدل در بیان اول که حلال به معنای مباح بودن تصرف باشد گفتید در آیه أحل الله البيع حلیت و اباحه تصرف ملازمه دارد با ملکیت این تلازم در امور اعتباری مانند ملکیت نیاز به دلیل خاص از جانب شارع دارد بلکه در بیع با لفظ ایجاب و قبول دلیل داریم مانند اجماع بر اینکه شارع ملکیت را قبول دارد اما در معاوضة که فاقد ایجاب و قبول است دلیل نداریم بر اینکه شارع چنین بیعی را مفید ملکیت بداند.

بعد مرحوم شیخ می‌فرمایند بلکه ممکن است بگوییم در معاوضة اباحه تصرف می‌آید اما بعد از اینکه یکی از طرفین تصرف مالکانه انجام داد یک آن قبل از تصرف، جنس به ملکیت او در آمده و سپس تصرف مالکانه کرده و فروخته اما دلیل نمی‌شود که از زمانی که کتاب را به معاوضة خریده بود تا یک ماه بعد که کتاب را فروخت در فاصله این یک ماه قائل باشیم به ملکیت خیر معاوضة اباحه جمیع تصرفات را به دنبال دارد و اگر فرد بعد از مدتی تصرف مالکانه انجام داد کشف می‌کنیم یک آن قبل این تصرفش ملکیت آمده سپس فروخته است. نتیجه: با استدلال به این آیه نتوانستیم ثابت کنیم اباحه تصرف در معاوضة تلازم با ملکیت دارد و معاوضة مفید ملکیت است.

نقد سیره متشرعة:

در اصول خوانده‌ایم که در صورتی سیره متشرعة حجیت است که کاشف از رأی معصوم و همراهی معصوم با متشرعة باشد و الا هر سیره‌ای هر چند از جانب متشرعه حجت نیست. در محل بحث هم اینکه متشرعة معاوضة را مفید ملکیت می‌دانند ممکن است ناشی از قلّت مبالغات در مسائل شرعی و راحتی خودشان در معاملات باشد چنانکه در بسیاری از سیره‌ها چنین است. مانند برهنه شدن بعض متشرعه در هیئت‌های عزاداری در خیابان و در معرض زنان نامحرم که این ناشی از قلّت مبالغات در مسائل شرعی است و نمی‌توان این سیره را مورد امضاء شارع دانست.

ادامه نقد به آیه:

سؤال: شمای شیخ انصاری می‌فرمایید باید دلیل شرعی بر تلازم بین اباحه تصرف و ملکیت داشته باشیم، ما می‌گوییم قائلین به اینکه معاوضة مفید اباحه تصرف است خودشان قائل نیستند که تلازم است بین اباحه تصرف و ملکیت که بگویید ادعای بدون دلیل است بلکه خود آیه دال

بر این تلازم است زیرا آیه می‌فرماید هر بیع و معاوضه‌ای را خداوند حلال و مفید ملکیت دانسته، معاطه هم نوعی بیع است پس معاطه هم مفید ملکیت است.

جواب: کسانی که قائل‌اند به اینکه معاطه مفید اباحه جمیع تصرفات است فقط می‌توانند از آیه استفاده کنند که تصرف مالکانه کاشف از ملکیت است که قبل تصرف مالکانه یک آن مالک شده و مثلاً فروخته اما اینکه از ابتدای معاطه ملکیت آمده باشد را آیه دلالت ندارد.

پذیرش بیان دوم در استدلال به آیه:

مرحوم شیخ می‌فرمایند بیان دوم صحیح است یعنی می‌توان گفت حلیت به معنای حکم وضعی صحت است زیرا متبادر از حلیت بیع، صحت آن است و معاطه هم نوعی بیع است پس صحیح است و البته در شریعت بر بیع صحیح آثاری مترتب شده از جمله مالکیت.

نکته:

مرحوم شیخ انصاری در ابتدای بحث خیارات در استدلال به آیه اوفوا بالعقود می‌فرمایند:

"حقق في الأصول أن لا معنى للحكم الوضعي إلا ما انتزع من الحكم التكليفي." و به دنبال آن می‌فرمایند: "و أضعف من ذلك ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور و هو أن المفهوم من الآية عرفاً حکمان تکلیفی و وضعی و قد عرفت أن ليس المستفاد منها إلا حکم واحد تکلیفی يستلزم حکماً وضعياً." مکاسب

چاپ جدید ۱۸/۵ چاپ قدیم ۳۰۶/۲.

لذا آن کلامشان با بیان اینجا تهافت و تناقض دارد زیرا آنجا توضیح می‌دهند که باید حکم تکلیفی فرض شود تا حکم وضعی از آن به دست آید و معنا ندارد حکم وضعی را مستقل برداشت کنیم در حالی که اینجا بیان اول یعنی حکم تکلیفی را تضعیف کردند و بیان دوم یعنی حکم وضعی را نتیجه گرفتند.

دلیل پنجم: تمسک به اجماع مرکب

مستدل می‌گوید در مسأله معاواة کسی قائل به تفصیل نیست یعنی اگر فقهاء معاواة را مفید ملکیت می‌دانند در تمام عقود معاطاتی چنین است از قبیل هبه معاطاتی، اجاره معاطاتی و بیع معاطاتی و اگر فقهاء معاواة را مفید ملکیت نمی‌دانند در تمام عقود است و بین عقود تفاوت و تفصیلی قائل نیستند و از طرفی هم از اطلاق بعض أدله باب هبه و اجاره می‌گوید هبه و اجاره مطلقاً ملکیت آور است چه هبه و اجاره معاطاتی و چه عقد اجاره با ایجاب و قبول لذا اگر معاواة در این دو عقد مفید ملکیت است در تمام موارد معاواة مفید ملکیت خواهد بود.

دلیل ششم: از مرحوم کاشف الغطاء

دلیل ششم دلیلی است از مرحوم کاشف الغطاء. ایشان می‌فرمایند اگر معاواة را مفید ملکیت ندانیم آثار و لوازمی دارد که هیچ یک از فقهاء به آن لوازم ملتزم و معتقد نخواهند شد لذا اگر معتقد باشیم که معاواة مفید اباحه تصرف است نه ملکیت موجب تأسیس قواعد جدید در فقه خواهد شد بر خلاف آنچه بین فقهاء مسلم است. به هشت لازمه اشاره می‌کنند که در بعض موارد هر کدام به اشکالات متعددی (بیش از عدد هشت) منجر می‌شود.

اشکال اول: قاعده‌ای بین فقهاء معروف است که العقود تابعة للقصد، یعنی عقد با قصد طرفین باید همخوانی داشته باشد اگر قصد نکاح دارد و عقد نکاح را بخواند محقق می‌شود و اگر قصد هبه دارد و صیغه وقف را بخواند صحیح نخواهد بود.

حال اشکال این است که همه معتقدند در معاواة قصد متعاطیین تملیک است و اگر ثمره معاواة اباحه تصرف باشد لازم می‌آید تأسیس قاعده‌ای جدید با عنوان العقود لا تتبع القصد.

اشکال دوم: اسباب تملیک و تملک در فقه معلوم و روشن است که چگونه انسان میتواند مالک شیء شود راههایی مانند هبه بیع اجاره و ... حال اگر کسی معتقد باشد معاواة فقط مفید اباحه تصرف است و اگر کسی تصرف مالکانه در عین کند آن وقت ملکیت می‌آید لازمه‌اش این است که اراده تصرف یکی از اسباب مملکه باشد یعنی به صرف اینکه کسی اراده کرد در مال فرد دیگر تصرف کند مالک مال آن فرد شود و این را احدی از فقهاء ملتزم نمی‌شود.

سؤال: موردی است در فقه که شبیه همین است که صرفاً با اراده تصرف مالکیت می‌آید و آن موردی است که همه فقهاء هم صحیح می‌دانند که فردی کفاره عتق بر عهده‌اش هست و عبد ندارد به رقیقش که مالک عبد است می‌گوید أعتق عبدک عنی یعنی برده‌ات را از طرف من به عنوان کفاره آزاد کن پس در این مورد فقهاء قائلند به صرف اینکه فرد اراده کرد تصرف در عبد و عتق را رقیقش برده را آزاد می‌کند و از طرف دستور دهنده آزاد می‌شود بدون وجود ملکیتی بلکه همین اراده تصرف ملکیت آورد.

جواب: جواب این است که در این موارد ابتدا صاحب عبد، برده را به فرد تملیک می‌کند بعد از تملیک عبد را به عنوان وکیل از طرف فرد آزاد می‌کند پس اول تملیک است بعد عتق نه اینکه صرفا اراده تصرف باشد و بعد عتق.

اشکال سوم: در فقه واجبات و احکامی داریم که صرفا بر عهده مالک یک مال واجب می‌شود مانند وجوب خمس و زکات و اگر کسی به معاطاة پول یا جنسی را بدست آورد و بگوییم ملکیت نمی‌آید در صورت گذشت سال بر آن مال باید بگوییم خمس بر او واجب نیست زیرا مالک نیست در حال که تمام فقهاء معتقدند خمس بر او واجب است. همچنین مسائل دیگر مانند اینکه دارا شدن مثلا ۲۰ میلیون از طریق معامله معاطاتی نباید باعث استطاعت برای حج شود چون ملکیت نمی‌آید در حالی که با اجماع مستطیع است، پس معاطاة ملکیت می‌آورد.

در دین نیز اگر پولی مالی غیر از معاطاتی ندارد نباید شرعا بر او أداء دین واجب و نفقه عیال و اولاد واجب باشد چون مالک نیستس چنین أداء حق مقاسمة در شراکت و حق شفعه و همچنین نباید ورثه این فرد اموالی که از طریق معاطاة به دست آورده را به ارت ببرند یا فرد نمی‌تواند نسبت به این اموال وصیت کند در حالی که همه این احکام بر فرد لازم است. حتی در صورتی که علم داشته باشد خریدار کتاب هم مثلا تصرف در کتابها نکرده که ملکیت بیاید یا نمی‌داند تصرف کرده یا نه و با استصحاب عدم تصرف ثابت کند که تصرفی محقق نشده که بواسطه آن مالک شود با این وجود باید با شرائطش خمس و زکات مال را بپردازد.

همچنین اگر از معامله معاطاتی بیست میلیون به دست آورد و هیچ مال دیگری ندارد و بگوییم معاطاة ملکیت نمی‌آورد پس این فرد شرعا باید فقیر باشد و صدقه بر او حلال باشد.

اشکال چهارم: اگر معاطاة مفید ملکیت نباشد و تصرف مالکانه یکی از دو طرف سبب ایجاد ملکیت شود لازم می‌آید تصرف فردی در مال نزد خودش باعث شود فرد دیگر مالک مال دست خودش شود.

اشکال پنجم: در معاطاة گفته می‌شود "فإن تلفت لزمت" تصرف مالکانه و تلف یک یا هر دو عوض باعث ملکیت لازم در معاطاة می‌شود. مرحوم کاشف الغطاء چهار نقض به این کلام دارند **نقض اول:** اگر صرفا تلف باعث ایجاد ملکیت شود لازم می‌آید اگر به آتش سوزی و بدون اختیار کتاب سوخت و تلف شد هم ملکیت بیاید یعنی تلف سماوی موجب ملکیت شود.

نقض دوم: برای بیان این نقض توجه به یک مقدمه فقهی لازم است:

مقدمه فقهی: ثمن المسمی و ثمن المثل

الف: در مباحث معاملات مانند بیع و اجارة دو عنوان مطرح است یکی ثمن المسمی یعنی ثمنی که در قرارداد مورد اشاره بوده که مثلا کتاب مکاسب را به هشت هزار تومان بخرد و ثمن المثل که ارزش کتاب در بازار است.

ب: رابطه ثمن المثل و ثمن المسمی همیشه یا تساوی است یا یکی از دیگری بیشتر است ممکن است مبلغی که توافق کرده‌اند در مورد کتاب (ثمن المسمی) همان ارزش واقعی کتاب (ثمن المثل) باشد که ده هزار تومان است و ممکن است کمتر از مبلغ واقعی باشد که هشت هزار تومان باشد یا بیشتر از مبلغ واقعی باشد که به جهتی می‌خواهد دوازده هزار تومان این کتاب را بخرد.

ج: اگر معامله صحیحی انجام شود اما لازم نشده و جائز است و حق خیار داشته باشند و هر دو عوض تلف شود می‌توانند معامله را فسخ کنند و چون عوضین تلف شده باید مثل آن کتاب را یا به مقدار ثمن المسمی را به فروشنده کتاب برگرداند و فروشنده هم به همان مقدار که پول گرفته برمی‌گرداند. چه ثمن المسمی مساوی ثمن المثل باشد یا کمتر یا بیشتر چون قرارداد صحیح بوده باید بر اساس همان بازگردانده شود. این حکم به این جهت است که معامله صحیح بوده و ملکیت آمده بوده.

اما اگر فهمیدند بیع و معامله‌شان فاسد بوده و جنس هم تلف شده باید ثمن المثل کتاب را برگرداند. مثال: زید کتابی که ثمن المثل آن ده هزار تومان است را به هشت هزار تومان خرید و بعد فهمیدند بیع به جهتی فاسد بوده خریدار هشت هزار تومانی را که پرداخت کرده می‌گیرد و در مقابل باید مانند همان کتاب ده هزار تومانی یا ثمن المثل آن یعنی ده هزار تومان را به فروشنده پرداخت کند. این حکم به این جهت است که معامله و عقد فاسد بوده و ملکیتی در کار نبوده است.

اشکال این است که اگر معاطاة مفید ملکیت نباشد در بیع معاطاتی که هر دو عوض تلف شده اگر بخواهند معامله را فسخ کنند به جهت فاسد بودن و نبود بعض شرائط بیع، باید به جای کتاب مانند آن یا ثمن المثل کتاب را پرداخت کند نه ثمن المسمی را چون ملکیتی نبوده در حالی که مشهور قائلند فروشنده فقط می‌تواند ثمن المسمی کتاب را مطالبه کند.

نقض سوم: فقهاء فتوا می‌دهند اگر کسی مالی را غصب کرد فقط مالک می‌تواند از غاصب مال را طلب کند. حال اگر غاصبی کتاب را از متعاطی دزدید و یا با تصرف غاصبانه در کتاب فرد متعاطی باعث تلف کتاب شد دو اشکال پیش می‌آید اول اینکه فقهاء فتوا می‌دهند اینجا فرد متعاطی خریدار کتاب می‌تواند به غاصب مراجعه کند برای گرفتن کتاب که نشان می‌دهد مالک کتاب بوده. دوم اینکه باید بگوییم نه معاطاة بلکه غصب ملکیت آورده که کلام عجیبی است.

نقض چهارم: مع أن فی التلف القهری ... ۴۵/۳ س ۹

کسانی که معاطاة را مفید ملکیت نمی‌دانند می‌گویند با معاطاة اباحه تصرف می‌آید و اگر یکی از عوضین تلف شد ملکیت لازمه محقق می‌شود. اشکال این است که می‌فرمایند اگر کتاب را به معاطاة خرید به ده هزار تومان و به صاعقه تلف شد ملکیت چه زمان می‌آید؟ سه احتمال است:

احتمال اول: یک لحظه قبل از تلف ملکیت می‌آید. این احتمال باطل است زیرا رابطه تلف و ملکیت را علت و معلول دانستید یعنی تلف علت است برای ملکیت و ممکن نیست تا علت (تلف) نیامده ملکیت (معلول) تحقق پیدا کند.

احتمال دوم: همزمان با تلف ملکیت هم محقق می‌شود. مرحوم کاشف الغطاء می‌فرماید این احتمال هم باطل است زیرا لازم می‌آید اجتماع نقیضین زیرا وقتی می‌گویید تلف و ملکیت همزمان می‌آید از طرفی می‌گویید کتاب تلف شده یعنی معدوم است و از طرفی می‌گویید فرد مالک کتاب شده یعنی کتاب موجود است که فرد مالک شده و این هم اجتماع نقیضین است.

احتمال سوم: اول تلف (علت) اتفاق می‌افتد و بعد ملکیت (معلول) می‌آید، این احتمال هم باطل است زیرا لازم می‌آید فرد مالک معدوم و شیء تلف شده بشود که ملکیت معدوم بی معناست. اگر برای رهایی از بطلان این سه احتمال بگویید اصلاً با تلف کتاب، خریدار کتاب مالک کتاب نمی‌شود می‌گوییم اشکالش این است که تلف کتاب باعث نمی‌شود که خریدار کتاب مالک شود اما بعث می‌شود فروشنده مالک عوض (پول) بشود که بطلانش روشن است زیرا ممکن نیست خریدار مالک چیزی نشود و فروشنده مالک بشود. نتیجه: نفی ملکیت مخالف سیره و بناء متعاطیین است.

اشکال ششم: قبل از بیان اشکال ششم توجه به یک مقدمه فقهی لازم است:

مقدمه فقهی: نواقل قهریه و غیر قهریه

اسباب ملکیت را در نگاه کلی می‌توان به دو قسم تقسیم نمود:

۱- نواقل قهریه، مانند ارث که بدون قصد طرفین هم ملکیت منتقل می‌شود.

۲- نواقل غیر قهریه که نیاز به قصد دارد و بدون قصد قابل تحقق نیست.

اشکال این است که اگر قائل باشیم معاواة سبب ملکیت نیست بلکه تصرف در عوضین ملکیت می‌آورد، می‌گوییم این تصرفی که ملکیت آور است از کدام یک از اقسام انتقال ملکیت است یا از نواقل قهریه است که هیچ فقیهی فتوا نمی‌دهد تا فرد تصرف کرد بدون قصد ملکیت مالک شود، پس لابد می‌گویید تصرف از اسباب غیر قهریه است یعنی اگر فرد در جنس معاطاتی با قصد اینکه مالک است تصرف کرد مالک می‌شود و اگر بدون قصد اینکه مالک است تصرف کرد مجاز نباشد. مثال: اگر کسی جاریه و کنیزی را به صورت معاطاتی خرید بعد بدون اینکه توجه داشته باشد و نیت کند که با این تصرف می‌خواهم مالک بشوم در کنیز تصرف کند و با او مباشرت کند باید آقایان فتوا دهند که این وطی، وطی به شبهه است یا اگر به این کنیز صدمه‌ای زد یا او را کشت بدون اینکه قصد کند با این صدمه زدن می‌خواهم مالک شوم باید آقایان فتوا دهند او تصرف در مال غیر کرده است در حالی که اُحدی چنین فتاوی‌ای نداده و نمی‌دهد. پس باید گفت معاواة مفید ملکیت است.

اشکال هفتم: اگر معاواة ملکیت نیاورد در مواردی که جنس خریداری شده به معاواة، نما داشته باشد مانند اینکه حیوانی باشد که شیر دهد یا درختی که میوه دهد، و هیچ یک از طرفین هم تصرف در عوض نکرده‌اند که ملکیت لازم بیاورد حال سؤال این است که تا قبل از تصرف این نما ملک کیست؟

احتمال اول: بگوئیم ملک مالک اصلی (فروشنده) است. این احتمال بسیار بعید است زیرا اُحدی چنین فتوایی نداده و قصد طرفین هم چنین چیزی نبوده.
احتمال دوم: نما ملک مشتری باشد، که دو صورت دارد:
صورت اول: فقط نما بدون عین ملک مشتری شده باشد.
صورت دوم: نما با عین هر دو با هم ملک مشتری شود.
هر دو صورت در احتمال دوم اشکال دارد:

اولاً: لازمه احتمال دوم این است که حدوث نما یکی از اسباب مالکیت باشد که اُحدی از فقهاء قائل نیست.

ثانیا: مخالف عبارات قائلین به اباحه تصرف می‌باشد زیرا آنان معتقدند تصرف ملکیت می‌آورد نه حدوث نما.

توهم: ممکن است گفته شود نما هم مانند اصل جنس وقتی فروشنده اذن تصرف داد فقط اباحه تصرف دارد تا زمانی که تصرف کند تا مالکیت بر جنس و بر نما آن بوجود آید.
جواب: مرحوم کاشف الغطاء می‌فرماید چنین چیزی (اذن در تصرف نما) در نیت فروشنده و خریدار نیست در حین بیع معاطاتی که هنوز نما محقق نشده نیست.

نتیجه اینکه باید بگوئیم از ابتدا معاواة طرفین مالک عوضین و نما آن می‌شوند.

اشکال هشتم: بعضی از قائلین به اباحه تصرف معتقدند کیفیت تبدیل شدن اباحه تصرف به ملکیت لازمه در معاواة چنین است که وقتی مالک عوض را در معاواة واگذار می‌کند گویا فرد مقابل را وکیل کرده در اینکه قبل از تصرف مالکانه ابتدا جنسی که اباحه تصرف داشت را از طرف او به ملکیت خود درآورد سپس تصرف مالکانه انجام دهد.
مرحوم کاشف الغطاء می‌فرماید این کلام هم دو اشکال دارد:

اولاً: بعضی از خود این علماء قائلند در یک معامله نمی‌شود موجب و قابل یک نفر باشد. (یک نفر هم به وکالت از کسی بگوید مَلکْتُ و هم از طرف خودش بگوید قبلتُ).

ثانیا: اگر هم بگوئید اشکال ندارد موجب و قابل یک نفر باشد خوب می‌گوئیم این تحلیل را در همان ابتدای معاواة مطرح کنید که وقتی خریدار کتاب را از فروشنده قبول کرد گویا دارد از طرف فروشنده به خودش تملیک می‌کند.

مرحوم شیخ انصاری بعد از نقل هشت اشکال کلی از مرحوم کاشف الغطاء بعض از موارد را نقد می‌فرمایند و موارد دیگر را هم می‌فرمایند با همین نقدها قابل جواب است:

نقد اشکال اول:

مرحوم کاشف الغطاء فرمودند اگر معاطاة مفید ملکیت نباشد لازم می‌آید نقض قاعده العقود تابعة للقصود، به عبارت دیگر اشکال ایشان را می‌توان با یک صغری و کبری مطرح کرد که المعاطاة عقدٌ، و العقود تابعة للقصود، فالمعاطاة تابعة لقصد التملیک من الطرفين. مرحوم شیخ به صغری و کبری کلامشان اشکال دارند:

اشکال به صغری: قائل به اباحه تصرف معاطاة را عقد (صحیح) نمی‌دانند.

اشکال به کبری: کلیت کبری را قبول نداریم بلکه موارد متعددی هست که عقد تابع قصد نیست، به پنج مورد اشاره می‌کنیم:

مورد اول: در مقدمه فقهی نقض دوم در اشکال پنجم مرحوم کاشف الغطاء بیان کردیم که اگر معامله‌ای فاسد باشد شرعا طرفین ضامن و ملزم به ثمن المثل هستند نه ثمن المسمی و آنچه در عقد فاسدشان قرارداد بسته بودند.

توهم: ممکن است گفته شود این که طرفین ضامن ثمن المثل اند نه آنچه در عقدشان قصد کرده بودند (ثمن المسمی) ارتباطی به عقد ندارد بلکه عدم اعتبار قصد طرفین و ضمانت ثمن المثل به جهت قاعده ید است که "على الید ما أخذت حتی تؤدی" پس خود عقد تابع قصد است اما اینجا دلیل خاص می‌گوید قصد طرفین اعتبار ندارد.

جواب: مرحوم شیخ می‌فرمایند خیر دلیل ضمانت همان اقدام به عقد فاسد است که فرد را ملزم به ثمن المثل می‌کند نه قاعده ید. به عبارت دیگر قاعده‌ای است که "ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده" اگر معاوضه این دو نفر بیع شرعی بود فروشنده ضامن دادن جنس و خریدار ضامن دادن پول بود و حال که اقدام بر عقد فاسد کرده‌اند باز هم ضمانت هست لکن ضمانت ثمن المثل نه ثمن المسمی زیرا خودشان اقدام به عقد فاسد نموده‌اند. شاهد این ادعای ما هم این است که خود علماء دلیل ضمان را قاعده اقدام می‌دانند که چون خود طرفین اقدام به عقد فاسد کرده‌اند پس ضمانت ثمن المثل مطرح می‌شود بلکه ممکن است به عنوان مؤید از قاعده ید هم نام برده شود اما دلیل قاعده اقدام است.

مورد دوم: اگر در بیع شرط فاسدی مطرح شود مانند اینکه بگوید این انگورها را می‌فروشم به شرط اینکه با اینها شراب بسازی، در این مورد فقهاء فتوا می‌دهند اصل بیع صحیح است و شرط فاسد باعث فساد عقد نیست و به شرط عمل نشود و معامله صحیح است هر چند قصد فروشنده محقق نشده است.

مورد سوم: اگر کسی کتاب (مایملک) را با چیزی که قابل مالکیت نیست از نظر شرع مانند شراب با هم به فردی فروخت این معامله صحیح است اما فقط در قسمت کتاب لازم الإجراء است نه قسمت حرامش لذا قصد طرفین که کتاب و شراب با هم بوده محقق نشده و معامله هم صحیح است.

مورد چهارم: اگر زید کتاب عمرو را غصب کند و برای خودش بفروشد و بعدا که عمرو متوجه شد می‌بیند به قیمت خوبی فروخته معامله را تأیید می‌کند و پول کتاب را از زید غاصب می‌گیرد. قصد غاصب و فروشنده کتاب این بود که بیع و پول برای زید باشد در حالی که اکثر فقهاء می‌گویند معامله صحیح است و برای عمرو واقع شده است.

مورد پنجم: شهید ثانی به مشهور نسبت داده‌اند که اگر کسی قصدش عقد نکاح موقت است اما زمان و أجل را در عقد بیان نکند این عقد تبدیل به دائم می‌شود در حالی که قصد طرفین موقت بوده.

نعم الفرق بین العقود ... ۴۸/۳ س ۵

می‌فرمایند بله تفاوتی بین معاطاة با این پنج موردی که مثال زدیم هست و آن اینکه این پنج مورد عقد بودند اما معاطاة عقد نیست و از آنجا که اصل تبعیت عقد از قصد طرفین است لذا اگر در عقود به جهت دلیل خاص از این اصل العقود تابعة للقصد دست بر می‌داریم پس به طریق اولی در معاطاتی که قائلین به اباحه اصلا آن را عقد نمی‌دانند می‌توان گفت نتیجه معاطاة تابع قصد طرفین نیست.

نقد اشکال دوم:

مرحوم کاشف الغطاء فرمودند تصرف نمی‌تواند یکی از اسباب مملکة باشد. جواب این است که وقتی دلیل اقامه شود بر اینکه تصرف ملکیت می‌آورد ما تابع دلیل هستیم. دلیل هم جمع بین سه نکته است یعنی سه نکته‌ای که همه فقهاء قبول دارند ما را ملزم می‌کند به اینکه اگر معاطاة مفید اباحه تصرف باشد با تصرف مالکانه ملکیت می‌آید آن سه نکته عبارت‌اند از:

نکته اول: تا قبل از تصرف مالکانه در جنسی که به معاطاة خریده شک دارد ملک او شده یا نه استصحاب می‌کند عدم ملکیت را.

نکته دوم: به اجماع فقهاء تمام تصرفات در جنس معاطاتی ممکن است حتی مالکانه. نکته سوم: دلیل می‌گوید تصرف مالکانه متوقف بر مالکیت است.

حال اگر بعد از اینکه معاطاة را مشهور مفید اباحه تصرف بدانند و معتقد باشند که با تصرف مالکانه یکی از متعاطیین ملکیت می‌آید به هر سه نکته سازگار است و و اقتضاء این سه دلیل همین است زیرا استصحاب عدم ملکیت تا قبل از تصرف مالکانه جاری است و بعد تصرف مالکانه اصل عدم ملکیت جاری نیست. همچنین حق تصرف مالکانه داشته است و تصرف

مالکانه متوقف بر ملکیت است پس تصرف مالکانه کشف می‌کند یک لحظه قبل از تصرف مالک شده بوده است. این حکم، مشابه هم در فقه دارد مانند اینکه کسی هبه غیر معوضه و به غیر ذی رحم داده است و همانجا مال موهوب را به فرد دیگر می‌فروشد این کاشف است از اینکه لحظه‌ای قبل فروش مال موهوب مالک آن شده بوده. همچنین در مورد خیار نقد اشکال سوم:

اولا: چه اشکال دارد در مورد خمس، زکات، حق شفعه و امثال آن کسی معتقد باشد به اینکه در مالی که از طریق معاوضة بدست آمده این واجبات وجود ندارد شما فقط فرمودید بعید است خوب به چه دلیل بعید است. چنانکه شهید ثانی هم در حاشیه قواعد در خمس و زکات و ثمن هدی فرمودند اگر معاطاتی باشد چنین واجباتی نیست.

و دفعه بمخالفة السيرة ... ۴۸/۳ س ۱۳

اگر بگوئید سیره متشرعه بر خلاف این است و در تمام این موارد خمس و زکات و استطاعت و امثال آن را قائل هستند. جواب می‌دهیم خوب چه اشکال دارد حکم شرعی این باشد که معاظة ملک آور نیست و هر مالی که ملک انسان نباشد آن واجبات مالی را ندارد الا در معاظة که هر چند به ملک انسان در نمی‌آید باز هم خمس و زکات و ... دارد به جهت دلیل خاص که سیره باشد.

ثانیا: در خصوص استطاعت در حج و عنوان غنی که مانع از استحقاق زکات است، توقف بر ملک ندارد زیرا این دو مسأله در جایی صادق است که انسان زندگی‌اش تأمین باشد حتی اگر مالک هم نباشد چون معاش او تأمین است، استحقاق زکات ندارد و فقیر نیست همچنین اگر مالک هم نباشد و شرعا اجازه تصرف دارد مستطیع خواهد شد.

نقد اشکال چهارم:

در نقد اشکال دوم گفتیم که به جهت جمع بین سه دلیل باید ملتزم باشیم به اینکه تصرف فرد کاشف از ملکیت اوست خوب وقتی مالکیت فرد تصرف کننده ثابت شد دیگر مالکیت فرد مقابل هم محذوری نخواهد داشت. به عبارت دیگر اجماع داریم که بایع در پول شما می‌تواند تصرف مالکانه کند و تصرف مالکانه هم متوقف بر ملکیت است و ملکیت بایع زمانی محقق شده که شما تصرف مالکانه در کتاب کرده‌اید.

نقد اشکال پنجم:

در اشکال پنجم چهار نقض وارد کردند به فتوای مشهور به اباحه تصرف. اما **نقد نقض اول** ایشان که فرمودند تلف نمی‌تواند ملک آور باشد در نقد اشکال دوم دلیل شرعی اقامه نمودیم بر اینکه تصرف یا همان تلف بمعنی الأعم ملک آور است. و اینکه تلف سماوی را مطرح کردند هم چه اشکال دارد چنانکه باران و آفتاب می‌تواند سبب طهارت شود تلف سماوی هم بتواند به سه دلیلی که توضیح دادیم سبب ملکیت شود. اما **نقد نقض دوم** ایشان که فرمودند معاطاة بنابر نظر قائلین به اباحه چون عقد بیع صحیح نیست در صورت تلف عوضین ثمن المثل را ضامن‌اند نه ثمن المسمی، مرحوم شیخ انصاری در جواب از این نقض دو مدعا دارند:

مدعای اول: هیچ اشکالی ندارد که تلف عوضین سبب ملکیت شود. مدعای دوم: در صورت تلف عوضین، ضمانت ثمن المسمی مطرح است نه ثمن المثل که شما فرمودید.

تبیین مدعای اول: می‌فرمایند از طرفی اجماع داریم اگر کتاب دست شما تلف شد بایع می‌تواند تصرف مالکانه در ثمن کتاب انجام دهد و از طرف دیگر ذیل نقد اشکال دوم ایشان توضیح دادیم که دلیل می‌گوید تصرف مالکانه متوقف بر است ملکیت پس آن تلف کتاب کاشف از ملکیت می‌شود و این مقتضای دلیل است.

تبیین مدعای دوم: قبل از تبیین مدعای دوم ایشان یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: قاعده: تلف المبیع قبل قبضه فهو من مال بايعه.

قاعده‌ای است در فقه که اگر دو نفر بیعی انجام دادند و طبق قرارداد عوضین معلوم شد اما بایع هنوز جنس را به مشتری تحویل نداده و جنس در دست بایع قبل از تحویل تلف می‌شود در این صورت می‌فرمایند ضمانت جنس بر عهده فروشنده است و از مال خود باید جبران کند. از این حکم اصطلاحاً تعبیر می‌شود به تلف المبیع قبل قبضه فهو من مال بايعه.

در مدعای دوم می‌فرمایند از طرفی استصحاب عدم ملکیت می‌گوید تا قبل تلف فرد مالک نبوده از طرف دیگر قاعده "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" می‌گوید انسان ضامن چیزی است که گرفته است و از طرف سوم هم به اجماع علماء در معاطاة قیمت واقعی و ثمن المثل را ضامن نیستند، نتیجه این می‌شود که ثمن المسمی را ضامن است.

نتیجه اینکه هم تلف جنس موجب ملکیت شد هم ضمانت بر ثمن المسمی است نه ثمن المثل. این که تلف سبب ملکیت شود نظیر مواردی است که گفته می‌شود تلف المبیع قبل قبضه فهو من مال بايعه که در این موارد هم اگر بایع پول را گرفته و جنس هم دست بایع بود و قبل از

تحويل و تمليك به مشتری تلف شد این تلف کاشف از ملکیت بايع است بر جنس مورد معامله و وقتی مالک شد می شود ضامن پرداخت قیمت کتاب به مشتری.

اما نقد نقض سوم ایشان که فرمودند اگر غاصبی مال را ببرد فقط مالک حق مطالبه از غاصب را دارد، می گوئیم چنین نیست بلکه هم کسی که اباحه تصرف دارد می تواند از غاصب مطالبه کند هم مالک اول. مانند عاریه که اگر فردی جنس عاریه ای را دزدید هم مالک می تواند جنس را از غاصب مطالبه کند و هم عاریه گیرنده.

و بنابر نظر قائلین به اباحه تصرف اگر هم جنس دست غاصب تلف شده باشد این تلف کاشف از ملکیت مشتری است و مشتری که مالک شده می تواند به غاصب مراجعه و مطالبه قیمت کند.

بله اگر اجماع قائم شد که تلف این مال از مال مالک اصلی یعنی فروشنده است ما تابع دلیل هستیم البته زمانی که پول دست فروشنده قبل از غصب غاصب تلف نشده باشد چون اگر فروشنده در پول (عوض) تصرف مالکانه کرده باشد هم باعث ایجاد ملکیت می شود که روشن است غاصب که کتاب را از مشتری دزدیده زمانی بوده که به ملک مشتری درآمده بوده لذا خود مشتری می تواند از غاصب مطالبه کند.

و اما نقد نقض چهارم ایشان هر چند شیخ انصاری به این نقد اشاره نکرده اند اما شاید هدفشان این بوده که از مطالب خود شیخ انصاری در نقد ایشان بر بیان اول ذیل دلیل دوم بر معاطاة آیه أحل الله البيع روشن باشد. علی ای حال نقد این است که چنانکه چند بار دیگر هم در گذشته اشاره شده ملکیت از امور اعتباری است و امور اعتباریه مانند امور حقیقیه نیستند که رابطه علی معلولی تکوینی بینشان برقرار باشد که شمای مرحوم کاشف الغطاء اشکال فرمودید که تلف علیت ملکیت اگر باشد مقدم است یا مؤخر و اشکالی که فلسفیا وارد کردید اما باید توجه نمود که امور اعتباری به دست معتبر و شارع است لذا اشکالی ندارد که علت وجود ملکیت جعل شارع باشد نه تلف اما تلف و تصرف کاشف از این جعل شارع است یعنی وقتی فرد تلف یا تصرف می کند کشف می کنیم از جعل ملکیت توسط شارع برای متعاطیین.

نقد اشکال ششم:

که مرحوم شیخ تصریح ندارند این است که در نقد اشکال دوم توضیح دادیم تصرف کاشف از ملکیت است و این تصرف هم نیاز به نیت جدیدی ندارد که مرحوم کاشف الغطاء در اشکال ششم مطرح کردند.

نقد اشکال هفتم:

اشکال هفتم ایشان به نماء حاصل بعد از معاطاة بود که مرحوم شیخ انصاری در جواب می فرمایند در حکم نماء دو احتمال است:

احتمال اول: قائلین به اباحه معتقدند چنانکه مشتری در اصل جنس خریداری شده به معاطاة اباحه تصرف دارد در نماء حاصل از آن هم اباحه تصرف دارد نه ملکیت زیرا اذن در شیء اذن به لوازم آن هم هست مانند اینکه اذن به تصرف در منفعت خانه در قرارداد اجاره اذن به تصرف در اتاق‌ها و راهرو منزل هم هست.

احتمال دوم: حدوث نماء در جنس کاشف از حصول ملکیت باشد.

نقد اشکال هشتم:

مرحوم شیخ تصریح به این نقد ندارند اما می‌توان از نقد اشکال دوم چنین نقدی را مطرح نمود که اشکالی ندارد که موجب و قابل یک نفر باشد به نحو وکالت و به نظر قائلین به اباحه تصرف هم از ابتدا نمی‌توان قائل به ملکیت شد زیرا دلیل حدوث ملکیت همان نکته‌ای بود که در نقد اشکال دوم بیان شد که مجموعه سه دلیل می‌گویند تصرف مالکانه سبب ملکیت است نه خود معاطاة.

نتیجه بحث:

مرحوم شیخ انصاری شش دلیل را بررسی کردند و سه دلیل (آیه حل، آیه تجارت و اجماع مرکب) را به عنوان دلیل پذیرفتند و سیره مستمره را هم به عنوان مؤید قبول می‌کنند و قبل از نتیجه گیری می‌فرمایند دو راه پیش رو است:

راه اول: قول به اباحه تصرف در معاطاة که هم نظریه مشهور تا زمان محقق ثانی است و هم مطابق با أصالة عدم الملك و هم ادعای اجماع ابن زهره و شهید ثانی را به دنبال داشت.

راه دوم: قول به ملکیت در معاطاة که أدله و عمومات بیع مانند أحل الله البيع و تجارة عن تراض و اجماع مرکب که سیره مستمره و برداشت محقق ثانی از کلمات مشهور هم همین قول را تقویت می‌کند.

اما فالقول الثانی (ملکیة) لایخلو عن قوّة

نکته چهارم: معاطاة مفید ملکیت لازمه یا جائزه؟

بعد از اینکه در نکته سوم اثبات کردند معاطاة مفید ملکیت است به جواب این سؤال می‌پردازند که معاطاة مفید ملکیت لازمه است یا جائزه؟ به سه قول (تکراری) اشاره می‌کنند:

قول اول: معاطاة مفید ملکیت لازمه است از ابتداء تحقق مطلقا (در مقابل قول بعد) کما حکى عن ظاهر المفید.

قول دوم: معاطاة در صورتی مفید ملکیت لازم است که نه ایجاب و قبول اما بالأخره الفاضلی مانند بیان قیمت یا کیفیت جنس همراه قبض و اقباض در معاطاة باشد. محدث بحرانی و

دیگران

قول سوم: معاطاة مفید ملکیت جائزه است. قول اکثر قائلین به ملکیت در معاطاة.

نظریه شیخ انصاری: أوفقها بالقواعد هو الأول.

حدود هشت دلیل بر این مدعی اقامه می‌کنند:

دلیل اول: تمسک به استصحاب

دلیل اول بر اینکه معاطاة مفید ملکیت لازمه است این است که بعد از اینکه اثبات شد معاطاة مفید ملکیت است می‌فرمایند هرگاه یکی از طرفین بعد از معاطاة اقدام به فسخ بیع معاطاتی کند و بگوید فسختُ شک می‌کنیم ملکیتی که یقیناً آمده بود با فسختُ گفتن از بین رفت یا نه استصحاب می‌کنیم بقاء ملکیت را. یعنی ملکیت لازمه بوده که با فسخت گفتن از بین نمی‌رود. به این دلیل دو اشکال مطرح می‌کنند که قبل از بیان آن مقدمه اصولی باید بیان شود:

مقدمه اصولی: استصحاب کلی قسم دوم

در اواخر اصول فقه جلد دوم مباحث تنبیهات استصحاب بیان شده که سه قسم استصحاب کلی داریم. اما استصحاب کلی قسم دوم این است که یقین به حدوث کلی دارد شک دارد که آیا آن کلی متیقن در ضمن فرد ضعیف بوده که یقین تا الآن از بین رفته یا در ضمن فرد قوی بوده که همچنان باقی است. مثال معروفش همان مثال فیل و پشه است که می‌داند کلی حیوان در این فضای خاص وجود داشته نمی‌داند پشه بوده که یقیناً بعد از یک هفته مرده و یا فیل بوده که یقیناً الآن زنده است. مثال دیگر: یقین دارد دستش با ویروس تماس پیدا کرد و آلوده شد اما نمی‌داند این ویروس از نوع "الف" بوده که بعد از سه ساعت در فضای باز از بین رفته است یقیناً یا از نوع "ب" بوده که یقیناً تا یک ماه قابلیت استمرار حیات دارد. در این قسم اصولیان می‌فرمایند استصحاب فرد جاری نیست زیرا اگر بخواهد فرد ضعیف را استصحاب کند که بگوید حیوان پشه بوده و یا ویروس از نوع "الف" بوده که در این صورت قطعاً بعد یک هفته یا سه ساعت از بین رفته و دیگر نمی‌توان حیات و بقاء را استصحاب کرد و اگر حیات و بقاء فرد قوی را و یا ویروس نوع "ب" را استصحاب کند این هم در اصل حدوثش شک دارد که آیا اصلاً فیل بوده یا نه و وقتی در اصل حدوث شک دارد دیگر یقین به حدوث ندارد و نمی‌تواند استصحاب کند. نهایتاً می‌تواند کلی حیوان و ویروس را استصحاب کند بدون توجه به فرد ضعیف یا قوی.

اشکال اول: مستشکل می‌گوید شما می‌خواهید استصحاب کنید کلی ملکیت را در حالی که استصحاب کلی قسم دوم است یعنی یقین دارید به حدوث کلی ملکیت شک دارید جائز بوده که با رجعتُ گفتن فروشنده، ملکیت در معاطاة از بین رفته باشد یا لازمه بوده که همچنان بعد گفتن رجعتُ ملکیت باقی باشد و در استصحاب کلی قسم دوم هیچ یک از فرد ضعیف (ملکیت جائز) و فرد قوی (ملکیت لازم) را نمی‌توانید استصحاب کنید.

اشکال دوم: اگر هم قبول کنیم که استصحاب ملکیت جاری است می‌توانیم یک استصحاب دیگر جاری کنیم برای اینکه هرچند ملکیت مشتری ثابت شده اما بایع هم بتواند فسخ کند لذا یقین داریم قبل از معامله کتاب ملک مالک اول بود الآن بعد از معامله شک می‌کنیم آیا در ملک او باقی است یا نه استصحاب ملکیت می‌کنیم لذا بایع هم می‌تواند بگوید رجعت و معامله را فسخ کند و در نتیجه کشف می‌شود ملکیت لازم نبوده بلکه ملکیت جائزه بوده که بایع توانسته آن را فسخ کند.

نقد اشکال اول: مرحوم شیخ سه جواب به اشکال اول مطرح می‌کنند و می‌فرمایند:
اولاً: ما استصحاب می‌کنیم کلی ملکیت را، نه ملکیت لازمه و نه ملکیت جائزه بلکه وقتی مالک اصلی گفت فسخ استصحاب می‌کنیم بقاء ملکیت مشتری را و این استصحاب کلی قسم دوم است و جاری است.

فتاؤل ... ۵۱/۳ سی ۱۵

مرحوم شیخ انصاری در فتاؤل اشاره دارند به این نکته که در اصول بیان شده استصحاب کلی قسم دوم زمانی جاری است که ثمره شرعی بر آن مترتب باشد لذا اگر استصحاب کلی ملکیت در اینجا ثمره شرعی داشت قابلیت جریان دارد و الا فلا. مانند اینکه در همان مثال مقدمه نذر کرده که اگر از بیناری و ویروس نجات پیدا کرد صدقه دهد که اگر با استصحاب کلی بیماری و ویروس ثابت شد أداء نذر هنوز واجب نشده.

ثانیاً: می‌فرمایند اصلاً ما نیاز به اجراء استصحاب کلی در اینجا نداریم. زیرا ملکیت یک کلی نیست که دارای دو فرد جائز و لازم باشد بلکه ملکیت یک فرد است که دارای دو حالت جواز و لزوم است. منشأ این تغییر حالت در ملکیت هم به ذات ملکیت باز نمی‌گردد که دو فرد بشود بلکه منشأ تغییر حالت جواز به لزوم سبب ملکیت است که شارع معین می‌کند مانند اینکه اگر سبب ملکیت هبه باشد مفید ملکیت جائز است و اگر سبب بیع باشد مفید ملکیت لازم است. لذا زمانی که بایع بعد از معاطاة بگوید رجعت شک می‌کنیم در بقاء ملکیت مشتری خود ملکیت را استصحاب می‌کنیم.

اما اینکه ادعا کردیم ملکیت دو فرد ندارد شاهدش این است که سؤال می‌کنیم اگر ملکیت دو فرد داشته باشد منشأ این تقسیم به جواز و لزوم به عنوان دو فرد از ملکیت چیست؟
دو احتمال است:

احتمال اول: منشأ تقسیم ملک به جائز و لازم قصد مالک است که به چه نحو می‌خواهد تملیک کند جائز یا لازم. این احتمال صحیح نیست زیرا اگر ملاک اراده مالک باشد باید گفت در هر معامله‌ای سه حالت وجود دارد و هر معامله‌ای یا نتیجه‌اش ملکیت لازم است یا جائز یا مطلق

ملکیت در حالی که هیچ فقیهی به چنین چیزی ملتزم نیست بلکه ملاک جائز یا لازم بودن عقد اعتبار شارع است.

احتمال دوم: بگوییم ارتباطی به اراده مالک ندارد بلکه متوقف است بر اعتبار شارع اگر شارع معامله‌ای را مفید جواز دانست فیها و اگر مفید لزوم دانست باز هم همان متَّبِع است. اشکال این احتمال هم این است که در هیچ معامله و هیچ حالتی قصد طرفین دخالت نداشته باشد و عقد صحیح در هیچ موردی تابع قصد مالک نباشد که این هم صحیح نیست.

ثالثاً: جواب سومشان این است که اگر هم شک کنیم که بالأخره ملکیت دارای دو فرد است یا یک فرد بیشتر نیست اصل عدم تقسیم ملکیت است به دو قسم.

مرحوم شیخ انصاری در پایان می‌فرمایند اگر لزوم یا جواز یک معامله مشکوک بود چهارم قسم است:

قسم اول: اگر شک کردیم حکم شارع در این معامله لزوم است یا جواز أصالة اللزوم جاری است. قسم دوم: می‌دانیم مثلاً حکم شارع در بیع لزوم و در هبه جواز است اما شک داریم این انتقال بیع بوده یا هبه اینجا هم أصالة اللزوم جاری است.

قبل از بیان قسم سوم و چهارم یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: شناخت مدعی از منکر

در لمعه یکی از تعاریفی که برای شناخت مدعی از منکر بیان شده این است که کسی که قولش مخالف اصل است مدعی و کسی که موافق اصل است منکر می‌باشد.

قسم سوم: اگر دو نفر اختلاف داشته باشند در اینکه یکی می‌گوید معامله ما لازم بوده و دیگری می‌گوید جائز بوده، آنکه مدعی لزوم است قولش موافق اصل است و منکر خواهد بود و با قسم قولش مقدم می‌شود.

قسم چهارم: اگر دو نفر اختلاف دارند یکی می‌گوید بیع انجام داده‌ایم و دیگری می‌گوید هبه بوده است، اینجا وظیفه هر دو قسم خوردن است و قول هر دو تساقط می‌کند در صورت قسم خوردن و نهایتاً ملکیت مطلق ثابت می‌شود اما لزوم و جواز نه.

نقد اشکال دوم: مستشکل گفت یقین داریم قبل معامله علقه مالک برقرار بود اما شک داریم همچنان علقه مالک با مال برقرار است که بتواند رجعت^۱ بگوید استصحاب می‌کنیم بقاء علقه مالک را و نتیجه می‌گیریم جواز معامله را.

مرحوم شیخ پاسخ از این اشکال را اینجا اشاره نمی‌کنند بلکه اول مباحث خیارات چند نکته دارند که مراجعه کنید از جمله اینکه می‌فرمایند: وقتی معامله انجام شد یقین داریم ملکیت مشتری محقق شد و ملکیت و علقه مالک با جنس قطع شد و دیگر قابل استصحاب نیست زیرا الساقط لا یعود.

دلیل دوم: الناس مسلطون علی اموالهم

دلیل دوم بر اینکه معاطاة مفید ملکیت است تمسک به حدیث الناس مسلطون علی اموالهم است با این بیان که مشتری وقتی با معاطاة مالک چیزی شد سلطه بر مالکیت پیدا کرده و دیگر رجوع و فسخ با بایع منافات با سلطنت مشتری دارد لذا معاطاة لازم است و قابل رجوع نیست.

اشکال: برای بیان اشکال توجه به یک مقدمه لازم است:

مقدمه اصولی: تمسک به عام در شبهه مصداقیه

در اصول فقه خوانده‌ایم که تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست. مثال: مولا فرموده اُکرم العلماء اگر شک داشتیم زید مصداق علماء هست یا نه نمی‌توانیم با تمسک به اُکرم العلماء بگوییم اکرامش واجب است.

مستشکل می‌گوید: درست است که با معاطاة سلطنت مشتری آمد اما بعد از اینکه بایه گفت رجعتُ شک داریم سلطنت مشتری همچنان باقی است یا نه اگر همچنان به الناس مسلطون علی اموالهم تمسک کنیم و بگوییم سلطنت مشتری باقی است این تمسک به عام در شبهه مصداقیه است لذا نمی‌توان با تمسک به این حدیث لزوم را در معاطاة ثابت نمود.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند ما یقین داریم با معاطاة سلطنت و ملکیت برای مشتری ثابت شد لذا وقتی سلطنت برای مشتری ثابت شده بایع حق ندارد رجوع کند و رجعتُ بگوید زیرا منافات با این سلطنت دارد و أصلاً مسأله تمسک به عام در شبهه مصداقیه دلیل نیست. دلیل سوم: لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه.

در این حدیث تنها راه تصرف در مال دیگران انحصاراً رضایت آنها بیان شده است لذا اگر بعد از معاطاة که گفتیم مفید ملکیت است یک طرف رجوع کند صرف این رجوع او جواز تصرف در مال دیگران نمی‌آورد.

اشکال: مستشکل می‌گوید در حدیث صحبت از مال غیر است که بر دیگران حلال نیست اما وقتی بایع رجوع کرد و گفت رجعتُ دیگر معلوم نیست این جنس نسبت به بایع مال غیر حساب شود. به عبارت دیگر این اشکال شبیه اشکال به حدیث سلطنت است با همان مقدمه و توضیح که وقتی مالک اصلی مثلاً بایع گفت رجعتُ شک می‌کنیم آیا تصرف او در جنس تصرف در مال دیگران است؟ لذا نمی‌توانیم به این حدیث تمسک کنیم زیرا تمسک به عام در شبهه مصداقیه است. پس نمی‌توان ثابت کرد این جنس مال بایع نیست لذا همچنان بایع حق رجوع دارد. جواب:

اولاً: اینجا تمسک به عام در شبهه مصداقیه نیست زیرا وقتی معاطاة انجام شد یقیناً ملکیت آمده و تصرف در مال دیگران بدون رضایت حرام است لذا دیگر مثلاً بایع نمی‌تواند رجوع کند. ثانیاً: اینکه حلیت به مال تعلق گرفته مفید عمومیت در مال است یعنی چه تصرف و چه تملک مال دیگران تنها با رضایت مالک امکان دارد و حسب فرض با معاطاة ملکیت محقق شده.

دلیل چهارم و پنجم: آیه شریفه لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل

خداوند متعال در آیه ۲۹ سوره مبارکه نساء می‌فرماید: لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض. به دو فراز از این آیه استدلال شده:

فراز اول: استدلال به فراز مستثنی است (إلا أن تكون تجارة عن تراض) که فرموده است استفاده از اموال دیگران دو قید دارد یکم اینکه تجارت باشد و دوم اینکه با رضایت باشد لذا اگر

مثلا بايع بعد از معاطاة بگويد رجعت، اين رجوع نه تجارت است و نه با رضایت، پس حق رجوع ندارد و معامله بعد از معطاة لازم است.

می‌فرمایند آن اشکالی که به حدیث سلطنت و حدیث حل وارد شد و جواب دادیم اینجا اصلا وارد نمی‌شود زیرا در دو دلیل قبل محور استدلال سلطنت مشتری و حرام بودن مال مشتری برای دیگران بود که عامی بود که همیشه مشتری سلطنت دارد و همیشه مالش بر دیگران حرام است و تمسک به عام در شبهه مصداقیه مطرح شد و جواب دادیم اما اینجا و در جمله مستثنی بحث از مالک است و اینکه نمی‌تواند هر مالی را تملک کند و مالک شود الا با تجارت از روی رضایت لذا دیگر عامی نیست که تمسک به آن تمسک به عام در شبهه مصداقیه باشد.

فراز دوم: استدلال به جمله مستثنی منه که "لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" و اگر بعد از معاطاة یک طرف بخواهد رجوع کند و مالش را بدون رضایت فرد مقابل پس بگیرد اکل مال به باطل است. پس حق رجوع نیست یعنی معامله معاطاة مفید ملکیت لازمه است.

اشکال: نمی‌توانید با تمسک به فراز مستثنی منه مطلقا بگوییم اکل مال بدون رضایت مالک حرام است لذا رجوع هم جایز نباشد زیرا مواردی در شریعت داریم که با وجود عدم رضایت مالک شارع که مالک اصلی است اکل و استفاده از آن را حلال دانسته مانند حق المارة و هبه غیر معوضه‌ای که واهب رجوع کند و بدون اجازه هدیه گیرنده مال را پس بگیرد، یا در موارد خیارات که اگر یک فرد شرعا حق خیار دارد طرف مقابل راضی هم که نباشد ذوالخیار می‌تواند از حق خود استفاده کند و رجوع نماید.

جواب: مرحوم شیخ می‌فرمایند در این موارد دلیل خاص حکم و قاعده عامه را تخصیص می‌زند اما در غیر این موارد خاص حکم همان است که در دو فراز از آیه بیان شد.

دلیل ششم: "البیان بالخیار ما لم یفترقا"

این دلیل می‌گوید در باب بیع تا زمانی که متبایعین جدا نشده‌اند حق خیار هست، مفهوم این جمله این است که وقتی جدا شدند حق خیار و رجوع نیست و ملکیت لازم خواهد بود و از آنجا که معاطاة هم بیع است پس بعد از جدا شدن طرفین ملکیت لازمه ثابت می‌شود.

دلیل هفتم: أوفوا بالعقود

آیه می‌فرمایند واجب است به عقدهای خودتان پایبند باشید و رجوع نکنید. صحیحه عبدالله بن سنان می‌گوید مقصود از عقد در این آیه مطلق عقد است نه فقط عقد با ایجاب و قبول لذا وجوب وفاء و ملکیت لازمه شامل معاطاة هم می‌شود

دلیل هشتم: المؤمنون عند شروطهم

شرط در لغت به معنای مطلق التزام است. روایت می‌فرماید مؤمنان باید به التزامهای خود پایبند باشند لذا در معاواة هم ملتزم شده‌اند به ملکیت طرف مقابلشان و قابل بازگشت و رجوع نیست زیرا باید به التزام به انتقالشان به عنوان معاواة پایبند باشند. نتیجه بحث: نتیجه اینکه از این هشت دلیل بر ملکیت لازمه بودن معاواة، دلیل هشتم را در بحث خیارات نقد می‌کنند.

در پایان بررسی أدله ملکیت لازمه در معاواة چند نکته را بیان می‌فرمایند:

نکته الف: در این نکته به یک سؤال پاسخ می‌دهند:

سؤال: از طرفی شما با هشت دلیل ملکیت لازمه را در معاواة اثبات کردید و از طرف دیگر به اجماع فقهاء شیعه به ویژه قدمات، معاواة مفید ملکیت لازمه نیست، تقابل این نظریه با اجماع را چگونه حل می‌کنید؟ به خصوص که مرحوم شیخ مفید که فرموده بودید ایشان قائل به ملکیت لازمه در معاواة هستند عبارتشان چنین دلالتی ندارد بلکه عبارتشان مخصوص بیع با ایجاب و قبول است و اگر تصریح به لزوم ایجاب و قبول نکرده‌اند به جهت وضوح مطلب بوده چنانکه در کتاب نکاح هم اشاره به لزوم صیغه نکرده‌اند.

پاسخ: مرحوم شیخ با عبارات مختلفی که دارند می‌فرمایند:

اولاً: نمی‌توان گفت قول به اینکه معاواة مفید لزوم است قائل ندارد و به اجماع علماء معاواة مفید ملکیت نیست خیر سه عبارت در سه کتاب مرحوم علامه حلی است که دلالت می‌کند مشهور، کثیری از علماء و در قول قوی بعضی قائل به افاده لزوم هستند.

ثانیاً: اگر هم چنین اجماعی ثابت شود رکن مهم حجیت اجماع یعنی کاشفیت از رأی معصوم در آن نیست زیرا ما با بررسی شش دلیل و قبول سه دلیل آن با نص ثابت کردیم معاواة مفید ملکیت است و از طرفی اکثر فقهاء و قدمات قائل بوده‌اند معاواة مفید ملکیت نیست بلکه مفید اباحه تصرف است پس وقتی توجه به ملکیت نداشته‌اند طبیعتاً نسبت به لزوم یا جواز ملکیت هم بی توجه بوده‌اند، پس وقتی نص می‌گوید معاواة مفید ملکیت است و این فقهاء به ملکیت بی توجه بوده‌اند نمی‌توان گفت اجماع آنان کاشف از رأی معصوم است زیرا چنین اجماعی تقابل با نص دارد.

نعم یمکن أن یقال ... ۵۸/۳ س ۱۰

در اینجا باز به دفاع از اجماع می‌پردازند و می‌فرمایند هر چند به وجود اجماع بسیط اشکال کردیم اما ممکن است اجماع مرکب را بتوان در مسأله تصویر کرد زیرا فقهاء یا قائل به ملکیت جائز در معاواة هستند یا قائل‌اند معاواة مفید ملکیت نیست پس احداث قول ثالث با عنوان افاده

ملکیت لازمه، احداث قول ثالث است که احدی قائل نیست. پس اجماع مرکب داریم بر عدم افاده ملکیت لازمه در معاطه.

فتأمل: مرحوم شیخ با یک فتأمل این ادعا را ابطال می‌فرماید زیرا:

اولاً: در اجماع مرکب عدم قول به تفصیل حجت نیست بلکه اگر هم حجیتی باشد مربوط به قول به عدم تفصیل است.

ثانیاً: قدامه اصحاب اکثر ا قائل به عدم افاده ملکیت اند در معاطه و قول به ملکیت جائزه از متأخرین است و اجماع متأخرین حجیت ندارد.

ثالثاً: وقتی اجماع بسیط را رد کردیم و گفتیم کاشف از قول معصوم نیست به عبارت دیگر تحقق اجماع بر خلاف نص و دلیل قطعی بر افاده ملکیت در معاطه است اجماع مرکب (که مرکب از دو اجماع بسیط است) هم حجت نخواهد بود.

رابعاً: این ادعای اجماع در اجماعات بسیط منقول است و حجت نمی‌باشد.

نتیجه: بعد از اینکه با سه دلیل افاده ملکیت را در معاطه و با هشت دلیل افاده لزوم را در معاطه ثابت کردیم اجماعی که کاشف از رأی معصوم باشد (چنانکه رکن حجیت اجماع نزد متأخرین کاشفیت است) بر خلاف ملکیت لازمه قابل تصویر نیست که بخواهد با این نظریه تنافی پیدا کند. (البته بنابر نظریه قدامه که یا اجماع را بنابر مبنای اجماع دخولی مانند سید مرتضی و یا اجماع لطفی مانند شیخ طوسی) حجت می‌دانستند می‌توان ثبوت اجماع را قبول نمود زیرا بنابر این دو مبنا فقط لازم است اجماع علماء یک عصر را بدست آوریم یا اجماع گروهی که بین آنان مجهول النسب باشد را به دست آوریم.

* مراجعه شود به اصول فقه مرحوم مظفر جلد دوم مباحث حجج باب سوم اجماع.

نکته ب: مرحوم شیخ انصاری نه به عنوان دلیل بلکه به عنوان استحسان می‌فرماید ممکن است قائل شویم معاطه در صورتی مفید ملکیت لازمه است که مشتمل بر لفظ باشد نه ایجاب و قبول بلکه لا اقل در حد بیان مطالبی که در معاملات هر چند کوچک متعارف است، و چنین استحسانی را هم مبتنی می‌کنند بر برداشت از روایات و سیره. اما از روایت در مطالب بعد خودشان جواب خواهند داد و این برداشت را رد می‌کنند و اما سیره هم نمی‌تواند به عنوان دلیل بر این مدعا تمسک شود زیرا باید اتصالش به زمان معصوم محرز باشد در حالی که احتمال دارد اگر هم چنین سیره‌ای ثابت باشد به جهت همین فتاوای علماء چنین سیره‌ای شکل گرفته باشد.

نکته ج: بررسی روایت إنما یحلل الکلام و یحرّم الکلام

می‌فرماید روایتی است که بعض فقهاء به آن تمسک کرده‌اند بر اینکه معاطه بیع فاسد است و حتی مفید إباحه تصرف هم نیست، بعضی هم به همین حدیث تمسک کرده و اثبات می‌کنند که معاطه مفید لزوم نیست اما مفید إباحه تصرف هست. این حدیث را باید بررسی نمود:

بررسی سندی حدیث:

از آنجا که به این حدیث در ابواب مختلفی مانند نکاح، مزارعه، بیع فضولی، معاواة و شرائط صیغه تمسک شده لذا اینجا به بررسی سندی اشاره می‌کنیم. این روایت از دو راوی نقل شده:

۱- مرحوم شیخ طوسی در تهذیب روایت را از خالد بن نجیح نقل نموده‌اند.

۲- مرحوم کلینی در کافی روایت را از خالد بن حجاج نقل می‌کنند.

خالد بن حجاج در کتب رجالی ما مجهول است. خالد بن نجیح هم توثیق صریح ندارد اما بعضی مانند مرحوم مامقانی خواسته‌اند او را توثیق کنند.

(عجیب است که مرحوم علام مجلسی در مرآة العقول می‌فرمایند: "مجهول و فی بعض النسخ خالد بن الحجاج فیکون حسنا" در حالی که خالد بن حجاج مجهول است و وجود او در سند روایت باعث ضعف سند است نه اینکه باعث حسنه بودن روایت شود و وجود خالد بن نجیح ممکن است باعث حسنه بودن حدیث شود. البته احتمال زیاد دارد که اشتباه از کاتب بوده باشد. برای تعریف حسنة مراجعه شود با الرعاية لحال البداية فی علم الدراية از شهید ثانی)

اما چون خالد بن نجیح توثیق صریح ندارد وثاقتش ثابت نیست و علی‌ای حال اگر هم وثاقت خالد بن نجیح را کسی با قرائن اثبات کند نقل روایت مردد است بین راوی مجهول یعنی خالد بن حجاج و بین راوی ثقه یعنی خالد بن نجیح لذا قابل تمسک نیست زیرا نتیجه تابع اُخس مقدمات است.

بررسی دلالت حدیث:

راوی از امام صادق سؤال می‌کند کسی به من میگوید این لباس را برای من بخر به تو فلان مقدار سود می‌دهم این معامله جایز است؟ حضرت می‌فرمایند آیا چنین است که شما طرفین با گفتن این کلام ملزم می‌شوید به چنین معامله و سودی؟ عرض کرد: نه، حضرت فرمودن این معامله جایز است و إنما يحلل الکلام و يحرم الکلام. روایات دیگری هم به همین مضمون هست که می‌فرماید صرف مواعده (وعده به پرداخت فلان مقدار سود) و مقاوله (قول و کلامی که قبل از معامله مطرح می‌شود) اشکال ندارد مادامی که الزام آور نباشد و الا اگر کسی که خود جنسی را ندارد نمی‌تواند به فرد دیگر بفروشد.

اصل بحث در این فراز روایت است "إنما يحلل الکلام و يحرم الکلام" که چهار احتمال دارد:

احتمال اول: مقصود این است که سبب حلال شدن و حرام شدن اشیاء در معاملات و انتقالات فقط لفظ و کلام است نه صرف قصد یا فعل طرفین (قبض و اقباض). مانند اینکه لفظ نکاح سبب حلیت دو نفر و طلاق باعث حرمت دو نفر می‌شود. طبق این احتمال چون در معاواة لفظ نیست لذا معاطا سبب حلیت نمی‌شود.

احتمال دوم: مقصود از کلام لفظ با توجه به مضمون آن است یعنی برای هر مضمون و مقصودی لفظ خاص به آن باید استفاده شود و الا باعث حلیت نمی‌شود. به عبارت دیگر هدف، مقصود و مضمون یکی است اما باید با لفظ مناسب بیان شود. مثال می‌زنند به اینکه اگر در متعه بگوید متعتک نفسی موجب حلیت دو نفر می‌شود و اگر بگوید آجرتک نفسی موجب حرمت می‌شود و حلیتی به دنبال نمی‌آورد برای این دو نفر. شاهد این برداشت همین تعبیر یحلل الکلام و یحرم الکلام در باب مزارعه است که حضرت می‌فرمایند مقصود خودتان را باید با الفاظ مناسب آن و به صورت صحیح بیان کنید تا موجب حلیت و انعقاد مزارعه شود و نباید در مزارعه بگویی زمین از تو و یک سوم در آمد هم از آن تو و بذر و شخم زدن از من لذا یک سوم در آمد در مقابل بذر و یک سوم دیگر هم در مقابل شخم زدن (دو سوم) از آن من.

احتمال سوم: این احتمال می‌گوید لفظ و کلام یکی است که دو حالت دارد:

حالت اول: همین کلام وجودش باعث حلیت می‌شود و عدمش باعث حرمت می‌شود. مانند اینکه لفظ نکاح وجودش باعث حلیت و عدمش باعث (بقاء) حرمت است.

حالت دوم: همین کلام اگر در محل خودش استفاده شود باعث حلیت است مانند لفظ نکاح بین دو اجنبی و اجنبیه، اما اگر در محل خودش استفاده نشود موجب (بقاء) حرمت است مانند لفظ نکاح بین دو محرم.

احتمال چهارم: گفته شود روایت ظهور دارد در اینکه در مسأله دلّالی اگر صرف مواعده و مقاوله باشد نه بیع این اشکال ندارد و حلال است و اگر دلال هنوز جنس را نخریده بخواهد بفروشد حرام است. پس کلام حلال یعنی صرف مواعده و مقاوله و کلام حرام یعنی ایجاد و انشاء بیع در مورد سؤال روایت (قبل از اینکه دلال جنس را بخرد بخواهد ایجاد بیع کند که این کلام و انشاء بیع حرام است)

بررسی احتمالات چهارگانه:

نقد احتمال اول:

اولاً: طبق احتمال اول باید بگوییم سبب حلیت و حرمت در شریعت اسلام فقط کلام و لفظ است و این موجب تخصیص اکثر می‌شود زیرا موارد فراوانی در شریعت داریم که بدون لفظ و کلام حلیت می‌آید مانند حیات و فوت پدر که حرمت و حلیت تصرف برای ورثه می‌آورد، یا جالّل شدن و استبراء حیوان که باعث حرمت و حلیت می‌شود یا مخلوط شدن مال به حرام که حرمت می‌آورد.

ثانیاً: چنین احتمال و برداشتی باعث می‌شود صدر و ذیل کلام بی ارتباط باشند. زیرا ظاهر روایت این است که تعبیر به یحلل و یحرم علت است برای حکم جواز و "لا بأس". توضیح مطلب این است که امام سؤال می‌فرمایند اینکه شما جنسی را نداری اما مشتری می‌گوید برای

من بخر و من از تو می‌خرم چون شمای فروشنده و دلال هنوز مالک نیستی اگر هدف از این صحبت‌های شما مواعده و مقابله است جایز است و حلال، اما اگر مقصود و هدفان بیع است این کلام شما حرام است و جواز تصرف و بیع برای شما نمی‌آورد. پس ذیل روایت می‌فرماید: محور و علت حکم حرمت و حلیت هدف دو نفر از کلامشان است، در حالی طبق احتمال اول صحبت از علیت کلام و لفظ است نه هدف و مقصود از کلام.

نقد احتمال دوم:

در احتمال دوم گفته شد هدف و مضمون یکی است که اگر با لفظ مناسب بیان شد محلّل و الا محرّم است. این احتمال هم باطل است زیرا با صدر روایت سازگار نیست. به این بیان که صدر روایت می‌گوید دو هدف و مقصود مطرح است اگر هدف، مضمون و مقصود فقط گفتگو است حلال است و اگر هدف بیع است حرام است در حالی که احتمال دوم می‌گوید یک هدف است که اگر با لفظ مثلاً متّعتک باشد حلال و اگر با لفظ آجرتک باشد حرام است.

انتخاب احتمال سوم و چهارم:

می‌فرمایند بعد از ابطال دو احتمال قبل یا باید به احتمال سوم ملتزم باشیم و بگوییم وجود ایجاب و قبول قبل از اینکه خود دلال جنس را خریده و مالک باشد باعث حرمت است و عدمش باعث حلیت است. (البته روشن است که مقصود شیخ انصاری حالت اول در احتمال سوم است زیرا حالت دوم که اعتبار محل مناسب با کلام بود در معاطاة راه ندارد زیرا در معاطاة کلام و لفظی نیست که در محل مناسب بکار رود یا نرود) و یا باید به احتمال چهارم در روایت ملتزم باشیم که اگر کلام صرف گفتگو و مقاوله بوده باعث حلیت می‌شود و اگر مقصود از کلام ایجاب و لازم نمودن بیع (ایجاب و قبول) بوده محرّم است.

البته هر چند احتمال سوم و چهارم در برداشت از روایت صحیح است اما دیگر روایت شامل معاطاة نمی‌شود زیرا فرض این است که در معاطاة کلامی نیست که مطابق با احتمال سوم باشد یا چهارم.

نعم یمکن استظهار اعتبار الکلام ... ۶۴/۳ س ۱۱

می‌فرمایند ممکن است با یک توجیه بگوییم احتمال سوم (در حالت اولش) در روایت صحیح است و این روایت دلالت دارد بر بطلان معاطاة. توضیح مطلب این است که "إنما" مفید حصر است و بنابر احتمال سوم که مسأله وجود و عدم کلام مطرح است روایت می‌خواهد بگوید تنها وجود و عدم کلام است که سبب تحقق و عدم تحقق بیع است لذا چون در معاطاة کلام و لفظ نیست پس معاطاة بیع نیست و باطل است و حلیت نمی‌آورد.

در رد این ادعا مرحوم شیخ می‌فرمایند: قبول داریم که در این روایت سبب تحلیل و تحریم منحصر شده در کلام اما این روایت اصلاً شامل معاطاة نمی‌شود چون در معاطاة بحثی از لفظ نیست. به عبارت دیگر این تعبیر که "إنما يحلل الکلام و يحرم الکلام" شامل معاطاة نیست زیرا در مورد سؤالِ راوی که امام این جمله را فرمودند اصلاً معاطاة ممکن نیست زیرا در معاطاة جنسی را که مالک است به معاطاة می‌فروشد و در روایت جنسی در کار نیست پس روایت ارتباطی به بحث معاطاة ندارد.

فتاؤل. ۶۴/۳ س ۱۷

اشاره به این نکته است که قابل تور است که در معاطاة هم جنس نباشد و جنسی را که دلال مالک نیست به معاطاة بفروشد، لذا روایت شامل معاطاة هم هست و معاطاة را ابطال می‌کند چون در معاطاة کلام و لفظ نیست.

در نهایت می‌فرمایند اگر هم قبول نکنیم روایت شرط صحت معاطاة را وجود لفظ و کلام می‌داند لاقلاً اشعار به این نکته هست که وجود لفظ باعث لزوم در معاملات می‌شود. برای تأیید این اشعار چند روایت دیگر هم مطرح می‌کنند.

جمع بندی نظریه مرحوم شیخ انصاری در معاطاة:

ایشان قائل اند معاطاة مفید ملکیت لازمه است و احتیاج به لفظ هم ندارد و أدله‌ای که برای احتیاج لزوم معاطاة به لفظ مطرح کردند از قبیل اجماع، ظهور یا اشعار در روایات و سیره متشرعه هر سه مردود بود. اجماع را که بسیط و مرکبش مورد نقد شیخ انصاری قرار گرفت، روایات را هم که نه دلالت و نه ظهور بلکه در حد اشعار پذیرفتند که خود نوعی نقد است و سیره را هم که گفتیم اگر باشد چه بسا به جهت بعض فتاوای علماء باشد نه به جهت اتصال به زمان معصوم.

و السلام علی من اتبع الهدی

دوشنبه بیست و دوم اردیبهشت ۱۳۹۳

دوازدهم رجب ۱۴۳۵